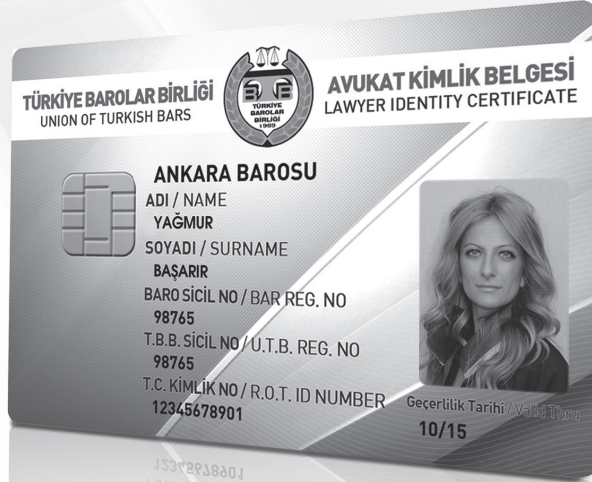




# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## BAROKART

*Tek Kartla, Çok Hizmet!*



**Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;**

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

# 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. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

## Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

## Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Teoman Ergül  
Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu  
Ali Acar  
Musa Toprak  
Özgecan Yanlı

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay  
*Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu  
*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Hamit Hancı  
*Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD*  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
*Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Erdal Onar  
*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
*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.

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: 60 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

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

**ISSN: 1304-2408**

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nde, makaleler, Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (En fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) 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.  
d) **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 makale ise makale adı çift tırnak (“.....”) içine alınmalı, **sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.  
**Örneğin:** Yazar Adı, “Makale Adı”, *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.  
**Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.**
4. Yazıların **kaynakça kısmında da dip not kurallarına uyulması** zorunludur.
5. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
6. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
7. Yazarların, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
8. **Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
9. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hake-me gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.  
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.  
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. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
11. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *“olur”* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.  
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
12. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
13. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
14. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
15. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### 7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

Türkiye Barolar Birliği 45 Yaşında

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 11 Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU

İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi / Effects of Provisions of Turkish Commercial Code and Labour Code to The Employment Relationship in The Case of Transfer of The Workplace

#### 49 Nurcihan DALCI

TBK Md.71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu / The Absolute Liability of The Medicine Producer in Accordance With The Article 71 of Turkish Code of Obligations

#### 79 Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ

Eşlerin Paylı Mülkiyetleri / Joint Ownership of Conjoints

#### 105 Ebru TÜZEMEN ATİK

Kredi Kartı Sözleşmelerinde Ek Kart Hamilinin Hukukî Durumu / Legal Condition of Holder of Supplementary Card in Credit Card Agreements

#### 143 Nurdan ORBAY ORTAÇ

Havayolu ile Taşımalarda Bagajın Zıyı veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Ākdi Sorumluluk / "Contractual Liability in Case of Lost or Damage of Baggage During Carriage by Air"

#### 179 Kürşat GÖKTÜRK

Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu / The Supervision Liability of Stock Corporation Board Directors Especially in Case of Delegation and The Problem of Legal Certainty

#### 201 Emine ÖZDAMAR DOĞAN

Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü / The Brand is Not Used Because of The Void

#### 219 Yavuz YAYLA

Sanayi Devriminde Patent Rolü / On The Role of The Patent in The Industrial Revolution

**239 Nesibe KURT KONCA**

Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri / Notification Related Current Problems in Turkish Law and Proposed Solutions

**275 Memduh ASLAN**

Karşı Vekalet Ücretlerinde Katma Değer Vergisi Meselesi / Value Added Tax Issue on Counter Retainer

**293 Zeynep MÜFTÜOĞLU HOŞ**

Kamu Denetçiliği Kurumu ve Vergi Uyuşmazlıklarında Uygulaması / The Ombudsman Institution and Its Implementation on Tax Disput

**315 Dilaver NİŞANCI**

Yolsuzluk ve Yolsuzluğun Önlenmesine İlişkin Olarak OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi'ndeki Denetim Süreci / Corruption and Relating to The Prevention of Corruption OECD Anti-Bribery Convention's Audit Process

**347 Aslı BAYATA CANYAŞ**

Hukukî Şartlar Oluşmadan Verilmiş Olan Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının Geri Alınmasında Süre Sorunu / Time Problem in Revocation of The Decision for The Acquisition of Turkish Citizenship Reached without The Existence of Stipulated Legal Conditions

**361 Saim ÜYE**

Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik / Ordinary Language Philosophy, Descriptive Sociology and Critical Attitude

**MAKALELER / ARTICLES**

**381 Talih UYAR**

İtirazın İptali Davası-Tahsil Davası

**496 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS**

# başkan'dan

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ 45 YAŞINDA

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Yasası gereği hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevlidir. Yargının kurucu unsuru ve hukuk devletinin sigortasıdır. Türkiye Barolar Birliği, kuruluş amacı ve yasaların kendisine verdiği görevler doğrutusunda, 9 Ağustos 1969'dan bu yana laik, sosyal, hukuk devletini ve Cumhuriyetimizin kuruluş felsefesini vazgeçilmez değerler olarak kabul etmiş ve yargının kurucu unsuru savunmanın etkin gücü olarak mücadelesini sürdürmüştür. Geçtiğimiz 45 yıl içinde darbe dönemleri, hukukun askıya alındığı olağanüstü haller ve sıkıyönetimler, "ölkemizin içinde bulunduğu hassas dönemler" bahane edilerek hukuk, iktidarı elinde bulunduranların diğerlerini sindirmek için kullandıkları bir araca dönüştürölmek istenmiştir. Oysa sürekli vurguladığımız gibi hukuk, herkese lazım olduğunu hep kanıtlamış, bir dönemin zalimleri bir dönem sonra hukuk arayışına girmişlerdir.

Türkiye Barolar Birliği, görev ve sorumluluk anlayışının gereği olarak, Büyük Atatürk'ün kurduğu Cumhuriyetimizin kazanımlarının ve hukuk devletinin sarsılmaz tarafı ve bekçisidir. Cumhuriyet değerlerini yaşatmak, yaygınlaştırmak ve toplumda yerleşmesini sağlamak için her türlü çabayı sürdürme azim ve kararlığındadır. 45 yıllık dönemde bu çalışmalarını yılmadan yürüten avukatlar, barolar ve Türkiye

Barolar Birliği, halkın haklarını savunurken birçok kısıtlamaya maruz bırakılmakta, kutsal olan savunma hakkı kullanılırken çıkartılan güne, kişiye özel yasalarla engellenmektedir.

Geçtiğimiz dönemde Türkiye Barolar Birliği, barolarımız ve avukatlarımız tüm tehditlere, yıldırma çabalarına, baskılara, soruşturmalara ve açılan ceza davalarına karşın bu sınavdan yüz akı ile çıkmasını bilmiş; ne pahasına olursa olsun Cumhuriyet ve demokrasiyi savunmaktan vazgeçmeyeceklerini eylem ve söylemleri ile göstermişlerdir.

Yargı kararlarının yürütmenin açık müdahaleleri ve hatta talimatları dolayısıyla uygulanamıyor olması büyük endişe kaynağıdır. Ülkemizde son günlerde sergilenen hukuka aykırılıklar, siyasi iktidarın; erkler ayrılığı ilkesindeki dengeleri bozan ve toplumda yargıya güven duygusunu sarsan müdahaleleri son bulmalı, herkes için huzur ve refahın, eşitliğin, mutluluğun kaynağı olan hukuk, bütün kuralları ile uygulanmalıdır.

Yargının, yürütmenin emrine verilmeye çalışıldığı günümüzde, yargı siyasallaşarak halkın güvenini kaybetmiştir. Halk nezdinde güvenilirliğini kaybetmeyen tek hukuk kurumu barolar ve Türkiye Barolar Birliği'dir.

Son dönemde erkler ayrımında, yürütme erkinin baskın hale getirilmesinin yasama organımız Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yıpratılmasında önemli bir etken olduğunun kabul edilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bu baskı ya da bütünleşme denetim işlevini fiilen etkisiz bıraktığı gibi yasa yapma sistemini de kendine özgü bir uygulamaya dönüştürmüştür. Yasa tasarısı ve teklifleri özenle hazırlanmalı, gerekli tartışmaların yapılması için kamuya duyurulmalıdır. Hemen her sorun için yasa maddesi düzenleme anlayışı gerçek hukuk devleti uygulaması değildir. Yüce meclisimizin şeffaflık ilkesine uymadan, ilgili tarafların görüşleri alınmadan, bazı durumlarda içtüzük hükümleri dahi göz ardı edilerek iktidar bürokratlarının ihtiyaçlarını gidermek için çalışan ve yürürlüğe henüz giren yasaların dahi değiştirildiği bir "torba



yasalar makinesi" görüntüsü vermesi üzücüdür. Bir "torba yasa" ile yüzden fazla ve de birbiri ile ilgisi olmayan yasanın çok sayıda maddesinin değiştirilmesi tüm uygulamacıları içinden çıkılmaz zorlukların içine attığı gibi yasa değişikliklerini izleyemeyen kamuoyunun katkısı da alınmamaktadır.

Hak arama özgürlüğünü yaşama geçiren, adil yargılanmanın sağlanmasında çok önemli rolleri bulunan yargının kurucu unsuru, savunmanın temsilcisi avukatların ve avukatlık mesleğinin sorunları gittikçe tırmanış gösteren boyutlara ulaşmaktadır.

Avukatlar görevlerini ifa ederlerken ciddi boyutlarda saldırılara uğramakta, can güvenlikleri sağlanamamakta ve çoğu zaman özgürce savunma yapılamamaktadır.

Ülkemizde avukatlık mesleğine girişte eleme sistemi olmadığından mesleğe katılım hızla artmış ve ihtiyacın çok üzerine çıkmıştır. Yeterli öğretim üyesi bulunmadan açılan ve açılmakta olan hukuk fakültelerinin hiçbir idari ve bilimsel ölçüte uymaksızın belirlenen kontenjanlara göre aldıkları öğrencilere yeterince eğitim verememelerinin yarattığı sorunlar yargı erkini bütünü ile etkilemektedir.

Türkiye Barolar Birliği; 45. yılında, avukatlık mesleğine kabulden başlayarak mesleğimizin koşullarını dünya ölçütleri ile örtüşür hale getirecek çağdaş nitelikli bir Avukatlık Yasasına ulaşılabilmesinin gayreti içindedir.

Bu yıldönümünde sonsuzluğa göç eden Başkanlarımız Av. Prof. Dr. Faruk Erem, Av. Teoman Evren, Av. Prof. Dr. Eralp Özgen ve Av. Özdemir Özok ile tüm kurullarımızın üyelerini rahmetle; hayatta olanlarını saygı ile anıyoruz.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulları; kuruluşunun 45. yılını kutlarken ülkemizin Büyük Atatürk'ün gösterdiği çağdaş medeniyetler seviyesine ulaşması; yurttaşların kendileri ve ailelerinin geleceklerinden endişe etmeyecekleri, hukukun üstün-

lüğünün hayata geçtiği laik demokratik bir toplumda; hukuk düzeni içinde ve hukuk kurallarına uygun olarak yaşayabilmeleri için çalışmaya hiç durmadan devam edeceğini meslektaşlarına ve kamuoyuna saygı ile duyurur.

EKSİKSİZ DEMOKRASİ GERÇEK HUKUK DEVLETİ İLE,  
GERÇEK HUKUK DEVLETİ BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ YARGI İLE,  
BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ YARGI İSE BAĞIMSIZ SAVUNMA İLE  
MÜMKÜN OLUR.

**Türkiye Barolar Birliği**  
**Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulu adına**  
**Başkan**  
**Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU**

# İŞYERİNİN DEVRİNDE TÜRK TİCARET KANUNU İLE İŞ KANUNU HÜKÜMLERİNİN İŞ İLİŞKİLERİNE ETKİSİ

## EFFECTS OF PROVISIONS OF TURKISH COMMERCIAL CODE AND LABOUR CODE TO THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE CASE OF TRANSFER OF THE WORKPLACE

Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU\*

**Özet :** Bu çalışmada, işyerinin devrinde Türk Ticaret Kanunu m. 178 ile İş Kanunu m. 6 hükümlerinin işçilere ve iş sözleşmelerine etkisi incelenmiştir. İlk olarak, devir ve birleşmeler ile ilgili Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanı hakkında kısaca bilgi verilmiş; daha sonra birleşme, bölünme ve tür değiştirme kavramları ayrıntılı olarak ele alınmış; son olarak da işyerinin devrinde Türk Ticaret Kanunu m. 178 ile İş Kanunu m. 6 hükümlerinin uygulama alanı incelenmiştir.

**Anahtar Sözcükler :** İşyerinin Devri, Türk Ticaret Kanunu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, İş Kanunu, İş Sözleşmeleri

**Abstract :** This study examines the effects of Article 178 of the Turkish Commercial Code and Article 6 of the Labour Code on employees and employment contracts in case of a transfer of workplace. Firstly, brief information has been provided about the application area of the provisions of the Turkish Code of Obligations and the Turkish Commercial Code related to mergers and acquisitions. Then, the concepts of merger, spin off and legal form changes are explained in detail. Finally the application areas of a Article 178 of the Turkish Commercial Code and Article 6 of the Labour Code are examined.

**Keywords :** Transfer of Workplace, Turkish Commercial Code, Merger, Spin Off, Change of Legal Form, Labour Code, Employment Contracts

\* Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı), Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

Yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>1</sup> beraberinde köklü değişiklikler ve yeni hükümler getirmiştir. Bu bağlamda TTK. m. 178 ile “iş ilişkilerinin geçmesi”, m. 158 ile “ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi”, m. 190 ile “alacaklıların ve çalışanların korunması” kenar başlıklı yeni hükümler getirilmiştir. Bu hükümler ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolu ile işyerinin devri ve bu devrin işçilere ve iş sözleşmelerine etkisi düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu<sup>2</sup> m. 6’da da “işyerinin veya bir bölümünün devri” kenar başlıklı bir düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla her iki kanunda da benzer konu düzenlenmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu ile getirilen düzenleme, İş Kanununda yer alan düzenlemeden daha farklıdır ve İş Kanununda yer alan düzenlemeye aykırı hükümler içermektedir. Çalışmamızda ilk olarak devir ve birleşmeler ile ilgili 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>3</sup> ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanı incelenmiş; daha sonra ise birleşme, bölünme ve tür değiştirme kavramları ayrıntılı olarak ele alınmış; TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 hükümleri arasındaki ortak noktalar ve farklar maddeler halinde belirtilmiş; hangi hallerde TTK. m. 178 hükmünün, hangi hallerde İş K. m. 6 hükmünün uygulama alanı bulacağı ve bu iki kanun hükmünün çatışması halinde hangi hükme öncelik verileceği konusuna açıklık getirilmiştir.

### 1. DEVİR VE BİRLEŞMELER İLE İLGİLİ TÜRK BORÇLAR KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, TTK. m. 136 ve m. 158 arasında düzenlenmiştir. Ayrıca TTK. m. 11/f.3’te ticari işletmenin devri, TBK. m. 202’de de malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devri, m. 203’te bir işletmenin diğer bir işletme ile birleşmesi ve şekil değiştirmesi düzenlenmiştir. “O halde, TBK. ile TTK. hükümleri arasında ne fark vardır? Ne zaman TBK., ne zaman TTK. hükümleri uygulama alanı bulacaktır?”

<sup>1</sup> Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 27846 sayı ve 14.02.2011 tarih.

<sup>2</sup> Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG. 25134 sayı ve 10.06.2003 tarih.

<sup>3</sup> Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 27836 sayı ve 04.02.2011 tarih.

TTK. m. 11/f.3, ticari işletmenin devrini düzenleyen bir hükümdür. TBK. m. 202 ise her türlü işletmenin devrine ilişkin bir hükümdür. TTK. m. 11/f.3 ile tüm malvarlığı unsurlarının devrine (aktif ve pasifin devrine) ilişkin düzenleme getirilmiş ve ticari işletmenin tüm malvarlığı unsurlarının tek bir işlemle devri mümkün kılınmak istenmiştir. TTK. m. 11/f.3 hükmünde, müteselsil sorumluluk dönemi öngörülmemiştir. TBK. m. 202 ise sadece devredilen malvarlığının pasif kısmının (borçların) devrine ilişkin bazı sonuçları (borçların alacaklılara bildirildiği veya ticaret sicili gazetesinde ilan edildiği anda geçmesini ve devredenle devralanın belirli süre müteselsilen sorumluluğunu) düzenlemiştir. Ayrıca TBK. m. 202 hükmünde, bir malvarlığı veya ticari işletme devrinde iki yıl müteselsil sorumluluk öngörülmüştür.<sup>4</sup> TBK. m. 202 ile m. 203, işletmeler düzeyinde kalan birleşme ve devralmalara ilişkindir. Ticaret ortaklığı niteliği taşımayan işyerlerinin birleşmesi halinde TBK. m. 202 ile m. 203 hükümleri uygulanacaktır. İşletmenin devri ya da birleşmesi işletme sahibini veya ortaklarını etkilememekte, ilgili şirketler ve ortaklar ayrı kalmakta devam etmektedir. Oysa TTK'da düzenlenmiş olan ticaret şirketlerinin birleşmelerinde yalnızca malvarlıkları değil, işletme sahibi olan tüzel kişiler de bundan etkilenmekte, birleşen şirketler tek çatı (ya içlerinden birisinin yada yeni kurulan bir ortaklığın çatısı) altında toplanmaktadır.<sup>5</sup> Örneğin bir şirket başka bir şirketin, derneğin veya gerçek kişinin işletmesini devralırsa TBK. m. 202 uygulanacaktır, çünkü tüzel kişilikler ve mal-

<sup>4</sup> Turgut Öz, "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 96, 98; TTK. m. 11/III ile TBK. m. 202 arasında uygulamada sorun yaratacağı belirtilen yorumlar ile ilgili olarak bkz. Öz, s. 99; Devredenin devre konu borçlardan müteselsil sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. 115 vd.; Bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 610 vd.

<sup>5</sup> Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 12. Bası, Beta Basım, İstanbul 2012, s. 33-34; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 41; Mehmet Bahtiyar, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, Y. 9, S. 106, s. 3891; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 3. Baskı, Dora Basım, Bursa Ekim 2012, s. 24; Ali Güzel, *İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987, s. 40 vd.; Kübra Doğan Yenisey, "İşyerinin Devri Çerçevesinde "İşyeri" Ve "İşyeri Bölümü" Kavramları", *İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul 2009, s. 132, 137-138.

varlıkları birleşmemektedir. Eğer bir şirket başka şirkete ait işletmeyi devralır ve o şirket sona erdirilirse TTK m. 136 vd. hükümleri uygulanacaktır, çünkü tüzel kişilikler ve malvarlıkları birleşmektedir.<sup>6</sup> Görüldüğü üzere, TBK. hükümleri ile TTK. hükümlerinin uygulanma alanları birbirinden farklıdır.

TTK. m. 11/f.3 gereğince, ticari işletmenin bir bütün olarak yani aktif ve pasifiyle birlikte devredilmesi gerekmektedir. Ancak, münferit bazı unsurlar devrin kapsamı dışında tutulursa (devredilen unsurlar ile ticari işletmenin işletme olarak faaliyetlerine devam edebilmesi şartıyla) TBK. m. 202 uygulanacaktır.<sup>7</sup> O halde ticari işletmenin devrinde, devredilen unsurlara göre TTK. m. 11/f.3 veya TBK. m. 202 uygulama alanı bulacaktır.

Acaba ticari işletmenin sadece aktiflerinin devrini, borçlarının ise devrin kapsamı dışında bırakılmasını öngören bir sözleşme geçerli olacak mıdır? İşletmenin sadece aktiflerinin devredilip, borçların devir kapsamı dışında bırakılmasını öngören sözleşme, doktrindeki çoğunluk görüşüne göre<sup>8</sup> geçersiz olacaktır. Çünkü aktifler, alacaklılar açısından pasiflerin güvencesini oluşturmaktadır.<sup>9</sup>

TBK. m. 202 ve m. 203, aktife dahil unsurların devralana geçişi açısından özel bir düzenleme içermemektedir. Pasiflerin devralana geçişi ve borçlardan sorumluluğu ise özel olarak düzenlenmiştir. Çünkü borcun nakli konusunda normalde uygulanan BK. m. 195, 196, 197 hükümleri naklin alacaklıya karşı hüküm ifade edebilmesini, alacaklının rızasına bağlamıştır. Ticari işletmenin bir bütün olarak devri konusunda, pasiflerin geçişi bakımından da bu kural uygulansa idi, işletmeyi devralanın tüm işletme alacaklılarını teker teker bulup ikna etmesi ve devir için rızalarını alması neredeyse olanaksız olur, dolayısıyla işletmenin devri gerçekleşemezdi. Bu nedenle, TBK. m. 202 işletmenin devri halinde alacaklıların rızasını aramaksızın borçların devrini mümkün kılmış ve işletme alacaklılarını korumak için de önlem ola-

<sup>6</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 34; Arkan, s. 42; Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3891.

<sup>7</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 35; Arkan, s. 42.

<sup>8</sup> Bu konuda bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 35-36.

<sup>9</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 35; Arkan, s. 42; Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 281, dn. 2.

rak, devralan ile birlikte işletmeyi devredenin iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır.<sup>10</sup>

## 2. BİRLEŞME BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRME İLE İLGİLİ TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinin bir işyeri devri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti, işyerinin devri kavramının açıklanmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle birleşme, bölünme ve tür değiştirme kavramlarını açıklamadan önce işyerinin devri kavramını açıklamanın yerinde olacağı kanaatindeyiz. İşyeri kavramı İş K. m. 2'de tanımlanmıştır: *"İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir"* (m. 2/f.1). İşyerinin devri ise *"işyerinin veya bir bölümünün devri"* kenar başlığı ile İş K. m. 6'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer"*. İş K. m. 2'de yapılan işyeri kavramının tanımından yola çıkarak işyerinin devri kavramını tanımlayabiliriz. Buna göre işyerinin devri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak işyerinin, hukuki bir işlemle bir başkasına devrini ifade etmektedir.<sup>11</sup>

### 2.1. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Yeni Türk Ticaret Kanunu beraberinde köklü değişiklikler getirmiş ve yepyeni hükümlere yer vermiştir. Ticaret Kanununun ikinci kitabının *"Ticaret Şirketleri"* başlığı altındaki birinci kısmında *"Genel Hükümler"* düzenlenmiş; birleşme, bölünme ve tür değiştirme konuları *"F"* başlığı altında m. 134 ile 194 arasında ele alınmıştır. Birleşme

<sup>10</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 34-35; Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3891-3892.

<sup>11</sup> Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Basım, İstanbul 2010, s. 36; Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Başbakanlık Basımevi, Ankara 2012, s. 36; E. Tuncay Kaplan Senyen, "İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, S. 29, s. 31; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 459.

ile ilgili hükümler TTK. m. 136 ile m. 158 arasında, bölünme ile ilgili hükümler TTK. m. 159 ile m. 179 arasında, tür değiştirme ile ilgili hükümler TTK. m. 180 ile m. 190 arasında, ortak hükümler ise TTK. m. 191 ile m. 193 arasında ve son olarak ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme de TTK. m. 194'te düzenlenmiştir. TTK. m. 134'ün gerekçesine göre; birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili hükümler, İsviçre'nin 30/10/2003 tarihli, "*Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanun*" (İBirK/FusG'dan yararlanılarak kaleme alınmıştır. Ancak TTK. m. 134-194 hükümleri, İBirK'dan birçok noktada farklılıklar içermektedir.<sup>12</sup> İBirK, AET'nin şirketlere ilişkin birleşmeler hakkındaki 78/855 sayılı Üçüncü Yönerge ve bölünmelere dair 82/891 sayılı Altıncı Yönergesinden esinlenmenin ötesinde yararlanılarak hazırlanmıştır. İBirK'nın tercih edilmesinin sebebi; İsviçre şirketler hukukunun, Alman ve Fransız hukuklarına nazaran Türk şirketler hukukuna çok daha yakın olması olarak belirtilmiştir.<sup>13</sup>

Birleşme ile ilgili olarak, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununa kıyasla, yeni Türk Ticaret Kanununda daha ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Nitekim eski Türk Ticaret Kanununda birleşme ile ilgili hükümler 6 maddede (m. 146 ile m. 151 arasında) düzenlenmiş iken yeni Türk Ticaret Kanununda 23 maddede (m. 136 ile m. 158 arasında) düzenlenmiştir. Bölünme ile ilgili hükümler, eski Türk Ticaret Kanununda bölünmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı için, ilk defa yeni Türk Ticaret Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir. Tür değiştirme ile ilgili olarak da eski Türk Ticaret Kanunu m. 152'de sadece tanım yapılmış, yeni Türk Ticaret Kanununda ise tür değiştirmeye m. 180 ile m. 194 arasında yer verilerek daha ayrıntılı düzenleme yapılmıştır.

Ticaret ortaklıklarında birleşme, birden çok şirketin ya içlerinden birinin bünyesinde ("*devralma*" şeklinde birleşme) ya da yeni kurulacak bir şirketin çatısı altında ("*yeni kuruluş*" şeklinde birleşme), malvarlıklarını tasfiye<sup>14</sup> etmeksizin bir araya gelmeleri ve birleşen şirketlerin

<sup>12</sup> Farklılıklar için bkz. TTK. m. 134 gerekçesi. Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme Genel Açıklamalar başlığı.

<sup>13</sup> Gürsel Yalvaç/Mustafa İsmail Kaya, Gerekeçeli-Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 382.

<sup>14</sup> Hesap kapatma; hesap ve işlemleri inceleyip düzenleyerek aktif ve pasif arasındaki farkı belirlemeye yarayan işlem; örneğin, ticaret ortaklarının tasfiyesi (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 7 Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2002, s. 1189).



ortaklarının, belli bir değiştirme ölçüsüne göre birleşilen ortaklıktan pay almaları biçiminde gerçekleşmektedir.<sup>15</sup> Türk Ticaret Kanununun “birleşme” kenar başlıklı 136/I. maddesinde, bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, olmak üzere birleşmenin iki şekilde olabileceği belirtilmiştir.

Şirket birleşmeleri konusunda TTK.’da külli halefiyet<sup>16</sup> ilkesi geçerlidir. TTK. m. 136/f.4, “Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin

<sup>15</sup> Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 7. Bası, Beta Basım, İstanbul Haziran 2012, s. 50; Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 85; Bilgili/Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 185; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Dora Basım, Bursa 2013, s. 60; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım, Bursa 2013, s. 68.

<sup>16</sup> Külli halefiyet, bir malvarlığını oluşturan bütün hak ve borçların, bir kül (bütün) halinde tek bir hukuki işlemle bir kişiden bir başka kişiye geçmesidir. Külli halefiyet ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde geçerlidir (Mustafa Dural/Turgut Öz, Miras Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 14; Zahit İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2004, s. 10; Hasan Ayrancı, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 69-70; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 17; Güzel, s. 206). Külli halefiyet ilkesi, birleşmede malvarlığı açısından süreklilik sağlamaktadır. Yani, birleşmeyle sona eren şirketin tüm malvarlığı (hakları ve borçları) hiçbir özel devir işlemlerine gerek kalmadan kendiliğinden devralan şirkete geçmektedir. Dolayısıyla külli halefiyet ilkesi, belirli bir malvarlığını oluşturan tüm aktif ve pasif unsurların tabi oldukları devir koşullarına uyulmasına gerek kalmadan devri bir bütün olarak gerçekleştirilmektedir. TTK.’da külli halefiyetin uygulandığı alan birleşme ve bölünmelerdir (Pulaşlı, s. 86, 87, 147 dn. 301; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 17-18, 67; Ayrancı, s. 70; Güzel, s. 206). Hukukumuzda külli halefiyet ancak kanunda açıkça öngörülen haller için söz konusu olduğundan asıl olan cüz’i halefiyettir. Cüz’i halefiyet, malvarlığını oluşturan hak ve borçların ayrı ayrı ve uygun devir işlemleri ile bir başkasına geçirilmesidir. Bunun için taşınmazların, geçen lehine tapuya tescili, taşınırın teslimi ve alacakların temlik gibi hukuki işlemlerin yapılması şarttır (Alpagut, İşyerinin Devri, s. 17-18; İmre/Erman, s. 10; Dural/Öz, s. 14; Ayrancı, s. 70). Örneğin, İş K. m. 6 ile düzenlenen işyerinin veya işyerinin bir bölümünün hukuki işlemle bir başkasına devrinde, işyerinin malvarlığına dahil, maddi olan ve olmayan haklar, cüz’i halefiyet ilkesi gereği, kendiliğinden değil ancak uygun devir işlemleri ile devralana geçmektedir (Alpagut, İşyerinin Devri, s. 18). İşyerini bir kimseden devralan yeni işveren, cüz’i hak sahibi sıfatını almaktadır (Güzel, s. 206-207). Külli halefiyet ile cüz’i halefiyet arasındaki farklar kısaca şöyle özetlenebilir: Külli halefiyet, şekle tabi olmadan, kendiliğinden meydana gelir; cüz’i halefiyet ise kanuni şekil şartına tabidir. Külli halefiyet, ancak kanunda öngörülen hallerde geçerli olduğu istisnadır; cüz’i halefiyet ise kuraldır. Külli halefiyetin gerçekleşmesinden sonra sözleşmeden ayrılan taraf ile sözleşmeye giren kişiler arasında devam eden ilişkiler bulunmamaktadır. Yani sözleşmeden ayrılan taraf, sözleşme ilişkisinden tam olarak ayrılmıştır; cüz’i halefiyette ise böyle bir zorunlu sebep bulunmamaktadır (Ayrancı, s. 70-71).

*malvarlığını bir bütün halinde devralır...”* hükmü ile TTK. m. 153, “... Tes-cil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer” hükümleri külli halefiyet ilkesinin göstergesidir.<sup>17</sup>

### 2.1.1. Devralma Şeklinde Birleşme

Devralma şeklinde birleşmede, bir ya da birden fazla ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin diğer bir ticaret şirketine tüm malvarlığı ile katılması veya onlar tarafından devralınmasıdır. Burada bir katılan (devrolunan/devralınan) şirket veya ticari işletme, bir de katılan (devralan) şirket vardır.<sup>18</sup> Yani ortada, birleşmek isteyen en az iki şirket vardır ve bunlardan biri bünyesinde birleşme gerçekleşmekte diğer bir ifadeyle, birleşme ile devralan ortaklık, devrolunan ortaklığın veya ticari işletmenin malvarlığını bir bütün halinde kazanmaktadır.<sup>19</sup> Örnek vermek gerekirse, devralma şeklinde birleşmede, A, B ve C isimli üç ortaklık, devralan A'nın çatısı altında birleşmekte; yani B ve C, A'ya devrolunmaktadır.<sup>20</sup> Bir şirketin diğerine katılması durumunda, devralan şirket tüzel kişiliğini korumakta, devrolunan şirket ise, birleşme işlemlerinin gerçekleşmesiyle tüzel kişiliğini kaybetmektedir. Birleşme ile devrolunan şirket sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir. Devrolunan ticari işletmenin ise tüzel kişiliği olmadığından, sona ermesi de söz konusu olmamakta, sadece ticari işletme tüm aktif ve pasifiyle birlikte ticaret şirketi tarafından devralınmaktadır.<sup>21</sup> Böylece devralma şeklinde birleşmede, bünyesinde birleşmenin gerçekleştiği şirkette çalışan işçiler açısından işveren sıfatında bir değişiklik olmamakta; ancak katılan (devrolunan/devralınan) şirket işyerinde çalışan

<sup>17</sup> Her ne kadar Türk Ticaret Kanununun birleşme ile ilgili 136. maddesinin IV. fıkrasından külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu anlamı çıksa da bu fıkranın 1. cümlesine “külli halefiyet” kavramının eklenmemesi Moroğlu tarafından eleştirilmiştir (Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 2. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 62).

<sup>18</sup> Pulaşlı, s. 88; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 186; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Şirketler, s. 61; Ayşe Pamukçu/Ferah Türkoğlu Utku/Zeynep Eroğlu, “Yeni Türk Ticaret Kanununun Ticari İşletme Birleşme Bölünme ve Denetime İlişkin Düzenlemelerinin Vergi Hukukuna Etkileri”, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 753.

<sup>19</sup> Pulaşlı, s. 88; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 186; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Şirketler, s. 61; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 50; Pamukçu/Türkoğlu Utku/Eroğlu, s. 753.

<sup>20</sup> Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 50-51.

<sup>21</sup> Pulaşlı, s. 87-88-89.

işçiler açısından işveren değişmektedir.<sup>22</sup> Bu halde katılan şirkete ait işyeri ve bu işyerindeki iş sözleşmeleri katılınan şirkete geçmektedir.<sup>23</sup>

### 2.1.2. Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme

Yeni kuruluş şeklinde birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin malvarlıklarının külli halefiyet yoluyla yeni kuracakları bir ticaret şirketine devretmeleri yani iki veya daha fazla ticaret şirketinin yeni kurulacak bir şirket çatısı altında birleşmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Diğer bir ifadeyle, en az iki ticaret şirketi birleşmeden önce yeni bir ticaret şirketi kurmakta ve daha sonra birleşecek şirketler bu yeni şirkete tüm hak ve borçlarıyla devrolunmaktadır. Örnekle açıklamak gerekirse, yeni kuruluş yoluyla birleşmede, A ve B şirketleri, yeni kurulacak C çatısı altında birleşebilir ve birleşme tamamlandığında, birleşen şirketler ticaret sicilinden silinir. Bu durumda, birleşen şirketler sona ermekte ancak tasfiye olmamaktadırlar. Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, külli halefiyet ilkesi uyarınca, dağılan şirketlerin tüm malvarlığı (tüm hakları ve borçları) bütün olarak yeni kurulan şirkete devredilmiş olmaktadır. Birleşen şirketlerin tüzel kişilikleri, birleşme işlemlerinin gerçekleşip, sicilden silinmesiyle birlikte sona ermektedir.<sup>24</sup> Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, birleşme öncesi işveren olan şirketlerin birleşme sonucu tüzel kişilikleri sona erdiği için yeni kurulan şirket, tüm işçiler açısından işveren sıfatını kazanmaktadır.<sup>25</sup> Görüldüğü gibi hem devralma şeklinde birleşmede hem de yeni kuruluş şeklinde birleşmede tasfiyesiz sona erme<sup>26</sup> söz konusudur. Eski işveren ortada kalmayacağı için birlikte sorumluluk söz konusu olmayacaktır.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 66; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78; N. Binnur Tulukcu, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklileri İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, S. 18, s. 133-134.

<sup>23</sup> Doğan Yenisey, s. 138.

<sup>24</sup> Pulaşlı, s. 87, 89; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 186; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Şirketler, s. 61; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 69; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 51; Pamukçu/Türkoğlu Utku/Eroğlu, s. 753.

<sup>25</sup> Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78; Doğan Yenisey, s. 138; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 66; Güzel, s. 160, 163; Tulukcu, s. 133.

<sup>26</sup> Tasfiyesiz sona erme ilkesine göre, birleşmenin ticaret siciline tescil edilmesiyle, devredilen şirket kendiliğinden (ipso iure) sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir (TTK. m. 136/IV). Birleşmenin temel unsurları için bkz. Pulaşlı, s. 86-87.

<sup>27</sup> Doğan Yenisey, s. 138; Muhittin Astarlı, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hak-

### 2.1.3. Birleşmenin İş Sözleşmelerine Etkisi

Hem devralma (katılma) şeklinde birleşme hem de yeni kuruluş şeklinde birleşmede İş K. m. 6 anlamında işyerinin devri söz konusudur.<sup>28</sup> İşyerinin devri de işveren değişikliğini meydana getirmektedir. İşveren değişikliğinden söz edebilmek için, hukuki bir işlem veya hukuki olay nedeniyle, işyeri üzerindeki hakların (mülkiyet veya yararlanma hakkı) bir başka kişiye geçmiş olması ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin bu sıfatını kaybetmesi gerekir.<sup>29</sup> Bu anlamda, birleşmenin her iki şeklinde de işveren değişikliği söz konusudur.<sup>30</sup> Bununla birlikte devralma şeklinde birleşmede, birleşme öncesi bu ortaklığa ait işyerinde çalışan işçiler açısından işveren değişikliği meydana gelmemektedir. Buna karşılık, devreden (katılan) ortaklıkların işyerinde çalışan işçiler açısından işveren değişikliği meydana gelmektedir.<sup>31</sup> Devreden (katılan) ortaklık tüzel kişiliğini kaybetmekte, devralan (katılınan) ortaklık tüzel kişiliğini devam ettirmektedir.<sup>32</sup> Yeni kuruluş şeklinde birleşmede ise, birleşen iki veya daha fazla ortaklık tüzel kişiliklerini kaybetmekte ve yeni bir tüzel kişilik ortaya çıkmaktadır. Birleşme öncesi işveren sıfatını taşıyan ortaklıklar, birleşme sonucu tüzel kişiliklerini kaybettiklerinden işçiler karşısında yeni kurulan ortaklık, daha önceki ortaklıkların tüm çalışanları bakımından işveren sıfatını kazanmaktadır.<sup>33</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK. m. 136/f.3, birleşmede külli halefiyet ilkesine yer vermektedir. Bu fıkraya göre, “Birleşme, devrolu-

- 
- ki”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/1, S. 36, s. 99, 102-103.
- <sup>28</sup> Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78; Doğan Yenisey, s. 138; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 67; Tulukcu, s. 134.
- <sup>29</sup> Güzel, s. 18, 160, 199; Fevzi Şahlanan, “İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2000-Şubat 2001, C. 16, S. 4-5, s. 14; Gülsüm Sönmez Tatar, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Tühis Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2011, s. 13, 40; İşverenin değişmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, İşyerinin Devri, s. 41 vd.
- <sup>30</sup> Güzel, s. 160; Ali Cengiz Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2004, s. 69; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78; Doğan Yenisey, s. 138; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 65; Tulukcu, s. 133.
- <sup>31</sup> Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78; Doğan Yenisey, s. 138; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 66; Tulukcu, s. 133-134.
- <sup>32</sup> Güzel, s. 160; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 69; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78.
- <sup>33</sup> Güzel, s. 160, 163; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 78; Doğan Yenisey, s. 138; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 66; Tulukcu, s. 133.

nan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir..." Bu fıkra, devrolunan şirketin malvarlığının kendiliğinden (ipso iure) geçişini, malvarlığının geçişi karşılığında devrolunan şirketin ortaklarının bir değiştirme oranına göre devralan şirketin paylarını yine kendiliğinden (ipso iure) kazanmalarını düzenlemektedir. Ayrıca m. 136/f.4'te, "Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır..." hükmüne yer verilerek bu fıkra da tasfiyesiz sona erme ile külli halefiyet ilkesinin benimsendiği görülmektedir.<sup>34</sup>

Külli halefiyet ilkesinin sonucu olarak ortaklıkların birleşmesi halinde iş sözleşmeleri yeni işveren ile devam edecektir.<sup>35</sup> Çünkü birleşme ile birlikte, ortadan kalkan ortaklık ya da ortaklıkların tüm hakları ve borçları, birleşilen ya da yeni kurulan ortaklığa geçmektedir.<sup>36</sup> Yani birleşmenin gerçekleştiği andan itibaren yürürlükte bulunan iş sözleşmeleri devralan ortaklığa veya yeni kurulan ortaklığa geçmekte, tüzel kişiliklerini kaybeden ortaklıkların İş Hukuku anlamında işveren sıfatları ortadan kalkmakta, bunların yerine geçen ortaklıklar işveren sıfatını kazanmaktadırlar.<sup>37</sup> Bu geçiş kendiliğinden ve otomatik olarak gerçekleşmektedir. Bunun sonucu olarak, devralan veya yeni kurulan ortaklık, birleşme nedeniyle iş sözleşmelerini feshedememekte ve işçiler açısından da birleşme, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmamaktadır.<sup>38</sup> Ortaklıkların birleşmesi halinde, yukarıda da açıkladığımız gibi, işveren değişikliği söz konusu olduğundan ve daha sonra inceleyeceğimiz üzere<sup>39</sup>, TTK. m. 178'de düzenlenmeyen konularda işyeri devri ile ilgili İş K. m. 6 uygulama alanı bulacak ve

<sup>34</sup> TTK. m. 136 gerekçesi.

<sup>35</sup> Güzel, s. 44, 163; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 67; Ercüment Özkaraca, "İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul 2009, s. 216; Tulukcu, s. 133-134; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 69; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 67, 78.

<sup>36</sup> Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 69; Güzel, s. 161-162; Tulukcu, s. 134; Ortaklıkların birleşmesinde külli halefiyet ilkesi kabul edilmemiş olsaydı dahi, İş K. m. 6 gereği, birleşme halinde iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamı kaçınılmaz olacaktır (Özkaraca, İşyeri Devri, s. 68; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 77; Doğan Yenisey, s. 138).

<sup>37</sup> Güzel, s. 163; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 216.

<sup>38</sup> Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 70; Güzel, s. 163; Tulukcu, s. 134, 138.

<sup>39</sup> TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 Hükmünün Çatışması başlığı altındaki açıklamalar.

bu maddenin V. fıkrası gereğince hem işveren hem de işçiler açısından birleşme, fesih için haklı neden oluşturmayacaktır. Ancak söz konusu fıkrasının devamında belirtildiği gibi "...Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır". Bu durumda iki şirketin birleşmesi ve birleşme ile tek bir tüzel kişilik haline gelmesi sonucunda, verimliliği ve karlılığı arttırma amacıyla iş organizasyonunda bazı değişikliklerin (farklı şirketlere ait teknolojik alt yapının teke indirilmesi, bazı birimlerin yeniden yapılandırılması, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin, örneğin özel güvenlik, yükleme-boşaltma, nakliye, yemek gibi yardımcı işlerin işletme dışı kişi ve kurumlardan satın alınması gibi) yapılması söz konusu olabilecektir.<sup>40</sup> Bu değişiklikler bazı çalışanların istihdam olanağını ortadan kaldırdığından yani iş gücü fazlalığını ortaya çıkardığından iş sözleşmelerinin feshi zorunluluğunu (işletme gerekleriyle yapılan fesih) ortaya çıkarabilecektir. Bu hallerde iş organizasyonu değişikliğinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturup oluşturmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu işçilere başka bölümlerde durumlarına uygun iş verme olanağının bulunması halinde feshin geçerli nedenle yapıldığından söz edilemeyecektir.<sup>41</sup> Yargıtay da birleşme sonucu işgücü fazlalığının

<sup>40</sup> Fevzi Şahlanan, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Akdinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 13 vd.; Tulukcu, s. 133.

<sup>41</sup> Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 17-18; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 135 vd.; Tulukcu, s. 132 vd.; Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 179 vd.; Fevzi Şahlanan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Türk-İş Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2010, s. 158; Konuyla ilgili Yarg. 9. HD. 06.07.2009 T., 2009/17950 E. ve 2009/19553 K. gereğince de, "Davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin etme işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak denetlenmesi gerekir" (Karar incelemesi için bkz. Kadriye Bakırcı, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, S. 18, s. 114-127); Yarg. 7. HD. 03.07.2013 T.,



doğması nedenine dayanılarak yapılan fesihlerde, gerçekten işgücü fazlalığının doğup doğmadığının araştırılmasına karar vermektedir.<sup>42</sup>

TTK. m. 153/f.1, “Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer” hükmüne yer vererek, devrolunan şirketin yaptırdığı tescilin külli halefiyet ve birleşme bakımından kurucu etkisini hükme bağlamıştır. Birleşme tescil ile gerçekleşmekte yani hukuken geçerlilik kazanmaktadır. Birleşmeyi hukuken geçerli kılan, devrolunan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesidir. Burada tescilin kurucu etkisi<sup>43</sup> söz konusudur. Devralan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesinde ise tescilin açıklayıcı etkisi<sup>44</sup> söz konusudur. Tescil, devrolunan malvarlığının kendisine gelmiş olduğunu bildirmektedir.<sup>45</sup>

---

2013/17315 E. ve 2013/12526 K. gereğince, “İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekli nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır” (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 424-428); aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD. 14.06.2013 T., 2013/13503 E. ve 2013/14394 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 614-616); Yarg. 9. HD. 02.06.2008 T., 2007/37513 E., 2008/13798 K. (Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 169-173). Sonuç olarak, doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edildiği gibi, işletmesel kararın amacını ve içeriğini belirlemekte özgür olan işverenin, işletmesel kararı uygulamak için aldığı önlemin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, işverenin, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle aldığı fesih kararında işyerinde işgücü fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması gerekmektedir (Bakırcı, s. 125; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 135 vd.).

<sup>42</sup> Yarg. 9. HD. 11.12.2006 T., 2006/24963 E. ve 2006/32630 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/2, S. 13, s. 198-199).

<sup>43</sup> Tescil edilecek husus ancak sicile kayıtlı doğuyorsa tescil kurucudur. Örneğin ticaret şirketlerinin kuruluşu (TTK. m. 232, 317, 355, 588, Koop K. m. 7), ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi (TTK. m. 153, 179, 189) (Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 172-173; ayrıca bkz. Arkan, s. 250-251).

<sup>44</sup> Zaten doğmuş, varlık ve geçerlilik kazanmış olan bir husus sonradan sicile bildiriliyorsa, tescil açıklayıcıdır. Örneğin, ticari işletmenin TTK. m. 40/I uyarınca tescilli, tacir sıfatının kazanılması yönünden açıklayıcıdır. Yani işletme sicile kayıtlı olmasa dahi, sahibi olan gerçek kişi, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle tacir sıfatını kazanır (TTK. m. 12/I) (Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 172; ayrıca bkz. Arkan, s. 250-251).

<sup>45</sup> TTK. m. 153 gerekçesi.

## 2.2. Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi

Bölünme, mevzuatımıza ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile girmiştir. Bölünme, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu kendiliğinden (ipso iure) elde etmeleridir.<sup>46</sup> Görüldüğü gibi bölünmeye sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından izin verilmiştir. Bu nedenle bölünme, sadece sermaye şirketi ve kooperatif şeklinde gerçekleşebilmektedir.<sup>47</sup> Ticaret şirketlerinin bölünmesi, TTK. 159-179 maddeleri ile düzenlenmiştir. TTK. m. 159'a göre, *"Bir şirket tam veya kısmi bölünebilir. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur"*. Görüldüğü üzere, TTK. m. 159 ile tam ve kısmi bölünme kavramlarına yer verilmiştir.

### 2.2.1. Tam Bölünme

Tam bölünmede bölünen şirketin malvarlığının tümü bölünür ve mevcut veya yeni kurulacak en az iki şirkete geçer. Bölünen şirket, ortadan kalkar. Bölünen şirketin ortakları devralan şirketin ortakları olurlar.<sup>48</sup> Örneğin X anonim şirketi Y ve Z limited şirketine tam bölünürse, X anonim şirketinin tüzel kişiliği sona erer.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> TTK. m. 159 gerekçesi öncesi "bölünme" başlıklı açıklama.

<sup>47</sup> Ömer Ekmekçi, "Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değişirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S. 24, s. 156.

<sup>48</sup> TTK. m. 159 gerekçesi.

<sup>49</sup> Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 93.



### 2.2.2. Kısmi Bölünme

Kısmi bölünme ise kısmi bölünme veya yavru şirket kurma şeklinde olabilir. Kısmi bölünmede bölünen şirketin malvarlığının tamamı değil bir veya birden fazla kısmı bölünmeye tabi tutulur ve bu bölümler şirketten ayrılır ve mevcut veya yeni kurulacak başka bir şirkete veya ortaklara devredilir. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirkette (veya şirketlerde) ortak olurlar. Bölünen şirket ortadan kalkmaz, elinde kalan malvarlığı ile faaliyetine devam eder ve bu şirketin ortakları bölünen şirkette ortak olmakta devam ederler. Hem tam hem de kısmi bölünmede devredilen malvarlığı bölünme sonucunda kısmi külli halefiyet yolu ile devralan şirkete geçer.<sup>50</sup> Kısmi bölünme halinde yani bölünen şirketin bir kısım malvarlığı ve işyerlerini devredip varlığını koruması halinde eski işveren şirket söz konusu olacağı için müteselsil sorumluluk uygulanabilir.<sup>51</sup> Tam bölünmede devrolunan şirket yani eski tüzel kişilik sona ermekte, ortada tek bir tüzel kişilik bulunmaktadır. Kısmi bölünmede ise ortada birden fazla şirket yani birden fazla tüzel kişilik bulunmaktadır.<sup>52</sup> Bu nedenle birleşme ve tam bölünme halinde katılan ve bölünen şirket infisah edeceği yani eski işveren ortada kalmayacağı, tür değiştirmede ise işveren değişmediği için müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu durumda müteselsil sorumluluk ile ilgili düzenlemeye rağmen hükmün uygulama alanı sadece kısmi bölünme hali ile sınırlı kalacaktır.<sup>53</sup>

Yavru şirket kurma, kısmi bölünmenin bir şeklidir, buna bölünmenin üçüncü şekli de denebilir. Bu türde, bölünen şirket bölünen malvarlığı parçasını başka şirkete aynı sermaye olarak koyar; yani geçiş külli halefiyet yolu ile gerçekleşmez.<sup>54</sup> Diğer bir ifadeyle, yavru şirket kurma yolu ile bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir kısmı şirketten ayrılmakta ve şirketten ayrılan malvarlığı yeni kurulan bir şirkete aynı sermaye olarak konulmaktadır. Bölünen şirketin malvarlığının geçişi külli halefiyet yolu ile gerçekleşmemektedir.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> TTK. m. 159 gerekçesi.

<sup>51</sup> Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 251; Astarlı, s. 99, 103.

<sup>52</sup> Ekmekçi, s. 156.

<sup>53</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251-252; ayrıca bkz. Ekmekçi, s. 158.

<sup>54</sup> TTK. m. 159 gerekçesi.

<sup>55</sup> Pamukçu/Türkoğlu Utku/Eroğlu, s. 777.

### 2.2.3. Bölünmenin İş Sözleşmesine Etkisi

İş K. m. 6/f.4'e göre, "Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz". Ticaret ortaklıklarının bölünmesi de, bölünme konusu malvarlığına bir işyeri veya işyerinin bölümünün dahil olması durumunda yani bölünen kısım veya kısımların birer işyeri niteliği taşıması durumunda, işveren değişikliği söz konusu olduğu için işyerinin devri hükümlerine tabi olacaktır.<sup>56</sup> Ticaret hukuku doktrinine göre, İş K. m. 6/f.4'te belirtilen "... birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz" biçimindeki düzenlemenin, şirketin tasfiyesiz olarak sona erdiği tam bölünme halinde de uygulanması gerekir. Nitekim tam bölünmede, tam bölünüp devrolunan şirket sona ereceğinden birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanması zaten mümkün olmayacaktır.<sup>57</sup> TTK. m. 178/f.1, "Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer" hükmü de bölünme sonucunda işyeri devrinin söz konusu olması halinde devirden etkilenecek işçilerin haklarının korunmasını düzenleyen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bölünme, bir işyeri devri niteliğinde ise çalışan işçilerden rıza alınması şarttır.

### 2.3. Ticaret Şirketlerinin Tür Değiştirmesi

Tür değiştirme, TTK. m. 180 ile m. 190 arasında düzenlenmiştir. Ancak kanunda tür değiştirmenin tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanıma göre tür değiştirme, bir ticaret şirketinin bir türden, diğer bir türe ekonomik varlığını ve devamlılığını koruyarak ve malvarlığını tasfiye etmeksizin dönüştürülmesidir.<sup>58</sup> Tür değiştirmede, tek bir ticaret şirketi ve tüzel kişilik vardır; bu da halen sahip olduğu bir türden yasada belirlenmiş başka bir hukuki türe dönüştürülmektedir. Tür değiştirmede, tüzel kişilik değişmediği için sona erme de söz

<sup>56</sup> Özkaraca, İşyeri Devri, s. 71; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 80; Doğan Yenisey, s. 139.

<sup>57</sup> Özkaraca, İşyeri Devri, s. 71; Astarlı, s. 99, 102-103; Çankaya/Çil, s. 464; TTK. m. 178 ile ilgili olarak TBMM Adalet Komisyonu raporunun müteselsil sorumluluk ile ilgili 1. maddesinin eleştirisi için bkz. Ekmekçi, s. 158; Sarper Süzek, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 196; Kenan Tunçoğlu/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 66.

<sup>58</sup> Pulaşlı, s. 190; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 59; Bilgili/Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 190; Bilgili/Demirkapı, Şirketler, s. 80; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 108-109.

konusu olmamaktadır.<sup>59</sup> TTK. m. 181'de geçerli olan tür değiştirmeler sayılmıştır. Bu maddeye göre, bir sermaye şirketi örneğin bir limited şirket, başka türde bir sermaye şirketine örneğin anonim şirkete dönüşebilir. Bu durumda tür değiştirme söz konusu olacaktır.

### 2.3.1. Biçim Değiştirici Tür Değiştirme

Eski Ticaret Kanununda, biçim değiştirici tür değiştirme yanında devredici tür değiştirme<sup>60</sup> de yer almaktaydı.<sup>61</sup> Ancak yeni Türk Ticaret Kanunu, biçim değiştirici tür değiştirmeyi benimsemiştir. Biçim değiştirici tür değiştirmede, ortaklık tüzel kişiliğini kaybetmemekte sadece bazı işlemler sonucu şeklini değiştirerek başka türde bir ortaklık haline gelmektedir. Dolayısıyla ortada bir tane tüzel kişilik vardır ve malvarlığının devri söz konusu değildir. Örneğin bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesinde olduğu gibi.<sup>62</sup> Ayrıca TTK. m. 180/f.1'de belirtildiği gibi, "... yeni türe dönüştürülen şirket, eskisinin devamıdır". Bunun sonucu olarak da, tüzel kişilik sona ermeyip devam ettiğinden işveren değişikliği söz konusu olmamaktadır.<sup>63</sup> Yani tür değişikliğine rağmen tüzel kişilik devam ettiği için işyeri üzerindeki hakların bir başka işverene geçişi söz konusu değildir ve işyerinde çalışan işçiler açısından iş sözleşmesine taraf olan tüzel kişi işveren sıfatında bir değişiklik olmamaktadır.<sup>64</sup> İşveren değişikliği olmadığı için de işyeri devrinden söz etmek mümkün olmayacaktır. İşyerinin devri söz konusu olmadığı için ve işveren değişmediği için İş K. m. 6'da belirtilen birlikte sorumluluk ilkesi de uygulanamayacaktır. Zaten ortada tek bir işverenin olması da birlikte sorumluluk hükmünün uygulanmasını mümkün kılmayacaktır.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Pulaşlı, s. 191.

<sup>60</sup> Eski Ticaret Kanununda düzenlenen devredici tür değiştirmede, tür değiştiren ortaklık ve yeni türdeki ortaklık olmak üzere, ortada iki tane tüzel kişilik vardı. Malvarlığının tasfiyesi söz konusu olmamakta ve malvarlığı bir ortaklıktan diğerine geçmekteydi (Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 59).

<sup>61</sup> Ticaret hukuku doktrininde bazı yazarlar biçim değiştirici tür değiştirme terimini kullanırken (Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 59), bazı yazarlar yeni kuruluş yoluyla tür değiştirme terimini tercih etmektedir (Pulaşlı, s. 193).

<sup>62</sup> Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 59-60; Bilgili/Demirkapı, Şirketler, s. 81; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 109; Pulaşlı, s. 194.

<sup>63</sup> Güzel, s. 169; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 79; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 218-219; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 73; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 82; Şahlanan, İşverenin Değişmesi, s. 23; Doğan Yenisey, s. 139-140.

<sup>64</sup> Güzel, s. 169; Şahlanan, İşverenin Değişmesi, s. 23; Doğan Yenisey, s. 139-140.

<sup>65</sup> Özkaraca, İşyeri Devri, s. 79; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 218-

Bir ticari işletme, bir ticaret şirketine dönüşürse, ticari işletmenin tüzel kişiliği olmadığı için, ticaret şirketlerindeki tür değiştirmede olduğu gibi, ortada tek bir tüzel kişilik olur. O da seçilen türdeki ticaret şirkettir. Bu durumda yeni kuruluş söz konusudur<sup>66</sup> ve TTK. m. 184/f.1 gereğince, "...yeni türün kuruluşuna ilişkin hükümler uygulanır".

### 2.3.2. Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi

Ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi işlemleri ile ilgili olarak yukarıda ifade ettiğimiz gibi, İş K. m. 6/f.4'e göre, "Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz". Dolayısıyla birlikte sorumluluk hükümleri dışında kalan hükümler uygulanacaktır. Biçim değiştirici tür değiştirmede işveren değişikliği meydana gelmediği için ve ortada bir işyeri devri olmadığı için birlikte sorumluluk da gündeme gelmeyecektir.<sup>67</sup> Her tür değiştirmede mutlaka bir işveren değişikliği söz konusu olmayabilir. Oysa işyeri devrinden söz edebilmek için, iş sözleşmesinin işveren tarafının değişmesi zorunludur. İşveren değişikliği söz konusu olmadığında ise tür değişikliği olsa da işyeri devrinden söz etmek mümkün olmayacaktır.<sup>68</sup>

## 3. İŞYERİNİN DEVRİNDE TÜRK TİCARET KANUNU VE İŞ KANUNU HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

### 3.1. TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 Hükümleri Arasındaki Ortak Noktalar ve Farklar

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yeni TTK. m. 178 ile "iş ilişkilerinin geçmesi", m. 158 ile "ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi", m. 190 ile "alacaklıların ve çalışanların korunması" kenar başlıklı yeni hükümler getirilmiştir. TTK. m. 178'de tam veya kısmi bölünme halinde iş ilişkilerinin yeni işverene geçmesi düzenlenmiş, ancak birleşmeye ilişkin m. 158/f.4 ve tür değiştirmeye ilişkin m. 190'da, m. 178'e atıf yapılmıştır. Dolayısıyla TTK. m. 178, her türlü birleşme, bölünme

219; Astarlı, s. 99, 103.

<sup>66</sup> Pulaşlı, s. 194; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, Şirketler, s. 81.

<sup>67</sup> Özkaraca, İşyeri Devri, s. 79; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 218-219; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 67-68.

<sup>68</sup> Özkaraca, İşyeri Devri, s. 78; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 41, 75.

ve tür değiştirme işlemlerinin (TTK. m. 134 ile 194 arası maddeler) iş ilişkileri bakımından sonuçlarını düzenleyen temel bir hükmüdür.<sup>69</sup> TTK. m. 178 hükmünün gerekçesinde, hükmün ilk altı fıkrasının İBK. m. 333'ten alındığı ve İBirk. 49. maddesinin anılan hükme gönderme yaptığı belirtilmiştir.<sup>70</sup>

İş K. m. 6'da da, işyerinin veya bir bölümünün devrinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. O halde, "TTK. m. 178 hükmü ile İş K. m. 6 hükmü arasında ne fark vardır?" TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 arasındaki ortak noktalar ve farklar aşağıda karşılaştırma yapılarak incelenmiştir:

"İş ilişkilerinin geçmesi" kenar başlıklı TTK. m. 178'e göre;

"(1) Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

(2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

(5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.

<sup>69</sup> Mustafa Alp, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştiriminin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/1, S. 32, s. 54; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 250; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 83; ayrıca bkz. Astarlı, s. 70 vd.; TTK. m. 178'in, yapılan yorumlar nedeniyle, bölünmeye ilişkin hükümler arasında yer alması eleştirilmiş, ortak hükümler başlığı altında düzenlenmesinin daha yerinde olacağı belirtilmiştir (Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 132; Kaplan Senyen, s. 37; Süzek, s. 201).

<sup>70</sup> Yalvaç/Kaya, s. 426.

(6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler”.

*“İşyerinin veya bir bölümünün devri” kenar başlıklı İş K. m. 6’ya göre, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.*

*Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.*

*Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.*

*Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.*

*Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.*

*Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz”.*

TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 arasındaki ortak noktalar şunlardır:<sup>71</sup>

\* Her iki hükümde de devredilen işyerindeki iş ilişkileri devralana kendiliğinden, yasa gereği tüm hak ve borçları ile birlikte geçmektedir. İşyerini devralan işverenin iş ilişkilerini devralmaktan kaçınma hakkı yoktur.

\* Her iki hükümde de (bazı farklar olmakla birlikte) devreden ve devralan işçilik alacaklarından birlikte yani müteselsilen sorumludur.

<sup>71</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 55.

TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 arasındaki farklar şunlardır:<sup>72</sup>

\* TTK m. 178/f.1 ile işçiye devre itiraz hakkı tanınmakta ve ancak “işçi itiraz etmediği takdirde” iş sözleşmelerinin devralana geçeceği öngörülmektedir. Oysa İş K. m. 6’da işçiye devre itiraz hakkı tanınmamıştır. O halde bu iki madde arasındaki farklılardan biri, TTK. m. 178 ile ticaret şirketlerinin, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinin bir işyeri devri niteliğinde olduğu durumlarda, devirden etkilenen işçilere, iş ilişkilerinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanınmasıdır.<sup>73</sup> Diğer bir ifadeyle, işyeri devrinin birleşme, bölünme veya tür değiştirme hallerinden biri ile gerçekleşmesi durumunda artık iş sözleşmelerinin otomatik olarak devri söz konusu olmayacak, işçinin devre itiraz etmemesi halinde iş sözleşmeleri devralana geçecektir.<sup>74</sup>

TTK. m. 178’de, devirden etkilenen işçilerin, iş ilişkilerinin devralan işverene geçişine itiraz hakkını kullanabilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. TTK. m. 178’de işçinin itiraz hakkını kullanması gereken süre konusunda bir düzenleme yer almadığı için doğal olarak bu sürenin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı konusunda da bir düzenleme yer almamaktadır. Oysa işçinin devre itiraz hakkını kullanabilmesi için devrin yapılacağı konusunda bilgilendirilmesi yani devrin yapılacağını bilmesi gerekir.<sup>75</sup> TTK. m. 178’de ise, işverenin işçiyi devir hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmediği için işveren tarafından işçiye bildirim nasıl yapılacağı hususu da düzenlenmemiştir. Alman Medeni Kanununun 613a paragrafının 5. fıkrasına göre (BGB 613a/5), yeni (devralan) işveren veya eski (devreden) işverenin devirden önce etkilenen işçilere, devrin zamanını veya devir için planlanan zamanı, devrin sebebini, devrin işçiler açısından hukuki, iktisadi ve sosyal sonuçlarını ve işçiler için alınması öngörülen önlemleri yazılı olarak bildirmelidir. İsviçre Borçlar Kanunu 333a

<sup>72</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56; TTK. m. 178’de “işçi” sözcüğünün kullanılması Moroğlu tarafından eleştirilmiş ve “çalışan” sözcüğünün kullanılmasının hem dil birliği hem de kapsamın daha iyi belirlenmesi bakımından daha doğru olacağı belirtilmiştir (Moroğlu, s. 72).

<sup>73</sup> Birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerine bağlı olarak gerçekleşen işyeri devrinde işçinin iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, s. 69, 85-86, 101; Kaplan Senyen, s. 27-28; Tunçomağ/Centel, s. 67.

<sup>74</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 61; Süzek, s. 203.

<sup>75</sup> Kaplan Senyen, s. 27.



maddesine (OR. Art. 333a) göre de, işveren tarafından devrin sebebi, işçi açısından hukuki, iktisadi ve ekonomik yönden etkileri hakkında zamanında yani devrin icrasından veya mümkün ise devir sözleşmesinden önce işçi temsilcisinin, yoksa işçinin bilgilendirilmesi gerekir. O halde Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, itiraz hakkının kullanılabilmesi, işçinin devir hakkında bilgilendirilmiş olması koşuluna bağlanmıştır.<sup>76</sup> İBK. 333. maddesi tercüme edilerek düzenlenen TTK. m. 178'de, İBK. 333. maddesinde öngörülen işverenin işçiyi devir hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemiştir. TTK. m. 178'de işçiyi devre itiraz hakkı tanınması ancak bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir.<sup>77</sup> Bu durumda uygulamada itiraz hakkının ne zaman doğduğu ve süresi konusunda sorunların çıkması kaçınılmazdır.<sup>78</sup> Ayrıca, işverenin devir hakkında işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir gereğidir.<sup>79</sup> Alman Medeni Kanununun 613a paragrafının VI. fıkrasına göre, işçinin iş ilişkisinin devrine itiraz hakkının V. fıkraya göre yapılacak bilgilendirmenin varmasından itibaren bir ay içinde kullanılması gerekir. İBK. 333. maddesinde ise itiraz hakkının hangi süre içerisinde kullanılması gerektiği konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak İsviçre hukukundaki bir görüşe göre, iş sözleşmeleri için öngörülen bir aylık deneme süresinin kıyas yoluyla devre itiraz hakkı bakımından da uygulanması gerekir.<sup>80</sup> Bu görüşe göre, işçinin işyerinin devrini öğrendiği tarihten itibaren itiraz hakkını bir aylık süre içerisinde kullanması gerekmektedir.<sup>81</sup> Türk Hukukundaki bir görüş, daha uzun bir süre tanınmanın gerekli olmadığı hallerde, İş K. m. 22'de öngörülen ve işçiyi esaslı değişikliği kabul

<sup>76</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 62; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 185-186; Devirden etkilenecek işçi, devir konusunda yazılı olarak bilgilendirilmelidir. Tam, doğru ve şekle uygun bir bilgilendirme yapılmadığı takdirde ise itiraz süresi işlemeye başlamayacaktır. Bununla birlikte kanunda her ne kadar bilgilendirme yükümlülüğünün işyerinin devri tarihinden önce yapılması öngörülmüş ise de, bu yükümlülük devri tarihinden sonra yerine getirilmiş ise işçinin itiraz hakkını kullanma süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (Astarlı, s. 90-91, 102; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 186, 189); Kaplan Senyen, s. 27.

<sup>77</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 62; Kaplan Senyen, s. 27.

<sup>78</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 62, 72.

<sup>79</sup> Kaplan Senyen, s. 27.

<sup>80</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 62; Kaplan Senyen, s. 27; Astarlı, s. 91-92.

<sup>81</sup> Astarlı, s. 91, 102; Aydın Başbuğ, "İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki", Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs-Ağustos 2003, C. 18, S. 2-3, s. 14.



konusunda tanınan altı iş günlük sürenin kıyas yoluyla burada uygulanabileceği belirtmiştir. Ayrıca bu görüşe göre, İş K. m. 22'den farklı olarak altı iş günü içinde işçinin itiraz etmemesi sonucunun, devre örtülü onay verdiği anlamına geleceği ileri sürülmüştür.<sup>82</sup> Türk hukukundaki diğer görüşe göre, İsviçre hukukunda olduğu gibi İş K. m. 15'te deneme süresi için öngörülen iki aylık sürenin kıyas yoluyla uygulanması, sürenin uzunluğu nedeniyle mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte bu görüşe göre, işyeri değişikliği işçi bakımından esaslı değişiklik anlamına geldiği için İş K. m. 22'de esaslı değişikliklere ilişkin olarak öngörülen altı iş günlük sürenin kıyas yoluyla uygulanması mümkün görülebilse de altı iş günlük süre, işçinin itiraz hakkını kullanıp kullanmayacağına karar vermesi bakımından çok kısadır. Bu görüş, İsviçre yargı kararlarında ve Alman Medeni Kanununda (BGB 613a/VI) kabul edildiği gibi bir aylık itiraz süresinin makul olduğunu savunmaktadır.<sup>83</sup> Bir diğer görüşe göre, işçi itiraz hakkını, devri öğrendiği andan itibaren dürüstlük kuralına uygun makul bir süre içinde kullanmalıdır.<sup>84</sup> İşçi, itiraz hakkını itiraz süresi içinde kullanmaz ise işçinin itiraz hakkını kullanmaktan vazgeçtiği<sup>85</sup> yada itiraz süresini susarak geçirmiş ise işçinin devre örtülü onay verdiği yani devri zımni olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir.<sup>86</sup> İşçinin işyeri devrini onayladığını bildirmesi halinde ise itiraz hakkı ortadan kalkmaktadır.<sup>87</sup> İtiraz hakkından geçerli bir şekilde vazgeçme ancak işyerinin devri halinde söz konusu olduğu için işçinin iş sözleşmesinde önceden işyeri devrine itiraz hakkından vazgeçmesi geçerli değildir. Bu nedenle iş sözleşmesi yapılırken sözleşmeye konulan vazgeçme kayıtları geçerli olmayacaktır.<sup>88</sup> İtirazın şekli konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda işçi itiraz hakkından yazılı veya sözlü olarak açıkça vazgeçebilmektedir.<sup>89</sup> Ancak ispat kolaylığı açısından itirazın yazılı yapılması tercih edilmelidir.<sup>90</sup>

<sup>82</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 63.

<sup>83</sup> Astarlı, s. 91, 102; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 189.

<sup>84</sup> Süzek, s. 203; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 67; Tunçomağ/Centel, s. 67; Gümüş, s. 505; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 189.

<sup>85</sup> Kaplan Senyen, s. 27; ayrıca bkz. Astarlı, s. 93.

<sup>86</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 63; ayrıca bkz. Astarlı, s. 93.

<sup>87</sup> Kaplan Senyen, s. 27; ayrıca bkz. Astarlı, s. 93.

<sup>88</sup> Astarlı, s. 93; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 191.

<sup>89</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 63; Astarlı, s. 93; Gümüş, s. 505.

<sup>90</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 63; Astarlı, s. 93; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 191.

İBK. 333. maddesinde olduğu gibi TTK. m. 178'de de itiraz hakkının kime karşı kullanılacağı konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Alman Medeni Kanununun 613a paragrafının 6. fıkrasında, işçinin iş ilişkisinin devrine yazılı olarak eski veya yeni işverene itiraz edebileceği öngörülmüştür. O halde işçi, itirazını kullanırken bir seçim hakkına sahiptir ve dilerse eski (devreden) işverene, dilerse yeni (devralan) işverene karşı itiraz hakkını kullanabilecektir.<sup>91</sup>

AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi dikkate alınarak hazırlanan İş K. m. 6'da da devir halinde işçi temsilcilerini, işçi temsilcileri yoksa işçileri işyeri devri hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Oysa AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nde devralan ve devreden işverenlerin, işyeri devrinin etkileri hakkında işçi temsilcilerini, işçi temsilcileri yoksa işçileri işyeri devri hakkında bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir (m. 7/I.1). Hem Türk Ticaret Kanununda hem de İş Kanununda devir halinde, çalışanları yani işçileri bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemesi önemli bir eksikliktir.

\* TTK m. 178/f.2'de işçinin devre itirazı halinde iş sözleşmesinin bildirim süresinin sonunda sona ereceği öngörülmektedir.<sup>92</sup> Oysa İş K. m. 6/f.5'te salt devrin işçi bakımından fesih için haklı sebep oluşturmadığı belirtilmiştir. TTK m. 178/f.2, işçilere iş sözleşmesine devam edip etmeme konusunda seçme hakkı vermektedir.<sup>93</sup> TTK. m. 178 yürürlüğe girmeden önce, işçinin devirden sonra yeni işveren ile çalışmak istememesi durumunda İş K. m. 17'de yer alan bildirim (ihbar) sürelerine uyarak istifa etmesi gerekiyordu. İşçinin istifa etmesi halinde de işveren kıdem tazminatı ödemekten kurtuluyordu. Bu durum işçinin aleyhineydi. TTK. m. 178'de, işçinin devre itiraz etmesi sonucu iş sözleşmesinin sona

<sup>91</sup> Süzek, s. 203; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değişirme, s. 63; Astarlı, s. 90; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 189; Kaplan Senyen, s. 28.

<sup>92</sup> TTK. m. 178/II, çalışanların bölünme nedeniyle hak kaybına uğramalarının önlenmesi ve çalışanın bölünmeye itiraz etmesi sebebiyle bölünmeyi engellemesinin önlenmesi için; çalışanların, en geç bölünmenin ticaret siciline tesciline kadar bölünmeye ve devre itiraz edebilecekleri ve itiraz halinde tüm hakları ödenerek hizmet sözleşmelerine son verileceği, tüm alacakları ödenmediği takdirde ise bölünmenin sicile tescil edilemeyeceği şeklinde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş ve bu nedenle Moroğlu tarafından eleştirilmiştir (Moroğlu, s. 72-73). İtiraz hakkının kullanılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, s. 89 vd.; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değişirme, s. 60 vd.

<sup>93</sup> Yalçın Tosun, "Sözleşmenin Devri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 180.

ermesi halinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak TTK. m. 178 gereğince, işçi eğer devre itiraz ederse iş sözleşmesi, işçinin kıdemine göre belirlenecek bildirim süreleri sonunda sona ermiş olacak ve bu sona erme de işçinin istifası niteliğinde olmadığı için işçinin şartları varsa kıdem tazminatı alması söz konusu olacaktır. Çünkü TTK. m. 178/f.2'ye göre, işçinin devre itirazı halinde iş sözleşmesinin bildirim sürelerinin sonunda sona ermesi kanun gereği olmaktadır. İş sözleşmesinin itiraz nedeniyle sona ermesi kendine özgü bir sona erme halidir. Kanun, iş ilişkisinin geçişine itirazı, işçi veya işveren tarafından yapılan fesih olarak değerlendirmemiştir. Bu nedenle bu durum, işçinin feshe bağlı haklarını kaybedeceği anlamına gelemez.<sup>94</sup> Bu durum kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanununun<sup>95</sup> 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatına hak kazanma şartları arasında yer almasa da TTK. m. 178'in amacı işçiyi korumak ve işçiye daha fazla hak sağlamak olduğu için kanun koyucunun iradesi, devre itiraz eden işçilere şartları varsa kıdem tazminatı ödenmesi yönünde olmalıdır. Eğer devre itiraz eden işçilere kıdem tazminatı ödenmez ise TTK. m. 178 ile işçi lehine getirilmiş bir düzenleme söz konusu olmaz.<sup>96</sup> Çünkü işçi zaten itiraz hakkını kullanmadan her zaman bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini sona erdirebilir.<sup>97</sup> Bu durum kıdem tazminatına hak kazanma koşulları ile çeliştiği için m. 178'de bu konuya açıklık getirilerek, işçinin devre itiraz etmesi halinde şartları varsa kıdem tazminatına hak kazanacağı açıkça belirtilmeli ve bu konuda tartışmalara ya da yoruma yer bırakılmamalıdır.

\* TTK m. 178/f.3'te müteselsil sorumluluk öngörülmektedir. Oysa İş K. m. 6/f.4'te tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da tür değiştirme nedeniyle sona ermesi halinde müteselsil sorumluluk doğmayacağı belirtilmiştir. Ancak birleşme ve katılma halinde ortada iki ayrı tüzel kişilik olmadığı için<sup>98</sup>, tür değiştirmede ise işveren değişmedi-

<sup>94</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 66-67; Süzek, s. 204; Kaplan Senyen, s. 28; Astarlı, s. 96, 102; Bu konuda 1475 sayılı İş K. m. 14/f.1 bent 2 hükmünün örneksime yoluyla uygulanması ve işçinin kıdem tazminatından yoksun bırakılmaması yerinde olacaktır (Tunçomağ/Centel, s. 67).

<sup>95</sup> Kabul Tarihi: 25.08.1971, RG. 13943 sayı ve 01.09.1971 tarih.

<sup>96</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 66-67; Süzek, s. 205; Kaplan Senyen, s. 28; Astarlı, s. 96, 102.

<sup>97</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251.

<sup>98</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251-252; Ekmekçi, s. 155.

ği için müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacağından anlamsız bir hüküm olarak nitelendirilmektedir.<sup>99</sup> TTK. m. 178/f.3 gereğince, eski işveren (devreden) ile devralan, işçinin bölünmeden önce muaccel olmuş alacakları (yani tüm işçilik alacakları) ile iş sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur. TTK. m. 178; m.158/f.4 göndermesi nedeniyle birleşme ve TTK m.190 göndermesi nedeniyle tür değiştirme halinde de uygulanacaktır. Devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumluluğu, sadece kendi döneminde doğmuş ancak devirden sonra iş sözleşmesinin sona erme tarihine kadar muaccel olmuş alacaklar bakımındandır.<sup>100</sup> TTK. m. 178, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde geçerlidir ancak ticaret şirketlerinin tüm dönüşüm hallerine uygulanabilecek nitelikte değildir.<sup>101</sup> Yasa gerekçesinde de kabul edildiği üzere, birleşme ve tam bölünme halinde katılan veya bölünen şirket infisah edeceği, yani bir eski işveren ortada kalmayacağı, tür değiştirmede ise işveren değişmediği için müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sadece kısmi bölünme halinde yani bölünen şirketin bir kısım malvarlığı ve işyerlerini devredip varlığını koruması halinde bir eski işveren şirket söz konusu olacak ve müteselsil sorumluluk uygulanabilecektir.<sup>102</sup> Buna karşılık TTK. m. 178/f.6 gereğince, birleşen, tam bölünen veya tür değiştiren şirket bir şahıs şirketi ise ortakların kişisel sorumlulukları esası uygulanacak, dönüşümden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortaklar, iş sözleşmesinden doğan ve devir gününe kadar muaccel olan borçlarla, iş sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan işçilik alacaklarından da katılınan, bölünme ile oluşturulan veya tür değiştirip sermaye şirketi olan şirket ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler. Ortakların yeni oluşan şirkette ortak olup olmamalarının müteselsil sorumluluğun uygulanması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.<sup>103</sup>

<sup>99</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251-252; Tunçomağ/Centel, s. 66.

<sup>100</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 69.

<sup>101</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 68; Astarlı, s. 99.

<sup>102</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 251-252; Kaplan Senyen, s. 37.

<sup>103</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 68; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 252.

\* TTK m. 178/f.4'te müteselsil sorumluluğun kapsamı ve süresi İş K. m. 6/f.3'e kıyasla genişletilmiştir. İş K. m. 6/f.3'te müteselsil sorumluluğun süresi 2 yıldır. İş K. m. 6/f.3 gereğince, devreden işveren sadece devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Örneğin işçilerin devirden önce hak kazandıkları kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma ücreti, yakacak yardımı, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretinden devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıldır.<sup>104</sup> Devreden işveren, devir tarihinden sonra doğmuş veya muaccel olmuş işçilik alacaklarından (kıdem tazminatı hariç) sorumlu değildir.<sup>105</sup> Yani devralan işveren, devir tarihinden sonra doğmuş veya muaccel olmuş alacaklardan örneğin ücret, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi işçilik alacaklarından tek başına sorumludur. Ayrıca feshe bağlı haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden de devralan işveren sorumludur.<sup>106</sup> 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünde, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, İş K.

<sup>104</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 241; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 350; Kaplan Senyen, s. 34; Cevdet İlhan Günay, "Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri", İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, Özel Sayı 5, s. 53, 57; Çankaya/Çil, s. 476; Sönmez Tatar, s. 74 vd., 96 vd.; Dilek Dulay, "İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayincılık, Şubat 2012, Y. 7, S. 66, s. 59, 60; Yarg. 9. HD. 23.10.2009 T., 2008/10743 E. ve 2009/28895 K. "İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır" (Çil, s. 139-140).

<sup>105</sup> Süzek, s. 195-196; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 241; Çelik, 63; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 370; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 182-183; Çankaya/Çil, s. 476 vd.; Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2010, s. 36, 77; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 69; Astarlı, s. 100; Kaplan Senyen, s. 34-35; Sönmez Tatar, s. 74-75, işverenlerin kıdem tazminatından sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için s. 102 vd.; Dulay, s. 60; Yarg. 9. HD. 23.10.2009 T., 2008/10743 E. ve 2009/28895 K. (Çil, s. 139-140); Yarg. 9. HD. 12.02.2008 T., 2007/31303 E., 2008/106 K. (Çil, s. 177).

<sup>106</sup> Kaplan Senyen, s. 35; Süzek, s. 195-196; Güzel, s. 346 vd.; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 172-173, 181-182; Sönmez Tatar, s. 77, 111 vd.; Dulay, s. 59-60; Yarg. 9. HD. 23.10.2009 T., 2008/10743 E. ve 2009/28895 K. (Çil, s. 139-140); Yarg. 9. HD. 31.03.2009 T., 2008/12946 E., 2009/8940 K. (Çil, s. 146-149); Yarg. 9. HD. 23.09.2010 T., 2008/34488 E., 2010/25326 K. (Çankaya/Çil, s. 512-514).

m. 6'da yer alan devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu değildir.<sup>107</sup> Bu nedenle devreden işveren, devir anındaki kıdem süreleri ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak sorumludur.<sup>108</sup>

TTK. m. 178'e göre, devreden işveren devirden önce doğmakla birlikte ancak devir tarihinden sonra sözleşmenin sona erme tarihine kadar muaccel olan alacaklardan ve işçinin itirazı sebebiyle sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklardan devralan ile birlikte sorumludur. İşçinin itirazı sebebiyle sözleşmenin sona ereceği tarih, yasal bildirim süresinin sonu olan tarihtir. Sözleşmenin normal olarak sona erme tarihi ise, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kanuni veya akdi bildirim süresinin sonundaki tarih, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise belirli sürenin dolduğu tarihtir. TTK. m. 178'de devreden işverenin müteselsil sorumluluğu bakımından, İş K. m.6/f.3'te olduğu gibi azami bir süre (iki yıl) sınırlaması getirilmemiştir.<sup>109</sup>

\* TTK m. 178/f.5 ile işçilere muaccel olan ve muaccel olacak alacakları için teminat talep etme hakkı tanınmıştır. İş K. m. 6'da böyle bir talep hakkı söz konusu olmadığı için bu düzenlemenin bir karşılığı bulunmamaktadır. TTK. m. 178/f.5 ile işçilere teminat talep etme hakkı tanınmış ise de hükümde, teminat talep etme hakkının ne şekilde istenebileceği ve hangi süre içerisinde kullanılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.<sup>110</sup>

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi, işverenin değişmesi sonucunu meydana getirdiği takdirde işyeri devri söz konusu olur.<sup>111</sup> İş K. m. 6/f.4'te, "*Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri*

<sup>107</sup> Süzek, s. 196; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 243; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 196; Çankaya/Çil, s. 478; Yarg. 9. HD. 27.06.2008 T., 2008/11195 E., 2008/17898 K. (Çil, s. 163-167).

<sup>108</sup> Günay, s. 51; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 243; Özkaraca, İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 196; Çankaya/Çil, s. 477; Yarg. 9. HD. 12.02.2008 T., 2007/31303 E., 2008/106 K. (Çil, s. 177).

<sup>109</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 70; Astarlı, s. 96, 101-102; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 252-253.

<sup>110</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 71, 73; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 253.

<sup>111</sup> Özkaraca, İşyeri Devri, s. 65, 67, 71, 78; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 55, Alpagut, İşyerinin Devri, s. 75.



*uygulanmaz*" hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, tüzel kişiliğin, birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde 6. maddedeki sadece birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağı belirtildiğinden, işverenlerin birlikte sorumluluğu dışında kalan hususlarda (işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devreden ve devralan işverenlerin, devir tarihinde muaccel olan işçilik alacaklarından birlikte sorumluluğu dışındaki tüm sonuçlarında) madde hükmünün uygulanması gerekecektir.<sup>112</sup> Bu durumda devreden işverenin tüzel kişiliği sona erdiği için birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmaması normaldir.<sup>113</sup> O halde İş K. m. 6 da yer alan,

\* devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesi,

\* devralan işverenin, hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olması,

\* devrin işçi bakımından haklı fesih sebebi olmadığı ilkeleri birleşme, bölünme ve tür değiştirme sureti ile gerçekleşen devirlerde de geçerli olacaktır.<sup>114</sup>

### 3.2. TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 Hükümünün Çatışması

Hukukumuzda birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumu ile ilgili işyeri devri ve bu devrin iş ilişkilerine etkisini düzenleyen iki farklı kanun hükmü (TTK. m. 178 ile İş K. m. 6) aynı anda yürürlüktedir. Bu iki hükümde ortak olan noktalarda bir sorun oluşmayacaktır. Ancak bu iki hükümde düzenlenen ve çelişkili olan hususlarda hangi hükmün uygulanacağı önemlidir. *"O halde hangi durumlarda TTK. m. 178 hükmü, hangi durumlarda İş K. m. 6 hükmü uygulama alanı bulacaktır?"*

Normlar hiyerarşisinde sırasıyla anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler<sup>115</sup> yer

<sup>112</sup> Alpagut, İşyerinin Devri, s. 67-68; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 249; Doğan Yenişey, s. 132; Astarlı, s. 84; Tulukcu, s. 134.

<sup>113</sup> Süzek, s. 196; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 70; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 67; Çankaya/Çil, s. 464.

<sup>114</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 55; Astarlı, s. 84-85.

<sup>115</sup> İdari işlem, idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklamasıdır. Yani idari işlemin, biri "irade açıklaması", diğeri "hukuki sonuç" olmak üzere

almaktadır. Bu hiyerarşik düzende her norm, bir üstteki norma aykırı hüküm içermemek yani uygun olmak zorundadır. Bu nedenle, aynı konuda farklı düzenlemeler içeren iki hüküm bulunması halinde öncelikle normlar hiyerarşisine bakılır ve normlar hiyerarşisindeki üst norma öncelik verilir. Normlar hiyerarşisinde aynı sırada olan iki normdan hangisinin uygulanacağı konusunda ise genel kanun-özel kanun ilişkisine bakılır. Özel kanununun genel kanuna göre önceliği vardır. Eğer her iki kanun da aynı nitelikte ise önceki kanun-sonraki kanun (eski kanun-yeni kanun) ilişkisine bakılır.<sup>116</sup>

Türk Ticaret Kanunu ve İş Kanunu normlar hiyerarşisinde aynı sırada oldukları için birinin diğerine önceliği yoktur. Hem Türk Ticaret Kanunu hem de İş Kanunu özel kanun niteliğinde olduğundan aralarında genel kanun-özel kanun ilişkisi de yoktur.<sup>117</sup> Türk Ticaret Kanunu, İş Kanunundan daha sonra yürürlüğe girdiği için önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi bakımından Türk Ticaret Kanunu sonraki kanundur ve TTK. m. 178 de sonraki özel kanun hükmüdür, bu açıdan sadece bir-

---

iki unsuru vardır ve ancak bu iki unsur bir araya geldiği takdirde hukuki işlem kurulur (Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Ekin Basın Yayın, Bursa Ekim 2012, s. 263). Düzenleyici işlemler, genel ve kişilik-dışı nitelikte olan tek taraflı idari işlemlerdir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, düzenleyici işlemlerin iki özelliği vardır: Genel niteliktedir ve kişilik-dışı niteliktedir. Kişilik-dışı olma özelliği, bu idari işlemin muhatabı olan kişinin ismen değil de sıfat veya görevi itibarıyla belirlenmiş olmasıdır. Türk hukukunda "kanun hükmünde kararname", "tüzük" ve "yönetmelik" olmak üzere üç tane düzenleyici işlem vardır (Gözler/Kaplan, s. 276-277, 416-417; Kemal Gözler, İdare Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Ekin Basın Yayın, Bursa Eylül 2009, s. 243). Uygulamada, yürütme organının (kanunun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik dışında), kararname, karar, sirküler, tebliğ, genelge, talimat, yönerge, genel emir, duyuru, ilan, tarife, ilke kararı, esaslar, statü, tenbihname, genel tenbih, plan, izahname, açıklama gibi değişik isimler taşıyan işlemlerle genel, soyut, objektif hukuk kuralları koyduğu görülmektedir. Bu düzenleyici işlemlere, idare hukukunda adsız düzenleyici işlemler denilmektedir (Gözler/Kaplan, s. 442-443; Gözler, 260-261; Metin Günday, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 99).

<sup>116</sup> Erdal Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, Ekim-Aralık 2008, S. 71, s. 7; Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56.

<sup>117</sup> TTK. m. 178, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde iş ilişkilerinin geçmesini düzenlediği için işyeri devrinin tüm olasılıklarını düzenleyen İş K. m. 6'ya göre özel hüküm olduğu savunulabilir (Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56; Astarlı, s. 85, 101; Süzek, s. 202-203). Ancak İş Kanunu da iş ilişkilerini düzenleyen özel kanun olduğu için İş K. m. 6'nın, TTK. m. 178'e göre özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği savunulabilir (Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56; Ekmekçi, s. 159).



leşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde iş ilişkilerinin geçmesi ile sınırlı olmak üzere öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir.<sup>118</sup>

Birbiri ile çelişen iki farklı kanun hükmü aynı anda yürürlükte olduğunda ve hangi hükmün öncelikle uygulanacağı konusunda normlar hiyerarşisindeki sıra, genel kanun-özel kanun ilişkisi ya da önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi sorunu net bir şekilde çözemediğinde ve bu iki hüküm arasında bir tercih yapmak gerektiğinde, kanunun genel gerekçesine ve hazırlık çalışmalarına bakarak kanun koyucunun amacını dikkate almak gerekmektedir.<sup>119</sup>

Türk Ticaret Kanununun genel gerekçesine baktığımızda, TTK m. 178 ile ilgili genel gerekçe 55 ve genel gerekçe 114'te açıklama yapıldığını görüyoruz. Buna göre, *"Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme"* başlıklı genel gerekçe 55'te, *"... alacaklıların korunması, birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye katılanların özel sorumlulukları ile iş ilişkilerinin geçmesi yeni bir anlayışla ele alınmıştır"*. *"Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme"* başlıklı genel gerekçe 114'te, *"... Getirilen yeni hükümlerle sadece söz konusu yapısal değişikliklerin güvenli, şeffaf ve basit bir işlemler zinciri içinde gerçekleşmeleri sağlanmakla kalınmamış, aynı zamanda, alacaklılar ve diğer hak ve menfaat sahipleri de korunmuştur. Ayrıca işçilerin devralan şirkete geçişleri, hakları ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir"* şeklinde açıklamalar yer almaktadır. Genel gerekçedeki açıklamalardan çıkarılacak sonuç, kanun koyucunun TTK. m. 178 ile getirdiği düzenlemeleri bilinçli olarak yaptığıdır.<sup>120</sup>

Ayrıca, TTK. m. 178 ile ilgili TBMM Adalet Komisyonu raporu<sup>121</sup>, kanun koyucunun amacını genel gerekçeye kıyasla daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Alt Komisyon tarafından TTK. m. 178 ile İş K. m. 6 arasındaki ilişki ile ilgili olarak tespit edilen aşağıdaki hususlar, Adalet Komisyonu tarafından yerinde görülerek aynen kabul edilmiştir. Alt Komisyonunda, tasarının 178. maddesinin görüşmelerinde 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin varlığı karşısında, bu maddeye gerek olmadığı, bu maddenin gerekli olduğu sonucuna varılması duru-

<sup>118</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56; ayrıca bkz. Kuluçlu, s. 7-10; Asarlı, s. 85; Süzek, s. 202-203.

<sup>119</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56.

<sup>120</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 56.

<sup>121</sup> Yalvaç/Kaya, s. 427; TTK. m. 178 ile ilgili TBMM Adalet Komisyonu raporunun eleştirisi için bkz. Ekmekçi, s.158-159.

munda iki madde arasında çelişki veya kesişme noktaları bulunup bulunmadığı konusu tartışılmış ve aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

“1. İş Kanununun 6 ncı maddesi genel bir hüküm olup işyerinin tam ve kısmî tüm devir hallerinde uygulanır. Bu madde, birlikte sorumluluk halleri hariç tüzel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma veya türünün sona ermesi hallerinde uygulanmaz. Hüküm uyarınca devredilen, tam bölünen veya türü değiştirilen şirketin kollektif veya komandit şirket olması halinde, kollektif ve komandite ortaklar işçilerin alacaklarının ödenmesinden madde çerçevesinde devrolunan şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan –İş Kanununun 6 ncı maddesine nazaran- özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanununun 6 ncı maddesine üstün tarafı işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünmede devrolunan şirketlerin infisah etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191 inci maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu sorumluluğu birleşmede, tam bölünmede ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından “ortakların kişisel sorumlulukları” çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmî bölünmede ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6 ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.

3. Diğer yandan 178 inci madde, işçiye itiraz hakkı tanıdığı, aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça işverenin iş sözleşmesinden doğan alacaklarını başkasına devretmesine izin vermediği, alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilmek hakkını işçiye tanıdığı için İş Kanununun 6 ncı maddesinden daha iyidir ve amaca daha uygundur.

4. Aynı yargıyı maddenin altıncı fıkrası da desteklemektedir. Bu gerekçelerle Alt Komisyonumuz 178 inci maddenin, İş Kanununun 6 ncı maddesi karşısında özel hüküm olarak korunmasında, düzenlediği alanlarda uygulamasında, gereğinde İş Kanununun 6 ncı maddesinden boşlukların doldurulmasında istifade edilmesinde yarar görmüş, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. Alt Komisyonumuz, iki madde arasında İş Kanununun 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası yönünden bile çelişki bulunmadığı görüşündedir. Aksi sonuca varılması halinde bu fıkra düzenlenecek olan Türk Ticaret Kanununun Uygulanması ve Yürürlüğü Hakkında Kanun ile kaldırılabilir.

Alt Komisyonunda tespit edilen yukarıdaki hususlar, Komisyonumuzca da yerinde görülerek, madde aynen kabul edilmiştir”.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Alt Komisyon 178. maddenin, İş K. m. 6 'ya göre daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme olduğu, İş K. m. 6'ya kıyasla özel hüküm olarak düzenlendiği ve gerektiğinde İş K. m. 6'daki boşlukların doldurulmasında başvurulması gerektiği, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır.

O halde TTK. m. 178; hem sonraki kanun olduğu hem de ticaret şirketlerinin birleşme (m. 158/f.4), bölünme ve tür değiştirme (m. 190) yoluyla gerçekleşen devirlerde, İş K. m. 6'ya göre özel hüküm niteliğinde olduğu için öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir. TTK. m. 178'de düzenlenmeyen konularda ve ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi dışında kalan tüm işyeri devirlerine ilişkin konularda (örneğin satış, kira gibi bir işlemle yapılan işyeri devirlerine ilişkin konularda) İş K. m. 6 hükmü uygulama alanı bulacaktır.<sup>122</sup> Çünkü TTK. m. 178, İş K. m. 6'ya göre dar bir uygulama alanına sahiptir ve bu maddenin ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi dışında uygulama alanı yoktur. Alt Komisyon raporunda belirtildiği gibi, TTK. m. 178'de düzenlenmeyen konularda yani boşluk olan durumlarda İş K. m. 6'ya başvurulacaktır. İş K. m. 6'nın boşluk doldurucu özelliği, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde bu maddeyi tamamen uygulanmaz hale getirmediğinden işçiyi koruyucu hükümleri geçerliliğini sürdürmektedir. Şöyle ki, İş K. m. 6/f.2 gereğince, devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devralan işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapma yükümlülüğü ve İş K. m. 6/f.5 gereğince, devreden veya devralan işveren bakımından sadece işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri durumunun haklı veya geçerli fesih sebebi oluşturmayacağı ilkesi, birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolu ile gerçekleşen devirlerde de uygulama alanı bulacaktır. İş K. m. 6 hükmünün, TTK. m. 178 karşısında boşluk doldurucu genel hüküm olma özelliği ve bilinçli olarak ikincil hüküm durumuna getirilmesi, İş K. m. 6 hükmünü hemen hemen tekrarlayan yeni Türk Borçlar Kanunu m. 428 hükmünün hiç dikkate alınmamasında da anlaşılmaktadır.<sup>123</sup>

Doktrinde belirtildiği ve bizim de katıldığımız üzere, TTK. m. 178 hükmü ile İş K. m. 6 ve TBK. m. 428 hükümlerinin birbiriyle uyum sağ-

<sup>122</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 58; Süzek, s. 203; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 250; Kaplan Senyen, s. 37; Ekmekçi, s. 158.

<sup>123</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 58-59, 71; ayrıca bkz. Astarlı, s. 84-85.

layacak şekilde değiştirilmesi yerinde olacaktır. Yani TTK. m. 178'de işçiye sağlanan ve İş K. m. 6 ve TBK. m. 428 de yer almayan haklar (işçinin devre itiraz hakkı, devre itiraz ile iş sözleşmesinin sona ermesi, müteselsil sorumluluğun kapsamı ve süresi, işçilere alacakları için teminat talep etme hakkı) TTK. m. 178 ile uyum sağlayacak şekilde değiştirilmelidir.<sup>124</sup>

## SONUÇ

Devir ve birleşmeler ile ilgili hem Türk Borçlar Kanunu hem de Türk Ticaret Kanununda hüküm bulunmaktadır. TBK. m. 202 ile malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devri; TBK. m. 203 ile bir işletmenin diğer bir işletme ile birleşmesi ve şekil değiştirmesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK. m. 202 ile m. 203 hükümleri, ticaret ortaklığı niteliği taşımayan işyerlerinin birleşmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. İşyerlerinin ticaret ortaklığı niteliği taşıması halinde ise Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

TTK. m. 178 ile "*iş ilişkilerinin geçmesi*", m. 158 ile "*ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi*", m. 190 ile "*alacaklıların ve çalışanların korunması*" kenar başlıklı yeni hükümler getirilmiştir. TTK. m. 178'de tam veya kısmi bölünme halinde iş ilişkilerinin yeni işverene geçmesi düzenlenmiş, ancak birleşmeye ilişkin m. 158/f.4 ve tür değiştirmeye ilişkin m. 190'da, m. 178'e atıf yapılmıştır. Bu durum TTK. m. 178'in, her türlü birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin (TTK. m. 134 ile 194 arası maddeler) iş ilişkileri bakımından sonuçlarını düzenleyen temel bir hüküm olduğunu göstermektedir. İş K. m. 6 hükmü de işyerinin veya bir bölümünün devrini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere, hukukumuzda birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumu ile ilgili işyeri devri ve bu devrin iş ilişkilerine etkisini düzenleyen iki farklı kanun hükmü (TTK. m. 178 ile İş K. m. 6) aynı anda yürürlükte bulunmaktadır. Bu iki hükümde ortak olan noktalarda bir sorun olmayacaktır. Ancak bu iki kanun hükmü arasında işçilere tanınan haklar açısından fark vardır ve TTK. m. 178 hükmü, İş K. m. 6 hükmüne kıyasla işçi lehine haklar içermektedir. Öyle ki TTK. m. 178'e göre, işçinin devre itiraz hakkı, devre itiraz ile iş sözleşmesinin sona

<sup>124</sup> Alp, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme, s. 59, 71.

ermesi, müteselsil sorumluluğun kapsamı ve süresi, işçilere alacakları için teminat talep etme hakkı söz konusudur. Burada akla gelen soru, bu iki hükümde düzenlenen ve çelişkili olan hususlarda hangi hükmün uygulanacağıdır.

TTK. m. 178 ile ilgili TBMM Adalet Komisyonu raporu, kanun koyucunun amacını genel gerekçeye kıyasla daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Alt Komisyon 178. maddenin, İş K. m. 6 'ya göre daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme olduğu, İş K. m. 6'ya kıyasla özel hüküm olarak düzenlendiği ve gerektiğinde İş K. m. 6'daki boşlukların doldurulmasında başvurulması gerektiği, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. O halde TTK. m. 178; hem sonraki kanun olduğu hem de ticaret şirketlerinin birleşme (m. 158/f.4), bölünme ve tür değiştirme (m. 190) yoluyla gerçekleşen devirlerde, İş K. m. 6'ya göre özel hüküm niteliğinde olduğu için öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir. Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi, işverenin değişmesi sonucunu meydana getirdiği takdirde işyeri devrinden söz edilecektir. TTK. m. 178'de düzenlenmeyen konularda ve ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi dışında kalan tüm işyeri devirlerine ilişkin konularda İş K. m. 6 hükmü, **İş Kanunu kapsamı dışında olanlar için de İş K. m. 6 ile aynı hükümleri içeren TBK. m. 428 hükmü** uygulama alanı bulacaktır.

### KAYNAKÇA

- Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Alp Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005. (İş Sözleşmesi)
- Alp Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/1, S. 32, s. 51-74. (Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme)
- Alpagut Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Basım, İstanbul 2010. (İşyerinin Devri)
- Alpagut Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Başbakanlık Basımevi, Ankara 2012, s. 1-81. (İş İlişkisinin Kurulması)
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011.

- Astarlı Muhittin, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2013/1, S. 36, s. 69-105.
- Ayrancı Hasan, *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Bahtiyar Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 12. Bası, Beta Basım, İstanbul 2012. (Ticari İşletme)
- Bahtiyar Mehmet, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, Y. 9, S. 106, s. 3889-3910. (Ticari İşletmenin Devri)
- Bahtiyar Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 7. Bası, Beta Basım, İstanbul Haziran 2012. (Ortaklıklar)
- Bakırcı Kadriye, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2010, S. 18, s. 114-127.
- Başbuğ Aydın, "İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Mayıs-Ağustos 2003, C. 18, S. 2-3, s. 3-17.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 3. Baskı, Dora Basım, Bursa Ekim 2012. (Ticaret Hukuku)
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Dora Basım, Bursa 2013. (Şirketler)
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Basım, Bursa 2013.
- Çankaya Osman Güven/Çil Şahin, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Çelik Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 26. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Çil Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Doğan Yenisey Kübra : "İşyerinin Devri Çerçevesinde "İşyeri" Ve "İşyeri Bölümü" Kavramları", *İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul 2009, s. 128-168.
- Dulay Dilek, "İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2012, Y. 7, S. 66, s. 57-64.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, *Miras Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- Ekmekçi Ömer, "Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011, S. 24, s.154-159.
- Gözler Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Ekin Basın Yayın, Bursa Eylül 2009.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Ekin Basın Yayın, Bursa Ekim 2012.
- Günay Cevdet İlhan, "Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri", *İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı*, Eylül 2007, Özel Sayı 5, s. 15-68.



- Günday Metin, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- Güzel Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987.
- İmre Zahit/Erman Hasan, Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2004.
- Kaplan Senyen E. Tuncay, "İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, S. 29, s. 24-39.
- Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- Köseoğlu Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2004. (İş Sözleşmeleri)
- Kuluçlu Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", Sayıştay Dergisi, Ekim-Aralık 2008, S. 71, s. 3-22.
- Mollamahmut oğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Moroğlu Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 2. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Öz Turgut, "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 95-120.
- ÖzkaracaERCÜMENT, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 2008. (İşyeri Devri)
- ÖzkaracaERCÜMENT : "İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul 2009, s. 170-225. (İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu)
- Pamukçu Ayşe/Türkoğlu Utku Ferah/Eroğlu Zeynep, "Yeni Türk Ticaret Kanununun Ticari İşletme Birleşme Bölünme ve Denetime İlişkin Düzenlemelerinin Vergi Hukukuna Etkileri", Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 731-805.
- Pulaşlı Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Soyer Polat, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2010, s. 11-85.
- Sönmez Tatar Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Tühis Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2011.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Şahlanan Fevzi, "İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları", Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2000-Şubat 2001, C. 16, S. 4-5, s. 14-24. (İşverenin Değişmesi)



- Şahlanan Fevzi, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Akdinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 13-19. (Şirket Birleşmeleri)
- Şahlanan Fevzi, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Türk-İş Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2010, s. 129-187.
- Tosun Yalçın, "Sözleşmenin Devri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 169-174.
- Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Yalvaç Gürsel/Kaya Mustafa İsmail, Gerekçeli-Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 7 Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2002.

# İLAÇ ÜRETİCİSİNİN TEHLİKE SORUMLULUĞU

## TBK MD.71 BAĞLAMINDA

### THE ABSOLUTE LIABILITY OF THE MEDICINE PRODUCER IN ACCORDANCE WITH THE ARTICLE 71 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Nurcihan DALCI\*

**Özet:** Ülkemizde ilaç üreticisinin sorumluluğunu düzenleyen bir ilaç kanunu mevcut olmadığı gibi üreticinin sorumluluğunu düzenleyen ürün sorumluluğuna ilişkin bir kanun da yoktur. Mevcut sistemde TKHK kapsamında yapılan tartışmalar çerçevesinde bir yol bulunmaya çalışılsa da, bu konuda tatmin edici bir sonuca ulaşılamamaktadır. 6502 sayılı TKHK da bu yol arayışında yardımcı çözümler içermemektedir. Bu doğrultuda söz konusu çalışmada ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğu TBK md.71 bağlamında ele alınmış ve bu alana ilişkin tartışmalar bir zemine oturtulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İlaç üreticisinin sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, ürün sorumluluğu, üretici, ilaç.

**Abstract:** In our country, neither a medicine code regulating the liability of medicine producer nor a product liability code regulating the liability of product is available. In the current system although there are attempts to find a solution within the framework of the debates under the scope of the TKHK (Consumer Protection Law ), a satisfactory conclusion could not be reached. TKHK with law number 6502 does not provide any supportive solutions in this quest for solution. Accordingly the absolute liability of the medicine producer has been dealt with in the context of the article 71 of the TBK (Turkish Code of Obligations) and discussions on this area have been tried to base on a ground.

**Keywords:** Liability of medicine producer, absolute liability, product liability, producer, medicine.

\* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

## Giriş

İlaç üreticisinin hukuki sorumluluğu ve bu sorumluluğun hukuki dayanaklarının ele alındığı çalışmamız kapsamında öncelikle belirtmek gerekir ki, ülkemizde Alman Hukukunda olduğu gibi ilaç üreticisinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. İlaç hukuku alanında yer alan, oldukça eski tarihli olan “1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu<sup>1</sup>” ise, sorumlulukla ilgili bir düzenleme içermemekte olup, Kanun’da ilacın tanımı, izin alma, imalat, ithalat, reklam yasağı, fiyatlandırma ve bir takım idari müeyyideler yer almaktadır.

Çalışmamız kapsamında cevap aranan sorulardan ilki, ilaç üreticisinin sorumluluğunun hukuki niteliği ve şartları bakımından hangi hukuki metinlerden yararlanılabileceğidir. Öğretide çokça ele alınmış olan bu konuyu söz konusu çalışma kapsamında ele almaya iten neden, hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) değiştirilmesi hem de Türk Borçlar Kanununun (TBK) nispeten yeni sayılabilecek bir zamanda yürürlüğe girmiş olmasıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ülkemizde ilaç üreticisinin sorumluluğunun düzenlendiği İlaç Kanunu bulunmadığı gibi İsviçre ve Almanya’da olduğu gibi ürün sorumluluğuna ilişkin bir Kanun da bulunmamaktadır. Bu nedenle genel anlamda üreticinin özel de ise ilaç üreticisinin sorumluluğunda akla ilk gelen düzenleme 4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundur<sup>2</sup>. Zira TKHK md.4’te üreticinin sorumluluğu düzenlenmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu TKHK, 6502 sayılı TKHK<sup>3</sup> ile kaldırılmıştır. 6502 sayılı TKHK çalışmamız sırasında henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan her iki kanun hükümleri karşılaştırmalı olarak birlikte ele alınacaktır. Bu alanda karşımıza çıkan bir diğer metin ise, TKHK md.4 dayanak alınarak çıkarılmış olan “Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliktir<sup>4</sup>” (Yönetmelik). Söz konusu Yönetmeliğin 1. maddesinde, amacının, ayıplı malın neden olduğu zararlardan o malın imalatçısının üreticisinin sorumluluğunun usul ve esaslarını düzenlemek olduğu, yer almaktadır. Yönetmeliğin 3.

<sup>1</sup> R.G. 14.5.1928-898.

<sup>2</sup> R.G. 8.3.1995- 22221.

<sup>3</sup> R.G. 28.11.2013-28835.

<sup>4</sup> R.G. 13.6.2003-25137.

maddesinde TKHK'nın 4822 sayılı Kanunla değişik 4. maddesine dayanılarak hazırlandığı belirtilmektedir. Üreticinin kusursuz sorumluluğu Yönetmelikte açıklanmıştır. Yönetmelik md.6/1'e göre, "Ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür."

Bu alanda ele alınması gereken bir diğer metin ise, hem TKHK hem de Yönetmeliğin dayanağı olan "Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanunu ve İdari Düzenlemelerin Yeknesaklaştırılması Hakkında 25.07.1985 Tarihli Avrupa Konseyi Direktifidir"<sup>5</sup> (Direktif). Yönetmelik neredeyse 85/374 sayılı Direktifin tamamen tercümesi niteliğindedir. Bu doğrultuda mevcut durumda üreticinin sorumluluğunun genel olarak TKHK'da düzenlenip, ayrıntılarının Yönetmelikte düzenlendiği söylenebilir. Ayrıca bu alanla ilgili bir diğer metin olan "4703 Sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'a"<sup>6</sup> da ilgili olduğu ölçüde değinilecektir.

Çalışmamız kapsamında ikinci olarak, yukarıda ifade edilen metinler çerçevesinde, öncelikle hukukumuzda genel itibariyle düzenlenmiş (bir anlamda düzenlenmemiş) olan üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, daha özel bir alan olan ilaç üreticisinin sorumluluğuna da uygulanabilip uygulanamayacağı, uygulanamazsa bu sorumluluğun hangi hükümlere tabi olacağı sorusuna cevap aranacaktır. Ardından ilaç üreticisinin sorumluluğunun hukuki niteliği ve şartlarına değinilecek ve son olarak TBK md.71'de yer alan tehlike sorumluluğu kapsamına ilaç üreticisinin sorumluluğunun girip girmeyeceği meselesi ele alınacaktır.

<sup>5</sup> AB'de hatalı ürünlerin neden oldukları zararlar için sorumluluk bu Direktif ile düzenlenmiştir. Direktif'in 19. maddesinde Üye Devletler hukuklarının Direktif çözümleriyle uyumlaştırılması için 3 yıllık bir süre öngörülmüştür. Almanya, Belçika, Danimarka, İtalya, Lüksemburg, Avusturya, Finlandiya, İsveç özel bir kanun çıkarmak suretiyle; Hollanda ve Fransa Medeni Kanunlarına dahil etmek suretiyle; Birleşik Krallık ve Yunanistan ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunlarına dahil etmek suretiyle Direktifi benimsemişlerdir (Özsunay, Ergun: "İlaçların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, s.37-38).

<sup>6</sup> R.G. 11.7.2001-24459.

## I. ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU

### A. Genel Olarak

Türk hukukunda üreticinin sorumluluğu<sup>7</sup> TKHK md.4/II'de 4.cümlede düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "...Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımındaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir...". Doktrinde yer alan görüşlerden hareketle, bu düzenlemenin hukuki niteliğinin ne olduğu, Türk hukukunda bağımsız olarak üreticinin sorumluluğunun düzenlenip düzenlenmediği hususunun, bütün tereddütleri giderecek şekilde açıklığa kavuşmadığını söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, doktrinde yer alan bir görüşe<sup>8</sup> göre, üreticinin bağımsız sorumluluğu, 4703 sayılı Kanun md.5'te düzenlenmiştir. Bu görüşe göre, 4703 sayılı Kanun'da sorumluluk güvenli olmayan üründen kaynaklanmaktadır. TKHK'ya göre ise, satıcının ve dolayısıyla üreticinin sorumluluğu ayıplı ürünlerden kaynaklanmaktadır. Ayıplı ürün ise, güvenli olmayan üründen daha geniş bir kavramdır. Ancak bu görüş, söz konusu Kanun'un ürünlere ilişkin teknik kuraların hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin bir kanun olarak, üreticilere güvenli ürün üretmeleri konusunda md.5'te çeşitli yükümlülükler getiren ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde idari para cezaları (md.12) öngören kamu hukuku nitelikli bir kanun olup, özel hukuka ilişkin bir sorumluluğu düzenlemediği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>9</sup>. Bir diğer görüşe<sup>10</sup> göre ise, TKHK ile üreticinin sorumluluğu bağımsız

<sup>7</sup> Bu konuda doktrinde terim birliği bulunmamakta, aynı anlama gelmek üzere imalatçının sorumluluğu, yapımcının sorumluluğu, ürün sorumluluğu kavramları da kullanılmaktadır.

<sup>8</sup> Aydın Zevkliler / Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s.89, 101, 130 vd.; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.664-666.

<sup>9</sup> Bu görüşün eleştirisi ve ayrıntılı açıklama için bkz. Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s.81-82; Havutçu, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s.115-117; Akçura Karaman, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.152-153. Aynı doğrultuda; Yıldırım, M. Fadıl: "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, s.35.

<sup>10</sup> Zevkliler/Aydoğdu, s.89, 101, 130 vd.; Havutçu, s.117 vd.; Petek, Hasan: İlaç Üre-

olarak ele alınmamış, satıcının ayıplı maldan sorumluluğuna bağlanmıştır. Bu nedenle üreticinin sorumlu olabilmesi için, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun gerçekleşmesi için aranan şartların yerine getirilmesi gerekir. Bir diğer görüşe göre, burada kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Bu görüşte olan yazarlardan *Aslan'a*<sup>11</sup> göre, bu sorumluluk tehlikelilik ilkesine dayanmakta, *Kırca'ya*<sup>12</sup> göre, burada TBK md.69'a paralel bir şekilde olağan sebep sorumluluğu niteliğinde bir düzenleme bulunmakta, *Serozan'a*<sup>13</sup> göre ise, bu sorumluluk tipik bir tehlike sorumluluğudur. *Demir'e*<sup>14</sup> göre ise, üreticinin sorumluluğu iki bakımdan ele alınıp değerlendirilmelidir. Birinci durumda, üreticinin sorumluluğu ürettiği ayıplı ürün nedeniyle kurtuluş kanıtı getirilemeyen olağan sebep sorumluluğu; ikinci durumda ise, ayıplı mal (hatalı ürün)/güvenli olmayan ürün ayrımına<sup>15</sup> paralel bir yaklaşımla, ürün güvenliğine özgü tipik tehlikeli olgu olarak kabul edilen üretim risklerinin kamu sağlığı ve güvenliği açısından ciddi olumsuz etkilere yol açabilmesi durumu nedeniyle tehlike sorumluluğu kabul edilmelidir. Son olarak bir diğer görüş<sup>16</sup> ise, üreticinin sorumluluğunun kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, TKHK md.4/II cümle 4'teki ifade açık değildir, bir başka deyişle burada üreticinin sorumluluğunun kusura dayanmayacağı belirtilmemiştir ve mağdur

ticisinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2009, s.102.

<sup>11</sup> Aslan, Yılmaz İ.: En Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa 2004, s.213-214.

<sup>12</sup> Kırca, s. 121 vd. Benzer görüş için bkz. Tiftik, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005, s. 54-55; Yıldırım, s.36.

<sup>13</sup> Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", İÜHFM 2003, C.LXI, S.1-2, s.348. Aynı doğrultuda bkz. Başpınar, Veysel: "İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, s.99. Aksi görüşte olan Büyüksağış'e göre ise, üretim sürecinde tehlikeli nesne kullanmayan üreticilerin sorumluluğu, genel bir tehlike sorumluluğu değil, TBK md.66/III'e göre işletme sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir (Büyüksağış,- Erdem, "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler" DEÜHFD 2006, C.VIII, S.1, s.15, dpn.42).

<sup>14</sup> Mehmet Demir, "İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının Ve Hekimin Sorumluluğu", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara 2008, s.338.

<sup>15</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Demir, s.334 vd.

<sup>16</sup> Akçura Karaman, s.139 vd.

ile üretici arasında genellikle sözleşme ilişkisi de bulunmadığından üretici ancak genel hükümler uyarınca (TBK md.49) kusur esasına dayanarak sorumlu tutulabilecektir<sup>17</sup>.

6502 sayılı TKHK'da ayıplı malın düzenlenmiş olduğu md.8'de ise böyle bir hükme yer verilmemiştir. Sadece tüketicinin seçimlik haklarının düzenlendiği md.11/II'de, "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz." hükmü yer almaktadır. Bu doğrultuda zaten karmaşık olan mevcut durumun daha da karmaşık hale geldiğini söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Zira TKHK'da açıkça olmasa da üreticinin sorumluluğuna yer verilmiş olması 6502 sayılı TKHK'a göre, dayanak bulma noktasında daha elverişliydi. Tüketicinin seçimlik haklarının ele alındığı madde de bu tür bir hükme yer vermek kanaatimizce isabetli olmamıştır. Ayrıca tüketicinin kullanabileceği seçimlik haklar ayıplı mallara ilişkindir. Oysa üreticisinin sorumluluğuna ilişkin ayıp kavramı ile 6502 sayılı TKHK md.8'de yer alan ayıp kavramı aynı değildir. Her ne kadar TKHK md.4'te yer alan ayıp kavramı yeni Kanunda farklı düzenlense de, kanaatimizce bu ayıp üreticinin sorumluluğuna vücut veren ayıp kavramını karşılamamaktadır.

## B. Şartları

### 1. Ürünün Ayıplı Olması

#### a. Ayıp Kavramı

TKHK md.4/I'de ayıplı mal, "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya

<sup>17</sup> Bu görüş, TKHK md.4'te yer alan, ayıbın bilinmemesinin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı hükmünün açıkça kusursuz sorumluluğu düzenlemeye ilişkin bir hüküm olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu doğrultuda bkz. Kırca, s.100-101.



*ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar*”, şeklinde tanımlanmıştı<sup>18</sup>. Ancak bu tanım üreticinin sorumluluğuna neden olan ayıplı mal kavramını ifade etmemektedir. Şöyle ki, TKHK md.4/I’de tanımlanan ayıp kavramı ile md.4/II’de yer alan ayıp kavramı aynı değildir<sup>19</sup>. Zira sözleşme dışı üreticinin sorumluluğunda kullanılan ayıp kavramı ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda kullanılan ayıp kavramı aynı değildir. İlkinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin **bütünlük menfaatlerinin** karşılanması amaçlanırken, ikincisinde sözleşme sorumluluğuna ilişkin **ifa menfaatlerinin** karşılanması aranmaktadır<sup>20</sup>. Üreticinin sorumluluğunda malın ayıplı olması ile kastedilen, malın kendisinden beklenen niteliklere sahip olmaması değil, malın tehlikesiz kullanılabilme beklentisine uygun olmamasıdır<sup>21</sup>. Bu nedenle TKHK md.4/I’de yer alan tanımlama, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda kullanılan ayıp kavramını karşılamaktadır. Üreticinin sorumluluğunun gerçekleşmesi için aranan ayıplı ürün kavramı, hem TKHK’da hem de Yönetmelikte ayıplı mal olarak ifade edilmekte ve ayıp, satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin ayıp kavramını değil, üreticinin ürün sorumluluğuna ilişkin ayıp (hata) kavramını ifade etmektedir<sup>22</sup>.

Üreticinin sorumluluğunda kullanılan ayıp kavramının içeriğinin belirlenmesinde Yönetmelik md.5’te yer alan ve Direktife paralel ola-

<sup>18</sup> 6502 sayılı TKHK md.8/II’de ise ayıplı mal, “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>19</sup> Üreticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin yer aldığı TKHK md.4/II cümle 4’te ayıp kavramının kullanılması, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Özsunay, s.58; Havutçu, s.114 vd; Özel, Çağlar: “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.801.

<sup>20</sup> Kırca, s.126; Havutçu, s.22.

<sup>21</sup> Öztan, üreticinin sorumluluğu alanındaki ayıp kavramını, haklı güvenlik beklentisi olarak nitelendirmekte ve bir ürünün ayıplı olup olmadığını tespit etme arana kısıtları, ürünün piyasaya sürülmesi dahil, bütün durumlarda bir kimsenin üründen beklemeye hakkı olduğu güvenliği ürünün taşıyıp taşımadığının tespiti olduğunu ifade etmektedir (Öztan, Bilge: İmalâtçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.25).

<sup>22</sup> Kırca, s.100. Aksi görüş için bkz. Havutçu, s.114; Özel, s.801.

rak düzenlenen ayıp tanımı esas alınmalıdır. Yönetmelik md.5'e göre, "Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı sayılır.". Direktif md.6'ya göre ise, "Bir ürün tüm hal ve şartlar altında, özellikle sunumu, makul olarak beklenen kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü zaman dikkate alındığında, bir kimsenin ondan beklemeye haklı olduğu güvenliği sağlamadığında ayıplıdır.

Her iki tanımda da esas alınan nokta, ürünün güvenli olmasıdır. Ürünün güvenli olması ile kastedilen ise, haklı olarak beklenebilen güvenliktir. Dolayısıyla üreticinin sorumluluğunda bir ürün, her güvenlik beklentisinin boşa çıkmasında değil, haklı güvenlik beklentilerinin boşa çıkması halinde ayıplıdır. Direktif ve Yönetmeliğe göre haklı güvenlik beklentilerinin belirlenmesinde göz önüne alınacak üç unsur; ürünün sunumu, kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü andır.

Ürünün sunumundan, ürün ile topluma veya somut kullanıcılara sunulan ya da gösterilen tüm faaliyetler anlaşılır. Sunum kavramı ürünün sadece dış görünüşünü kapsamaz, bunun dışında ürünün özellik ve niteliğine ilişkin bilgi ve tüm tanımlamaları da içerir. Bu nedenle ürünün sunumu ile ilgili olaylar aynı zamanda bilgilendirme ayıbı olarak nitelendirilir<sup>23</sup>. Üreticinin sorumluluğunun şartlarından ilki olan ayıplı malın belirlenmesinde ele alınan bir diğer durum ise ürünün makul kullanım şeklidir. Hem Yönetmelik hem de Direktifte olağan değil 'makul' olan kullanım şekli esas alınmıştır. Zira bazı durumlarda ürünün olağan kullanım amacı dışında meydana gelen yanlış kullanımların da üretici tarafından göz önünde bulundurulması üretim yapılması gerekir. Örneğin aksi takdirde, yazı kalemlerinin amacının yazı yazmak olduğu, bu nedenle ağza götürülmemesi gerektiği ileri sürülerek, bu tür kalemlerde zehirli bir boya maddelerinin kullanılması ayıp olarak nitelendirilmeyebilirdi<sup>24</sup>. Makul kullanım şekli kriteri, bu sakıncayı gidermekte ve üreticinin bu tür yanlış kullanımlarını göz önünde bulundurarak üretimde bulunmasını sağlamaktadır. Haklı güvenlik beklentilerinin belirlenmesinde dikkat edilecek bir diğer nokta ise, ürünün piyasaya sürülme zamanıdır. Bu

<sup>23</sup> Kırca, s.135.

<sup>24</sup> Kırca, s.141.

nedenle üreticinin sorumluluğuna karar verilirken, yani ürünün güvenli olup olmadığı belirlenirken, zararın meydana geldiği an değil; ürünün piyasa sürüldüğü an dikkate alınacaktır. Dolayısıyla piyasaya sürüm anında ayıpsız olan, her zaman ayıpsız olarak kabul edilecektir<sup>25</sup>. Piyasaya sürülme, nihai üretici, üretici benzerleri ve satıcılar tarafından, kural olarak malın satılması veya dağıtım zincirine sokulması ile gerçekleşir. Hammadde veya ara mal üreticileri, ürünlerini nihai üreticiye ya da diğer ara mal üreticilerine teslim ettikleri zaman piyasaya sürmüş olurlar. İthalatçının malı piyasaya sürmüş sayılması için ithal etmesi yetmez, ürünü organizasyon alanından bilgi ve iradesi ile çıkarmış olması gerekir. İthalatçı bu anda üretici niteliğindedir.

Sunum, kullanım şekli ve piyasa sunum anı, haklı güvenlik beklentilerinin belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerden bazılarıdır. Zira Yönetmelikte, malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an **ve benzeri diğer hususlar** göz önüne alınarak ifadesi, bu durumu izah etmektedir. Diğer belirleyici unsurlara, teknik düzenleme ve standartlara uyma, ürünün fiyatı, masraf-yarar dengesi girmektedir<sup>26</sup>.

## b. Ayıp Türleri

Ayıp kavramı genel olarak tasarım, üretim, bilgilendirme ayıbı ve gelişim ayıbı olarak dörde ayrılmaktadır<sup>27</sup>. *Tasarım ayıbında*, ürünün piyasaya sürüldüğü sırada alternatif bir üretim tasarımının bulunmasına ve bu tasarımın uygulanması halinde zarardan kaçınmanın mümkün olmasına rağmen, bunun tercih edilmemesi sebebiyle hukuki değerlere zarar verilmesi söz konusudur<sup>28</sup>. Diğer bir anlatımla, tasarım ayıbı, ürünün üretimine geçilmeden önce, nasıl bir ürün yapılacağı tasarlanırken, ürünün kullanıcılar açısından güvenli olmamasına yol açacak nitelikteki hatalardır. Tasarım ayıbının bilinen örnekleri

<sup>25</sup> Kırca, s.143. Bu konuda 6502 sayılı TKHK md.11/II'de bu hüküm açıkça düzenlenmiştir.

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Kırca, s.145 vd.

<sup>27</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Öztan, s.179 vd. Yapılış ve birleşim hatası, uyarma (ikaz) hatası, fabrikasyon veya makine hatası, geliştirme ve araştırma hatası, mahiyeti icabı sağlık için tehlikeli mallar şeklindeki ürün ayıplarının tasnifi için bkz. Kaplan, İbrahim: "Türk ve İsviçre Hukukunda İmalâtçının Sorumluluğu", *Adalet Dergisi*, 1977, S.1-2, s.83 vd.

<sup>28</sup> Kırca, s.151.

arasında, Amerika'da Ford Motor Co. Şirketi aleyhine, şirketin Ford Pinto marka otomobillerindeki bir tasarım hatasıyla ilgili olarak açılan davalar yer almaktadır<sup>29</sup>. Bu marka otomobillere arkadan gelecek kuvvetli olmayan bir darbe, otomobilde yangın çıkması için yeterli olmaktaydı. Bu durum, otomobilin tasarımında benzin deposunun uygun olmayan bir yere yerleştirilmiş olmasından kaynaklanmaktaydı. Tasarım ayıpları, serinin tümünün ayıplı olmasına neden olmaktadır. Üretim ayıbı, bir ürünün üreticisinin kendisinin koyduğu standartlara uymaması halinde ortaya çıkan bir ayıp türüdür. Diğer bir ifadeyle, ürün doğru olarak tasarlanmıştır, ancak üretim sürecinde yapılan bir hata sonucunda farklı ve beklenmedik tehlikelere sahip bir ürün ortaya çıkmaktadır<sup>30</sup>. Öngörülenden düşük kaliteli maddelerin kullanılması veya üretim aşamasının planlandığı gibi gerçekleşmemesi sebebiyle ürünlerin beklenen güvenliği sağlamaması halinde üretim ayıbı söz konusu olur. *Bilgilendirme ayıbı*, ürünün nasıl kullanılacağı, saklanacağı, çalıştırılacağı, tamir edileceği gibi konularda kullanıcıların, hiç veya yeterli bir şekilde bilgilendirilmemesidir. Ayıp türleri ile ilgili son olarak gelişim ayıpları üzerinde durmak gerekmektedir. Bazen bilim ve tekniğin son standartlarına göre üretilen bir ürünün, tüketiciler için, piyasaya sunulduğu anda kimse tarafından bilinmeyen bazı tehlikeli ve zararlı sonuçlar doğurduğu, sonradan, bilim ve tekniğin gelişimi sonucunda ortaya çıkabilir. Örneğin usulüne uygun biçimde denemeleri yapılmış ve faaliyet için kullanımına başlandığı gün, tıp biliminin verilerine göre zararlı etkileri olmadığı saptanmış bulunan baz istasyonu elektromanyetik dalga enerjilerinin, bilimin gelişmesi sonucunda belli şartlarda deri kanserine neden olduğuna ilişkin bulgular elde edilmiştir. Malzeme, araç ya da güç kullanımını gerektiren bir faaliyetin henüz başında tespit edilememiş olan tehlike **gelişim riski** olarak adlandırılmaktadır<sup>31</sup>. Bir diğer anlatımla, gelişim riski, ürünün piyasaya sürüldüğü sırada mevcut bilim ve teknolojiye ulaşılan düzey itibarıyla herhangi bir ayıbı tespit edilememekle birlikte, ürünün piyasada dolaşımı ve/veya tüketimi sırasında bilim ve teknolojiye gelişme sonucunda ayıbının ortaya çıkmasını ifade et-

<sup>29</sup> Karaman Akçura, s.196.

<sup>30</sup> Aynı doğrultuda bkz. Özel, s.809.

<sup>31</sup> Büyüksağış, s.12-13; Özel, s.811.

mektedir<sup>32</sup>. Ürünün piyasaya sürüldüğü an itibariyle değil de, yaşanan teknik gelişmeler ve yeni buluşlar karşısında bir ürünün daha az güvenli olması anlamına gelen *gelişim ayıbı*, gelişim riskinden kaynaklanmaktadır.

## 2. Zarar

Üreticinin sorumluluğu için aranan şartlardan ikincisi ise zarardır. TKHK md.4/II'de tüketicinin, ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bu hükme göre tazmin edilecek zararlar, yaşam, vücut bütünlüğünün ihlali suretiyle kişiye verilen zararlar ile kullanımdaki diğer mallarla sınırlı olmak üzere mala verilen zararlardır. Dolayısıyla bu hükme göre, ayıplı malın kendisinde meydana gelen zararların<sup>33</sup> tazmini üreticinin sorumluluğu kapsamında değildir.

TKHK md.4/II'de, ölüm ve yaralanma halinde tazminat istenebileceği kabul edilmekte, ancak bu kavramlar tanımlanmamaktadır. Bu nedenle TKHK md.30<sup>34</sup> hükmü vasıtasıyla, TKHK'da ayrı bir düzenleme olmadığı takdirde genel hükümler uygulanacağından burada TBK md.53-56 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

## 3. İlliyet Bağı

Üreticinin sorumluluğu için bulunması gereken son şart ise, ürünün ayıplı olması ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı olmasıdır. Yargıtay kararlarında<sup>35</sup>, üretim işinin çok komplike olması nedeniyle zarar görenin bazı hususları ispatlamasının imkansız olacağından hareketle, bu konuda fiili karinenin ispat yerine geçmesi

<sup>32</sup> İsmail Kirca/Aydın Ramazan, "İnkişaf Riski - İmalâtçının/Üreticinin Sorumluluğu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.680.

<sup>33</sup> Bu tür zararlar sözleşme hukukuna, özellikle ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre tazmin edilir. TKHK'da satıcının ayıplı maldan dolayı meydana gelen zararlardan sorumluluğu md.4/II cümle 4'te değil, md.4/III'te düzenlenmiştir.

<sup>34</sup> TKHK md.30 (6502 sayılı TKHK md.83/1) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.

<sup>35</sup> Yargıtay HGK, 13.2.2002 tarih ve E.2002/4-114, K.2002/84; Yargıtay HGK 27.11.1996 tarih ve E.1996/4-588, K.1996/831; Yargıtay 4. HD, 27.3.1995 tarih ve E.1994/6256, K. 1995/2596 www.kazanci.com, (27.02.2014).

esas benimsenmiştir. Bu doğrultuda kararlarda, “zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığını imalatçı kanıtlayacaktır” esas kabul edilmiştir.

## II. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

### A. Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin Sorumluluğu

#### 1. Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Türk hukukunda ilaçların neden olduğu zararlardan dolayı sorumlulukla, bir diğer deyişle ilaç üreticisinin sorumluluğuyla ilgili özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu noktada genel olarak üreticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin, ilaç üreticisinin sorumluluğuna da uygulanıp uygulanamayacağı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Bir görüşe<sup>36</sup> göre, TKHK md.4/II cümle 4'te (tartışılan yönleri bulunsa da) üreticinin sorumluluğu esas itibariyle düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Bu Kanuna dayanak olarak çıkarılan Yönetmelik ile de Direktif Türk hukukunun bir parçası haline getirilmiştir. Bu görüşe göre, düzenleme tekniği bakımından kanun yolunun değil de bir yönetmeliğin tercih edilmesi haklı olarak eleştirilse de, eleştirileri giderecek bir çözüme ulaşıncaya kadar mevcut hükümlere göre sorunu çözüme zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu nedenle ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin sorunların, ilaçlara ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, TKHK md.4/II, Yönetmelik ve TBK genel hükümlere (BK md.49) göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir<sup>38</sup>. Bir başka görüş<sup>39</sup> ise, Türk hukukunda ilaç üreticisinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun olmadığı, TKHK'da ise üreticinin sorumluluğunun şartları belirtilmediğinden, Yönetmelik'te üreticinin sorumluluğuna ilişkin şartların ise, Yönetmelikle böyle bir düzenleme yapılması mümkün olmadığı için dikkate alınamayacağından, ilaç üreticisinin sorumluluğuna mevcut mevzuat çerçevesinde adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerinden yararlanılarak gidilmesi gerektiğini savunmaktadır.

<sup>36</sup> Yıldırım, s.23.

<sup>37</sup> Kanaatimizce 6502 sayılı TKHK açısından bunu söylemek doğru değildir.

<sup>38</sup> Demir, s.345; Özsunay, s.66-67.

<sup>39</sup> Petek, s.155.

## 2. Şartları

### a. Bir İlaç Üretilmiş Olmalı (İlacın Hatalı Olması)

Üreticinin sorumluluğu bakımından esas teşkil eden ürün kavramı, ilaç üreticisinin sorumluluğunda yerini ilaç kavramına bırakmaktadır. Bu nedenle öncelikle ilacın ne olduğuna bakmak gerekmektedir. Zira piyasaya sürülen maddelerin ilaç olup olmadıklarının tespiti inceleme konumuz açısından önem arz etmektedir. Özellikle ilaç ve gıda maddeleri<sup>40</sup> ile kozmetik ürünler arasındaki sınırın iyi tespit edilmesi gerekmektedir. İlaç kavramının belirlenmesinde ise, ilaç hukukumuzu oluşturan kanun ve yönetmeliklerdeki tanımlar esas alınmalıdır. İlaç, genel olarak, tıpta kullanılan ve biyolojik etkinliği olan, saf bir kimyasal madde veya ona eşdeğer olan bitkisel veya hayvansal kaynaklı, standart miktarda aktif madde içeren karışım olarak tanımlanmaktadır<sup>41</sup>.

1262 Sayılı İspençiyari Ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu md.1’de ise, ilaç (ispenciari ve tıbbi müstahzarlar), *“Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispenciari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir”* şeklinde tanımlanmıştır. Sağlık Bakanlığı Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği md.4’te ise, Beşeri Tıbbi Ürün/Ürün başlığı altında ilaç, *“Hastalığı tedavi etmek veya hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen Bakanlıkça ruhsatlandırılmış her türlü madde veya maddeler kombinasyonunu”* ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik’te<sup>42</sup> de, ilaç/beşeri ilaç, *“Hastalığı önlemek, teşhis etmek ve/veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı aktif madde veya maddeler kombinasyonunu”*, ifade etmektedir.

<sup>40</sup> 5179 Sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi Ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun md.3’te, gıda/gıda maddesi, *“Tütün ve sadece ilaç olarak kullanılanlar hariç olmak üzere; içkiler ve sakızlar ile hazırlama ve işleme gereği kullanılan maddeler dahil, insanlar tarafından yenilen ve/veya içilen ham, yarı mamul veya mamul her türlü maddeyi”* ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>41</sup> Başpınar, s.101.

<sup>42</sup> R.G. 23.12.2008-27089.



Alman İlaç Kanunu (AMG)<sup>43</sup> §2’de ise, ilaç; insan veya hayvan vücudunda kullanılmak suretiyle hastalıkları, sakatlıkları, bedensel zararları veya hastalığa bağlı ağrıları tedavi eden, azaltan, önleyen veya teşhis eden; vücudun yapısını, durumunu veya fonksiyonlarını veya ruhi durumunu teşhise imkân veren; insan ve hayvan vücutları tarafından üretilen etkili maddeleri veya vücut sıvılarını telafi eden; mikrop, parazit ve vücutta yabancı maddeleri önleyen, temizleyen veya zararsız hale getiren veya vücudun yapısını, durumunu veya fonksiyonlarını veya ruhi durumunu etkileyen maddeler ve maddelerden elde edilen karışımlar, şeklinde tanımlanmıştır.

AMG §2 (3)’te ise, nelerin ilaç olmadığı yer almaktadır. Buna göre, gıda maddeleri, kozmetik ürünler, tütünden üretilen ürünler, hayvanların temizlenmesine tahsis edilen veya vücut kokularının giderilmesine hizmet eden, eczanelerin dışında piyasaya sürülen ürünler, yem maddeleri, insanlara nakledilecek olan organlar, tıbbi ürünler ve tıbbi ürünlerin tamamlayıcı parçaları ilaç değildir.

İsviçre İlaç Kanununda (HMG)<sup>44</sup> md.4’teki tanıma göre ise ilaç, insan veya hayvan organizması üzerinde tıbbi etki yaratan veya tavsiyeye değer bulunan, özellikle hastalıkların, yaralanmaların ve sakatlıkların teşhisine, önlenmesine veya tedavisine yönelik biyolojik veya kimyasal kökenli ürünlerdir. Ayrıca kan ve kan ürünleri de bu kanun kapsamında ilaç olarak kabul edilmektedir.

Bu noktada değinilmesi gereken hususlardan bir diğeri de, tıbbi bir ürün olan ilacın, TKHK ve Yönetmelik kapsamında bir ürün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bir görüşe<sup>45</sup> göre, TKHK md.3’te<sup>46</sup> ye alan tanımda, alışverişe konu olan taşınır eşya kavramı geçmekte ve ilaçlarda bu tanıma girdiğinden, TKHK, hatalı ilaçların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan zararları da kapsamaktadır. Bir

<sup>43</sup> Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln.

<sup>44</sup> Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte.

<sup>45</sup> Petek, s.101-102. Kırca’da açıkça ilaç kavramını kullanmasa da, kimyasal maddelerin alışverişe konu taşınır eşya kavramına girdiğini ifade etmektedir (Kırca, s.185).

<sup>46</sup> TKHK’da üreticinin sorumluluğu açısından ürün kavramı özel olarak tanımlanmasa da, md.3, c bendinde mal kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre mal kavramı, “Alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları” ifade etmektedir.

diğer görüşe<sup>47</sup> göre, pozitif hukuk metinlerinde geniş anlamda ele alınan ürün kavramına ilaçlar da dahildir. Ancak tıbbi ürünlerden sadece insana özgü hastalıkların önlenmesi, teşhisi ve/veya tedavisini yapmak; bir fizyolojik fonksiyonunu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu ifade eden beşeri tıbbi ürünler (ilaçlar), bu kavrama dahil değildir.

Burada önem arz eden nokta ilacın hangi hallerde ayıplı (hatalı) sayılacağıdır. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi, burada ilacın ayıplı olması ile kastedilen Yönetmelik md.5'te yer alan ayıp tanımıyla ilgili olup, burada ürünün güvenli olması aranmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi üreticinin sorumluluğu kapsamında bir ürün, her güvenlik beklentisinin boşa çıkmasında değil, haklı güvenlik beklentilerinin boşa çıkması halinde ayıplıdır. Haklı güvenlik beklentisinin belirlenmesinde ise esas itibariyle 3 kriter dikkate alınmakta, bunlar; sunum, makul kullanma şekli ve piyasaya sürüm anıdır.

Bu kriterlerden konumuz açısından önem arz eden makul kullanım şeklidir. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi burada aranan olağan değil, makul kullanımdır. Makul kullanımın belirlenmesinde ise, hesaba katılması gereken unsurların başında kullanım alışkanlıkları gelmektedir. Örneğin bir miktar su ile yutulması gereken bir tabletin, ağızda bekletilebileceği ve bir miktar çözüldükten sonra çay ile yutulabileceği göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle böyle bir işlem ile ilacın zararlı etkiler doğurabileceği biliniyorsa, mutlaka bu yönde tüketiciler uyarılmalıdır.

Üreticinin sorumluluğunda, sorumluluğun şartlarından biri olan ayıp kavramı ile bunu türleri olan tasarım, üretim, bilgilendirme ve gelişim ayıbı, ilaç üreticisinin sorumluluğu alanına uygulanmalıdır. Bu uygulamayı örnekler üzerinden yapacak olursak; bir ürünün üreticisinin kendisinin koyduğu standartlara uymaması halinde ortaya çıkan bir ayıp türü olan üretim ayıbına<sup>48</sup> (*Fabrikationsfehler*) örnek ola-

<sup>47</sup> Demir, s.333-334.

<sup>48</sup> Üretim ayıbı doktrinde fabrikasyon hatası olarak da ifade edilmektedir. Bu doğrultuda bkz. Petek, s.170; Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, Berlin/Heidelberg 2008, N.1520; Vogel, Daniel: Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht, Zürich 1991, s.22; Göben, Meltem: Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele mo-

rak, 20'lik tabletler halinde satılacak ve ancak 20'lik olarak bir seferde kullanılması gereken bir ilacın, bir kutusunda 12 tabletin bulunması verilebilir. Bu durumda bu ilacın piyasa sürülmemesi gerekir. Yine kapsüller içinde piyasaya sunulacak bir ilacın, kapsüllerin patlak, dış ortamla temas eder biçimde paketlenmesi halinde de üretim ayıbı söz konusudur<sup>49</sup>.

Bir diğer ayıp türü olan **tasarım ayıbına** (*Konstruktionsfehler*) örnek olarak, bir etken maddenin gereğinden fazla kullanılması, bileşimindeki bir eksiklik nedeniyle bir ilacın amacına uygun biçimde etkinlik gösterememesi verilebilir. Bu durumda, bu tasarıma uygun olarak üretilen bütün ilaçlar ayıplı sayılır<sup>50</sup>. Ürünün piyasaya sürüldüğü sırada alternatif bir üretim tasarımının bulunmasına ve bu tasarımın uygulanması halinde zarardan kaçınmanın mümkün olmasına rağmen, bunun tercih edilmemesi tasarım ayıbına vücut vermektedir. O halde bir ilaçta tasarım ayıbının bulunup bulunmadığı, ilacın piyasaya sürüldüğü an itibarıyla bilim ve tekniğin bilinen durumuna göre bir üretimin yapılıp yapılmadığına göre belirlenir. *Yıldırım*'a<sup>51</sup> göre, ilaç üreticisinin sorumluluğuna yol açacak bir tasarım ayıbı, ancak ilacın deneme aşamasında kişi sağlığı ve güvenliğini ihlal eder tarzda özen yükümlülüğünün ihlali halinde söz konusu olur. Bilim ve tekniğin bilinen durumuna göre kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürecek bir özen ihlali söz konusu değil ise, tasarım ayıbından değil olsa olsa gelişim ayıbından bahsedilir. Bilgilendirme ayıbı türünde ise, ilacın kullanılması ile gözlemlenen yan etkilerin ve istenmeyen sonuçların ilaç üzerinde ve prospektüsünde yeterli bir biçimde ifade edilmemesi tüketicilerin bu etkilere karşı uyarılmaması söz konusu olmaktadır. Kul-

---

dernen Risikoausgleichs: mit rechtsvergleichenden Ausblicken zum türkischen und schweizerischen Recht, Frankfurt am Main 1995, s.84.

<sup>49</sup> Vogel, s.22; Göben, s.107; Jenke, Nina: Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte, Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts, Berlin/Heidelberg/New York 2004, s.115; Yıldırım, s.28.

<sup>50</sup> Vogel, s.21; Göben, s.107; Jenke, s.114; Kırca/ Aydın, s.682; Petek, s.169-170. Yazar bu tür ayıpları yapım-bileşim hatası olarak adlandırmaktadır.

<sup>51</sup> Contergan olayında, ilacın üreticisi savunmasını gelişim ayıbı temeli üzerine inşa etmiş, ancak ilacın etken maddesi olan thalidomidin, ana rahminde embriyonun gelişimini engelleyen ve sakat doğuma yol açan etkiler (teratojen etki) yarattığı 1891 yılından beri bilinen bir durumdu. Bu nedenle gelişim ayıbı savunması kabul görmemiş, ilaçta tasarım ayıbının bulunduğu fikri hakim olmuştur (Yıldırım, s.29, dpn.18).

lanım açısından önem taşıyan bir bilginin verilmemesi, örneğin ağızda çiğnenmemesi gereken bir tablete dair tüketicilere karşı böyle bir uyarının açıkça ve hemen göze çarpar bir biçimde yapılmaması, yan etkileri belirtilmeyen ilaçlar **bilgilendirme ayıbına** (*Informationsfehler*) örnek olarak verilebilir<sup>52</sup>. Bir diğer örnek olarak, "Sabin Typ III" isimli çocuk felci aşısının kullanma talimatında, bu aşının yetişkinler için tehlikeli olabileceği uyarısında bulunulmadığı için üreticinin sorumlu tutulması verilebilir<sup>53</sup>. Ayıp türleri ile ilgili son olarak gelişim ayıbına değinmek gerekmektedir. **Gelişim ayıbı**<sup>54</sup> (*Entwicklungsfehler*), ürünün piyasaya sürüldüğü an itibarıyla değil de, yaşanan teknik gelişmeler ve yeni buluşlar karşısında bir ürünün daha az güvenli olması anlamına gelmektedir<sup>55</sup>. Gelişim ayıbına örnek olarak, yeteri derecede denenmiş ve testi yapılmış, yetkili sağlık makamınca satışına izin verilmiş ve kullanma rehberi de bulunan "Anti-cholesterin Mer/29" ilacını kullanan bir kalp hastasının gözlerinin kör olması verilebilir<sup>56</sup>. Hukukumuzda gelişim ayıplarından üreticilerin sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır<sup>57</sup>. Bir görüşe<sup>58</sup> göre, Türk hukukunda gelişim ayıplarına ilişkin özel bir sorumluluk düzenlemesi bulunmamaktadır ve bu nedenle gelişim ayıplarından üreticiler sorumlu tutulmamalıdır. Diğer bir görüşe<sup>59</sup> göre ise, Yönetmelik gelişim ayıbından dolayı üreticiyi mutlak bir biçimde değil, belli şartların varlığı halinde sorumlu tutmaktadır. Yönetmelik md.6/IV hükmüne göre, "*Bilim ve teknolojiye ulaşılan düzeyin, malın piyasaya sürülmesinden sonraki 10 yıl içinde ayıplı olduğunun tespit edilmesine imkan tanınması halinde, imalatçı/üretici, bu ayıbın olası zararlı sonuçlarını, ortadan kaldırmak için azami çabayı sarfetmemesi durumunda 7 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde ve son fıkrasında yer alan sorumluluktan kurtulma sebeplerini ileri süremez.*". Bu düzenleme-

<sup>52</sup> Deutsch/Spickhoff, N.1521; Vogel, s.22.

<sup>53</sup> Kaplan İbrahim, "İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *BATİDER* 1985, C.XIII, S.1, s.139-140.

<sup>54</sup> Gelişim ayıbını ilacın geliştirilmesi aşamasındaki ayıplarla karıştırmamak gerekir. Zira geliştirme ayıbı, esasen yeterince farmakolojik ve toksikolojik testlerin yapılmamasından ya da ayıplı olarak geliştirilmesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>55</sup> Deutsch/Spickhoff, N.1519; Vogel, s.23; Göben, s.83, 107; Jenke, s.49; Reinhard, Urs: *Arzneimittelhaftung nach schweizerischem Recht*, Bern 2011, s.158; Kırca/Aydın, s.680.

<sup>56</sup> Kaplan, *BATİDER* 1985, s.140.

<sup>57</sup> AMG §84'de ilaç üreticisi gelişim ayıplarından açıkça sorumlu tutulmuştur.

<sup>58</sup> Yıldırım, s.29.

<sup>59</sup> Kırca/Aydın, s.686 vd.

den hareketle, ikinci görüşe göre üreticinin gelişim ayıbından sorumlu tutulabilmesinin ilk şartı, bilim ve teknolojiye ulaşılan düzeyin, malın piyasaya sürülmesinden sonraki 10 yıl içinde ayıplı olduğunun tespit edilmesine imkan tanınmasıdır. Sorumluluğun ikinci şartı ise, üreticinin bu ayıbın olası zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmak için azami çabayı sarf etmemesidir.

### **b. Bir İlaç Piyasaya Sürülmüş Olmalıdır**

Bir ilacın piyasaya sürülmüş olması ile kastedilen, ilaç üreticisi tarafından ilacın dağıtım zincirine sokulmuş olmasıdır. Zarar bundan sonra, kural olarak tüketicinin hukuken korunan şahsı veya mal varlıklarında bir noksan meydana gelmesi durumunda doğar. Üretici tarafından ilaç piyasaya sürülmeden, kontrolü yapılmadan önce herhangi bir kimse tarafından kullanılmışsa, doğan zarardan üretici sorumlu tutulmaz<sup>60</sup>. Zira bu aşamada üreticiye tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü yüklenemez.

### **c. Bir Zarar Meydana Gelmiş Olmalıdır**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilacın doğrudan doğruya kendisinde meydana gelen zararlar<sup>61</sup>, üreticinin sorumluluğunun kapsamında yer almamaktadır. Burada söz konusu olan zararlar, ilacın ayıplı olması nedeniyle ortaya çıkan, ayıbı takip eden zararlardır<sup>62</sup> (*Mangelfolgeschaden*). Örneğin son kullanma tarihi geçmiş bir ilacın kullanılmasından doğan zararların tazmini, ilaç üreticisinin sorumluluğu kapsamında yer almaktadır.

### **d. İlliyet Bağı Bulunmalıdır**

İlaç üreticisinin sorumluluğuna gidilebilmesi için meydana gelen zarar ile ilaç kullanımı arasında illiyet bağının bulunması gerekir<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Başpınar, s.103.

<sup>61</sup> Örneğin satın alınan ilacın ambalajının bozuk olması, son kullanma tarihinin geçmesi. Bu tür zararlar satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında tazmin edilir.

<sup>62</sup> Vogel, s.18-19.

<sup>63</sup> AMG § 84/I'de de ilaç kullanımı ile zarar arasında illiyet bağının olması gerektiği yer almaktadır ("...infolge der Anwendung eines... Arzneimittels...").

Bunun için öncelikle ilaç ayıplı olmalı ve bu zararlı sonucun uygun sebebi olarak kabul edilmelidir<sup>64</sup>. Bilindiği gibi ayrıca illiyet bağıını kesen bir neden (mücbir sebep, zarar göreni ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru) de olmamalıdır. **Öğretide**<sup>65</sup> burada uygun illiyet bağıının şart olmadığı, sonucun öngörülebilir olmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda AMG § 84/II'de zarar görenin ortaya çıkan zarar ile ilaçtaki hata arasındaki illiyet bağıının ispatı zarar gören lehine hafifletilmiş ve illiyet karinesi getirilmiştir.

### 3. İlacın Sebep Olduğu Zararlardan Sorumlu Olanlar

#### a. Üretici

TKHK md.3'te imalatçı-üretici, *"Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları"* ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır<sup>66</sup>. Üretici kavramına, ilacı kendi adı adına piyasaya süren kimseler yanında, ürünü fason olarak üreten veya bu kimselere ham madde veya ara mal temin eden kimseler ile ilacın formülünü hazırlayan veya denetimini yapan kişiler de dahildir<sup>67</sup>.

#### b. Satıcı, Bayi, Acente, İthalatçı

TKHK md.4/III cümle 1 hükmüne göre, *"İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur."* Dolayısıyla ilaç kullanımından dolayı zarar gören tüketici, ilaç üreticisi yanında ilaç ithalatçısını, bayii, acentesini ve satıcısını sorumlu tutabilir<sup>68</sup>.

### 4. Zamanaşımı

TKHK md.4/IV'e göre, *"...Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler*

<sup>64</sup> Kırca, s.163-164.

<sup>65</sup> Deutsch/Spickhoff, N.1482; Göben, s.72.

<sup>66</sup> Aynı tanım 6502 sayılı TKHK md.3'de de yer almaktadır.

<sup>67</sup> Başpınar, s.105.

<sup>68</sup> 6502 sayılı TKHK md.11'de sadece üretici-ithalatçı yer almaktadır.

zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılmaz.”. Ancak 6502 sayılı TKHK md.12’de bu süre iki yıla indirilmiştir. Benzer düzenleme Yönetmelik md.9’da da yer almaktadır. Bu hükme göre, “Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler, zarar görenin, zararı, maldaki ayıbı ve imalatçının/üreticinin kim olduğunu öğrendiği veya öğrenebileceği günden itibaren üç yıllık zamanaşımına tabidir.”. Yönetmeliğin haddüşümü başlıklı 10. maddesine göre ise, “Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlara karşı tazminat talepleri, zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl içinde yapılabilir.”.

10 yıllık süre ilacın piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren başlayacaktır. İlacın bir partisinin tamamının ayıplı olması halinde, süre ilk kutunun piyasaya sürüldüğü anda başlar; fakat piyasaya sunulmayan diğer kutular için süre işlemeye başlamaz. Bu halde ayıplı her kutu ilacın piyasaya verildiği andan başlar<sup>69</sup>.

## B. Alman ve İsviçre Hukukunda İlaç Üreticisinin Sorumluluğu

### 1. Alman Hukukunda

Almanya’da ilaç üreticisinin sorumluluğu özellikle HIV enfeksiyonu ve Contergan olayı<sup>70</sup> dolayısıyla gündeme gelmiştir<sup>71</sup>. Her iki ilaç sorumluluğu olayının ortaya çıkması ile birlikte, bu sorumluluk alanındaki gelişmeler nedeniyle yeni düzenlemeler yapılma ihtiyacı ortaya çıkmıştır<sup>72</sup>. İlaçların neden olduğu zararların sürekli olarak artması, ilaç kullanımında ve özellikle ilaçların yanlış kullanımında görülen artış 1961 tarihli İlaç Kanunu’nun (AMG) birçok alanda yeterli

<sup>69</sup> Kırca, s.249.

<sup>70</sup> Sakinleştirici bir ilaç olan ve “Thalidomid” ihtiva eden Contergan, 1953-1956 yıllarında Almanya’da geliştirilen ve 1957-1961 yıllarında piyasada olan bir ilaç olup, tüketicileri arasında binlerce hamile bayan da bulunmaktaydı. İlaç anneye ve çocuğa zarar vermediği belirtilerek tanıtılmaktaydı. Ancak ilacın insanlar üzerinde yeterince denemesi yapılmamıştı. Bu şekilde piyasaya sunulan ilacın kullanılması sonucunda, büyük çoğunluğu Almanya’da olmak üzere tüm dünyada 10.000’den fazla bebeğin, fok balığına benzer şekilde kolsuz ve ayaksız olarak dünyaya gelmesi (phocomelia) felaketi ortaya çıkmıştı (Özsunay, s.45; Başpınar, s.86).

<sup>71</sup> Vogel, s.152; Göben, s.58.

<sup>72</sup> Alman hukukunda ilaç üreticisinin sorumluluğunun tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Göben, s.56 vd.; Jenke, s.22 vd.



düzenleme getirmediğini ortaya koymuştur<sup>73</sup>. Bu doğrultuda ilaç hukukunun neredeyse tamamen yenilenmesi niteliğinde bir değişikliğe gidilmiş ve ilaç hukukunun yeniden düzenlenmesi hakkındaki kanun 24.8.1976 tarihinde kabul edilerek 1.1.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun gerekçesinde, ilaç güvenliğinin optimal duruma getirilmesinin çok mümkün olmadığı, tüm tedbirlerin alınmasına rağmen yine de ilaçlardan zarar gören kişilerin yeterli ekonomik korumadan yararlandırılması gerektiği, ilaç güvenliğini sağlamak için sıkı şartlar aransa bile, ilacın kullanımına bağlı tehlikeleri tamamen ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı ve bu nedenle zarar görenlerin hukuki durumlarının esaslı şekilde iyileştirilmesinin gerektiği ifade edilmiştir<sup>74</sup>. Alman hukukunda Contergan olayının ortaya çıkmasına kadar ilaç sorumluluğu sadece BGB §823 gereğince haksız fiil hükümlerine ve 1961 tarihli AMG hükümlerine tabi idi. Contergan olayından elde edilen tecrübeler, ilaç hukukunda ve ilaç zararlarından dolayı sorumluluk hakkında kapsamlı bir reformu (1976 tarihli AMG) gerekli kılmıştır. 1976 tarihli AMG hükmünden önce ilaç üreticisi, BGB §823'te yer alan haksız fiil hükümlerine göre sadece kişilik haklarının ihlali ve özen yükümlülüğünün ihlali halinde sorumlu tutulmaktaydı<sup>75</sup>.

1976 tarihli Kanunla BGB §823'te yer alan kusur sorumluluğuna ek olarak, ilaç üreticisinin kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu da düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Alman hukukunda ayıplı ürünlerin neden oldukları zararlardan sorumluluk, 15 Aralık 1989 tarihli Ürün Sorumluluğu Hakkında Kanun (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte- *ProdHaftG*) ile düzenlenmiştir. 1 Ocak 1990 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan ve 19 paragraftan oluşan *ProdHaftG*, Alman hukukunun Direktif ile uyumlaştırılmasını amaçlamakta ve aynen Direktif çözümlerini yansıtmaktadır. *ProdHaftG* § 15'te, insanlarda kullanılmak amacıyla üretilmiş bir ilacın kullanılması sonucunda bir kimsenin ölmesi ya da bedensel veya sağlığa ilişkin bir zarara uğraması halinde *ProdHaftG*'nin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Alman hukukunda ilaç üreticilerinin sorumluluğu İlaç Kanunu ile özel olarak düzenlenmiştir.

<sup>73</sup> Petek, s.31-32.

<sup>74</sup> Petek, s.32, dpn.26.

<sup>75</sup> Başpınar, s.90.

Zaman içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle 1.8.2002 tarihinde AMG'de bazı maddelerde zarar görenlerin durumlarının iyileştirilmesine ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Son değişikliklerle birlikte AMG düzenlemesine bakacak olursak<sup>76</sup>;

İlaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yer aldığı AMG §84 ve §91 bizim için önem arz etmektedir. AMG §84'e göre, insanlarda kullanılmaya öngörülen bir ilacın kullanılması sonucunda bir kimse ölecek veya bedensel ya da sağlığa ilişkin bir zarara uğrayacak olursa, zararın tazmininden ilaç firması (*pharmazeutische Unternehmung*) sorumludur. Bu hükümde ilaç üreticisinin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu (*Gefährdungshaftung*) olarak düzenlenmiştir.

AMG §84'e göre, ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğu ancak,

- usulüne uygun olarak kullanılmış bir ilacın, tıp biliminin bulgularını aşan zararlı etkiler doğurması halinde ya da
- zararın, ilacın tıp biliminin bulguları dışında kalan bir özelliğinden, uzmanlık ya da kullanım bilgisinden kaynaklanması halinde söz konusudur.

Bu nedenle AMG'ye göre ilaç üreticisinin sorumluluğunda ilacı kullanımı önem teşkil etmektedir.

Somut olayın koşullarına göre kullanılan ilacın zarara neden olabilmesi söz konusu ise, zararın bu ilacın kullanımından doğmuş olduğu varsayılır. Somut durumlarda ilacın zarar vermeye uygunluğu, ilacın bileşimine, kullanılan dozuna, usulüne uygun kullanım tarz ve süresine, zaman bakımından zararın doğumuyla olan ilişkisine göre belirlenir [AMG §84 (2)].

Hal ve şartlardan, ilacın zararlı etkilerinin, ilacın gelişim ve üretimi alanında ortaya çıkmamış olması halinde, ilaç üreticisi sorumlu tutulmaz [AMG §84 (3)].

AMG §91'e göre ise, §84'te öngörülen sorumluluk dışında, zararın tazmin yükümlüsü bakımından daha geniş bir sorumluluk (*Weitergehende Haftung*) öngören hükümler saklıdır.

<sup>76</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Jenke, s.27; Geiger, Petra: Deutsche Arzneimittelhaftung und EG-Produkthaftung, Berlin 2006, s.342 vd.

## 2. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda, Alman Hukukunda olduğu gibi bir İlaç Kanunu olmasına rağmen, bu Kanun'da ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. HMG md.1'e göre, bu kanun kalite düzeyi yüksek, güvenli ve etkin tedavi araçlarının piyasaya sürülmesiyle, insan ve hayvan sağlığının korunmasının güvenceye alınmasını amaçlamaktadır. Ayrıca ilaç kullanıcılarının **aldatılmaya karşı korunmaları**; bunların amaca uygun ve ölçülü kullanımını sağlayacak biçimde piyasaya sürülmeleri; **güvenilir ve** düzenli yollardan temin edilmelerini ve bu amaçlara yönelik olmak üzere gerekli uzmanlık bilgilendirmelerinin ve danışmanlıklarının tüm ülkede sağlanması hedeflenmektedir.

Bununla birlikte **İsviçre Hukukunda** 1993 yılından önceki dönemde ilaç üreticisinin sorumluluğu sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen **İsviçre Borçlar Kanunu (OR)** md.41 ve md.55'e göre kabul edilmekteydi<sup>77</sup>. 1993 yılını izleyen dönemde ise, ilaç üreticisinin sorumluluğuna 1993 yılında çıkartılan **Ürün Sorumluluğu Kanunu** [Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG)-Ürün Sorumluluğu Hakkında Federal Kanun] uygulanmaktadır<sup>78</sup>. Bu kanun 83/374 sayılı Direktif'in İsviçre Hukukuna aktarılmasıyla oluşturulmuştur. Ancak PrHG'ye göre ilaç üreticisinin sorumlu tutulabilmesi için, üreticinin ilacın bilinen risk ve tehlikelerine ilişkin yetersiz bilgilendirmede bulunmuş olması ve ilacın yanlış kullanımı sonucunda zarar meydana gelmesi veya ilaç piyasaya sürüldüğü andaki bilim ve tekniğin durumuna göre ilacın hatalı olduğu bilinebilir olmasına rağmen ilaç üreticisinin bunu tespit edememiş olması gerekmektedir<sup>79</sup>. Bu durumlar dışında ilaç üreticisi genel hükümler çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır.

<sup>77</sup> Petek, s.43.

<sup>78</sup> Reinhard, s.112. Yazar PrHG'nin ilaç üreticisinin sorumluluğunda zarar görenin lehine olmadığını, zira ilaç üreticisinin sorumluluğunun çoğunlukla gelişim riskinden kaynaklandığını ancak bu tür durumların da söz konusu kanun kapsamında değerlendirilmediğine işaret etmektedir (Reinhard, s.187 vd.).

<sup>79</sup> Reinhard, s.168.

### III. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN TBK md.71'e DAYANILARAK SORUMLU TUTULUP TUTULAMAYACAĞI MESELESİ

Daha önce de ifade edildiği gibi Türk hukukunda mevcut haliyle birçok tartışmayı bünyesinde barındıran ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin yetersiz olduğu ortadadır. TKHK md.4/II'de (6502 sayılı TKHK md.8 ve 11) yer alan eksik düzenleme, amaca uygun olmadığı gibi, Yönetmelik'te yer alan düzenlemeler de mevcut sorunların çözümünde yeterli değildir. Bu nedenle öncelikle, ürün sorumluluğunun bu alandaki AB Direktifi ile uyumlu bir biçimde özel bir kanunla ya da TKHK içinde ayrı bir bölüm olarak yeniden düzenlenmesi gerekmekte iken, 6502 sayılı TKHK ile mevcut durumdan daha da geriye götüren bir düzenleme yapılmıştır.

İlaçların neden olduğu zararlardan sorumluluk konusunda ise, ürün kavramının içine ilaçları dahil etmek suretiyle genel ürün sorumluluğu içinde bir çözüme ulaşılabilir veya Alman hukukunda olduğu gibi ayrı bir kanunla veya mevcut olan İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu revize edilerek ilaçlara ilişkin sorunlar çözüme kavuşturulabilir. Kanaatimizce 1928 tarihli olan İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu mülga edilip yerine günün koşullarına uygun ve ilaç üreticisinin sorumluluğunun da düzenlendiği yeni bir kanun yapılmalıdır. Bu doğrultuda ilaç üreticisinin sorumluluğu sözleşmesel değil haksız fiil esaslarına tabi tutulmalı, haksız fiil sorumluluğunda ise kusur değil kusursuz sorumluluk esasları tercih edilmelidir. Sorumluluğun dayandığı esas ise, ilaçların taşıdığı tehlike nedeniyle tehlikeye dayalı bir kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmelidir. Zira ilaçların kullanılmasında diğer ürünlerden farklı olarak tam bir korumayı beklemek mümkün olmasa da, daima beklenmeyen riskler göz önünde bulundurulmalıdır. Risklerin gerçekleşmesinin kaçınılmaz ve yıkıcı sonuçları da, ilaç üreticisinin sorumluluğunu nitelendirmede dayanak noktalarından biri yapılmalıdır. Bu noktada ilaç üreticisinin sorumluluğu özel olarak düzenlenene kadar, aceba TBK md.71'de yer alan tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu ele almak gerekmektedir.

Borçlar Kanunu md.71'de, "tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlığı altında genel nitelikte bir sorumluluk normuna yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin

*faaliyetinden bir zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*

*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerden uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme sayılır.*

*Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.*

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

Maddenin gerekçesinde, İsviçre hukukunda tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü bir çok özel kanun bulunduğu halde, hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesinin uygun görüldüğü ifade edilmiştir. Sorumluluktan kurtuluş imkanının olmadığı, bu yönüyle ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğunun düzenlendiği bu madde, İsviçre hukukunda kanunlaştırılmamış olan, Sorumluluk Hukukunda Revizyon ve Birleştirmeye İlişkin Ön Tasarı'dan (*Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*) alınmıştır<sup>80</sup>. Belirtmek gerekir ki, Ön Tasarı md.50 hükmünde yer alan tehlike arzeden bir faaliyet ifadesi yerine TBK md.71 hükmünde tehlike arzeden bir işletme ifadesi kullanılmıştır<sup>81</sup>. Bu ifade ile tehlike arzeden faaliyetin bir işletme faaliyeti ile sınırlandırılmasının doğru olmadığı ve bu doğrultuda zararın bir işletmeden değil de, önemli ölçüde tehlike arze-

<sup>80</sup> Ön tasarı md.50 hükmü ufak değişiklikler dışında İsviçre 2020 tasarı (Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil) md.60'da yer almaktadır.

<sup>81</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Erişgin, Nuri: “Türk Borçlar Kanunu md.71: Genel Tehlike Sorumluluğu” Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s.73 vd.

den bir faaliyetten kaynaklandığı hallerde de tehlike sorumluluğunun varlığını kabul etmenin tehlike sorumluluğunun düzenleme amacına daha uygun olacağı savunulmaktadır<sup>82</sup>. TBK md.71 hükmü ana fikir olarak, tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel yasaların yetersiz olduğu, tehlike sorumluluğunun genel ilke ve koşullarının belirlenmesi gerektiği ve ortaya çıkacak olan yeni tehlike sorumluluğu halleri için özel kanuni düzenleme yapılmasını beklemeden, gerektiğinde mahkeme kararıyla tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi esaslarına dayanmaktadır<sup>83</sup>.

İsviçre Ön tasarısında ve 2020 tasarısında önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyetten zarar görülmesinden değil, o faaliyetin karakteristik riskinin gerçekleşmesinden kaynaklanan bir zarardan bahsedilmektedir<sup>84</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Ön Tasarıdan farklı olarak TBK md.71'de karakteristik risk ifadesi yer almasa da, normun amacından hareketle, işletme faaliyetinden bir zarar doğması hususu, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin her türlü faaliyetinden değil, ancak ve ancak o tehlikeye ilişkin karakteristik riskin gerçekleşmesinden kaynaklanan zararların tazminin tehlike sorumluluğu kapsamında olduğu kabul edilmelidir

TBK md.71'e göre, tehlike sorumluluğunun mevcut olabilmesi için önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğması gerekmektedir. TBK md.71/II hükmünde ise önemli ölçüde tehlike arzeden işletme tanımlanmış ve bir işletmenin mahiyeti ve faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu

<sup>82</sup> Üçışık, Güzin: "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s.143; aksi görüş için bkz. Erdem, Mehmet: "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Ankara 2011, s.221. Büyüksağış'e göre ise, faaliyetin tehlikeliliği ölçütü, tehlike sorumluluğunun uygulama alanını kusur ve işletme sorumluluğu aleyhine oldukça genişletir. Bu doğrultuda faaliyetin tehlikeliliği ölçütü faaliyetin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan nesnelerin tehlikeliliği ölçütü ile ikame edilmelidir (Büyüksağış, s.14).

<sup>83</sup> Üçışık, s.139.

<sup>84</sup> Ön Tasarının gerekçesinde, açıkça sadece karakteristik riskin gerçekleşmesi durumunda tehlike sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmektedir (Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrecht, Er-laeutender Bericht, Bern 2000, s.143).

sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden işletme olduğu kabul edilmiştir. Bu hüküm uyarınca önemli ölçüde tehlike arzeden işletme beklenmedik hal sonucunda sık olarak veya zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletmeyi işletenler tehlike sorumluluğu gereğince sorumlu tutulabilecektir. Falliyetin sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverışı olması, önemli ölçüde tehlike arzeden işletmenin objektif unsuru iken, uzman kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen tehlikenin önlenemez olması ise subjektif unsurdur<sup>85</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, ilaç üreticisinin TBK md.71 bağlamında sorumlu tutulabilmesi için ilaç üretim faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyeti olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu konudaki kriterler ise, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile işletmenin sıkça zarar doğurması veya zaman zaman ağır zararlar doğurmasıdır. İlaç üretim faaliyeti belki sık zarar doğurmamaktadır ancak bu zamana kadar yaşanmış örnekler bakıldığında, zaman zaman ağır zararlar doğurduğu görülmektedir. Bu konuda ülke olarak şanslı olduğumuz söylenebilir. Zira bizde Almanyada olduğu gibi bir Contergan vakası yaşanmamıştır. Belki de bu konuda böylesine acı tecrübeler yaşanmamış olduğu için halen ilaç üreticisinin sorumluluğunun münferiden düzenlendiği bir kanuna sahip değiliz. Bu nedenledir ki, olması gereken hukuk açısından, ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutulduğu bir İlaç Kanunu'nun yapılması gerekmektedir. Ancak böyle bir düzenleme yapıncaya kadar TBK md.71 bağlamında ilaç üreticisini tehlike sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutmanın doğru olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak üzerinde durulması gereken nokta ise, ilaç üreticisinin gelişim riskleri nedeniyle de TBK md.71'e dayanılarak sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Zira gerek TBK md.71 gerekse Ön Tasarı md.50 hükmü gelişim riskine ilişkin açık bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Ön Tasarının ayrıntılı gerekçesinde gelişim riskinin tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmün kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Fellmann, Walter: OR 2020 - Das neue Deliktsrecht Revision der Revision - Abkehr von einer Generalklausel der Gefährdungshaftung, *HAVE* 2013, s.363; Erişgin, s.80.

<sup>86</sup> Widmer/Wessner, s.142,143.



İlaç üreticisinin sorumluluğunun söz konusu olduğu olayların çoğunlukla gelişim riskinden kaynaklandığı ve bu alanda gelişim riskine bağlı olarak meydana gelebilecek zararların büyüklüğü de göz önüne alındığında kanaatimizce TBK md.71 kapsamına gelişim riski de girmelidir<sup>87</sup>. Bu yoruma, hükmün kapsamını çok genişlettiği gerekçeyle karşı çıkılabilir olsa da, amacımız ilaç üreticisinin sorumluluğunu mevcut durumda bir zemine oturtabilmek olduğundan, kanaatimizce üzerinde düşünölmeye değerdir. Diğer bir ifadeyle, ilaç üreticisi gelişim riskine bağlı olarak meydana gelen zararlar bakımından da TBK md.71 bağlamında sorumlu tutulabilmelidir. Zira gelişim riski ilaç üreticisi bakımından karakteristik risk içerisinde değerlendirilebilir.

Genel anlamda üreticinin özel de ise ilaç üreticisinin sorumluluğunu ele almış olduğumuz çalışma kapsamında, sonuç itibariyle mevcut sistem açısından ilaç üreticisinin TBK md.71 bağlamında tehlike sorumluluğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira tüketici mevzuatı çerçevesinde ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin bir çözüm bulmak gelinen noktada tatmin edici değildir. Bu doğrultuda Almanya örneğinde olduğu gibi yeniden yapılacak bir İlaç Kanunu içerisinde, ilaç üreticisinin sorumluluğunun kendine özgü dinamiklerini de dikkate alarak, tehlike sorumluluğu düzenlenene kadar, TBK md.71 bağlamında bir sonuca varmak isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akçura Karaman, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Aslan Yılmaz İ., En Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa 2004.
- Başpınar Veysel, "İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, s.85 vd.

<sup>87</sup> Aynı doğrultuda bkz. Korkusuz, Refik, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s.202. Aksi görüş için bkz. Büyüksağış, s.15.

- Büyüksağış Erdem, "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler" DEÜHFD 2006, C.VIII, S.1, s.1 vd.
- Demir Mehmet, "İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının Ve Hekimin Sorumluluğu", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara 2008, s.329 vd.
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, Berlin/Heidelberg 2008.
- Erdem Mehmet, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Ankara 2011, s.217 vd.
- Erişgin Nuri, "Türk Borçlar Kanunu md.71: Genel Tehlike Sorumluluğu" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s.59 vd.
- Fellmann Walter, OR 2020 - Das neue Deliktsrecht Revision der Revision - Abkehr von einer Generalklausel der Gefährdungshaftung, HAVE 2013, s.363 vd.
- Geiger Petra, Deutsche Arzneimittelhaftung und EG-Produkthaftung, Berlin 2006.
- Göben Meltem, Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele modernen Risikoausgleichs: mit rechtsvergleichenden Ausblicken zum türkischen und schweizerischen Recht, Frakfurt am Main 1995.
- Havutçu Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.
- Jenke Nina, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte, Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und US- amerikanischen Rechts, Berlin/ Heidelberg/New York 2004.
- Kaplan İbrahim, "İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", BATİDER 1985, C.XIII, S.1.
- Kaplan İbrahim, "Türk ve İsviçre Hukukunda İmalâtçının Sorumluluğu", *Adalet Dergisi* 1977, S.1-2.
- Kırca Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.
- Kırca İsmail/Aydın Ramazan, "İnkışaf Riski - İmalâtçının/Üreticinin Sorumluluğu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.679 vd.
- Korkusuz Refik, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s.147 vd.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Özel Çağlar, "Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.771 vd.
- Özsunay Ergun, "İlaçların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, s.37 vd.
- Öztan Bilge, İmalâtçının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Petek Hasan, İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2009.

- Reinhard Urs, *Arzneimittelhaftung nach schweizerischem Recht*, Bern 2011.
- Widmer Pierre/Wessner Pierre, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrecht, Erläuternder Bericht*, Bern 2000.
- Serozan Rona, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İÜHFİM* 2003, C.LXI, S.1-2, s.339 vd.
- Tiftik Mustafa, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu*, Ankara 2005.
- Üçışık Güzin, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s.127 vd.
- Vogel Daniel, *Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht*, Zürich 1991.
- Yıldırım M. Fadıl, "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku*, 8-9 Mayıs 2009, s.19 vd.
- Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2004.

# EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETLERİ

## JOINT OWNERSHIP OF CONJOINTS

Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ\*

**Özet:** Taşınır ya da taşınmaz bir eşya üzerinde, hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi veren, mülkiyet hakkı, hak sahibinin sayısına göre tek başına mülkiyet ve birlikte mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılırken; birlikte mülkiyet de kendi içinde, elbirliği halinde mülkiyet ve paylı mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Paylı mülkiyet, TMK md.688’de “birden çok kimsenin, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belirli paylarla malik olduğunu” şeklinde düzenlenmiş olup, devamı maddelerde, hak sahibinin hak ve borçları düzenlenmiştir.

Konumuz ise, eşler arasında paylı mülkiyet olup; yasal önalım hakkından farklı olan yasal alım hakkı düzenlemesine yol açan bu kavram ile, eşlerin bir eşya üzerindeki paylı mülkiyetlerinin koşulları belirlenmekte, hakkın kullanılma sınırlarının çizilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Mülkiyet, paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyet, yasal önalım hakkı, yasal alım hakkı.

**Abstract:** Ownership of property allows rightful owners to use, to benefit and to dispose of the fixed property and movable goods. That kind of property is divided to two. One is, the only property itself, the other one is common property which is also divided to two as joint ownership, and co-ownership

Joint ownership takes place in Article 688 of Civil Law as, “More than a person has the property totally without divided it to pieces in some significant parts.” And the rest of the article regulates the rights and obligations of joint owners.

The subject of the essay is related with joint ownership. We will discuss the joint ownerships between conjoints. While discussing the subject, we will give information about the differences of legal pre-emption right and legal emption right.

**Keywords:** Property, joint ownership, co-ownership, legal pre-emption right, emption right.

---

\* Araştırma Görevlisi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

## 1. GENEL OLARAK PAYLI MÜLKİYET

### A. Eşya ve Mülkiyet Kavramı

Mülkiyet hakkı kavramı, kanunlarda tanımına yer verilmeyen ancak TMK md. 683'te bu haktan doğan yetkilerin belirlendiği bir temel haktır. Maddeye göre;

*“ Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*

*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.”*

Maddeden de anlaşıldığı üzere, bu hak, eşya sahibine hakkın konusu olan şeyden kullanma, yararlanma ve malı tüketme yetkileri gibi geniş yetkiler sağlayan bir haktır.

Kanunun sağladığı bu yetkileri iki grupta toplamak mümkündür.

Eşyada, TMK. md.683 f.I'de öngörülen ve hukuk düzeni sınırları içerisinde dilediği gibi “kullanma, yararlanma ve tasarrufta (Jus abtendi)<sup>1</sup> bulunma yetkileri “olumlu yetkiler” ; TMK. md. 683 f.II'de öngörülen ve eşyayı haksız olarak elinde bulunduranlara karşı istihkak davası açabilme ve her türlü haksız el atmanın önlenmesini isteyebilme yetkileri ise “olumsuz yetkiler” olarak adlandırılmaktadır. Bu ikinci gruptaki yetkileri Sirmen<sup>2</sup> “koruyucu yetkiler” olarak adlandırmaktadır.

Mülkiyet hakkının konusunu eşya oluşturur. Eşya, değişik açılardan ayrımlara tabi tutulabilir. Bunlardan birisi de eşyanın yapısı ve kullanılış şekli açısından yapılan basit eşya (yalın eşya) veya birleşik eşya ayrımıdır.

Eşya kendi başına bir bütün oluşturuyorsa, buna “basit eşya” denir.<sup>3</sup> Basit eşya dışında, kendi fiziki varlıklarını kaybetmeden birbirine

<sup>1</sup> Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop.: Eşya Hukuku, Cilt. 1, 5. Bası, İstanbul, 1989, syf. 478.

<sup>2</sup> Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Ankara 2013, syf. 264.

<sup>3</sup> Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, syf. 46.

bağlanan ve bir bütün olarak kullanılan, yararlanılan eşyalar da vardır ki, bunlara “birleşik eşya”<sup>4</sup> denmekte; bu eşyalar da iki şekilde söz konusu olabilmektedir. Birleşik eşya, öncelikle “bütünleyici parça”nın varlığıyla olabilir. Birleşik eşyayı oluşturan parçalarda önemli olan asıl eşya ve bir de bu asıl eşyayı tamamlayan bütünleyici parçalar mevcuttur. Diğer birleşik eşya türü ise, eklentiyle söz konusu olur. Burada da, biri diğerine ekonomik olarak bağlanan buna rağmen fiziki bağımsızlıklarını devam ettiren eşyalar söz konusu olup, eklentili eşyalarda burada da önemli olana asıl şey, ekonomik bakımdan bağımlı olana ise “eklenti” denilmektedir.

Mülkiyet konusunu oluşturan eşya doğal niteliğine göre “taşınır” ve “taşınmaz eşya” ayrımına tabi tutulmaktadır. Üzerinde mülkiyet hakkı kurulan eşyanın bu türüne göre mülkiyet “taşınır mülkiyeti”-“taşınmaz mülkiyeti” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Eşya üzerinde hak sahibi olan kişi sayısı açısından mülkiyet hakkı “tek mülkiyet” ve “birlikte mülkiyet” ayrımına tabi tutulmaktadır.

Tek mülkiyet ya da tek kişi mülkiyeti, bir tek kişinin mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Bu kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir.<sup>5</sup>

Birlikte mülkiyetin ise hukuk sistemimizde üç türü söz konusudur.

Birincisi “paylı mülkiyet”tir. Burada, birden fazla kişi aynı eşya üzerinde belirli birer pay sahibidirler. Bu kişileri bir araya getiren unsur, eşya üzerinde paydaş (hissedar) olmalarıdır. Ancak burada bir yanlış anlamayı önlememiz gerekir. Paylı mülkiyette, mülkiyet konusu eşya pay sahipleri bakımından ayrılmış, paylara bölünmüş değildir. Pay sahiplerinin tamamı eşya üzerinde sadece pay sahibidirler. Eşya üzerinde onlara paylarına isabet eden kısımlar ayrılmış değildir. Eşya pay sahibi sayısı kadar parçalara ayrılmış, bölünmüş değildir. Her bir pay sahibi eşyanın her zerresinde payı kadar mülkiyet hakkı sahibidir. Paylı mülkiyet kanundan, hukuksal işlemde (bunun yaygın türü olan sözleşmeden) veya yetkili makamın kararından<sup>6</sup> doğabilir. Bizim inceleme konumuz olan TMK. md. 222’de öngörülmüş olan “Eşlerden

<sup>4</sup> Akipek/Akıntürk, a.g.e., syf. 47

<sup>5</sup> Akipek/Akıntürk, a.g.e., syf. 387

<sup>6</sup> Sirmen, a.g.e., syf.301; Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, syf. 71

hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır.” hükmü kanunla getirilmiş olan bir paylı mülkiyet halidir.<sup>7</sup> Nitekim aynı düzenleme, TMK. md.245/II’ye göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi bakımından da düzenlenmiştir.<sup>8</sup>

Kanunda öngörülme hallerde paylı mülkiyet, birden fazla kişinin aralarındaki bir hukuksal işlemde ve bunun yaygın türü olan sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilir.<sup>9</sup> Örneğin; iki kişi birlikte ½’şer; ya da birisi ¾ diğeri ¼ olmak üzere bir arsa satın aldıklarında aralarında paylı mülkiyet kurulmuş olur. Paylı mülkiyette her bir pay sahibi payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahiptirler. Mülkiyet konusu eşyayı birlikte yönetirler. Yönetim işi sıradan her bir pay sahibinin yapabileceği iş (TMK. md.690), pay sahiplerinin oyçukluğuyla verecekleri kararı gerektiren önemli iş (TMK. md.691) ya da bütün pay sahiplerinin oybirliğiyle alacakları kararla yapabilecekleri iş (TMK. md.692) olabilir.

Birlikte mülkiyetin ikinci türü “elbirliği (iştirak halinde) mülkiyet”tir. Burada, eşya üzerinde bütün hak sahipleri elbirliği halinde maliktirler. Hiç birinin eşya üzerinde payları yoktur. Bunun sonucu olarak paylı mülkiyetten farklı olarak hak sahiplerinin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri payları mevcut değildir. Hak sahiplerinin sadece elbirliği mülkiyetin tasfiyesi halinde tasfiye payına katılım hakları vardır. Onlar bu katılım hakları üzerinde ancak tasarrufta bulunabilirler. Ancak katılım hakkının bir başkasına devri, devir alan kişiyi elbirliği ortağı haline getirmez. O elbirliğinin tasfiyesini bekler ve kendisine tasfiye payının verilmesini talep edebilir.<sup>10</sup>

Öte yandan, elbirliği mülkiyet halleri yasalarımızda sınırlı olarak öngörülmüştür. TMK. md.701 elbirliği mülkiyetin doğumu ile ilgili olarak “Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir” şeklinde hükmünü getirmiştir. Buna göre, elbirliği mülkiyeti hukuksal bir işlemde ya da kanundan doğabilir. Hukuksal iş-

<sup>7</sup> Sirmen, a.g.e., syf.302

<sup>8</sup> Zeynep Özcan, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Ankara 2013, syf. 139

<sup>9</sup> Akipek/Akıntürk, a.g.e., syf. 391; Erman, a.g.e., syf.71; Sirmen, a.g.e., syf. 300

<sup>10</sup> Akipek/Akıntürk, a.g.e., syf.411



lemle kurulan elbirliği mülkiyet, eşler arasında seçimlik bir rejim olan genel mal ortaklığı ve edinilmiş mallarda ortaklık (TMK. md.257,258); aile malları ortaklığı (TMK. md.373) ya da adi ortaklık (TBK. md.620 vd) şeklinde karşımıza çıkar.<sup>11</sup> Kanundan doğan elbirliği mülkiyetin örneğini ise, miras yoluyla intikal eden mallarda mirasçılarının elbirliği halinde malik olmaları (TMK. md.599) oluşturur. Elbirliği mülkiyette, paylı mülkiyetten farklı olarak hak sahiplerinin eşyanın kullanılması, eşyadan yararlanma, tasarruf etme, eşyayı idare konusunda tek başlarına hareket edebilme yetkileri yoktur. Bütün hak sahiplerinin bu konularda oybirliği ile karar alarak hareket etmeleri zorunludur.<sup>12</sup>

## B. Paylı Mülkiyetin Tanımı

Konumuzla yakından ilgili olan paylı mülkiyetin tanımına ilişkin unsurları, TMK md.688/1 vermektedir. Bu hükme göre;

*“Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.”*

Düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere; paylı mülkiyette, bir eşya vardır ve malikler, bu eşyayı maddi olarak paylaştırmadan, eşyanın tamamına paylı olarak maliktirler.

Bu fıkradan yola çıkarak genel olarak paylı mülkiyetin unsurları şu şekilde özetlenebilir:

- Paylı mülkiyet hak sahibi sayısı bakımından yapılan bir mülkiyet ayrımıdır.
- Eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, birden çok kişiye aittir.
- Birden çok kişi, söz konusu eşyadaki mülkiyetin bir payına sahiptir.

Bunlardan hareketle paylı mülkiyeti şu şekilde tanımlamak mümkündür:

Birden fazla gerçek veya tüzel kişinin, paylara bölünmemiş olan eşya üzerinde pay sahibi olarak kurdukları ve her bir pay sahibinin payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulundu-

<sup>11</sup> Akipek/Akıntürk, a.g.e., syf. 412; Sirmen, a.g.e., syf. 331.

<sup>12</sup> Akipek/Akıntürk, a.g.e., syf. 412; Sirmen, a.g.e., syf. 333.

ğu, eşyanın tamamı üzerinde ise birlikte yönetim yetkilerinin bulunduğu, kanundan veya sözleşmeden doğan birlikte mülkiyet türüdür.

### C. Paylı Mülkiyetin Kaynakları

#### a. Sözleşmeden Doğan Paylı Mülkiyet

Paylı mülkiyet, tarafların iradelerine uygun olarak bir sözleşme ile kurulabilir. İradeli olarak taraflar, bir taşınmazın mülkiyetini devralırken, paylı mülkiyet ile devralma seçeneğini belirleyebilirler. Örneğin, A ve B isimli iki kişi birlikte bir taşınmazı, bir otomobili, bir mobilyayı ½ şer pay sahibi olmak üzere satın aldıklarında paylı mülkiyet söz konusu olur. Yahut bir kişi, tek başına malik olduğu halde, diğer kişilere pay devrederse, yine paylı mülkiyet söz konusu olur.<sup>13</sup>

Taraflar, kendi istekleriyle, mülkiyete paylı olarak sahip olacaklardır. Bu durumda, satıcının rızası ya da herhangi başka bir onaya gerek yoktur. Yeter ki; paylı mülkiyete sahip olacak taraflar arasında bir anlaşma yapılsın.

Elbette, paylı mülkiyetin düzenlendiği sözleşmenin geçerliliği yazılı şekle tabi tutulmuş olabilir. Mülkiyet konusu eşyanın yapısı yönünden yapılan ayırmada yani taşınır ve taşınmaz eşya ayırmada bu durumu görmekteyiz. Taşınır eşya üzerinde mülkiyet hakkının kurulması (taşınır satışı, bağışı ya da trampası) herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmadığı halde, taşınmaz eşya üzerinde mülkiyet hakkının kurulması resmi yazılı geçerlilik koşuluna (TMK. md.706) bağlanmıştır.

Bu açıklamalarımızın sonucu olarak, birden fazla kişinin bir taşınır eşya üzerinde sözleşme ile paylı mülkiyet ilişkisi kurmaları herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmadığı sonucuna ulaşmaktayız. Kuşkusuz, bu konuda bir uyumsuzluk doğduğunda ispat şekli konusunda 6100 sayılı HMK.'muzun ispatla ilgili hükümleri (HMK. md.200 senetle ispat kuralı) uygulama bulacaktır.

Bir taşınmaz eşya üzerinde birden fazla kişinin paylı mülkiyet kurmaları ise, TMK. md.706 gereğince, tapuda resmi yazılı geçerlilik koşuluna uymalarını ve tapuda tescil işlemini gerektirir.

<sup>13</sup> Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Özdemir-Oktay, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, syf.255

### b. Kanundan Doğan Paylı Mülkiyet

Paylı mülkiyet kavramı bazı kanunlarda özel olarak düzenleme bulmuştur. Bu özel düzenlemeler, karine yoluyla kanundan doğan paylı mülkiyet halleridir.

- TMK. md.721, iki taşınmazın sınırlıklarına ilişkin paylı mülkiyet karinesini düzenlemiştir. Maddeye göre;

*“İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır.”*

“Aksi ispat edilmedikçe” ibaresi, paylı mal sayılmanın karine olduğunun göstergesidir. Dolayısıyla, maddeden anlaşılacağı üzere, taraflar, maddede sayılan sınırlıkların kendi malları olduğunu ispatlayarak, bu sınırlıkların paylı mülkiyete konu olması karinesini çürütebilirler.

- TMK md. 776, karışma ve birleşme kenar başlığı altındaki düzenlemesi, karışma ve birleşme ile bütünleyici parça olan mallardaki paylı mülkiyet karinesini düzenlemiştir. Maddeye göre;

“Birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılmayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmışsa o kişiler, yeni şey üzerinde kendi taşınırlarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar.

Bir taşınır, diğer bir taşınır ile onun ikincil nitelikte bütünleyici parçası olacak şekilde karışır veya birleşirse; eşyanın tamamı, ana parçanın malikine ait olur.

*Tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakları saklıdır.”*

Örneğin; A'ya ait buğday tarlasındaki buğdaylar rüzgar nedeniyle uçup, B'ye ait yan tarladaki buğdaylarla birleştiğinde, burada bir paylı mülkiyet söz konusudur. Bu paylı mülkiyetle oranlar, yarı yarıya değil; karışma anındaki değerler oranında olacaktır. Yani, A'ya ait 5 kilo buğday B'nin 20 kiloluk buğdayıyla karıştığı zaman, karışık birleşen toplam 25 kiloluk buğdayda, A'nın paylı mülkiyet oranı 1/5 oranında olacaktır.

TMK düzenlemelerinden başka bazı özel kanun ve KHK'lerde de müşterek mülkiyet düzenlemeleri karşımıza çıkmaktadır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun birlikte eser sahipliğini iki türünü öngörmüştür. Bunlardan birincisi yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasında "Eser sahiplerinin birden fazla oluşu" kenar başlığı altında yer almaktadır. Bu maddeye göre:

*"Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdikleri kısmın sahibi sayılır."*

Aynı yasanın 10. maddesi ise "Eser sahipleri arasındaki birlik" kenar başlığı altında şu hüküm yer almaktadır. *"Birden fazla kimsenin işbirliğiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir."*

Bunlardan birincisinde, yani FSEK. md.9 f.II'de öngörülen birlikte eser sahipliğinde "paylı eser sahipliği"<sup>14</sup> ya da "paylı fikri hak sahipliği" söz konusudur. Burada birden fazla eser sahibi, bir eseri her birine ait olan bağımsız bölümleri birleştirerek yaratmaktadırlar. Örneğin; A ve B isimli müzisyen olan eşler birlikte bir beste; A ve B isimli öğretim üyesi olan eşler birlikte bir ders kitabı, monografi; A ve B isimli senarist olan eşler birlikte bir senaryo kaleme aldıklarında aralarında "paylı fikri hak sahipliği" söz konusu olacaktır.

- 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK md.85/1 *"Patent başvurusu veya patent bölünmeksizin birden çok kişiye aitse, hak üzerindeki ortaklık taraflar arasındaki anlaşmaya göre; böyle bir anlaşma yoksa, Medeni Kanun'daki müşterek mülkiyete ilişkin hükümlere göre düzenlenir."* şeklindeki düzenlemesiyle, TMK'ya atıfta bulunarak, patent hakkında ortaklığını ele almıştır. Madde fıkrasından anlaşılacağı üzere, patent hakkı sahibi olan paydaşlar ortaklığa ilişkin anlaşma yapabilir; ancak böyle bir anlaşma yoksa TMK'da yer alan müşterek mülkiyet hükümleri uygulama alanı bulur.
- 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK md. 13/1 *"Tasarım hakkı tasarımcıya veya onun hukuki haleflerine aittir. Tasarımcının birden çok olması halinde, taraflar arasında aksine bir*

<sup>14</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Ankara 2013, syf: 222

*anlaşma yoksa tasarımcılar, müşterek mülkiyet hükümleri çerçevesinde hak sahibidir.” düzenlemesiyle 551 sayılı KHK’yla paralel bir düzenleme getirmiştir.*

- 5147 Sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkındaki Kanun’un 7. Maddesinin 2. Fıkrasında *“Entegre devre topoğrafyasının birden çok kişi tarafından tasarlandığı durumlarda, aralarında aksine bir sözleşme yoksa, koruma hakkı bu kişiler tarafından müştereken kullanılır”* denilerek, yine müşterek mülkiyet düzenlenmiştir.

#### **D. Paylı Mülkiyette Paydaşların Hak ve Borçları**

##### **a. Paydan Yararlanma, Yönetme ve Tasarruf Hakkı (TMK 689-693)**

Birlikte mülkiyet türlerinden olan paylı mülkiyet TMK md. 688-701 arasında düzenlenmiş olup, yönetim ve tasarruf konusu md.689’da düzenlenmiştir. 689. madde, öncelikle *“anlaşmalar”* başlığı altında, paylı mülkiyete konu taşınmazın paydaşlarının anlaşma yoluyla yönetim ve tasarruf işlemlerini düzenlemiştir.

*“Paydaşlar, kendi aralarında oybirliği ile anlaşarak, yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler. Ancak, böyle bir anlaşmayla paydaşların aşağıdaki hak ve yetkileri kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz:*

1. Paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerini koruması için zorunlu olan yönetim işlerini yapmak ve gerektiğinde mahkmeden buna ilişkin önlemler alınmasını istemek;
2. Eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhal alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almak.

*Taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan her birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir.”*

Maddenin ilk fıkrası, paydaşların anlaşması halinde, yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda düzenleme yapabilme hakkını el almış olup, paydaşların anlaşmasında, oy çokluğunu değil, oy birliğini esas almıştır. Bunun nedeni; hiçbir paydaşın, istemediği

konularda düzenleme yapılması için zorlanmaması, paylı mülkiyete konu eşyada, tüm paydaşların haklarının korunmasıdır.

Paydaşlara, oy birliği ile anlaşarak düzenleme yapma yetkisi tanıyan bu fıkranın devamında, anlaşmaya rağmen, bir takım hak ve yetkilerin sınırlandırılmayıp, kaldırılmayacağı düzenlenmiştir.

Taşınmazlarla ilgili anlaşmalarda, imzanın noterlikçe onaylanması koşuluyla tapu kütüğüne şerh verilebileceği düzenlenmiştir. Noterlikçe onaylanması koşulu, taşınmazlarla ilgili işlemlerin resmi yazılı şekilde yapılmasından kaynaklanmaktadır. Asıl işlem, resmi yazılı şekle tabi ise, ona bağlı yapılan işlemler de resmi yazılı şekle tabi olduğundan, bu koşul getirilerek, paydaşlardan herhangi birinin başvurusu ile tapuya şerh verilmesinin mümkün olduğu maddenin bu son fıkrasında düzenlenmiştir.

Yönetim ve tasarruf konusunda 690. maddede olağan yönetim işleri düzenlenmiştir. 691. maddede önemli yönetim işleri, 692. maddede olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar düzenlenmiş olup; nihayet 693. maddede yararlanma, kullanma ve koruma konusu düzenleme altına alınmıştır. Madde düzenlemesi şu şekildedir:

*“Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir.*

*Uyuşmazlık halinde yararlanma ve kullanma şeklini hakim belirler. Bu belirleme, paylı malın kullanılmasının zaman ve yer itibarıyla paydaşlar arasında bölünmesi biçiminde de olabilir.*

*Paydaşlardan her biri, bölünmeyene ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.”*

Maddeden anlaşılacağı üzere, tüm paydaşlar malı kullanıp, maldan yararlanabilir; yeter ki, bu kullanma veya yararlanma diğer paydaşların haklarıyla bağdaşsın.

Paydaşlar arasında paylı malı kullanmayı ve ondan yararlanmayı düzenleyen bir anlaşma yoksa, uyuşmazlık halinde paylı malı kullanımına ve ondan yararlanmasına engel olunan paydaşın talebi üzerine yararlanma ve kullanma şeklini hakim belirler. Hakim, pay oranlarını göz önünde tutarak kullanma tarzını tayin eder. Bu hususta hakime örnek teşkil etmek üzere TMK md. 693 f.2’de bu belirlemenin paylı

malın kullanılmasının zaman veya yer itibariyle paydaşlar arasında bölünmesi biçiminde de olabileceğine işaret edilmektedir.<sup>15</sup> Yani, hakim, malın hangi paydaş tarafından ne zaman ve nerede ve ne şekilde kullanacağına ilişkin bir belirleme yapabilir.

### **b. Pay Sahiplerinin Önalım Hakkı**

Önalım hakkına ilişkin olarak “önalım hakkı sahibi” başlığı altında TMK md. 732’de düzenlemesi şu şekildedir:

*“Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.”*

Paylı mülkiyete konu malda, birden fazla paydaş mevcut olup, ancak tüm paydaşların ortak hareketiyle malın satılması, kiraya verilmesi gibi hukuki işlemler söz konusu olur. Hiçbir paydaş, salt kendi iradesiyle, diğer paydaşların rızası olmadan paylı mülkiyete konu malı hukuki işleme konu edemez, örneğin; satamaz, kiraya veremez, rehin gösteremez.

Paydaşlardan her biri salt kendi iradesiyle böyle bir hukuki işlem yapamaması demek, diğer ortakların onayı olmadan ortaklıktan çıkmayacağı anlamına gelmez. Ortaklardan biri, kendi iradesiyle, kendi payını bir üçüncü kişiye satmak isteyebilir. Burada “önalım hakkı” devreye girer.

Önalım hakkı, payını satmak isteyen ortağın payının yabancı üçüncü bir kişiye devrinden önce, diğer paydaşların satılmak istenen payı alma hakkıdır. Bunun nedeni, sıkı ortaklık kurallarına bağlı mülkiyette, yabancı bir kişinin ortaklığa girmesinin istenmemesi durumunun önlenmesidir. Örneğin, 3 kuzen A,B ve C, paylı mülkiyete konu bir taşınmaza sahipken, ortaklardan A, payının X’e satmak isterse, diğer paydaşlardan B veya C, bu payı X’den önce alma hakkına sahiptir. Zira, X, kuzenler dışında, tanınmayan bir üçüncü kişi olup, hukuki işlem yapılması sıkı kurallara bağlı paylı mülkiyette, diğer ortaklar açısından sorun yaratabilir. Elbette, paydaşların birbirini önceden tanınması yahut aralarında bir akrabalık ya da yakın dostluk ilişki-

<sup>15</sup> Oğuzman/Seliçi/ Özdemir, a.g.e., syf.268



si olması, aralarında sorun yaşanmayacağı anlamına gelmez. Ancak, bir üçüncü kişidense, kendi aralarında paydaş olmaları hakkaniyete daha uygun olacaktır. Bu nedenle, yasada, önalım hakkı düzenlemesine yer verilerek, paydaşların hakları ortaklık açısından korunmuştur.

Burada diğer bir önemli nokta da şudur: Paydaşlardan biri payını diğer paydaşa satarken, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanamaz. Payın ancak, üçünü bir kişiye satılması halinde, paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. Örneğin; A, B, C'nin paylı olarak mülkiyet hakkının olduğu malda, A, payını B ve/veya C'ye satabilir. Burada diğer paydaş önalım hakkını kullanamaz. Ancak A, payını Ü'ye satarsa, Ü, üçüncü kişi olarak değerlendirilecek ve paydaşlar, önalım hakkını kullanabileceklerdir.

Önalım hakkını kullanma yasağı, feragat ve hak düşürücü süre kenar başlığını taşıyan TMK md.733 şu şekildedir:

*“Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkın kullanılamaz.*

Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.

*Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.*

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.”

Yasal önalım hakkı, TMK md.734/1 uyarınca, “Alıcıya karşı dava açarak kullanılır.” Bu hükümden anlaşılacağı üzere, dava dışında herhangi bir şekilde (örneğin; bildirim, noter kanalıyla ihtar, vs.) bu hak kullanılamaz.

## 2. EŞLER ARASINDA PAYLI MÜLKİYET

### A. Eşler Arasında Paylı Mülkiyetin Kurulması ve Paylı Mülkiyet Karinesi

#### a. Eşler Arasında Paylı Mülkiyetin Kurulması

Paylı mülkiyet birbirini tanımayan iki kişi arasında söz konusu olabileceği gibi, eşler arasında da mümkün olabilir. Eşler, herhangi bir eşya üzerinde, paylı mülkiyete sahip olabilirler.

### aa) Paylı Mülkiyetin Eşler Arasında Sözleşme İle Kurulması

Her şeyden önce eşler arasında paylı mülkiyet bir sözleşmeden kaynaklanabilir.

Bir taşınır mal söz konusu ise eşlerin sözleşme ile bu taşınırdaki paylı mülkiyet hakkına sahip olmaları bir geçerlilik şeklini gerektirmez. Zira Hukuk Sistemimizde taşınırlar üzerinde mülkiyet hakkının kurulması bir geçerlilik şekline bağlanmamıştır. Bunun sonucu olarak eşler sözlü bir anlaşma ile bir taşınır malı paylı mülkiyet olarak birlikte edinebilirler. Bu durumda karşımıza geçerlilik şekline bağlı olmaksızın kurulabilen eşler arasındaki paylı mülkiyet ile ilgili bir uyumsuzluk doğduğunda, paylı mülkiyetin varlığının nasıl kanıtlanacağı konusudur.

Eşler evlilik dönemi içinde böyle bir birlikte mülkiyet kurmuşlarsa uyumsuzluk halinde bunun varlığını yani hem eşyanın paylı mülkiyet konusu olarak alındığını hem de pay durumunu (hisse oranını) her türlü delille kanıtlayabilirler. Her ne kadar eşler arasında paylı mülkiyetin kurulmasına ilişkin sözleşme bir hukuksal işlem ve hukuksal işlemlerin ispatı HMK.md.200 gereğince senetle mümkün ise de, aynı yasanın 203. maddesinin a bendi "gelin ve damat arasındaki işlemlerin" senetle ispat zorunluluğunun istisnası olduğunu belirtmiş olup, iddia sahibi iddiasını her türlü delille kanıtlayabilecektir. Ancak bunun için paylı mülkiyetin kurulduğu sırada tarafların eş yani evli olmaları gerekir. Bu evliliğin resmi bir evlilik olması gerekmektedir. Yasalarda eşler açısından düzenlenen diğer haklara da baktığımızda, resmi evliliğin şart olduğunu görmekteyiz. Örneğin, mirasçı olma, edinilmiş mallara katılma rejiminden yararlanma. Bu gibi durumların yanı sıra, eşler arasında paylı mülkiyetin söz konusu olabilmesi için de, evliliğin resmi şekilde olması gerekmektedir. Birlikte yaşama, nişanlılık, yahut imam nikahı gibi durumlarda, taraflar arasında paylı mülkiyet sözleşmesinin varlığına ilişkin uyumsuzluklarda senetle ispat zorunluluğu uygulanacaktır.

Eşler arasındaki paylı mülkiyet taşınmazlar için de söz konusu olabilir. Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasını sağlayan hukuksal işlemlerin resmi yazılı geçerlilik koşuluna tabi olması karşısında (TMK.706) böyle bir paylı mülkiyetten söz edebilmemiz için tapuda resmi şekilde kurulması ve tapuya tescil edilmesi zorunludur.

Eşler arasında paylı mülkiyet sözleşmesi olduğu halde, tapuda taşınmaz bunlardan birinin adına ya da anlaşmada öngörülenden farklı pay oranında resmi senede bağlanmış ve tescil edilmişse karşımıza muvazaa veya inancılı işlem çıkacaktır. Bu durumda uyumsuzluğun muvazaa ve inancılı işlemle ilgili esaslara göre çözümlenmesi gerekir. Bu anlamda olmak üzere eşler böyle bir sözleşmenin varlığını ancak aralarında akdettikleri yazılı paylı mülkiyet anlaşması ile kanıtlayabilirler.

### **bb) Paylı Mülkiyetin Eşler Arasında Kanundan Dolayı Kurulması (Paylı Mülkiyet Karinesi)**

TMK'nın "Edinilmiş Mallara Katılma" başlığı altındaki alt başlıklarda düzenlenen TMK md.222/II , "*Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar, onların paylı mülkiyetinde sayılır.*" Şeklinde önemli bir kural getirmiştir. Yasa bununla hangi eşe ait olduğu ispat edilemeyen bir malda eşlerin birlikte mülkiyetin paylı mülkiyet türüne göre malik oldukları yönünde bir karine getirmiştir. Buna paylı mülkiyet karinesi (Miteigentumvermutung) adı verilmektedir<sup>16</sup>.

Burada öncelikle bu hükmün sadece eşlerin taşınır malları ya da yukarıda sözünü ettiğimiz fikri mülkiyet ile ilgili yasalar gereğince fikri mülkiyet konusu ürünler (eşlerin birlikte kaleme aldıkları şiir, hikaye, roman, bilimsel kitap, beste, birlikte yarattıkları marka ya da endüstriyel tasarım gibi) için uygulanabileceğini vurgulamamız gerekir. Bu hüküm eşlerin taşınmaz malları için gündeme gelemez. Zira, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı resmi yazılı geçerlilik şekline tabi sözleşme ile (resmi senetle) kurulabilir ve tapuya tescil edilmek gerekir.

Eşlerin resmi senetle ve tapuya tescil edilerek birlikte paylı mülkiyet konusu olabilecek bir taşınmazlarından söz edilemez. Taşınmazların hangi eşe ait olduğunun ispat edilememesi hali gündeme gelemez.

O halde, bu düzenleme eşlerin sadece taşınır malları ya da fikri mülkiyet ürünleri için uygulama bulabilir.

Bu düzenleme ile yasa koyucu eşler arasında kanundan dolayı

<sup>16</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004, syf. 203

bir paylı mülkiyet yaratmıştır. Ancak, eşler arasında bu yolla bir paylı mülkiyet ilişkisinin kurulabilmesi için ön koşul “eşyanın eşlerden hangisine ait olduğunun ispat edilememesidir”. Yasa koyucu bir eşyanın hangi eşe ait olduğunun ispat edilmesinin mümkün olmaması halinde aralarında adil bir çözüm getirmiştir. Bu çözüme göre, bu durumda söz konusu eşya ya da mal eşlerin paylı mülkiyetinde sayılacaktır. Getirilen bu çözüm ispatla ilgilidir. Zira madde bu konuda her iki iş lehine “paylı mülkiyet karinesi”ne yer vermiştir. Burada söz konusu olan adi karinedir. Zira, “aksi ispat edilmeyen mallar” ifadesi ile, aksinin ispatı halinde, malın paylı mülkiyete ya da iddia edilen oranda bir paylı mülkiyete konu olmayıp, tek bir eşin mülkiyetinde olabileceği anlaşılmaktadır. Bu adi karine ile, ispat yükünü tersine çevrilmiş olup, “eşya ya da malın kendisine ait olduğunu ya da daha yüksek oranda pay sahibi olduğunu” iddia eden eş bunu ispat etmekle yükümlü olacaktır.

Burada önemle vurgulamamız gereken husus, yasanın bu karine ile iki önemli konuyu çözüme bağlamış olmasıdır.

Birincisi, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar, paylı mülkiyet konusu olacaktır. Bundan çıkan sonuca göre, eşlerden hiçbiri bu mal üzerinde tek malik olmayacak, diğer eşle birlikte malik olacaktır. Yani burada yasa ile getirilmiş olan bir birlikte mülkiyet hali söz konusudur.

İkincisi ise, yasa koyucunun bu karine ile eşit pay ilkesine yer vermiştir. Bunun sonucu olarak burada hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mal eşlere eşit pay halinde (eşit hisse) halinde ait olacaktır. Bu sonuca TMK. md.688 f.II’de yer alan genel hükümden hareketle de varılabilir. Zira bu hükme göre “Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır”.

Bu iki gerçekten ulaşacağımız bir başka gerçek daha vardır. Karinenin aksinin iki şekilde çürütülebileceğidir.

Birincisi, bunun aksini iddia eden eş, malın paylı mülkiyet değil, tek mülkiyet konusu olduğu ve kendisinin tek malik olduğudur.

İkincisi ise, bunun aksini iddia eden eşin, malın eşlerin paylı mülkiyet konusu olduğunu kabul edip, payların eşit olmadığını ispat edebileceğidir. Örneğin; A ile B evli olup, yirmi yıllık evlilik sonrası boşanma halinde eşler, ölüm halinde mirasçılar konut eşyalarının,

antikaların, tabloların, bestelerin eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemezse, bunlar her ikisine eşit pay halinde paylı mülkiyet olarak kalacaktır. Aksini iddia eden kişi ya kendisinin tek malik olduğunu ya da diğerinin payının kendisine eşit olmadığını ispat edebilecektir.

## **B. Eşler Arasında Paylı Mülkiyet Payında Tasarrufun Diğer Eşin Rızasına Bağlı Olması**

### **a. Yasal Düzenleme - Amacı - Yasal Önalım Hakkı İle İlgisi**

TMK md.223/II "Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz." düzenlemesiyle, tasarrufu diğer eşin rızasına bağlamıştır.

Bu hüküm TMK. md.222 f.II hükmündeki sadece taşınır mallar ve fikri mülkiyet ürünleri için geçerli olan "paylı mülkiyet karinesinden" farklı olarak eşler arasında ister taşınır ister taşınmaz bütün paylı mülkiyet konusu mallar için uygulama bulur.

Yasa koyucu bu düzenlemesi ile eşler arasında paylı mülkiyetin kurulması halinde, ortak yaşamın ömür boyu devam edeceğini, bu nedenle bir eşin diğerinin rızası olmadan payında tasarrufun diğer eşin hiç arzu etmediği bir kişi ile paydaş haline gelmesinin doğru olmayacağını düşünmüştür<sup>17</sup>. Bu nedenle yasa koyucu paylı mülkiyetin maliklerinin eşler olması halinde, paylı mülkiyette genel kural olan her bir paydaşın kendi payı üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkileri kullanabilmesi ve bu anlamda olmak üzere payı üzerinde tasarruf edebilmesine ilişkin TMK. md.688 f.III genel hükme bir istisna getirmiştir.<sup>18</sup>

Burada TMK. md.732 de düzenlenmiş olan yasal önalım hakkı (kanuni şüf'a hakkı) hükmünün bulunduğu bir eşin paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki payını başkasına devir etmesi halinde diğerinin bu madde gereğince üçüncü kişiye karşı önalım hakkını kullanarak o payı geri alabileceği bu nedenle TMK. md.223 f. II hükmünün gerek-

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, syf. 62

<sup>18</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, syf.23; Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, syf. 118

siz olduğu düşünülebilir. Ancak her iki maddenin uygulama alanı ve koşulları göz önüne alındığında bu düşüncenin doğru olmadığı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

TMK. md.732 hükmü sadece taşınmazlarda paylı mülkiyet halinde bir paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkını tanımıştır. Halbuki, TMK. md.223 f.II hükmü sadece taşınmaz mallar için değil tüm paylı mülkiyet konusu mallar için bir eşin payını bir başkasına devir etmesi diğerinin rızasına bağlamıştır. Örneğin: Bir eşin diğeri ile paylı mülkiyet hakkına sahip olduğu bir otomobildeki payını bir üçüncü kişiye satması için diğerinin rızasını alması zorunludur. Halbuki, TMK. md.732 hükmü aynı olayda bir eşin otomobildeki payını bir üçüncü kişiye satması halinde, diğer eşe önalım hakkı tanımamaktadır.

Bunlar dışında, TMK. md.732, bir eşin taşınmaz bir malda payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer eşin üçüncü kişiye bedelini ödeyerek bu payı geri alma hakkını tanımıştır. Peki diğer eşin bu bedeli ödeyecek gücü yoksa ne yapılacaktır? Önalım hakkını kullanamayacaktır. Halbuki, TMK. md. 223 f.II karşısında bu bedeli ödeyemeyecek olan eş taşınmazdaki payın bir başkasına satılmasına rıza göstermemek suretiyle satışı engelleyebilecektir.

Nihayet TMK. md.732'de önalım hakkı sadece paydaşın payını üçüncü kişiye satması halinde kullanılabilir. Paydaş payını üçüncü kişiye bağışlarsa diğer eşin önalım hakkını kullanması mümkün değildir. Halbuki, TMK. md.223 f.II sayesinde bu durumda diğer eş böyle bir bağışa rıza göstermemek suretiyle payın başkalarına geçmesini engelleyebilir.<sup>19</sup>

Bu ve benzeri gerekçelerle, TMK. md.223 f.II hükmü paylı mülkiyet ile ilgili temel ve genel bir kurala önemli bir istisna getirmiştir. Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, paylı mülkiyette pay sahiplerinden her biri payları üzerinde serbestçe tasarruf hakkına sahiptirler. TMK. md.688 f.III hükmüne göre: "Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur.Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir".

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, syf. 62; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler, syf. 23; Ayan, a.g.e., syf.117

TMK. md.223 f.II ise paylı mülkiyetin maliklerinin eşler olması halinde, yasada öngörülen bu yetkiye yer vermemiş, eşlerin payları üzerinde her türlü tasarruf işlemlerini diğer eşin rızasına tabi tutmuştur. Bunun sonucu olarak bir eş payını başkasına satarak başkası lehine mülkiyet ya da rehnederek, intifa hakkı tesis ederek sınırlı bir aynı hak tesis edemez.

Bu madde hükmü, payı üzerinde tasarrufta bulunan eşin isteğine bağlı (rıza) tasarrufları için uygulanabilir. Zira maddede açıkça “payı üzerinde tasarrufta bulunamaz” denilmektedir. Bunun sonucu olarak bir eşin payının borcundan dolayı haczedilmesi ve cebri icra yoluyla satılması madde kapsamına girmez ve diğer eşin rızasına bağlı değildir.

Bu açıklamalarımızın sonucu olarak eşler paylı mülkiyet konusu mal üzerinde diğerinin rızası olmadan satış yapamaz, aldığı bir kredinin karşılığı olarak ipotek edemez. Ancak aynı eşin borcu nedeniyle alacaklıları payını cebri icra yoluyla sattırabilir, payı üzerine haciz koydurabilir.

TMK. md.223’ün getirdiği bu düzenleme karşısında eşlerin paylı mülkiyet konusu taşınmaz bir maldaki payını satması halinde diğer eşin yasal önalım hakkını (kanuni şüf’a hakkını) kullanması (TMK. md.732) gereksiz hale geldiği söylenebilir. Zira diğer eş zaten yapılan bu taşınmaz pay satışın geçersiz olduğunu ileri sürebilecek, pay paydaş olan eşe ait olmaya devam edecektir. Ancak, bununla diğer pay sahibi olan eşin, TMK. md.732’deki yasal önalım hakkının ortadan kalktığı sonucu çıkartılmamalıdır. Diğer eş, payını satan eşin bu işleminin TMK. md.223 gereğince hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilir. Bu ona tanınmış bir haktır. Ancak bu hakkı kullanma zorunluluğu yoktur. O bu satışın geçersiz olduğunu ileri süreceği yerde, TMK. md.732’deki önalım hakkını da kullanabilir. Bir başka ifadeyle, TMK.md.223. f.II hükmü, eşlerin koşulları varsa TMK.md.732 hükmü gereğince önalım haklarını kullanmalarını engelleyen bir düzenleme getirmemiştir.

### **b. Koşulları**

TMK. md.223 f.II gereğince yasal alım hakkının kullanılabilmesinin koşullarını yukarıdaki açıklamalardan çıkarmamız mümkündür. Bununla birlikte bu koşulları aşağıda özet halinde vermekte yarar vardır:



### **aa) Eşler Arasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Bulunması**

TMK. md.223 hükmü, edinilmiş mallara atılma rejimiyle ilgili bir düzenleme getirmiştir. Bunun sonucu olarak, eşler arasındaki diğer mal rejimlerinde bu hükmün uygulanması mümkün değildir.

### **bb) Eşler Arasında Paylı Mülkiyet Konusu Olan Herhangi Bir Malın Bulunması**

Eşler arasında paylı mülkiyete konu olan mal, taşınır, fikri mülkiyet konusu bir ürün ya da taşınmaz bir mal olabilir.

Aynı mal üzerinde eşler dışında paydaş olan başkaları bulunsa da TMK. md. 223 f.II hükmü uygulanabilecektir.<sup>20</sup> Örneğin; A ve B, bir taşınmazda ¼'er hisse sahibi olup, Ü isimli kişi ise kalan diğer 2/4 payın sahibidir. Bu durumda da A veya B payları üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

### **cc) Paydaş Olan Eşin Payı Üzerinde Tasarrufta Bulunması**

Buradaki tasarruf sözcüğü, pay üzerinde her türlü tasarruf işlemlerini kapsar. Bu anlamda olmak üzere, mülkiyetin devri, sınırlı ayni hak tesisi (taşınmaz payı üzerinde ipotek, intifa hakkı, geçit hakkı vs.) olabilir. Yasa sınırlandırmayı tasarruf işlemleri için öngördüğünden pay üzerinde borçlandırıcı işlemlerde bulunması (taahhüt işlemleri) buraya girmez. Bu anlamda olmak üzere, eşlerden her biri kendi payı ile ilgili başkalarına satış vaadinde bulunabilir.<sup>21</sup> Zira, satış vaadi tasarruf işlemi değil, borç doğurucu yani taahhüt işlemidir. Ancak, aynı eş bu satış vaadini yerine getirip bu mal üzerindeki payın mülkiyetini devir işlemi aşamasında diğer eşin rızasını almak zorundadır. Aksi halde, bu devir işlemi hukuken geçersiz olacaktır.

### **dd) Diğer Eşin Rızasının Alınması**

Diğer eşin rızası, bir irade açıklamasıdır. Yasada, verilecek olan rızanın şekli ile ilgili bir açıklama yoktur. Bu nedenle bu rızanın veril-

<sup>20</sup> Ayan, a.g.e., syf.121

<sup>21</sup> Ayan, a.g.e., syf.121

mesi geçerlilik şekline tabi tutulmamıştır. Ancak uyuşmazlık halinde ispat sorunu gündeme gelecektir. Eşler arasında ise, HMK. md.203 gereğince senetle ispat zorunluluğu yoktur.

TMK. md. 223 f. II, paydaş olan eşin payı üzerinde üçüncü kişilerle yapacağı tasarruf işlemlerine diğer paydaş olan eşin rıza göstermesinden söz etmiştir. Bunun sonucu olarak rızası gereken eş yapılan işlemin tarafı olmadığı gibi, böyle bir işleme katılması da gerekmecektir. Bu anlamda olmak üzere taşınmaz üzerinde ½ pay sahibi olan A, bu payını Bankaya ipotek edip kredi almak istediğinde, diğer ½ pay sahibi olan eşi B, bu ipotek sözleşmesinin tarafı olmamakta ya da bu ipotek sözleşmesine katılmamaktadır<sup>22</sup>. B'den beklenen sadece A'nın banka ile yaptığı ipotek sözleşmesine rıza göstermesidir. B'nin bu rızayı verip vermediği ispatla ilgili bir sorundur. Eşlerin bu rızanın varlığını HMK. md.203 gereğince her türlü delille kanıtlayabilecekleri kanısındayım.

Rızası alınması gereken eş rıza vermedikçe yapılan işlem kendisi için bağlayıcı olmayacaktır. Bunun sonucu olarak, pay üzerinde tasarrufta bulunan eş ve üçüncü kişi bu işlemde beklenen amacı gerçekleştiremeyeceklerdir.

Rızanın verilmesinin haklı bir sebebe dayanmaması halinde ne yapılacağı konusunda TMK. md. 223 f.II de hüküm yoktur. Halbuki, eşin rızasına bağlı olan aile konutu üzerindeki tasarruflarla ilgili olarak TMK. md.194 f.II "Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim mütahalesini isteyebilir." çözümlünü getirmiştir. Bazı yazarlar<sup>23</sup>, bu hükmün kıyasen TMK. md.223 f.II hükmü için de uygulanabileceğini kabul etmektedirler. Bazı yazarlar<sup>24</sup> ise, aynı sonucu TMK. md.223 f.II açısından TMK. md.2'deki dürüstlük kurallarından hareketle varılması gerektiği görüşündedirler.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, böyle bir rızaya muhtaç olan eş, diğerinin haklı bir sebep olmadan rıza göstermemesi halinde, mah-

<sup>22</sup> Karşılaştırınız: Ali İhsan Özüğür, Mal Rejimleri, Ankara 2006, syf.231 (Yazar, rızası alınması gereken eşin bir taşınmaz payı devri söz konusu ise tapuda yapılan işleme iştirak etmesi gerektiği veya noterden muvafakatname vermesi gerektiği görüşündedir)

<sup>23</sup> Ayan, a.g.e., syf. 122

<sup>24</sup> Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler, syf. 25

kemeye başvurmak suretiyle hakimden izin alabilir. Aynı durum rızasına başvurulması mümkün olmayan bir eş söz konusu ise yine vardır. Örneğin; A, hastalığı nedeniyle yurt dışında tedavi olmak amacıyla eşi B ile paylı mülkiyet konusu arsasındaki payını satmak istemekte; fakat eşi B akıl hastası olduğu için bu rızayı temin edememekte ise, hakimden bu iznin verilmesini isteyebilmelidir.

### **ee) Aksine Anlaşmanın Bulunmaması**

TMK. md.223 f.II bu konuda “Aksine anlaşma olmadıkça” ifadesini kullanmıştır. Buna göre, eşler arasında paylı mülkiyette pay üzerinde tasarruf konusunda diğerinin rızası koşulundan vazgeçilen bir anlaşma yapılmış olabilir. Bu durumda pay üzerinde tasarruf diğerinin rızasına bağlı olmayacaktır.

## **C. Paylı Mülkiyet Konusu Malda Üstün Hak Sahibi Olan Eşin Yasal Alım Hakkı**

### **a.Yasal Alım Hakkı**

Yeni TMK.’muzun eşler arasında paylı mülkiyet konusu mallarla ilgili olarak getirdiği üçüncü önemli düzenleme 226. maddenin II. fıkrasında yer almaktadır. Maddeye göre:

“Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir.”

Aynı düzenleme paylaştırmalı mal ayrılığı rejiminde TMK. md.248 f.II’de de yer almıştır.

Yasa koyucu, eşlerin evlilik süresince paylı mülkiyet konusu bir mal edinmeleri halinde, mal rejiminin tasfiyesi sırasında bir eşin payının bir başkasına satılması suretiyle yabancı bir kişiyle paydaş haline gelmesini doğru bulmamıştır<sup>25</sup>. Bunun sonucu olarak, diğer eşi, o payı satın alabilme konusunda öncelik sahibi yapmıştır. Burada hukuksal niteliği itibariyle yasadan doğan bir alım hakkı söz konusudur<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, syf.80

<sup>26</sup> Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler, syf. 23; Ömer Uğur Genç-

Bu hakkı, yasal önalım hakkı ile karıştırmamak gerekir.

Yasal önalım hakkı, TMK. md.732'de düzenlenmiştir. Bu madde, sadece paylı mülkiyet konusu taşınmaz mallar için ve bir paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde yasal önalım hakkına yer vermiştir.

Halbuki, TMK. md.226 sadece taşınmazlar için değil eşlerin bütün paylı mülkiyet konusu malları için uygulanabilir. Örneğin; eşlerin paylı mülkiyete konu bir kamyonet varsa, ve koca, seyyar manav olup, bu kamyonet ile meyve sebze satışı yapıyorsa, "üstün yararını" ispatlamış olup, karısı payını bir üçüncü kişiye devretmeyi düşünmemesine rağmen, payın değerini karısına ödemek suretiyle kamyonetin tek maliki olabilir.

Öte yandan, bu maddenin uygulanabilmesi için, bir eşin payını bir üçüncü kişiye satması zorunlu değildir. Onun payının satın almadaki üstün yarar sahibi olduğunu ispat eden eş, o pay sahibi eş payını satmak istemese dahi alım hakkı söz konusu olmaktadır.

Bu açıklamalarımıza göre, eşler arasında paylı mülkiyet konusu mallarda daha üstün nitelikte üstün yarar sahibi olan her eşin diğerinin payını tasfiye sırasında satın alma hakkı vardır. Bu yönüyle bu hak, yasadan doğan alım hakkıdır.

Yasal alım hakkı, hak sahibi eşe tanınan ve karşı tarafa (diğer eşe) yöneltilecek tek taraflı beyanla, paylı mülkiyet konusu malın alıcısı olma hakkı tanımakla birlikte; bu hak, niteliği itibariyle kurucu yenilik doğuran bir haktır.

## **b. Yasal Alım Hakkının Kullanılmasının Koşulları**

### **aa) Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi**

Yasal alım hakkının kullanılabilmesi için, herşeyden önce, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi gerekmektedir. Bu sona erme, boşanmayla olabileceği gibi, ölüm, başka mal rejimine geçme gibi sebeplerle de gerçekleşebilir. Eşler arasında evliliğin son bulması

---

can, Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, syf.117; Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010, syf.427

gereklidir. TMK md.226 f. 2, “tasfiye sırasında” diyerek, alım hakkının kullanılabilmesi için edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi şartını koşturmuştur.

Alım hakkının kullanılmasında, boşanmayı düşünen taraflar, anlaşmalı boşanma yolunu seçerlerse, yaptıkları protokol ile paylı mülkiyete konu bir malın eşlerden birine bırakılması yönünde karar vermiş ve bu protokol bu maddesiyle mahkemece kabul edilerek boşanma gerçekleşmişse, yahut başkaca bir mal rejimine geçmiş, ve bu geçişte edinilmiş mallara katılma rejimine tabi oldukları süre içerisinde edindikleri paylı mülkiyete konu malı paylaşmış, yani bir eş diğerine payını devretmişse, payını diğer eşe bırakan eşin, payını bıraktığı eşe malın tamamen teslimi ve devri borcu doğar. Protokol ile malın bırakılması taahhüdünde bulunan eş, bu taahhüdünü yerine getirmeye ise, malın tek sahibi olması gereken eş, TMK md.716 uyarınca tescili isteme hakkını kullanarak, hakimden mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyebilir.

### **bb) Paylı Mülkiyete Konu Bir Malın Bulunması**

TMK. md.226 f.II hükmünün uygulanması açısından eşlerin paylı mülkiyet konusu malın türü önemli değildir. Buraya taşınır, taşınmaz mallar girebileceği gibi, fikri mülkiyet hakkına konu olan gayri maddi bir mal da girebilir.

Önemli olan bu malın eşlerin paylı mülkiyet konusu mal olmasıdır.

### **cc) Mal Rejiminin Tasfiyeye Tabi Tutulması**

Bu husus TMK.md.226 f.II de “Tasfiye sırasında...” ifadesi ile ortaya konulmuştur.

Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejimi tasfiye edilmeden eşlerin yasal alım hakkından söz edilemeyecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme yani tasfiye halleri, TMK. md.225’de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, ölüm, başka bir mal rejimine geçiş, evliliğin iptali, boşanma veya mahkemece mal ayrılığın geçiş kararı halleri gerçekleştiğinde TMK. md.226 f.II hükmü uygulanabilecektir.

### dd) Daha Üstün Yararın Varlığı

TMK md. 226 f.2 “Daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek” etmek suretiyle, yasal alım hakkını kullanan eşin, her şekilde bu hakkı kullanamayacağını, ancak “daha üstün yararının var olması ve bunu kanıtlaması” durumunda, bu hakkı kullanmasının mümkün olduğunu düzenlemiştir.

Paylı mülkiyet konusu malda hangi eşin diğerinin payını satın almakta daha üstün yarar sahibi olduğu her somut olaya göre değerlendirilecektir. Bu konuda hangi eşin daha fazla oranda pay sahibi olduğu, payı almak isteyen eşin ödeme gücü ve bir işyeri söz konusu ise meslek ve sanatı gereği bu işyerini işletebilecek konumda olup olmadığı, hatta sağlık nedenleri gibi unsurlar göz önünde tutulacaktır.<sup>27</sup> Örneğin, resim atölyesi olarak kullanılmaya elverişli bir dükkanı, ressam olup, geçimini bu sanatla sağlayan eş, tasfiye sırasında, yasal alım hakkını kullanarak, payını diğer eşe ödeyerek edinebilir. Aynı şekilde paylı mülkiyet konusu malda oldukça çok düşük bir pay sahibi eş karşısında yüksek pay sahibi olan eşin daha üstün nitelikte yarar sahibi olduğu kabul edilebilir.<sup>28</sup> Buna rağmen; tasfiye sırasında, eşlerden biri “Bu ev benim için daha elverişli, konumu daha güzel, merkezi yerde, benim üstün hakkım var” demek suretiyle yasal alım hakkını kullanmak isterse, buradaki üstün hak iddiası yerinde olmayacaktır. Aynı örnekte, eşlerden birinin tekerlekli sandalyeye mahkum olması ve evin apartmanın giriş katında olması dolayısıyla rahat yaşayabildiği bir konut olması durumu “üstün yarar” olarak değerlendirilmelidir.

Üstün yarar, her somut olaya göre değişebilmektedir. İspatlanması şart olan üstün yararın değerlendirilmesi takdiri hakime aittir.

### ee) Daha Üstün Yarar Sahibinin Talepte Bulunması

TMK. md.226 f.II hükmü talebe bağlı olarak yasal alım hakkına yer vermiştir. Böyle bir talep olmadan diğer eşe ait payın devri gün-

<sup>27</sup> H. Honsell / N.P. Vogt/ T. Geiser: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art 1-359, Basel, Frankfurt am Main, 1996, Art 205, Nr.15 (Kılıçoğlu, age, syf. 82’den naklen)

<sup>28</sup> Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, syf. 429

deme gelemes. Bu talep edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında fakat en geç tasfiyeye karar verilmeden önce ileri sürülmüş olmalıdır.<sup>29</sup>

#### ff) Payın Bedelinin Ödenmesi

Eşler arasında paylı mülkiyet konusu bir malda yasal alım hakkının kullanılabilmesi için, yukarıdaki koşullara ek olarak, son koşul, payın bedelinin ödenmesidir.

Eşlerden biri, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra, üstün hakkını ispat ederek, yasal alım hakkını kullanmak isterse, diğer eşe ait payın bedelini ödemek zorundadır. Aksi halde, bağış söz konusu olacak, TBK 285 vd. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Ödenecek bu pay, eşlerin malın alımına olan katkı oranının ödenmesi şeklinde değil, paylı mülkiyette, payını diğer eşe bırakan eşin pay oranının ödenmesi şeklinde olacaktır. Ancak, burada, takasın söz konusu olabileceği bir durum vardır. Yasal alım hakkını kullanacak eşin, diğer eşten katkı veya katılma alacağı varsa, takas talebinde bulunması mümkündür.

Örneğin; karı kocanın, paylı mülkiyete konu bir taşınmazı varsa, ve kadın, kocaya ait payı yasal alım hakkını kullanarak almak istiyor, bu payın karşılığı da 60.000 TL'ye tekabül ediyor ve aynı zamanda kadının kocadan 50.000 TL katılma alacağı var ise; kadın yasal alım hakkını kullanırken, takas hakkını kullanarak, kocaya 10.000 TL ödemek suretiyle yasal alım hakkını kullanabilir. Böyle bir alacağı olmayan eş, diğerinin payının rayiç değerini ödemek zorundadır.

Yasal alım hakkını kullanan eşin, diğerinden aldığı pay için ödenecek olan bedel konusunda TMK. md.226 f.II'de bir açıklık yoktur. Maddede sadece "diğerinin payını ödemekten" söz edilmiştir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde TMK. md. 248 f.II'de ise, daha isabetli olarak "ödeme günündeki karşılığını ödemek" ifadesi kullanılmıştır. Bunun sonucu olarak yasal alım hakkını kullanan kişinin ödemesi gereken pay bedeli piyasa (sürüm) değeri olmalıdır.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, syf. 428

<sup>30</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, syf. 83; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, syf.431



### KAYNAKÇA

- Akipek Jale/ Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009
- Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004
- Erman Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2013
- Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002
- Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004
- Kılıçoğlu Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Ankara 2013
- Kılıçoğlu Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002
- Oğuzman Kemal/ Seliçi Özer/ Özdemir-Oktay Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- Özcan Zeynep, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Ankara 2013
- Özüğür Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara 2006
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013, syf. 264
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya Hukuku, Cilt. 1, 5. Bası, İstanbul, 1989, syf. 478

# KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE EK KART HAMİLİNİN HUKUKÎ DURUMU

## LEGAL CONDITION OF HOLDER OF SUPPLEMENTARY CARD IN CREDIT CARD AGREEMENTS

Ebru TÜZEMEN ATİK\*

**Özet:** Kredi kartı sözleşmelerinde ek kart uygulaması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir yöntemdir. Kanunlarımızda, ek kart hamilinin sorumluluğunun kapsamına ilişkin doğrudan ve yeterli düzenleme mevcut değildir. Ek kart hamilinin sorumluluğunun ortaya çıkabileceği ihtimaller çeşitlidir. Bunun için öncelikle kredi kartı ile ek kart kavramlarının ayırt edilmesi ve ortaya çıkabilecek ihtimallerde sorumluluğun kapsamının belirlenmesi ihtiyacı doğmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Ek kart, ek kart hamili, müteselsil sorumluluk, kredi kartı.

**Abstract:** Supplementary card practice in credit card agreements is a frequently encountered method in practice. Our laws lack direct and sufficient regulations with regard to the liability of the supplementary card holder. For that reason, first of all, it is required to distinguish the concepts of credit card and supplementary card and determine the scope of the liability in potential cases that may arise.

**Keywords:** Supplementary card, Supplementary card holder, several liability, credit card.

## GİRİŞ

19. yüzyılın sonlarında ABD’de başlayan<sup>1</sup> ve ülkemizde ilk kez 1968 yılında uygulanmakla birlikte 1980’li yılların sonlarından itibaren

\* Öğr. Gör., Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Ömer Teoman, Hukukî Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. baskı, İstanbul 1996 s. 13; Şebnem Akipek, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, AÜHFİD, 2003, S. 52, C. 3 (Kredi Kartları), s. 105.

ren giderek yaygınlaşan<sup>2</sup> kredi kartı kullanımını günümüzde günlük ve ticarî hayatta önemli bir rol oynamaktadır. Nakit taşıma güçlüğü ve tehlikesi, kredi kartı kullanılarak yapılan ödemelerde taksit kolaylığı, ödeme ertelenmesi olanağı ve her işlem için ayrı başvuru yapmaksızın nakit para çekme yoluyla kredi sağlaması gibi işlevleri kredi kartının yaygınlaşmasında temel etkenler arasında gösterilebilir.

Günümüzde kredi kartı kullanımını, nakit sıkıntısı içinde olmanın değil, bilakis bir bankanın kişiye duyduğu güvenin göstergesi olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup> Zira kredi kartına sahip olmak, kart çıkaran kuruluşun kart hamiline duyduğu güvenin bir sonucudur. Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartı başvurusu halinde hesap sahibinin ekonomik durumu, geçmiş bankacılık işlemleri gibi sübjektif bazı kıstasları dikkate alarak kredi kartını hesap sahibinin kullanımına sunmaktadır.

Kredi kartlarının uygulamadan doğarak uyuşmazlıklara sahne olması karşısında konu ile ilgili yasal düzenleme yapılması ihtiyacı duyulmuştur. Kredi kartları, ülkemizde ilk olarak 2003 tarihli 4822 sayılı kanun<sup>4</sup> ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>5</sup> kapsamına alınarak düzenlenmiştir. 4077 sayılı TKHK'yi ilga etmek üzere çıkarılan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise 07.11.2013 tarihinde kabul edilmiş olup, yürürlük tarihi 28.05.2014'tür<sup>6</sup>.

Kredi kartlarına ilişkin bir diğer önemli düzenleme ise 2006 yılında yürürlüğe giren Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu<sup>7</sup>'nda (BKKKK) yer almaktadır. BKKKK'nın uygulanma alanına ilişkin 2/1. maddesine göre; *"Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile üye işyerleri ve kart hamilleri bu Kanun hükümlerine tâbidir"*. BKKKK'nun 26/son maddesinde, 4077 sayılı mülga TKHK'nun

<sup>2</sup> Türkiye'de ilk kredi kartı kullanımı 1968'de Koç Gurubu'na bağlı Setur A.Ş. tarafından Diners Club'tan yetki alınarak kredi kartı çıkarılması ile başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Çeker, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 1997, s. 3.

<sup>3</sup> Teoman, s. 31; İşgüzar, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s. 50; Yılmaz, Eyyüp, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulamaları ve Ekonomik Etkileri, İstanbul 2000, s. 34; Kaya, Feridun, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması, Ocak 2009, s. 123; Ceylan, Ebru, Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukukî Durumu, İstanbul 2010, s. 39.

<sup>4</sup> RG, 06.03.2003, 25048.

<sup>5</sup> RG, 08.03.1994, 22221.

<sup>6</sup> RG, 28.11.2013, 28835.

<sup>7</sup> RG, 01.03.2006, 26095.

10. maddesinin 2, f bendinin kredi kartlarında uygulanmayacağını belirtilmiş, bunun dışında mülga TKHK'nın tüketici kredilerine ilişkin 10 ve kredi kartlarına ilişkin 10/A maddelerinin<sup>8</sup> uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu dönemde BKKKK'nın bu sükûtu karşısında 4077 sayılı TKHK'nın söz konusu maddelerinin gerektiğinde kredi kartları hakkında da uygulanacağı şeklinde yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>9</sup> Buna göre 4077 sayılı TKHK'nın 10/A maddesinin uygulanabilmesi açısından kart hamilinin tüketici sıfatını taşıması ve kartı kullanımını sonucunda edinilen mal ya da hizmetin TKHK kapsamına girmesi şartı aranmıştır.<sup>10</sup>

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise 22/2. maddesinde konuya ilişkin yeni ve farklı bir düzenlemeye yer vermiş bulunmaktadır. Buna göre; *"Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması halinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir"*. Burada önemli olan tüketicinin, vadesi gelmiş bir ödemesinin ileri bir tarihe ertelenmesi ve kredi kurumunun bundan bir menfaat sağlamasıdır. Bu tür bir ertelemenin baştan kararlaştırılmış olması mümkün olabileceği gibi, vadenin geldiği anda taraflarca kararlaştırılmış olması da tüketici kredilerine ilişkin hükümlere tâbi olmak açısından yeterlidir<sup>11</sup>. Ülkemiz uygulamasında hemen her kredi kartının bu imkânları sunması karşısında, kart sahibinin tüketici olarak nitelendirilebilmesi kaydıyla TKHK kapsamında değerlendirilmesi mümkün gözükmektedir.

<sup>8</sup> 4077 sayılı TKHK'nın 10. maddesi tüketici kredilerine ilişkindir. TKHK'nın "Kredi Kartları" başlıklı 10/A maddesi ise "Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin de 10 uncu madde hükümlerine tabidir" düzenlemesini içermektedir.

<sup>9</sup> Aslan, İ.Yılmaz, Tüketici Hukuku, b. 3, Bursa 2006, s. 217.

<sup>10</sup> İlgüzar, s. 159-160; Akipek, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999 (Tüketici Kredisi), s. 111.

<sup>11</sup> 6502 sayılı TKHK'nın 22. madde gerekçesinde kredi kartlarına ilişkin başkaca bir açıklamaya yapılmaksızın; "Banka kartları kredilendirilmiş ise bu kapsamda değerlendirilir. Aksi takdirde, banka kartı sadece ödeme aracı özelliğine sahiptir (...)" ifadesine yer verilmiştir. Burada 6502 sayılı TKHK'nın 22/2 maddesinde kredi kartına ilişkin düzenleme yer alırken, madde gerekçesinde doğrudan banka kartına ilişkin açıklamalarla karşılaşılmaktadır. Şüphesiz banka kartı ile kredi kartı farklı kavramlardır. Madde ile kredi kartlarını kapsama alan kanunkoyucunun gerekçedeki ifadesinden aynı koşullardaki banka kartlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi amacıyla olduğu anlaşılmaktadır.

Gerek 4077 sayılı TKHK gerekse 6502 sayılı TKHK uygulaması açısından kredi kartının mal ve hizmet alımı amacıyla kullanılması ile nakit para çekme amacıyla kullanılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.<sup>12</sup> Buna karşılık doktrinde kredi kartı ile harcama yapılması halinde bunun tüketici kredi sayılması kabul edilebilir bulunurken, bunun yanında kredi kartı ile nakit çekilmesinin de tüketici kredileri kapsamında değerlendirilmesine ilişkin eleştirilere rastlandığını da belirtmek gerekir<sup>13</sup>. Ancak kanaatimizce tüketici kredilerinden sayılması açısından kredi kartı kullanımında bu tür bir ayrıma gidilmemiş olması pratikte tüketicilerin haklarının korunması açısından faydalıdır. 6502 sayılı TKHK'nın 22/2. maddesine ilişkin olarak kanaatimizce eksiklik olarak nitelendirilebilecek temel nokta ise taksitle ödeme sağlanmaması, ertelemenin olmaması veya üç aydan daha kısa bir süre için olması hallerinde kredi kartının hukuki niteliğinin belirlenmemiş olmasıdır<sup>14</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki, BKHK'nın sınırlı olarak kapsamına dâhil ettiği tacirlere verilen kurumsal (şirket) kredi kartları, TKHK'nın kapsamına girmemektedir.<sup>15</sup> Zira 6502 sayılı TKHK 3/1-k bendinde "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımladığı "tüketici"ler hakkında uygulanacaktır.

Kredi kartı sisteminde asıl kredi kartı hamili, kredi kartını yalnız kendisi kullanabilir ve başkalarının kullanımına sunma imkânı mevcut değildir. Kart çıkaran kuruluşlar bu durumun yarattığı sakıncaları bertaraf etmek ve kredi kartı kullanımını yaygınlaştırmak amacıyla ek kart uygulamasını ortaya koymuşlardır.<sup>16</sup> Kredi kartı kullanımının

<sup>12</sup> Safa Reisoğlu, "Banka Kredi Kartları ve Uygulama Sorunları", *Bankacılar Dergisi*, S. 49, 2004 (Kredi Kartları), s. 118; İşgüzar, s. 159-160; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 111.

<sup>13</sup> Safa Reisoğlu, "Tüketici Kredileri Hukukî Sorunlar: 4077 sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak", *Bankacılar Dergisi*, S. 69, 2008 (Tüketici Kredileri), s. 56-57.

<sup>14</sup> Aynı görüşte ayrıntılı inceleme için bkz. Önder, Fahrettin/ Özkul, Burcu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanı Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, 2013, C. 18, S. 3, s. 37.

<sup>15</sup> TBB Kredi Kartları Çalışma Grubu (Ed. Buket Himmetoğlu), *Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu Değerlendirme Toplantısı*, *Bankacılar Dergisi*, S. 56, 2006, s. 95.

<sup>16</sup> Açıkgül, Emine/ Açıkgül, Hacı Ali, *Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri*, Ankara 2007, s. 147.

yaygınlaşması, kredi kartına bağlı olarak çıkarılan ek kartlara da uygulamada daha sık rastlanması sonucunu doğurmuştur.

Ek kart uygulaması ek kart hamilinin sorumluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada ek kart hamilinin hukukî durumunu saptamak amacıyla, ek kartın kavramı açıklanmaya çalışıldıktan sonra, faydaları ve sakıncaları, ek kart ilişkisinin hukukî niteliği ve ek kart kullanımından doğan sorumluluğun taraflar üzerindeki dağılımı üzerinde durulacaktır. Kredi kartı sözleşmelerinde ek kart hamilinin hukukî durumunun belirlenmesi kanunlarımızda bu konuya ilişkin yeterli ve açıklayıcı düzenleme yer almaması karşısında bir ihtiyaç haline gelmiştir.

## I. Ek Kart Kavramı

Ek kart kavramının tespiti, öncelikle kredi kartı kavramının açıklanması ile mümkündür. BKKKK'nin 3/1,e maddesinde kredi kartı, *"Nakit kullanımı gereksizdir mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarası"* olarak tanımlanmaktadır. Buna göre kredi kartı *"basılı kart"* yani standart plastik kart şeklinde ortaya çıkabileceği gibi hamilinin kart numarasını kullanarak işlem yapabileceği *"sanal kart"* şeklinde de ortaya çıkabilir.

Bankalararası Kart Merkezi<sup>17</sup> tarafından kredi kartı, *"Bankalar ve çıkartmaya yetkili kuruluşların müşterilerine belirli limitler dahilinde açtıkları kredilerle, nakit kullanmaksızın mal ve hizmet alabilmeleri, nakit kredi çekebilmeleri için verdikleri ödeme aracı"* şeklinde tanımlanmıştır.<sup>18</sup> Tanımda kredi kartının bir ödeme aracı olduğundan bahsedilmekte ise de kredi kartının bunun yanı sıra bir kredi aracı olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir.<sup>19</sup> Zira kredi kartı bir yandan ödeme aracı olarak

<sup>17</sup> Bankalar arası Kart Merkezi (BKM), Türkiye'de kullanılan banka ve kredi kartlarına ilişkin kural ve standartları geliştirmek ve kartlı sistem içerisinde ortak sorunlara çözüm bulmak amacıyla 20.08.1990 tarihinde 13 kamu ve özel Türk bankasının bir araya gelmesiyle kurulmuş bir anonim ortaklıktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, s. 24-29; İşgüzar, s. 36-38.

<sup>18</sup> <http://www.bkm.com.tr/sozluk.aspx> (Erişim: 26.02.2014).

<sup>19</sup> Kredi kartının ödeme aracı niteliğinin yanı sıra bir kredi aracı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ancak BKKKK'nin çıkarılmasından sonra kredi kartının kredi aracı olarak nitelendirilmesi gereği yönünde görüş birliği oluşmuştur. BKKKK'nin yürürlüğe girmesi sonrasında kredi kartının kredi sağlaması nedeniyle tüketici kredi olarak değer-

kullanılırken, diğer yandan genellikle ödemelerin ertelenmesi, taksitlendirme ve nakit çekme imkânları sunan bir kredi vasıtası işlevi üstlenmektedir.

Kredi kartının, kart çıkaran kuruluş tarafından yalnızca kendi işyerlerinde kullanılmak üzere çıkarılabilmesi mümkündür. Kredi kartı sistemine katılanların sayısına göre yapılan söz konusu ayırmda bu tür kredi kartı sistemine “iki taraflı sistem” adı verilir.<sup>20</sup> İki taraflı sistemde kart çıkaran kuruluş ile kartın kullanılabilceği kuruluş aynıdır. Bir diğer deyişle bir firma müşterilerine yalnızca kendi işyeri ya da işyerlerinde kullanılmak üzere bir kredi kartı sağlar. Öğretide *basit kart, tacir kartı, satıcı kredi kartı, işletmeye özgü kart* gibi isimlerle anılan bu kart türünün gerçek anlamda ve BKKKK anlamında bir kredi kartı sayılmadığı açıktır.<sup>21</sup> Dost Kitabevi, YKM mağazaları gibi bazı işyerlerinin sürekli müşterilerine taksitli alışveriş imkânı sunmak üzere çıkarmış oldukları müşteri kartları bu kapsamda değerlendirilmelidir.

BKKKK ve TKHK anlamında kredi kartı ise “üç taraflı sistem”den doğmaktadır. Üç taraflı sistemde kart çıkaran kuruluş, kartın kullanılacağı ticari işletmenin kendisi değil, bu konuda yetkili kredi kartı ortaklıkları ya da bankalardır. Bu şekilde çıkarılarak kredi kartı hamilinin kullanımına sunulan kredi kartı, sisteme dâhil olan ve kredi kartı ile yapılan ödemeleri kabul eden tüm üye işyerlerinde kullanılabilir. İki taraflı sistemde çıkarılan kredi kartlarının teknik ve hukukî anlamda bir kredi kartı oluşturmamaları nedeniyle bu çalışmada esas alınan kredi kartları üç taraflı sisteme dâhil olan kredi kartlarıdır.

Kredi kartlarının diğer farklı kıstaslardan hareketle farklı sınıflandırmalara tâbi tutulması mümkündür<sup>22</sup>. Kart sahibinin sıfatına göre

lendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Zevkliler/ Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, b. 3, Ankara 2004, s. 302; Reisoğlu, Kredi Kartları, s. 118; İşgüzar, s. 50; Ceylan, s. 35-37; Gündoğdu, Gökmen, “Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş ile Kart Hamili Arasındaki İlişkiler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s. 1148, Akipek, Tüketici Kredisi, s. 186; Gezder, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s. 30.

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, s. 46; İşgüzar, s. 39; Açıkgül/ Açıkgül, s. 27.

<sup>21</sup> Bkz. Teoman, s. 47.

<sup>22</sup> Söz konusu sınıflandırmalar ve buna göre tespit edilen diğer kredi kartı türleri için bkz. Teoman, s. 46-55; İşgüzar, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s. 38-48.



ise kredi kartları “*asıl kart*” ve “*ek kart*” olmak üzere ikiye ayrılır. Asıl kart, kredi kartı sözleşmesi gereğince hesap sahibine nakit çekme, ödeme ve sözleşmede belirtilen diğer tasarruflarda bulunmak üzere çıkarılarak sözleşmenin diğer tarafının kullanımına sunulan karttır.

Kart çıkaran kuruluşların uygulamasıyla ortaya çıkan ek kart (*supplementary card*), hukukumuzda ilk kez 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda düzenlenmiştir. BKKKK’da ek kart tanımlaması yapılmamış, bunun yerine ek kart çıkarılmasına ilişkin olarak 9/3. maddesinde “*Kart hamilinin talebi üzerine üçüncü kişiler adına asıl karta bağlı ve asıl kart limitini aşmamak kaydı ile ek kredi kartı düzenlenebilir*” ifadesine yer vermiştir.

BKKKK de anlaşılacağı üzere ek kart çıkarılabilmesi her şeyden önce bir asıl kartın varlığını gerekli kılar. Buna göre ek kartın varlığı ve geçerliliği mutlaka asıl kartın temelini oluşturan hukukî ilişkinin varlığı ve geçerliliğine bağlıdır<sup>23</sup>. Ek kart, asıl karta bağlı olarak ve asıl kartın limitini<sup>24</sup> aşmamak üzere çıkartılabilir. Asıl kart hamilinin talimatıyla ek kart için asıl karttan daha düşük bir limit belirlenmesi mümkündür. Ayrıca uygulamada bankaların asıl kredi kartının bağlı olduğu hesap üzerinden işlemek üzere ek kart çıkardıkları gibi ayrı bir hesap numarası açılarak ve asıl karttan ayrı ancak onun limitini aşmayan bir limit dâhilinde ek kart çıkarttıkları da görülmektedir.<sup>25</sup>

Ek kart kullandırma işlevi kredi kartının asıl kart hamiline sağladığı yararlar arasında sayılmaktadır.<sup>26</sup> Ek kart çıkarılması yolu ile kredi kartını başkalarına kullandırması yasağı ile karşı karşıya bulu-

<sup>23</sup> İsgüzar, s. 44.

<sup>24</sup> BKKKK’nin 9. maddesine göre; “Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartı almak isteyen kişilerin yasaklılık veya engel durumu, ekonomik ve sosyal durumu, aylık veya yıllık ortalama geliri, diğer kart çıkaran kuruluşlarca bu kişilere tahsis edilen kredi kartı limiti, bir model veya skorlama sistemi sonuçları, müşterini tanı ilkeleri ile 29 uncu madde çerçevesinde temin edilecek bilgileri dikkate alarak yapacakları değerlendirmeye istinaden kullanım limiti tespit etmek zorundadır”. Buna göre hukukumuzda limitsiz bir kredi kartı düzenlenmesi mümkün değildir. Her kredi kartının bir limiti bulunması ve bunun hamilinin kredi değerliliği gibi bazı özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir.

<sup>25</sup> Teoman, s. 55. Örneğin, T. İş Bankası A.Ş. Maximum kartlarında bu tür bir ikili uygulamaya yer verilmektedir (<http://www.maximum.com.tr/TR/maximum-taniyin/maximum-ozellikler/ek-kart/Sayfalar/ek-kart.aspx>, Erişim: 26.02.2014).

<sup>26</sup> Açıkgül/ Açıkgül, s. 32; Kaya, s. 122; Koh, Benedict Personal Financial Planning, 4th Ed., Singapore 2011.

nan asıl kart hamili, yakınlarına da kredi kartını kullanma imkânı sunmaktadır. Uygulamada genellikle kart çıkaran kuruluşlar, bir yakınlık şartı aramaksızın kart sahibinin dilediği kişi ya da kişilere ek kart çıkararak vermektedir.<sup>27</sup>

Açıklamalarımız ışığında ek kart ya da ek kredi kartı; asıl kart hamiline sunulan limit veya asıl kart hamilinin belirleyeceği farklı ve daha az bir limit dâhilinde, mal ve hizmet alımı ile nakit para çekmede ve kendilerine tanınacak diğer tasarruflarda kullanılmak üzere, bir milletlerarası kartlı kredi kartı sistemine<sup>28</sup> dâhil olmak kaydıyla, asıl kart hamilinin gösterdiği kişi/kişiler lehine çıkarılan kredi kartları olarak tanımlanabilir.

Ek kart çıkarılabilmesi için asıl kart sahibinin başvurusu gerekli ve yeterli olup, ek kart hamilinin buna ilişkin talebi ve sözleşmeye taraf olması ek kart çıkarılması için zorunlu değildir. Zira BKKKK'nın 9/3. maddesinde de "*kart hamilinin talebi üzerine*" ek kart çıkarılmasından bahsedilmiş, bunun için ek kart hamilinin başvurusu ya da kabulü gibi bir ek şart aranmamıştır. Buna göre uygulamada kimi zaman ihmal sonucunda ya da kart çıkaran kuruluşun asıl kredi kartı hamiline duyduğu güven nedeniyle ek kart sahibinin imzası ve hatta haberi dâhi olmaksızın, kredi kartı sözleşmesiyle veya asıl kart sahibinin talimatı üzerine ek kart çıkarılması ile de karşılaşılmaktadır.

## II. Ek Kartın Benzer Kavramlardan Farkları

Ek kart ile asıl karta bağlı olarak çıkarılan sanal kart ve firma kartı kavramları benzer özellikleri olmakla birlikte birbirinden farklıdır.

<sup>27</sup> Bir kredi kartı sözleşmesine istinaden çıkabilecek ek kart sayısı bankaların kredi kartı üyelik sözleşmelerinde değişiklik göstermektedir. Uygulamada bazı bankaların çıkarılabilecek ek kart sayısına sınırlama getirmezken (T. Garanti Bankası A.Ş., Akbank T. A.Ş. gibi), bazı bankaların ise aynı limit ve kredi kartı numarası ile çıkarılan ek kart sayısına sınırlama getirmekte, farklı limit ile ve farklı hesap numarası ile çıkarılan ek kartlara ise sınırlama getirmemektedir (T. İş Bankası A.Ş., Denizbank A.Ş. gibi).

<sup>28</sup> "Uluslararası kart kuruluşları" ya da bir diğer ifadeyle "kartlı sistem kuruluşları" banka kartı veya kredi kartı sistemi kuran ve bu sisteme göre kart çıkarma veya üye işyeri anlaşması yapma yetkisi veren kuruluşları ifade eder (BKKKK, m. 3/f, BKKKHY m. 4-d). Visa International S.A., Mastercard International S.A., Diners Club, Amex ve Japan Credit Bureau (JCB) gibi. Söz konusu kuruluşlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, s. 52-55.

### A. Ek Kart ile Sanal Kart Arasındaki Farklar

Son yıllarda internet üzerinden kredi kartı kullanımının yaygınlaşması karşısında kredi kartı çıkaran kuruluşlar internet kullanımında kredi kartları güvenliğinin sağlanması amacıyla sanal kart (*virtual credit card*) uygulamasını başlatmışlardır. Sanal kart, internet ve mail order<sup>29</sup> harcamalarında güvenli kullanım sağlamak amacıyla çıkarılan, 0 (sıfır) limitli ek karta benzer bir şekilde asıl karttan limit aktarımı yoluyla çalışan, kart plastiği olmayan ve yalnızca internet şubelerinde görüntülenebilen kredi kartı türüdür. Sanal kart uygulamasıyla internette asıl kredi kartı numarası kullanılmaksızın güvenli alışveriş olanağı sağlanmaktadır. Sanal kartın kullanımından önce asıl karttan sanal karta bir limit aktarımı yapılır ve kullanım süresi sonunda sanal kartta kullanılmayan limit kalması halinde bu limit tekrar asıl karta aktarılarak internet kullanımında güvenlik sağlanmış olur.

Sanal kart asıl kredi kartına bağlı olarak ve onun limiti dâhilinde kullanılmak üzere çıkarılması yönünden ek kart ile benzerlik gösterir. Buna karşılık asıl kredi kartı hamili aynı zamanda sanal kartın da hamilidir. Sanal kartın kullanımı da tıpkı asıl kredi kartında olduğu başkalarının kullanımına sunulamaz. Sanal kart ile nakit avans kullanılma imkânı yoktur ve ek kart tahsis edilemez.<sup>30</sup> Ek kartlarda ise hamil asıl kart hamilinin lehine ek kart talebinde bulunduğu bir başka kişidir. Bu nedenle aralarında benzerlik olmasına karşılık sanal kartlar bir ek kart türü olarak nitelendirilemez. Diğer yandan sanal kartlar basılı kart şeklinde olmamasına karşılık, ek kartların basılı kart şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, kart çıkaran kuruluş sisteminin imkân vermesi halinde ek kart hamili lehine de sanal kart çıkarılması mümkündür.

### B. Ek Kart ile Firma Kartı Arasındaki Farklar

İş dünyasında işletmelerin temsilcileri ve yetkilileri tarafından yapılan seyahat, konaklama, malzeme temini gibi harcamalarda kredi

<sup>29</sup> "Mail order" bir mal veya hizmetin gazete, broşür, telefon ve televizyon yoluyla satışa sunulması halinde mal ve hizmeti sunan işyerine gitmeksizin sipariş verilmesini sağlayan bir kredi kartı ile ödeme yöntemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.yapikredi.com.tr/tr-TR/kredi\\_kartlari/uye\\_isyeri\\_hizmetleri/mail\\_order.aspx](http://www.yapikredi.com.tr/tr-TR/kredi_kartlari/uye_isyeri_hizmetleri/mail_order.aspx). (Erişim: 14.05.2013).

<sup>30</sup> Kaya, s. 82.

kartı kullanımı oldukça yaygındır. Kart çıkaran kuruluşlar, ticari faaliyette bulunan kuruluşların kredi kartı kullanımını kolaylaştırmak amacıyla firma kartı (*business card*) adı altında bir tür kredi kartı uygulaması başlatmışlardır.

BKHK'nin 3/1-j maddesinde kart hamili "*Banka kartı veya kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmakla tüzel kişiler lehine kredi kartı çıkarılmasına yetki verilerek, tüzel kişiler lehine çıkarılan kredi kartlarının da bu kanun kapsamında yer aldığı belirtilmiştir.<sup>31</sup>

Firma kartları, bir tüzel kişilik adına veya tüzel kişinin yetkilisi adına düzenlenmiş kartlardır.<sup>32</sup> Kredi kartının tüzel kişilik adına düzenlenmesi halinde, bu kredi kartı ancak tüzel kişi yetkilileri tarafından kullanılabilir. Firma kartları beyaz firma kartları ve bireysel firma kartları olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir.

Firma yetkililerinin kullanmalarını sağlamak üzere şirket adına düzenlenmiş firma kartlarına, bu kartı kullanacak olan kişilerin başlangıçta ismen belirlenmemiş olması nedeniyle "*beyaz firma kartları*" adı verilmektedir.<sup>33</sup> Beyaz firma kartlarında kartı kullanmaya yetkili olan kimselerin adları kredi kartından anlaşılmadığı gibi, bu kişilerin kredi kartının ödenmesine ilişkin olarak herhangi bir sorumluluğu bulunmaz. Bu kartın kullanımından kart sahibi olan tüzel kişilik kural olarak tek başına sorumludur.

Beyaz firma kartları aynı hesaba ait ve aynı limitli kredi kartını birden fazla kişinin kullanımına olanak sağlaması açısından ek karta benzemekle birlikte, bu tür firma kartlarının ek kart olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda tek bir kartın varlığı söz konusu olmakla birlikte, bu asıl kart, kullanıcısının önceden belirlen-

<sup>31</sup> Erden Kuntalp, "Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun Getirdikleri", Bankalar arası Kart Merkezi Sempozyumu, Antalya, 3-5 Kasım 2006, s. 7.

<sup>32</sup> BKHK m. 43'te, bu tür kartlara ilişkin olarak bazı hükümlerin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Buna göre bu tür kartların hamili olan firma kanununun 8/2, 9,12,24,25 ve 26. maddelerinde kredi kartı hamilleri için getirilen koruyucu hükümlerden yararlanamayacak, ayrıca 44. maddesinde belirtilen 4077 sayılı TKHK'nın 22 ve 23. maddeleri de bu kartlara ilişkin olarak uygulanmayacaktır.

<sup>33</sup> Teoman, s. 54; Ateş, Derya, Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği ve Ek Kart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 171; Kaya, s. 77; Açıkgül/ Açıkgül, s. 149.

memiş şirket yetkilileri olması nedeniyle birden fazla kişi ya da tek bir kişi tarafından şirketi temsilen kullanılmaktadır.

Firma kartlarının kredi kartı hesabı sahibi tüzel kişinin unvanı ile şirket yetkilisi gerçek kişinin adını birlikte içermesi mümkündür. Bu durumda “*bireysel firma kartları*”ndan söz edilir. Bireysel firma kartları yalnız üzerinde adı yazılı temsilci eliyle kullanılabilir ve kartın kullanılmasından doğan sorumluluk müteselsilen tüzel kişi ile kartta adı yazılı temsilciye ait olacaktır.<sup>34</sup> Bireysel firma kartlarının, kart sahibinin kendi kullanımına tahsis edilen kredi kartları ile yapılan harcamalardan şirketi ile birlikte müteselsil sorumlu olması nedeniyle ve ancak bir asıl karta bağlı olarak çıkarılması halinde ek kart olarak nitelendirilmesi mümkündür.<sup>35</sup> Ancak burada sözü edilen sorumluluk iç ilişkide tam ya da kısmî olabilir.<sup>36</sup> Kartta adı yazılı kredi kartı hamilinin kredi kartını şirkete ilişkin harcamalarda kullanması durumunda şirket, kart borcunun ödenmesi nedeniyle kartı kullanan yetkilisine rücu edemez. Yetkilinin kişisel harcamalarda bulunması ya da şirketin kendisine verdiği yetki dışında hareket etmesi halinde ise şirketin yapmış olduğu ödemeler dolayısıyla kendisine rücu imkânı mevcuttur. Bu halde kart çıkaran kuruluşa karşı sorumluluğun ise harcamaların şirkete ilişkin olup olmamasına bakılmaksızın ek kartlarda olduğu gibi müteselsil sorumluluk şeklinde uygulanması gerekir.

Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere netice olarak, firma kartı ile ek kart aynı kavramlar olmamakla birlikte<sup>37</sup> firma kartları için de ek kart çıkarılması ve dolayısıyla bireysel firma kartı ile ek kart kavramının aynı kredi kartı üzerinde birleşmesi mümkündür.

### III. Ek Kart İlişkisinde Taraflar

Üç taraflı sisteme dâhil olan bir kredi kartına dayanarak çıkarılan ek kart ilişkisinde üç tarafa ek olarak ek kart hamilinin de hukukî ilişkiye dahil olmasıyla birlikte dört tarafın varlığı ile karşılaşılır.

<sup>34</sup> Teoman, s. 53-54; Çeker, s. 42; İşgüzar, s. 46.

<sup>35</sup> Açıkgül/Açıkgül, s. 54.

<sup>36</sup> Teoman, s. 54.

<sup>37</sup> Mehmet Takan / Melek Acar Boyacıoğlu, Bankacılık, Teori, Uygulama ve Yöntem, b. 3, Ankara 2011, s. 247.

### A. Kart Çıkaran Kuruluş

BKYYY'nin 3/g maddesinde kart çıkarıcı kuruluş; *"Banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğerkuruluşlar"* olarak tanımlanmıştır. Kart çıkarıcı kuruluşlar, kartlı sistem kuruluşlarıyla yaptıkları sözleşmeye dayanarak sistemde kullanılacak banka ve kredi kartlarını müşterilerinin kullanımına sunarlar.<sup>38</sup>

Kart çıkarıcı kuruluşların banka ve diğerkuruluşlar şeklinde ortaya çıkması mümkündür. BKYYY'nin 4/1-b maddesinde diğerkuruluşlar; *"Kredi kartı çıkarma yetkisini haiz banka dışında kalan kuruluşlar"* olarak ifade edilmiş, ancak bankalar dışında hangi kuruluşların kredi kartı çıkarabilecekleri belirtilmemiştir. Kart çıkarıcı kuruluşlar uygulamada daha çok banka şeklinde karşımıza çıkmakla birlikte, özel finans kuruluşları ya da finansman şirketleri şeklinde de ortaya çıkabilir.

Kart çıkarma ve kartlı sistem kurma, üye işyerleri ile anlaşma yapma, bilgi alışverişi, takas ve mahsuplaşma faaliyetlerinde bulunmak isteyen kuruluşların bu hususta izin alabilmeleri için taşınmaları gereken şartlar BKYYY'nin 4. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>40</sup> Bu konuda gerekli faaliyet izni Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan alınır.

<sup>38</sup> Emrullah Aycı/İnci Bıçkın/Mustafa Artuç, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (Getirilen Yenilikler), Ankara 2006, s. 16; Ceylan, s. 53.

<sup>39</sup> Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik, R.G.,10.03.2007, 26458.

<sup>40</sup> BKYYY m. 4/2'ye göre; *"Bu kuruluşların; a) Anonim şirket şeklinde kurulması, b) Kurucularının gerekli malî güç ve itibara sahip bulunması, işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması ve banka ortaklarında aranan diğernetelikleri haiz olması, c) Hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması, tüzel kişi kurucuların yönetim ve denetimine sahip gerçek kişilerin kim olduğunun belgelenmesi, d) Nakden ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olan sermayesinin altı milyon Yeni Türk Lirasından az olmaması, e) Ana sözleşmesinin bu Kanun hükümlerine uygun olması, f) Bu Kanun kapsamındaki işlemleri gerçekleştirebilecek yönetim, yeterli personel ve teknik donanımına sahip olması, şikâyet ve itirazlarla ilgili birimleri oluşturması, g) (d) bendinde belirtilen sermayenin yüzde beşi tutarındaki sisteme giriş payının Kurum hesabına yatırıldığına dair belgenin ibraz edilmesi şarttır"*. 6502 sayılı TKHK m.3/1-ğ bendinde ise 4077 sayılı TKHK'dan farklı olarak kredi veren; *"Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır. Tüktici kredilerin ilişkin hükümlerin çoğu zaman kredi kartlarında da uygulanacak olması nedeniyle belirtmek gerekir ki, mevzuatımızda gerçek kişilerin kredi kartı çıkarmasına izin veren bir düzenleme yer almamaktadır.

## B. Asıl Kart Hamili

BKKKK'nin 3/j maddesine göre kart hamili "*Banka kartı ve kredi hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi*"dir. Düzenlemeyle asıl kart hamilinin gerçek kişi olmasının yanında tüzel kişi olması da mümkün kılınmış ve tüzel kişi lehine çıkarılan kredi kartları da kanunun uygulama alanı içerisinde kabul edilmiştir. Bu durum aynı zamanda tüzel kişilerin fiilen kredi kartını elinde bulunduran kişi olamayacakları gerçeği karşısında, kredi kartı hamili olma şartının hizmetlerden yararlanma olduğunu göstermektedir.<sup>41</sup> Buna göre kredi kartı hamili, kendisi adına açılan bir hesapta işlemek üzere kredi kartı çıkarılan gerçek veya tüzel kişidir.

Kredi kartı hamili, kimi zaman "*kredi kartı sahibi*" olarak da ifade edilmektedir.<sup>42</sup> Buna karşılık, kredi kartı sisteminde kredi kartının mülkiyeti kart kuruluşu ait olmakla birlikte, hesap sahibine bu kartın kullanım hakkı sunulmaktadır. Her ne kadar basılı kartlar üzerinde hesap sahibinin adı soyadı bulunmakta ve kart hamili tarafından imzalanması şartı aranmakta ise de bu durum kredi kartını kullanma hakkına sahip hamilin ayırt edilmesini amaçlar. Bu nedenle "*kredi kartı sahibi*" kavramı yerine "*kredi kartı hamili*" ya da "*kredi kartı hesabı sahibi*" kavramlarının kullanımının tercih edilmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır. Zira BKKKK'nin 3/j maddesinde yer alan kart hamili tanımında da kart hamilinin malik değil, yararlanan kişi olduğu dolaylı olarak belirtilmektedir.<sup>43</sup>

## C. Ek Kart Hamili

Ek kart hamili BKKKK'de tanımlanmamıştır. Bununla birlikte genel bir anlatımla ek kart hamili; asıl kredi kartı hamilinin talebi üye-

<sup>41</sup> Ali Tolga Erendaç, "Banka Kartı veya Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımında Kart Hamilinin Hukuki Sorumluluğu", *Bankacılar Dergisi*, S. 74, Eylül 2010, s. 27.

<sup>42</sup> İlgüzar, s. 81.

<sup>43</sup> İlhan Sungur, Uygulamacı Gözüyle Banka Kartları Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara 2007, s. 19. Uygulamada da genellikle kart çıkaran kuruluşlar da kredi kartı sözleşmelerinde kredi kartının mülkiyetinin kart çıkaran kuruluşu ait olduğu yönünde maddelere yer vermektedir (Bkz. T. Garanti Bankası A.Ş. Kredi Kartları Üyelik Sözleşmesi, m. 3.3.2; Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi, G-4, Akbank T. A.Ş. Kredi Kartı Sözleşmesi, m. 5; T. C. Ziraat Bankası A.Ş. Kredi Üyelik ve Kredi Sözleşmesi, m. 5).



rine kendi kredi kartı hesabından ve kendi limiti dâhilinde harcama, nakit çekme ve diğer tasarruflarda kullanma yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanabilir.<sup>44</sup> Ek kart hamilinin gerçek ya da tüzel kişi olması açısından bir sınırlama bulunmamakla birlikte, uygulamada genellikle gerçek kişiler lehine ek kart çıkarılması ile karşılaşılmaktadır.

Ek kart hamili, asıl kart hamilinin yakını, çalışanı ya da güven duyduğu diğer kişiler şeklinde karşımıza çıkabilir. Uygulamada kart çıkaran kuruluşların ek kart hamili ile asıl kart hamili arasında herhangi bir yakınlık ilişkisi içerisinde bulunması şartı aranmadıkları görülmektedir. Ek kart çıkarılmasıyla bu kişinin kart kullanımına ilişkin güvence asıl kart hamili tarafından verildiğinden ve ek kart asıl kartın limiti dâhilinde çıkarıldığından ek kart hamilinin güvenilirliği, ödeme gücü ve asıl kart hamili ile yakınlığı gibi hususlar kart çıkaran kuruluşlar açısından önem taşımaz. Önemli olan asıl kart hamilinin ek kart hamiline duyduğu güvene istinaden ek kart talebinde bulunmasıdır.

#### D. Üye İşyeri

BKKKK'nin 3/i maddesi gereğince üye işyeri; "*Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile yaptığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal ve hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden gerçek veya tüzel kişi*"dir. Üye işyeri, ek kart ilişkisinin doğması sırasında değil, ek kart çıkarıldıktan sonra bu kartın kullanımı aşamasında rol oynar. Zira asıl kredi kartı gibi ek kartın da kart çıkaran kuruluştan nakit para çekme gibi işlevler dışında üye işyerlerinde yapılan harcamalarda kullanılması mümkündür.

#### IV. Ek Kart Sözleşmesinin Yararları ve Sakıncaları

Ek kart uygulaması bir yandan birtakım yararlar sağlarken, diğer yandan bazı sakıncaları da içerir.

<sup>44</sup> T. Garanti Bankası A.Ş. Kredi Kartları Üyelik Sözleşmesi, m. 1; Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi, Tanımlar, Akbank T. A.Ş. Kredi Kartı Sözleşmesi, m. 2; T. C. Ziraat Bankası A.Ş. Kredi Üyelik ve Kredi Sözleşmesi, m. 1.

## A. Yararları

Ek kart uygulamasıyla her şeyden önce asıl kart hamilinin kredi kartını başlarına kullandırması yasağı yumuşatılarak, kendi kredi kartı limitini başkalarına kullandırması sağlanmaktadır. Bu durum ek kart uygulamasının ortaya çıkış nedenlerindedir. Bununla birlikte ek kart uygulamasını cazip kılan başkaca faydalardan da söz etmek mümkündür.

### 1. Kredi Değerliliği Araştırılmasına Gerek Bulunmaması

Gerek kredi kartı sözleşmesi yapılırken gerekse kredi kartı kullanımını sırasında sonradan asıl kart hamilinin ek kart talebinde bulunması halinde ek kart hamilinin kredi değerliliğinin (kredibilite) araştırılmasına gerek duyulmaz.<sup>45</sup> Kart çıkaran kuruluşlar, asıl kart hamili lehine kredi kartı tesis ederken onun yapacağı harcamaların ya da nakit avans şeklinde kullandığı paraların geri dönüşü konusunda güven duyma ihtiyacıdadır. Bu nedenle kredi kartı çıkarılırken asıl kart hamilinin kredi değerliliği araştırılır. Buna karşılık asıl kart hamili, ek kart harcamalarından her halde sorumlu olduğundan ek kart çıkarılırken ayrıca ek kart hamilinin kredi değerliliğinin araştırılması gerekmez.

Asıl kart hamilinin kredi değerliliğinin araştırılması kart çıkaran kuruluşlar açısından ek kart çıkarılabilmesi için de gerekli ve yeterli olacaktır. Ek kart hamilinin kredi değerliliğinin araştırılmasına gerek duyulmaması nedeniyle, bu durum öncelikle ek kredi kartının çıkarılacağı zaman ve başvuruda herhangi bir belge istenmemesi gibi yönlerden tasarruf sağlanmaktadır. Zira asıl kart başvurusu ile birlikte ek kart başvurusu yapılabileceği gibi, ayrıca kullanım sırasında bir başvuruyla da ek kart çıkarılabilir.

Kart çıkaran kuruluşlarca gerek görülen kredi değerliliğine sahip olmamaları nedeniyle, başvurusu halinde kendisine kredi kartı verilmeyecek durumda olan bir kimsenin dâhi ek kart hamili olma yoluyla kredi kartı kullanabilmesi mümkün olmaktadır. Bu durum ek kart çıkarılırken ek kart hamilinin kredi değerliliğinin araştırılmasına gerek bulunmamasının bir sonucudur.

<sup>45</sup> Ceylan, s. 29; Çeker, s. 42; İşgüzar, s. 44; Teoman, s. 55.

## 2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüklerin Kredi Kartı Kullanabilme İmkânı

Ek kart uygulaması, kendisine kredi kartı verilemeyecek olan kişiler açısından kredi kartı kullanabilme olanağı sağlar. BKKKK'nın 8/son maddesinde; *"Kart çıkaran kuruluşlar, banka kartı ve kredi kartlarının asıl kart hamiline teslim edilmesini sağlayacak önlemleri almak, reşit olmayan ek kart hamilleri adına düzenlenen banka ve kredi kartlarının asıl kart hamillerine teslimini sağlamakla yükümlüdür"* düzenlemesine yer verilerek, reşit olmayan kişiler için de ek kart çıkarılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. Hüküm bir andan reşit olmayanlar lehine ek kart düzenlenmesine imkân verirken, diğer yandan da ek kartın kullanımının denetimi ve kartın güvenliğinin sağlanması açısından asıl kart hamiline teslimini öngörmektedir.

Reşit olmayan kişilere ek kart çıkarılabilmesi için bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmaları gerektiği şüphesizdir. Ancak bu durum her bir başvurana için ayrı ayrı tespit edilemeyeceğinden BKKKK m. 8/son düzenlemesi kart çıkaran kuruluşlar tarafından uygulanırken genellikle bir asgari yaş şartı aranarak uygulanmaktadır<sup>46</sup>.

Fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsizler olarak kabul edilen ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yaptıkları işlemlerde yasal temsilcilerinin onayı geçerlilik şartıdır. Bu bakımdan ele alındığında sınırlı ehliyetsiz adına velisi tarafından ek kart çıkarılması velilerinin yapacakları işlemler için önceden açıkladıkları izin olarak yorumlanmalıdır.<sup>47</sup> Böylelikle sınırlı ehliyetsizlerin ek kart ile kendisine sunulan limit dâhilinde yapmış olduğu işlemler başından itibaren geçerli bir biçimde doğacaktır.

<sup>46</sup> Örneğin; T. Garanti Bankası A.Ş. kredi kartlarında 18 yaşını doldurmuş herkes için ek kart başvurusu yapılabileceği kabul edilmişken, 16-18 yaş arası küçüklerin ancak veli muvafakatnamesi ile ek kart alabilecekleri belirtilmiştir ([http://www.garanti.com.tr/tr/yarim\\_ve\\_oneriler](http://www.garanti.com.tr/tr/yarim_ve_oneriler)); T. İş Bankası A.Ş. ise ek kart sahibinin 15 yaşını doldurmuş olmasını yeterli saymakta ek kart koşullarında buna ilişkin herhangi bir ek şarta yer vermemektedir ([http://www.isbank.com.tr/content/TR/Yarim/Kredi\\_Kartlari-309-306.aspx](http://www.isbank.com.tr/content/TR/Yarim/Kredi_Kartlari-309-306.aspx)). Kimi bankalarda ise ek kart çıkarılabilmesi için ek kart hamilinin 18 yaşını doldurmuş olmaları aranmaktadır. Örneğin bkz. <http://www.hsbc.co.uk/1/2/customer-support/card-services/additional-cardholder> (Erişim: 26.02.2014).

<sup>47</sup> Ateş, s. 169-170.

Ayırt etme gücüne sahip küçüğe kredi kartı tahsis edilebilmesi için kural olarak asıl kart hamilinin küçüğün velisi olması gerekmektedir. Aksi halde sınırlı ehliyetsizin kredi kartını kullanarak yapmış olduğu her bir işlem için velisinin onayı aranması gerekir ki, bu durum kredi kartı kullanımında ciddi sakıncalar doğurabilir. Uygulamada genellikle kart çıkaran kuruluşlar, küçükler için yapılan ek kart başvurularını ancak başvuran kişinin küçüğün velisi olması halinde kabul etmektedir.<sup>48</sup> Bu tür bir şartın aranmadığı bir banka sisteminde küçüğe ek kart çıkarılması halinde dâhi, ancak bunun küçüğe bir sorumluluk yüklememesi yani karşılıksız kazandırma sayılması ya da küçüğün velisinin ek kart çıkarılırken onay vermesi şartıyla yapılan işlemler geçerli bir biçimde doğacağı kabul edilmelidir. Zira karşılıksız kazandırmaların kabulü sınırlı ehliyetsiz olan küçüklerin tek başına yapabileceği işlemlerdendir. Burada sınırlı ehliyetsiz küçük kartın kullanımında serbest olacağından bunun velinin, çocuğun korunması ve gözetimine ilişkin sorumluluk ve haklarına tesir etmemesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak genel anlamda ek kart hamili kendi harcamalarından asıl kart sahibi ile birlikte sorumlu bulunduğundan, buna ilişkin açık bir sorumsuzluk kaydı öngörülmedikçe sınırlı ehliyetsizin velisinin rızası olmaksızın ek kart edinmesi durumunda ek kart edinme işlemi ve bununla yapacağı tüm işlemler askıda geçersiz sayılmalı ve ancak yasal temsilcilerinin onayı ile geçerli kabul edilmelidir.

### 3. Düşük Kart Ücreti Alınması

Kart çıkaran kuruluşlar kredi kartı sözleşmelerinde çoğu zaman ek kartlara ilişkin kredi kartı yıllık (yenileme) ücreti alınmayacağı ya da asıl karta oranla daha düşük bir bedel alınacağı yönünde hükümlere yer vermektedir. Kart çıkaran kuruluşun kendi sistemi açısından bu şekilde ek kart çıkarılması daha az zahmetli ve masraflı bir durumdur. Zira ek kart çoğu bankada asıl kart ile aynı hesap numarası üzerinden işlemektedir. Bu durum kart kullanıcıları açısından en büyük çekincelerden biri olan kart ücreti ödenmesinin önüne geçilmesi bazen de azaltılması imkânını getirmektedir.

<sup>48</sup> T. İş Bankası Kredi Kartları Çalışma Grubu, Ürünlerimiz, İstanbul 2011, s. 92.

Burada belirtmek gerekir ki, 6502 sayılı TKHK'nin 31/3. maddesiyle getirilen düzenlemeye göre; *"Kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır"*. Bu halde asıl kartın ücret tahsil edilmeyen bir kart türü olması halinde zaten ek kartın da ücrete tâbi olması söz konusu olmayacaktır.

#### 4. Harcamaların Tek Elden Yönetim ve Denetimi

Ek kart uygulaması özellikle aynı aileden olan, birlikte iş yapan veya herhangi bir şekilde ortak bütçeye sahip kullanıcılar açısından harcamaların tek elden, doğru yönetilmesi ve denetlenmesi konusunda avantajlar sağlar.<sup>49</sup> Zira ek kart ile asıl kart ortak bir kredi kart limiti ile sınırlanmaktadır. Bu durum da özellikle sabit gelirli aileler açısından öngördükleri aylık toplam kredi kartı giderinin üzerine çıkılmamasını sağlar. Diğer yandan işyerlerinde ortaklar ve çalışanlar lehine çıkarılan ek kartlarda da kredi kartı ödemelerinin ve harcamalarının firma açısından muhasebeleştirilmesi ve denetimi, kredi kartının tek bir hesap üzerinden işlemesi nedeniyle daha kolay ve avantajlı olacaktır.

#### 5. Basit Bir Hesapla Kart Sürümünün Çoğalması

Ek kart çıkarılması kart çıkaran kuruluş açısından ise tek bir hesaba bağlı olarak, daha basit bir hesap tutulmasıyla birden fazla kullanıcıya kredi kartı sunulması imkânı nedeniyle kolaylık sağlar. Diğer yandan kart çıkaran kuruluş, kredi kartı kullanıcı sayısını artırarak kart sürümü artırmış<sup>50</sup> ve çıkarmış olduğu kredi kartlarının kullanımını yaygınlaştırmış olmaktadır.

#### B. Sakıncaları

Ek kart çıkarılmasının yararlarının yanında birtakım sakıncaları da beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür. Bu sakıncalar genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

<sup>49</sup> Açıkgül/Açıkgül, s. 32.

<sup>50</sup> Şener, s. 561.

### 1. Asıl Kart Limitinin Paylaşılması

Ek kartın asıl kart limitini paylaşmak üzere ve bu limiti aşmamak kaydıyla (BKKKK m. 9/3) çıkarılması nedeniyle ek kart hamilinin harcamaları asıl kart sahibinin kredi kartı limitine etki edecektir. Ancak asıl kart sahibi dilerse, ek karta ilişkin olarak asıl karttan daha düşük bir limit belirlenmesi yönünde başvuruda bulunabilir. Bu halde dâhi kredi kartı limitinin yeterince yüksek olmaması halinde hem ek kart hamili hem de asıl kart hamili açısından kredi kartı kullanımında kredi kartı limitinin yetersiz olması uyarısıyla karşılaşılma olasılığı artmaktadır.

### 2. Asıl Kart Hamili ile Güven İlişkisi Sona Erdiğinde Kötüye Kullanım İhtimali

Asıl kart hamili ile ek kart hamili arasındaki güven ilişkisi son bulduğunda, ek kart sahibinin kötü niyetli kullanımı gündeme gelebilir. Bu durumda asıl kart hamili ek kart hamilinin kullanımına son vermek istiyorsa buna ilişkin talimatı gecikmeksizin vermelidir. Ek kart, asıl kart hamilinin talimatı üzerine çıkarıldığı için bu talimatın her zaman geri alınması mümkündür. Ancak, kart çıkaran kuruluşun asıl kart hamilinin bu yöndeki talimatını öğreninceye kadar önceki talimatına uygun olarak yapılan işlemler asıl kart hamili açısından bağlayıcılığını koruyacaktır.

### 3. Ek Kart Kullanımının Asıl Kart Hamilinin Denetiminde Olması

Ek kart uygulamasında asıl kart ile hamillerinin yaptıkları tüm harcamalar tek bir hesap özeti ile asıl kart hamiline bildirilir<sup>51</sup>. Ek kart hesap özeti çoğu zaman ek kart hamilinin yanı sıra asıl kart hamiline de gönderildiğinden asıl kart hamili ek kart hamilinin kredi kartı kullanımından haberdar olacaktır. Bu durum ek kart kullanımından asıl kart hamilinin sorumlu tutulmasının doğal sonucudur. Harcamaların tek elden yönetim ve denetimini açısından faydalı olarak görülebilen bu durum bazen de sübjektif nedenlerle sakıncalı kabul edilebilir.

<sup>51</sup> Kaya, s. 35 ve 122.

Şüphesiz ek kart hamilinin bu yönde bir çekincesi olması durumunda, yeterli kredi değerliliğine sahip ise ayrı bir kredi kartı edinmek üzere başvuruda bulunması en uygun seçenektir.

## V. Ek Kart Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Ek kart çıkarılmasına ilişkin sözleşme, çoğu zaman asıl kredi kartı sözleşmesi şeklinde ya da genel bankacılık hizmetleri sözleşmesi adı altında yapılan sözleşmenin bir hükmü niteliğinde ortaya çıkmaktadır. İlk defa kart çıkarılması bir yazılı sözleşmesinin varlığına bağlı olduğundan kredi kartı sözleşmesinin mesafeli sözleşme olarak kurulması mümkün değildir. Uygulamada kredi kartı sözleşmeleri genellikle sonradan verilecek ek kart veya diğer kartları da kapsayan bir çerçeve sözleşme şeklinde hazırlanmaktadır.<sup>52</sup>

Ek kartlar bizzat kart hamillerinin adına düzenlenmekte olup, yapılan harcama tutarları asıl kart hamili tarafından karşılanan bir karşılık hesabından ödenir. Bu nedenle ek kartın çıkarılması, asıl kart hamilinin bu hususta kartı çıkaran kuruluşa yönelik bir talimatının varlığını gerekli kılar. Bu talimat 6098 sayılı TBK m. 502/2 uyarınca vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilen<sup>53</sup> kredi kartı sözleşmesine dayalı olarak verilen bir talimattır<sup>54</sup> (TBK m. 505). Zira asıl kart hamili her zaman kart çıkaran kuruluşa başvurarak ek kartın iptalini isteyebileceği gibi, ek karta bloke konulmasını istemek yoluyla da verdiği talimatı geri alabilecektir.

Ek kart uygulamasında genellikle kart çıkaran kuruluş nezdinde hesap numarası bulunmayan ek kart hamilinin kullanımının asıl kart hamilinin hesap numarası üzerinden yapıldığı ve aşağıda inceleneceği üzere, ek kart kullanımından asıl kart hamilinin de sorumlu olduğu görülmektedir. Bu nedenle kredi kartı sözleşmesine dayalı olarak ek kart çıkarılması ile oluşan sözleşmenin ek kart hamili lehine

<sup>52</sup> Erendaç, s. 31.

<sup>53</sup> Ateş, s. 120; Çeker, s. 69-70; Kuntalp, s. 9. Kredi kartı sözleşmesinin niteliği hakkında farklı görüşler hakkında bilgi için bkz. Reisoğlu, Kredi Kartları, s. 103-104; Teoman, s. 70-106.

<sup>54</sup> Reisoğlu, Kredi Kartları, s. 105; Şener, Oruç Hami, Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer Sistemi (EFTPOS) ve Hukukî Niteliği, İstanbul 2000, s. 561; Ateş, s. 173.



oluşturulmuş tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğu ilk bakışta düşünülebilir<sup>55</sup>. Zira ek kart hamili kart çıkaran kuruluşun sunduğu imkânlar dâhilinde ek kartını kullanarak harcamalar yapabilecektir. Ancak bu halde kredi kartı üyelik sözleşmesine ek kart hamili de taraf olmaktadır. Dolayısıyla ek kart hamili kredi kartı üyelik sözleşmesinin dışında bir şahıs değildir. Diğer yandan ek kart hamili de yaptığı harcamalardan dolayı kart çıkaran kuruluşa karşı kredi kartı üyelik sözleşmesi uyarınca sorumludur. Hâlbuki üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir şahıs yararına bir edim kararlaştırılır. Bu nedenle ek kart ilişkisinin tam üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde ortaya çıktığı kabul edilemez. Benzer gerekçelerle bu ihtimalde ek kart çıkarılmasında üçüncü fiilini taahhüt niteliği bulunmadığını da söylemek mümkündür.

Ek kart ilişkisinde asıl kart hamilinin ek kart ile yapılan harcamalara ilişkin sorumluluğunun soyut nitelikte olduğu, yani sebebe dayanmadığı ileri sürülmüştür.<sup>56</sup> Bu görüş nazarında asıl kart hamilinin ek kart kullanılarak yapılan harcamalardan müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin taahhüdü mücerret borç vaadi (soyut borç ikrarı) niteliğinde olması gerekir. Ancak ek kart çıkarılması anında borç henüz doğmamıştır ve sebepten bağımsız bir borç ikrarı söz konusu değildir. Bu nedenle ek kart ilişkisinde soyut borç ilişkisinin var olduğu görüşünün kabulü kanaatimizce mümkün değildir.

Ek kart ilişkisi, asıl kart hamili ile ek kart hamilinin aynı sözleşmeyi yani kredi kartı üyelik sözleşmesini imzalamaları ile meydana geldiğinden, burada birlikte borç üstlenmenin (borca katılma)

<sup>55</sup> Belirtmek gerekir ki, söz konusu hukuki ilişki üye işyeri karşısında ek kart hamilinin durumu değerlendirildiğinde kredi kartı sözleşmelerinde olduğu gibi üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirilebilir. Zira kredi kartı ilişkisinde kart çıkaran kuruluş, üye işyerleri ile bir üyelik sözleşmesi akdederek, bu sözleşme ile üye işyerlerinin kredi kartı müşterisiyle satım sözleşmesi yapmasını, satış bedelinin ise kendisinden talep edilmesini kararlaştırmaktadır. Buna göre kredi kartı sözleşmesi bu açıdan ifayı talep yetkisinin üçüncü kişiye ait olduğu "üçüncü kişi yararına sözleşme" olarak nitelendirilebilir (Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 17, Ankara 2013, s. 584-585). Aynı durum şüphesiz ek kart ilişkisi açısından da geçerlidir. Ancak, bu çalışmada ek kart ilişkisi açısından ele alınan ve özellik gösteren mesele kart çıkaran kuruluş - asıl kart hamili (müşterisi) - ek kart hamili arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkindir.

<sup>56</sup> Çeker, s. 41.

varlığından söz etmek mümkündür.<sup>57</sup> Zira birlikte borç üstlenmede, borcu üstlenen kişi asıl borçlunun yanında alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmaktadır.<sup>58</sup> Burada aynı sözleşmeyle, dolayısıyla da aynı hukuki sebeple asıl kart ve ek kart hamilleri borçtan sorumlu olduğundan, asıl kart ve ek kart hamilleri TBK m. 162 uyarınca, tam müteselsil sorumluluk hükümlerine göre ek kart hamilinin harcamalarından sorumlu olurlar.<sup>59</sup> Ancak belirtmek gerekir ki ek kart ilişkisinde borca katılmanın varlığı ancak ek kart harcamalarına ilişkin olarak kabul edilebilir. Asıl kartın kullanımına ilişkin bir borca katılma ek kart hamili açısından söz konusu değildir.<sup>60</sup> Bu açıdan bakıldığında asıl kart hamili ile ek kart hamilinin sözleşme ilişkisine aynı anda dâhil olup olmaları, sözleşmenin niteliği açısından önem taşımaz. Zira sözleşmeden doğan müteselsil borç ilişkisi borçlanılan edimle birlikte sözleşmenin yapıldığı sırada doğabileceği gibi, daha sonra da doğabilir.<sup>61</sup>

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 1995 yılında vermiş olduğu bir kararında asıl kart hamili ile ek kart hamili arasındaki ilişkiyi bir isimsiz akit olarak nitelendirmiştir.<sup>62</sup> Buna göre; “(...)bankadaki hesabın sahibi ile (davacı) ek kart hamili (davalı) arasındaki sözleşme(nin), yasalarda öngörülen veya öğretide kabul edilen sözleşme tiplerine dahil edilmesi mümkün değildir.

<sup>57</sup> Teoman, s. 86.

<sup>58</sup> Borca katılma, borcun yüklenilmesinden (nakli) farklıdır. Borcun yüklenilmesindeki borçlu borçtan kurtulurken, birlikte borç üstlenmede, eski borçlu da borca katılanla birlikte alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam etmektedir (Teoman, s. 702).

<sup>59</sup> Tam müteselsil sorumluluk için bkz. Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, b. 3, Ankara 1987, s. 702; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 10, Ankara 2014, s. 1192.

<sup>60</sup> YHGK'nin 1998/19-90 E, 1998/10 K. sayılı ve 11.02.1998 tarihli kararında (karar metni için bkz. Çeker, s. 429, dn. 29) ek kartlara ilişkin olarak “Bu durumda genel kredi sözleşmelerinde olduğu gibi, asıl borçlu dışında “müteselsil borçlu” olarak alacaklıya güvence sağlama amacıyla üçüncü kişi tarafından imzalanan bir borç üstlenme ya da borca katılma olarak kabul edilemez. BK'nun 18. Maddesine göre bir sözleşmenin biçim ve koşullarını belirlemede onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak gerekir. Somut olayda dava dışı koca kredi kartı sözleşmesinden doğrudan yararlanmışır” açıklamasına yer verilmiştir. Burada borca katılmadan söz edilemeyeceğini belirten Yargıtay'ın asıl kart kullanımına ilişkin bir borca katılmanın söz konusu olmayacağını haklı olarak vurgulamaktadır.

<sup>61</sup> Tandoğan, s. 703; Eren, s. 1192.

<sup>62</sup> Y. 13. HD.'nin 1995/10155 E., 1995/11050 K. sayılı ve 11.12.1995 tarihli kararı (YKD, C. 22, S. 5, Mayıs 1996, s. 744-745).

*O nedenle, bu sözleşme kendisine özgü bir hukuki nitelik taşımakta olduğu için "isimsiz akit" olarak kabul edilebilir, en önemlisi bu akit tipi için Borçlar Kanununda ayrı bir yasa hükmü öngörülmemiştir. Hal böyle olunca, BK.nun 125. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.*

*Mahkemece hukuki nitelendirmede yanılığa düşülerek, nedensiz zenginleşmeye ilişkin bir yıllık zamanaşımı süresi esas alınarak davanın zamanaşımından reddi yasaya uygun değildir ve bozmayı gerektirmiştir". Söz konusu kararda evlilik nedeniyle eşlerden biri tarafından çıkarılan ek kartın, evlilik sona erdikten sonra diğerinde kalması neticesinde diğer eşin ek kart kullanımının sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilemeyeceği vurgulanmaktadır.*

Bu kapsamda ek kart çıkarılmasına ilişkin sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme tipleriyle bağdaşmadığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğundan bu ilişkinin sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.<sup>63</sup> Bu nedenle ek kart ilişkisinin ek kart kullanımına ilişkin bir müteselsil borçluluk doğuran kendine özgü bir isimsiz akit olarak nitelendirilmesi kanımızca isabetli bir yaklaşımdır.

## VI. Ek Kart Kullanımından Doğan Sorumluluk

Kredi kartı sözleşmeleri uygulamada kart çıkaran kuruluşlar tarafından tek taraflı ve matbu form şeklinde düzenlenmekte, genellikle kredi kartı başvurusu sırasında asıl kart hamili ve bazen de ek kart hamili tarafından imzalanması suretiyle sözleşme tamamlanmaktadır. Bu nedenle kredi kartı sözleşmeleri katımlı (iltihaki) sözleşmelerdendir.<sup>64</sup> Kredi kartı sözleşmelerinde kart çıkaran kuruluşların ek

<sup>63</sup> Sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluğun varlığı ancak ek kart hamilinin taraf olmadığı bir kredi kartı sözleşmesine istinaden ve ek kart hamilinin herhangi bir başvurusu bulunmadığı hallerde ek kart çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bkz. aşağıda IV- B. Ek Kart Hamilinin Ek Kart Kullanımına İlişkin Sorumluluğu.

<sup>64</sup> 6098 sayılı TBK'de bu tür sözleşme hükümleri genel işlem koşulları olarak nitelendirilmiştir. TBK'nin 20/1. maddesine göre "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz". Genel işlem koşulları TKHK'nın 5. maddesinde "standart sözleşme" olarak nitelendirilerek, tüketici sözleşmelerinde haksız şartların akıbeti düzenlenmiştir.

kart hamilinin sorumluluğunu genişletmek üzere bazı hükümlere yer vermesi karşısında ek kart hamilinin sorumluluğunu sınırlandırmak üzere Yargıtay içtihatlarıyla bazı korumalar geliştirilmiş, doktrin ve uygulamada kabul gören esaslar zamanla bu yönde getirilen düzenlemelerle de desteklenmiştir<sup>65</sup>. Burada ek kart hamilinin kendisinin, diğer ek kart hamillerinin ve asıl kart hamilinin kullanımına ilişkin sorumluluğunun ve ek kart kullanımından dolayı sözleşmenin diğer taraflarının sorumluluklarının ayrı ayrı tespiti gerekmektedir.

### A. Asıl Kart Hamilinin Ek Kart Kullanımına İlişkin Sorumluluğu

Asıl kart hamili ek kartın kullanılmasından doğacak her türlü borçtan doğrudan sorumludur. Asıl kart hamilinin bu sorumluluğu ek kart çıkarılmasının asıl kart hamilinin talimatına dayanmasından kaynaklı bir müteselsil sorumluluk şeklindedir. Asıl kart hamili ek kart talep ettiği kimseleri kendisi belirlemekte özgür olmakla, ek kart hamilinin kullanımından doğan sorumluluğun asıl kart hamiline yükletilmesi sistemin doğası gereğidir.<sup>66</sup>

Özellikle ek kart talebinde bulunan kişilerin kendisi için ayrı bir kredi kartı çıkarılması için yeterli kredi değerliliğine sahip olmadığı veya reşit olmayan bir kişi için ek kart çıkarıldığı gibi hallerde asıl kart hamilinin ek kart kullanımından sorumlu tutulması, ek kart çıkarılması ile sağlanan menfaate uygun ve bunun sonucudur. Zira ek kart her şeyden önce asıl kredi kartı sözleşmesine dayalı olarak çıkarılmaktadır.

Asıl kart hamilinin ek kart hamilinin yaptığı harcamalarından doğan sorumluluğu, ancak ek kart sözleşmesinin geçerli bir şekilde

<sup>65</sup> Ek kart hamilinin sorumluluğuna ilişkin olarak kanunlarımızda özel bir düzenleme yer almamakla birlikte, menfaat karşılığında taksit imkanı sunan kredi kartı sözleşmelerinde m. 22/2 uyarınca tüketici kredilerine ilişkin düzenlemelerin uygulanacak olması nedeniyle TKHK hükümleri burada çoğu zaman uygulama alanı bulacaktır. TKHK m. 5/3 uyarınca; "Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür(...)".

<sup>66</sup> Ateş, s. 179; Şener, s. 562.

sona ermesi ile ortadan kalkabilir. Bu durum, genellikle ek kartın asıl kart hamili tarafından verilecek talimatla iptali veya bloke edilmesi yahut kart çıkararak kuruluşun kartın kullanımına son vermesi şeklinde ortaya çıkar. Örneğin evli olan kişinin eşi için çıkardığı bir ek kartta evlilik birliği sona ermiş ancak buna rağmen kartı çıkararak kuruluşa ek kartın kullanıma kapatılması yönünde bir talimat verilmemişse, ek kart hamilinin yaptığı işlemlerden dolayı asıl kart hamilinin sorumluluğu devam edecektir.<sup>67</sup> Ancak bu yönde bir talimat üzerine ek kartın kullanıma kapatılması ile asıl kart hamilinin sorumluluğu sona erer.

BKKKK'nın 8/son maddesine göre; *"Kart çıkararak kuruluşlar, banka kartı ve kredi kartlarının asıl kart hamiline teslim edilmesini sağlayacak önlemleri almak, reşit olmayan ek kart hamilleri adına düzenlenen banka ve kredi kartlarının asıl kart hamillerine teslimini sağlamakla yükümlüdür"*. Madde düzenlemesinden anlaşılacağı üzere kart çıkararak kuruluşlar ek kartları, ek kart hamillerine değil, asıl kart hamiline teslim etmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu durum, asıl kart hamilinin ek karta ilişkin aslî sorumluluğunun bir sonucudur. Asıl kart hamili, çıkarılması amacıyla başvuruda bulunduğu ek kartı, lehine çıkardığı hamiline teslim etmeyerek, ek kartın kullanılmasından vazgeçebilir. Zira ek kart başvurusu ile kartın teslimi arasında geçen süreçte taraflar arasındaki güven ilişkisinin son bulunması mümkündür. Bu nedenle ek karta ilişkin bu yönetim hakkı ve ek kartın hamiline teslimi sorumluluğu asıl kart hamiline yüklenmiştir.

BKKKK'nın 8. madde gerekçesinde hükmün, reşit olmayanlar için çıkarılan banka kartları ve kredi kartlarının bilinçli ve amacına uygun olarak "ehil ellerde" kullanılabilmelerini teminen getirildiğinden bahsedilmekte ise de hükmün düzenlenmesinde asıl kart hamilinin ek kart harcamalarından sorumlu kabul edilmesinin etkisi bulunduğu açıktır.

<sup>67</sup> Y. 13. HD.'nin 1995/10155 E., 1995/11050 K. sayılı ve 11.12.1995 tarihli kararında; evlilik nedeniyle eşlerden biri tarafından çıkarılan ek kartın, evlilik sona erdikten sonra diğerinde kalması neticesinde asıl kart hamilinin ek kart harcamalarından sorumlu olacağı ve diğer eşin ek kart kullanımının sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilemeyeceği yönünde hüküm tesis edilmiştir. (YKD, C. 22, S. 5, Mayıs 1996, s. 744-745).

## B. Ek Kart Hamilinin Ek Kart Kullanımına İlişkin Sorumluluğu

Hukukumuzda ek kart hamilinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun kabulünden önce BDDK tarafından hazırlanan sunulan kanun tasarı taslağının 15. maddesinde "Ek Kart" başlıklı bir maddeye yer verilmiş, ancak bu madde uygulamada çözümlenen bir sorunun kanun düzenlemesine ihtiyaç duymayacağı düşüncesiyle Bakanlar Kurulu görüşmeleri sırasında tasarı metninden çıkarılmıştır. Kanun tasarısı taslağının 15. maddesi şu şekildedir: "Kart hamilinin yazılı talebi üzerine, üçüncü kişiler adına asli karta bağlı olarak ek kart düzenlenebilir. Asli kartın bağlı olduğu hesap bakiyesi ve bu karta tanınmış olan kullanım sınırı bakımından asli kart ile buna bağlı ek kartlar, tek bir kart gibi işlem görür.

*Ek kart hamili, kart çıkaran kuruluşa karşı, kendi yaptığı harcamalardan doğan her türlü borç ve yükümlülükle sınırlı olarak asli kart hamili ile birlikte sorumludur*<sup>68</sup>. Bakanlar Kurulu tarafından gerek görülmemesine karşılık, bu tür açıklayıcı bir düzenlemenin kanunda yer alması bu konuda oluşabilecek tereddütleri önleyecek niteliktedir. Ancak belirtmek gerekir ki, böyle bir kanun düzenlemesine gidilmesi halinde dahi bu açıklama yeterli olmayacak, ek kart çıkarılması için ek kart hamilinin de asıl kart hamili ile birlikte başvurusu yahut açık kabulü şartının aranması daha uygun olacaktır.

Konuya ilişkin kanuni düzenleme bulunmamakla, sorumluluk düzeninin yargı kararlarından ve uygulamadan hareketle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre öncelikle ek kart hamilleri ek kart kullanılması sonucu ortaya çıkan borçlardan, asıl kart hamili ile birlikte müteselsilen sorumludur.<sup>69</sup> Zira kart çıkaran kuruluşların

<sup>68</sup> Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu Tasarı Taslağının 15. madde gerekçesinde ise şu şekilde bir açıklamaya yer verilmiştir: "Uygulamada kart hamilleri kendi sorumlulukları altında, bir üçüncü kişiye ve çoğunlukla bir aile bireyine de ek kart verilmesi talebinde bulunmaktadır. Genellikle ek kart verilmesi istenilen bu kişilerin, örneğin eş ve çocukların bağımsız bir geliri olmadığından, asıl kart hamilinin kredibilitesine dayanılarak ek kart düzenlenmektedir. Bu itibarla, ek kart hamillerinin sadece kendi yaptıkları harcamalardan sorumlu olmaları esası benimsenmiştir".

<sup>69</sup> Ceylan, s. 29; İşgüzar, s. 48; Teoman, s. 55; Wiley, John, Banking Law and Practise, Singapore 2012.

ek kartı fiilen kullanarak yararlanan kişiyi de, borçlu olarak muhatap alabilmesinde haklı menfaati bulunmaktadır. Kaldı ki kural olarak ek kart hamili de kredi kartı üyelik sözleşmesini asıl kart hamili ile birlikte imzalayarak sözleşmeye taraf olduğundan, ek kart hamilinin bu sorumluluğu sözleşmeden kaynaklanmaktadır.<sup>70</sup> Bu nedenle kredi kartı sözleşmelerinde yer alan ek kart hamilinin ek kart kullanımından doğan borçlardan asıl kart hamili ile birlikte müteselsil sorumlu olacağı yönündeki kayıtlar geçerli ve bağlayıcıdır.

Ek kart hamili kredi kartı üyelik sözleşmesini imzalamadan kendisine ek kart verilmişse, kart çıkaran kuruluş ek kart hamilinden ek kart harcamalarının isteyebilecek midir? Bir görüşe göre bu halde ek kart hamili asıl kart hamili ile birlikte müteselsil sorumlu olmayacaktır.<sup>71</sup> Bu görüş gereğince ancak, kat çıkaran kuruluşa harcama belgesi tutarlarını ödeyen asıl kart hamili, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ek kart hamiline rücu edebilecektir.

Kanaatimizce ek kart hamilinin, ek karta ilişkin hiçbir başvuru bulunmadığı hallerde ek kartı teslim alıp ve kullanması onu kredi kartı sözleşmesinin tarafı haline getirmez. Gerek BKKKK'de gerekse TKHK'de bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte ek kart hamilinin taraf olmadığı bir sözleşme dolayısıyla kart çıkaran kuruluşa karşı sözleşmeden doğan sorumluluğunun varlığından söz etmek mümkün değildir.<sup>72</sup> Ancak bu halde ek kart hamilinin kart çıkaran kuruluşa karşı hiçbir sorumluluğu bulunmadığı, ancak asıl kart hamilinin ödeme yaparak rücu imkânına sahip olacağı yönünde bir çözüm yolu da iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacaktır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ek kart hamilinin taraf olmadığı bir kredi kartı sözleşmesine istinaden verilmiş ek karta ilişkin olarak bir kararında<sup>73</sup> "*Davalı Z. Ç.'nin kredi kartı sözleşmesinde imzası bulunmamakla beraber kendisine buna rağmen bir ek kart verildiği iddia edilmektedir. Bu durumda anılan davalıya bir ek kart verilmiş ve bu davalının da ek kredi kartını kullanmış ise kendi harcamalarından sorumlu olması gerekir*" açıklama-

<sup>70</sup> Şener, s. 564.

<sup>71</sup> Açıkgül/Açıkgül, s. 153.

<sup>72</sup> Bkz. yukarıda V-2.

<sup>73</sup> Y. 19. HD.'nin 1996/7933 E., 1997/5205 K. sayılı ve 21.05.1997 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).



sına yer vermiştir. Kararda Yargıtay tarafından ek kart hamilinin ek kart başvurusunda ya da kredi kartı sözleşmesinde imzası bulunmasa dâhi, kullanımı nedeniyle ek kart harcamalarından sorumlu olduğu kabul edilmiş ancak sorumluluğun hukukî dayanağı açıklanmamıştır.

Ek kart hamilinin taraf olmadığı bir kredi kartı sözleşmesine binaen kendisi lehine çıkarılan bir ek kredi kartını alarak kullanması neticesinde ek kart hamilinin kart çıkaran kuruluşa karşı sorumluluğu bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak bu durumda ek kart hamilinin kredi kartı çıkarılması konusunda herhangi bir başvurusu ya da taahhüdü bulunmadığından sorumluluğun kaynağı sözleşme olarak nitelendirilemez. Kart çıkaran kuruluş, asıl kart hamilinin başvurusu üzerine ve onun sorumluluğunda ek kart düzenlemiştir. Ek kart hamilinin kart çıkaran kuruluşa karşı sözleşmeden sğan sorumluluğu bulunmamakla birlikte, ek kart harcamalarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ek kart hamilinden talep edebileceğinin kabulü kanaatimizce uygun olacaktır.

Ek kart çıkarılmasında bir diğer ihtimal ek kart hamilinin asıl kredi kartı sözleşmesinde imzasının bulunmamasına karşılık, ayrıca ek kart başvurusunda bulunmuş olmasıdır. Nitekim uygulamada kimi zaman “*ek kart talep formu*” adı altında basılmış bir form asıl kart hamili ile birlikte ek kart hamili tarafından da imzalanarak ek kart başvurusu gerçekleştirilmektedir. Benzer şekilde asıl kredi kartı için doldurulan ve sözleşme metni içermeyen bir kredi kartı başvuru formu imzalamak suretiyle de ek kart başvurusu gerçekleştirilebilir. Bu hallerde asıl kredi kartı sözleşmesinde ek kart hamilinin imzası bulunmasa dâhi, yapılan bu başvuru söz konusu asıl kredi kartı sözleşmesine ilişkin olduğundan ek kart hamili yine sözleşme hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilir. Zira doldurulan form kredi kartı sözleşmesiyle ilişkilidir ve ek kart hamili tarafından da sözleşmenin benimsendiğini göstermektedir. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında da bu gibi hallerde kredi sözleşmesinin fiilen benimsenmiş olması nedeniyle ek kart hamilinin sözleşmeye ilişkin sorumluluğunu kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Y. 12. HD., 2002/20851 E., 2002/18646 K. sayılı 25.09.2002 tarihli kararına göre; “N.D., kredi kartı başvuru formunu imzalayarak ek kart talebinde bulunmuş ve ek kart hamili olmuş, kredi kartı ile harcamalar yapmıştır. Harcamaların ek kart kullanılarak yapılması da kredi sözleşmesinin fiilen benimsendiğini göstermek-

Ek kart hamilinin asıl kart hamili ile birlikte müteselsil olarak sorumluluğu hususunda, firma kartları için çıkarılan ek kartlar açısından sorumluluğun farklı şekilde belirlenmesini gerektiğini ileri süren görüşlere de rastlanmaktadır.<sup>75</sup> Buna göre firma kartlarında, firma çalışanın asıl kart hamili olan firmanın ek kartını alıp almak hususunda bir seçim hakkına sahip olmadığını, ayrıca ek kart ile yapılan harcamalardan hangisinin firma adına yapılan harcama, hangisinin firma çalışanın özel harcaması olduğunun tespit edilemeyeceğinden; firma kartlarında ek kart hamilinin ek kart ile yapılan harcamalardan sorumlu tutulamayacağı belirtilmektedir. Ancak ek kart hamilinin sorumluluğu konusunda yukarıdaki açıklamalarımız göz önünde bulundurulmak kaydıyla kanımızca ek kart hamilinin asıl kart hamilinin çalışanı sıfatını taşıması kart çıkaran kuruluş ile buna özel bir anlaşma sağlanmadıkça kart çıkaran kuruluşa karşı sorumluluğunu etkilemeyecektir. Ek kart hamili ile asıl kart hamili arasındaki yakınlık yalnızca bunlar arasındaki iç ilişkide önem taşır. Buna göre asıl kart hamili, ek kartı firma harcamalarında kullanan çalışana rücu edemeyeceği gibi, firma harcamaları nedeniyle sorumluluğu cihetine gidilen ek kart hamili de bu ödemesini asıl kart hamili olan firmaya rücu edebilecektir.

Bir diğer anlatımla ek kartlar arasında, ek kart hamillerinin sorumluluğu yönünden firma kartları açısından bir ayrıma gitmek kanaatimizce uygun olmayacaktır. Aksinin kabulü ek kart uygulamasının ruhuyla bağdaşmaz. Zira firma çalışanın hangi harcamasının özel harcama, hangi harcamasının firma adına yapılan harcama olduğu hususu; asıl kart hamili olan firma ile ek kart hamili olan çalışan arasındaki iç ilişkiye ait bir mesele olmakla, kart çıkaran kuruluşa ileri

---

tedir. Kaldı ki alacaklı banka asıl kart hamili ile ek kart hamiline usulüne uygun olarak hesap kat ihtarı göndermiş ve ihtara herhangi bir itiraz da yapılmamıştır. Bu durumda İİK 68/b uyarınca hesap kat ihtarı da kesinleştiğinden ek kart hamili yönünden mercice itirazın kaldırılması talebinin kabulü yerine reddi yerinde değildir”.

<sup>75</sup> Ateş, s. 181; Şener, s. 565. Anılan yazarlar ek kartların aile kartları ve firma kartları olarak iki türde ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Ancak daha önce ifade edildiği üzere (bkz. yukarıda II-B) firma kartı ve ek kart terimleri aynı değildir. Zira ek kart, asıl kart hamilinin yalnız aile üyeleri veya çalışanları için değil, talepte bulunduğu herhangi bir üçüncü kişi lehine de çıkarılabilir. Buradaki açıklamalarımız firma kartları için çıkarılan ek kartlar açısından geçerlidir.

sürülebilir bir savunma değildir. Bu nedenle ek kart ister aile üyeleri için çıkarılmış olsun ister firma kartı şeklinde çıkarılmış olsun, sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça ek kart hamili harcamalarından sorumlu olacaktır. Zira yukarıda da açıklandığı şekilde, şayet ek kart hamili kredi kartı üyelik sözleşmesini imzalamamışsa, bu takdirde kartı çıkaran kurum ek kart hamilinden bu kullanımın karşılığını talep edemeyecektir.

Ek kartın hamilinin asıl kart hamilinin eşi olması ve ek kartı evlilik birliğine ilişkin giderler için kullanılması halinde de ek kart hamilinin ek kart hamilinin sorumluluğuna ilişkin sorumlulukta herhangi bir değişiklik olmaz. Bu durumda da ek kart harcamalarından ek kart hamili ile asıl kart hamili müteselsil sorumludur<sup>76</sup>.

### C. Ek Kart Hamilinin Asıl Kart Kullanımına İlişkin Sorumluluğu

Uygulamada kimi zaman kredi kartı sözleşmesinin ek kart hamili tarafından "müşterek borçlu ve müteselsil kefil" sıfatıyla imzalandığı görülmektedir. Ek kart hamilinin kendi harcamalarından sorumlu olduğu açıktır. Burada tespiti gereken husus bu tür sorumluluk kayıtlarından hareketle ek kart hamilinin, asıl kart kullanımından da sorumlu olması sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağıdır.

Bilindiği üzere kredi kartı sözleşmeleri bankalar tarafından tek taraflı ve matbu bir biçimde hazırlanan ve müşterisinin imzasına sunulan sözleşmelerdir. Kart çıkaran kuruluşun tek taraflı olarak hazırlanmış olduğu ek karta ilişkin hükmü içerir kredi kartı sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>77</sup>'nin 20. maddesi<sup>78</sup> ile BKKKK m. 24

<sup>76</sup> Y. 19. HD.'nin 1997/3883 E., 1997/6037 K. sayılı ve 10.06.1997 tarihli kararında da oyçokluğuyla bu yönde karar tesis edilmiş, ancak kararın karşı oy yazısında mülga MK hükümleri nazarında evlilik birliğine ilişkin giderler ve hatta ek kart hamilinin kendi çıkarına aşırı harcamaları durumunda dahi bankanın ek kart harcamalarını ancak asıl kart hamilinden talep edebileceği, ek kart hamilinin sorumluluğuna gidilemeyeceği görüşü bildirilmiştir (Karar için bkz. Kostakoğlu, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, b. 5, İstanbul 2010, s. 780-781).

<sup>77</sup> RG, 04.02.2011-27836.

<sup>78</sup> Genel İşlem Koşulları ilk kez 2003 tarihinde yapılan bir değişiklik ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde düzenlenmiş bir kavramdır. Bununla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. maddelerinde

anlamında genel işlem koşulu ve TKHK m. 5 anlamında standart sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Buna göre ek kart hamilinin, asıl kart hamilinin kredi kartı kullanımı nedeniyle doğan borçlardan sorumlu olacağı yönündeki bir kayıt TBK'nin 21/2. maddesi anlamında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan yazılmamış kabul edilmelidir<sup>79</sup>. Bu tür bir sorumluluk ek kart çıkarılması amacı ile bağdaşmayacağından kanaatimizce mümkün değildir. Teminat amacı güden bir sözleşmenin varlığı ancak ek kart hamilinin açıkça ve ayrıca garantör, kefil gibi sıfatlarla da sözleşmeyi imzalaması halinde mümkündür. Bu hallerde ise kefalet ve garanti sözleşmesine ilişkin geçerlik koşullarının varlığı ayrıca aranmalıdır<sup>80</sup>.

TBK m. 23 uyarınca; *“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır”*. Bu durumda, genel işlem şartlarında yer alan asıl kart hamili ile ek kart hamilinin kredi kartı sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olacağı yönündeki ibareler, sadece ek kart harcamalarına ilişkin olarak müteselsilen sorumluluğun bulunduğu anlamına gelir, zira *contra proferentem* ilkesi gereği aksi kabul edilebilir değildir<sup>81</sup>.

---

de genel işlem koşulları hakkında düzenlemeler getirilmiştir. TBK'da yer alan bu maddenin uygulama alanı ise tüketiciler ile sınırlı değildir (Bkz. TBK 20. madde gerekçesi). Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine göre *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz”*. Ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Reisoğlu, Sefa, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, *Bankacılar Dergisi*, S.77, 2011, 108-117; Dizdar, Ali Murat *“Genel İşlem Şartları”*, *Bankacılar Dergisi*, S.72, Mart 2010, s. 85-93.

<sup>79</sup> Yabancı hukuklarda da kredi kartı sözleşmesinde standart şartların sözleşmede yer alması halinde dâhi ek kart hamilinin yalnız kendi kartının kullanımından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulabileceğine kararlara rastlanmaktadır. LG Wiesbaden decision of 21.05.1984, 1 S 13/84 (1984) B. B. 1966 kararı için bkz. Sweet & Maxwell Limited, German Tax and Business Law, London 2005, s. 1071.

<sup>80</sup> Y. 19. HD.'nin 2001/2454 E., 2001/6698 K. sayılı ve 18.10.2001 tarihli kararında *“davalının sözleşmedeki konumunun müteselsil kefil olduğu davacı yanca belirtilmişse de yapılan sözleşmede kefil olunan miktarın gösterilmediği gibi bu bölümde davalının imzasının da bulunmadığı, ek kart bölümünde davalının imzası alınmış ise de, davalıya hiçbir zaman ek kart verilmediği, kefil olunan miktar sözleşmede yazılı olmadığı gibi belirlenebilir nitelikte de olmadığından geçerli bir kefaletin bulunmadığı”* yönündeki esas mahkemesi kararını bu yönüyle onamıştır (Sinerji İçtihat Bankası).

<sup>81</sup> Mülgä 818 sayılı Borçlar Kanunu düzenlemeleri de aynı yönde bir çözüm

Burada belirtmek gerekir ki, kredi kartı sözleşmesinde kart çıkaran kuruluş açısından asıl kart hamilinin borcu ödememesi rizikosu her zaman mevcuttur. Ek kart çıkarılması, asıl kart hamilinin daha önce güvence altına alınmamış olan borcuna güvence oluşturmaz. Ayrıca ek kart sözleşmesinin niteliği ile ek kart hamilinin asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan sorumlu tutulması birbiri ile bağdaşmaz. Çünkü ek kartın amacı, kart çıkaran kuruluşun sadece ek kart hamilinin ödeme gücü yönünden güvence altında olmasıyla sınırlı olup, asıl kart hamilinin ödeme gücünün güvence altına alınması değildir<sup>82</sup>.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da kredi kartı sözleşmesine ek kart hamilinin sorumluluğunu genişletmek amacıyla konulan bu tür hükümlerin geçerli sayılamayacağı haklı olarak kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ek kartlara ilişkin bir kararında<sup>83</sup> buna ilişkin olarak, *"Banka uygulamasında genel olarak kredi kartı üyelik sözleşmesini imzalayan asıl borçlu yanında onun arzusuna bağlı olarak dilerse eşine, çocuğuna ya da bir yakınına ek kart verilmektedir.*

*Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, ek kart hamili, asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan sorumlu değil ise de, kendi ek kartıyla yapılan harcamalardan sorumludur. Ancak asıl kart sahibi, kendi harcamaları yanında ek kart hamilinin yaptığı harcamalardan da sorumludur (...).*

BK.'nin 18. maddesine göre sözleşmelerin tarafların gerçek iradelerine uygun şekilde yorumlanması ve ona göre değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmeye ek kart hamili olarak imza koyan davalının asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan müteselsil borçlu olma iradesiyle B.K.'nin 141. maddesinde öngörüldüğü biçimde bir yükümlülük altına girdiği düşünülemez" açıklamasına yer vermiştir. Ayrıca Yargıtay'ın ek kart hamilinin asıl kart kullanımından da sorumlu tutulmasını öngören kredi kartı sözleşmelerindeki bu ka-

---

tarzına ulaşılmasına imkân vermektedir. Zira mülga BK'nin 18. maddesine göre sözleşmelerin tarafların gerçek iradelerine uygun şekilde yorumlanması ve ona göre değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmeye ek kart hamili olarak imza koyan davalının asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan müteselsil borçlu olma iradesiyle mülga BK'nin 141. maddesinde öngörüldüğü biçimde bir yükümlülük altına girdiği düşünülemez.

<sup>82</sup> Ateş, s. 182; Şener, s. 506.

<sup>83</sup> YHGK'nin 1998/19-90 E, 1998/10 K. sayılı ve 11.02.1998 tarihli kararı (Çeker, s. 429, dn. 29).

yıtların geçerli olmayacağı ve sözleşme hükümlerinin ek kart hamili aleyhine yorumlanamayacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır<sup>84</sup>.

Açıklanan nedenlerle kredi kartı sözleşmelerinde sıklıkla yer alan “*ek kart hamili-müşterek ve müteselsil borçlu*” gibi ibareler ek kart hamilinin kendi harcamalarından müştereken ve müteselsil sorumluluğunu ifade etmek üzere eklendiğinden garanti ya da kefalet olarak yorumlanmaya elverişli değildir. Ek kart hamilinin sorumluluğu, sadece kendi kartından kaynaklanan borç ile sınırlı olup, asıl karta ilişkin borçlardan dolayı ek kart hamili sorumlu tutulması mümkün değildir.<sup>85</sup>

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, yargı kararlarına ve doktrine hâkim olan bu görüş sonucunda uygulamada da kredi kartı sözleşmelerinde ek kart hamilinin sorumluluğunu genişletmeye yönelik kayıtlara bundan böyle yer verilmediği görülmektedir. Günümüzde kart çıkaran kuruluşlar genellikle kredi kartı sözleşmesinde ek kart hamilinin yalnızca kendi kullanımından sorumlu olacağı yönünde değişiklikler yaparak, ek kart hamilinin yalnızca kendi kullanımı nedeniyle asıl kart hamili ile birlikte müteselsil sorumlu olacağına kayıtlar kabul etmektedir. Bu durumda ek kart hamili ancak kendi harcamalarından asıl kart hamili müteselsil sorumlu olacak, ek kart kullanılmamış ise ek kart hamilinin herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Yargıtay’ın Y.19. HD., 1997/3883 E. 1997/6037 K. sayılı ve 11.06.1997 tarihli kararında “Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre ek kart hamili, asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan kefaleten ya da asaleten sorumlu değil(...)dir” açıklamalarına yer verilmiştir (Kostakoğlu, s. 780-781). Aynı yönde bkz. Y. 19. HD., 2003/2051 E., 2003/4564 K. sayılı ve 27.04.2003 tarihli kararı; Y. 19. HD., 2002/613 E., 2002/5009 K. sayılı ve 26.06.2002 tarihli kararı (Sinerji İċtihat Bilgi Bankası).

<sup>85</sup> Aynı yönde bkz. Y. 12. HD.’nin 18.01.2002, 2001/22010 E. ve 2002/679 K. sayılı ve 18.01.2002 tarihli kararı; Y. 13. HD.’nin 1995/10155 E., 1995/11050 K. sayılı ve 11.12.1995 tarihli kararı; Y. 19. HD.’nin 1999/6745 E., 2000/220 K. sayılı ve 21.02.2000 tarihli kararı (Kazancı İċtihat Bilgi Bankası).

<sup>86</sup> Y. 19. HD.’nin 2002/7253 E., 2003/5131 K. sayılı 14.05.2003 tarihli kararında; “Davalıların kredi kartı sözleşmesine ek kart hamili (müşterek müteselsil borçlu) sıfatı ile imzaladıkları, bu durumda sorumluluklarının ek kart kullanılması halinde kullandığı limitle sınırlı olduğu, asıl borçlunun kredi kartı kullanımı ile oluşan borçtan dolayı bir sorumluluklarının bulunmadığı davalı S.E.’nin ek kredi kartı almadığı ve kullanmadığı gerekçesiyle davalı S.E. hakkındaki davanın reddine” yönelik esas mahkemesinin kararının onanmasına karar verilmiştir. Aynı yönde bkz. Y. 13. HD.’nin 2005/2275 E., 2005/8425 K. sayılı 16.05.2005 tarihli kararı (Sinerji İċtihat Bilgi Bankası).

### D. Ek Kart Hamilinin Diğer Ek Kartların Kullanımına İlişkin Sorumluluğu

Ek kart hamilinin diğer ek kart hamillerinin yaptığı harcamalardan sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira ek kart hamilleri arasında doğrudan bir bağlantı olmayıp, dolaylı bir bağlantı vardır. Ek kart hamili özellikle firma kartları için çıkarılan ek kartlarda, çoğu zaman kendilerinin yanında başka kimlere ek kart verildiğini dâhi bilmemektedir. Bundan dolayı kendisi için sorumluluk riski, tamamen önceden hesaplanamaz bir hâl almakta olduğundan, kredi kartı sözleşmelerine konulabilecek bu tür şartlar da iyiniyet kurallarına aykırı ve geçersiz kabul edilmelidir.<sup>87</sup> Kredi kartı sözleşmesindeki bu tür kayıtlar aynı zamanda menfaatler dengesine ek kart hamili aleyhine bir aykırılık oluşturacağından geçersizliği şeklinde bir sonuca gidilmesi uygun olacaktır.

### E. Kefilin Ek Kart Kullanımına İlişkin Sorumluluğu

Kefilin kredi kartının kullanımına ilişkin sorumluluğuna ilişkin BKKKK m.24/5'te bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; *"Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanunu'nda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilin borcun ifası istenemez".* Benzer şekilde TKHK m. 4/6. maddesi uyarınca; *"Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır".* Buna göre kefilin sorumluluğu her halde öncelikle asıl borçluya başvurulması şartına bağlıdır.

Kefilin sorumluluğunun kapsamına ek kart harcamalarının dâhil olup olmayacağı yönünde bir düzenleme ise kanunlarımızda mevcut değildir. Kefalet gerçekleştirildiği anda bir ek kart başvurusu yapılmış

<sup>87</sup> Ateş, s. 183; Şener, s. 567.



ve kefil de bundan haberdar ise ek kart harcamalarından bu harcamalardan kefilin sorumluluğu bulunacağı açıktır. Zira bu durumda kefilin, sorumluluğunun kapsamına ek kart harcamalarının da girdiğini önceden tahmin etmesi ve bilerek kefil olması söz konusudur.

Kefaletin gerçekleştirilmesinden sonra ek kart talebinde bulunulması halinde ek kart harcamalarının kefilin sorumluluğu kapsamına girip girmeyeceğini tespiti gerekir. BKKKK m. 24/5 hükmünde kefilin sorumluluğun kefalette bulunduğu limite sınırlı olduğu, *“kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere”* ilişkin olarak kefilin yazılı onayının alınması gerektiği belirtilmektedir. Ancak burada ek kart çıkarılmasına ilişkin talep, (ek kart için asıl karttan ayrı bir limit belirlenmedikçe) kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikte değildir. Zira ek kart asıl kartın limitini paylaşacağından ve kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişiklikler kapsamında değerlendirilmemelidir. Diğer yandan kredi kartı sözleşmelerinde genellikle asıl kart hamilinin talebi üzerine ek kart çıkarılabileceği yönünde hükümlere yer verilmekte, bu tür şartlara kefil kefilliği sırasında vakıf olmaktadır. Kredi kartı sözleşmesinden doğan borçlara kefil olan kefilin bu sözleşmeye istinaden çıkarılan ek kart harcamalarından da sorumlu tutulabilmesi amaca uygun bir çözüm olacaktır.

Kefil ister kredi kartı sözleşmesinin yapıldığı sırada ister sonradan talep üzerine verilen ek kartların kullanımından dolayı sorumlu olsun, kefile başvuru için öncelikle ek kart hamiline başvuru şartının aranıp aranmayacağını tespiti gerekir. Zira yukarıda değinildiği üzere kredi kartlarında kefalet gerek BKKKK m. 24/5 gerek TKHK m. 4/6 uyarınca adi kefalet hükümlerine tâbidir. Buna göre kefilin sorumluluğuna başvurmak için öncelikle asıl kart hamilinin takip edilmesinin yanında ek kart kullanımına ilişkin olarak ek kart hamilinin de kefile başvurudan evvel takip edilmesi gerekir. Zira burada ek kart harcamalarından dolayı asıl kart hamili ile birlikte ek kart hamili de müteselsil sorumludur. Ayrıca belirtmek gerekir ki ek kart kullanımından doğan borcu ödemek zorunda kalan kefil, bu ödeme dolayısıyla hem asıl kart hamiline hem de ek kart hamiline rücu edebilecektir.

## SONUÇ

Ek kart, asıl kart hamillerinin kredi kartlarını başkalarına kullan-dırmaları yasağını yumuşatmak üzere kart çıkaran kuruluşların uy-gulaması sonucunda ortaya çıkmış bir kavramdır. Kredi kartı kulla-nımının artmasına paralel bir artış gösteren ek kart kullanımı birçok faydayı beraberinde getirmektedir. Ek kart uygulaması; çıkarılması sırasında ek kart hamilinin kredi değerliliğinin araştırılmasına gerek bulunmaması, kredi kartı çıkarılmayacak durumda olan kişilere de bu yolla kredi kartı kullanma olanağı sağlanması, ek kartlar için ge-nellikle asıl karta oranla daha düşük kart yenileme ücreti alınması, aile ve işyerlerinde harcamaların tek elden yönetim ve denetimini ko-laylaştırması gibi nedenlerle kredi kartı kullanıcıları açısından tercih sebebidir. Bununla birlikte kart çıkaran kuruluşlar da ek kart çıkar-makla kart sürümünü artırmakta ve daha basit bir hesap tutma yönte-miyle daha fazla kredi kartı kullanıcılarına ulaşmaktadır.

Hukukumuzda ek kart kavramı ilk kez BKKKK'de yer almakla birlikte, burada da ek karta ilişkin yeterli düzenleme mevcut değildir. Zira kanunun BDDK tarafından hazırlanan tasarısı taslağında yer alan ek kart tanımı ve ek kart hamilinin sorumluluğuna yer veren 15. mad-de düzenlemesi kanun tasarısından çıkarılarak kanunlaşmamıştır. Uygulamada sıklıkla başvuru ve birçok uyuşmazlığa konu olan ek kart ilişkisine ilişkin olarak açık bir düzenlemeye gidilmesi özellikle ek kart ilişkisinde tarafların sorumluluğunun kapsamı ile ek çıkarıl-ması ve kullanılması konularında ortaya çıkabilecek tereddütleri gi-dermek açısından faydalı olacaktır.

Ek kart uygulamasından ve yargı kararlarından hareketle ek kar-ta ilişkin bazı tespitlere ulaşılmıştır. Buna göre ek kart ilişkisinde ku-ral olarak ek kart hamili kredi kartı sözleşmesinin yapılması ya da ek kart başvurusu sırasında sözleşmeye taraf olmaktadır. Bu halde ek kart ilişkisi, ek kart hamili ile asıl kart hamilinin ek kartın kullanı-mından sorumlu olduğu kendine özgü bir isimsiz akit olarak ortaya çıkar. Bu sözleşme ilişkisinde ek kart kullanımından doğan sorumlu-luk asıl kart hamili ile birlikte müteselsilen ek kart hamiline aittir. An-cak ek kart hamili, asıl karta ilişkin harcamalardan sorumlu değilken, asıl kart hamili kendi harcamaları yanında ek kart hamilinin yaptığı

harcamalardan da sorumludur. Asıl kart hamilinin ek kart kullanımı nedeniyle kart çıkaran kuruluşa yapmış olduğu ödemeleri ek kart hamiline rücu imkânı mevcuttur.

Bununla birlikte ek kart hamilinin hiçbir talebi ve hatta haberi olmaksızın kendisi için ek kart çıkarılması ihtimali ile de uygulamada karşılaşılmaktadır. Bu hallerde ek kart hamilinin kredi kartı sözleşmesine taraf olmaması nedeniyle sözleşmeden doğan sorumluluğunun varlığından söz edilemez. Ek kart hamili, talebi olmasa da ek kartı alıp kullanmışsa bu kullanımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulabilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Açıkgül Emine/Açıkgül Hacı Ali, Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2007.
- Akipek Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999 (Tüketici Kredisi).
- Akipek Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", AÜHFD, 2003, C. 3, S. 52, s. 103-119 (Kredi Kartları).
- Aslan İ.Yılmaz, Tüketici Hukuku, b. 3, Bursa 2006.
- Ateş Derya, Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Ek Kart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000.
- Aycı Emrullah/Biçkin İnci/Artuç Mustafa, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (Getirilen Yenilikler), Ankara 2006.
- Buhur, Oğuzhan, *Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması*, Ankara 2004.
- Ceylan Ebru, Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, İstanbul 2010.
- Çeker Mustafa, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 1997.
- Dizdar Ali Murat, "Genel İşlem Şartları", Bankacılar Dergisi, Mart 2010, S.72, s. 85-93.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 10, Ankara 2014.
- Erendaç Ali Tolga, "Banka Kartı veya Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımında Kart Hamilinin Hukuki Sorumluluğu", *Bankacılar Dergisi*, Eylül 2010, S. 74, s. 26-4.
- Gezder Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- Göndoğdu Gökmen, Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş ile Kart Hamili Arasındaki İlişkiler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, C. II, s. 1435-1472.
- İşgüzar, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003.
- Kaya, Feridun, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması, İstanbul 2009.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 17., Ankara 2013.

- Koh, Benedict, *Personal Financial Plannig*, 4th Ed., Singapore 2011.
- Kostakoğlu Cengiz, *Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif*, b. 5, İstanbul 2010.
- Önder Fahrettin/Özkul Burcu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanı Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, 2013, C. 18, S. 3, s. 25-46.
- Reisoğlu Sefa, *Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi*, *Bankacılar Dergisi*, S.77, 2011, s. 25-46.
- Reisoğlu Safa, "Tüketici Kredileri Hukukî Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak", *Bankacılar Dergisi*, S. 69, 2008 (Tüketici Kredileri), s. 50-72.
- Sweet & Maxwell Limited, *German Tax and Business Law*, London 2005.
- Şener Oruç Hami, *Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer Sistemi (EFTPOS) ve Hukukî Niteliği*, İstanbul 2000.
- Sungur İlhan, *Uygulamacı Gözüyle Banka Kartları Mevzuatı ve Uygulaması*, Ankara 2007.
- TakanMehmet/Boyacıoğlu Melek Acar, *Bankacılık, Teori, Uygulama ve Yöntem*, b. 3, Ankara 2011.
- Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, b. 3, C. 2, Ankara 1987.
- TBB Kredi Kartları Çalışma Grubu (Ed. Himmetoğlu, Buket), *Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu Değerlendirme Toplantısı*, *Bankacılar Dergisi*, S. 56, 2006, s. 94-104.
- Teoman Ömer, *Hukukî Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, b. 2, İstanbul 1996.
- Wiley, John, *Banking Law and Practise*, Singapore 2012.
- Zevkliler Aydın/ Aydoğdu Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, b. 3, Ankara 2004.

# HAVAYOLU İLE TAŞIMALARDA BAGAJIN ZİYAI VEYA HASARA UĞRAMASI NEDENİYLE DOĞAN ÂKDİ SORUMLULUK “CONTRACTUAL LIABILITY IN CASE OF LOST OR DAMAGE OF BAGGAGE DURING CARRIAGE BY AIR”

Nurdan ORBAY ORTAÇ\*

**Özet:** Havayolu ile taşımalarda yolcuların sıkça karşılaştığı sorunlar arasında yer alan bagajın ziyai veya hasara uğraması halinin incelendiği bu makalede öncelikle bagaj kavramı ve taşıyıcının bagajı taşıma borcu üzerinde durulduktan sonra, bagajın ziyai veya hasara uğramasından doğan sorumluluğun esaslarına yer verilmiş ve son olarak sorumluluk davası incelenmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Hava taşıyıcısı, Bagajın kaybı, Bagajın Ziyai, Sorumluluk, 1999 Montreal Konvansiyonu

**Abstract:** This article examines the loss or damage of baggage which is one of the main problems that passengers are faced with during the air transport. In scope of this article, primarily, the baggage term and the transport of baggage obligation of the carrier are emphasized. After that the consequences of the liability in case of loss or damage of baggage and finally the liability suit is examined.

**Keywords:** Air carrier, Lost of baggage, Damage of baggage, Liability, 1999 Montreal Convention

## Giriş

Günümüzde insanlar seyahatlerini geçmişe nazaran daha ekonomik olan havayolu araçları ile gerçekleştirmeyi tercih etmektedirler. Havayolu ile ulaşım diğer ulaşım türleri ile kıyaslandığında ekonomik olmasının yanında zaman tasarrufu da sağlamaktadır.

\* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Bagajın zıyayı veya hasara uğraması hava taşımacılığında karşılaşılan en sık problemlerden biridir. İç hat taşımalarında taşıyıcının bagaj zararlarından doğan sorumluluğu esas itibariyle Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Dördüncü Kısımının Birinci Bölümünde düzenlenmiştir.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı maddesi hükmünde havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda uygulanacak hükümlerin sırası belirtilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, Türk Sivil Havacılık Kanununda hüküm bulunmadıkça, öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri; uluslararası anlaşmalarda da hüküm yoksa Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.

26 Mart 2011 tarihine kadar iç hat taşımalarına Türkiye'nin 3 Aralık 1977 tarihinde sonraki katılma yolu ile taraf olduğu ve Varşova'da imzalanan 1929 tarihli "*Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Konvansiyon*" hükümleri uygulanmıştır. Ancak 26 Mart 2011 tarihinde kısaca 1999 Montreal Konvansiyonu olarak anılan ve 28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal'de imzalanan "*Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Konvansiyon*"un Türk Hukukunda yürürlüğe girmesiyle beraber artık Türk Sivil Havacılık Kanununda hüküm olmayan hallerde anılan Konvansiyon hükümleri öncelikli olarak uygulanmaya başlamıştır. Uluslararası anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı takdirde ise Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı maddesi gereğince Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulama bulur.

Ayrıca Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesinde, taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması hususunda doğrudan Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşma hükümlerine atıf yapılmıştır.

## 1. TAŞIYICININ BAGAJI TAŞIMA BORCU

### I. BAGAJ KAVRAMI

#### A. Tanımı

Türk Sivil Havacılık Kanununda bagajı tanımlayan herhangi bir hüküm yoktur. Montreal Konvansiyonunda ise "teslim alınan bagaj"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Türk Sivil Havacılık Kanununda "teslim alınan bagaj" için "tescil ettirilmiş bagaj" ifadesi kullanılmıştır (m. 121).

ve teslim alınmayan bagaj” ayrımı yapılmış; ancak bu türlere ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir (m. 31)<sup>2</sup>.

Doktrinde bagaj, yolcunun beraberinde vasıtaya getirdiği ve onunla birlikte taşınan kişisel eşyası olarak tanımlanır<sup>3</sup>.

## B. Türleri

### 1. Teslim alınmayan bagaj

IATA<sup>4</sup> tarafından yapılan tanıma göre teslim alınmayan bagaj, “yolculukla ilgili olarak yolcunun giyimi, kullanımı, kolaylığı, rahatlığı için uygun veya gerekli olan nesne, madde ve diğer şahsi mallar” anlamına gelir<sup>5</sup>. Bu tanımdan yola çıkarak teslim alınmayan bagajın el bagajı ve kabin bagajını kapsadığı söylenebilir. El bagajı, yolcunun kişisel kullanımı için yanında bulunan küçük şeylerdir<sup>6</sup>. Kabin bagajı ise, el bagajı gibi yolcunun yaptığı yolculuk dolayısıyla yanına aldığı; ancak el bagajından farklı olarak bunları kabin içerisinde kendisine tahsis olunan bölmede muhafaza ettiği eşyasından oluşur<sup>7</sup>.

### 2. Teslim alınan bagaj

Teslim alınan bagaj ise, IATA tarafından, yolcunun taşıyıcı tarafından emanet alınan bagajı olarak tanımlanmıştır<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Montreal Konvansiyonunun Bakanlar Kurulu tarafından 01.10.2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Türkçe metninde, “checked baggage - unchecked baggage” kavramları için her ne kadar “kontrol edilmiş bagaj - kontrol edilmemiş bagaj” ifadeleri kullanılmışsa da bu çevirinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu kavramlar için “teslim alınan bagaj - teslim alınmayan bagaj” ifadelerinin kullanılması daha yerinde olacaktır.

<sup>3</sup> Mahzar Nedim Göknül; Hava Hukuku, İstanbul, 1951, s. 188; Mertol Can; Deniz Taşıyanının Yolcuların Bagajının Ziyayı veya Hasarından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1991, s. 31 (Bagaj).

<sup>4</sup> IATA Merkezi Kanada’nın Montreal kentinde bulunan, dünya milletleri yararına düzenli, güvenli ve ekonomik hava taşıması sağlamak ve havacılığı desteklemek amacıyla kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür. IATA, üye hava yollarının, yer hizmet kuruluşlarının ve hava limanlarının prosedürlerinin belirlenmesini ve üye kuruluşların işbirliği hakkında standartlar geliştirilmesini de amaçlamaktadır. Bir ticaret birliği olan IATA havayolu taşımacılığının ticari kısmı ile ilgilenmektedir (Marek Zyllic; International Air Transport Law, Netherlands 1992, s. 155).

<sup>5</sup> <http://www.flyuia.com/eng/information-and-services/GENERAL-CONDITIONS-OF-CARRIAGE.html> (07/12/2013)

<sup>6</sup> Hüseyin Ülgen; Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 1987, s. 50.

<sup>7</sup> Mertol Can; Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara, 2001, s. 44.

<sup>8</sup> <http://www.flyuia.com/eng/information-and-services/GENERAL->



Teslim alınmayan bagaj üzerinde yolcunun tam hâkimiyeti söz konusu iken, teslim alınan bagaj taşıyıcının hâkimiyeti altındadır.

## II. BAGAJIN TAŞINMASI BORCU

Taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan asli borcu taşıma borcudur. Bu borcun kapsamına yolcu yanında beraberindeki bagajın taşınması da girer. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça bagaj için taşıma ücretinden ayrı olarak bir ücret ödenmesine gerek yoktur (TSHK m. 108). Ancak uygulamada ücretsiz taşınan bagaj için belli bir ağırlık limiti öngörülerek, limiti aşan kısım için ayrıca bir ücret talep edilmektedir<sup>9</sup>.

Taşıyıcı taşıma süresince hâkimiyeti altında bulunan bagajın zayı olmaması veya hasara uğramaması için bakım ve gözetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmelidir<sup>10</sup>. Aksi halde doğan zarardan sorumlu olur.

Taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü, bagajın taşınmak üzere teslim alınması ile başlar. Bagaj, taşıyıcının kendisi veya temsilcisi tarafından teslim alınabilir. Bagajın hava aracına yüklenmesi daha sonra gerçekleşse dahi taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü bagajın teslim alınması işlemi ile başlar<sup>11</sup>.

Taşıyıcının teslim alma ile başlayan bakım ve gözetim yükümlülüğü, bagajın varma yerinde yolcuya veya temsilcisine teslim edilmesi ile sona erer. Ancak taraflar taşıma sözleşmesinde, taşıyıcının bagajı bir süre saklamasını kararlaştırmışlarsa varma yerinde henüz teslim gerçekleşmemiş olduğundan taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü, teslim gerçekleşinceye kadar devam eder<sup>12</sup>.

---

[CONDITIONS-OF-CARRIAGE.html](#) (07.12.2013)

<sup>9</sup> Ülgen, s. 86.

<sup>10</sup> Sabih Arkan; Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982 s. 47; Pablo Mendes De Leon/ Werner Eyskens; "The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernizations and the Consolidations of the Warsaw System", 66 J. Air L. & Com., (2000-2001), s. 1174.

<sup>11</sup> Ülgen, s. 170.

<sup>12</sup> Ülgen, s. 171.

## 2. ÂKDI SORUMLULUĞA İLİŞKİN ESASLAR

### I. ÂKDI SORUMLULUK HÜKÜMLERİNE TÂBİ KİŞİLER

#### A. Âkit Taşıyıcı

Âkdi borç ilişkilerinde kural olarak borcun ifasının borçlu tarafından bizzat ifası gerekmele beraber, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının yararının olmadığı hallerde borcun ifasının üçüncü bir kişiye devri mümkündür (6098 sayılı TBK m. 83). Özellikle; borçlunun bilgisinin, tecrübesinin, kişisel özelliklerinin alacaklı yönünden önem taşıdığı hallerde borcun borçlu tarafından ifası gerekir; ancak tarafların aksini kararlaştırması mümkündür<sup>13</sup>.

Yolcu taşıma sözleşmelerinde de taşıma taahhüdü, genellikle sözleşmenin tarafı olan taşıyıcı tarafından icra edilmekle beraber; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, taşıma işi sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye bırakılabilir<sup>14</sup>. Bu halde, taşıma işini icra eden kişi ile yolcu arasında herhangi bir âkdi ilişki doğmaz; ancak taşıma sözleşmesi ile taşıma taahhüdünde bulunan kişinin taşıyıcı sıfatı ve yolcuya karşı sorumluluğu devam eder.

“Âkit taşıyıcı” kavramı, taşıma sözleşmesinin tarafı sıfatını haiz olan taşıyıcıyı ifade etmek üzere kullanılır. Taşıma sözleşmesinin taşıyıcı tarafında birden ziyade kimsenin bulunması mümkündür. Taşımanın birbiri ardınca değişik taşıyıcılar tarafından yapılması halinde; yolcu taşımayı kabul etmiş olan her taşıyıcı mütevali taşıyıcı olarak nitelendirilir<sup>15</sup> ve mütevali taşıyıcılardan her biri kendi nezaretinde gerçekleştirilen taşımanın o kısmı ile ilgili olduğu oranda taşıma sözleşmesinin taraflarından biri sayılır (TSHK m. 129). Âkit taşıyıcı sıfatını haiz olan mütevali taşıyıcılar, yolcuya karşı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

#### B. Fiilî Taşıyıcı

Daha önce de belirttiğimiz üzere, taşıma sözleşmesinde taşıyıcının; taşıma işini, sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye bırakması

<sup>13</sup> Fikret Eren; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 924 (Borçlar); Safa Reisoglu; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 289.

<sup>14</sup> Arkan, s. 21 (Karada).

<sup>15</sup> Ülgen, s. 65.

mümkündür. Taşıma işinin bırakıldığı kişiyi, taşıma sözleşmesinin tarafı olan taşıyıcıdan ayırmak için fiilî taşıyıcı kavramı kullanılmaktadır.

Âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı arasındaki ilişki de bir akde dayanır. Âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı, havayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden bağımsız olarak bir başka taşıma sözleşmesi yapmak suretiyle aralarında bir âkdi bir ilişki kurar. Âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı arasındaki bu ilişki, genellikle “çarter sözleşmesi”<sup>16</sup> şeklinde karşımıza çıkar.

Fiilî taşıyıcı ile yolcular arasında âkdi bir ilişki bulunmadığından yolcular, fiilî taşıyıcının kendisinin ve adamlarının fiillerinden doğan zararlarından dolayı Türk Sivil Havacılık Kanununun akdi sorumluluğa ilişkin hükümlerine dayanarak bu kişilerin sorumluluklarına gidemez.

Montreal Konvansiyonunda ise, yolcular ile fiilî taşıyıcı arasında bir âkdi ilişki bulunmamasına rağmen; yolcuların, fiilî taşıyıcıya karşı da Konvansiyonda öngörülen âkdi sorumluluk hükümlerine dayanarak başvuruda bulunmaları imkânı yaratılmıştır (m. 40)<sup>17</sup>. Böylece fiilî taşıyıcı, sadece sorumluluk hükümleri bakımından, bir nev’i taşıma sözleşmesinin tarafı haline getirilmiştir.

### C. Âkit Taşıyıcının Veya Fiilî Taşıyıcının Adamları

Türk hukukunda, taşıyıcının adamları kavramı, 6762 sayılı Türk

<sup>16</sup> Hava aracı kullanma sözleşmelerinden olan çarter sözleşmelerine ilişkin Türk Sivil Havacılık Kanununda birkaç maddeye yer verilmiş ve düzenleme olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu hükümlerine atf yapılmıştır (TSHK m. 118). Türk Ticaret Kanununda yer alan hükümlerden yola çıkarak havayolu taşımalarında yolculuk çarteri sözleşmesi, “hava aracı malikinin veya işleteninin, hava aracının tamamını ya da bir kısmını yahut muayyen bir yerini âkit taşıyıcıya tahsis ederek yolcuyu havada taşımaya taahhüt ettiği sözleşme” olarak tanımlanabilir. Bu sözleşmede, hava aracının maliki veya işleteni; yani aracı tahsis eden çarterleyen; hava aracı kendisine tahsis edilen kimse ise çarterer olarak nitelendirilir. Taşıma sözleşmesi bakımından ise çarterer, âkit taşıyıcı; çarterleyen ise fiilî taşıyıcı mevkiinde karşımıza çıkar.

<sup>17</sup> Benzer bir düzenleme eşya taşımalarına ilişkin olarak 6102 sayılı Kanunda da öngörülmüştür. Anılan Kanunun 888’inci maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir: “(1)Taşıma, kısmen veya tamamen üçüncü bir kişi olan fiilî taşıyıcı tarafından yerine getirilirse.....zarardan asıl taşıyıcı gibi sorumludur”. Ancak Kanunun karayolu ile yolcu taşımalarına ilişkin hükümlerinde fiilî taşıyıcıya ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu hususun gözardı edilmesi kanun yapma tekniği açısından isabetli olmamıştır.

Ticaret Kanununun 782'nci maddesinden yola çıkılarak genellikle taşıyıcının maiyetinde çalışanlar ve taşıyıcının kullandığı kişiler olarak iki başlık altında incelenmektedir<sup>18</sup>. Anılan hükmün, 6102 sayılı Kanunda karşılığını teşkil eden 879'uncu maddesinde ise taşıyıcının adamları; kendi adamları ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişiler olarak iki grupta toplanmıştır.

Taşıyıcının maiyetinde çalışanlar (taşıyıcının kendi adamları), taşıyıcıya genellikle hizmet sözleşmesi ile bağlı, sürekli görev yapan kişileri kapsar. Taşıma işinin icrasına doğrudan katılan işçilerin –örneğin; kabin ekibi- yanı sıra taşıma işine doğrudan katılmamakla beraber taşıyıcının işletmesinde çalışan muhasebeci, temizlikçi, bakım personeli gibi dolaylı hizmet veren işçiler de bu kapsamda değerlendirilir<sup>19</sup>.

Taşıyıcının kullandığı (yararlandığı) kişiler ise taşıyıcının maiyetinde çalışanlardan farklı olarak taşıyıcıya sürekli bir ilişki ile bağlı olmamakla beraber taşıma işinde yardımcı olan bağımsız kişilerdir; örneğin, yakıt ikmalini yapan, hava aracında tüketilen yiyecek ve içeceklerin temin edildiği kişiler gibi<sup>20</sup>.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 127'nci maddesinde, bu Kanunda öngörülen bir zarardan dolayı taşıyıcının adamına karşı da sorumluluk davası açılabilceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yolcu ile taşıyıcının adamlarının arasında taşıma işine ilişkin herhangi bir âkdi ilişki bulunmamasına rağmen zarar görene, bu kimselere karşı taşıma sözleşmesinin ihlali neticesinde doğan zararlar için doğrudan başvurulabilme imkânı tanınmıştır. Bu hüküm özellikle hava taşıyıcısının acentesi bakımından uygulama bulur. Zira hava taşımalarında taşıma sözleşmesi genellikle taşıyıcı ile doğrudan değil; onun bir acentesi vasıtasıyla yapılmaktadır ve yolcu ile taşıyıcının ikametgâhları çoğu zaman farklı yerde bulunmaktadır. Bu durumda, zarar görenin, taşıyıcının ikametgâhında sorumluluk davası açması ve yürütmesi ona külfet getirebilir. Kanun koyucunun, taşıyıcının adamlarına karşı dava açma hakkı tanımak suretiyle, zarar göreni bu külfetten kurtarmayı amaçladığı kanaatindeyiz.

<sup>18</sup> Arkan, s. 96 - 97 (Karada); Ahmet Kırman, Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcısının Sorumluluğu, Ankara, 1990, s. 108 - 109.

<sup>19</sup> Arkan, s. 97 (Karada).

<sup>20</sup> Ülgen, s. 206.

## D. Âkdi Sorumluluk Hükümlerine Tâbi Kişiler Arasındaki İlişkinin Hukukî Niteliği

Âkdi sorumluluk hükümlerine tâbi kimselerin sorumluluk ilişkisinin hukukî niteliği hususunda Türk Sivil Havacılık Kanununda ve Montreal Konvansiyonunda özel bir hüküm yer almasa da anılan düzenlemelerde yer alan diğer hükümlerden bir sonuca varmak mümkündür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; âkdi sorumluluk hükümlerine tâbi kişiler, aynı sorumluluk şartlarına ve sorumluluk sınırlarına tâbidirler (TSHK m. 127; Montreal Konvansiyonu m. 30/1, m. 40, m. 45). Bununla beraber zarar görenin anılan kimselerden alabileceği toplam tazminat miktarı dava konusunun tâbi olduğu toplam sorumluluk miktarını aşamaz (TSHK m. 127; Montreal Konvansiyonu m. 30/2, m. 44). Böylece zarar görenin çifte tazminat almak suretiyle zenginleşmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla tazminat borcu, âkdi sorumluluk hükümlerine tâbi kişilerin birisi tarafından yerine getirildiği oranda sona erer.

Montreal Konvansiyonunun 41'inci maddesinde ise açıkça fiilî taşıyıcının ve adamlarının fiillerinin âkit taşıyıcının da fiili sayılacağı; aynı zamanda âkit taşıyıcının ve adamlarının fiillerinin de, fiilî taşıyıcının fiili sayılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>21</sup>.

Anılan hükümlerden, akdi sorumluluk hükümlerine tâbi kimseler arasındaki sorumluluğun niteliği itibariyle müteselsil sorumluluk olduğunu söylemek mümkündür<sup>22</sup>. Montreal Konvansiyonunun 41'inci maddesinin ikinci paragrafında âkit taşıyıcının fiillerinin fiilî taşıyıcıyı; 21'inci, 22'nci, 23'üncü ve 24'üncü maddelerde öngörülen miktarları aşan sorumluluklara tâbi kılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan hükmü tamamlar nitelikteki 44'üncü madde de, âkdi sorumluluk hükümlerine tâbi kimselerin sorumluluklarının müte-

<sup>21</sup> Her iki taşıyıcının birbirlerinin ve adamların fiillerinden sorumlu tutulması doktrinde, "yansıma sorumluluk (mirror liability)" olarak tanımlanmaktadır (Regula Dettling-Ott; Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006, Art. 41, s. 3, p. 6 (MontrealComm./ Dettling-Ott)).

<sup>22</sup> Fabian Reuschle; Montrealer Übereinkommen, 1. Auflage, Berlin, 2005, s. 397; MontrealComm./ Dettling-Ott; Art. 41, s. 2, p. 2; Edgar Ruhwedel; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, Münchenen, 2009, s. 1708 (MünchenerKomm.HGB/Ruhwedel).

selsil olduğu görüşünü destekler niteliktedir. Montreal Konvansiyonunun 44'üncü maddesi ile fiilî taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen bir taşımayla ilgili olarak, fiilî taşıyıcı ve âkit taşıyıcı ile onların adamlarından tahsil edilebilecek tazminatların toplamının; bu Konvansiyon uyarınca fiilî taşıyıcı ya da âkit taşıyıcı aleyhinde verilebilecek en yüksek miktarı aşamayacağı belirtildikten sonra âkdi sorumluluk hükümlerine tâbi kişilerin ödeyecekleri tazminat miktarına ilişkin bir başka sınırlama daha getirilmiştir. Anılan madde hükmüne göre “*fakat bahsedilen şahıslardan hiçbiri o şahsa uygulanabilir sınırlardan fazlası bir miktara karşı sorumlu olmayacaktır*”. Bu hüküm ile Montreal Konvansiyonunun 41'inci maddesinin ikinci paragrafı bir arada değerlendirildiğinde; âkdi sorumluluk hükümlerine tâbi olanlardan birisinin zarar görenle yaptığı sözleşme ile Konvansiyon hükümlerinde düzenlenen sorumluluk rejiminden daha ağır bir sorumluluk üstlenmesinin, açıkça kabul etmedikleri sürece, diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağına kabul edildiği söylenebilir<sup>23</sup>.

Montreal Konvansiyonunda bu hüküm yer almasaydı dahi; milli hukukumuzda yer alan düzenlemelerden de aynı sonuca varılabilirdi. Türk Hukukunda, kural olarak müteselsil borçlulardan birinin kendi fiiliyle diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağı kabul edilmiştir (6098 sayılı TBK m. 165). Bunun nedeni, borçlulardan her birinin borcunun diğerinin borcundan bağımsız nitelik taşımasıdır<sup>24</sup>.

## II. BAGAJIN ZİYAINDAN VEYA HASARA UĞRAMASINDAN DOĞAN ÂKDİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Türk Sivil Havacılık Kanununun taşıyıcının bagaj zararlarından doğan sorumluluğuna ilişkin hükümleri sadece teslim alınan bagaj nazara alınarak sevk edilmiştir.

Montreal Konvansiyonunda ise teslim alınan bagaj ve teslim alınmayan bagaj ayrımı yapılmış; ancak Türk Sivil Havacılık Kanunundan farklı olarak teslim alınmayan bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde de taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı maddesinde yapılan atıf ge-

<sup>23</sup> MontrealComm./ Dettling-Ott, Art. 44, s. 1- 2, p. 3.

<sup>24</sup> Eren, s. 1207-1208 (Borçlar).

reği, Montreal Konvansiyonunun teslim alınmayan bagaja ilişkin sorumluluk hükümleri iç hat taşımalarında da uygulanır.

### **A. Teslim Alınan Bagajın Zıyaından Veya Hasara Uğramasından Doğan Sorumluluğun Şartları**

Türk Sivil Havacılık Kanununun 121'inci maddesinde tescil ettirilmiş bagajın kaybı veya hasara uğraması halinde, zarara sebebiyet veren olay, havayolu ile taşıma sırasında meydana gelmiş ise zarardan taşıyıcının sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan madde hükmünde havayolu ile taşımanın, bagajın bir havaalanında veya bir hava aracında yahut havaalanı dışına inilmesi halinde o yerde taşıyıcının bakım ve gözetimi altında bulunduğu süreyi kapsadığı belirtilmiştir.

#### **1. Zarar**

Taşıyıcının bagajın taşınmasından dolayı sorumluluğunun diğer bir şartı ise, bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali sonucunda bir zararın ortaya çıkmış olmasıdır.

#### **a. Zarara neden olan haller**

##### **aa. Bagajın zıyaı**

Bagajın zıyaı; taşıyıcının kendisine teslim olunan bagajı, fiili veya hukuki bir imkânsızlık nedeniyle yolcuya teslim etmemesi veya edememesi halidir. Zıya; hem bagajın telef olmasını yani özünün yok olması, iktisadi değerini yitirmesi veya amacına uygun kullanım özelliğini yitirmesi halini hem de bagajın kaybolması halini içine alır<sup>25</sup>.

Bagajın yolcuya geçici olarak teslim edilememesi halinde bagajın kaybı değil, gecikmesi söz konusu olmakla beraber Montreal Konvansiyonuna göre, bagajın hak sahibine teslim edilmesi gereken tarihten sonraki yirmi bir (21) günün bitiminde halen teslim edilmemesi halinde bagajın karineten zayı olduğu kabul edilir (m. 17/3). Konvansiyonda zayı olduğu karineten kabul edilen bagajın daha sonra bulunması halinde nasıl bir yol izleneceği hususunda hüküm bulunmamakla beraber doktrinde, hak sahibinin aldığı tazminatı iade etmek suretiyle

---

<sup>25</sup> Ülgen, s. 179.



bagajın teslimini, ayrıca gecikmeden doğan zararlarını talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

### **bb. Bagajın hasarı**

Hasar, eşyanın değerinin düşmesine neden olan fiziksel kötüleşme olarak ifade edilir<sup>27</sup>. Örneğin, bagajın ıslanması neticesinde bagajda yer alan elektronik cihazların kısmen zarar görmesi halinde hasardan söz edilebilir.

Bagajın tamamen veya kısmen hasara uğraması mümkündür. Ancak bagajın kısmen hasara uğraması halinde kalan kısım da iktisadi değerini tamamen yitirmişse artık tam hasardan söz edilir<sup>28</sup>. Örneğin, yağlı boya bir tablonun kısmen hasara uğraması halinde tablo tamamen değerini yitireceğinden artık tam hasardan söz edilir.

### **b. Maddi zarar**

Bagajın zayı olması veya hasara uğraması halinde hak sahibinin malvarlığında meydana gelen eksilme maddi zarar olarak nitelendirilir. Türk Sivil Havacılık Kanununda ve Montreal Konvansiyonunda zararın miktarının nasıl hesaplanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde zarar miktarı, Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı maddesinde yapılan atıf gereğince, Türk Ticaret Kanunu hükümleri nazara alınarak tespit edilir. Türk Ticaret Kanununun 912'nci maddesinde taşıyıcının, bagajın ziyaandan veya hasara uğramasından Kanunun 875 ile 886'ncı maddeleri uyarınca sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Bagajın tamamen veya kısmen zıyı halinde zarar miktarı, bagajın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değerine göre hesaplanır (TTK m. 880/1). Bagajın hasara uğraması hâlinde ise zarar miktarı, bagajın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki hasarsız değeri ile hasarlı değeri arasındaki farka göre tespit edilir (TTK m. 880/2).

<sup>26</sup> Ülgen, s. 179.

<sup>27</sup> Mankiewicz, s. 169; Ronald Schmid; Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006 Art. 17-130 (MontrealComm./Schmid).

<sup>28</sup> Ülgen, s. 181.

Zarar gören eşyanın değeri piyasa fiyatına göre, bu yoksa aynı tür ve nitelikteki malların cari değerine göre tayin edilir (TTK m. 880/3).

Bagajın zıyayı veya hasara uğraması hâlinde ortaya çıkan zararın saptanması için yapılması gereken zorunlu giderler de maddi zarar kalemleri arasındadır (TTK m. 881).

### c. Manevi zarar

Manevi zarar, bir kimsenin şahıs varlığına haksız olarak yapılan saldırı neticesinde meydana gelen zarardır<sup>29</sup>. Maddi zarar ile manevî zarar arasındaki en önemli fark, ihlâl edilen hakkın değerinin para ile ölçülebilir olup olmaması noktasındadır. Maddi zararın karşılığını oluşturan, malvarlığının eksilmesi neticesinde doğan zarar, para ile ölçülebilirken; şahıs varlığına yapılan saldırı neticesinde oluşan manevi zarar, her ne kadar genellikle para ile tazmin edilse de, niteliği gereği uğranılan zararın para ile ölçülebilmesi mümkün değildir<sup>30</sup>.

Bagajın zıyayı veya hasara uğraması halinde hak sahibi manevi zarara da uğrayabilir. Türk Sivil Havacılık Kanununda ve Montreal Konvansiyonunda bagajın zıyayı veya hasara uğraması halinde ortaya çıkan zararın tazmin edileceği hüküm altına alınmış olmakla beraber, bu zararların niteliğine (maddi zarar-manevi zarar) ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Yargıtay, Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmedebileceğine karar vermektedir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Halûk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 2010s. 63; Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", *AÜHFĐ.*, C. 35, Y. 1978, S. 1-4, s. 400; Mustafa Fadıl Yıldırım/ Veysel Başpınar, "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk - İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, s. 1094.

<sup>30</sup> Ferit Hakkı Saymen, *Manevi Zarar ve Tazmini Sureti*, İstanbul, 1940, s. 13 vd.; Ünal, s. 399; aksi görüş için bkz. Fulya Erlüle; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Ankara, 2011, s. 72 vd.

<sup>31</sup> Yargıtay verdiği bir kararda; havayolu taşıması sırasında, davacıların gezi boyunca giymeyi planladıkları giysilerin, özellikle opera ve bale gibi gösteriler için yanlarına aldıkları özel giysilerin kaybolmasının, onlarda elem ve ızdıraba yol açmasının hayatın olağan akışına uygun olduğu gerekçesiyle manevi tazminat talebinin yerinde olduğuna hükmetmiştir (YHGK, 12.12.2001, 2001/11-1161 E., 2001/1152 K. sayılı kararı).

## 2. Zarara sebebiyet veren olay

### a. Olay kavramı

Türk Sivil Havacılık Kanununa ve Montreal Konvansiyonuna göre, yolcunun ölümü veya bedensel bütünlüğünün ihlâli halinde hukuki sorumluluğun doğabilmesi için ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlâlinin bir “kaza” neticesinde meydana gelmesi gerektiği hükme bağlanmakla beraber; taşıyıcının, bagajın ziyayı ve hasara uğraması halinde sorumlu tutulabilmesi için zararın bir “olay” neticesinde meydana gelmesi gerekir (TSHK m. 120, 121; Montreal Konvansiyonu m. 17/1, 17/2).

“Olay”; “kaza”yı da içine alan, zararın doğmasına yönelik tüm vakıaları ifade eden geniş bir kavram olarak tanımlanmaktadır<sup>32</sup>. Bu nedenle taşıyıcının bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesi için zarara sebebiyet veren olayın niteliğinin önem arz etmediği kabul edilmektedir.

### b. Olayın havayolu ile taşıma sırasında meydana gelmesi

Bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için zarara neden olan olayın havayolu ile taşıma sırasında meydana gelmesi gerekir (TSHK m. 121; Montreal Konvansiyonu m. 17/2).

Daha önce de arz ettiğimiz üzere taşıyıcının bagaj zararlarından doğan sorumluluğu, onun bagaj üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihlâl etmesinden doğar. Bunu nazara alan kanun koyucu Türk Sivil Havacılık Kanununun 121’inci maddesinde, havayolu ile taşımanın; bagajın bir havaalanında veya bir hava aracında veya havaalanı dışına inilmesi halinde o yerde taşıyıcının muhafaza ve nezareti altında bulunduğu süreyi de kapsayacağını hüküm altına almıştır. Benzer bir düzenleme Montreal Konvansiyonunun 17’nci maddesinin ikinci fıkrasında da bulunmaktadır. Örneğin; aktarmalı uçuşlarda, ak-

<sup>32</sup> Wolf Müller-Rostin, Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006, Art. 18, s. 11, p. 23; Kırmızı, s. 60; Özdemir Atalay; Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: bagaj, yükün kaybı, hasarı ve gecikmesinden doğan zararlar nedeniyle, Ankara, 1992, s. 59.

tarma yapılan havaalanında bagajın zıyayı veya hasara uğraması halinde taşıyıcının sorumluluğundan söz edilir.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 121'inci maddesinin son fıkrası hükmüne göre havayolu ile taşıma süresi, bir havaalanı dışında olmak üzere karada, denizde veya iç sularda yapılan taşımayı içine almaktadır. Ancak bu tür bir taşımanın taraflar arasındaki hava taşıma sözleşmesinin ifasına uygun olarak yükleme, teslim veya aktarma yapmak amacıyla yapılması halinde buradaki işlemler havayolu taşıması süresine dâhil olacağından, bu safhalarda meydana gelebilecek zararların, havayolu taşıması sırasında meydana gelmiş olduğu kabul edilir (TSHK m. 121/3). Örneğin, taşıyıcı ile yolcu arasında yapılan taşıma sözleşmesinde bagajın taşıyıcı tarafından bir depoda belli süre saklanmasına ilişkin bir şart öngörülmüşse, taşıyıcının bagajın saklama süresi içerisinde uğradığı zarardan doğan sorumluluğu da taşıma sözleşmesinin ihlalden doğmuş sayılır<sup>33</sup>.

### 3. Kusur

Türk Sivil Havacılık Kanununun 123'üncü maddesinde taşıyıcının; kendisinin ve adamlarının, zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme tarzı nazara alındığında taşıyıcının sorumluluğunun, olağan sebep sorumluluğu olduğu kanaati hâsıl olmaktadır. Zira Türk Sivil Havacılık Kanununun 123'üncü maddesi hükmünde taşıyıcının sorumluluğu objektif özen yükümlülüğünün<sup>34</sup> ihlali şartına bağlanmıştır. Bununla beraber; Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesinde taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasının, Türkiye'nin katıldığı Konvansiyon hükümlerine göre tayin olacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, anılan Kanunun 106'ncı maddesi

<sup>33</sup> Ülgen, s. 171.

<sup>34</sup> Kusursuz sorumluluk hallerinden olan olağan sebep sorumluluğu objektif özen yükümlülüğünün ihlali prensibine dayanır ve sorumlu kimse sorumluluk çerçevesine giren bir zararın meydana gelmesi halinde, gerekli özeni göstermediği ve zararın bu yüzden meydana geldiği karinesine dayanılarak sorumlu tutulur. Sorumlu tutulan kimse gerekli özeni gösterdiğini veya zararın özenin gösterilmemesinden ileri gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (Kemal M. Oğuzman/ Turgut M. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2012, s. 9).

hükümünde de; havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda, bu Kanunda hüküm bulunmadıkça, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Hal böyle olunca sadece sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin değil; sorumluluk miktarlarına, sorumluluğu azaltan veya ortadan kaldıran hallerine ilişkin, Türk Sivil Havacılık Kanununda yer almamakla beraber Montreal Konvansiyonunda yer alan düzenlemeler de iç hat taşımalarında nazara alınmalıdır.

Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesinin 2'nci paragrafında taşıyıcının, bagajın uğradığı zararlardan hangi hallerde sorumlu tutulamayacağı sınırlı şekilde sayılmıştır. Buna göre, zarar bagajın kendi içinde bulunan kusurlardan, bagajın kalite ve kötülüğünden kaynaklanıyorsa, taşıyıcı bundan sorumlu değildir. Ayrıca Montreal Konvansiyonunun 20'nci maddesi hükmü uyarınca zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru (müterafik kusur) varsa bu halde de taşıyıcı sorumluluktan kısmen ya da tamamen kurtulabilecektir. Dolayısıyla taşıyıcının bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmek gerekir<sup>35</sup>.

Görüldüğü üzere taşıyıcının sorumluluğunun niteliği bakımından Türk Sivil Havacılık Kanunu ile Montreal Konvansiyonu hükümleri çelişmektedir. Hal böyle olunca hangi düzenlemenin esas alınması gerektiği tereddütlere yol açabilir. Ancak bu halde Türk Hukuku bakımından kanun gücünde olan Montreal Konvansiyonu hükümlerine üstünlük tanınmalı (Anayasa m. 90/5) ve Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesi ile yapılan atıf da nazara alınarak sorumluluğun sınırları bakımından anılan Kanununun Montreal Konvansiyonu ile çelişen hükümleri mülga sayılmalıdır.

Kusursuz sorumluluğun kabul edildiği hallerde, her ne kadar zardan sorumlu olan kimsenin kusuru, sorumluluğun doğumunda etkili olmasa da; kusurun varlığı bazı durumlarda önem arz eder. Kusursuz sorumlulukta "munzam (ek) kusur"<sup>36</sup> olarak ifade edilen, so-

<sup>35</sup> Leon/Eyskens, s. 1175; MontrealComm./Schmid, Art. 17-129; Reuschle, s. 175.

<sup>36</sup> Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 572 (Borçlar); Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 315; Mustafa

rumlu kişinin ve yardımcılarının kusuruna bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bu halde, zarar görenin kusuru tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir. Ancak zararlı sonucun doğmasına, hem zarar görenin hem de zarar verenin kusurlu davranışı sebep olmuşsa munzam kusurun, zarar görenin kusurunu etkisizleştireceği ve bu halde zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi olamayacağı kabul edilmektedir<sup>37</sup>.

#### 4. İlliyet bağının bulunması ve kesilmemesi şartı

##### a. Olay ile zarar arasında illiyet bağının bulunması

Sorumluluk hukukunda sorumluluğun doğması için aranan şartlardan bir diğeri olan illiyet bağı, bir sonuç ile muhtelif olay veya olaylar arasında kurulan “sebeup - sonuç” ilişkisini ifade eder<sup>38</sup>. İlliyet bağının ne şekilde tespit edilmesi gerektiği hususunda farklı illiyet teorileri ileri sürülmüşse de<sup>39</sup>, olayların normal seyrine ve genel hayat tecrübelerine göre zararlı bir sonucu gerçekleştirmeye elverişli görülmeyen olaylar ile zararlı sonuç arasında bir illiyet bağı kurulması yolunu kapatan uygun illiyet bağı teorisinin, günümüz sorumluluk hukukunda daha ziyade kabul gördüğünü söylemek mümkündür<sup>40</sup>.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 121’inci maddesinde yer alan “zarara sebebiyet veren olay” ifadesinden de, taşıyıcının bagaj zararlarından dolayı sorumlu tutulabilmesi için olay ile zarar arasında illiyet bağı aranması gerektiği anlaşılmaktadır.

Tiftik; Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005 s. 44.

<sup>37</sup> Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s. 199; Eren, s. 572 (Borçlar); Kılıçoğlu, s. 315.

<sup>38</sup> Eren, s. 536 (Borçlar).

<sup>39</sup> Hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren; Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975 (İlliyet).

<sup>40</sup> Walter Fellmann/ Andrea Kotmann; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern, 2012, s. 149-150; Alexandra Körner; Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis-Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität, Zurich, 2011, s. 45; Tandoğan, s. 76; Eren, s. 104 vd. (İlliyet); Oğuzman/ Öz; s. 44; Hasan İşgüzar; Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Âkit Dışı Sorumluluğu, Ankara, 2003, s. 85; Murat Aydoğdu, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009, s. 250.

## **b. İlliyet bağını kesen haller**

### **aa. Kurtuluş kanıtı**

Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesinin 2'nci paragrafına göre, zarar bagajın kendi içinde bulunan kusurlardan, bagajın kalite ve kötülüğünden kaynaklanıyorsa, taşıyıcı bu halde sorumluluğundan kısmen ya da tamamen kurtulabilir. Örneğin yolcu bagajında yer alan ve kolay bozulabilir bir yiyeceğin iyi paketlenmemesi sebebiyle diğer eşyaların zarar görmesi halinde taşıyıcının sorumluluğundan söz edilemez.

### **bb. Zarar görenin kusuru (Müterafik kusur)**

Hukuki sorumlulukta, zarar görenin kendi kusurunun varlığı; sorumluluk süjesinin sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran bir sebeptir. Bunun temelinde genel hukuk kuralı olarak kabul edilen "bir kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesi yer alır<sup>41</sup>. Ancak zarar görenin temyiz kudreti yoksa yahut iradesi dışında temyiz kudretini geçici olarak kaybetmişse; ona kusur izafe edilemeyeceğinden müterafik kusurdan söz edilemez<sup>42</sup>. Doktrinde, bu halde Borçlar Kanununun "hakkaniyet sorumluluğu"na ilişkin (6098 s. TBK m. 65) hükümlerin kıyasen uygulanarak tazminat miktarında tenkise gidilebileceği kabul edilir<sup>43</sup>.

Türk Sivil Havacılık Kanununda zarar görenin kusuruna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Montreal Konvansiyonunun 20'nci maddesinde ise bu hususta bir hüküm sevk edilmiştir. Bu hüküm, Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesi hükmünde yapılan atıf gereği iç hat taşımaları bakımından da uygulanır. Montreal Konvansiyonunun 20'nci maddesi hükmü uyarınca, taşıyıcı bagajın ziyasında veya hasara uğramasında zarar görenin kusuru olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilir.

<sup>41</sup> Yargıtay 9. H D., 22.02.1973 T., 28082 E.; 2825 K. sayılı kararı.

<sup>42</sup> İmre, s. 205.

<sup>43</sup> İmre, s. 205.



Daha sonra değinileceği üzere taşıyıcının sorumluluğu kural olarak sınırlı sorumluluktur<sup>44</sup>. Bu halde, gerçek zarar sorumluluk limitlerini aşmış ise müterafik kusur nedeniyle tazminat miktarında yapılacak indirimin nasıl hesaplanacağı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde, müterafik kusur indiriminin Konvansiyonda öngörölen sınırlar üzerinden değil; gerçek zarar üzerinden yapılması ve daha sonra bulunan miktarın Konvansiyonda öngörölen sorumluluk sınırlarını aşıp aşmadığına bakılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

## 5. İhbar yükümlölüğu

Türk Sivil Havacılık Kanununun 128'inci maddesinde bagajın hasara uğraması halinde taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için hasarın belli süre içinde taşıyıcıya ihbar edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Benzer bir düzenleme Montreal Konvansiyonunun 31'inci maddesinde de mevcuttur.

Türk Sivil Havacılık Kanununda ve Montreal Konvansiyonunda, ihbar yükümlölüğu sadece bagajın hasara uğraması haline özgü olarak düzenlendiğinden bagajın zıyayı durumunda sorumluluğun doğumu için ihbar şartı aranmaz.

Yolcu bagajının, onu teslim almaya yetkili kişi tarafından itiraz edilmeden kabulü, taşıma belgesine uygun olarak ve iyi durumda teslim edildiğine dair taşıyıcı lehine adi bir karine sayılır (TSHK m. 128). Zararın hava taşıması sırasında meydana geldiği ispatlanarak bu karnenin aksi ispatlanabilir<sup>46</sup>.

Bagajın hasara uğraması halinde, teslim almaya yetkili kişi tarafından hasarın öğrenilmesinde derhal ve teslimlerinden itibaren en geç yedi gün içinde taşıyıcıya ihbarda bulunulması gerekir (TSHK m. 128; Montreal Konvansiyonu m. 31). Söz konusu ihbar yazılı olarak veya durumun taşıma belgesinin üstünde gösterilmesi sureti ile yapılmalıdır. İhbar süresine uyulmaması halinde taşıyıcı aleyhine dava açılmaz.

<sup>44</sup> Bkz. § 2-III-A.

<sup>45</sup> Ülgen, s. 193; Atalay, s. 106; Kırmán, s. 140.

<sup>46</sup> İnci Deniz Kaner, "1929 Tarihli Varşova Konvansiyonunda Hava Taşıyıcısının Yolcu, Yük Ve Bagaj Taşımacılığında Doğan Sorumluluğu", İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 24-25 Ocak 1985, Ankara, 1985, s. 200.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 128'inci ve Montreal Konvansiyonunun 31'inci maddesinde ihbar süreleri bakımından hasarın niteliğine göre bir ayırım yapılmamışsa da doktrinde bir görüşe göre ihbar sürelerine ilişkin düzenleme muğlâk olup; açık hasarlarda ihbarın derhal yapılması gerekirken, gizli hasarlarda ihbar süresi yedi gündür<sup>47</sup>. Bir diğer görüşe göre ise ihbar süreleri hasarın niteliğine göre farklılık arz etmez; yedi günlük süre açık hasarlarda da hüküm ifade eder<sup>48</sup>.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 128'inci ve Montreal Konvansiyonunun 31'inci maddesinde ihbarın "*Hasar halinde, teslim almaya yetkili kişi tarafından hasarın öğrenilmesinde derhal ve teslimlerinden itibaren yolcu bagajı için en geç yedi gün içinde*" yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kanaatimizce her iki düzenleme de muğlâk bir ifade içermemektedir. Bu hükümlerden açıkça anlaşılacağı üzere hasarın niteliğine bakılmaksızın ihbar, hasarın öğrenildiği anda derhal veya teslimden itibaren en geç yedi gün içinde yapılmalıdır.

## **B. Teslim Alınmayan Bagajın Zıyaından veya Hasara Uğramasından Doğan Âkdi Sorumluluk**

Teslim alınmayan bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde sorumluluk Türk Sivil Havacılık Kanununda düzenlenmemiş olduğundan, bu hususa ilişkin kurallar, Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 106'ncı maddesinde yapılan atıf gereği Montreal Konvansiyonu hükümlerine göre tayin edilir. Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesinin (2) numaralı paragrafının son cümlesi uyarınca kişisel eşyalar dâhil olmak üzere, teslim alınmayan bagajın zıyaı veya hasara uğraması halinde taşıyıcı, kendisinin veya bir çalışanının ya da acentesinin bir kusuru varsa sorumlu olur. Görüldüğü üzere, teslim alınan bagaj bakımından kusursuz sorumluluk ilkesi geçerli iken; teslim alınmayan bagaj bakımından kusur sorumluluğu esası benimsenmiştir<sup>49</sup>.

Montreal Konvansiyonunda hasarın ihbarına ilişkin yükümlülük sadece teslim alınan bagaj için öngörülmüştür. Bununla beraber

<sup>47</sup> Ülgen, s. 209; Tuba Birinci Uzun; Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 2012, s. 134.

<sup>48</sup> Bülent Sözer, "TSHK Hükümlerine Göre Taşıyanın Ve İşletenin Sorumluluğu", *BA-TİDER*, 1984, C. XII, S. 4, s. 62.

<sup>49</sup> Schmid, Art. 17-51 (MontrealComm./SCHMID); Leon / Eyskens, s. 1176.

Türk Sivil Havacılık Kanununun ihbar yükümlülüğüne ilişkin 128'inci maddesinde “*tescil edilmiş (teslim alınan) bagaj*” ibaresi yerine “*yolcu bagajı*” ibaresine yer verilmesi nedeniyle teslim alınmayan bagajın ziyayı veya hasara uğraması nedeniyle doğan zararlardan taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için ihbarın şart olduğu kabul edilmelidir<sup>50</sup>.

### III. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

#### A. Taşıyıcının Sınırlı Sorumluluğu

Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 124'üncü maddesinde taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasının, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşma hükümlerine göre tayin olunacağına hükmedilmiştir.

Montreal Konvansiyonunun 22'nci maddesinin ikinci paragrafında bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğu ilkesi benimsenmiş ve taşıyıcının sorumluluğunun 1.000 Özel Çekme Hakkı ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesinin son paragrafında aksi belirtilmediği müddetçe, Konvansiyonda yer alan “bagaj” teriminin hem teslim alınan bagaj hem de teslim alınmayan bagaj anlamına geleceği belirtildiğinden, taşıyıcının bagaj zararlarından doğan sorumluluğunun miktarına ilişkin 22'nci maddesi aksine hüküm olmadıkça hem teslim alınan hem de teslim alınmayan bagaj için geçerlidir<sup>51</sup>.

#### 1. Sorumluluk sınırının tespiti

##### a. Özel çekme hakkı (Special drawing rights)

Özel Çekme Hakkı (Special Drawing Rights), 28 Temmuz 1969 tarihinde Uluslararası Para Fonu Anlaşmasında (*Agreement of International Monetary Fund*) yapılan değişiklikle yürürlüğe giren ve Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund / IMF*) tarafından oluşturulan, maddi niteliği olmayan bir uluslararası hesap birimidir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Atalay, s. 66; Ülgen, s. 208.

<sup>51</sup> Leon/Eyskens, s. 1176; Elmar Giemulla; Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006, Art. 22-6 (MontrealComm./GIEMULLA).

<sup>52</sup> Walter Habermeier, Operations and Transactions in SDR's, The First Basic Period, Washington, 1973, s. 1.

Özel Çekme Hakkının hesaplanmasında, Euro, Japon Yeni, İngiliz Sterlini ve Amerikan Doları esas alınır<sup>53</sup>. Bu nedenle Özel Çekme Hakkı, bir döviz sepeti olarak nitelendirilir<sup>54</sup>.

### **b. Özel çekme hakkının milli paraya çevrilmesi**

Montreal Konvansiyonunun 23'üncü maddesinde Özel Çekme Hakkının milli paraya nasıl çevrileceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme mevcuttur.

Sorumluluk davası neticesinde, Özel Çekme Hakkı cinsinden hükümlenen tazminat miktarının milli para birimlerine dönüştürülmesi, hükmün verildiği tarih<sup>55</sup> itibarıyla bu tür milli para birimlerinin Özel Çekme Hakkı bakımından değerine göre yapılıdır (Montreal Konvansiyonu m. 23/1).

Montreal Konvansiyonunda sorumluluk miktarının milli paraya nasıl çevrileceği hususunda, âkit devletin Uluslararası Para Fonu'na üye olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir. Anılan Konvansiyonun 23'üncü maddesinin birinci paragrafına göre, Uluslararası Para Fonu üyesi olan bir âkit devletin milli para biriminin Özel Çekme Hakkı açısından değeri, Uluslararası Para Fonu tarafından, hükmün verildiği tarihte o devletin işlem ve para hareketi için tatbik ettiği değerlendirme yöntemine uygun olarak hesaplanır.

Uluslararası Para Fonu üyesi olmayan bir âkit devletin hukuku milli para biriminin Özel Çekme Hakkına dönüşmesine izin veriyorsa hesaplama, o devlet tarafından tayin edilen bir usule göre hesaplanır (Montreal Konvansiyonu m. 23/1 c. son).

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Türkiye Cumhuriyeti'nin Uluslararası Para Fonuna üye bir devlet olmasının gereği, Özel Çekme Hakkının Türk Lirası cinsinden değerini resmi web sitesinde günlük olarak yayınlanır<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> [http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms\\_sdrv.aspx](http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms_sdrv.aspx) (E. T. 20.02.2013).

<sup>54</sup> Joseph Gold, SDRs, Currencies, and Gold, Fifth Survey of New Legal Developments, Washington, 1984, s. 1.

<sup>55</sup> Montreal Konvansiyonunun 23'üncü maddesinde geçen "date of the judgment" ifadesinin "hükmün verildiği tarih" olarak çevrilmesi gerekirken; Bakanlar Kurulu tarafından 01.10.2010 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Türkçe metninde bu ifade, oldukça isabetsiz bir şekilde "yargılamanın yapıldığı tarih" olarak çevrilmiştir.

<sup>56</sup> Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın resmi web sitesinin adresi: <http://>

## 2. Sınırlı sorumluluk miktarı

Daha önce de belirttiğimiz üzere Montreal Konvansiyonunun 22'nci maddesinde taşıyıcının bagajın ziyayı veya hasarı halinde sorumluluğu 1,000 Özel Çekme Hakkı ile sınırlıdır. Bununla beraber Montreal Konvansiyonunun 24'üncü maddesine göre, ICAO (*International Civil Aviation Organisation - Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü*) tarafından her beş yılda bir; Montreal Konvansiyonu ile getirilmiş olan sorumluluk sınırları gözden geçirilir ve Özel Çekme Hakkını belirlemede para birimi esas alınan devletlerdeki beş yıllık ortalama enflasyon oranına göre hesaplanan bir enflasyon faktörü doğrultusunda sorumluluk sınırları yeniden belirlenerek âkit devletlere tebliğ edilecektir. Yeni sorumluluk sınırlarının yürürlüğe girmesi ise âkit devletlerin ekseriyeti tarafından itiraza uğramaması şartına bağlanmıştır.

ICAO ilk beş yıllık değerlendirmesini yapmış ve 01 Ocak 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan sorumluluk sınırlarını da belirleyerek Konvansiyonu onaylamış olan âkit devletlere tebliğ etmiştir.

Bagajın ziyayı veya hasarı halinde taşıyıcının sorumlu olacağı yeni sorumluluk miktarı 01 Ocak 2010 tarihi itibarı ile her bir yolcu için 1,131 Özel Çekme Hakkı olarak tespit edilmiştir<sup>57</sup>.

## B. Sorumluluk Sınırının Ortadan Kalktığı Haller

### 1. Taşıyıcının veya adamlarının kasıtlı veya zarar ihtimalini bilerek dikkatsizce davranışları

Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 126'ncı maddesi hükmüne göre, zararın taşıyıcının veya adamlarının zarar vermek kastı ile veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde; Türk Sivil Havacılık Kanununda öngörülen sorumluluk sınırları uygulanmaz. Benzer bir düzenleme Montreal Konvansiyonunun 22'nci maddesinin 5'inci paragrafında da mevcuttur.

Doktrinde "dikkatsizce bir hareket veya ihmal" ile "ağır ihmal" in anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

---

57 [http://www.icao.int/Meetings/wrdss2012/Documents/9740\\_supp\\_mu.pdf](http://www.icao.int/Meetings/wrdss2012/Documents/9740_supp_mu.pdf) (E.T. 29.08.2013)

58 Ülgen, s. 203; Atalay, s. 112; Birinci Uzun, s. 157.

## 2. Bagaj kuponunun düzenlenmemesi veya gerekli kayıtları içermemesi

Türk Sivil Havacılık Kanununun 109'uncu maddesi uyarınca taşıyıcı kendisine teslim edilen her bir parça bagaj için yolcuya bir bagaj kuponu vermekle yükümlüdür. Anılan hüküm uyarınca bagaj kuponunun; taşıyıcının adını veya ticaret unvanını ve adresini, yolcunun adını ve soyadını veya yolcu biletinin tarihini ve numarasını, bagaj kuponunun tarihini ve numarasını, bagajın ağırlığını, teslim yerini, yolcu tarafından özel olarak beyan edildiği takdirde bagajın içeriğini ve değerini, taşımanın Kanunda gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu bilgisini içermesi gerekir.

Bagaj kuponu taşıma sözleşmesi için esaslı bir unsur olmamakla beraber Türk Sivil Havacılık Kanununun 109'uncu maddesinde yolcuya bagaj kuponu verilmemesi veya bagaj kuponunun gerekli kayıtları içermemesi halinde taşıyıcının, bu Kanunda öngörülen sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran hükümlerden yararlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesinde taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasının, Türkiye'nin katıldığı Konvansiyon hükümlerine göre tayin olunacağı belirtilmiştir. Benzer bir hüküm Varşova/Lahey Konvansiyonu'nda da mevcuttur. Konvansiyonun 3'üncü maddesinin (2) numaralı paragrafı uyarınca *"yolcu taşıma belgesinin yokluğu, usulüne uygun olmaması veya kaybı, taşıma sözleşmesinin varlığını veya geçerliliğini etkilemeyecektir; taşıma sözleşmesi aynı ölçüde bu Konvansiyonun kurallarına bağlı olacaktır. Bununla birlikte taşıyıcı, taşıma belgesi verilmemiş olan bir yolcuyu kabul ederse, bu Konvansiyonun sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanmaya hak kazanamayacaktır"*.

Türk Sivil Havacılık Kanununda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerde Varşova Konvansiyonu esas alındığından her iki düzenleme birbiri ile çelişmemektedir. Montreal Konvansiyonu'nda ise taşıma belgesine ilişkin hükümlere riayet etmemenin, taşıma sözleşmesinin varlığını ya da geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmiş; ancak Varşova/Lahey Konvansiyonu'ndan farklı olarak bu halde taşıyıcının, Konvansiyonun sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerle-

rinden yararlanması yasaklanmamıştır (Montreal Konvansiyonu m. 3/5)<sup>59</sup>. Bu halde Türk Sivil Havacılık Kanunu ile Montreal Konvansiyonu hükümleri çeliştiğinden, bagaj kuponunun verilmemesi veya gerekli bilgileri içermemesi halinde taşıyıcının sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı hususu tartışmalı hale gelmiştir.

Yük taşımaları bakımından Türk Sivil Havacılık Kanunu ile Montreal Konvansiyonu arasında benzer bir çelişkiye dikkat çeken *Sözer*, iç hat taşımaları bakımından sınırsız sorumluluk riskinin devam edeceği kanaatindedir<sup>60</sup>.

Bize göre Montreal Konvansiyonunda taşıma belgelerinin usulüne uygun olarak verilmemesi halinde bir yaptırım öngörülmemesi, taşıyıcıların gerekli bilgileri tam olarak içeren bir taşıma belgesi vermekte keyfi davranabileceği riskini ortaya çıkarmakla beraber, bu halde Türk Hukuku bakımından kanun gücünde olan Montreal Konvansiyonu hükümlerine üstünlük tanınmalı (Anayasa m. 90/5) ve Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesi ile yapılan atıf da nazara alınarak sorumluluğun sınırları bakımından anılan Kanununun Montreal Konvansiyonu ile çelişen hükümleri mülga sayılmalıdır.

### 3. Bagajın değerine ilişkin özel beyanda bulunarak ilave taşıma ücreti ödenmesi

Montreal Konvansiyonunun 22'inci maddesi uyarınca teslim alınan bagaj bakımından, eğer yolcu eşyayı bagaj olarak taşıyıcıya teslim ettiği anda bagajın değeri hakkında özel beyanda bulunmuş ve taşıyıcının istediği ilave taşıma ücretini ödemiş ise taşıyıcı beyan edilen değeri geçmeyecek bir tazminat ödemekle sorumlu olacaktır.

### 4. Sorumluluğu genişleten anlaşmalar

Sorumluluk sınırının uygulanmayacağı bir diğer hal ise aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere taşıma sözleşmesinin taraflarının sorumluluk sınırının artırılması hususunda anlaşmalarıdır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Montreal Konvansiyonu'nda bu hususa ilişkin bir yaptırımın öngörülmemesi, taşıyıcıların gerekli bilgileri tam olarak içeren bir bilet vermekte keyfi davranabileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir (MontrealComm./Schmid, Art. 3-15).

<sup>60</sup> *Sözer*, s. 236, 244.

<sup>61</sup> Bkz. § 2-III-C-2.



### C. Sorumsuzluk Anlaşması Ve Sorumluluğun Kapsamına İlişkin Anlaşmalar

Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesinin son paragrafında aksi belirtilmediği müddetçe, Konvansiyonda yer alan "bagaj" teriminin hem teslim alınan bagaj hem de teslim alınmayan bagaj anlamına geleceği belirtildiğinden, Konvansiyonun taşıyıcının sorumluluğunun kapsamına ilişkin taraflar arasında yapılan anlaşmalara dair hükümleri hem teslim alınan hem de teslim alınmayan bagaj için geçerlidir.

#### 1. Sorumsuzluk anlaşması

Sorumsuzluk anlaşması, zarar gören ile zarar veren arasında yapılan ve zarar görenin, zarar doğurucu fiilin gerçekleşmesi halinde tazminat talebinde bulunamayacağına ilişkin bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan bir anlaşmadır<sup>62</sup>.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 125'inci maddesi hükmüne göre, taşıma sözleşmesinde yer alan ve taşıyıcının sorumluluğunu tamamen kaldıran her şart geçersizdir. Montreal Konvansiyonunun 26'ncı maddesi hükmünde de hava taşıyıcısının bu Konvansiyonda düzenlenmiş sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşme şartlarının geçersiz olacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Hava taşıyıcısının, bagajın ziyayı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğunun kapsamı belirlenirken öncelikle taşıyıcı ile yolcu arasındaki sözleşmenin hükümlerine bakılır. Ancak yapılan taşıma sözleşmesi, Türk Sivil Havacılık Kanununda ve Montreal Konvansiyonunda yer alan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere aykırı hükümler içeriyorsa, taşıma sözleşmesinin geçerliliğine halel gelmemekle beraber sözleşmenin aykırılık teşkil eden bu hükümleri geçersiz sayılır ve sorumluluğun kapsamı Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Montreal Konvansiyonu hükümleri nazara alınarak tespit edilir (TSHK m. 125; Montreal Konvansiyonu m. 26, 49)<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Galip Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 6

<sup>63</sup> Yargıtay 11. HD. 2005/14189 E., 2007/5612 K. sayılı kararında "...Türk Sivil Havacılık Kanununun emredici mahiyetindeki 125. maddesi hükmüne aykırı olarak, davalı THY tarafından davacıya satılan bilete yer alan ve davalı THY'nın sorum-

Hava taşıyıcısının sorumsuzluğuna ilişkin bir hükme, taşıma sözleşmesinde; yani zarar ortaya çıkmadan önce yer verilemeyeceği yukarıda anılan hükümlerden açıkça anlaşılmaktadır. Zarar ortaya çıktıktan sonra taşıyıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşmelerin geçerliliği ise Montreal Konvansiyonunun 49'uncu maddesinde hükme bağlanmıştır. Anılan madde hükmü uyarınca uygulanacak hukuku belirleyerek veya yargı yetkisine ilişkin kuralları değiştirerek bu Konvansiyon ile öngörülen kurallara aykırı davranmak amacıyla, zararın doğumundan önce taşıma sözleşmesine konan herhangi bir hüküm ve yapılan bütün özel anlaşmalar geçersiz sayılır. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden zararın meydana gelmesinden sonra tarafların, taşıyıcının sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik yapacakları anlaşmaların geçerli sayılacağı kabul edilir<sup>64</sup>.

Montreal Konvansiyonunda “âkit taşıyıcı - fiilî taşıyıcı” ayırımına yer verilmesi, Konvansiyonda yer alan sorumsuzluğa ilişkin düzenlemelere de yansımıştır. Konvansiyonun 47'nci maddesi hükmü uyarınca âkit taşıyıcının veya fiilî taşıyıcının, bu Konvansiyon hükümleri ile öngörülen sorumluluklarını ortadan kaldıran tüm sözleşme şartları geçersiz sayılır; ancak bu şartların geçersizliği taşıma sözleşmesinin tamamının geçersizliği neticesini doğurmaz. Anılan hüküm bir nevi Konvansiyonun 26'ncı maddesini tamamlar niteliktedir<sup>65</sup>. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesinde yer alan ve hem âkit taşıyıcının hem de fiilî taşıyıcının sorumluluklarını ortadan kaldıran her şart geçersiz sayılır. Belirtmek gerekir ki; Montreal Konvansiyonunun 47'nci maddesinde yer alan düzenleme, âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcının iç ilişkileri bakımından hüküm doğurmaz. Âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı aralarındaki iç ilişkide, Montreal Konvansiyonu ile öngörülen sorumluluk hükümlerine aykırı düzenlemelere yer verebilirler<sup>66</sup>. İç ilişkide belirlenen sorumluluk hükümleri, sadece tarafları bağlayıcı niteliktedir ve bu hükümleri kendi-

---

luluğunu kaldıran sözleşme hükümlerinin geçersiz ...” olduğu hükme bağlanmıştır (Yayımlanmamış karar).

<sup>64</sup> Paul Stephen Dempsey/Michael Milde, *International Air Carrier Liability, The Montreal Convention of 1999*, Montreal, 2005, s. 239; Reuschle, s. 412; Ruhwedel, s. 1721 (MünchenerKomm.HGB/ Ruhwedel).

<sup>65</sup> Reuschle, s. 408.

<sup>66</sup> MontrealComm./ Dettling-Ott, Art. 47, s. 1, p. 1; Reuschle, s. 408; MünchenerKomm.HGB/ Ruhwedel; s. 1718.

lerinden talepte bulunan zarar görene karşı ileri sürmeleri mümkün değildir. Örneğin; âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı iç ilişkilerinde, Montreal Konvansiyonunda yer alan ve âkit taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı arasındaki ilişkinin müteselsil sorumluluk olduğunu öngören düzenlemeden farklı olarak, meydana gelen tüm zararların âkit taşıyıcı tarafından tazmin edileceğini kararlaştırmış olsalar dahi; zararın doğumu halinde, zarar gören fiilî taşıyıcıya başvurduğunda fiilî taşıyıcı, âkit taşıyıcı ile aralarındaki iç ilişkiyi ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Ancak fiilî taşıyıcı; zararı tazmin ettikten sonra âkit taşıyıcı ile aralarındaki iç ilişkiye dayanarak ona, ödediği miktar tutarında rücu edebilir.

Montreal Konvansiyonunun taşıyıcının sorumluluğunun anlaşma yoluyla tamamen kaldırılmasına ilişkin hükümleri, Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı ve 124'üncü maddeleri gereğince iç hat taşımaları bakımından da uygulanır.

## **2. Sorumluluğun kapsamına ilişkin anlaşmalar**

### **a. Sorumluluğu genişleten anlaşmalar**

Türk Sivil Havacılık Kanununun 124'üncü maddesinde taşıyıcının, tarafı olunan uluslararası anlaşmalar ile öngörülmüş bulunan sınırların yükseltilmesine ilişkin özel anlaşmalar yapmak veya bu nitelikteki anlaşmalara katılmak yetkisini haiz olduğu hükme bağlanmıştır. Benzer bir düzenlemeye Montreal Konvansiyonunun 25'inci maddesinde de yer verilmiştir.

Taşımanın fiilî taşıyıcı tarafından yapılması halinde, âkit taşıyıcının sorumluluk sınırlarının artırılması amacıyla akdettiği sözleşme fiilî taşıyıcı tarafından kabul edilmedikçe, onu bağlamaz (Montreal Konvansiyonu m. 44).

### **b. Sorumluluğu daraltan anlaşmalar**

Türk Sivil Havacılık Kanununun 125'inci maddesi hükmüne göre taşıma sözleşmesinde öngörülen ve zararın doğumundan önce taşıyıcının sorumluluğunu kısmen kaldıran veya tarafı olduğumuz uluslararası anlaşmalarda belirtilmiş olan sorumluluk sınırını indirmeyi amaçlayan her şart geçersizdir. Ancak bu şartların geçersizliği taşıma sözleşmesinin geçersizliğini etkilemez.

Bununla beraber zararın doğumundan sonra yapılan ve sorumluluğu daraltan anlaşmaların akıbeti hususunda, "Sorumluluk Anlaşması"<sup>67</sup> başlığı altında yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

### 3. SORUMLULUK DAVASI

#### I. TARAFLARI

Bagajın zıyayı veya hasara uğraması halinde sorumluluk davasının taraflarının kimler olacağı hususunda ne Türk Sivil Havacılık Kanununda ne de Montreal Konvansiyonunda bir düzenleme mevcut. Türk Ticaret Kanununda da bu hususta bir düzenleme yer almadığından sorumluluk davasının taraflarını tespit ederken genel hükümlerden hareket edilmelidir.

#### A. Davacı

Bagajın zıyayı veya hasara uğraması nedeniyle sorumluluk davası açma yetkisi öncelikle yolcuya aittir. Hava aracında hava taşıma sözleşmesine binaen taşınan ve uçuş personeli dışında kalan her canlı insan yolcu sayılır<sup>68</sup>. Dolayısıyla, bir hizmet sözleşmesi gereği hava aracında bulunan uçuş personeli veya hava aracına kaçak binmiş kişiler "yolcu" sayılmazlar<sup>69</sup>.

Türk Medeni Kanununun 599'uncu maddesi hükmü uyarınca sorumluluk davası açma hakkı mirasçılara intikal edeceğinden mirasçılar, ölenin halefi sıfatıyla sorumluluk davası açabilirler veya açılmış olan davaya devam edebilirler.

#### B. Davalı

Sorumluluk davası, öncelikle taşıma sözleşmesinin tarafı olan âkit taşıyıcıya karşı açılabilir (TSHK m. 120). Taşımanın birbiri ardınca değişik taşıyıcılar tarafından yapıldığı mütevali taşımalarda ise kural

<sup>67</sup> Bkz. § 2-III-C-1.

<sup>68</sup> Tim Unmack, *Civil Aviation: Standards and Liabilities*, London, 1999, s. 248; Philipina Diederiks-Verschoor/ Vladimir Kopal; *An Introduction to Space Law*, Netherlands, 2008, s. 106; Bülent Sözer; "Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları"; *BATİDER*, C. IX, S. 2, 1977, s. 396 (Milletlerarası).

<sup>69</sup> *MontrealComm./ Giemulla*, Art.1, s. 20-21, p. 35; *Kırman*, s. 27.

olarak dava, zararın meydana geldiği sırada taşıma işini hangi taşıyıcı icra ediyorsa ona karşı açılır. Ancak ilk taşıyıcı, taşımanın tümü için sorumluluğu açıkça yüklenmişse, ilk taşıyıcı ile zararın meydana geldiği sırada taşımayı gerçekleştiren taşıyıcı müteselsilen sorumlu olacaktır her ikisine de dava açılabilir (TSHK m. 129/2)<sup>70</sup>.

Taşımanın bir fiilî taşıyıcı aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde sorumluluk davası, âkit taşıyıcıya veya fiilî taşıyıcıya karşı ayrı ayrı açılabileceği gibi; her ikisine birlikte de açılabilir. Dava; taşıyıcılardan sadece biri aleyhinde açılmışsa davalı taşıyıcı, yargılama sürecine diğer taşıyıcının da katılmasını isteme hakkına sahiptir (Montreal Konvansiyonu m. 45)<sup>71</sup>.

Âkit taşıyıcı ve fiilî taşıyıcının adamlarına karşı da sorumluluk davası açılması mümkündür (TSHK m. 127; Montreal Konvansiyonu m. 30; 43). Kendisine sorumluluk davası açılması halinde taşıyıcının adamı zararın kendisine verilen görevin ifası ile ilgili bir fiil dolayısıyla meydana geldiğini ispat ettiği takdirde taşıyıcının sahip olduğu koşul ve sorumluluk sınırlarından yararlanabilirler (TSHK m. 127; Montreal Konvansiyonu m. 30).

Montreal Konvansiyonu uyarınca sorumlu kimsenin ölmesi durumunda bu Konvansiyon hükümleri kapsamındaki sorumluluğa ilişkin bir dava, bu kimsenin malvarlığını kanunen temsil edenlere karşı açılabilir (Montreal Konvansiyonu m. 32). Bu düzenleme, gerçek kişi taşıyıcı esas alınarak yapılmıştır. Oysaki havayolu ile taşımalarda taşıyıcı, genellikle bir tüzel kişidir. Bu nedenle hükmün tüzel kişilere de şamil olacak şekilde değerlendirilmesi gerekir<sup>72</sup>. Hal böyle olunca; taşıyıcı sıfatını haiz olan işletmenin devri, birleşmesi, sona ermesi gibi hallerde dava, taşıyıcının kanuni haleflerine karşı açılabilir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Aksi görüş için bkz. Bülent Sözer, "Havayolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucundan Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu", *BATİDER*, 1978, C.IX, S. 3, s. 808 (Yolcu).

<sup>71</sup> Görülmekte olan bir davada, taraflardan birisinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 vd. maddeleri hükümleri gereğince, davaya müdahale ederek kendisine yardım etmesi için davayı üçüncü kişiye duyurması "davanın ihbarı" kavramı ile açıklanır (Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Muhammed Özkes, *Medeni Usûl Hukuku*, Ankara-2011, s. 233 vd.).

<sup>72</sup> Sözer, s. 808 (Yolcu); Kırman, s. 168.

<sup>73</sup> Sözer, s. 809 (Yolcu).

## II. GÖREVLİ MAHKEME

Bagajın zıyayı veya hasara uğraması halinde taşıyıcıya karşı açılacak sorumluluk davasının hangi mahkemenin görev alanına girdiği hususu, Türk Sivil Havacılık Kanununda düzenlenmemiştir. Montreal Konvansiyonunun 33'üncü maddesinin (4) numaralı paragrafı uyarınca yargılamaya ilişkin usulî sorunlar, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna göre çözülür.

Türk Hukukunda görevli mahkemeye ilişkin düzenlemeler Hukuk Muhakemeleri Kanununun 1'inci ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmakla beraber Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı maddesinde yapılan atıf gereğince görevli mahkemenin tespitinde Türk Ticaret Kanunu hükümleri de önem arz eder. Taşıma işleri, Türk Ticaret Kanununda düzenlendiğinden (6102 s. TTK m. 850 vd.), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4'üncü maddesinde yer alan hüküm gereğince, taşıma işlerinden doğan hukuk davaları ticari dava sayılır.

Dava olunan şeyin değer ve tutarına bakılmaksızın, ticari davalarda asliye ticaret mahkemesi görevlidir (6102 sayılı TTK m. 5). Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresinde ise sorumluluk davası, "asliye ticaret mahkemesi" sıfatıyla, ticari davalara bakmakla yetkili kılınan asliye hukuk mahkemesi tarafından görülür.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki işbölümü itirazı olarak kabul edilmekteyken (6762 sayılı TTK m. 5/3); 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak düzenlenmiş ve bu durumda göreve ilişkin usul hükümlerinin uygulanacağına hükmedilmiştir (6102 sayılı TTK m. 5/3). Bu halde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra sorumluluk davasının asliye ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde açılması halinde; görev artık dava şartı olduğundan (6100 sayılı HMK m. 114/1), görevsizlik itirazı taraflarca yargılamanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi, mahkeme tarafından da re'sen dikkate alınır<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Rıza Ayhan/ Mehmet Özdamar/ Hayrettin Çağlar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanu-

Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada sorumluluk davasının, “asliye ticaret mahkemesi” sıfatıyla, ticari davalara bakmakla yetkili kılınan asliye hukuk mahkemesi dışındaki diğer bir asliye hukuk mahkemesinde açılması hali görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi davaya bakmaya devam eder (6102 s. TTK m. 5/4).

### III. YETKİLİ MAHKEME

Türk Sivil Havacılık Kanununda sorumluluk davasında yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Montreal Konvansiyonunun 33'üncü maddesi ise bu hususta ayrıntılı bir düzenleme içerir. Ancak bu hükmün, iç hat taşımalarında uygulanabilirliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>75</sup>, Türk Sivil Havacılık Kanununa dayanılarak sorumluluk davası açılması halinde Kanunun 106'ncı maddesi ile yapılan atfa rağmen, yetkili mahkemenin Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre belirlenmesi gerekir. Bu görüşü ileri sürenlere göre; tarafı olunan uluslararası Konvansiyon maddi hukuk yanında, usul hukukuna ilişkin de düzenlemeler içermekteyken, Türk Sivil Havacılık Kanunu sadece maddi hukuk ilişkilerini düzenlemektir. Bu nedenle Türk Sivil Havacılık kanunu ile yapılan atıf sadece maddi hukuk kuralları ile sınırlıdır.

İsabetli bulduğumuz bir diğer görüşe göre ise Montreal Konvansiyonunun yetkili mahkemeye ilişkin hükmü, Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı maddesi uyarınca iç hat taşımalarında da uygulanır niteliktedir<sup>76</sup>. Zira Türk Sivil Havacılık Kanunu, tarafı olduğumuz uluslararası Konvansiyon hükümlerine atıf yaparken Konvansiyonun uygulanacak hükümleri arasında maddi hukuk veya usul hukuku hükümleri gibi bir ayrıma gitmemiştir. Ancak Montreal Konvansiyonunda sayılanlar dışında bir mahkemenin, milli hukukumuzda yetkili sayılması halinde; o yer mahkemesinde de dava açılabilceğinin kabul edilmesi gerekir.

nu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2012, s. 102 (2012)

<sup>75</sup> Atalay, s. 129; Kırman, s. 181.

<sup>76</sup> Ülgen, s. 219.



Taşıyıcıya karşı davacının sorumluluk davası açabileceği ilk yetkili mahkeme; taşıyıcının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir (Montreal Konvansiyonu m. 33/1). Yerleşim yeri, milli hukuka -Türk Medeni Kanununa- göre tespit edilecektir. Buna göre taşıyıcı gerçek kişi ise yerleşim yeri, bu kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK m. 19). Taşıyıcı tüzel kişi ise yerleşim yeri, kuruluş belgesinde belirtilen yerdir; kuruluş belgesinde belirtilmemiş ise işlerinin yönetildiği yerdir (TMK m. 51).

Taşıyıcının işlerinin yönetildiği yer ile kuruluş belgesinde yer alan yerleşim yerinin farklılık arz edeceği nazara alınarak Montreal Konvansiyonu ile taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili mahkeme olarak belirtilmiştir (Montreal Konvansiyonu m. 33/1).

Davacı isterse; taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu iş yerinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açabilir (Montreal Konvansiyonu m. 33/1). Bu düzenleme ile asıl kastedilen, işlem yapan şubenin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak doktrinde<sup>77</sup> ve yargı kararlarında<sup>78</sup>, zarar görenin menfaatleri nazara alınarak taşıma sözleşmesinin acente aracılığıyla yapılması halinde; davacının bu hükme dayanarak acentenin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açabileceği kabul edilmektedir.

Montreal Konvansiyonu ile yetkili kılınan bir diğer mahkeme ise varma yerindeki mahkemedir (Montreal Konvansiyonu m. 33/1). Varma yeri; taşıma sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edildiği, taşımanın son bulunduğu yerdir<sup>79</sup>.

#### IV. DAVA AÇMA SÜRESİ

Türk Sivil Havacılık Kanununun 131'inci maddesi uyarınca sorumluluğa ilişkin dava, iki yıllık süre içerisinde açılmalıdır. Bu süre, hava aracının varma yerine geldiği veya gelmesi gerektiği tarihten veya taşımanın durduğu tarihten itibaren başlar.

<sup>77</sup> Ülgen, s. 224; Kıрман, s. 179.

<sup>78</sup> İlgili yargı kararları için bkz. Ülgen, s. 224, dn. 151.

<sup>79</sup> Sözer, s. 806 (Yolcu); Ülgen, s. 224.

Türk Sivil Havacılık Kanununun 131'inci maddesinde, iki yıllık süre içerisinde dava açılmaması halinde dava hakkının düşeceği belirtilmiştir. Aynı şekilde Montreal Konvansiyonunun 35'inci maddesinde sorumluluk davasının, varış yerine ulaşma tarihinden ya da hava aracının ulaşmış olması gereken ya da taşımanın durdurulduğu tarihten itibaren iki yıl içerisinde açılmaması halinde dava hakkının düşeceği belirtilmiştir.

Doktrinde iki yıllık sürenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar vardır. Bir görüşe göre, bu süre zamanaşımı süresidir<sup>80</sup>.

Hâkim görüşe<sup>81</sup> ve Yargıtay'a<sup>82</sup> göre ise bu süre hak düşürücü niteliktedir. Hem Türk Sivil Havacılık Kanununun 131'inci maddesi hükmünün hem de Montreal Konvansiyonunun 35'inci maddesi hükmünün ifadesinden, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Türk Sivil Havacılık Kanununun 131'inci maddesinde açıkça iki yıllık sürenin geçmesinden sonra dava hakkının düşeceği belirtilmiştir. Aynı şekilde Montreal Konvansiyonunun 35'inci maddesinin orijinal İngilizce metninde "*The right to damages shall be extinguished...*" ifadesi ile hakkın düşeceği belirtilmiştir. Konvansiyonun

<sup>80</sup> Sözer, s. 816 (Yolcu). Sözer bu görüşünü, Montreal Konvansiyonunda da aynen yer verilen, Varşova Konvansiyonunun 29'uncu maddesinin (2) no'lu paragrafının "Sürenin hesaplanması yöntemi, davaya bakan mahkemenin hukuku tarafından tayin edilecektir" hükmüne dayandırmaktadır. Yazar'a göre, bu hükümlerle zımnen ve dolaylı bir şekilde dava açma süresinin kesilmesi veya durması kastedilmektedir. Böylece dava açma süresinin zamanaşımı olduğu sonucuna varılmaktadır (Sözer, s. 816 (Yolcu)). Oysaki hak düşürücü sürenin de bazı hallerde kesilmesi mümkündür. Dava açma süresi içinde görevsiz veya yetkisiz mahkemede dava açılması halinde mahkemece verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra, davanın, dava açma süresi geçtikten sonra görevli veya yetkili mahkemede tekrar açılması halinde dava süresinde açılmış sayılacaktır (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 118, 139).

<sup>81</sup> Ruhwedel, s. 1679 (MünchenerKomm.HGB/ RUHWEDEL); MontrealComm./ Dettling-Ott, Art. 35, s. 10, p. 29; Reuschle, s. 358; René H. Mankiewicz; The Liability Regime of The International Air Carrier, Canada, 1981, s. 138; Ülgen, s. 228; Kırman, s. 174.

<sup>82</sup> Yargıtay verdiği kararlarda bu süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirmektedir. "Varşova Konvansiyonunun 29'uncu maddesi hükmüne göre, varış yerine ulaşma tarihinden veya uçağın ulaşması gereken tarihten veya taşımanın durduğu tarihten başlamak üzere 2 yıl içinde dava açılmazsa, tazminat hakkı düşecektir. Madde metninden, iki yıllık sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. ... Davanın iki yıllık sürede açılıp açılmadığının, mahkemece resen nazara alınması gerekmektedir" (Yargıtay 11. HD., 17.04.2007 T., 2005/14410 E., 2007/5990 K. sayılı kararı). Aynı yönde, Yargıtay 11. HD., 24.10.2011 T., 2011/9924 E., 2011/14357 K. sayılı kararı (Yayımlanmamış karar).

Almanca resmi tercümesinde de hak düşürücü süre anlamına gelen “*Ausschlussfrist*” terimi kullanılmıştır.

## SONUÇ

Türkiye'nin yakın sayılabilecek bir zamanda Montreal Konvansiyonu'na taraf olması nedeniyle bu makalede temas edilen tartışmalı hususların Konvansiyonun uygulanmaya başlaması ile çözüme kavuşacağı kanaatindeyiz. Ancak Varşova Konvansiyonu hükümleri esas alınarak hazırlanan Türk Sivil Havacılık Kanunu ile Montreal Konvansiyonunun taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin birbiriyle çelişmesi hangi düzenlemelerin esas alınacağı hususunda tereddütlere yol açabileceğinden Türk Sivil Havacılık Kanununun bir an önce bu tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde revize edilmesi isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.
- Ahmet Kirman; Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcısının Sorumluluğu, Ankara, 1990.
- Körner Alexandra, Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis-Kausalität und persönliche Herabsetzungsgrunde im System der Solidarität, Zurich, 2011.
- Özdemir Atalay, Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: bagaj, yükün kaybı, hasarı ve gecikmesinden doğan zararlar nedeniyle, Ankara, 1992.
- Bozkurt Bozabalı Banu, Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2013.
- Sözer Bülent, “Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları”, *BATİDER*, 1977, C.IX, S. 2, s. 369 - 403 (Milletlerarası).
- Sözer Bülent, “Türk Sivil Havacılık Kanununa İlişkin Bazı Görüşler ve Değerlendirmeler”, *BATİDER*, 1984, C. XII, S. 2-3, s. 60-92 (TSHK).
- Sözer Bülent, “TSHK Hükümlerine Göre Taşıyanın Ve İşletenin Sorumluluğu”, *BATİDER*, 1984, C. XII, S. 4.
- Sözer Bülent, “Havayolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucundan Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu”, *BATİDER*, 1978, C.IX, S. 3, s. 765 - 818 (Yolcu).
- Sözer Bülent, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 2009.

- Münchener Edgar, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, Münchenen, 2009 (MünchenerKomm.HGB/Ruhwedel).
- Giemulla Elmar, Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006 (Montreal Comm./Giemulla).
- Reuschle Fabian, "Montrealer Übereinkommen", 1. Auflage, Berlin, 2005.
- Saymen Ferit Hakkı, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul, 1940 .
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012 (Borçlar).
- Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı, Ankara, 1975 (İlliyet).
- Erlüle Fulya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Ankara, 2011.
- Pekcanitez Hakan / Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukuku, Ankara, 2011.
- Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 2010.
- İşgüzar Hasan, Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Âkit Dışı Sorumluluğu, Ankara, 2003.
- Ülgen Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 1987.
- Kaner İnci, Hava Hukuku Dersleri (Hususî Kısım), B. 2, İstanbul, 1994 (Hususî).
- Kaner İnci Deniz, "1929 Tarihli Varşova Konvansiyonunda Hava Taşıyıcısının Yolcu, Yük Ve Bagaj Taşımacılığından Doğan Sorumluluğu", İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 24-25 Ocak 1985, Ankara, 1985, s. 173 - 218 (Sempozyum).
- Gold Joseph, SDRs, Currencies, and Gold, Fifth Survey of New Legal Developments, Washington, 1984.
- Oğuzman Kemal M. /Turgut M. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2012.
- Göknil Mahzar Nedim, Hava Hukuku, İstanbul, 1951.
- Zylicz; Marek, International Air Transprort Law, Netherlands 1992.
- Ünal Mehmet, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD., C. 35, Y. 1978, S. 1-4, s. 397-437.
- Mendes Pablo De Leon/ Werner Eyskens; "The Montreal Convention; Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernizations and the Consolidations of the Wrasaw System", 66 JALC, (2000-2001), s. 1155-1185.
- Can Mertol, Deniz Taşıyanının Yolcuların Bagajının Ziyayı veya Hasarından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991.
- Can Mertol, Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara, 2001.
- Aydoğdu Murat, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanının Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009.
- Yıldırım Mustafa Fadıl/Veysel Başpınar, "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk - İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, s. 1093-1128.

- Tiftik Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Ankara, 2005.
- Stephen Paul Dempsey/Michael Milde, International Air Carrier Liability; The Montreal Convention of 1999, Montreal, 2005.
- Philepina Diederiks-Verschoor/ Vladimir Kopal; An Introduction to Space Law, Netherlands, 2008.
- René H. Mankiewicz; The Liability Regime of The International Air Carrier, Canada, 1981.
- Regula Dettling-Ott; Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006 (MontrealComm./Dettling-Ott).
- Schmid Ronald, Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006.
- Arkan,Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982.
- Unmack Tim, Civil Aviation: Standards and Liabilities, London, 1999.
- Birinci Uzun Tuba, Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 2012.
- Felmann Walter/Andrea Kotmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern, 2012.
- Habermeier Walter, "Operations and Transactions in SDR's", The First Basic Period, Washington, 1973.
- Wolf Müller-Rostin, Montreal Convention Commentary, Netherlands, 2006 (MontrealComm./Müller-Rostin)
- İmre Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949.

# ANONİM ŐIRKET YÖNETİM KURULUNUN ÖZELLİKLE YETKİ DEVRİ HALİNDE GÖZETİM SORUMLULUĞU VE HUKUKU BELİRLİLİK SORUNU

## THE SUPERVISION LIABILITY OF STOCK CORPORATION BOARD DIRECTORS ESPECIALLY IN CASE OF DELEGATION AND THE PROBLEM OF LEGAL CERTAINTY

Kürşat GÖKTÜRK\*

**Özet:** Türk Ticaret Kanunu'nda yetki devri halinde, gözetim sorumluluğu ile ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bu durum sorumluluk hukuku bakımından farklı Şekilde yorumlanmaktadır. Bu çalışmada, Türk hukuk öğretisindeki görüşler de dikkate alınarak, yetki devrinin özellikle gözetim sorumluluğu bakımından etkisi incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Anonim Şirket, yönetim kurulu, yetki devri, sorumluluk, gözetim

**Abstract:** There is not any definitive provision in Turkish Commercial Code about the supervision liability in the case of delegation. Thus, it's interpreted differently in respect to liability law by doctrine. This essay is focussed especially on the effect of delegation for the supervision liability, by taking into consider of the opinions in Turkish law doctrine.

**Keywords:** Stock corporation, board of directors, delegation, liability, supervision

### I. Mülga Türk Ticaret Kanununda İş Paylaşım Esasları ve Sorumluluk

Anonim Şirket tüzel kiŐiliđinin, tıpkı diğer tüzel kişilerde olduğu gibi faaliyetleri, organları vasıtasıyla gerçekteŐtirilir. Şirket organizasyonunda yönetim bakımından yetkili ve görevli organ, yönetim kuruldur. Yönetim görevi, gerek Şirket tüzel kiŐiliđinin iç işleyişi, gerek-

\* Yrd. Doç.Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

se şirket amacının elde edilmesi için işletilen şirket işletmesi ile ilgili faaliyetleri kapsamaktadır. Ancak özellikle şirket iştiğal konusunun elde edilmesine yönelik faaliyetler bakımından, yönetim kurulu bazı hallerde yetersiz kalabilir; başkaca şahısların yardımına ihtiyaç duya-bilir.<sup>1</sup> Bu nedenle işletme öğretisinde geliştirilen yönetim modelleri-nin, faaliyetlerin yürütülmesi bakımından yönetimce benimsenmesi mümkün, hatta bazı hallerde gereklidir.

Mülga Türk Ticaret Kanunu (mTTK), şirket yönetim kurulunun gö-revlerini etkin şekilde yerine getirebilmesi bakımından, işletme öğre-tisi gereklerine uygun görev paylaşım kurallarına ve bunun etkilerine dair hükümler sevk etmiştir. Bu kapsamda yönetim kurulu, kendisine ait görevleri, alt kurullar oluşturmak ve onların yardımından istifa-de etme suretiyle yerine getirebilmekteydi (mTTK m. 318/II). Yönetim kurulunun sadece faaliyet ve görevlerin yürütülmesini kolaylaştırmak bakımından istifade ettiği bu komisyonların, sorumluluk durumuna etkisi hususunda özel bir hükme kanunda yer verilmemiştir. Öğretide bu tür komisyonların faaliyetlerinden ötürü, yönetim kurulunun so-rumluluktan kurtulma imkanına sahip olmadığı, zira iç ilişkiye dair sadece bir iş bölümünün bulunduğu, komisyon üyelerinin faaliyetleri-nin, doğrudan yönetim kurulu faaliyeti olarak nitelendirilmesi ve so-rumluluğun buna göre tayini gerektiği görüşü kabul görmüştür.<sup>2</sup>

Şirket yönetiminde yetki paylaşımına dair mülga kanunun bir baş-ka düzenlemesi, kanunda öngörülen usule uygun olarak yönetim ve temsil işlerinin, taksiminin mümkün olduğunu öngörmekteydi (mTTK m. 319/I). Yetki taksimi de faaliyetlerin etkinliğini artırmaya yönelik iş-bölümü esaslarından olmakla birlikte, bunun sorumluluğa etkisi konu-sunda da sarıh bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bir görüş, taksim halinde müteselsil sorumluluğun geçerli olmayacağını ve görev taksimi yapılan kişi ya da alt kurulların sorumluluğunun bulunduğu-nu kabul etmiştir.<sup>3</sup> Bir diğer görüş ise, taksim halinde, her üyenin ken-di görev alanına giren işlerden ötürü sorumlu olduğu, diğer üyelerin doğrudan bir sorumluluğunun bulunmadığı,<sup>4</sup> ancak yönetim kurulu-

<sup>1</sup> Bkz. Pellenda, Katja Roth, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich/St.Gallen, 2007, Rn. 752

<sup>2</sup> Bkz. Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki So-rumluluğu, İstanbul, 2007, s. 182; Atan, Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 32

<sup>3</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku, Adana, 2003, s. 454

<sup>4</sup> Atan, s. 33



nun gözetim görevinin taksim halinde dahi devam ettiği ve gözetim görevinin gereklerini yerine getirmemesi halinde bundan sorumlu olunacağını benimsemiştir.<sup>5</sup> Konu hakkında başka bir görüş, taksimin bir işbölümü esası olduğu, münferit işlerde görevli olan üyenin yaptığı işlerin, yönetim kurulunca müştereken kararlaştırılmış bir iş olarak telakki edilmesi gerektiği ve yapılan işten ötürü yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun mevcut olduğu yönünde şekillenmiştir.<sup>6</sup>

İş paylaşımına ilişkin kanunun öngördüğü bir diğer ihtimal, inceleme konusunu teşkil eden yetki devri halidir. Kanunda öngörülen usule riayet edilmek kaydıyla, temsil ve idare işlerinin tamamının ya da bir kısmının, yönetim kurulu tarafından murahhaslara bırakılması mülga kanun kapsamında gerçekleştirilebilmekteydi (mTTK m. 319/2). Öğretide “yetki devri” ya da “delegasyon” olarak isimlendirilen bu iş paylaşımının, ilgililerin yetki durumu bakımından nasıl bir etkide bulunacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide 865 sayılı Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan değerlendirmede, murahhas tayini halinde işlerin fiilen murahhaslar tarafında yapılacağı, ancak yönetim kurulunun idare ve gözetim görevinin devam ettiği; murahhas görevlendirilmesinin, idare hakkının terkedilmesi olmayıp, ancak bunun icrasının terki anlamına geldiği, yönetim kurulunun toplantılarda oy vermek suretiyle yönetim ve gözetim görevini icra edeceği kabul edilmekteydi.<sup>7</sup> Devrin niteliğine göre farklılaşan bu görüşlerden bir diğeri, devrin bir alt vekalet olmadığı ve yönetim kurulunun yetki devrine ilişkin işleminin, doğrudan genel kurul ile murahhas arasında bir ilişki tesis ettiği düşüncesinden hareketle, devir halinde yönetim kurulunun yetkisizleşeceğini, murahhasa talimat verme yetkisinin bulunmadığını, murahhası azledemeyeceğini, murahhas aza tayiniyle birlikte hukuken idare organının murahhas olduğunu kabul etmekteydi.<sup>8</sup> Bununla birlikte, bu görüşü savunanlar yönetim kurulu-na kanunen yüklenilmiş olan bazı görevlerin varlığını koruduğunu,

<sup>5</sup> İbrahim Aslan, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994, s. 59 vd.; Çamoğlu (2007), s. 182; Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, s. 220

<sup>6</sup> Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960, s. 122

<sup>7</sup> Ernst Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, s. 314 vd.

<sup>8</sup> Akdağ-Güney, Necla, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 140 vd.; Arslanlı, s. 123 vd.; Atan, s. 33 vd. Tekil, s. 204’de benzer eğilimi göstermektedir.

ayrıca yönetim kurulunun şirket işlerini gözetim görevinin devam ettiğini kabul etmekte idi.<sup>9</sup> Bir diğer görüş ise, şirketle Murahhas arasındaki ilişkinin nitelendirilmesinin önem taşımadığını, Murahhasın kendisine ait yetki alanında organ şahıs olarak bağımsız faaliyette bulunacağını, özellikle tam yetki devri halinde Murahhasın, münferit yönetim kurulu üyelerinin üzerinde bir hukuki konuma sahip olduğunu, yönetim kurulunun ise Murahhasa talimat verme yetkisinin bulunduğu ve gözetim görevinin devam ettiği kabul ediyordu.<sup>10</sup> Netice olarak görüşler, yetki devri halinde gözetim yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmekteydi.<sup>11</sup>

Murahhas tayini şeklindeki işbölümünün sorumluluk esaslarına etkisi konusu da mülga kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak, faaliyetlerden ötürü müteselsilen sorumlu olan yönetim kurulu üyeleri, yetki devri haline müteselsilen sorumlu olmayacaktır (mTTK m. 336/II). Düzenleme müteselsil sorumluluğu reddetmekle birlikte, yönetim kurulunun olası sorumluluğu ile ilgili açık bir düzenleme içermemekte idi. Bu nedenle öğretilerde yönetim kurulunun yetki devri halinde sorumluluğu ile ilgili görüşler ortaya çıkmıştır; özellikle gözetim görevi ile ilgili görüşler farklılaşmaktadır. Öğretilerde bir görüş, Borçlar Kanunu'nun adi şirkete ilişkin düzenlemesinden hareketle, tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu'nun mevcut halinde olduğu gibi, yönetim kurulunun Murahhası seçim, ona nezaret ve talimat vermesinin mümkün olduğunu kabul etmekteydi.<sup>12</sup> Münferit olarak gözetim sorumluluğu bakımından, yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü ve sorumluluğunun mevcudiyeti esastan hareket edilmekteydi.<sup>13</sup> Öğretilerde azınlıkta kalan bir diğer görüş ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 336/II maddesi hükmünün, Murahhas

<sup>9</sup> Arslanlı s. 125 vd.

<sup>10</sup> Çamoğlu (2007), s. 184 vd.

<sup>11</sup> Aynı yönde Aslan, s. 110 vd.

<sup>12</sup> Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 81; Tekil, s. 220. Yazar, Murahhasın uzmanlık alanındaki konularda seçim ve özellikle talimat verme yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğun önemini yitireceğine de vurgu yapmaktadır. Bkz. age. s. 220 vd.

<sup>13</sup> Akdağ-Güney (2008), s. 140, 143; Aslan, s. 167 vd.; Atan, s. 35 vd., s. 117; Çamoğlu (2007), s. 184; Çamoğlu Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009, kn. 564; Mimaroglu, Sait K, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 83; Pulaşlı (2003), s. 455; Tekil, s. 205; Yönetim kurulunun ayrıca talimat verip veremeyeceği hususu da tartışmalı idi. Bkz. Çamoğlu (2007), s. 185

üye dışındaki üyelerin mutlak sorumsuzluğu anlamı taşıdığı, zira gözetim yükümünün, yönetim kurulunun bilgisi ve kontrolü dışındaki işlerde bulunmadığı;<sup>14</sup> kanunda, diğer üyelerin gözetim yükümlülüğünün bulunduğu ilişkin bir düzenleme de yer almadığı, bunun sadece öğretide bir görüş olarak savunulduğu, murahhas üye tayini halinde diğer üyelerin gözetim sorumluluğunun bulunmadığı yönünde şekillenmişti.<sup>15</sup>

## II. Mehaz İsviçre Hukukunda İş Paylaşım Esasları ve Sorumluluk

Mehaz İsviçre hukukunda da yönetim kurulunun faaliyetlerinin kolaylaştırılması bakımından iş bölümü esaslarına göre, yönetim kuruluna yardımcı olmak amacıyla alt kurul ya da komisyonların kurulmasına müsaade edilmiştir (Art. 716a Abs. 2 OR). Sorumluluk hukuku bakımından bu kurullar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle devredilmez görevlerle ilgili hususlarda hazırlayıcı ya da icracı görev icra eden alt kurulların mevcudiyeti hali de dahil olmak üzere, sorumluluğun seçme, talimat verme ve nezaretle sınırlanması İsviçre öğretisinde genel olarak kabul görmemekle birlikte,<sup>16</sup> sorumluluğun yardımcı şahıs kullanımındaki olduğu kadar sert takdir edilmemesi gereği de bazı yazarlarca savunulmaktadır. Özellikle farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenleme, bu yaklaşım bakımından temel argüman olarak değerlendirilmektedir.<sup>17</sup>

Yetki devri ile ilgili olarak, kanunda öngörülen usule uygun olarak yönetimin kısmen ya da tamamen münferit üyelere ya da üçüncü şahıslara devredilebileceği öngörülmektedir (Art. 716b Abs. 1 OR).<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Tekinalp bu görüşünü, "...yönetim kurulunun gözetim borcu, bilgisi ve kontrolü altındaki işlemlerde vardır ve TK m. 336 (2) murahhas üye dışındaki üyeler için mutlak sorumsuzluk öngörmüş, gözetim yükümünden söz etmemiştir..." şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, kn. 174

<sup>15</sup> Tekinalp (2003), kn. 174

<sup>16</sup> Bkz. Bertschinger, Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999, Rn. 230 ff. Bkz. özellikle s. 121 dn. 690' da zikredilen eserler; von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel, 2006, s. 49; krş. Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 30 Rn. 28; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, § 13 Rn. 424

<sup>17</sup> Bkz. Bertschinger (1999), Rn. 230 ff.; krş. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Botschaft), BBl. 135 II 936.

<sup>18</sup> Hükmün sadece organ görevlerinin devri halinde değil, aynı zamanda yardımcı

Belirtilen halde sorumluluk yetki sahibinde olmakla birlikte, bu durumun devredenin sorumluluğuna nasıl etki edeceği ile ilgili İsviçre hukukunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, usulüne uygun olarak bir görevin ifasını bir başka organa devredenler, organın zararından ötürü ancak, onun seçiminde, ona talimat vermede ve gözetimde hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermemesi halinde sorumludur (Art. 754 Abs. 2 OR).<sup>19</sup> İsviçre mevzuatında yetki devri halinde yönetim kurulunun seçim, talimat ve özenden dolayı sorumluluğuna ilişkin yasal düzenleme,<sup>20</sup> öğretinin bu yönde şekillenmiş olmasının etkisiyle ortaya çıkmıştır.<sup>21</sup>

İsviçre hukukunda yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun mevzuatta düzenlenmiş olması nedeniyle, bu halde yönetim kurulunun gözetim sorumluluğunun bulunduğu ile ilgili bir tereddüt bulunmamaktadır.<sup>22</sup> Yetkinin bütünüyle devri halinde, yönetim kurulunun ağırlıklı olarak gözetim görevini yerine getireceği, ancak devredilmez görevlerin bulunması nedeniyle sadece gözetim organı olmakla sınırlı bir görev icra etmeyeceği esası benimsenmektedir.<sup>23</sup> İsviçre öğretisinde, mevzuatta düzenlenen gözetim görevi dikkate alınarak yetki devrinin, karar alma yetkisinin ortadan kalkması olarak algılanmasının isabetsiz olduğu, devredilemez talimat ve üst gözetim yükümlülükleri dikkate alındığında, yetki devri ile sadece karar alma yetkisinin bir kullanım türünün söz konusu olduğu kabul edilmektedir.<sup>24</sup> Yönetim kurulu yetkilerini yitirmemekte, sadece sahip olduğu yekinin

---

görevlerin devri halinde de uygulanması gerektiği hakkında bkz. Bertschinger, Urs, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009, Art. 754, Rn. 69; Krş. çoğu yerine Pellenda, Rn. 757

<sup>19</sup> İsviçre Borçlar Kanunu Gereğiğinde, yetki devri halinde gösterilmesi gereken özen ile ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: "Delegasyon sonrasında ortaya çıkan özen yükümünün kapsamı, düşük seviyede değildir. Özellikle raporlamanın güvenilirliğini teminat altına alan, bilgileri dikkatli ve eleştirel bakış açısıyla inceleyen, sıra dışı ya da tehlikeli durumlarda ilave bilgiler talep eden ve talimatlarını değişen koşullara uygun olarak veren, gözetim yükümüne uymuştur. Bütün bunları yapan, yetki devralanın hatalarından ötürü özel hukuk anlamında sorumlu tutulamaz. Hatayı engellemek için, bu şekilde elinden gelen her şeyi yapmıştır" Bkz. Botschaft, BBl 135 II 936

<sup>20</sup> Düzenleme gerekçeleri için bkz. BBl 135 II 745 ff.

<sup>21</sup> Bkz. çoğu yerine Forstmoser, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1987, Rn. 321 ff. ve orada anılan yazarlar.

<sup>22</sup> Çoğu yerine bkz. Bauen, Marc/Bernet, Robert, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich u.a., 2007, kn. 461

<sup>23</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 Rn. 10

<sup>24</sup> Böckli, § 13 Rn. 435

kapsamı değişmektedir. Değişen kapsam, zorunlu olarak sorumluluk hukuku bakımından da tesir gösterecektir. Zira kusur sorumluluğu esası, yetki ve sorumluluğun paralellliğini gerektirmektedir.<sup>25</sup> Yetki devriyle birlikte, devredenın yönetime ilişkin yükümlülükleri değişmekte ve sorumluluğu da değişen yükümlülüğü kapsamındaki özeni ile sınırlanmaktadır.<sup>26</sup> Yönetim kurulunun vazgeçilmez görevlerini ifa edebilmesi için, gözetim yükümünün devredilmemesi gerekmektedir.<sup>27</sup> Bu nedenle gözetim, İsviçre öğretisinde konu ile ilgili yasal değişiklik yapılmadan önce de devredilmez bir yönetim görevi olarak nitelendirilmiş,<sup>28</sup> buna paralel şekilde, yetki devri bulunan hallerde seçim, gözetim ve talimatta özen sorumluluğu kabul edilmiştir.<sup>29</sup> Öğretideki yaklaşım, gözetimin devredilmez bir görev olarak kabulü yanında, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun da kabulü şeklinde kanun metnine yansıtılmıştır.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Horber, Felix, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1986, s. 113 ff.

<sup>26</sup> Horber, s. 113, 115; Böckli, § 18 Rn. 118, yazar bu halde sorumluluğun sınırlanmasından ziyade, belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde, bir sorumluluktan kurtuluş halinin olduğunu ifade etmektedir.

<sup>27</sup> Horber, s. 72

<sup>28</sup> Çoğu yerine bkz. Wiegand, Wolfgang, "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates", in Grundfragen des neuen Aktienrechts, Hrsg. von Büren/Hausheer/Wiegand, Bern, 1993, (s. 1-17), s. 12. İsviçre Borçlar Kanunu gerekçesinde, "gözetim" terimi yerine, bilinçli olarak "üst gözetim" kavramının tercih edildiği, bununla özellikle tatbikatta büyük şirketlerde yönetim kurullarının gözetim işlevlerini daha etkin şekilde kullanmak amacıyla alt gözetim komiteleri kullanmaları gerekçe gösterilmiştir. Bkz. Botschaft, BBl. 135 II 923

<sup>29</sup> Bkz. çoğu yerine Horber, s. 113 ff.

<sup>30</sup> Horber, s. 113 ff.; Yönetim kurulu üyelerinin yetki devri halinde sorumluluğunu düzenleyen İBK m. 754/II hükmündeki temel düşüncenin (üç özen), anonim şirket yönetim kurulunun devredilmez görevleri kapsamındaki organizasyon yapısıyla mükemmel şekilde örtüştüğü hakkında bkz. Böckli, § 18 Rn. 119; Yetki devri halinde sorumluluk sınırlamasının maddi dayanağının, devredilmez görevlere ilişkin düzenleme olduğu hakkında bkz. Pellenda, Rn. 757; Bkz. ayrıca İBK Gerekeşi (Botschaft), BBl 135 II 769 f.; Gerekeşte konu ile ilgili olarak "...yönetim kurulu, yönetimi üyelerine (Delegierte) ya da üçüncü şahıslara (Direktoren) devredebilir (Art. 716 Abs. 2 ve 716b), ancak şirketin üst yönetimi ve bir kısım bazı görevler devredilemez olarak nitelendirilmiştir (Art. 716a). Bu yapısal düzene... sorumluluğun netleştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi eşlik etmektedir; şekli ve maddi anlamda geçerli bir yetki devri halinde, yetkiyi devralanın yapma ya da yapmama şeklindeki davranışlardan sorumluluk yerine, onları seçme, talimat verme ve nezaret yükümlülüğü getirilmektedir (Art. 754 Abs. 2)." ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca devredilmez üst gözetim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme kapsamında, "Yönetimin üyelere ya da üçüncü şahıslara devri halinde, gözetim fonksiyonu, yönetim kurulunun temel görevlerinden biridir." açıklamasına yer verilerek suretiyle, gözetimin özellikle yetki devri halinde önem taşıyan bir yöne-

### III. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Gözetim Sorumluluğu

Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin hükümlerinin şekillenmesinde, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan etkilenilmekle birlikte,<sup>31</sup> yetki devri halinde yönetim kurulunun sorumluluğunu tanzim eden hüküm (Art. 754 Abs. II OR) hukukumuza aynen aktarılmamıştır. Türk Ticaret Kanunu yetki devri halinde, sadece ilgililerin seçiminde gösterilmesi gereken özenden ötürü sorumlu olunacağına, bunun dışındaki haller bakımından sorumluluğun bulunmadığına ilişkin bir düzenleme içermektedir (TTK m. 553/2). Bundan başka, kontrol dışındaki haller bakımından sorumluluğun bulunmadığına dair özel bir düzenlemeye de kanunda yer verilmiştir (TTK m. 553/3).

Kanuni düzenlemenin, gözetim sorumluluğu bakımından anlamı, kanun lafzı, gerekçesi ve öğretilerdeki görüşler de dikkate alınmak suretiyle aşağıdaki başlıklarda incelenmeye çalışılacaktır.

#### A. Kanun Lafzına Göre

Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları mehz İsviçre borçlar kanunundan farklı bir içeriğe sahiptir. Anılan düzenlemelere göre;

*“(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.*

*(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.”*

Düzenleme lafzı uyarınca özellikle yönetim kurulunun görev ve yetkilerini usulüne uygun şekilde devretmesi halinde,<sup>32</sup> yönetim kurulu sadece ilgililerin seçimi bakımından hukuki sorumluluğa tabi olup, baş-

tim işlevi olduğu tekraren vurgulanmıştır. Bkz. BBI 135 II 923.  
<sup>31</sup> Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, YY: 2, SS: 96, s. 255 (Bundan sonra sadece “Gerekçe” olarak kısaltılmıştır)

<sup>32</sup> Yönetimin devri hususunda Bkz. TTK m. 367/1. Usulüne uygun devrin koşulları ile ilgili olarak bkz. Kırca, İsmail, in Kırca, İsmail/Şehirli-Çelik, Feyzan H/Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013, s. 599 vd, 612 dn. 609



kaca bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda, görevin ifasının bir organa devri halinde, devralanın verdiği zararlardan ötürü, onun seçiminde, ona talimat verilmesinde ve ona nezaret edilmesinde hal ve şartlara göre gerekli özenin gösterildiğinin ispatlanamaması halinde, devredenin de sorumluluğu esasına yer verilmiştir (Art. 754 II OR). Mehzaz kanunun sorumluluk sistemi ile mukayese edildiğinde, Türk hukuku seçme, nezaret ve talimat sorumluluklarından, sadece seçme sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu durumda yetki devri halinde, devralanın sahasında ihtisas yapmış olması, uzun yıllara dayalı aynı sektörün farkı kesimlerinde tecrübesinin bulunması, bu dönemde başarısını tevsik eden ödüller almış olması, sabıka kaydının bulunmaması gibi hususları göz önünde bulundurarak seçim yapmışsa, o kimseye nezaret etmemesinden ya da icabında gerekli talimatları vermemesinden ötürü yetki devreden bir sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Kanuni düzenleme çerçevesinde görevi ifa eden yönetim kurulu üyelerinin, görevin devri halinde sorumluluğu bir başka şahıs ya da şahısların davranışından kaynaklanmaktadır. Bu şahısların davranışlarından dolayı kusursuz bir sorumluluk değil, makul ölçüler içerisinde, kusura dayalı, katlanılabilir bir sorumluluk anlayışının kabulü isabetli bir çözüm yoludur.<sup>33</sup> Söz konusu çözüm ise, ilgili şahsın yaptıklarından ötürü doğrudan sorumluluğu değil, bu şahısların faaliyetlerinin gözetiminden kaynaklanan özen yükümü ihlalinin sorumluluğa tabi olmasını gerektirmektedir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun mevcut düzenlemesi lafzı dikkate alındığında, özellikle yetki ve sorumluluk makamı olan yönetim kurulu (bkz. TTK m. 375), yetki devri halinde bir "*sorumsuzluk makamına*" dönüşmektedir. Bu bakımdan söz konusu düzenleme, ölçülülüğü yönünden eleştiriye açıktır. Öyle ki, artık yönetim kurulunun -sorumluluk hukuku bakımından temel önemi haiz olan, şirket işletmesi faaliyetleri itibariyle- makam olarak gerekliliği dahi sorgulanabilir haldedir.<sup>34</sup> Yönetim kurulu sadece ilgili kişilerin seçiminden dolayı sorumlu ise, bu seçimi genel kurulun yapması ile yönetim kurulunun yapması arasında fark bulunmamaktadır.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Bkz. Kırca, s. 615

<sup>34</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011, § 58 kn. 18

<sup>35</sup> Nitekim yönetim kurulu üyeliği şahsa bağlı (ad personam) bir görevdir ve üyeler, kendilerine duyulan güvenin bir tezahürü olarak üyeler bu göreve getirilmişlerdir. Yetki devri suretiyle, yönetim kurulu üyelerinin sorumsuz hale geldiğinin kabulü, yönetim kurulu üyeliğinin bu özellikleri ile de bağdaşmaz. Bkz. Horber, s. 110



Kanun koyucu, yetki devrinin sorumluluğa etkisi yanında, kontrol dışında kalan hallerden ötürü sorumsuzluğa ilişkin bir düzenlemeye de aynı maddede yer vermiştir (TTK m. 553/3). Maddede bahsi geçen kontrol dışı hallerden neyin ya da nelerin kastedildiği, kanun lafzından anlaşılamamaktadır. Kontrol tabiri, birlikte kullanıldığı yardımcı fiile göre özellikle hâkimiyet ya da yönetimi kastetmek amacıyla kullanılabilirliği gibi,<sup>36</sup> denetim, gözetim anlamına da gelebilmektedir.<sup>37</sup> Kanun lafzı dikkate alındığında, kontrol tabirinin gözetim ya da denetim anlamında kullanılmadığını kabul etmek isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira aksi halde maddenin, “gözetim dışında kalan hallerden ötürü sorumluluğun bulunmadığı, bu sorumlu olmama halinin, gözetim yükümlülüğü gerekçesiyle bertaraf edilemeyeceği” şeklinde anlaşılması gerektir.<sup>38</sup> Kanun koyucunun aynı hususu iki kez tekrarlaması gereksiz olduğundan, maddede geçen kontrol tabirinin, yönetim anlamında kullanıldığını kabul etmek, lafzına uygun bir çözüm olacaktır.<sup>39</sup> Bu durumda madde, yönetim kurulunun, müdahale alanı ya da daha doğru bir ifadeyle, yönetimi dışında kalan hususlardan sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanabilecektir. Şirketi yönetim görev ve yetkisi yönetim kuruluna ait olduğundan, şirkette yönetim

<sup>36</sup> Kontrol altında bulundurmamak ifadesinde, kontrolün bu anlamı ön plana çıkmaktadır. Bu anlama örnek olarak bkz. TTK m. 195 gerekçesi ve şirketler topluluğu genel gerekçesi. Gerekçe s. 133 vd.

<sup>37</sup> Kontrol etmek fiilinde, denetime yönelik anlam ön plana çıkmaktadır. Esasında bu anlamda “kontrol” tabiri, sadece Türk hukukunda değil, yabancı hukuk çevrelerinde de denetim, gözetim gibi farklı terimlerle eş anlamlı olarak kullanılabilir. Kavramların sınırlanması ile ilgili olarak bkz. Niggli, Adrian, Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht, Solothurn, 1981, s. 69 ff.; Slingerland, Erik, Die Aufsicht über die Geschäftsführung bei Kapitalgesellschaften nach schweizerischem, niederländischem, deutschem und europäischem Recht, Diessenhofen, 1982, 49 ff.

<sup>38</sup> Bkz. ve krş. Gerekçe s. 256 vd.

<sup>39</sup> Maddenin üçüncü fıkrası lafzında “gözetim” kavramının kullanılmış olması, maddenin özellikle yetki devri halinde, gözetim yükümlülüğünün ihlaline dayalı sorumluluk bakımından normatif dayanak teşkil edip etmediği konusunda tereddüt doğurmaktadır. Kanaatimizce, sadece kanun lafzı dikkate alındığında, kullanılan gözetim kavramı, kontrol dışı hallerdeki sorumsuzluğu teyit bağlamında kullanılmış olup, gözetim sorumluluğunun normatif dayanağını oluşturacak mahiyette değildir. Maddenin ikinci fıkrasındaki seçme halindeki sorumluluk dışındaki sorumluluğu kesin şekilde dışlayan ifade bu sonucu isabetli kılmaktadır. Öte yandan üçüncü fıkra, ikinci fıkradan farklı olarak, mefhumu muhalif yoluyla yoruma olanak verecek şekilde de kaleme alınmış değildir. Madde lafzı dikkate alındığında, üçüncü fıkranın, ikinci fıkradaki düzenlemenin bir istisnası olduğu da anlaşılamamaktadır.

kurulunun müdahale alanı dışında kalan hususların ya da sahalanın bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı hukuki çerçevede araştırılmalıdır ve mevzuatta buna örnek teşkil edebilecek düzenleme mevcuttur (Bkz. TTK m. 203).

Netice itibarıyla kanun lafzı tek başına dikkate alındığında, usulüne uygun yetki devri halinde yönetim kurulunun sadece ilgililerin seçiminden ötürü sorumluluğunun bulunabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Mevzuat İsviçre hukukundan farklı olarak gözetim ve talimat verilmesinden ötürü sorumluluk bulunmamaktadır.

## B. Kanun Gerekçesine Göre

Kanuni düzenlemede yetki devri halinde sadece ilgililerin seçiminden dolayı devreden sorumluluğuna yer verilip, gözetimden dolayı sorumluluğa yer verilmemişken (TTK m. 553/2), kanun gerekçesinde, yetkiyi devreden gözetim görevinin bulunduğu ve üçüncü fıkranın bu görevi değişik şekilde hükme bağladığından bahsedilmektedir.<sup>40</sup> Keza maddenin üçüncü fıkrasına ilişkin gerekçede de, yetki devri bulunan ya da bulunmayan hallerde yönetim organının gözetim yükümünü kanunun tanıdığı, ancak bu yükümün kontrol dışında kalan konularda bulunmadığını hükme bağladığı vurgulanmaktadır. Gerekçede, kontrol dışında kalan hallerden maksat ise, özellikle illiyet bağı ya da kusurun bulunmadığı haller olarak açıklanmıştır. Buna göre bir bütün olarak düzenlemenin amacı, sorumluluğun temel unsurlarının bulunmadığı hallerde, gözetim yükümüne dayalı olarak sorumluluk yolunun açılmasını engellemektir.<sup>41</sup>

Gerekçedeki açıklamalar karşısında, lafzen birbirinden bağımsız görünen maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının, esasında birbirini tamamlayan bir içeriğe sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak kanun lafzı, gerekçedeki bu açıklamalarla uyum içerisinde değildir. Başka bir ifadeyle, gerekçedeki açıklamalar çerçevesinde, kanunun her

<sup>40</sup> Bkz. Gerekçe s. 257, Özellikle, "Delegasyonda gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir" şeklindeki açıklamadan gözetim görevinin varlığı sonucu çıkmaktadır.

<sup>41</sup> Bkz. Gerekçe s. 257, gerekçede düzenlemenin amacı "Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür." şeklinde açıklanmıştır.

iki fıkrası esasında tek fıkradan müteşekkil olması gereken ve ikisinin arasında “Şu kadar ki, yetki devredilen veya devredilmeyen hallerde ilgililerin gözetim yükümlülüğü de bulunmaktadır, *fakat*,” şeklinde görünmeyen bir ibarenin bulunduğu fıkralardır.

Netice itibariyle, kanun lafzından açıkça anlaşılacakla birlikte, yetki devri halinde gözetim yükümlülüğünün ve dolayısıyla sorumluluğunun varlığının kabul edildiği, fakat bu durumun, sorumluluğun unsurları bulunmayan hallerde, gözetim yükümlülüğüne dayalı olarak sorumluluk yolunun açılmasına engel teşkil ettiği, gerekçedeki açıklamalardan anlaşılmaktadır.

### C. Kanunun Yönetim Organizasyon Sistemi

Türk Ticaret Kanunu'nun yetki devrinde gözetim yükümlülüğü alanında yapılacak değerlendirmede, kanunun yönetim organizasyon sisteminin de nazara alınması gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 375'inci maddesinde, yönetim kurulunun kanunun kendisine tevdi ettiği yönetim görevini icra etmesi bakımından, asgari olarak yönetim kurulunun haiz olduğu yetki ve görevler zikredilmiştir.<sup>42</sup>

İncelenmekte olan konuyu ilgilendiren gözetim yükümlülüğü bakımından da kanun koyucu, yönetim kuruluna devredilemez bir görev tevdi etmiştir. Bu bakımdan yönetim kurulunun yönetim ve gözetim yetkisini devrettiği hallerde dahi, üst gözetime ilişkin devredilmez görevi yönetim kurulu uhdesinde kalmaktadır. Mevzuat İsviçre hukukunda, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun varlığını kabul eden düzenlemenin maddi dayanağını, devredilmez görevlere ilişkin düzenlemenin teşkil ettiği vurgulanmaktadır.<sup>43</sup> Bu bakımdan İsviçre hukukunda devredilmez görevler ve yetki devri halinde sorumluluk hükümleri arasında uyum sorunu bulunmamaktadır. Benzer durumun Türk hukuku bakımından ne ölçüde kabul edilebilir olduğu ise tartışmaya açıktır. Ancak kesin olan husus, yönetim kurulunun üst gözetim görevini devredememesi nedeniyle, üst gözetim kapsamında sorumluluğunun gündeme gelebileceğidir. Bu nedenle yönetim kurulu yetki devri halinde, sürekli denetimi sağlayacak bir

<sup>42</sup> İsviçre hukuku bakımından düzenlemenin değerlendirmesi hususunda bkz. Yanlı, Veliye, İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda “İşbölümü İlkesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İÜHFİM, 1997, C. LV, Sa: 3, (s. 261-277), s. 265 vd.

<sup>43</sup> Pellenda, Rn. 757

organizasyonu kurmakla mükelleftir.<sup>44</sup> İcabında gözetim yükümünü kendisine aktarılan bilgileri inceleyip değerlendirmek suretiyle icra edebileceği gibi, kararlara müdahale şeklinde de bu yükümlülüğü yerine getirebilecektir.<sup>45</sup> Ancak kararlara müdahale şeklinde gerçekleşen gözetim, hukuki anlamda artık gözetim değil, yönetim faaliyeti icra edilmesi anlamını taşıyacağından, bu tür davranış halinde, artık gözetim sorumluluğu değil, doğrudan karardan doğan sorumluluk söz konusu olabilecektir.<sup>46</sup>

Üst gözetim yükümlülüğüne dair kanuni düzenleme, yönetim kurulunun bir denetim ya da kontrol organı olmadığına dair gerekçe karşısında,<sup>47</sup> yönetim kurulunun kanundan kaynaklanan üst gözetim yükümlülüğünün, hiçbir kontrol ya da denetim yapmamak suretiyle gerçekleşeceği anlamına gelmemektedir. Üst gözetimin kapsamını, somut olay şartları belirleyecektir ve bu kapsamda bulunan yükümlülük ihlallerinin sorumluluk doğuracağına tereddüt duyulmamalıdır. Üst gözetim yükümlülüğü, yönetim kurulunun devredilmez diğer görevleri ile de alakalıdır. Hatta işletme öğretisinde, üst yönetim ve üst gözetimin, yönetim işlevinin ayrılmaz parçaları olmaları nedeniyle, pozitif hukukta birbirinden ayrılarak düzenlenmesi dahi eleştirilmektedir.<sup>48</sup> Yönetim kurulunun üst gözetim görevi kapsamında gözetim organizasyonuna, bunun etkinliğine, bilgi akışını temine, temin edilen bilgileri muhakeme etmeye, icabında bilgilerin güvenilirliğini kontrole, analize, iktisadi ve normatif denetime yönelik oldukça geniş görevleri bulunmaktadır.<sup>49</sup> “Üst gözetim” kavramı,<sup>50</sup> madde lafzında geçen “özellikle” ibaresinden anlaşılacağı üzere sadece mevzuata riayet bağlamında normatif gözetimi değil, aynı zamanda işletmesel anlamda işlerin akışına yönelik denetimi de kapsamaktadır.<sup>51</sup> Gözeti-

<sup>44</sup> Homburger, Eric, in Zürcher Kommentar, Bd. V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich, 1997, Art. 716a, Rn. 589

<sup>45</sup> Homburger, Art. 716a, Rn. 590 ff.

<sup>46</sup> Bkz. Chapuis, Cédric, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009, Art. 716a, Rn. 14

<sup>47</sup> Bkz. Gerekçe s. 174

<sup>48</sup> Bkz. Erny, Dominik, Oberleitung und Oberaufsicht, Zürich, 2000, s. 123; Benzer yönde bkz. Homburger, Art. 716a, Rn. 581, 584

<sup>49</sup> Bkz. Doğan, Beşir Fatih, “Yönetim Kurulunun Devredilmez Yetkileri Ve Yönetim Yetkisinin Devri”, *MÜHFD*, Y. 2012, C. 18, Sa. 2, (s. 609-640), s. 620

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 619 vd.

<sup>51</sup> Aynı yönde Doğan, s. 620; İsviçre hukuku için bkz. Homburger, Art. 716a, Rn. 584 ff.; Chapuis, Art. 716a, Rn. 13; Erny, s. 247; Bkz. ve krş. Gerekçe s. 174

min devri halinde, etkin bir üst gözetim organizasyonu kurulmalıdır. Dolayısıyla gözetim görevini niteleyen “üst” kavramı, görevin gerekli özen gösterilmeksizin, yüzeysel olarak icra edilmesi gerektiği gibi bir anlamda yorumlanamaz.<sup>52</sup> Üst gözetim yükümü, küçük ölçekli ve büyük ölçekli şirketlerde aynı özen ölçütüne göre değerlendirilmeyecektir. İşletmenin faaliyet sahası, varsa konuyla ilgili mevzuatın gereklilikleri, işletme teamülleri ve başkaca somut olay şartları dikkate alınarak tayin edilecek özen ölçütü, ilgililerin görev sahasının ve dolayısıyla sorumluluğunun sınırlanması bakımından kriter olarak dikkate alınabilecektir.<sup>53</sup> Mevcut haliyle kanunun öngördüğü organizasyon sistemi, yönetim kurulunun gözetim sorumluluğundan bütünüyle kurtulabilmesine imkan vermemektedir.

#### D. Öğretinin Yaklaşımı ve Değerlendirme

Yukarıda incelendiği üzere,<sup>54</sup> özellikle yetki devri ve bundan doğan gözetim sorumluluğuna ilişkin kanun maddesinin amacı ifade bakımından yetersizliği, maddenin ikinci fıkrasının yetki devri halinde gözetimden doğan sorumluluğu kesin şekilde reddetmesi, buna karşın kanun gerekçesinin, lafzen mevcut olmayan gözetim sorumluluğuna ilişkin üçüncü fıkra bağlamında açıklamalar içermesi ve yönetim kurulunun devredilmez görevleri arasında “üst gözetim” görevinin bulunması (TTK m. 375/1,e) karşısında, gözetim sorumluluğuna ilişkin sorunun ne şekilde çözümlenmesi gerektiği tartışmaya açıktır.

Öğretide konuyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bu kapsamda bir görüş, yönetim kurulunun devredilmez görevleri arasında “üst gözetim” görevinin bulunduğunu (TTK m. 375/1,e), bu görevden kaynaklanan sorumluluktan yönetim kurulunun kurtulamayacağını; ancak yönetim kurulunun devredilebilir görevleri bakımından özel bir hükmün (TTK m. 553/3) bulunduğunu, sorumluluğa ilişkin bu hüküm

<sup>52</sup> Özellikle büyük ölçekli işletme sahibi şirketlerde, gözetim görevinin alt kurullar vasıtasıyla yerine getirilmesi, bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yönetim kurulunun gözetim görevini bizzat yerine getirmek yerine, alt kurullar vasıtasıyla yerine getirmesi, gözetimin etkinliğini sağlamak bakımından zorunlu olabilir ve aksine davranış şartlara göre sorumluluğu gündeme getirebilir (bkz. von Moos-Busch, Irene, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, 1995, s. 58). Kanun bu tür hallerde dahi, gözetimin gözetimi şeklindeki üst seviyede yükümlülüğü kabul etmek suretiyle, yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünden kurtulmasına engel olan bir hüküm içermektedir.

<sup>53</sup> Bkz. Bertschinger (2009), Art. 754 Rn. 72 ff.; Erny, s. 248

<sup>54</sup> Bkz. yukarıda (III.A) ve devamı başlıkları altında yapılan açıklamalar

nedeniyle yönetim kurulunun devredilebilir görevlerini devretmesi halinde, gözetimden kaynaklanan sorumluluğunu da ilgili kişiye devretmiş olduğunu ve neticede gözetim sorumluluğunun bulunmayacağını savunmaktadır.<sup>55</sup> Bu görüş bağlamında başka bir görüş ise, üst gözetim yükümlülüğüne ilişkin emredici düzenlemeyle, TTK m. 553/3 hükümleri arasındaki çelişkinin, üst gözetim yükümü esas alınmak suretiyle izalesi gerektiğini, bu bakımdan yetki devri halinde de gözetimden kaynaklanan sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>56</sup> Bir başka görüşe göre ise, yetki devri yapılmış olunması halinde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkiyi devredenlerin seçim (TTK m. 553/2), talimat (TTK m. 375) ve gözetimden (TTK m. 553/3) ötürü sorumluluğu bulunmaktadır.<sup>57</sup>

Türk hukukunda yetki devrinde sorumluluğa ilişkin düzenleme ve bu düzenleme hakkında öğretilerdeki yaklaşımlar dikkate alındığında, sadece seçim sorumluluğundan başlayıp, seçim ve gözetimden sorumluluk ve nihayetinde seçim, talimat ve gözetimden sorumluluğa kadar yayılan bir sorumluluk anlayışının kabul gördüğü sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>58</sup> Görüşlerde meseleye farklı açılardan yaklaşıldığından, yaklaşım tarzları dikkate alınarak inceleme konusu kapsamında değerlendirme yapılması isabetli olacaktır.

## 1. Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğunu Reddeden Görüş

Yetki ve görevleri devredilebilir olup olmamasına göre taksim edip, devir gerçekleşen hallerde gözetim sorumluluğu bulunmadığını kabul eden görüş çerçevesinde meseleye yaklaşıldığında, TTK m.

<sup>55</sup> Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, § 16 kn. 69 vd.; Krş. Horber, s. 72, 112; İsviçre hukukunda alt vekil tayininden farklı olarak, yönetim kurulunun esasında kendisi tarafından yapılabilecek bir işte yetki devretmesi nedeniyle, vekaletten farklı olarak (Art. 399 Abs. II OR; TBK m. 507/2), yönetim kurulunun gözetim sorumluluğunun da kabulü gerektiği savunulmaktadır. Bkz. von der Crone u.a., s. 93

<sup>56</sup> Pulaşlı (2011), § 58 kn. 15 vd.

<sup>57</sup> Kırca, s. 611 vd.; Akdağ-Güney, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012, s. 69 vd. (özellikle s. 75)

<sup>58</sup> İsviçre hukukunda, bu son görüş o derece doğal görülmektedir ki, yetki devri halinde seçim, gözetim ve talimat vermede gereken özenin gösterilmesinden dolayı sorumluluğun kanunda düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı öğretilerde sorgulanmakta, buna gerekçe olarak da, kusur sorumluluğu esasına dayalı anonim şirket sorumluluk hukukunda, bu üç özenin ötesinde bir özenin beklenilmeyeceği gösterilmektedir. Bkz. Bertschinger (2009), Art. 754, Rn. 68



375 hükmü içeriğinin belirleyici etkiye sahip olduğu dikkate alınmalıdır. Anılan hükümde yer alan devredilmez görevlerin tamamı aynı mahiyette değildir. Bu kapsamda, görevlerden bir kısmı, başkaca herhangi bir görevle ilgili olmayıp, somut şekilde tanımlanmış, mahiyeti itibariyle daha başlangıçta devri mümkün olmayan görevlerdir. Borca batıklık halinde mahkemeye bildirimde bulunulması görevi (TTK m. 375/1,g), bu gruptaki görevlere örnek teşkil eder. Bu tür görevler mahiyeti itibariyle devredilemediği için, devir halinde yönetim kurulunun sorumluluğunun ne surette tayin edileceğine ilişkin bir sorumluluk hükmüne ihtiyaç yoktur (TTK m. 553/1). Buna karşın, TTK m. 375'te devredilemeyeceği öngörülen bazı görevler, diğer gruptakilerin tam aksine, mahiyeti itibariyle devri mümkün olan görevlerdir<sup>59</sup>. Yönetim ve gözetim görevi (bkz. TTK m. 375/1,a,e), bu gruptaki görevlerin örneğini oluşturmaktadır. Bunların devredilmez oluşu, diğer gruptaki görevlerden farklı olarak, başlangıçta devredilmez bir görev olarak yönetim kuruluna tevdi edilmiş olmalarından değil, yönetim kurulunun bunlar üzerinde yapabileceği azami tasarruf sınırından ve geniş anlamda yönetim için vazgeçilmez olmalarından kaynaklanmaktadır. Devredilmeleri mümkün olmakla birlikte, bütünüyle devredilmeleri ve yönetim kurulunun bir görevi olmaktan çıkarılmaları mümkün değildir; bu görevler, yönetim fonksiyonunun özünü oluşturmaktadır.

Gözetim görevi münferit olarak değerlendirildiğinde, yönetim kurulunun en üst yönetim birimi olma fonksiyonunu icra etmesinin bir aracıdır ve bu fonksiyonun yerine getirebilmesi için, gözetim görev ve yükümünün özünü ortadan kaldırmayacak bir cevherin her zaman için yönetim kurulunda kalması şarttır. Dolayısıyla gözetimin devri halinde bile, yönetim kurulunun bir görevi (üst gözetim) olmanın çıkması söz konusu değildir (TTK m. 375/1). Başka bir ifadeyle, gözetim görevinin devrinde bile, yönetim kurulunun görevi mahiyet değiştirmekle beraber, kesintisiz devam etmektedir<sup>60</sup>. Gözetim göre-

<sup>59</sup> Diğer gruptaki görevlerden farklı olarak, devri mümkün olan bu tür görevlerin devri halinde, devreden sorumluluk hukuku bakımından akibetinin de tanzimi gerekir. İsviçre hukukunda bu yol benimsenmişken, Türk hukukunda yasa lafzı, TTK m. 375 kapsamında olan bu tür görevlerle ilgili açık hüküm içermemektedir (bkz. TTK m. 553/2).

<sup>60</sup> Bu açıdan, görevin devri halinde, bu görevin gözetiminin de devredildiği ve Türk Ticaret Kanunu'nda bunun aksine bir düzenlemenin bulunmadığı şeklindeki yaklaşım ikna edici değildir (Bkz. ve Krş. Tekinalp (2013), § 16 kn. 70). Gözetim, mahiyeti itibariyle başkaca görev ya da görevlilerin denetimi kapsamında icra edilen bir görevdir. Bu görevlerin devredilmiş olması, yönetim kurulunun gözetim



vi devredilmeksizin, devredilebilir başkaca bir görevin devri halinde, yönetim kurulunun gözetim görevi bulunduğu hususunda da tereddüt edilmemelidir. Zira gözetim, özellikle iş paylaşımı halinde ortaya çıkan ve kuvvetlenen bir yönetim fonksiyonudur. Bu bağlamda, devredilebilir başkaca görevlerin devredilmiş olması, gözetim görevinin sona ermesine değil, doğmasına ya da yönetim fonksiyonu olarak kuvvetlenmesine gerekçe olabilir.

Yönetimin bütün olarak devri halinde de yönetim kurulunun ağırlıklı olarak görevi gözetime odaklanacağından, bu halde gözetim görevi daha önemli bir yönetim fonksiyonuna dönüşecektir<sup>61</sup>. Bunun, olağan gözetim mi yoksa üst gözetim mi şeklinde gerçekleşeceğine karar verecek olan yine yönetim kuruludur. Nihayetinde gözetim görevinin ortadan kalkması, kanunun öngördüğü organizasyon yapısı itibarıyla mümkün değildir. Bunun doğal sonucu, yetki devredilen hallerde gözetim görevinin özenli şekilde yerine getirilmemesinin bir sorumluluk sebebi sayılmasıdır. Sorumluluğun üst gözetimden mi yoksa olağan gözetimden mi kaynaklandığının, sorumluluk hükmü düzenlemesi bakımından metodolojik anlamda önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, yetki devrinde sorumluluk haline ilişkin düzenleme yapan bir normun, gözetim görevinden kaynaklanan sorumluluğu dikkate alması, hukuki belirliliğin sağlanması bakımından zorunludur. Zira sorumluluk, yetkinin daha başlangıçta devredilmez şekilde yönetim kuruluna tevdi edilmiş olmasından değil (TTK m. 553/1), mahiyetinin devre müsait olması ve devredilmiş bulunmasından kaynaklanmaktadır (TTK m. 553/2). Bu açıdan, görevin devredilebilir olup olmamasını dikkate alarak yapılan ayrımın, gözetim sorumluluğunun kanunda açıkça düzenlenmemesinin bir gerekçesi olarak kabulü mümkün değildir.

## 2. Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğunu Kabul Eden Görüş

Türk öğretisinde gözetim sorumluluğu bakımından, devredilebilen görevlerin devri halinde gözetim sorumluluğunun reddi görüşü yanında, gözetim sorumluluğu doğrudan TTK m. 553/3 hükmüne da-

---

yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi, bizatihi yönetim kurulunun gözetim görevi dahi ancak belirli bir ölçüye kadar sınırlandırılabilen, fakat ortadan kaldırılamayan bir görevdir (bkz. TTK m. 375/1,e).

<sup>61</sup> Bkz. Horber, s. 71 ff.; Forstmoser, Rn. 324

yandıran başkaca bir yaklaşım da bulunmaktadır<sup>62</sup>. Anılan fıkra lafzı, açık şekilde gözetim sorumluluğunu düzenlemediğinden, öğretide özellikle maddenin mefhumu muhalifinden yararlanılmak suretiyle böyle bir sonuca ulaşılmaktadır.<sup>63</sup> Kanaatimizce yorumda maddenin mefhumu muhalifinden istifade edilmesi, gözetim sorumluluğunu kabul bakımından isabetli bir yöntem değildir. Zira mefhumu muhalif suretiyle yorumdan istifade edilebilmesi için, yorumla varılan sonucun, kanunun başkaca hükmü ile çelişmemesi gerekir. Oysa TTK m. 553/2 hükmü –seçme hali dışında sorumluluğun bulunmadığına yönelik- açık ve kesin lafzıyla bu tür bir yoruma engel olmaktadır. Fakat bu durum, ilgili hükmün amaca uygun şekilde yorumlanmayacağı anlamına da gelmemektedir. Kanaatimizce kanun gerekçesindeki açıklamalar, kanunun amacını göstermesi bakımından yorumda dikkate alınması gereken maddi bir dayanak oluşturmaktadır.<sup>64</sup> Gerekçedeki açıklamalardan, TTK m. 553/3 hükmünün amacının gözetim yükümlülüğünden doğan sorumluluğa ilişkin düzenleme yapmak olduğu, özellikle illiyet bağı ve kusurun bulunmadığı durumlarda gözetim yükümlülüğünün sorumluluk için bir gerekçe olarak kullanılamayacağına maddede düzenlenmek istenildiği sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>65</sup> Bu bakımdan kanunun 553/3'üncü fıkrasının gözetim yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün kaynaklanan sorumluluk ile ilgili olduğunun kabulü gerekir. Ancak söz konusu kabul, maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası arasında lafzi açıdan telifi mümkün olmayan bir uyumsuzluk ortaya çıkardığından, fıkralar arasında uyumu sağlamaya yönelik bir yasal müdahaleye ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>66</sup> Zira mevcut düzenlemeler, ilgililerin hukuki sorumluluğu bakımından, sorumlu olmak ve olmamak gibi iki zıt sonucu aynı anda haklı kılan bir hukuki belirsizliği içermektedir.

<sup>62</sup> Bkz. (III-D) ana başlığı altında atfı yapılan eserler.

<sup>63</sup> Kısmen bu görüş için bkz. Akdağ-Güney (2012), s. 72; Gözetim yükümlülüğünün kaynağı olarak aynı yöntem bakımından bkz. Tekinalp (2013), § 16 kn. 70

<sup>64</sup> Bkz. Akdağ-Güney (2012), s. 72

<sup>65</sup> Gerekçedeki açıklamaların eleştirisi ve düzenlemenin gerekli olmadığına yönelik eleştiriler için bkz. Kırca, s. 614 vd. Düzenlemenin, kanun gerekçesinde vurgulanan amacı dikkate alındığında, özellikle sorumluluğun temel unsurları hakkındaki gerekçedeki açıklamalardan, düzenlemenin gereksiz olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak, fıkranın maddede yer almaması halinde, özellikle gözetim sorumluluğunun amaçsal yorumdan kaynaklanan kanuni dayanağı ortadan kalkacaktır.

<sup>66</sup> Bkz. yukarıda (III.B) başlığı altındaki açıklamalar. Zira maddenin üçüncü fıkrasının, ikinci fıkranın istisnası olduğuna dair yasa lafzında ne doğrudan ne de dolaylı bir ifadeyle tesadüf edilememektedir.

Netice itibariyle Türk Ticaret Kanunu, özellikle yetki devri halinde, mehzaz kanundan farklı olarak, yetki devredeninin gözetim sorumluluğuna açıkça yer vermemekle birlikte, bu durum yönetim kurulunun gözetim görevini vazgeçilmez olarak kabul eden yasal sistemiyle bağdaşmamaktadır. Sorunun aşılması bağlamında, kontrol dışı hallerden sorumlu tutulmama kuralını öngören düzenlemenin gayi yorumu suretiyle, yetki devri bulunan hallerde gözetim sorumluluğunun kabulü mümkündür. Hukuki sorun, TTK m. 553/2 hükmünün lafzı itibariyle bu sorumluluğu kesin biçimde reddetmesinde ve sorunu çözme amacıyla istifade edilen TTK m. 553/3 hükmü lafzının, bir sorumsuzluk hükmü olması nedeniyle sorunun çözümünde yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır. Hükümdeki belirsizlik, kanaatimizce yetki devredilebilen hallerde, yönetim kurulunun gözetim bakımından sorumsuzluğu şeklinde yoruma müsait değildir. Aksini kabul, yönetim kurulunun bir sorumsuzluk makamına dönüşmesi anlamını taşıyacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, bu durum yönetim kurulunun gerekliliğini tartışmaya açık hale getirmektedir.<sup>67</sup> Öte yandan meselenin hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik bakımından da dikkate alınması gereklidir. Kanunlar, toplumsal düzeni sağlayıp devam ettirmenin vasıtalarıdır. Bu bakımdan hukukçulardan ziyade, kanunun kendisine tatbik edilecek olanların normları anlaması, hak ve yükümlülüklerini, işlem ya da eylemlerinin sonuçlarını bilmesi, hukuki belirliliğin ve hukuk devleti olmanın gereklerindedir. Mevcut düzenleme lafzı, özellikle gözetimden doğan hukuki sorumluluğu kesinlikle reddetmesine rağmen (TTK m. 553/2), hukuki sorumluluğun mevcudiyeti sonucuna yorum yoluyla ulaşılması ve yorumda dayanak olarak kullanılan hükmün, bir sorumluluk değil, sorumsuzluk hükmü olması bakımından tenkide açıktır. Bu yönüyle ilgililerden kanunu değil, gerekçesini bilmeleri beklenilmektedir.

## V. Sonuç

Anonim şirket yönetim organizasyonu bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun 375'inci maddesinde yönetim kurulunun devredilmez bazı görevlerine yer verilmiştir. Devredilmez görevler arasında üst gözetim yükümlülüğü de bulunmaktadır (TTK m. 375/1,e). Yönetim kurulunun, yönetim yetkisini devredip devretmemesinden bağımsız

<sup>67</sup> Aynı yönde Pulaşlı (2011), § 58 kn. 18

olarak, anılan hüküm uyarınca üst gözetim sorumluluğunun bulunduğu her hangi bir tereddüt bulunmamaktadır (TTK m. 375/1,e; 553/1).

Kanunun sorumluluk hükümleri kapsamında, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yasa lafzından çıkan sonuç, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun bulunmadığı yönündedir (bkz. TTK m. 553/2). Zira yetki devri halinde sadece ilgililerin seçiminde özen gösterilmesinden doğan sorumluluk hükmüne bağlanmış, bunun dışında bir sorumluluğun söz konusu olamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Mevzuatın Borçlar Kanunu'nda ise, yetki devri halinde seçim, nezaret ve talimat vermede gerekli özenin gösterilmemesinden ötürü, yetki devredenin sorumluluğunun bulunduğu esas benimsenmiştir (Art. 754 Abs. II OR). Bu durumda yasa lafzından çıkan sonuç, Türk hukukunun, İsviçre hukukundan farklı olarak, yetki devredilen hallerde gözetim sorumluluğunu kabul etmediği yönündedir. Nitekim öğretide bir görüş, yönetim kurulunun görev ve yetkilerini devredilemeyen ve devredilebilen görevler şeklinde taksim etmekte ve bu son halde yetki devri yapılmışsa, devredilen görevle birlikte sorumluluğun da devredildiğini kabul etmektedir. Bu görüş, gözetimin, özellikle yetki devri halinde önemli bir yönetim aracına dönüşmesi ve kanunun organizasyon sisteminin de bunu benimsemiş olması gerçeği ile çelişmekle birlikte, kanun lafzı ile uyumlu olduğu kabul edilmelidir<sup>68</sup>.

Sorumluluk ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 553/3'üncü maddesi ise özetle, kontrol dışı hallerden ötürü sorumluluğun bulunmadığına yönelik bir başka kuralı içermektedir. Bu kuralın gözetim sorumluluğu ile bağlantısı yasa lafzından açıkça anlaşılacakla birlikte, kanun gerekçesindeki açıklamalardan istifade edilmesi suretiyle maddenin amaçsal yorumundan, gözetim sorumluluğunun yetki devri halinde de kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Öğretide bir başka görüş, bu yorumu benimsemek suretiyle, yetki devri bulunan hallerde gözetim sorumluluğunun mevcudiyetini kabul etmektedir. Bu görüş, sorumlulukla ilgili yasa lafzı ile uyumlu olmasa da, gözetimin vazgeçilemez bir gözetim fonksiyonu olması gerçeği ve kanun sistemi ile uyumludur.

<sup>68</sup> Devir halinde gözetim fonksiyonu yönetimin önemli bir aracına dönüştüğünden, bu halde gözetim sorumluluğunun bulunup bulunmaması değil, ne ölçüde bulunduğu sorununun tartışmaya açılması gerekir. Horber, s. 110

Netice itibariyle yetki devrinde sorumluluğa ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, lafzı ve gayesi bakımından uyum içermeyen hükümleri bir arada bulundurmaktadır. Elbette ki bu durumda yorum yoluyla sorunun çözümlenmesi mümkündür. Ne var ki, kanuni düzenlemedeki sorun, kanunun çok açık şekilde sadece seçimden doğan sorumluluğu benimseyip, başkaca sorumluluk anlayışını kesin şekilde reddeden bir lafzı içermesi ve başka bir fıkranın amaçsal yorumuyla varılan sonucun, bu açık ve kesin hükmün bir istisnası olduğunun yasa lafzından anlaşılabilmesidir. Amaçsal yoruma tabi tutulan normun, bir sorumsuzluk hükmü olması da belirsizliği artırmaktadır. Nihai aşamada kanun koyucu mehzadan farklı bir düzenleme gayesi taşımakla ve bunu kanun lafzına da yansıtmakla birlikte; yapılan düzenleme, öğretide haklı olarak gözetim sorumluluğu bakımından mehzala aynı anlama gelecek tarzda yorumlanabilmektedir. Bu durum, özellikle düzenlemenin kendilerine tatbik edileceği şahısların yükümlülük sahası bakımından belirsizlik doğurmaktadır. Yasa lafzı çerçevesinde ilgililer, seçim dışında hangi hususlarda sorumluluklarının bulunduğunu anlama imkanından yoksun bırakılmışlardır. Belirsizliğin giderilmesi bakımından, yasa lafzı ile gerekçesi arasındaki uyumsuzluğu gidermeye yönelik bir değişikliğin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

### KAYNAKÇA

- Akdağ-Güney 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012
- Akdağ-Güney Necla, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960
- Aslan İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994
- Atan Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967
- Bauen Marc/Bernet Robert, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich u.a., 2007
- Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999
- Bertschinger Urs, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009
- Böckli Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009

- Chapuis Cédric, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009, Art. 716a
- Çamoğlu Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009
- Çamoğlu Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007
- Doğan Beşir Fatih, "Yönetim Kurulunun Devredilmez Yetkileri Ve Yönetim Yetkisinin Devri", *MÜHFD*, Y. 2012, C. 18, Sa. 2
- Erny Dominik, Oberleitung und Oberaufsicht, Zürich, 2000
- Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1987
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996
- Helvacı Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001
- Hirsch Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948
- Homburger Eric, in Zürcher Kommentar, Bd. V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Art. 716a, Zürich, 1997
- Horber Felix, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1986
- Kırca İsmail/Şehirali-Çelik Feyzan H/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013
- Mimaroğlu Sait K, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967
- Niggli Adrian, Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht, Solothurn, 1981
- Pellenda Katja Roth, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich/St.Gallen, 2007
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku, Adana, 2003
- Slingerland Erik, Die Aufsicht über die Geschäftsführung bei Kapitalgesellschaften nach schweizerischem, niederländischem, deutschem und europäischem Recht, Diessenhofen, 1982
- Tekil Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998
- Tekinalp Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013
- von der Crone Hans Caspar/Carbonara Antonio/Hunziker Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel, 2006
- von Moos-Busch Irene, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, 1995
- Wiegand Wolfgang, "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates", in *Grundfragen des neuen Aktienrechts*, Hrsg. von Büren/Hausheer/Wiegand, Bern, 1993, s. 1-17

# MARKANIN KULLANILMAMASI SEBEBİYLE HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

## THE BRAND IS NOT USED BECAUSE OF THE VOID

Emine ÖZDAMAR DOĞAN\*

**Özet:** Türkiye’de markalarla ilgili temel düzenleme 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’dir.<sup>1</sup>

KHK m. 14 fıkra 1’e göre, “Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir.”

Markanın kullanılması olgusunu, marka sahibi tarafından, yurt içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde, tescil amacına yönelik, süreklilik arz eden, ciddi, aktif ve markaya özgü kullanma fiilleri belirler.<sup>2</sup>

KHK m. 14 fıkra 1’e göre markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması halinde marka iptal edilir.

Bu anlamda haklı neden yetkili makamlarca alınan önlemler sonucu üretim yapılamaması, ilgili malın satışa sunulması için gerekli iznin verilmemesi gibi marka sahibinin etki alanı dışında kalan olaylardır.<sup>3</sup>

KHK m.14 fıkra 2’ye göre, “Aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir:

a. Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması,

\* Cumhuriyet Üniversitesi İİBF. İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Fatih Bilgili, “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s.29

<sup>2</sup> Burcu Kahveci; “Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü”, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.59

<sup>3</sup> Dirikkan, s.259, Sami Karahan, “Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Mi-moza Yayınları, Konya, s.130



- b. Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması,
- c. Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması,
- d. Markayı taşıyan malın ithalatı.”

KHK m.42 fıkra 1 c bendine göre, m. 14'teki kullanım zorunluluğuna uyulmaması halinde mahkemece markanın hükümsüzlüğüne karar verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** markanın kullanılmaması, markanın hükümsüzlüğü, markanın kullanılması zorunluluğu, markasal kullanma.

**Abstract:** Basic edition about trademarks is Law No. 556 on Decree Law on Protection of Trademarks in Turkey.

The 1st subsection of the 14th article of Decree Law, “a trademark that has not been put to use without a justifiable reason within a period of five years following registration, or if the use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trademark shall be cancelled.”

Intended to purpose of registration, ongoing, serious, active and using trademark-specific verbs determine the using of trademark, by the trademark owner in domestic in goods and services which have been registered the trademark.

The 1st subsection of the 14th article of Decree Law,, a trademark that has not been put to use without a justifiable reason within a period of five years following registration, the trademark shall be cancelled.

In this sense, just cause as a result of the measures taken by governing bodies cannot be required to be available for the production of the goods, not the permission, the owner of such brands as domain are events that fall outside the

The 2nd subsection of the 14th article of Decree Law, the following shall be understood to constitute use:

- a. use of the registered mark in a form differing in elements which do not alter the distinctive character of the trademark,
- b. use of the trademark on goods or their packaging solely for export purposes,
- c. use of the trademark with the consent of the proprietor,
- d. importing of the goods carrying the trademark.

According to the subsection 1st paragraph of the 42th (1) article of Decree Law, in case of not obeying obligation of use disobeyed in 14th article, trademark shall become null and void.

**Keywords:** trademark that has not been put to use, invalidity of trademark, obligation of use trademark

## A. Genel Olarak

Türkiye’de markalarla ilgili temel düzenleme 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’dir.<sup>4</sup> 556 sayılı KHK m. 5’e göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt etmek üzere, kişi adları dahil sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi, çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir.

556 sayılı KHK m. 6’ya göre, bu KHK ile sağlanan markanın korunması tescil yoluyla elde edilmektedir. KHK tescilli marka hakkının kazanılması bakımından yalnızca tescili yeterli görmekte, kullanma şartı aranmamaktadır.<sup>5</sup> Tescilden sonra ise kullanma zorunluluğu aranmaktadır.

Markanın kullanılması zorunluluğu ile markanın korunması farklı hususlardır. Zira kullanma zorunluluğuna uyulup uyulmadığının anlaşılmasında belirli bir bekleme süresi öngörüldüğünden bu süre içerisinde, marka, sahibi lehine her halde koruma sağlar. Yani bekleme süresi içerisinde kullanılmayan marka da kullanılan marka gibi korunur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi konu ile ilgili bir kararında şöyle karar vermiştir, “Tescilli bir marka, m. 14’e aykırı olarak beş yılı aşkın bir süredir kullanılsa da bu markanın diğer bir tescilli marka ile iltibas yarattığı gerekçesi ile haksız rekabet teşkil ettiği iddiası din-

<sup>4</sup> Fatih Bilgili, “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 74, 2008, s.29

<sup>5</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.423; Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.262; Bilgili, s.29, Karşıt görüşte olanlar vardır. Bu yazarlara göre, tescilli bir markanın tescilden doğan korumadan yararlanabilmesi, tescil edildiği şekilde ve tescil edildiği mal ve/veya hizmetler için kullanılmasına bağlıdır: Hayrettin Çağlar, “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Sayı 2, 2007, s.11; Hanife Dirikkan, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1998, s.219; Aynı yönde Yargıtay Kararı; Marka sahibine, markasını tescil ettirmesi nedeni ile tanınan koruma ve mutlak inhisari hak, markanın işlevini yerine getirecek şekilde kullanılması koşuluna bağlanmıştır. Böylece tescilin sağladığı mutlak nitelikli marka hakkı korunmasından gerçekten kullanılan markaların yararlanması amaçlanmıştır: Y. HGK. 09.02.2011 T., 2010/11-695 E., 2011/47 K, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 1, s.323-326

lenmez. Kullanmama, hükümsüzlük kararı verilinceye kadar, tescilden doğan hakları zedelemeyiz.<sup>6</sup> Kullanma zorunluluğu için belirlenen bekleme süresi KHK m. 14'e göre beş yıldır. Ancak bu sürenin dolmasından sonra kullanma zorunluluğuna uyulup uyulmadığı iddia edilebilecektir. Bu süre içerisinde ise her halde sahibi lehine koruma mutlaklıdır.<sup>7</sup> Markanın kullanılmamasının yaptırımını markanın korunmaması değil, markanın iptalidir.<sup>8</sup>

556 sayılı KHK'da bu zorunluluğun aranmasının nedeni, marka hakkının sağladığı inhisari yetkililerdir.<sup>9</sup> Zira bu çerçevede marka hakkı sahibi marka olarak tescil edilen işaretin başkalarınınca kullanılmasını yasaklama gibi olağanüstü yetkilere sahip olmaktadır. Bir başka deyişle, marka olarak tescil edilen işaret, tescil ettiren kişinin tekeline tahsis edilmekte, topluma kapatılmaktadır. Bu yüzden markanın, tescilden sonra sahibince gerçekten kullanıldığıнын denetlenmesinde yarar vardır. Zira kullanma zorunluluğu aranmaması halinde, marka sicili gözlerden uzak, kimsenin dokunmadığı ve belki de hiçbir zaman kullanılmayacak işaretlerin deposu haline gelebilecektir.<sup>10</sup> Bundan başka, marka sahibi, elde edeceği bir takım koruma ve ihtiyat amaçlı markalarla ya markasına benzer tüm işaretleri adına tahsis ettirebilecek ya da tescil ettirdiği markanın ilgili olduğu mal veya hizmetlerin kapsamını genişleterek mevcut markanın başkalarınınca kullanılmasını olanaksız hale getirebilecektir. İşte bu sakıncaların önlenemesinin veya en aza indirgenebilmesinin yolu markanın kullanılması zorunluluğundan geçmektedir. Ayrıca bir başka açıdan bakıldığında, kullanma zorunluluğunun varlığının yararı, markanın sahibince işlevine uygun halde kullanılabilmesinin sağlanmasıdır.<sup>11</sup> Gerçekten tescil anında markanın önceden fiilen kullanılması yahut kullanmaya ilişkin niyetin varlığı aranmadığından, bu amaca ulaşmada en mantıklı yöntem, markanın tescilden sonraki dönemde fiilen kullanılmasıdır.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Y. 11. HD. 26.11.2001 T., 2001/6361 E., 2001/9286 K., Hamdi Yasaman, Marka Hukuku, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.655

<sup>7</sup> Bilgili, s.30, Meran, s.262

<sup>8</sup> Meran, s.262

<sup>9</sup> Tekinalp, s.423

<sup>10</sup> Bilgili, s.30, Y. HGK. 09.02.2011 T., 2010/11-695 E., 2011/47 K, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 1, s.327

<sup>11</sup> Bilgili, s.30

<sup>12</sup> Yasaman, s.628

## B. Tescilli Markanın Kullanılmasında Ana Kural

556 sayılı KHK m. 14'te yalnızca markanın kullanılmasından bahsedilmekte, bu kullanımın niteliği ve özellikleri hakkında her hangi bir bilgi verilmemektedir. Yalnızca m 14'e uyulmaması halinde söz konusu olan hükümsüzlük yaptırımına ilişkin, m. 42 fıkra c'de ciddi kullanımdan bahsedilmektedir.<sup>13</sup>

Markanın kullanılması olgusunu, marka sahibi tarafından, yurt içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde, tescil amacına yönelik, süreklilik arz eden, ciddi, aktif ve markaya özgü kullanma fiilleri belirler.<sup>14</sup>Nitekim Yargıtay Kararlarında da markanın kullanılması olgusu belirlenirken, bu hususlar irdelenmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konu ile ilgili bir kararında markanın kullanılması olgusu "KHK m. 14'e göre marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izin verdiği 3. şahıs eliyle, markanın tescil edildiği mal ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalı ve markanın kullanılmasına kesintisiz beş yıl ara vermemelidir." şeklinde ifade edilmiştir.<sup>15</sup>

### a. Markanın Marka Sahibi Tarafından veya Marka Sahibinin İzni İle Kullanılması

Tescilli markanın kullanılmasından söz edebilmek için kural, söz konusu markanın bizzat marka sahibi tarafından kullanılmasıdır. Ancak bu kural, 556 sayılı KHK m. 14 fıkra 2'nin c bendinde yer alan hükümle yumuşatılmıştır. Buna göre, marka sahibinin marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine dayanarak verdiği hak ve yetkiye istinaden, markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması ile de markanın kullanılması zorunluluğu yerine getirilmiş olacaktır.<sup>16</sup>

Ancak, markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması, sicilde kayıtlı mallar için, ciddi ve marka hukukuna uygun olmalıdır.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Yasaman, s.630

<sup>14</sup> Burcu Kahveci, "Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü", Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.59

<sup>15</sup> Y. 11. HD. 09.04.2001 T., 2001/844 E., 2001/3429 K., Meran, s.274

<sup>16</sup> Dirikkan, s.236; Kahveci, s.59

<sup>17</sup> Tekinalp, s.423; Dirikkan, s.257, Meran, s.273

### b. Markanın Yurt İçinde Kullanılması

556 sayılı KHK m. 14'de her ne kadar markanın Türkiye sınırları içinde kullanılmasından söz edilmese de gerek tescille kazanılan marka hakkının niteliği gerekse de KHK m. 14 fıkra 2'nin b bendindeki markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında bulundurulmasının kullanma sayılacağı yönündeki hüküm gereğince kural olarak markanın yurt içinde kullanılması gerekmektedir.<sup>18</sup> Bunun bir diğer nedeni de 556 sayılı KHK ile getirilen düzenlemelerin yurt içinde uygulanacağı ilkesi yani ülkesellik prensibidir.<sup>19</sup>

Ancak buradan markanın bütün ülke çapında kullanılmasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılamaz. Kullanım olgusunun özelliklerine göre, ciddi kullanım kabul edilebildiği sürece, ülkenin sadece sınırlı bir bölgesinde kullanımda yeterli sayılabilir.<sup>20</sup>

### c. Markanın Ciddi Biçimde Kullanılması

556 sayılı KHK m. 14'de kullanmanın niteliğine değinilmemekte fakat m.42 fıkra 1'de ciddi kullanma ibaresi geçmektedir. KHK m. 42'nin lafzından, kullanımın ciddi anlamda yani markanın kendinden beklenen fonksiyonları gerçekleştirecek şekilde yapılmasının gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>21</sup> Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95 AT sayılı 9/104 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi m.10'da markanın kullanımına ilişkin olarak "markanın tescili izleyen beş yıl içinde sahibi tarafından tescil edildiği mal ve hizmetlere ilişkin olarak üye devlette ciddi kullanıma sokulmamasından" bahsedilmektedir.<sup>22</sup>

KHK m. 14 fıkra 2'de markayı kullanma kabul edilen durumlar da gözetilerek markanın ciddi biçimde kullanılması "markanın işlevine uygun tarzda yarar elde edecek biçimde, malın piyasada tanınmasını ve diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayacak tarz ve yo-

<sup>18</sup> Dirikkan, s.245; Meran, s.263

<sup>19</sup> Kahveci, s.68

<sup>20</sup> Dirikkan, s.245-246;

<sup>21</sup> Kahveci, s.66, N. Berkay Kırıcı, "Markanın Hükümsüzlüğü", *TBB Dergisi*, Sayı 66, 2006, s.303

<sup>22</sup> Dirikkan, s.242

ğunlukta, piyasaya hitap eden ve etkileyen yerlerde kullanılması” olarak tanımlanabilir. Markanın iptal yaptırımından kurtulmak amacıyla birkaç kez malın veya ambalajın üzerine konulması ya da hizmetle ilişkilendirilmesi görünüşte kullanım olarak değerlendirilebilir.<sup>23</sup>

Markanın kullanılmasının ciddi olup olmaması objektif kriterlere göre belirlenir. Kural olarak, markanın önemsiz sayılabilecek miktardaki ürünler için sembolik veya geçici kullanımı ciddi kullanım için yeterli değildir. <sup>24</sup>Markayı taşıyan ürünlerin, sembolik olarak ihracı veya ithali ile markanın sadece broşürlerde kullanılması arasında bu anlamda bir fark yoktur.<sup>25</sup>

Markayı, marka sahibi ile birlikte onun kontrolü altında üçüncü bir kişi de kullanıyorsa ikisinin de markayı kullanmaya ilişkin eylemleri objektif kriterler içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.<sup>26</sup>

#### **d. Markanın Koruma Alanına Giren Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması**

556 sayılı KHK, mal veya hizmete ilişkin korumanın sınırları hususunda sınıf sistemini benimsemiştir. Bir marka tescil edilirken, bu markanın hangi mal veya hizmet sınıfı için kullanılacağı ve korunaacağı marka başvurusunda belirtilir ve tescil sadece bu sınıfa ilişkin olarak yapılır. Böylece tescilli marka sahibi ile marka başvurusu sahibi markalarının korunmasını bu sınıfa ilişkin olarak (tanınmış markalar hariç) talep edebilir. Dolayısıyla markanın koruma alanına giren mal ve hizmetler dışında bir başkası tarafından tescil edilip kullanılabilir.<sup>27</sup>

Marka, marka sahibi tarafından birden çok sınıf için tescil ettirilmiş olabilir. Bu duruma markanın kullanılması zorunluluğu kapsamında, marka, hangi sınıf veya sınıflar için tescil ettirilmişse o sınıf veya sınıflardaki mallar veya hizmetler için kullanılmalıdır.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Tekinalp, s.422

<sup>24</sup> Dirikkan, s.244

<sup>25</sup> Hayrettin Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.94

<sup>26</sup> Dirikkan, s.245

<sup>27</sup> Kahveci, s.63

<sup>28</sup> Kahveci, s.64

Tescilli markayı kullanmama, markanın hiç kullanılmaması şeklinde gerçekleşebileceği gibi tescil edildiği sınıflardaki bazı mal ve hizmetler için kullanılmaması şeklinde de gerçekleşebilir.<sup>29</sup>

Markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerden sadece bir kısmı için kullanılması diğerleri için de kullanım zorunluluğunun gerçekleştiği anlamına gelmez. Dolayısıyla markanın sicilde kayıtlı mal veya hizmetlerden bir kısmı için kullanılmaması halinde sadece bu mal veya hizmetler için hükümsüzlüğüne karar verilebilir.<sup>30</sup>

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da tescilli markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerle benzer olan mal veya hizmetler bakımından kullanımının yeterli olup olmadığı sorunudur.<sup>31</sup> Ancak tescilli bir marka ile aynı veya benzer bir işareti benzer mal veya hizmetler için tescil etmezken, tescilli bir markanın fiilen kullanıldığı mal veya hizmetlerle benzer olan mal veya hizmetler açısından kullanmaya dayalı olarak hükümsüzlük kararı vermek, marka hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmaz.<sup>32</sup>

#### e. Markasal Kullanım

Markadan beklenen temel gaye bir işletmenin mal veya hizmetlerinin bir diğerinden ayırt edilmesini sağlamasıdır. Marka sayesinde herhangi bir mal veya hizmetin muhatabı olan tüketici, edindiği mal veya hizmetle tescilli işaret arasında bağlantı kurabilir. Markanın kullanılması tüketici nezdinde bu bağlantıyı kurabilmeye elverişli olmalıdır. Bu ise, ilgili malla doğrudan doğruya bağlantı gösteren, işleve uygun, marka hukukuna özgü, markasal kullanımın gerçekleştirilmesi ile olur.<sup>33</sup>

Markasal kullanım, bir ticaret markasının ticari dolaşıma sunulan malların veya ambalajların üzerine konulması veya hizmet markasının, hizmetlerin sunulmasında kullanılması anlamına

<sup>29</sup> Tekinalp, s.424

<sup>30</sup> Fatma Gözlükaya, "556 Sayılı KHK Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü", Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2003, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.71

<sup>31</sup> Çağlar, Marka..., s.94,

<sup>32</sup> Çağlar, Marka..., s.95

<sup>33</sup> Dirikkan, s.236



gelmektedir.<sup>34</sup>Markanın, malın kendisinin veya ambalajının üzerine konulması halinde, işleve uygun kullanım bulunduğu, kural olarak, kabul edilir.<sup>35</sup> Fakat 556 sayılı KHK sisteminde, markanın mal veya ambalaj üzerine mutlak surette konulma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle tüketici nezdinde, marka ile mal veya hizmet arasında fiziki bağlantı yaratılması sonucunu doğuran kullanımlar da KHK m. 14'e uygun sayılmalıdır.<sup>36</sup>

Markanın tescil edildiği mal veya hizmetleri diğer mal veya hizmetlerden ayırt etme fonksiyonu, markanın piyasada kullanılmasını gerektirir; dolayısıyla markanın depoya alınan ya da üretici firmanın yavru ortaklığına teslim olunan mallar üzerinde kullanılmış olması, 556 sayılı KHK m.14 anlamında kullanmanın başladığını göstermez.<sup>37</sup> Aynı şekilde firmaların markalarını, tek başına kataloglarda, faturalarda, iş evraklarında, reklamlarda, promosyon ürünlerinde kullanılması da markasal kullanım olarak değerlendirilmez.<sup>38</sup>

556 sayılı KHK sisteminde, markanın "marka gibi" kullanılması hali düzenlendiğinden, tescilli markanın fiilen ve yalnızca ticaret unvanının ayırıcı unsuru ya da işletme adı olarak kullanılması markasal kullanım olarak değerlendirilmez.<sup>39</sup>

#### **f. Markanın Kullanımına Beş Yıldan Fazla Ara Verilmemesi**

Tescilden sonra beş yıl kesintisiz olarak kullanılmamış bir marka iptal edilebilir. Ancak, kullanıma beş yıllık süre içinde ne zaman başlandığının önemi yoktur. Hatta markanın kullanılmasına KHK m. 42 fıkra 1 c bendi uyarınca hükümsüzlük davası açılmadığı sürece beş yılın dolmasından sonra da başlanabilir. Markanın tescilden sonra kullanılmakla birlikte, kullanımına beş yıl süreyle kesintisiz ara verilmesi durumunda yine iptali gündeme gelebilir. Ancak bu durumda beş yıllık sürenin başlangıcı kesintisiz kullanılmamanın başladığı tarihtir. Markanın kullanımına zaman zaman ara verilmesi durumunda

<sup>34</sup> Kahveci, s.60

<sup>35</sup> Dirikkan, s.236, Yasaman, s.633

<sup>36</sup> Yasaman, s.633

<sup>37</sup> Kahveci, s.61

<sup>38</sup> Kahveci, s.61

<sup>39</sup> Yasaman, s.634

ise, bu süreler birbirine eklenmez. Fakat arada gerçekleşen kullanma fiillerinin ciddi olması gerekir.<sup>40</sup>

### C. Markanın Kullanılmamasının Haklı Nedenleri

556 sayılı KHK m. 14 fıkra 1'e göre markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması halinde marka iptal edilir.

Bu anlamda haklı neden yetkili makamlarca alınan önlemler sonucu üretim yapılamaması, ilgili malın satışa sunulması için gerekli iznin verilmemesi gibi marka sahibinin etki alanı dışında kalan olaylardır.<sup>41</sup>

Markayla ilgili mal ve hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları gibi engeller de marka sahibinin iradesi dışında bir kullanmama sebebi oluşturduğundan markanın kullanılmaması bakımından haklı neden oluştururlar. Zira bu tür kısıtlamalar marka sahibinin mallarının veya hizmetlerinin ihracını veya ithalini engeller.<sup>42</sup>

Savaş, doğal afet gibi zorlayıcı nedenler bu kapsamda ele alınabilirken marka sahibinin mali durumunun bozulması, işletme sahibinin iş göremez duruma düşmesi, haklı neden olarak sayılmaz. Çünkü bunlar birer temsilci veya vekil atanması ile aşılabilecek niteliktedir.<sup>43</sup>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi konu ile ilgili bir kararında şöyle karar vermiştir, "Müflis şirketin yönetim kurulu, genel kurulu veya iflas idaresinin, şirket malvarlığına dahil olan markayı, şirketin bizzat kullanması mümkün olmasa dahi, üçüncü kişilere kullanılabilemesi mümkün iken, bu yollara başvurmuyup, şirketin iflas ettiğinden bahisle iflas olgusunun, KHK m. 14'te belirtilen haklı nedenlerden olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir."<sup>44</sup>Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi başka

<sup>40</sup> Dirikkan, s.247; Meran, s.264

<sup>41</sup> Dirikkan, s.259, Sami Karahan, "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", Mimosza Yayınları, Konya, s.130

<sup>42</sup> Osman Şanal, "Markalarda Hükümsüzlük Davaları", Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s.177, Karahan, s.130

<sup>43</sup> Şanal, s.177; Meran, s.265

<sup>44</sup> Y. 11. HD. 09.04.2001 T., 2001/844 E., 2001/3429 K., Yasaman, s.657

bir kararında da, "Ticaretin terki olgusu, markanın kullanılmadığına işaret eder. Markanın sahibinin fabrikasının bulunduğu taşınmazın istimlak edilmesi, markanın kullanılmaması bakımından haklı neden teşkil etmez." şeklinde karar vermiştir.

Markanın, marka sahibinin izni ile üçüncü kişi tarafından kullanılmasından da marka sahibi sorumludur. Bu durumda marka, sahibinin kullanımında olsaydı aynı nedenler haklı sayılır mıydı değerlendirilmesi yapılmaz ancak marka sahibinin sözü edilen engelleri kaldırma imkanı varken kaldırmaması durumunda haklı nedenin varlığından söz edilemez.<sup>45</sup> Dolayısıyla, inhisari lisans sözleşmelerinde, lisans alanın markayı kullanmaması haklı neden kabul edilemez. Zira markayı kullanmama nedeniyle markanın hükümsüzlüğüne gidilebilmesi lisans veren tarafından lisans sözleşmesinin tek taraflı feshi, için haklı bir gerekçe oluşturmaktadır. Bu durumda marka sahibinin lisans sözleşmesini feshederek markayı kendisinin ya da yeni bir lisans sözleşmesi ile üçüncü kişilerin kullanımına açması her zaman mümkündür.<sup>46</sup>

Haklı nedenin sona ermesinden itibaren beş yıl içinde markanın kullanılmasına başlanmalıdır. Aksi halde, haklı nedenin sona erdiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra marka iptal edilebilir.<sup>47</sup>

#### **D. Kullanma Kabul Edilen Durumlar**

Markanın esasen tescil edildiği şekilde kullanılması gerekmektedir. Ancak markanın tescil edildiği şekilde kullanılmamakla birlikte, bu şekilde kullanıldığı kabul edildiği durumlar, KHK m. 14' te sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. Maddede yer verilen "kullanma sayılan haller" deki durumlarından biri yerine getirildiği takdirde<sup>556</sup> sayılı KHK anlamında marka kullanılmış sayılacak ve kullanma zorunluluğu yerine getirilmiş olacaktır.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Gözlükaya, s.61

<sup>46</sup> Dirikkan, s.260-261

<sup>47</sup> Dirikkan, s.262

<sup>48</sup> Kahveci, s.68; Meran, s.272

### a. Tescilli Markanın Ayırt Edici Karakterini Değiştirmeden Farklı Unsurlarla Kullanılması

556 sayılı KHK m.14 fıkra 2 a bendine göre, markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması da markayı kullanma olarak kabul edilecektir.

Böyle bir hükme yer verilmesinin amacı; marka sahibinin gelecekte markasını çeşitli hallerde işletebilmesi ve rakiplerin benzer markaları tescil ettirmelerini engelleyebilmesini sağlamak olarak ifade edilmiştir.<sup>49</sup> Bu şekilde bir düzenlemeye gidilmiş olması eski birçok marka sahibinin, markalarını modernize ederek kullanmalarını sağlamakta ve hakkaniyete aykırı durumların oluşumunu önlemektedir.<sup>50</sup>

Ancak ayırt edici karakterin değiştirilip değiştirilmediğini tespit etmek için kesin ve objektif bir ölçüt mevcut değildir.<sup>51</sup> Markanın ayırt edici karakterinin değişmemesi, markayla ilgili çevrelerin, kullanılan yeni işareti, tescilli markanın aynıysa olarak değerlendirip değerlendirmeyeceği kriterine göre belirlenir.<sup>52</sup>

Markayı oluşturan karakterlerde yapılacak ekleme veya çıkarmalar ya da basit, sıradan bir motifin değiştirilmesi, küçük harfle yazılan bir markanın büyük harfle yazılmış olması gibi markanın ayırt edicilik niteliğini etkilemeyen tip ve şekillerde kullanım durumlarında markanın tescil edildiği şekilde kullanıldığı kabul edilmelidir. Buna karşılık markanın ayırt edicilik özelliğine etkiler tarzda bir işaretin markaya eklenmesi halinde markanın tescil edildiği şekilde kullanıldığı söylenemez.<sup>53</sup>

### b. Markanın Yalnız İhracat Amacıyla Mal ya da Ambalajlarında Kullanılması

556 sayılı KHK m.14 fıkra 2 b bendine göre, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajında kullanılması markayı kullanma olarak kabul edilir.

<sup>49</sup> Kahveci, s.68; Yasaman, s.655

<sup>50</sup> Çağlar, "Tescilli...", s.11

<sup>51</sup> Çağlar, "Tescilli...", s.13

<sup>52</sup> Çağlar, "Tescilli...", s.14; Çağlar, Marka..., s.95; Meran, s.272.

<sup>53</sup> Meran, s.272

Bu hükümlerle ülkesellik ilkesinin etkisiyle markanın sadece iç pazara sürülen mallar için kullanılmasının marka hukuku anlamında kullanma sayılacağı, ülke pazarına girmeksizin, ihraç edilen mallar üzerindeki kullanımın önemi bulunmadığı şeklindeki görüş terk edilmiştir.<sup>54</sup>

Bir markanın ihracatta veya sadece belli bir dış pazarda ve yalnızca mal veya ambalajı üzerinde kullanılıp, ilanlarda, iş kırtasiyesinde kullanılmayabilir. Markanın bu şekilde kısıtlı olarak kullanılması, ciddi biçimde kullanılmaması anlamına gelmez. Bu tür ihracat markaları yalnızca belli bir piyasaya hitap ettiğinden, o piyasanın şartlarına uygun mal ve hizmet üreterek düşük kalite ve fiyat uygulamasına gidebilir. Düşük kalite ve fiyat işletmenin esas marka imajına uygun olmasa da marka sahibi, sadece o piyasaya sürülen mallar için kullandığı markasını başka piyasalarda, reklam ve ilanlarında da kullanmayabilir. Bu durumda da markanın tescil edildiği şekilde kullanıldığı kabul edilmelidir.<sup>55</sup>

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, 556 sayılı KHK m. 14 fıkra 2 b bendinden açıkça anlaşılmasa da, markanın mal veya hizmet ile somut ilişkisinin Türkiye’de kurulmuş olması gerektiğidir. 2008/95 AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi m.10 fıkra 1 b bendine göre; ihraç konusu malların, ilgili üye devlette markalanması gerekmektedir. Yani markanın ihraç edilecek mallara veya ambalajına Türkiye içinde konulması ve malın markalı olarak ülkeden çıkarılması gerekmektedir. Türkiye’de üretilip diğer ülkelere ihraç edilen mal, ithal eden ülkede markalanırsa bu koşul gerçekleşmiş sayılmaz. Zira markanın somut kullanımı Türkiye’de başlamış olmaz.<sup>56</sup>

### c. Markanın, Marka Sahibinin İzni İle Kullanılması

Marka hakkı, sahibine, birçok ekonomik işlevi bulunan ilişkin olduğu ürünlerle ilgili olarak inhisari haklar ve yetkiler sağlar. Böylece marka hakkı sahibi başkasının markasını kullanmasını yasaklayabileceği gibi, markanın kullanımına izin vererek ekonomik menfaat te-

<sup>54</sup> Dirikkan, s.255

<sup>55</sup> Tekinalp, s.423

<sup>56</sup> Kahveci, s.76; Çağlar, Marka..., s.96

mini yönüne de gidebilir. Başka bir deyişle marka , sahibi, markayı kullanım hakkını başkalarına devredebilir.<sup>57</sup>

556 sayılı KHK m.14 fıkra 2 c bendine göre, markanın marka sahibinin izniyle üçüncü kişilerce kullanılması da marka sahibine ait kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunu gösterir.

Üçüncü kişinin kullanımı marka sahibinden izin almak, lisans almak, sınırlı bir ayni hakka bağlı olarak kullanmak şeklinde ortaya çıkabilir. Ortak markalar açısından bir izne de gerek yoktur.<sup>58</sup>

#### **d. Markayı Taşıyan Malın İthalatı**

556 sayılı KHK m.14 fıkra 2 d bendine göre markalı malın, marka sahibinin kendisi veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından Türkiye'ye ithali de markanın kullanılması sayılır.

Marka Türkiye'de tescil edilmiş olmakla birlikte markayla ilgili mal ve hizmetler Türkiye'de üretilmiyor olabilir. Malın ülke dışında üretilmesi örneğin üretim maliyeti nedeninden kaynaklanıyor olabilir. Ancak, bu markanın tescile uygun kullanımına hanel getirmez. Bu duruma göre ülke dışında üretilip Türkiye'ye ithal edilen mallar ilgili markayı taşıyorsa marka kullanılmış kabul edilir.<sup>59</sup>

Marka hukuku anlamında kullanım zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılabilmesi için ithal edilen malların miktarının ciddi kullanım kriterine uygun kapsamda olması gerekmektedir.<sup>60</sup>

Markayı taşıyan malın ithal edilmesi ancak piyasaya sürülmemesi durumunda da yine markanın kullanıldığının kabulü gerekmektedir.<sup>61</sup>

### **E. Markanın Kullanılmamasının Yaptırımı**

#### **a. Bekleme Süresi**

556 sayılı KHK m.42 fıkra 1 c bendine göre, m. 14'teki kullanım zorunluluğuna uyulmaması halinde mahkemece markanın hüküm-

<sup>57</sup> Kahveci, s.77

<sup>58</sup> Çağlar, Marka..., s.96

<sup>59</sup> Bilgili, s.35

<sup>60</sup> Kahveci, s.81

<sup>61</sup> Çağlar, Marka..., s.97

süzlüğüne karar verilecektir. KHK m. 14 fıkra 1'deki "tescil tarihinden itibaren beş yıllık süre" ifadesinde tescil tarihi ile kastedilen, marka tescil belgesinin verildiği tarihtir.<sup>62</sup>Zira marka tescil başvurusunda bulunan kimse marka hakkını başvurusuna karşı yöneltilen itirazlar neticelendikten veya itiraz yok ise en erken itiraza ilişkin sürelerin dolmasından sonra kullanabilecektir. Özellikle marka tescil başvurusuna itiraz edilirse bu sürenin ne kadar olacağı baştan belli olmadığından, marka sahibinin hak kaybına yol açılmaması bakımından, tescil tarihi ile ifade edilmek istenenin marka tescil belgesinin verildiği tarih olduğunun kabulü isabetli görünmektedir. Markayı kullanma zorunluluğu tescil belgesi verildikten sonra doğmakta, bu tarihten önce kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>63</sup>

Marka sahibi kural olarak markasını aralıksız kullanmalıdır. Diğer yandan, bu ilkenin çok sıkı biçimde uygulanmayan adil olmayan sonuçlara yol açabilir. Zira marka sahibi, hiç ara vermeden markasını kullanmaya zorlanamaz. Marka sahibinin markasını aralıksız kullanmasından çok, kullanıma mevzuatta öngörülen hoşgörü süresinden fazla ara vermemesi gerekmektedir. Türk marka mevzuatında hoşgörü süresi beş yıldır. Buna göre, tescille beraber doğan marka hakkının devamı için, markanın tescilden itibaren beş yıl içinde kullanılması veya kullanım başlamışsa bu kullanıma beş yıldan fazla ara verilmesi gerekmektedir.<sup>64</sup>

Marka ara ara kullanılmışsa, aradaki geçen kullanılmaya süreler birleştirilmez.<sup>65</sup> Yani marka kullanılmaya başlanmakla kullanmama nedeniyle işlemeye başlayan beş yıllık süre kesilir. Fakat şüphesiz aradaki kullanımın ciddi bir kullanım olması gerekir. Süreyi kesmek niyetiyle yapılan kullanımlar dikkate alınmaz ve marka hükümsüz hale gelir.<sup>66</sup>

Marka tescilinin yenilenmesi, yeni bir beş yıllık sürenin işlemesine sebebiyet vermez. Bunun gibi, markanın külli veya cüz'i haleflere geçişi de yeni bir beş yıllık sürenin işlemesini sağlamaz.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Karahan, s.130

<sup>63</sup> Bilgili, s.36

<sup>64</sup> Kahveci, s.96

<sup>65</sup> Dirikkan, s.247

<sup>66</sup> Kahveci, s.96

<sup>67</sup> Yasaman, s.648



Markanın tescil tarihinden itibaren beş yıllık süre dolmadan dava açılması halinde, dava şartı yerine gelmediği için dava reddedilmiştir. Ancak dava sırasında beş yıllık süre dolmuşsa usul ekonomisi bakımından dava reddedilmemeli ve esastan karara bağlanmalıdır.<sup>68</sup>

Beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma durumu gerçekleşirse, önceki döneme ilişkin kullanmama artık hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Ciddi kullanmanın ne kadar devam etmesi gerektiği belli değildir ve kural olarak kısa veya uzun ciddi olmak şartıyla kullanımın varlığı halinde önceki döneme ilişkin kullanmama hali hükümsüzlük nedeni olmaktan çıkmış sayılmalıdır. Şöyle ki dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme, davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almayacaktır.<sup>69</sup>

### b. Hükümsüzlük Davası

Markanın hükümsüzlüğünü, ilgili mahkemeden, zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili resmi makamlar isteyebilir.

Hükümsüzlük davası açan kişinin iptali istenen markayı kullanma amacı taşıması şart değildir. Markayı, ticaret unvanının veya işletme adının bir parçası olarak kullanan veya kullanmak isteyen kişi de bu davayı açabilir.<sup>70</sup>

Hükümsüzlük davalarında görevli mahkeme ihtisas mahkemele-ri, yetkili mahkeme davacının ikametgâhının olduğu yerdeki mahkemedir. Davacının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.<sup>71</sup>

556 sayılı KHK’da hükümsüzlük davasının açılması için ne hak düşürücü süre, ne de bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

<sup>68</sup> Karahan, s.128

<sup>69</sup> Karahan, s.128

<sup>70</sup> Karahan, s.130

<sup>71</sup> Meran, s.322

Markanın kullanılmadığını veya beş yıllık süre için ara verilmiş olduğunu, hükümsüzlük davasını açan ispatlamalıdır. Bu iddiasını gazete ilanları, televizyon reklamları, fotoğraflar, kataloglar, fiyat listeleri, etiketler, ambalajlar ile ortaya koyabilir. Ancak olumsuz ispatlamak güç ve hatta bazen imkansız olduğundan, bu konuda esnek davranılmalı ve markanın kullanılmadığı hususunda hakimde ciddi kuşkular uyandırılması yeterli sayılmalıdır. Bu durumda delil gösterme yükümü karşı tarafa geçeceğinden, marka sahibi markasını ciddi anlamda kullandığını gösteren delilleri ibraz etmelidir.<sup>72</sup>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi konu ile ilgili bir kararında şöyle karar vermiştir, “Markanın kullanılmadığı iddiası ile ilgili olarak, marka sahibinin ticari defter ve faturaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmalı; KHK m. 14’te belirtilen kullanma biçimlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmeli ve markanın hükümsüzlüğüne buna göre karar verilmelidir.”<sup>73</sup>

## KAYNAKÇA

- Kahveci Burcu, “Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü”, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Bilgili Fatih, “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 74, 2008
- Gözlükaya Fatma, “556 Sayılı KHK Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü”, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2003, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Yasaman Hamdi, *Marka Hukuku*, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004
- Dirikkan Hanife, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1998
- Çağlar Hayrettin, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- Çağlar Hayrettin, “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Sayı 2, 2007

<sup>72</sup> Dirikkan, s.129

<sup>73</sup> Y. 11. HD. 19.10.2000 T., 2000/7005 E., 2000/7974 K., Yasaman, s.663

Kırcı N. Berkay, "Markanın Hükümsüzlüğü", *TBB Dergisi*, Sayı 66

Meran Necati, *Marka Hakları ve Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008

Şanal Osman, "Markalarda Hükümsüzlük Davaları", *Adalet Yayınevi*, Ankara 2006

Karahan Sami, "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", *Mimoza Yayınları*,  
Konya

Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012

# SANAYİ DEVRİMİNDE PATENTİN ROLÜ

## ON THE ROLE OF THE PATENT IN THE INDUSTRIAL REVOLUTION

Yavuz YAYLA\*

**Özet:** Dünya Ticaret Örgütü'nün gözetiminde 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) genel olarak bilgi, enformasyon ve yaratıcılığı içeren entelektüel faaliyetlere bir başka ifadeyle gayrimaddi emek ürünlerine ilişkin düzenlemelere küresel bir standardizasyon getirmeyi ve bu bağlamda tek tip küresel bir hukuki yapı oluşturmayı amaçlamaktadır. Ulusal devletlerin bu sürece gönüllü olarak eklemeleri için ana-akım iktisatçılar tarihsel deneyimlerden yola çıkarak gerek kuramsal gerek ampirik örneklerle, gelişmekte olan ülkelerde sanayileşmenin inovasyonla gerçekleşebileceğini fakat sanayileşmenin sürekliliğinin de ancak güçlü patent korumalarıyla mümkün olduğu noktasında bu ülkeleri ikna etmeye çalışmaktadırlar. Ele alınan tipik örnek ülke İngiltere'dir. Biz bu çalışmada, İngiltere'de sanayileşmenin başlaması sürecinin ancak güçlü patent korumalarıyla sağlandığını ve bu tipik gelişmeye aykırı kalkınma/sanayileşme modellerinin çarpık kalkınma/sanayileşme ile sonuçlanacağını savunan ana-akım iktisatçıların görüşlerini tarihsel olarak değerlendireceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** Sanayi Devrimi, Sanayileşme, Patent, Fikri Mülkiyet, İnovasyon

**Abstract:** The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) that has been implemented since 1st of January, 1995 under the observation of World Trade Organization generally aims to provide a global standardization for the intellectual activities containing information, knowledge and creativity, in other words, the intangible labour products and to generate a monotype legal global structure in that context. For the voluntary articulation of the nation-states to that process, the main stream economists has been trying to persuade these countries that the industrialization is possible via innovations in developing countries but the sustainability of the industrialization can only be enabled with sound patent protection by using either theoretical or empirical evidences. The typical example that is considered, is the United Kingdom. In the study, we will assess the opinions of the main stream economists who defend that the commencement period of the industrialization in the UK was provided just with stronger patent protections and the models which go against that typical development will be resulted with irregular development/industrialization, historically.

**Keywords:** Industrial Revolution, Industrialization, Patent, Intellectual Property, Innovation

\* Dr. Ar. Gör., Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İktisat Bölümü

## 1. Patent Tarihsel Geçmişi

Bu kısımda öncelikle, patentin (ve bu çerçevede fikri mülkiyet haklarının) kavramsal kökenine ve ardından tarihsel olarak ilk defa Venedik'te verilmeye başlanan ayrıcalıklara - lütuf veya ödül - değinip 'patentlenen bir dünyanın öyküsünü, sanayileşme sürecinin başlangıç dönemi itibarıyla ele alacağız ve bu tarihsel süreçte patentlerle sanayileşme arasındaki ilişkilere odaklanacağız.

### 1.1. Patent Kavramının Etimolojik Kökeni

Fikri Mülkiyet Hakları (FMH) kavramı, 1545 tarihli Fransız Telif Hakları Statüsü ile kullanılmaya başlanmış ve 1789 tarihli Fransız Bildirgesi'nde de kullanılmıştır. *Hughes'un*<sup>1</sup> da belirttiği gibi, XIX. yüzyıl Fransa'sında telif hakları edebi ve sanatsal mülkiyet olarak bilinmekte ve bu nedenle telif hakları için fikri mülkiyet kavramı kullanılmaktaydı. Telif hakları (ve bağlı haklar) anlamında fikri mülkiyet kavramının kullanımı XX. yüzyılda da kesintisiz olarak devam etmiştir. Bu çerçevede Belçikalı kommentar (şerhçi/yorumcu) *Paul Wauwermans*, 1910 tarihli telif haklarına ilişkin düzenlemeler getiren Bern Sözleşmesine ilişkin komentarynda [Bern] Toplantıyı "[c]ode international de la propriété intellectuelle" (uluslararası fikri mülkiyet kanunu) olarak tanımladığı görülmektedir.<sup>2</sup> *Hughes*<sup>3</sup> ayrıca XIX. yüzyıl Fransa'sında fikri mülkiyet kavramının hukukun genel bir kavramı anlamında şemsiye görevi görerek patentler, ticari sırlar ve telif haklarını tanımlamak için kullanıldığı ve bu durumun da Fransa'da önemli bir kamuoyu düşüncesinin sonucu olarak ortaya çıktığını belirtmektedir.

Patent kelimesi ise, köken itibarıyla 'açık olmak' anlamına gelen la-

<sup>1</sup> Justin Hughes, "A short history of 'intellectual property' in relation to copyright", Cardoza Legal Studies Research Paper, New York, No: 265, 2009, s.13-14. Hughes, XIX. yüzyıl Fransa'sında telif hakları üzerine çalışmaları ile tanınan Eugene Pouillet'nin eserlerinin pek çoğunda edebi mülkiyet veya sanatsal mülkiyet kavramlarını sinai mülkiyet kavramını da içerecek şekilde kullandığını örneklerle göstermektedir. Hughes, ayrıca kavramın İtalya ve İspanya gibi Avrupa ülkelerindeki kullanımlarını da araştırmaktadır.

<sup>2</sup> Justin Hughes, a.g.m., s. 16.

<sup>3</sup> Justin Hughes, a.g.m., s. 13-14.

tince *patere* kelimesine dayanmaktadır.<sup>4</sup> *Shiva*<sup>5</sup>, Avrupalı hükümdarlar -örneğin Kraliçe Isabel ve Kral Ferdinand- tarafından yabancı toprakları ele geçirmesi veya ithalat tekellerini elde etmesi için Christopher Columbus'a verilen "açık mektup"un [open letter] patentin ilk örneklerinden biri olduğunu belirtmektedir. Bu şekilde patent tarihsel süreçte, günümüzdeki beratları da karşılayacak şekilde kullanılmıştır.<sup>6</sup>

## 1.2. Patentlenen Fikri Mülkiyetin Küresel Yayılma Kanalları

Fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerin yapılışı geçmişten günümüze üç ayrı dönem üzerinden incelenebilir.

*Territorial* dönem olarak adlandırılan ilk dönemde, fikri mülkiyet haklarına uluslararası bir koruma sağlanmamış, fikri mülkiyet ülkesel (veya bölgesel) düzeyde korunmuştur. İkinci dönem, *uluslararası dönem*dir. Bu dönem XIX. yüzyılın sonuna doğru Avrupa'da bazı ülkelerin sınai mülkiyetin korunması amacıyla Paris Sözleşmesinin ve ilgili ülkelerde edebi ve sanatsal ürünlere ilişkin telif haklarının korunması için Bern Sözleşmesinin oluşturulmasını kabul etmeleriyle başlamıştır. Son dönem ise *küresel dönem* olarak adlandırılmaktadır. Küresel dönemin kökeni, ABD'nin 1980'lerde fikri mülkiyet ve ticaret arasında ekonomik yönden güçlü ilişkilerin olduğunu savunmasıyla başlamış ve bu savunu, 15 Nisan 1994'te Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması'nın imzalanması ve çok-uluslu bir ortamın yaratılması ile sonuçlanmıştır.<sup>7</sup>

*Mgbeoji*'ye göre<sup>8</sup> patent [FMH] kavramının/sisteminin Avrupa'dan dünyanın diğer bölgelerine özellikle sömürge ülkelere göçü ve yayılması ile ilgili olarak üç yöntem etkilidir. İlk yöntem, Amerika, Afrika, Avustralya ve Asya yerli halklarının, Avrupalıların göçü sonucunda

<sup>4</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, "The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization", *Journal of the History of International Law*, sayı. 5, 2003, s. 403; Craig Allen Nard, *The Law of Patents*, Aspen Publishers, New York, 2008, s. 1.

<sup>5</sup> Vandana Shiva, "The Threat To The Third World Farmers", (Erişim) [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m2465/is\\_6\\_30/ai\\_65653651/](http://findarticles.com/p/articles/mi_m2465/is_6_30/ai_65653651/), 21 Nisan 2011, s. 4.

<sup>6</sup> Vandana Shiva, a.g.m., s. 4

<sup>7</sup> Peter Drahos, "Thinking strategically about intellectual property rights", *Telecommunications Policy*, Vol. 21, No. 3, 1997, s. 202.

<sup>8</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, *Global Biopiracy: Patents, Plants And Indigenous Knowledge Law and Society*, Toronto, UBC Press, 2006, s. 28.

sömürgeleştirilmeleridir. Bu süreçte, patent kavramı, sömürgeleştiren Avrupalıların 'valizlerinde' getirdikleri ve yerel varlık ve mülkiyet hukukuna dayattıkları bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Avrupa kültürü ve hukukundaki somut ve soyut varlıklar arasındaki farkları da içeren varlık ve mülkiyet hukuku bu bağlamda evrensel değerdir. Kesen olarak, yabancı bir hukuk kültürünün nakli, önemli yasal, felsefi ve ideolojik dallara ayrılmayı getirmiştir.<sup>9</sup> *Mgbeoji'*ye göre, uluslararası düzeyde patent kavramının yayılmasının ikinci yöntemi, doğrudan doğruya, bağımsız devletlerin kendi iradelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kendi iradi tasarrufuyla Batı tipi patent korumasını benimseyen ve kültürünün bir parçası haline getirmeye çalışan tipik ülke Japonya'dır. Japonya, Avrupalı olmamasına ve asla sömürgeleştirilmemesine karşın patent kavramını bağımsız olarak uyarlamıştır.<sup>10</sup> Patent kavramının uluslararası arenada yayılmasının üçüncü yöntemi ise dış baskılardır: Siyasi bağımsızlığı sahip olan ve patent kavramını küçümseyen ülkeler, dış siyasi baskılar sonucunda, ulusal hukuk sistemlerini Batı tipi patent sistemine göre düzenlemişlerdir. Çin, Güney Kore, Hollanda ve İsviçre, dış siyasi baskılarla yasalarını değiştiren ülkelerin başında gelmektedirler. Artık günümüzde patent hukuku olmayan bir ülke bulmak oldukça güçtür.<sup>11</sup>

Yukarıda ele aldığımız, gerek uluslararası düzeyde fikri mülkiyet haklarının korunması gerekse patent [FMH] sisteminin Avrupa'dan dünyanın diğer bölgelerine yayılması, kapitalist üretim ve yeniden üretim süreçlerinde bilginin ve teknolojinin artan öneminin bir sonucu olarak FMH'nin uluslararası düzlemde kontrolüyle küresel ekonomide hegemonya sağlama isteğinden kaynaklanmaktadır.

*Shiva'*ya göre,<sup>12</sup> mevcut uluslararası patent [FMH] kanunları Batı uygarlığının kibirini göstermekte ve bu kibir kendisini uluslararası fikri mülkiyet yasalarıyla Güney Ülkelerini "sömürgeleştirmenin aracı" olarak ortaya koymaktadır.<sup>13</sup> Batı merkezli düşünceyi eleştiren *Shiva'*ya göre, mevcut patent [FMH] rejimi "sadece hakların yeniden-sömürge-

<sup>9</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, a.g.e., s. 28.

<sup>10</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, a.g.e., s. 28.

<sup>11</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, a.g.e., s. 28.

<sup>12</sup> Vandana Shiva, *Protect or Plunder: Understanding Intellectual Property Rights*, Zed Books, London and Newyork, 2002, s. 8.

<sup>13</sup> Vandana Shiva, a.g.e., s. 18.



leştirilmesinin değil, aynı zamanda tüm yaşam biçimlerinin sömürgeleştirildiği yeni bir sömürgeleştirme çağını<sup>14</sup> göstermektedir.

Bu dönemi “yeni-sömürgecilik” olarak kavramsallaştıran Aoki’ye göre<sup>15</sup> ise öncelikle, “fikri mülkiyet hakkı” ile mucit veya firmalara devlet tarafından sağlanan tekel hakkıyla, ‘özelleştirme’ ve serbest pazar ekonomisine büyük önem veren neoliberal söylem arasındaki farklılığa dikkat edilmelidir. Aoki’ye göre neoliberalizmin üç ayırt edici özelliği vardır: Birincisi, neoliberalizm, kamu ve özel arasında kesin ayırım yaparak ideolojik bir sav getirmektedir. İkinci olarak, neoliberalizm, bir tür ‘geçmişe ilerleme’ yolu açarak sözleşme özgürlüğünü pek çok açıdan ABD’de on dokuzuncu yüzyıl sonları ve yirminci yüzyıl başlarında uygulanmış olan *Lochner*-çağı hukukuna tabi kılmaya çalışmaktadır. Üçüncüsü, benzer biçimde, neoliberalizm, kavramsal biçimcilik türüne sıkı sıkıya bağlıdır, aktörlerini, yani bireysel veya ulusal sözleşme taraflarını soyut ve resmi açıdan eşit olarak karakterize etme eğilimindedir.<sup>16</sup> Bu nedenle Aoki’nin, “yeni-sömürgecilik” olarak karakterize ettiği dönem neoliberal ideolojinin sınırlarını oluşturan bir alan olarak ortaya çıkmaktadır.

Ngenda ise, bu dönemi “Batı Şovenizmi” olarak kavramsallaştırır. Yazara göre FM Anlaşmalarının biçimlendirilmelerinde ve geleneksel mülkiyet haklarının ileri sürüldüğü bazı yargı kararlarında simgeleşen şovenizm, Batı tipi FM modeline özgü kural ve değerlerin içine gömülü yetersiz ahlaki ve tartışılmaz iç görü ve bununla birlikte savunuculuğunu yaptıkları evrensellik savında yatar.<sup>17</sup>

### 1.3. Patentlenen Dünyaya Doğru: Modern Öncesi Dönemde Patent Sistemi

Tarihsel olgular **göstermektedir ki, fikri mülkiyete yönelik uygulanan politikalar ekonomik kalkınma ve kurumsal ortamdan ba-**

<sup>14</sup> Vandana Shiva, a.g.e., s. 132.

<sup>15</sup> Keith Aoki, “Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, sayı 6, 1998, s. 13.

<sup>16</sup> Keith Aoki, a.g.m., s. 13.

<sup>17</sup> Akalemwa Ngenda, “The Nature of the International Intellectual Property System: Universal Norms and Values or Western Chauvinism?”, *Information & Communications Technology Law*, sayı 14 (1), 2005, s. 59.

**ğımsız değildir.**<sup>18</sup> Bu nedenle biz bu kısımda tarihsel olarak patent sisteminin doğuşu ve patentin özellikle Batı ülkelerine yayılımını, bir anlamda dünyanın patentlenmesinin kökenlerini ele alacağız. Ele alacağımız ülkeler kendi içlerinde bir örnek oluşturan ülkelerdir. Bu ülkeler, patentlerin ilk defa verilmeye başlandığı Venedik Cumhuriyeti, kapitalist toplumsal bir yapının oluşmasında sanayileşme sürecini başarıyla oluşturan tipik tarihsel ülke İngiltere, 1789 Burjuva Devrimini gerçekleştiren ve sanayileşmede geç kalan Fransa ve son olarak yenedünyanın pragmatist felsefeyle donanmış ülkesi ABD olacaktır.

### 1.3.1. Venedik: Ayrıcalıkların Başlangıcı

Buluşların patentle ödüllendirilmesinin başlangıcı Rönesans İtalyasıdır.<sup>19</sup> Genel olarak belirli bir malı üretmek veya özel bir sanayi sektörünü desteklemek amacıyla devlet tarafından **özel haklar verilmesi** patent tekeli **ödüllendirilmesiyle** olmuştur. Siyasal sadakat sağlamak ve/veya yeni doğan endüstrileri destekleme politikası çerçevesinde, seçilen girişimcilere bir lütuf veya ödül olarak çeşitli imtiyazlar bahşedilmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemelerle, 'kimin üreteceği' ve 'ne üreteceği' belirlenmiştir. Bu düzenlemeler, fikri mülkiyet hakları ve kapitalizm arasında **örtük bir şekilde var olan ilişkileri görünür kılmıştır.**<sup>20</sup>

1474 yılında kabul edilen Venedik Cumhuriyeti Patent Yasası, patent sisteminin gelişmesinde bir dönüm noktası olmuştur. Venedik Patent Yasası getirdiği ayrıcalıklar sistemiyle mucitlerin manevi çıkarları ile icatların toplumsal faydalarını birbirlerinin tamamlayıcısı olarak ele almıştır.<sup>21</sup> 1474 Venedik patent yasası ile ki bu yasa "*accutissimi Ingegneri, apti ad excogitar et trouar varij Ingegnosi artificij*"<sup>22</sup> (bu şehirde,

<sup>18</sup> Zorina B. Khan and Kenneth L. Sokoloff, "History Lessons: The Early Development of Intellectual Property Institutions in the United States", *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 3, 2010, s. 245.

<sup>19</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, United Kingdom, 2008, s. 106.

<sup>20</sup> Ronald V. Bettig, *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property*, Westview Press, USA, 1996, s. 16. Kanaatimizce, kapitalizm, sanayileşme denilen teknik süreçten farklı olarak, toplumsal bir biçim olduğu için, Bettig'in burada verdiğimiz alıntısında kapitalizm yerine sanayileşme demesi daha uygun olurdu.

<sup>21</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 106.

<sup>22</sup> Michele Boldrin ve David K. Levine, *Entelektüel Tekele Karşı*, çev. Başak Bingöl,

hâkimiyetimiz altındaki bölgede şimdiye dek yapılmamış dâhice bir buluş yapan her kişiye<sup>23</sup>) şeklindedir, fikir ve yeniliklerinin karşılığında devlet tarafından ödül [patent] verilmesi kabul edilmiştir. Bu ödüllendirilmede ulaşılmak istenen amaç ise, rakip devletlerdeki yetenekli zanaatkârları ve tüccarları Venedik'e çekmekti.<sup>24</sup>

### 1.3.2. Britanya (İngiltere): Oligarşik Patent Statüsü

Britanya'nın patent sisteminin genel özelliği Britanya'nın ekonomik ve siyasal gelişiminin koşulları tarafından belirlenmiştir ve bu şekilde oligarşik bir toplum, oligarşik bir patent sistemi üretmiştir.<sup>25</sup> İngiliz Monarşisi devlete gelir sağlamak amacıyla sürekli olarak özel mal ticaretini tekel imtiyazları ile ödüllendirme yoluna gitmiş veya tekel hakkını satmak için patentleri kullanmıştır.<sup>26</sup> Diğer bir deyişle, Ortaçağ'da patent kurumu, feodal beylerin gelirlerini artırmak için kullandığı siyasal bir artık-değer çekme aygıtı işlevi görmüştür ve gerek bu siyasal işlevinin dolayımıyla gerek doğrudan yarattığı ekonomik sonuçlarıyla inovasyon üzerindeki lonca kontrolünü etkisiz hale getirmiştir. Ortaçağın iktisadi sisteminin çöküşünün ardından uygulanmaya başlanan Merkantilizmle birlikte, patentler, teknoloji ve know-how bilgisini ithal etmeyi cesaretlendirmek ve dış ticaretle birlikte devlet gelirlerini artırmak için kullanılmaya başlanmıştır.<sup>27</sup>

1624 yılında mucitlerin *fiili* (*de facto*) zorlamalarıyla kabul edilen İngiliz Tekel Statüsü (*Statute Of Monopolies*) ile patentler 'gerçek ve ilk mucit'lere verilmeye başlanmış ve bundan dolayı da mucit haklarının Magna Cartası olarak anılmıştır.<sup>28</sup> Fakat "fikri mülkiyet" deyiminin kullanımının henüz yaygınlaşmadığı bu erken dönemde inovatörlere bu kanunla tekel hakkı verilse de kabul edilen kanun yeni tekeller ya-

Sel Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 56'dan naklen.

<sup>23</sup> Michele Boldrin ve David K. Levine, a.g.e., s. 56, dipnottan naklen.

<sup>24</sup> Michele Boldrin ve David K. Levine, a.g.e., s. 56; Craig Allen Nard, *The Law of Patents*, Aspen Publishers, New York, 2008, s. 8.

<sup>25</sup> Christine MacLeod, "Patents for invention: setting the stage for the British industrial revolution?", *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, No 18, julio-diciembre, 2009, s. 51.

<sup>26</sup> Zorina B. Khan and Kenneth L. Sokoloff, a.g.m., s. 235.

<sup>27</sup> Bob Jessop, "Intellectual Property Rights", Erişim <http://www.dime-eu.org/files/active/0/Jessop1.pdf>, 21.4.2010.

<sup>28</sup> Fritz Machlup and Edith Penrose, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", *The Journal of Economic History*, Vol. 10, No. 1, May 1950, s. 2.

ratmamıştır.<sup>29</sup> Üstelik, İngiliz Tekel Kanunu'nun birincil amacı tekel-leri yasaklamaktan çok yaratıcılığı teşvik etmek ve yabancı uyruklu zanaatkârların Britanya'da kalmasını sağlamak olmuştur.<sup>30</sup> İngiliz Tekel Statüsü ile tekeli firmalara yapılan yardımların hukuka aykırı olduğu belirtilmiş fakat ülke içerisinde yeni bir imalat yöntemini geliştiren 'gerçek' ve 'ilk mucit veya mucitlerin' çalışmalarının hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede ilgili çalışmaların, bu çalışmalar, devletin işine yaradığı, ülke içinde mal fiyatlarını yükseltmediği veya ticarete zarar vermediği veya genel olarak zararlı olmadığı sürece yasası sayılmayacağı savunulmuştur. Daha da önemlisi, bu yasayla tekel hakkı monarşiden alınarak mucide takdim edilmiştir.<sup>31</sup>

Tüm bu gelişmelere rağmen, 1624 tarihli İngiliz Tekel Statüsü ile yerel mucitlerin yaratıcı faaliyetlerinin teşvik edilmesi yerine ülke içerisinde yabancı teknolojilerin transferi politikası teşvik edilmiştir. Bu ekonomi politikası tercihinin anlamı ise şudur: Venedik Cumhuriyeti yaratıcı fikir ve yenilikleri teşvik edip ödüllendirirken, ileride Sanayi Devrimini gerçekleştirecek olan İngiltere'de Oligarşik Patent Statüsü aracılığıyla, yabancı yeniliklere patent verilmesi desteklenerek teknoloji transferinin hızlı bir şekilde gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

1624 tarihli İngiliz Tekel Kanunu'nun, telif haklarını da bünyesine katan 1710 tarihli Kraliçe Anne Kanunuyla kapsamı genişletilmiş ve bu kanun değişikliğe uğratılmıştır. Bu şekilde, 1624 ve 1710 yıllarında kabul edilen hukuki düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, üzerinde güneşin batmadığı Britanya İmparatorluğu'nda patentler ve telif haklarına ilişkin yasal düzenlemeler ya hiç yapılmamış ya da ekonomik imtiyazların satılması yoluna gidilerek devlet zorbalığı şeklinde uygulanmıştır; ayrıca Galileo ile diğer mucit ve filozofları taciz etmek üzere kullanılmıştır.<sup>32</sup>

1624 İngiliz Tekel Kanunu yıllar içerisinde pek çok değişikliğe uğ-

<sup>29</sup> Michele Boldrin, David K. Levine, a.g.e., s. 57. Ayrıca Bkz. Zorina B. Khan, Kenneth L. Sokoloff, a.g.m., s. 235.

<sup>30</sup> Christine MacLeod, "The Paradoxes of Patenting: Invention and its Diffusion in 18th and 19th Century Britain, France, and North America", *Technology and Culture*, cilt 32(4), 1991, s. 891; Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 106.

<sup>31</sup> Michele Boldrin, David K. Levine, a.g.e., s. 57.

<sup>32</sup> Michele Boldrin ve David K. Levine, a.g.e., s. 58.

rasa da, Birleşik Krallık Patent Sistemi, 1973 Avrupa Patent Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmek üzere revize edilinceye kadar genel hatlarıyla yürürlükte kalmıştır.<sup>33</sup>

### 1.3.3. Fransa: Ayrıcalıkların Reddi

1789 Fransız Devriminin görkemli burjuva coşkusu kendisini sadece feodal dönemin ayrıcalıklarının kaldırılması, özel mülkiyet ve serbest pazar anlayışının benimsenmesi gibi alanlarla sınırlamamış, Burjuva Devrimi'nin benimsediği şiarın özgürlük anlayışıyla mucit ve edebi sanatçıların eserleri üzerinde "doğal haklarının" olduğu da savunulmuş ve entelektüel ürünlerin de "insan hakları"ndan olduğu ilan edilmiştir.<sup>34</sup> 1791 Fransız Patent Kanunu'na göre, mucidin tekel hakkı bir 'doğal hak'tır<sup>35</sup> ve mucitler bu hakkı yasal yollarla (*de jure*)<sup>36</sup> elde etmişlerdir.

1791 tarihli Fransız Eser Sahipleri Hakkındaki Kanun'da mucitlerin manevi çıkarları sayma yoluyla belirtilmiştir.<sup>37</sup> Bu kanun icatlar hakkında detaylı bir incelemeye gerek olmadığı ilkesini getirmiş ve bu şekilde belli bir icadın küçük bir değişiklikte veya aynen kopyalanmasıyla ortaya çıkarılan yeni ürünün sicile kaydettirilebilmesi olanacağını tanımıştır.<sup>38</sup> Bununla birlikte Mülkiyet Güvenliği için Araçlar ve Yararlı Keşifler hakkındaki 1844 tarihli Fransız Kanunu, Venedik Patent Yasası gibi icatların toplumsal faydaları üzerinde durmuş ve ayrıca emeğin ürünleriyle bağlantılı şekilde insan haklarına özel bir vurgu yapmıştır. Öte yandan, yazarın hakları, Patent Kanunu'nda ele alınmazken, Paris Sözleşmesi'nin 4. maddesinde yer alan "mucit, patent gibi bahsedilen haklara sahip olabilir" cümlesi ile yazarın da bu haklara sahip olduğu, bağlı haklara yapılan atıf ile vurgulanmıştır.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 106.

<sup>34</sup> Samuel A. Oddi, "TRIPS-Natural Rights and a 'Polite Form of Economic Imperialism'," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 29, 1996, s. 421.

<sup>35</sup> Chakravarthi Raghavan, *Recolonization: GATT, the Uruguay Round & the Third World, Third World Network, Malaysia*, 1991, s. 115.

<sup>36</sup> Fritz Machlup and Edith Penrose, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", s. 3.

<sup>37</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 107.

<sup>38</sup> Michele Boldrin ve David K. Levine, a.g.e., s. 58.

<sup>39</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 107.

### 1.3.4. ABD: Patent Pragmatizmi

ABD Anayasası ve erken dönem yasaları, İngiltere örneğine aşina olan kişiler tarafından hazırlandığından, yapılan hukuki düzenlemeler, endüstriyel tasarıma yönelik yeniliklere bilinçli ve planlı bir yaklaşımın temel unsurlarını yansıtmıştır.<sup>40</sup> ABD ilk resmi patent sistemini kabul edinceye kadar yerli sanayiye korumak amacıyla 1640'lı yıllardan itibaren patent benzeri korumaları uygulamaktaydı.

İngiltere patent sisteminin etkisinin yadsınamayacağı ABD patent sisteminin<sup>41</sup> felsefik kökenleri *John Locke*'un "emek teorisi"ne dayanmaktadır.<sup>42</sup> *Locke*'un emeğin meyvelerinden yararlanma önceliği ABD yasalarına da yansımıştır. ABD Anayasasının 1. maddesinin sekizinci bölümü, ABD'nin patentlere [FM] yaklaşımının temel felsefesini ortaya koymaktadır: "Yazarlara ve mucitlere, sınırlı bir süre için yazıları ve buluşları üzerinde münhasıran hak tanıyarak, bilim ve yararlı sanatların gelişmesini teşvik etmek." Bu teşvik görevinin yerine getirilmesinin sağlanması konusunda Kongreye de yetki verilmiştir.<sup>43</sup>

1776 yılında bağımsızlığına kazanan ABD, 1790 ve 1793 yıllarında yazarların ve mucitlerin Fransız Hukukundaki "doğal hakları"na vurgu yapan iki patent kanunu hazırlamış ve yürürlüğe sokmuştur.<sup>44</sup> Bu düzenlemeler sayesinde ABD'de, mucitler icatları üzerindeki haklarını yasal yollarla kazanmışlardır. ABD'nin ilk modern patent kanunu ise 1836'da kabul edilen üçüncü Patent Kanunu'dur.<sup>45</sup> ABD Kongresi fikri mülkiyet yasalarını ekonomik gelişmelere uyarlayabilmek için diğer ülkelerden alınan yasaları kendisine uyumlaştırma çalışması sırasında esnek davranıyordu<sup>46</sup>. Bu esnekliğe rağmen, 1836 tarihli Patent Kanunu, icat ve eserlerin, yenilik ve kullanılabilirliği açısından özgün olup olmadığının hükümetin patent ofisi tarafından incelenmesi gerektiğini belirtmekteydi.<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Zorina B. Khan and Kenneth L. Sokoloff, a.g.m., s. 235.

<sup>41</sup> Craig Allen Nard, *The Law of Patents*, Aspen Publishers, New York, 2008, s. 14.

<sup>42</sup> Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal*, 77 Geo. L.J. 287, 1988.

<sup>43</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 106. Ayrıca Bkz. Zorina B. Khan, Kenneth L. Sokoloff, a.g.m., s. 235.

<sup>44</sup> Craig Allen Nard, a.g.e., s. 16-19.

<sup>45</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 107.

<sup>46</sup> Zorina B. Khan and Kenneth L. Sokoloff, a.g.m., s. 236.

<sup>47</sup> Graham Dutfield and Uma Suthersanen, a.g.e., s. 107.

Bununla birlikte 1790 ve 1793 yılları arasında, eserler üzerinde dünyadaki ilk yasal inceleme sistemine sahip olan ABD, incelemeleri yapanların Başsavcı, Savaş Bakanı ve Dışişleri Bakanı olmasından dolayı inceleme süreci hantal bir yapı sergiliyordu. Bu tespiti vurgulayan özellikle yükün en büyük kısmını taşıyan *Thomas Jefferson*'du ve ona göre incelemeyi yapacak resmi kurumların, yapılan başvuruların incelemesini gerçekleştirecek kadar zamanları yoktu.<sup>48</sup> Aslında gerçek neden, tekellerin ABD'nin kurucu babaları için çok fazla gözde olmamasından kaynaklanmaktaydı.<sup>49</sup> *Jefferson* sınırlı tekeller de dâhil olmak üzere İnsan Hakları Beyannamesinin tekelleri yasakladığını özgün bir şekilde ileri sürmüştür.<sup>50</sup> ABD Yüksek Mahkemesi *Graham v. John Deere Co.* davasında *Jefferson*'un görüşlerini şu şekilde özetlemiştir: *Jefferson* fikri mülkiyet haklarında doğal haklar teorisini reddetmiş ve patent sisteminin sosyal ve ekonomik gerekçesini açıkça kabul etmiştir. [Jefferson'a göre] Patent Tekeli mucidi ve onların buluşlarının doğal haklarını korumak için tasarlanmamıştır. Patent Tekeli tam tersine gelişim için bir teşvik, ödül olmuştur.<sup>51</sup>

*Thomas Jefferson* genel itibariyle patent tekellerine karşı olmasına rağmen, İnsan Hakları Beynamesi hazırlandıktan sonra sınırlı süreli tekellerin, icatlar ve edebiyat eserleri alanında uygulanabileceğine yönelik şekilde anayasal düzenleme yapılabileceğini kabul etmiştir.<sup>52</sup>

1836 Patent Kanunu'nun gözden kaçan önemli bir noktası ise şudur: Kanun'da, ABD vatandaşı olan ve olmayan yatırımcılara verilen hakların kapsamı ve araştırma yapabilecekleri alanlarla ilgili bir ayırma gidilmemiş ise de, yabancı uyruklular özellikle de İngiliz vatandaşı olanlar, daha çok ücret ödemek zorundadırlar. Fakat başlangıçta Amerikan vatandaşı olmayan kişilere karşı uygulanan bu ve benzeri ayırmacılıklar 1861 yılında kaldırılmıştır.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Zorina B. Khan and Kenneth L. Sokoloff, a.g.m., s. 236, dip not:3.

<sup>49</sup> Samuel A. Oddi, a.g.m., s. 420.

<sup>50</sup> Thomas Jefferson'dan Seçme Parçalar, çev. Mete Tunçay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, İstanbul, 1961, s. 34.

<sup>51</sup> *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 7 (1965)'den naklen; Samuel A. Oddi, a.g.m., s. 420.

<sup>52</sup> Samuel A. Oddi, a.g.m., s. 420.

<sup>53</sup> *Graham Dutfield, Uma Suthersanen*, a.g.e., s. 107.,



Patent ve sanayileşme arasındaki ilişkiler açısından ise, ABD patent kanunları, teknoloji transferinin teşvikinden çok teknolojinin transferinin önlenmesine yönelik olarak oluşturulmuştur<sup>54</sup> ve ulusal yenilikleri teşvik edecek şekilde kurgulanmıştır.<sup>55</sup> ABD fikri mülkiyet politikalarının Avrupa kıtasına tezat oluşturmasının<sup>56</sup> nedeni ABD'nin toplumsal kültürünün baskın felsefesinin pragmatizm olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>57</sup>

## 2. Sanayi Devriminde Patent Rolü

### 2.1. Sanayi Devrimini Patent Sisteminin Varlığına Bağlayan Görüş

Uluslararası güçlü patent koruması sistemini savunan ana-akım iktisatçılar patent sisteminin kökeninin İngiltere'de gerçekleşen Sanayi Devrimi ve 1624 tarihli İngiliz Tekel Statüsü olduğunu iddia etmektedirler.<sup>58</sup> Örneğin sanayi devriminin ilk defa İngiltere'de başarıya ulaşmasını patent sisteminin varlığı ile açıklayan İngiliz patent vekilleri, patentin kendi icatları olduğunu ve bu icat sayesinde İngiltere olarak iki yüz yıl boyunca diğer uluslardan daha ileride olduklarını belirtmişlerdir.<sup>59</sup> Patent ve sanayileşme arasındaki ilişkiye yapılan bu vurgu aynı şekilde İngiliz ekonomi politikçiler tarafından da benimsenmiştir. Benzer şekilde, Alman ekonomi politikçiler tarafından da sahiplenilen bu düşünce şu şekilde ifade edilmiştir: "Sanayi alanında ileri gitmiş olan ülkeler, patent politikasında da üst sıralarda yer almaktadırlar... Aşıkardır ki, endüstriyel gelişmeyi teşvik etmede patent son derece etkili bir araçtır."<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Vandana Shiva, *Protect or Plunder*, s. 16.

<sup>55</sup> Susan Sell, "Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement", 38 *Loy. L.A. L. Rev.* 267, 2004, s. 282.

<sup>56</sup> Zorina B. Khan, *The Democratization of Invention Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920*, Cambridge University Press, New York, 2004, s. 1.18.

<sup>57</sup> Max Horkheimer, *Akıl Tutulması*, çev. Orhan Koçak, Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

<sup>58</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, "The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization", *Journal of the History of International Law*, sayı. 5, 2003, s. 404.

<sup>59</sup> Eric Schiff, *Industrialization Without National Patents: The Netherlands, 1869-1912, Switzerland, 1850-1907*, Princeton University Press, New Jersey, 1971, s. 9.

<sup>60</sup> Eric Schiff, a.g.e., s. 12.

Patentler ve sanayileşme arasında güçlü bir ilişkinin varlığına vurgu yapan bu söylem, TRIPS Anlaşması ile gündeme gelen FMH'nın küresel ölçekte (ve zamanda) kabul edilmesi amacıyla gelişmekte olan ülkeleri kendi yasal mevzuatlarını TRIPS Anlaşması'na uygun olarak düzenlemeleri doğrultusunda ikna edebilmek için tarihsel bir ampirik örneğin de var olduğunun gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece, sanayi devrimi ile icatların patentlenmesi arasında kurulacak bağ ile tarihsel olarak patentin sanayi devriminin ayrılmaz bir parçası olduğu kanıtlanmış olacak, güçlü patent korumalarının olmadığı bir ekonomik yapıda ise çarpık bir ekonomik gelişmenin yaşanacağı hatta ekonomik bir gelişmenin ortaya çıkmayabileceği noktasında gelişmekte olan ülkeler ikna edilecektir.

## 2.2. Sanayi Devrimini Patent Sisteminin Varlığına Bağlayan Görüşün Eleştirisi

Patentin [FMH] genel hatlarıyla tarihine baktığımızda da görüldüğü üzere, ana-akım iktisatçıların ilk bakışta göstermeye çalıştıklarının aksine, patent sistemi İngiliz sanayi devriminden yaklaşık iki yüz yıl önce Venedik'te ortaya çıkmıştır; daha da ilginç olan bir nokta, İngiltere'de gerçekleşen sanayi devrimine güçlü katkı yaptığı söylenen yenilikler ile patent arasındaki ilişki gerçekleri yansıtmamaktadır. Üstelik pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi teknolojiye yönelik politikalar ulusal teknolojilerin geliştirilmesinde uygulanmamış, aksine teknoloji politikaları teknolojinin transfer edilmesi amacıyla oluşturulmuştur. Yani, insanlık tarihinin bu unutulmaz dönemi ve mekânı için patent belirleyici bir itici güç olarak ortaya çıkmamıştır.<sup>61</sup> Öte yandan sanayi devrimi döneminde patentler hem ekonomik kalkınmaya engel oluşturmuş hem de sahiplerini pek ender olarak zenginleştirmiştir.<sup>62</sup> *MacLeod*'un vurguladığı üzere,<sup>63</sup> yaygınlaşmış yaratıcı faaliyetler kanıtlamaktadır ki, hiçbir patent sistemi olmasaydı da, İngiliz mucitler yaratıcılıklarına devam ederlerdi ve sanayi devrimi tam olarak nasıl olduysa yine olurdu. Sanayi Devrimi üzerine çalışmalar yapan T. S.

<sup>61</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, "The Juridical Origins of the International Patent System", s. 405.

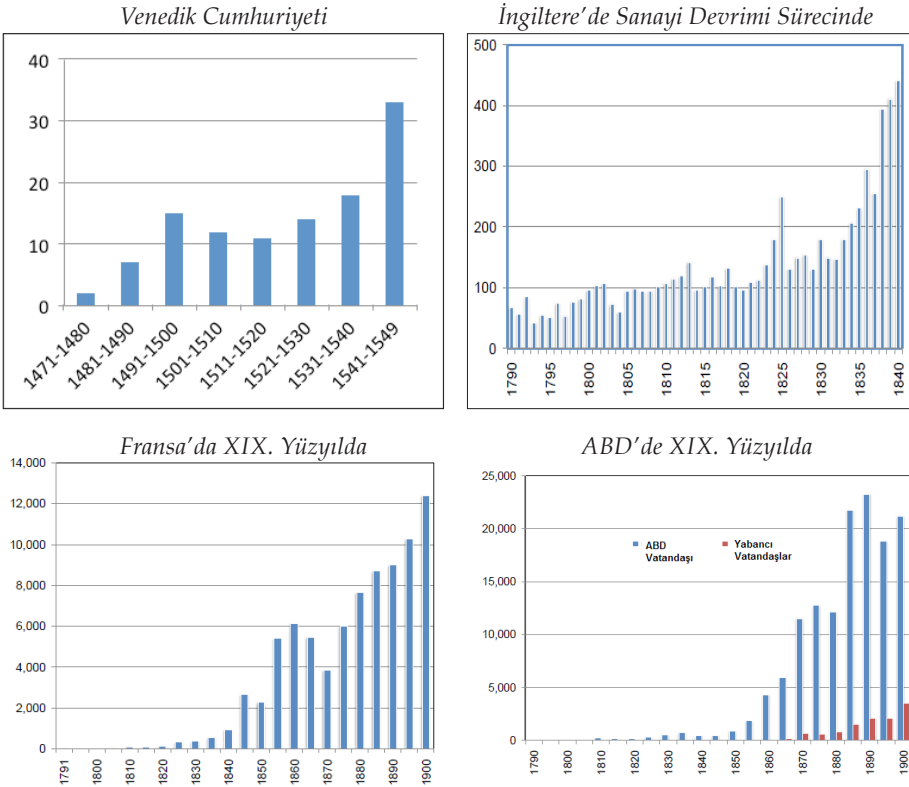
<sup>62</sup> Michele Boldrin ve David K. Levine, a.g.e., s. 65

<sup>63</sup> Christine MacLeod, "Patents for invention: setting the stage for", s. 51-52.

*Ashton'a göre*<sup>64</sup> de patentler etkili olsun ya da olmasın İngiliz bilimsel düşüncesinin akışı, sanayi devriminin ana-kollarından birisidir ve inovasyonu arttıran patent koruması değil güçlü bir eğitim geleneğinin varlığıdır.

Aşağıdaki grafiklerde Venedik, İngiltere, Fransa ve ABD'de verilen patent sayıları karşılaştırmalı olarak topluca gösterilmektedir.

**Tablo:** Ünelere Göre Verilen Patent Sayıları



**Kaynak:** Japan Patent Office, "Invention Protection and Economic Development", Erişim [http://www.training-po.go.jp/en/uploads/text\\_vtr/pdf/Invention%20Protection%20and%20Economic%20Development.pdf](http://www.training-po.go.jp/en/uploads/text_vtr/pdf/Invention%20Protection%20and%20Economic%20Development.pdf)

<sup>64</sup> T.S Aston, *The Industrial Revolution: 1760-1830*, Oxford: Oxford University Press, 1997, s. 12.

Grafiklerden de görüldüğü üzere Sanayi Devrimi gibi bir süreci yaşamayan Venedik'te, yeniliklere patent verilmesinin kökeni 1470'li yıllara kadar uzanmaktadır. Kanaatimizce bu, patent ve sanayileşme arasında doğrudan bir ilişki kurulamayacağına ilk kanıtını oluşturmaktadır. Diğer yandan İngiltere'de Sanayi Devrimi sürecinde verilen patent sayılarının gösterildiği grafiğe baktığımız da ise şu tespitlerde bulunabilmekteyiz: Her ne kadar inovasyonun/yeniliklerin ancak patent korumasıyla sanayi devrimini sürüklediği söylene de, bu süreçte verilen patent sayıları her yıl yaklaşık yüz adet kadardır ve yıldan yıla çok değişiklik göstermemiştir. Verilen patent sayılarında ancak sanayi devriminin hızının yavaşladığı 1835 yılından sonra belirgin bir artış yaşanmıştır.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, patent sisteminin post-ortaçağ dönemi İngiltere'sinde ortaya çıktığı popüler inancının aksine patent kavramı İtalya'da ortaya çıkmıştır.<sup>65</sup> Bunun temel nedeni kanımızca zamanın Rönesans düşüncesine kaynaklık eden İtalya coğrafyasının (mekânının) düşünce ve icatlar/yenilikler konusundaki arzudur.<sup>66</sup>

Sanayileşme üzerine yapılan çalışmalarda genellikle ilk elden değinilmeyen İsviçre ve Hollanda gibi Avrupa ülkelerini inceleyen *Schiff, Industrialization without National Patent*<sup>67</sup> isimli eserinde, İsviçre'nin bir grup sanayicisinin patent sistemi konusundaki dileklerini şu şekilde açıklıyordu: "Sanayi ve ticaret sektörünün genel çıkarı doğrultusunda, patent koruması, bir yudum acılarını hafifletebilirdi."<sup>68</sup> Bir nebze de olsa acılarını hafifletmeyi tercih etmek yerine patent karşıtı duruş sergileyen XVIII. yüzyıldaki Hollanda ve İsviçre deneyimi, *Schiff'e* göre, patent sisteminin olmadığı ülkelerde de yaratıcı etkinliğin çok güçlü olabileceğini<sup>69</sup> ve ulusal bir patent sistemi olmadan da bir ülkenin sanayileşmesinin sorunsuz ve güçlü şekilde devam edebileceğini<sup>70</sup> göstermektedir. Hollanda'da bir patent yasası, ilk defa 1817'de

<sup>65</sup> Ikechi Mgbeoji, *Global Biopiracy*, s. 16.

<sup>66</sup> Bu konuda yapılan bir tartışma için bkz. Craig Allen Nard and Andrew P. Morris, "Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia", *Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper 04-12*, August 2004, s. 236-239.

<sup>67</sup> Eric Schiff, a.g.e.

<sup>68</sup> Eric Schiff, a.g.e., s. 87.

<sup>69</sup> Eric Schiff, a.g.e., s. 5.

<sup>70</sup> Eric Schiff, a.g.e., s. 124.

hukuki mevzuata girmiştir; fakat zamanla, patentlerin, serbest dış ticaret ve serbest piyasa anlayışıyla çeliştiğinin düşünülmesinden ve daha önemlisi tekellere yol açmasından dolayı 1869'da patent yasası yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>71</sup> Hollanda'nın 1869'da patent sistemini iptal etmesinin ekonomik göstergeler üzerindeki etkisi ise, patent ve yenilikler arasında savunulan ana-akım düşüncenin aksine, temel sektör olan gıda işleme sektöründe Flamanların payının %11'den %37'ye yükselmesi olmuştur.<sup>72</sup> *MacLeod*, az sayıdaki ampirik veriye rağmen, sanayileşmiş veya sanayileşmekte olan pek çok ülke ulusal bir patent sistemine sahipken, Hollanda ve İsviçre'nin bir patent sistemine sahip olmamasının, bu ülkelerin sanayileşmesine zarar vermediğini ve bu ülkelerin de dünyanın gelişmiş ülkelerindeki teknolojik düzeyini yakaladıklarını belirtir.<sup>73</sup> Buna rağmen genel dünya konjonktüründeki gelişmeye koşut olarak Hollanda, 1912 yılında patent yasasını yeniden yürürlüğe koymuştur.<sup>74</sup>

Ayrıca Sanayi Devrimini, bu devrim bilginin (teknolojinin) tarihsel süreçteki birikiminin ürünü olmasına rağmen, *James Watt* gibi mucitlerin bireysel başarılarıyla açıklama çabaları *Michele Boldrin ve David K. Levine*'e göre<sup>75</sup> talihsiz bir durumdur; çünkü *James Watt*, XVII.

<sup>71</sup> Ha-Joon Chang ve Ilene Grabel, *Kalkınma Yeniden: Alternatif İktisat Politikaları El Kitabı*, çev. Emre Özçelik, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s. 131-132.

<sup>72</sup> Petra Moser, "How Do Patent Laws Influence Innovation", MIT and NBER, December 28, 2004, s. 5. Ayrıca, Machlup ve Penrose, bir patent sistemini benimsemek konusunda başarısız olan Avrupa'nın sanayi ülkesi İsviçre'de bir patent sistemi kurumu kurulması için verilen dilekçeler reddedilmişti. Hükümet, Zürih Teknoloji Enstitüsü öğretim üyeleri tarafından yapılan açıklamaya dayanarak, mühendislerin bir patent sisteminin benimsenmesi doğrultusundaki çağrılarını reddetmeye devam etmiştir. Aralık 1863 yılında Yasama Organı patent sistemine olan karşı duruşunu 'tanınmış yetkin politik iktisatçıların' patent koruma sisteminin "zararlı ve savunulamaz" (verderblich und verwerflich) açıklamalarına dayanarak tekrar etmiştir. Hollanda'da ise anti-patent hareketi serbest-ticaret hareketiyle bağlantılı olmuştur. Hollanda'da patent üzerine olan tartışma kölelik karşıtları için zaferle sonuçlanmıştır: Haziran 1869 yılında patent kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Fritz Machlup and Edith Penrose, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", s. 3-5.

<sup>73</sup> Christine MacLeod and Alessandro Nuvolari, "Patents and Industrialisation: An Historical Overview of the British Case, 1624-1907", Erişim <http://ssrn.com/abstract=2019844>, 25.10.2010, s. 24.

<sup>74</sup> Ha-Joon Chang ve Ilene Grabel, a.g.e., s. 131-132.

<sup>75</sup> Michele Boldrin, David K. Levine, a.g.e., s. 13-15.

yüzyılın ikinci yarısında buhar gücünü geliştirmeye çalışan pek çok mucitten sadece birisidir ve üstelik *Watt*'ı görünür kılan olağanüstü buluşu değil 'hukuk sistemini olağanüstü oranda istismar etmesi'dir. Ayrıca *Watt*'ın iş ortağının da parlamentoyla güçlü bağlantıları olan zengin bir adam olması da küçümsenecek bir avantaj değildir.<sup>76</sup>

Yine *Boldrin ve Levine'e göre*<sup>77</sup> *James Watt* örneğinde olduğu gibi, 1769 ve 1775'de verilen patentler, buhar makinesinin sanayide kullanımının yaygınlaşmasını engellemiştir. Çünkü verilen patentlerin süresi doluncaya kadar icatların yaratacağı inovasyon engellenmiş ve *Watt*'ın hukuki tekel hakkı nedeniyle çok az buhar makinesi yapılabilmektedir. Üstelik diğer mucitler tarafından yapılan yeni buhar makineleri çok daha iyi mühendislik özelliklerine sahip olmasına rağmen, bu mucitler, *Watt*'ın tekel hakkını elinde tuttuğu kondansatör fikrini kullanmak zorunda olduklarından büyük toplumsal ve ekonomik değerdeki pek çok iyileştirme bu nedenle uygulanamamıştır. *Watt*'ın hem rekabeti engellemek hem de özel imtiyazlar elde etmek için 1769 tarihli patent tekeli hakkının süresini uzatmak için verdiği mücadele '*rant peşinde koşma*'nın tabiri caizse en kötü örneklerinden biridir. "Sonuç olarak, *Watt*'ın patentinin süresi dolmadan önce buhar makinesinin yayılması yavaştı. *Boulton ve Watt*, fiyatları yüksek tutarak ve başkalarının daha ucuz ve daha iyi buhar makinesi imal etmelerini engelleyerek, sermaye birikimine mani oldular ve ekonomik büyümeyi yavaşlattılar."<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Michele Boldrin, David K. Levine, a.g.e., s. 13-15.

<sup>77</sup> Michele Boldrin, David K. Levine, a.g.e., s. 13-15.

<sup>78</sup> Michele Boldrin, David K. Levine, a.g.e., s. 15. Christopher May ve Susan K. Sell'e göre de, "İngiltere'nin, on sekizinci yüzyıl erken dönem fikri mülkiyet biçimi olmasaydı, buhar gücüne dayalı sanayileşme tarihi daha farklı olurdu. Buharla çalışan motorun mucidi ve yaratıcısı olan James Watt 1769 yılında buluşu dolayısıyla patent alarak ödüllendirildiğinde bu onun yaygınlaşmasını ve her yere dağılmasını özendirmiş olmadı. Altı yıl sonra İngiltere parlamentosu patentini bir yirmi beş yıl daha uzattığında Watt buluşunun lisanslandırılmasını reddetmeyi sürdürdü. Böyle yaparak 'metal işleme sanayinin gelişmesini bir kuşak için geriye çekmiş' olabilir. Tekel hakkı 1783 yılında sona erince, çok kısa bir süre sonra İngiltere yoğun bir demiryolu sistemine kavuşabilmiştir. Bu özel buluşa dayatılan kısıtlamalar yayılmasını durdurmuş ve diğerleri *Watt*'ın özgün sezgilerine kendi eklemelerini yapabilecek duruma gelene kadar geliştirilmesini önlemiştir." Bkz. Christopher May and Susan K. Sell, *Intellectual Property Rights: A Critical History*, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2006, s. 38.

Kapitalizmin neden Çin’de değil de Batı’da ortaya çıktığını tartışırken *Deleuze ve Guattari* (Turhan Ilgaz’ın çevirisiyle) şu şekilde bir ifadeye yer vermektedirler: “Coğrafya, tarihsel forma sadece bir madde ve değişken ortamlar sağlamakla yetinmez. Yalnızca fizik ve insan coğrafyası değildir o, ama tıpkı manzara gibi, zihinseldir de. Olağanlığın yok edilmezliğini yüceltmek için, zorunluluğa tapınmaktan kurtarır tarihi. Onu, bir ‘ortam’ın gücünü dile getirebilirsin diye kökenlere tapınmaktan koparır.”<sup>79</sup> Sonuç olarak diyebiliriz ki, patent ve sanayi devrimi arasında kurulan ‘tarihsel gereklilik argümanı’<sup>80</sup> İsviçre ve Hollanda örnekleri üzerinden etkisizleştirilmiş olmaktadır. Böylelikle, denilebilir ki, sanayi devriminin önemli nüvelerinden biri olarak lanse edilen patent, sanıldığının aksine bu devrimin iteleyici gücü olmaktan uzaktır.

### KAYNAKÇA

- Ngenda Akalemwa, “The Nature of the International Intellectual Property System: Universal Norms and Values or Western Chauvinism?”, *Information & Communications Technology Law*, sayı 14 (1), 2005
- Jessop Bob, “Intellectual Property Rights”,  
(Erişim) <http://www.dime-eu.org/files/active/0/Jessop1.pdf>, 21.4.2010.
- Raghavan Chakravarthi, *Recolonization: GATT, the Uruguay Round & the Third World*, Third World Network, Malaysia, 1991.
- MacLeod Christine, “The Paradoxes of Patenting: Invention and its Diffusion in 18th and 19th Century Britain, France, and North America”, *Technology and Culture*, cilt 32(4), 1991.
- MacLeod Christine, “Patents for invention: setting the stage for the British industrial revolution?”, *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, No 18, julio-diciembre, 2009.

<sup>79</sup> Gilles Deleuze ve Felix Guattari, *Felsefe Nedir?*, çev. Turhan Ilgaz, YKY, İstanbul, 1993, s. 89.

<sup>80</sup> Ikechi Chibuzo Mgbeoji, “The Juridical Origins of the International Patent System”, s. 420.



- MacLeod and Nuvolari Alessandro, "Patents and Industrialisation: An Historical Overview of the British Case, 1624-1907", (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=2019844>, 25.10.2010.
- May Christopher and Sell Susan K., *Intellectual Property Rights: A Critical History*, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2006.
- Nard Craig Allen and Morriss Andrew P., "Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia", Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper 04-12, August 2004.
- Nard Craig Allen, *The Law of Patents*, Aspen Publishers, New York, 2008.
- Schiff Eric, *Industrialization Without National Patents: The Netherlands, 1869-1912, Switzerland, 1850-1907*, Princeton University Press, New Jersey, 1971.
- Machlup Fritz and Penrose Edith, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", *The Journal of Economic History*, Vol. 10, No. 1, May 1950.
- Deleuze Gilles ve Guattari Felix, *Felsefe Nedir?*, çev. Turhan Ilgaz, YKY, İstanbul, 1993.
- Dutfield Graham and Suthersanen Uma, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, United Kingdom, 2008.
- Chang Ha-Joon ve Grabel Ilene, *Kalkınma Yeniden: Alternatif İktisat Politikaları El Kitabı*, çev. Emre Özçelik, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.
- Mgbeoji Ikechi Chibuzo, "The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization", *Journal of the History of International Law*, sayı. 5, 2003.
- Mgbeoji Ikechi Chibuzo, *Global Biopiracy: Patents, Plants And Indigenous Knowledge Law and Society*, Toronto, UBC Press, 2006.
- Japan Patent Office, "Invention Protection and Economic Development", (Erişim)[http://www.training-po.go.jp/en/uploads/text\\_vtr/pdf/Invention%20Protection%20and%20Economic%20Development.pdf](http://www.training-po.go.jp/en/uploads/text_vtr/pdf/Invention%20Protection%20and%20Economic%20Development.pdf).
- Hugles Justin, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal*, 77 Geo. L.J. 287, 1988.
- Hughes Justin, "A short history of 'intellectual property' in relation to copyright", *Cardoza Legal Studies Research Paper*, New York, No: 265, 2009.
- Aoki Keith, "Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, sayı 6, 1998.
- Boldrin Michele ve Levine David K., *Entelektüel Tekele Karşı*, çev. Başak Bingöl, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Horkheimer Max, *Akıl Tutulması*, çev. Orhan Koçak, Metis Yayınları, İstanbul, 1998.
- Thomas Jefferson'dan Seçme Parçalar, çev. Mete Tunçay, *Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları*, İstanbul, 1961.
- Drahos Peter, "Thinking strategically about intellectual property rights", *Telecommunications Policy*, Vol. 21, No. 3, 1997.

- Moser Petra, "How Do Patent Laws Influence Innovation", MIT and NBER, December 28, 2004.
- Aston T.S. The Industrial Revolution: 1760-1830. Oxford: Oxford University Press. 1997.
- Bettig Ronald V., Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property, Westview Press, USA, 1996.
- Oddi Samuel A., "TRIPS-Natural Rights and a 'Polite Form of Economic Imperialism,'" Vanderbilt Journal of Transnational Law 29, 1996.
- Sell Susan, "Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement", 38 Loy. L.A. L. Rev. 267, 2004.
- Shiva Vandana, Protect or Plunder: Understanding Intellectual Property Rights, Zed Books, London and Newyork, 2002.
- Shiva Vandana, "The Threat To The Third World Farmers", (Erişim) [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m2465/is\\_6\\_30/ai\\_65653651/](http://findarticles.com/p/articles/mi_m2465/is_6_30/ai_65653651/), 21 Nisan 2011.
- Khan Zorina B., The Democratization of Invention Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920, Cambridge University Press, New York, 2004.
- Khan Zorina B. and Sokoloff Kenneth L., "History Lessons:The Early Development of Intellectual Property Institutions in the United States", The Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, No. 3, 2010.

# TÜRK HUKUKUNDA TEBLİGATA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

## NOTIFICATION RELATED CURRENT PROBLEMS IN TURKISH LAW AND PROPOSED SOLUTIONS

Nesibe KURT KONCA\*

**Özet:** 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu, pek çok değişiklik geçirmesine rağmen uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümünü sağlayamamaktadır. Tebligatın zamanında ve usulüne uygun bir şekilde yapılmaması, adil yargılanma hakkının ve usul ekonomisi ilkesinin ihlaline yol açmaktadır. Dolayısıyla, tebligat sorunlarının çözümlenmesi, yargının etkinliğinin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada, tebligat alanında yaşanan güncel sorunlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Tebligat sorunlarının kaynakları, mevzuat, tebligat sürecine katılan ilgililer, elektronik tebligat ve tebligat giderleri bakımından kategorize edilmiştir. Bu sorunların giderilmesi için, somut çözüm önerileri sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Tebligat, adli tebligat, elektronik tebligat, tebligat giderleri, adil yargılanma hakkı, usul ekonomisi.

**Abstract:** Despite many amendments, Notification Law (numbered 7201 and dated 11.02.1959) cannot provide solutions to the problems that arise in practice. Notifications not made in a timely and proper manner lead to the infringement of both the right to a fair trial and the principle of procedural economy. Hence, the resolving of the notification problems is of paramount importance in terms of ensuring the effectiveness of the judiciary. This study attempts to determine the current problems experienced in the notification area. The sources of the notification related problems have been categorized in terms of the legislation, the relevant persons involved in the notification processes, electronic notification and notification costs. Realistic and applicable solutions have been proposed to overcome these problems.

**Keywords:** Notification, judicial notification, electronic notification, notification costs, the right to a fair trial, the principle of procedural economy.

\* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [nkurt@cankaya.edu.tr](mailto:nkurt@cankaya.edu.tr).

## I. GİRİŞ

Tebligat, hukuksal bir işlemin ilgili kimsenin bilgisine sunulması için yetkili makamın, kanunun öngördüğü esas ve usullere uygun bir biçimde (elektronik ortam da dahil) yazı veya ilan yoluyla yaptığı belgeleme işlemidir<sup>1</sup>. Tebligatın iki boyutu vardır. İlk olarak tebligat ile ilgili kimse bir hukukî işlem hakkında bilgilendirilir. Ancak, bilgilendirme işleminin tebligat olarak nitelendirilmesi için, belgelendirilmesi gerekmektedir. Belgelendirme, diğer bir ifade ile tesvik tebligatın ikinci boyutunu teşkil eder<sup>2</sup>.

Tebligat, adil yargılanma hakkının (AY. m. 36) gerçekleştirilmesi bakımından büyük önem taşır<sup>3</sup>. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, hak sahiplerinin hukukî bir prosedürde (dava, icra takibi veya çekişmesiz yargı işi vb.), tarafların prosedür hakkında bilgi sahibi olmalarını gerektirir. Bu gereklilik tebligatla sağlanır. Bu bağlamda tebligat, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleş-

<sup>1</sup> Ejder Yılmaz / Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, Ankara 2013, 39.

<sup>2</sup> Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 166; Bilge, Necip/ Önen Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 319; Postacioğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.478; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 427; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 177; Deliduman, Seyithan: Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Kısmen Genişletilmiş Tebligat Hukuku Bilgisi, Ankara 2012, s. 15; Hanağası, Emel/ Özekes, Muhammet, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku (Ed. Doğan Gökbel), Eskişehir 2012, s. 87; Akil, Cenk " 11. 1. 2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler", TBBD, 2012/ 101, s. 249; Özbay, İbrahim: "6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler", EÜHFĐ, C. XVI, S. 1-2 2012, s. 115; Ruhi, Ahmet Cemal: Tebligat Hukuku, Ankara 2013, s. 15; Muşul, Timuçin, Tebligat Hukuku, Ankara 2013, s. 41; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 168; Kuru, Baki/ Yılmaz, Ejder/ Arslan Ramazan: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s.725.

<sup>3</sup> "Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Hukukî dinlenilme hakkı gözetilerek, mahkeme, tarafları dinlemeden, onların iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. Taraf teşkilinin sağlanması adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Davalının yurt dışında ikamet ettiğini, yazın ise geçici olarak tebligattaki adreste bulunduğunu, gerekçeli kararı bu sebeple tebliğ aldığını savunması karşısında davalıya dava dilekçesinin usulüne uygun olarak tebliğ edilmeden sonuca gidilmiş olması doğru değildir. Bunun sonucu olarak, davalının eldeki davada savunma hakkını kullanmadığı ortadadır. Usulüne uygun olarak dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkili sağlandıktan sonra yanların gösterecekleri kanıtların toplanması ve sonuca göre karar verilmesi gerekir." 1. HD. E. 2013/1348, K. 2013/2439, T. 21.2.2013, (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 19.02.2014)

tirilmesini temin eder<sup>4</sup>. Hak arama süreci tebligat ile başlar ve tebligat ile sona erer. Ayrıca, tebligatın kısa sürede yapılması, yargılamanın makul sürede<sup>5</sup> tamamlanmasını sağlar<sup>6</sup>. Ülkemizde, yargılama sürelerinin uzun olmasının temel sebeplerinden biri tebligat işlemlerinin kısa süre tamamlanamamasıdır<sup>7</sup>. Tebligat giderleri de yargılamada önemli gider kalemlerindedir. Tebligat, usul ekonomisi ilkesi (AY. m. 141,son) ile de yakın ilişki içerisindedir.

Tebligatın ulaştırılması ve yapılabilmesi, devletin egemenlik gücünün bir tezahürüdür<sup>8</sup>. Bir devletin, topraklarında yaşayan insanlara tebligat yapamaması, devlet egemenliğine ilişkin şüphelerin oluşmasına yol açar. Ülkemizde tebligatın yapılamadığı bir coğrafi alan bulunmamaktadır. Ancak, muhatabın adresinin doğru bir şekilde belirlenmesine ilişkin güçlükler yaşanmaktadır. Bu bağlamda, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>9</sup> (NHK.) ile benimsenen Merkezî Nüfus İdaresi Sistemi (MERNİS) ile bu kapsamda oluşturulan Adres Kayıt Sistemi'nde (AKS) bulunan yerleşim yeri adreslerinin güncel ve doğru olması gerekmektedir. Muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinin gerçeğe uygun olmaması, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşmesine engel olmaktadır. Muhatabın adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresinin bulunmaması ve adresinin meçhul olması, ilanen tebligat yapılmasına yol açmaktadır. İlanen tebligat ise, yargılama giderlerini artırmakta ve zaman kaybına yol açmaktadır. Merkezî Nüfus İdaresi Sistemi'nin amaçlandığı gibi çalışabilmesi için, vatandaşların kimlik ve adres bilgilerini güncel ve gerçeğe uygun bir suretle bildirmelerinin sağlanması gerekmektedir.

<sup>4</sup> Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 98; Hanağası/Özkes, s. 88; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.167.

<sup>5</sup> Makul sürede yargılama hakkının ihlali bakımından tebligat işlemlerinin önemine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin 2012/673 sayılı ve 19.12.2013 tarihli kararı manidardır, bkz. [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=10000728&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000728&content=) (07.03.2014).

<sup>6</sup> Muşul, s. 9.

<sup>7</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 732; Ruhi, s. 18; Muşul, s. 15; Yılmaz/Çağlar, s. 7; Tanrıver, Süha: "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFD, Y. 2000, C. 49, s. 75; Kvasoğlu, Abdurrahman: "Uygulamada Tebligat Sorunları Nedeniyle Davaların Sürüncemede Kalması Sorununa Çözüm Önerileri ve Mahalle Muhtarlıkları", Toplumsal Güvenlik ve Yerel Siyaset Dergisi, 2008 Nisan, S. 28, s. 92.

<sup>8</sup> Hanağası/Özkes, s. 88.

<sup>9</sup> RG. T. 29.04.2006 S. 26153.

Uygulamada tebligat işlemlerine ilişkin pek çok sorun yaşanmaktadır. Bu sorunların temelinde toplumda tebligat algısının bulunmaması yatmaktadır. Bireyler, tebliğ evrakını kabul etmenin kendi aleyhlerine hüküm doğuracağına ilişkin bir genel kanıya sahiptir<sup>10</sup>. Her bir spesifik tebligat sorunu tespit edilerek mevzuat değişikliği veya eğitim faaliyetleri ile bu sorunlar çözülsede dahi, bireylerdeki tebligat algısının değiştirilmemesi, tebligata ilişkin başka sorunlara yol açacaktır. Bu bağlamda, tebligat sorunlarını çözümede temel felsefe toplumdaki tebligat algısını değiştirmek olmalıdır. Tebligatın muhatabın hukukî dinlenilme hakkını, bu bağlamda adil yargılanma hakkını gerçekleştirmek için temel araç olduğu bilinci yaratılmalıdır. Tebligatın yapılması zorunluluğu topluma anlatılmalıdır. Tebligatta kamu otoritesinin gücü uygulamaya geçmelidir.

Tebligata ilişkin sorunların kaynağı çok çeşitlidir. Bir kısım sorunlar mevzuattan kaynaklanmaktadır. Ancak, temel sorun insan faktöründe ortaya çıkmaktadır. Tebligat sürecine katılanlar kişilerden kaynaklanan değişik sorunlar aşağıda tespit edilmeye ve çözüm önerisi sunulmaya çalışılacaktır. Ayrıca, çalışmadaki tespitler ülke içinde yapılan tebligatlarla sınırlı olacaktır. Yabancı ülkelere tebligat yapılmasına ilişkin sorunlar kendine özgü kapsam ve içeriğe sahip olduğu için bu çalışmada ele alınmayacaktır.

## II. MEVZUATA İLİŞKİN SORUNLAR

### A. GENEL OLARAK

Tebligata ilişkin temel düzenleme, 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'dur. Bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, 25.01.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Ayrıca, 19.01.2013 tarihli Resmi Gazete yayımlanan Elektronik Tebligat Yönetmeliği ile elektronik ortamda yapılacak tebligatlara ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü,

<sup>10</sup> Ruhi, s. 597.

<sup>11</sup> Tüzükle düzenleme yapılmasının vatandaşlara daha fazla hukukî güvence sağlama adına ilişkin olarak bkz. Akil, s. 263. Ayrıca, Adliyeler sebebiyle Adalet Bakanlığı, tebligat yetkisi sebebiyle Maliye Bakanlığı, PTT sebebiyle Ulaştırma Bakanlığı, Mernis, muhtarlık, belediyeler sebebiyle İçişleri Bakanlığı, büyükelçilik ve konsolosluk-

tebligat işlemlerinin usul ve esaslarını "Tebligat İşletme Esasları"<sup>12</sup> ile düzenlemiştir.

Tebligat Kanunu, 1959 yılında kabul edilmesinden bu yana pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler, tebligat sorunlarına tam anlamıyla çare olamamıştır. Yapılan değişiklikler beraberlerinde yeni sorunlar yaratmıştır. Diğer taraftan Kanun'un kabul edildiği zaman kullanılan dil eskimiştir. Günümüzde kullanılan hukuk diline uygun bir dilin kullanılması gerekir. Yapılan değişiklikler Kanun'un bütünlüğünü bozmuştur. Maddeler arasında uyum sorunu vardır. Örneğin, 20 ve 21'inci maddelerin ilk fıkrası birlikte uygulanabilirken, 21'inci maddenin ikinci fıkrası birlikte uygulanmamaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nda tebligata ilişkin çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Vergi tahsilatlarına ilişkin tebligatlar Vergi Usul Kanunu'na; vergi uyuşmazlıklarını konu alan yargılamalara ilişkin tebligatlar ise Tebligat Kanunu'na göre yapılmaktadır. Vergi Usul Kanununun tebliğe ilişkin hükümleri ile Tebligat Kanunu arasında uyum sağlanması için kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nda da tebligat yapılmasına ilişkin yüzden fazla düzenleme vardır. Bu düzenlemeler uyarınca, icra dairelerince yapılacak tebliğler, kural olarak Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır (İİK m. 21). Ancak, çeşitli hükümlerde, ayrıksı düzenlemeler öngörülmüştür. Özellikle, İcra ve İflas Kanunu'nun 148/a ve 150/1 hükümlerinde adres değişikliğinin bildirilmemesi Tebligat Kanunu madde 35'ten farklı düzenlenmiştir<sup>13</sup>. Tebligat sisteminin bütünlüğü açısından yeknesak düzenlemeye gidilmelidir.

Ülkemizde mahalle, cadde ve sokak isimlerinin sıklıkla değiştirilmesi, bu bağlamda farklı sebeplerle bina numaralarının değişmesi adres tespitini güçleştirmektedir<sup>14</sup>. Bir binanın kapısı üzerinde birden

---

lar sebebiyle Dışişleri Bakanlığı, jandarmanın kolluk görevi sebebiyle Millî Savunma Bakanlığı gibi farklı idari birimleri ilgilendiren tebligat işlemlerinin sadece Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılan Yönetmelik'le düzenlenmesi ayrıca eleştirilmiştir. Bkz. Akdağ, Sami: "Klasik Tebligat Sorunlarının Elektronik Tebligat Sürecine Etkileri", İBD. C. 87, S. 1, s. 271, 272; Şahin, Cenk-Tebligat Tartışmalar, s. 143.

<sup>12</sup> [http://www.ptt.gov.tr/?wapp=legislation\\_tr&open=2](http://www.ptt.gov.tr/?wapp=legislation_tr&open=2) (05.02.2014).

<sup>13</sup> Okay Durman, "Güncel Tebligat Sorunları Hakkında Öneriler", MİHDER. C. 8 S. 22, 2012/2, s. 69.

<sup>14</sup> Örneğin Ankara'da Öveçler 4. Cadde'nin adı önce 1042. Cadde olarak değiştirilmiştir. Daha sonra Kabil Caddesi adı verilmiştir. Ancak, halk arasında hala eski adıyla 4. Cadde olarak anılmaktadır.



fazla numaranın bulunması gibi sonuçlar ortaya çıkmaktadır<sup>15</sup>. Bu tür değişikliklerin sık sık olması, sistemi işlemez hale getirmektedir. Mahalle, cadde ve sokak isimlerinin değiştirilmesi sınırlandırılmalıdır. Değişiklik yapılması durumunda da, posta dağıtım sistemi, eski isimlere uygun olarak yapılan tebligatı ulaştıracak şekilde tasarlanmalıdır. Eski isimlerin yeni karşılığı dağıtım sisteminde bulunmalıdır. Bu bağlamda adres standardının<sup>16</sup> bir an evvel ülke genelinde uygulanması gerekmektedir<sup>17</sup>.

## B. TEBLİGAT ARAÇLARINA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Faks yoluyla tebligat yapılması tartışmalıdır<sup>18</sup>. Tebligat Kanunu madde 7 uyarınca, “tebligat uçakla veya postada kullanılan diğer seri veya *hususî vasıtalarla* veya muhtelif işaretli telgraflarla da yaptırılabilir”. “Hususî vasıtalar” kapsamına faksın dahil olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

**Akcan**, faks ile tebligat yapılabileceği, Tebligat Kanunu madde 7'nin buna imkân verdiği görüşündedir<sup>19</sup>. **Yılmaz/Çağlar**, tebligatı çı-

<sup>15</sup> Muşul, s. 14.

<sup>16</sup> Türk Standartları Enstitüsü tarafından 20 Temmuz 2006 tarihinde 14142 sayılı doküman ile adres standardı belirlenmiştir. Bu doğrultuda 31.07.2006 tarih ve 26245 sayılı Resmî Gazete’de Adres ve Numaralamaya İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır. Numaralama işlerinin bu Yönetmelik hükümlerine göre, belediye sınırları ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler, büyükşehir belediye sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, bu alanlar dışında il özel idareleri tarafından yapılıp yapılmadığı, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü koordinasyonunda valilik ve kaymakamlıklar aracılığıyla takip edilir,

<sup>17</sup> “Adres standardı, Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü’nün takip ve sorumluluğunda; Genel Müdürlük, Türkiye İstatistik Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü ve ilgili diğer kuruluşlarca ortaklaşa belirlenir. Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü tespit edilen standardın il özel idaresi ve belediyelere bildirilmesinden sorumludur. Kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler adres ile ilgili iş ve işlemlerinde adres standardına uymak zorundadır.” (NHK. m. 48 (2)). İl özel idaresi ve belediyeler sorumluluk alanlarındaki adres bileşenlerini adres standardına uygun olarak tanımlayıp bunlara değiştirilemeyecek sabit tanıtım numarası vererek mahallindeki bütün adresleri kapsayacak şekilde adres bilgilerini oluşturmakla yükümlüdür. Herhangi bir sebeple sabit tanıtım numarası dışında adres bileşenlerinde yapılan değişiklikler de il özel idaresi ve belediyelerce takip edilerek ulusal adres veri tabanına işlenir. (NHK. m. 49 (1)).

<sup>18</sup> Recep Akcan, “Çağımızdaki ve Gelecekteki Vasıtalarla Tebligat Yapılması (Tebligat Kanunu Madde 7 Üzerine İnceleme)”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, C.1 (s. 41-61), s. 49.

<sup>19</sup> Recep Akcan, “Faks ile Tebligat Yapılması Sorunu”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 1-10), s. 4.

karan merciin tebligatı doğrudan doğruya faksla muhataba göndermesi halinde, tebliğ evrakının muhataba ulaşip ulaşmadığını hukukî anlamda tespit etmenin imkânsızlığı karşısında, faksla tebligat yapılmasının mümkün olmadığı görüşünü savunmuşlardır<sup>20</sup>. **Muşul**, fakslanmış tebliğ tutanağı altındaki imzanın muhatap tarafından inkâr edilmesi halinde imza incelemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasının mümkün olamayabileceği görüşündedir<sup>21</sup>. **Akkan'a** göre ise, tebliğ evrakının, muhatabın adresinin bulunduğu posta merkezine ulaşması için faks kullanılması ve faks metninin (tebliğ evrakının) ilgili posta merkezinde tebliğ mazbatalı zarfa konularak posta memuru aracılığıyla tebligat yapılması mümkündür<sup>22</sup>.

Yargıtay içtihadı ise, Tebligat Kanunu'nda faksla tebligat yapılmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu sebeple, faksla aracıyla tebligat yapılmasının usulsüz olduğu yönündedir<sup>23</sup>.

Bize göre, Tebligat Kanunu madde 7 hükmü, çeşitli vasıtalarla tebligata imkân vermekle birlikte, faksla yapılan bildirim belgelenmesi işlemine ilişkin şüphelerin varlığı, faksla tebligatı mümkün kılmamaktadır. Tebligat hukukuna ilişkin kurallar, hukukî dinlenme hakkını, adil yargılama hakkını ilgilendirdiği için kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple, tebligat hukuku alanında düzenlemelerin dar yorumlanması ve kıyas yoluyla genişletilmemesi gerekmektedir.

### C. TEBLİGAT KANUNU MADDE 20, 21 VE 35'E İLİŞKİN SORUNLAR

Tebligat, muhatabın bilinen en son adresine yapılır (Teb. K. m. 10, I). Bilinen en son adres kavramı, yerleşim yerinden farklıdır; daha ge-

<sup>20</sup> Yılmaz/Çağlar, s. 115.

<sup>21</sup> Muşul, s. 14.

<sup>22</sup> Mine Akkan, "Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 37; Ruhi, s. 100.

<sup>23</sup> "Dava, prim alacağı nedeniyle düzenlenen ödeme emrinin iptali ve takibin durdurulması talebine ilişkindir. Kazai merciler, katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmi şahsiyetleri, barolar, noterler tarafından yapılacak tebligatların PTT veya memur marifetiyle yapılması gerekir. Tebligat Kanununda faks çekmek suretiyle tebligat yapılacağı hakkında bir hüküm yoktur. Bu nedenle faks çekmek suretiyle yapılan tebligat usule uygun değildir. Açıklanan hususlar göz önünde bulundurulmadan davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." HGK., E. 2001/21-359, K. 2001/361, T. 11.4.2001(Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 20.02.2014).

niş bir içeriğe sahiptir<sup>24</sup>. Yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK. m. 19,I). Bilinen son adresin süreklilik arz etmesi, kişinin orada oturması gerekmez. İlgilinin iş yeri adresi, bilinen son adres niteliği taşıyabilir. Bilinen en son adresin tespitinde, tebliğ isteyeninin beyanı, muhatabın veya diğer ilgililerin bildirimleri ya da mevcut belgeler esas alınır<sup>25</sup>.

Bilinen son adresin tespitinde yaşanan güçlükler, tebligatın yapılmasını engellemekte, gecikmelere yol açmaktadır<sup>26</sup>. Doktrinde, tebligatın sokak, sinema, lokanta vs. gibi her yerde yapılabilmesine ilişkin değişiklik yapılması önerilmiştir<sup>27</sup>. Tebligatın yapılabileceği yere ilişkin sınırlamanın kaldırılması, tebligat yapılmasını kolaylaştıracaktır. Muhatabın bulunduğu her hangi bir yerde tebligat yapılması, özellikle düzenli bir adresi bulunmayan, sürekli olarak adres değiştiren kişiler bakımından ihtiyaç duyulan bir düzenlemedir.

Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır (Teb. K. m. 10, II). Adres kayıt sisteminde adres girişleri tamamlanmadan bu hükmün kabul edilmesi eleştirilmektedir<sup>28</sup>. Adres kayıt sisteminde çeşitli sebeplerle adresi bulunmayan ya da adres bilgisi yanlış veya eksik kayıt edilmiş vatandaşlar bakımından bu hüküm hak kayıplarına yol açmaktadır. Hak kayıplarının engellenmesi bakımından vatandaşların adres kayıt sistemindeki bilgilerini güncellemeleri konusunda uyarılması gerekmektedir.

Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva

<sup>24</sup> Berkin., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 345; Üstündağ, s. 430.

<sup>25</sup> Borçluya ait adresin, alacaklının takdiri ile belirleniyor olması tebligatın muhatap borçluya ulaşamaması riskini doğurmaktadır. Bkz. Şeker, Hilmi: "Uyum'un Takip Versiyonu, Yenilik mi Yinelemek mi?", ABD. 2012/3, s. 380.

<sup>26</sup> Muşul, s. 13.

<sup>27</sup> Muşul, s. 17; Kavasoglu, s. 92; Durman, s. 76.

<sup>28</sup> Akil, s. 255; Özbay, s. 138.

eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına<sup>29</sup> yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır (Teb. K. m. 21, II). Bu hükümde, durumun en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilmesi zorunluluğunun aranmaması, muhatap bakımından hak kayıplarına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>30</sup>. Komşuluk ilişkilerinin zayıfladığı günümüzde, muhatabın komşularından birine, bildirim yapılması istenilen sonucu doğurmamaktadır. Yönetici ve kapıcı, her binada bulunmamakta veya bulunsa bile kendisine ulaşılamamaktadır. Bize göre, kapıya yapıştırma işlemi yeterlidir. Ancak, kapıya yapıştırma işlemi, o adreste muhatapla ilgisi bulunmayan bir kişinin oturması durumunda, o kişinin rahatsız olmasına yol açmaktadır<sup>31</sup>. Bu rahatsızlık neticesinde, bu kişiler tebligat memuruna karşı kötü muamelede bulunabilmektedir. Kapıya yapıştırma sisteminin, muhatabın tebligata ulaşması bakımından sağlıklı bir sistem olmadığı aşikârdır. Özellikle o adreste başkasının oturduğu hallerde kapıya yapıştırma yerine tebliğ evrakının mercie iadesini öngören kanun değişikliği yapılmalıdır.

Uygulamada, tebligatın çıkartılmasını talep eden taraf, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığından bahisle, tebligatı çıkartacak merciden doğrudan Tebligat Kanunu madde 21, II'ye göre tebligat yapılmasını talep etmektedir. Tebligatı çıkartılmasını talep eden taraf, bilinen en son adresin tebligata elverişli olup olmadığını takdir edemez<sup>32</sup>. Bunu takdir edecek makam Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Bilinen son adresin tebligata elverişli olup olmadığına esas olarak tebligatı çıkaran mercii (mahkeme, icra dairesi) karar verecektir. Ayrıca, bilinen en son adrese tebligat yapılamaması hâlinde Tebligat Kanunu madde 21, II'ye göre tebligat yapılır (Teb. Yön. m. 16 (2)). Kısaca, Tebligat Kanunu madde 21, II'nin tebliğ imkânsızlığı durumunda uygulanması gerekir. Dolayısıyla ilk tebligatın Tebligat Kanunu madde 21, II'ye göre yapıla-

<sup>29</sup> Kapı ile kast edilenin apartmanlarda ana giriş kapısı veya daire kapısı olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Bir başka sorun ise, güvenlik sebebiyle, posta memurları bazı sitelere ve rezidans gibi bina girememektedir. Bu hallerde kapıya yapıştırma işleminin nasıl yapılacağına ilişkin belirsizlik vardır, bkz. Daylık, Kadir/Akdağ, Sami/ Nejla İnekçioğlu -Tebliğat Sorunları, s. 36; Ruhi, s. 594.

<sup>30</sup> Akil, s. 257; Özbay, s. 143.

<sup>31</sup> Ruhi, s. 594.

<sup>32</sup> Teoman Salgırtay, "Tebliğat Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Bir Yargıtay Kararı Işığında (Yargıtay 12. H.D. 2012 / 32459 E. - 2013 / 3328 K. S. -11.02.2013 T.) Tebligat Kanunu Uygulamaları" ABD. 2013/4, s. 300.

bilmesi ancak, bilinen son adresin tebligatı çıkartacak mercii tarafından tebligata elverişli adres olarak kabul edilmemesi halinde mümkündür. Ancak, **Salgırtay**, Tebligat Kanunu madde 21, II'ye göre, tebligat yapılabilmesi, bilinen son adrese çıkarılan tebligatın iade edilmesi şartına bağlı olduğu için, önce adres kayıt sistemindeki adrese normal tebligat çıkarılması gerektiği görüşündedir. Normal tebligatın iade edilmesi durumunda, Tebligat Kanunu madde 21, II'ye göre, tebligat yapılabilir<sup>33</sup>.

Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>34</sup>. Yargıtay, buna gerekçe olarak geçerli bir mazereti nedeniyle yeni adresini zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildiremeyen veya önemli bir mazereti nedeniyle bir kaç aylığına adresinden ayrılmak zorunda kalan vatandaşların savunma

<sup>33</sup> Salgırtay, s. 302.

<sup>34</sup> "Tebligat Kanunu'nun 10.maddesine eklenen ikinci fıkra ile gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir. Muhatabın adresi takip alacaklısı (veya davacı tarafından bildirilecek ve normal tebligat çıkarılacaktır. İlk defa bildirilen adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi veya başka bir adresi olması arasında fark bulunmamaktadır. Her iki adres de Tebligat Kanunu'nun 10/1.maddesi kapsamında bilinen adrestir. Bildirilen adrese çıkarılan tebligatın bila tebliğ iade edilmesinde halinde, tebligat, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre çıkarılacaktır. Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2. maddeleri farklı şekilde yorumlanarak, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine başka adresi bilinmiyor diyerek doğrudan 21/2. maddesine göre tebligat çıkartılması doğru olmaz. Bu davranış Anayasanın 36. maddesine aykırı olur ve muhatabın savunma hakkının kısıtlanmasını anlamına gelir. Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi aynı zamanda özünde cezalandırmayı da amaçlayan bir düzenleme içermektedir. Yasa koyucu 5490 Sayılı Kanuna göre doğru adresini zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildirmeyen vatandaşı cezalandırmak amacını gütmüştür. Tebligat Yasasının dar yorumlanması, geçerli bir mazereti nedeniyle yeni adresini zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildiremeyen veya **önemli bir mazereti nedeniyle** (yatarak hastanede tedavi gören hasta gibi) bir kaç aylığına adresinden ayrılmak zorunda kalan vatandaşın cezalandırılmasına neden olur. Yasanın yorumunda yardımcı kaynak olan madde gerekçeleri bu konuda bize ışık tutmaktadır. Tebligat Kanunu'nda değişiklik getiren madde gerekçelerinden açıkça anlaşılacağı üzere iki veya üç tebligatla sorun çözülmek istenmiştir. Hem yasa metninde, hem yasanın uygulanmasını gösteren yönetmelikte ve hem de madde gerekçesinde muhatabın sadece adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bilinen adres olarak bildirilmesi halinde doğrudan 21/2'ye göre tebligat yapılacağı açıklamasına yer verilmemiş, bilakis bildirilen adrese tebligat yapılamaması halinde 21/2'ye göre tebligat yapılacağı önemle vurgulanmıştır. Ayrıca Tebligat Yönetmeliğinin 79.maddesinde T.K.'nun 21/2.maddesine göre çıkarılacak tebligatların açık mavi renkli zarflarla yapılacağı belirtilmesi bu usulün hemen başvurulacak bir yol olmadığı, istisna olarak ve belirli şartların oluşması halinde başvurulacak bir tebligat şekli olduğunu da göstermektedir. İlk defa bildirilen adres kayıt sistemindeki adres, tebligat yapılamayacağı açıkça anlaşılabilir bir adres olmadığı için, öncelikle normal bir tebligat çıkartılarak Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesinde ve Tebligat Yönetmeliğinin 30.maddesinde muhatab lehine olan araştırmaların yapılarak tebligatın kendisine ulaşması ve bilgilendirme işleminin yerine getirilmesi gerekir." 12. HD., E. 2013/21372, K. 2013/29142, T. 19.9.2013 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 07.03.2014).

haklarının korunması amacıyla, adres kayıt sistemindeki adrese önce normal yolla tebligat yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Geçici olarak tebligat adresinden ayrılma hallerinde Tebligat Kanunu madde 21, II uygulamasında tebligatın kapıya yapıştırmadan onbeş gün sonra yapılmış sayılmasına ilişkin bir hükümlerle savunma hakkı korunmuş olur. Yeni adresini çeşitli nedenlerle zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildiremeyenler bakımından, eski adresine tebligat yapıp yapılmadığı hususunda araştırma yükümlülüğü getirilmelidir. Aksi halde, adres kayıt sisteminin sağlıklı ve güncel bir şekilde işlemesi sağlanamaz.

Bilinen son adres ile adres kayıt sistemindeki adresin aynı olması ihtimali, Kanun'da düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda, aynı adrese iki kez tebligat çıkartılması ve ikinci tebligatın, Tebligat Kanunu madde 21, II'e göre yapılması gerekmektedir<sup>35</sup>. Bilinen son adres ile adres kayıt sistemindeki adres aynı olması halinde, madde 21, II'nin doğrudan uygulanması usul ekonomisine uygun olacaktır. Bu uygulama için de, tebligat çıkartılırken tebligat adresinin, adres kayıt sistemindeki adres olduğunun belirtilmesi ve zarfın da mavi zarf olması gerekmektedir. Adres kayıt sisteminin ülke genelinde etkin bir şekilde işler hale gelmesinden sonra, adres kayıt sisteminde bulunan adreslere yapılan tebligatlarda doğrudan Tebligat Kanunu madde 21,II uygulanacağına ilişkin şerh düşülmesi zaman ve iş gücü tasarrufu sağlayacaktır.

Tebligat Kanunu 21, II'ye göre tebligat yapılırken, tebliğ zarfının açık mavi renkte bastırılması gerekir (Teb. Yön. m. 79 (2)). Ancak uygulamada, avukatlık bürolarının, kendi bürolarının evrakını ayırt etmek üzere farkı renklerde zarflar kullanıldığı görülmektedir. Bu uygulamaya son verilmeli; farklı renkte zarflar kesinlikle kabul edilmemelidir. Mavi zarf uygulaması, tebligat memurunda tebligat işleminde farkındalığı yaratmak amacıyla öngörülmüştür. Ayrıca, tebligatı çıkaran mercilerce, "MERNİS" veya "Adres kayıt sisteminden alındı" kaşesi ile tebliğ zarfı hazırlanmaktadır. Bu uygulama ve uygulamanın dayanağı olan Tebligat İşletme Esasları'nın madde 36 (4)<sup>36</sup> düzenlemesi Yönetmelik hükmüne aykırıdır.

<sup>35</sup> Salgırtay, s. 316.

<sup>36</sup> "Tebliğ çıkarmaya yetkili merciler tarafından işyerlerimize açık mavi renk dışında tebliğ zarfları tevdi edilmesi halinde de, tebliğ zarfı üzerine muhatap adresinin Adres Kayıt Sisteminden alındığı elle, kaşe basmak suretiyle veya zarf üzerinde matbu olarak açıkça belirtilmiş ise, tebliğ memurunca üçüncü paragrafta belirtilen işlem uygulanır."



Tebligat Kanunu madde 21,II'ye göre yapılacak tebligatlarda karşılaşılan bir diğer sorun maddenin kapsamına ilişkindir. Tüzel kişiler adres kayıt sisteminde yer almadığı için onlara Tebligat Kanunu madde 21,II'ye göre tebligat yapılamaz<sup>37</sup>. Bu şekilde çıkartılan tebligatların, merciine iade edilmesi gerekir<sup>38</sup>.

Adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinden muhatap geçici olarak ayrılmışsa, Tebligat Kanunu madde 20 uygulanmalıdır. Bu maddeye göre, tebliğ evrakının 13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı kişilere verildiği tarihte veya ihbarname kapıya yapıştırılmışsa bu tarihten itibaren onbeş gün sonra tebligat yapılmış sayılır. Bu durumlarda, Tebligat Kanunu madde 21, II doğrudan uygulanmamalıdır. Ancak, uygulamada, Tebligat Kanunu madde 21, II'ye göre doğrudan tebligat yapılması, muhatap bakımından onbeş günlük bir süre kaybına neden olmaktadır. Tebligat Kanunu madde 20 ile 21 arasındaki ilişkinin net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir<sup>39</sup>. Adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinden muhatap geçici olarak ayrılmışsa (hastalık, tatil, iş gezisi vb.), madde 20'ye göre tebligat yapılacağı açıkça hüküm altına alınmalıdır.

Geçici olarak ayrılmaya ilişkin olarak tebliğ tarihine ilişkin bir tartışma vardır. Tebligat Kanunu madde 20 son cümle şu şekildedir: "Bu maddeye göre yapılacak tebligatlarda tebliğ, tebliğ evrakının 13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı kişilere verildiği tarihte veya ihbarname kapıya yapıştırılmışsa bu tarihten itibaren onbeş gün sonra yapılmış sayılır." Doktrinde, tebliğ evrakının 13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı kişilere verildiği tarihten itibaren onbeş gün sonra yapılmış sayılacağı görüşü hakimdir<sup>40</sup>. Aksi halde, muhatap yerine tebligatı kabul etmeye yetkili kişiler bundan imtina edecekler ve tebliğ memuru madde 21'i uygulamak zorunda kalacaktır. Bu durum ise, zaman ve işgücü kaybına yol açacaktır. Muhatap yerine tebligatı kabul etmeye yetkili kişilere tebliğ evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş günlük süre başlamalıdır<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Ruhi, s. 124.

<sup>38</sup> Ruhi, s. 607.

<sup>39</sup> Nezih Sütçü, "Adli Tebligatla İlgili Sorunlar", *İBD*, 2006/5, s. 1992; Akil, s. 258; Salgırtay, s. 306.

<sup>40</sup> Sütçü, s. 1995; Yılmaz/Çağlar, s. 362. Salgırtay ise, onbeş günlük ek süre tebligatı almaktan imtina haline mahsus olduğu; imtina edilmeden tebligat imza karşılığı alınmışsa, tebliğ tarihinin imza tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Salgırtay, s. 305.

<sup>41</sup> Şükran Ekeci /Duran,Osman: "Tebligat Kanunu'nun 20. Maddesi Üzerine Dü-



Geçici olarak ayrılmaya ilişkin beyanın madde 13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı kişiler dışında komşu, kapıcı gibi üçüncü kişilerden öğrenilmesi halinde nasıl bir işlem yapılacağı düzenlenmemiştir. Uygulamada tebliğ memurların özellikle muhatabın komşu veya kapıcısından aldıkları geçici olarak ayrılmaya ilişkin beyanların tebliğ mazbatasına geçirilerek altının ilgiliye imzalatıldığı görülmektedir. Yargıtay, 20'nci maddeye göre tebliğ yapılabilmesi için adreste birinin bulunması ve bu kişinin muhatabın geçici olarak başka bir yere gittiğinin belirtilmesinin gerektiğine hükmetmiştir; muhatabın komşunun bu husustaki beyanıyla 20'nci maddeye göre tebligat yapılmasını usulsüz saymıştır<sup>42</sup>. Doktrin de Yargıtay ile aynı görüştedir<sup>43</sup>. Adreste kimsenin bulunmadığı ve adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti, zabıta amir ve memurlarından muhatabın geçici olarak adresinde olmadığı öğrenildiği durumlarda, bu husus imza mukabilinde kayıt altına alınıp tebliğ evrakı merciine iade edilmelidir.

Tebliğ İşletme Esasları m. 54 (5) uyarınca, "muhatabın askere gittiği, hüküm giydiği veya yurtdışına çıktığının, taşınmak suretiyle o adresten devamlı olarak ayrıldığı veya o adreste hiç oturmamış olduğunun öğrenilmesi veya adresin askeri birlik adresi, cezaevi adresi gibi ikincil bir adres olması halinde de tebliğ evrakının üzerinde adresin Adres Kayıt Sisteminden alındığının açıkça belirtilmiş olması hallerinde başkaca adres araştırması yapılmaksızın tebliğ gösterilen adrese yapılır". Bu hüküm, hukukî dinlenilme hakkını sınırlandırmaktadır ve

şünceler", ABD., 2013/3, s. 99.

<sup>42</sup> "Somut olayda satış ilanı tebliğ işleminin, "Muhatap geçici İstanbul'a gittiğinden 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre kapısına 2 nolu haber kağıdı yapıştırılıp, evrak mahalle muhtarlığına teslim edildi. Komşusu Özlem ...haber verildi. İmzadan kaçındı." şerhi ile yapıldığı görülmüştür. Komşunun beyanına göre muhatabın şehir dışında İstanbul'da olduğu anlaşıldığından şehir dışındaki muhataba 21'e göre tebligat yapılamayacağından sözü edilen tebliğ işleminin usulsüz olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan Tebligat Kanununun 20. maddesine göre tebliğ yapılabilmesi için adreste birinin bulunması, kendisine tebliğ yapılacak şahsın muvakkaten başka yere gittiğinin belirtilmesi gerekir. Oysa somut olayda satış ilanının tebliğ edildiği adreste hiç kimse bulunmayıp, komşu beyanına göre adresin kapalı olduğu anlaşıldığından olayda 20. maddenin uygulanması da mümkün değildir. İİK.nun 127. maddesi gereğince taşınmaz satışlarında, satış ilanının bir örneği borçluya tebliğ edilmelidir. Borçluya satış ilanının tebliğ edilmemesi veya usulsüz tebliğ edilmesi başlı başına ihalenin feshi sebebidir." 12. HD., E. 2011/9908, K. 2011/26273, T. 5.12.2011 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası-06.03.2014).

<sup>43</sup> Yılmaz/Çağlar, s. 361; Ruhi, s. 568.

hükmün değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak, adresin kamulaştırma, deprem, yangın vb. nedenlerle yıkılmış veya bina özelliğini yitirmiş olması durumlarında veya muhatap tüzel kişi olmasına rağmen adresin adres kayıt sisteminden alındığının tebliğ evrakı üzerinde **şerh edilmesi halinde** 21 inci madde uygulanmaz. Mazbataya gerekli şerhler açık ve ayrıntılı bir şekilde yazılarak çıkarılan mercie iade edilir.

Tebliğat Kanunu madde 35 hükmü, adli tebligatlarda<sup>44</sup>, adresin değişmesi halinde uygulanır. Adresini değiştiren gerçek kişiler yenisini bildirmedigi ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır. Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır. Tebliğ olunacak evrakın tebliğ mazbatalı kapalı zarf olmaksızın düzenlenmesi, tebliğ olunacak hususun herkes tarafından öğrenilebilmesine imkân vererek özel hayatın gizliliğini ihlaline yol açması sebebiyle eleştirilmektedir<sup>45</sup>. Bir diğer eleştiri, tebliğ olunacak hususun çok sayıda sayfadan oluşması durumunda kapıya yapıştırmanın mümkün olmamasına ilişkindir. Bu olumsuzluklar, tebliğ evrakının muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memurlarına bırakılmasına ilişkin düzenleme yapılarak giderilebilir<sup>46</sup>.

### III. TEBLİGAT SÜRECİNE KATILAN İLGİLİLERDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR

Tebliğat, pek çok kişinin katılımıyla gerçekleşen bir hukukî işlemidir. Bu haliyle, birbirinin içine geçmiş halkalardan oluşan zincire benzemektedir. Tebligatın yapılmasını talep eden, tebligatı çıkaran mercii, tebligat görevlisi (posta memuru), muhtar, muhatap ve tebligatı kabul etmeye yetkili kişilerden kaynaklanan çok çeşitli sorunlar vardır. Aşağıda bu sorunların belli başlıları tespit edilmeye ve çeşitli çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

<sup>44</sup> Adli olmayan tebligatlarda da, Tebligat Kanunu madde 35 hükmünün uygulanması gereğine ilişkin olarak bkz. Durman, s. 73.

<sup>45</sup> Sütçü, s. 2000.

<sup>46</sup> Sütçü, s. 2001.

### A. TEBLİGAT YAPILMASINI TALEP EDENLERDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR

1. Muhatabın adresinin hiç bildirilmemesi, yanlış veya eksik bildirilmesi
2. Tebligat yapılmasını talep edenin kendi adresini hiç bildirmemesi, yanlış veya eksik bildirmesi
3. Tebligat yapılmasını talep edenin adres bilgilerini güncellememesi
4. Tebligatın doğrudan Tebligat Kanunu madde 21,II'ye göre yapılmasının istenmesi
5. Tebligat giderlerinin yatırılmaması
6. Tebliğ evrakının usulüne uygun hazırlanmaması, çeşitli renklerde zarfların kullanılması

Bu sorunların giderilmesi bakımından özellikle avukatların tebligat hukuku alanında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Avukatlık mesleğine sınavla girilmesi halinde, bu sınavda tebligat hukuku alanına ilişkin sorular sorulabilir. Avukatlık stajı sırasında tebligat hukukuna ilişkin seminerlere katılma zorunluluğu getirilebilir.

Avukatların, UYAP sistemindeki adres bilgilerini güncellemeleri para cezası yaptırımına tabi kılınabilir.

### B. TEBLİGATI ÇIKARAN MERCİİDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR

1. Dava dosyasının (davacı-davalı) taraflarının ve adreslerinin UYAP sistemine doğru kaydedilmemiş olması<sup>47</sup>
2. Muhatabın adresinin tebliğ evrakına eksik, yanlış veya okunaksız yazılması<sup>48</sup>
3. Tarafların veya adreslerinin değişmesi halinde, usulüne uygun bir suretle mercie bildirilmesine rağmen, adres güncellemelerinin yapılmamış olması<sup>49</sup>

<sup>47</sup> İnekçioğlu-Tebliğat Tartışmalar, s. 77.

<sup>48</sup> Muşul, s. 13.

<sup>49</sup> "Yapılan tebligatlardan borçlunun icra takip dosyası kapsamındaki bilinen en son adresinin icra mahkemesine bildirmiş olduğu adresi olması karşısında bu adrese

4. Tüzel kişiliklerde, özellikle tasfiye edilmiş şirketlerde şirketi temsil yetkili kişi veya tasfiye memurunun adının kaydedilmemiş olması<sup>50</sup>
5. Tebliğ evrakının doğru zarfla çıkartılmaması, zarfın tebliğ evrakını alacak büyüklükte olmaması<sup>51</sup>
6. Tebliğ evrakının hatalı ve eksik olarak tebliğ zarfına konulması<sup>52</sup>
7. Tebliğ zaptının ön yüzüne tebliği çıkaran merciin adresinin eksik, yanlış veya okunaksız yazılması<sup>53</sup>
8. Tebligat çıkarılmasını talep eden taraftan, özellikle gider avansı yatıran avukatlardan yeniden gider alınması
9. Tebligat elverişsizliğinin veya imkânsızlığının tespit edilmesine rağmen Tebligat Kanunu madde 21,II'nin uygulanmaması
10. Noterlerin yaptığı tebligatın adli tebligat sayılmaması nedeniyle Tebligat Kanunu madde 35'e göre tebligat yapamamaları<sup>54</sup>

Bu sorunların çözümünde öncelikle tebligatı çıkaran mercilerin (özellikle yazı işleri ve icra dairesi çalışanlarının), tebligat adresini belli bir standartta yazmaları için genelge düzenlenebilir. Adres standardının sağlanması bakımından UYAP ve Adres Kayıt Sistemi veri bileşenleri kullanılarak, UYAP sisteminin yanlış adres yazımı halinde otomatik uyarı vermesi sağlanabilir.

---

Tebligat Kanununun 10. ve 35 /son maddesine göre icra emri ve kıymet takdir raporu tebliğ edilmiş olması nedeniyle söz konusu tebligatlar usulüne uygun ise de, artık satış ilanının da bu adreste tebliğ edilmesi gerekirken, borçlunun daha önce bildirdiği ipotek resmi senedindeki adresine satış ilanı tebliğ edilmiş olduğundan satış ilanı tebliğ işlemi Tebligat Kanununun 10. maddesi gereğince usulsüzdür. Borçluya satış ilanının usulüne uygun tebliğ edilmemesi ise, başlı başına ihalenin feshi nedenidir." Bkz. 12. HD. E. 2012/8928, K. 2012/23517, T. 4.7.2012 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 19.02.2014).

<sup>50</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 77.

<sup>51</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 21. Tebliğ zarflarının tebliğ evrakını alabilecek çeşitli şekil ve büyüklüklerde basılması önerilmiştir, bkz. Durman, s. 77.

<sup>52</sup> Durman, s. 77.

<sup>53</sup> Muşul, s. 13.

<sup>54</sup> Ahmet Paksoy -Tebligat Tartışmalar, s. 115; Ruhi, s. 1022.

### C. TEBLİGAT GÖREVLİSİDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR

1. Tebligat mazbatasının yanlış veya eksik bir şekilde düzenlenmesi (Tebligat K. m. 23; Teb. Yön. m. 35; Teb. İşl. Es. m. 57)
2. Tebliğ imkânsızlığı ve tebellüğden imtina hallerinde, meşruhat ve imza alınmaksızın, tasdik işlemlerinin eksik yapılarak tebligatın iade edilmesi (Tebligat K. m. 21; Teb. Yön. m. 31; Teb. İşl. Es. m. 52 vd.). Örnek muhtar kaşesi<sup>55</sup>
3. Tebligatı kabul etmeye yetkili olmayan bir kişiye tebligat yapılması<sup>56</sup>. Örneğin apartman yöneticisine, apartman görevlisine, komşuya, aynı apartmanda ve fakat başka bir dairede oturan muhatabın anne-baba gibi bir yakınına tebligat yapılması
4. Tüzel kişilere yapılan tebligatlarda, tebligatın tüzel kişiyi temsile yetkili kişiye<sup>57</sup> yapılmaması ve tüzel kişiyi temsile yetkili kişiye ulaşılamaması halinde bu neden açıklanmayarak işçiye veya çalışana tebligat yapılması<sup>58</sup>

<sup>55</sup> İnekçioğlu -Tebligat Tartışmalar, s. 77.

<sup>56</sup> Muşul, tebliğ memurunun tebliğ evrakını verdiği kişinin beyanı ile bağlı olmasından kaynaklanan yanlışlıklar sebebiyle tebliğin muhataba ulaşmaması üzerinde durmuştur. Tebliğ memuru, muhatap adına tebligatı kabul etmek isteyen kişinin beyanını her açıdan araştırma imkânı bulunmadığı için tebliğ evrakını yanlış kişiye vermektedir. Bkz. Muşul, s. 14.

<sup>57</sup> Tüzel kişinin adresi dışında, tüzel kişiyi temsile yetkili kişinin şahsi adresinde, yetkili tüzel kişi temsilcisine tebligat yapılabilmesi gereği hakkında bkz. Durman, s. 76.

<sup>58</sup> Sütçü, s. 1976. "7201 sayılı Tebligat Yasasının 12 ve 13, Tebligat Tüzüğü'nün 17 ve 18. maddeleri tüzel kişilere yapılacak tebligat hususunu düzenlemiş olup, anılan madde hükümlerine göre tebligatın tüzel kişinin selahiyetli mümessillerine yapılması, tebligat yapılacak kimselerin herhangi bir sebeple mutad iş saatlerinde işyerinde bulunmadıkları veya o sırada evrakı bizzat alamayacak bir halde oldukları takdirde tebliğin tüzel kişinin o yerdeki memur ve müstahdemlerinden birine yapılması gerekir. Olayımızda; davalı şirket adresine çıkarılan duruşma gününü bildirir davetیه tebliğ parçasında "gösterilen adreste şirketin yetkili işçisi S.K.'ye tebliğ edildi" şerhinin yer aldığı ve davalının duruşmaya katılmadığı görülmüştür. Davalı şirketin yetkili mümessillerinin hangi sebeple tebligatı alamayacak durumda oldukları belirtilmeksizin yapılan tebligatın Tebligat Yasası ve Tebligat Tüzüğü hükümlerine göre yöntemine uygun tebliğ edildiği kabul edilemez. Davalıya usulüne uygun duruşma gününü bildirir davetیه tebliğ edilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle karar verilmesi doğru değildir. Karar bu sebeple bozulmalıdır." 6. HD., E. 2013/9070, K. 2013/10965, T. 24.6.2013

5. 35. maddeye göre yapılan tebligatların iade edilmesi<sup>59</sup>
6. **Çok bilindik** bir kuruma yapılan tebligatın iade edilmesi<sup>60</sup>
7. Tebliğ alındısı sorgulama yazışmalarında teslim edildiği bildirilmesine rağmen tebliğ mazbatasının mahkemeye ulaşmaması<sup>61</sup>
8. Tebligatın dağıtıcı memur **üzerinde uzun süre** kalması<sup>62</sup>
9. Tebligat memurunun menfaat temini karşılığında, tebligatı gerçekleştirilmeden, tebliğ evrakını, tebliğ çıkartan mercie iade etmesi<sup>63</sup> veya tebligat yapmayı kasten geciktirmesi
10. Hasma<sup>64</sup> tebligat yasağına (Teb. K. m. 39) rağmen hasma tebligat yapılması<sup>65</sup>
11. Dağıtıcıların tebliğ mazbatasını üzerindeki meşruhatlarının eksik veya okunaksız olması<sup>66</sup>
12. Tebliğ alındılarının biriktirilip topluca ve çok geç iade edilmesi<sup>67</sup>
13. Adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine çıkarılan tebligatın (Teb. K. m. 21,II; 35) iade edilmesi

---

(Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 05.03.2014).

<sup>59</sup> Sağlam-Tebligat Tartışmalar, s. 18; İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 77.

<sup>60</sup> Sağlam-Tebligat Tartışmalar, s. 17; İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 77.

<sup>61</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 77.

<sup>62</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>63</sup> Muşul, s. 14; Kaya-Tebligat Tartışmalar, s. 20 .

<sup>64</sup> Hasım kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Muşul'a göre, muhatap adına kendisine tebligat yapılacak kişilerin, muhatapla arasında husumet olması, menfaat çatışması bulunmaması gerekir; bkz. Muşul, s. 109. Durman'a göre, Tebligat Kanunu madde 39 hükmünün, alacaklı (davacı) namuna çıkartılan tebliğin borçlu (davalı) tarafından tebellüğ edilmesi halinde veya tam tersi hallerde uygulanması gerekir, bkz. Durman, s. 71. Bizim de katıldığımız görüşe göre, muhatap ile husumet ilişkisi olanların (davacı-davalı; alacaklı-borçlu) yanı sıra onlarla akrabalık bağı bulunanlar da hasım sayılır, bkz. Yılmaz/Çağlar, s. 687; Ruhi, s. 1132.

<sup>65</sup> Bu sorun, tebliği çıkaran mercinin tebligatın içeriğini oluşturan hukukî işlem bakımından hasım sayılan kişilerin tebliğ evrakına şerh düşülmesi ile giderilebilir. Özellikle boşanma davalarında tarafların adreslerinin kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adreslerinin aynı olması durumunda hasma tebliğ yasağının geçerli olduğuna dikkat çekilmelidir. Hasma tebligat yapılmaması hususunda tebligat memurunu uyaran bir şerh düşülmelidir.

<sup>66</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>67</sup> Muşul, s. 13; İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 78. Özellikle mahkemelerde ve icra dairelerinde çalışan kalem görevlileri bu alındıların dosyalara takılmasının çok uzun zaman almasından ve yanlış dosyalara takılmasından kaynaklı sıkıntılarını dile getirmektedirler.

14. Tebliğ alındısının parçalanmış şekilde iade olunması<sup>68</sup>
15. Tarihsiz ve kime tebliğ edildiği belli olmayan alındının iade edilmesi<sup>69</sup>
16. Tebliğ alındısının mahkemeye ulaşmaması üzerine yapılan yazışma sonucunda tebligatın zayii olduğunun bildirilmesi<sup>70</sup>
17. Tebligatın unvan benzerliği olan bir başka kuruma yapılması<sup>71</sup>
18. Tebliğ mazbatalarının teslimi esnasında, PTT tarafından hazırlanan listenin kontrol edilmemesi sebebiyle, mazbataların yırtık olması, kaybolması, listede yer almaması gibi çeşitli sebeplerle ilgili dosyalarına takılamaması<sup>72</sup>
19. Tebliğ evrakının kaybedilmesi<sup>73</sup>

Bu sorunların çözümünde en temel nokta, tebligat memurlarının eğitimidir. Tebligat memurları, tebligat konusunda eğitime ihtiyaç duydukları aşikârdır<sup>74</sup>. Tebligat memurlarının tebliğ sırasında karşılaştıkları sorunlar bağlamında, kısa sürede cevap bulabilecekleri el kitapları olmalı ya da telefonla bu hususta bilgi alabilecekleri bir merkez kurulmalıdır. Tebligat mazbatasının doldurulması hususunda yazının okunaklı olması bakımından memur seçiminde güzel el yazısı bir kriter olmalıdır.

Tebligat memurlarının adrese kolay ulaşması için teknik destek sağlanmalıdır. GPS'ten (küresel konumlanma sisteminden) faydalanı-

<sup>68</sup> Sağlam-Tebligat Tartışmalar, s. 18; İnekçioğlu -Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>69</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>70</sup> İnekçioğlu -Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>71</sup> İnekçioğlu -Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>72</sup> Sağlam-Tebligat Tartışmalar, s. 25; İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 78.

<sup>73</sup> Tebliğ evrakının kaybedilmesi halinde evrakının yeniden tanzim ve tebliği için gerekli masraflar, Posta Kanunu'nun taahhütlü gönderilere ilişkin hükümlerine göre ödeneceği Tebligat Kanunu madde 6'da düzenlenmiştir. Ancak, 06.05.2013 tarih 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Posta Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanun'da posta gönderilerinin kaybı, çalınması veya hasarı hâlinde sorumluluk üstlenilmesi evrensel posta hizmeti ilkesi olarak benimsenmiş; ancak, sorumluluk ayrıca düzenlenmemiştir. Şu anda tebliğ evrakının kaybolması halinde meydana gelen zararın tazmini bakımından genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Tebligat işlemleri kamu düzenine ilişkin olduğu için kamu yararı amacıyla, genel hükümlerden farklı olarak, kusursuz sorumluluk ilkesinin açıkça benimsenmesi ve daha ağır yaptırımların Kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir.

<sup>74</sup> Muşul, s. 15.



labilir. Tebligat memurlarına araç (bisiklet, motosiklet, scooter) tahsis edilebilir. Tebligat memurlarının sürekli aynı muntıkada çalışması sağlanarak, bu suretle gelişecek adres bilgilerinden yararlanılabilir.

Doktrinde, tebligat memurlarının tebligatı kısa zamanda, usulüne uygun yapmaları için tedbir alınmaması tenkit edilmektedir<sup>75</sup>. Tebligatın daha hızlı işlenmesini sağlamak amacıyla, tebligatı kısa zamanında ve usulüne uygun bir şekilde yapmayarak yargılamanın uzamasına sebebiyet veren tebligat memurları hakkında caydırıcı cezai hükümler konulması yerinde olacaktır<sup>76</sup>.

#### D. MUHATAP VEYA TEBLİGATI KABUL ETMEYE YETKİLİ KİŞİLERDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR

1. Muhatabın adresini gerçeğe aykırı olarak bildirmesi
2. Muhatabın adres bilgilerinin güncellememesi, adres değişikliğini bildirmemesi<sup>77</sup>
3. Muhatabın veya tebligatı kabul etmeye yetkili kişinin tebligat memurunu tehdit ederek, cebir ve şiddet kullanarak tebligatın yapılmasına engel olması<sup>78</sup>
4. Muhatabın veya tebligatı kabul etmeye yetkili kişinin geçerli bir sebep yokken tebligatı kabul etmekten kaçınması
5. Tebligatı kabul etmeye yetkili kişinin tebliğ evrakına zarar vermesi, okunamaz hale getirmesi
6. Muhatap veya tebligatı kabul etmeye yetkili kişilerin tebligat memuruna veya muhtarlara karşı haksız davranışları
7. Tebligat Kanunu madde 13'e göre yapılan tebligatlarda, iş yerinde hazır bulunan memur veya müstahdemlerin daimi olarak orada çalışma şartının aranmaması<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 732.

<sup>76</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 732; Muşul, s. 16.

<sup>77</sup> Muhatabın avukat olduğu hallerde, adres bilgilerinin UYAP sisteminde sürekli olarak güncellenmesi, avukatlara yapılacak tebligatlarda tebliğ adresi bakımından ortaya çıkan sorunları azaltır. Bkz. İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 80.

<sup>78</sup> Muşul, s. 14.

<sup>79</sup> Sütçü, s. 1978. Tebligat Kanunu madde 13'te yer almayan bu husus Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 21'inci maddesinde açıkça düzen-

8. Avukatın azledilmesi veya istifa etmesi nedeniyle, bu hususta bir meşruhat yazılarak tebligatın iade edilmesi<sup>80</sup>
9. Muhatabın avukat olduğu ve adli tatil sebebiyle avukatın bürosunu kapalı tuttuğu hallerde, Tebligat Kanunu madde 21, I hükmünün uygulanması avukatlar tarafından eleştirilmektedir<sup>81</sup>. Ancak, adli tatilde tebligat yapılması mümkün olduğu için (HMK m. 103(3)), tatilde olması sebebiyle bürosu kapalı olan avukata tebligat yapılması mümkündür<sup>82</sup>. Tebligat Kanunu, avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılmasını öngörmektedir. Adli tatilde tebligat yapılmamasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi dışındaki diğer adreslerinin (yazlık evi, kışlık evi vb.), tebligat adresi olarak değerlendirilmesi tartışılabilir. Muhatabın bilinen son adresinden başka bir yerde tebliğ yapılabilmesi için, müracaatı veya kabulü gerekir (Teb. K. m. 10, II). Muhatabın, adres kayıt sistemine diğer adres bildiriminde bulunması, bu adreslere tebligat yapılmasını kabul ettiği veya bu bağlamda bir başvuru yaptığı sonucunu doğurmaz. Bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yerleşim yeri adresi dışında, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan diğer adreslerine tebligat yapılması Tebligat Kanunu madde 10, II belirtilen istisna haricinde mümkün değildir.

---

lenmiştir: "Tüzel kişiler adına tebligatı almaya yetkili kişiler, herhangi bir sebeple mutad iş saatlerinde işyerinde bulunmamaları veya o sırada evrakı bizzat alamayacak bir halde olmaları durumunda tebliğ, tüzel kişinin o yerdeki sürekli çalışan memur veya müstahdemlerinden birine yapılır".

<sup>80</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 79.

<sup>81</sup> Ruhi, s. 174; Akil, s. 256; Özbay, s. 139; Dedeoğaç, Ender, "Adli Tatil ve Tebligat Kanunu", (<http://enderdedeogac.blogspot.com.tr/2010/09/adli-tatil-ve-tebligat-kanunu.html> - 28.02.2014),

<sup>82</sup> Muşul, s. 15. Akil ise, Tebligat Kanunu'nda avukat bürosunda yapılacak tebligatların resmi çalışma gün ve saatlerinde yapılacağını düzenleyen hükmün, adli tatilden sonra avukatın bürosuna tebligat yapılması taleplerine kanuni dayanak teşkil ettiği görüşündedir; bkz. Akil, s. 256. Ulusal Bayram Ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, adli tatili bir resmi tatil olarak düzenlemediği, adli tatil günlerinin resmi çalışma günü olması karşısında, adli tatilde de tebligat yapılabileceği için bu görüşe katılmamaktayız.

Bu sorunların en temel çözümü vatandaşlarda tebligatın bilincinin oluşturulmasıdır. Bu bağlamda, bu bilinci oluşturacak kamu spotlarına başvurulabilir. Tebligat Kanunu'nda suç olarak düzenlenen fiillerin (Teb. K. m. 53 vd.) yaptırımını ağırlaştırılabilir.

## E. MUHTARLARDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

1. Muhtarların tebliğ evrakını almak ve saklamak için teknik ve mali alt yapıya sahip olmamaları
2. Muhtarların mesai saatlerinde dahi yerlerinde bulunamaması
3. Muhtarların kendilerine bırakılan tebligatlarla ilgili tuttıkları bir kayıt bulunmaması<sup>83</sup>. Muhatap muhtarlığa gidip tebliğ evrakını almak istediğinde, bir tebliğ evrakı yığını içinde, ilgili evrak bulunmaya çalışılmaktadır.
4. Muhtarların "T.C. No Yoktur." ibaresi ile tebligatları iade etmeleri<sup>84</sup>. Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları Tebligat Kanunu madde 21 uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar. T.C. Kimlik numarası araştırması yapamazlar<sup>85</sup>. Muhtarların tebligat işlemleri ile ilgili görev ve yetkileri konusunda eğitilmesi gerekmektedir.
5. Tüzel kişiliklere yapılan tebliğlerin iade tasdik işlemlerinin yapılmaması<sup>86</sup>
6. Tebligatın adrese yapılamaması durumlarında muhtara bırakılan tebligatların muhtarlıklarda kaybedilmesi ve bunun sonucu olarak ilgilinin tebliğ mazbatasını alamadığını mahkemeye gelip beyan etmesi<sup>87</sup>
7. Kanun'da muhtarlardan başka, "ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memurlarına" tebliğ evrakının bırakılabi-

<sup>83</sup> Sütçü, muhtarların kendilerine bırakılan tebliğ evrakını aldıklarını ve muhataba verdiklerini belgeleyecek defter tutma zorunluluğunun getirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Sütçü, s. 1980.

<sup>84</sup> Sütçü, s. 1978; Muşul, s. 18; Ruhi, s. 594; İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 79.

<sup>85</sup> Muşul, s. 18.

<sup>86</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 79.

<sup>87</sup> İnekçioğlu-Tebligat Tartışmalar, s. 79. Tebliğ evrakının muhtarda kaybedilmesi durumunda, muhatabın izleyeceği yola ilişkin olarak düzenleme bulunmamaktadır.

leceği düzenlenmesine rağmen uygulamada tebliğ evrakını muhtarlar bırakmak şeklinde bir teamül yerleşmiş olması<sup>88</sup>

Muhtarlar bakımından meydana gelen sorunları çözümünde ilk öneri, muhtarları tebligat prosedürünün dışında bırakmak olabilir<sup>89</sup>. Tebliğ evrakı, muhtar yerine PTT şubesine bırakılabilir<sup>90</sup>. Zira, PTT şubeleri ülkemizde yaygınlaşmıştır. Tebligat memurunun muhtarlık yerine PTT şubesine tebliğ evrakını bırakması durumunda daha az vakit ve emek harcayacağı aşikârdır.

Muhtarlar sistemde olacaksa, muhtarlar keskinlikle teknik ve mali destek sağlanmalıdır. Muhtarlıklarda tebliğ evrakını saklamak için arşiv sistemi olmalıdır. Türkiye’de Mahalle Yönetimi – 2013 Araştırması Çalıştayı Sonuç Bildirgesi<sup>91</sup>’nde, resmi tebligatlara ilişkin hizmetlerde PTT ve muhataba ilişkin sorunların giderilmesi ve diğer kurumlardan gelen iş yükünün (PTT) mali desteğe yansıtılması gereği belirtilmiştir.

#### IV. ELEKTRONİK TEBLİGATA İLİŞKİN SORUNLAR

Günümüzde, internetin günlük hayattaki yeri oldukça artmıştır. Elektronik ortamda iletişim kurulması, hızlı ve ucuz olması sebebiyle yaygınlık kazanmıştır. Bu teknik gelişme, tebligatın elektronik yolla yapılabilmesi hususunun düzenlenmesini gerektirmiştir. Bu bağlamda, 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Tebligat Kanunu’na “*Elektronik Tebligat*” kenar başlıklı 7/a maddesi eklenmiş ve elektronik ortamda tebligat yapılabilmesi kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ayrıca, Elektronik Teb-

<sup>88</sup> Emniyet Genel Müdürlüğü, karakollarda polis memurlarının tebliğ evrakıyla meşgul edilmelerini kamu yararına aykırı olmasını buna gerekçe gösterilmektedir, bkz. Samedi, Seher- Tebligat Tartışmalar, s. 104. Emniyet

<sup>89</sup> Kavasoglu, s. 92.

<sup>90</sup> Sütçü, tebligatın muhtardan evvel zabıta amir ve memurlarına bırakılması imkânı tanyacak kanuni düzenleme yapılmasını önermektedir. Buna gerekçe olarak, muhtarların her zamanda yerinde bulunmaları mümkün değil iken, zabıta, nöbetçi amir ve memurlar yirmidört saat çalışmakta olmalarını haklı olarak ileri sürmektedir. Bkz. Sütçü, s. 1980. Kavasoglu ise, Alman hukukunda olduğu gibi nüfus yoğunluğuna göre bir veya birkaç mahallenin ikamet sicilini tutan, nüfus müdürlüklerine bağlı mahalle büroları kurulmasını önermektedir. Adresinde bulunmayanlara yapılacak tebligat, resmi ikamet sicilini tutan mahalle bürolarına yapılmalıdır. Bkz. Kavasoglu, s. 92.

<sup>91</sup> <http://www.yerelnet.org.tr/resimler/ekler/calistay-sonuc-bildirgesi.pdf> (04.03.2014)

ligat Yönetmeliği<sup>92</sup> ve Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>93</sup> Resmi Gazate’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ<sup>94</sup> ile Kayıtlı Elektronik Posta Rehberi ve Kayıtlı Elektronik Posta Hesabı Adreslerine İlişkin Tebliğ<sup>95</sup> yayımlayarak, kayıtlı elektronik posta sistemine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini sağlamıştır.

Elektronik tebligat, bilgisayar yazılımı ortamında hazırlanmış bir belgenin, internet üzerinden, elektronik posta yoluyla iletilmesidir<sup>96</sup>. Elektronik Tebligat Yönetmeliği’nde, elektronik tebligat, Yönetmelik kapsamına uygun olarak elektronik ortamda yapılan tebligat olarak tanımlanmıştır. Bu tanım yeterli açıklıkta değildir. Bununla birlikte, Elektronik Tebligat Yönetmeliği’nin elektronik tebligat hizmetinin bilişim sistemleri vasıtasıyla muhatabın elektronik tebligat adresine iletilmek üzere, tebligatı çıkaran merci tarafından tebligatın gönderilmesini ve bu iletinin muhataba elektronik ortamda delillendirilerek tesliminin sağlanması hizmetini ifade ettiğini belirten hükmü (ETY. m. 3,1,c) daha aydınlatıcıdır.

Elektronik tebligat, posta ile yapılan tebligatların **neden olduğu** zaman ve işgücü kaybının önüne geçecektir. Elektronik ortamda tebligat yapılması suretiyle, tebligat işlemlerinin kısa sürede tamamlanması ve ucuz olması<sup>97</sup>, öncelikle makul sürede yargılanma hakkının ve usul ekonomisi ilkelerinin gerçekleşmesine hizmet edecektir. Halkın yargıya olan güveni artacaktır<sup>98</sup>. Kâğıt kullanılmadığı için, ağaçlar kesilmeyecek<sup>99</sup>, çevre korunacaktır.

<sup>92</sup> RG. T. 19.01.2013, S. 28533.

<sup>93</sup> RG. T. 25.08.2011, S. 28036.

<sup>94</sup> RG. T. 25.08.2011, S. 28036.

<sup>95</sup> RG. T. 16.05.2012, S. 28294.

<sup>96</sup> Özlem Tüzüner, “Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi”, ABD., 2011/ 4, s. 144; Özbay, s. 125. Farklı tanım için bkz. Akkan, s. 34.

<sup>97</sup> Akil, s. 253; Tüzüner-Kalitatif Yöntem, s. 155; Tüzüner, Özlem: “Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkıları”, İz.BD. Ocak 2012, s. 65; Börü, Levent: “Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı’na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, ABD. 2012/2, s. 405; Özbay, s. 128.

<sup>98</sup> Geylani Koca, “Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi”, İBD. C. 82, S. 6, 2008, s. 2992.

<sup>99</sup> Tebligat ile yılda ortalama 40 bin ağaç kesilmekten kurtulacak haberi için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/25727665.asp> (11.02.2014).

Tebliğata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Elektronik tebligat hizmetinden yararlanacak muhatap, elektronik tebligata elverişli kayıtlı elektronik posta adresi<sup>100</sup> edinir. Elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır (Teb. K. m. 7/a, III).

Elektronik tebligatın uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların Tebligat Kanunu'ndan ziyade yönetmelikle belirlenmesi eleştirilebilir. Zira, elektronik tebligata ilişkin düzenlemelerin kişisel veriler bağlamında, özel hayatın dokunulmazlığı başta olmak üzere, adil yargılanma hakkı ve diğer bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu yaratacak konular olması sebebiyle<sup>101</sup>, Tebligat Kanunu'nda daha ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alınması yerinde olur.

Elektronik yolla tebligat, muhatapın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır (Teb. K. m. 7/a, IV). Elektronik tebligatın yapılmış sayılması için, muhatapın tebligatı öğrendiğinin veya aldığı belgelenmesi şartının aranmaması eleştirilmektedir<sup>102</sup>. Elektronik tebligatın muhatap tarafından alındığının belgelenmesi halinde sonuç doğurmasına ilişkin düzenleme yapılması önerilmektedir<sup>103</sup>. Ancak, bize göre bu önerinin kabulü, kötü niyetli muhatapların tebligatı aldığına ve okuduğuna ilişkin teyit belgesi göndermekten kaçınmalarına ve tebligatın yapılamamasına yol açar. Tebligatı kabulden imtina etmenin elektronik ortamda belgelenmesi mümkün olmadığı için, elektronik tebligatın ulaştığının belgelenmesini müteakip beşinci günün sonunda tebligatın yapılmış sayılması yerindedir. Bununla birlikte, tebligatın muhatapın elektronik pos-

<sup>100</sup> Kayıtlı elektronik posta sistemi, kullanıcılara genel e-posta hizmetlerine ilaveten, e-postaların gönderilip gönderilmediğine, alıcı tarafından kabul edilip edilmediğine veya erişilip erişilmediğine ilişkin teyitleri kayıt altına alacak ve delil teşkil edecek şekilde muhafaza edecek sistem olarak tanımlanmıştır. Bu sistem, elektronik tebligatı da kapsayan üst bir kavramdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıkulu, Cengiz: "Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat", TBBD 2009/85, s. 317 vd.

<sup>101</sup> Tanrıkulu, s. 331.

<sup>102</sup> Koca, s. 2992; Akil, s. 254; Özbay, s. 129.

<sup>103</sup> Koca, s. 2992; Akil, s. 254; Özbay, s. 129. Alman tebligat hukukundaki düzenlemeler için bkz. Akkan, s. 46 vd. İsviçre tebligat hukukundaki düzenlemeler için bkz. Tüzüner-Kalitaf Yöntem, s. 147.

ta hesabına ulaştığının belgelenmesi gerekmektedir. Ulaşmanın ise, elektronik ortamda muhatabın iradesi olmaksızın belgelenmesi teknik açıdan mümkündür.

Muhatapların hak kayıplarına uğramamaları için, kayıtlı elektronik posta adresi kullanıcıların en azından her beş günde bir postalarını kontrol etmeleri hususunda uyarılması; elektronik posta ile birlikte telefonlarına ve diğer posta adreslerine de mesaj gönderilmesi suretiyle tebligat konusunda uyarılmaları yerinde bir çözüm olacaktır. Elektronik tebligat Yönetmeliğinde bu hususlar düzenlenmiştir<sup>104</sup>. Ancak, bilgilendirmelerin herhangi bir nedenle yapılamamış olması, tebligat süresini ve geçerliliğini etkilememesi sakınca teşkil etmektedir. Çünkü, bu bildirimlerin yapılamaması, muhatabın eski hale getirme yoluna (HMK m. 95) başvurmasını gerektirecek olağanüstü bir hal içinde bulunduğu delalet edebilir. Elbette ki, kötü niyetle bu mesajların alınmasından kaçınılması da mümkündür. Bu hallerde de tebligatın geçerliliği kabul edilmekle birlikte, olağanüstü hallerin varlığının ispatlanması koşuluyla hak kayıplarının önüne geçecek hukukî yollara başvuru imkânı sağlanmalıdır.

Elektronik tebligata ilişkin en büyük kaygı, kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanması bakımından ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>. Elektronik ortamda veri güvenliğinin sağlanması, sisteme erişimin fiziki sistemlere göre daha kolay olması sebebiyle farklı problemleri gündeme getirmektedir<sup>106</sup>. Elektronik tebligat sistemine hukuka aykırı olarak müdahale etmek, kişisel verileri yok etmek, değiştirmek, hukuka aykırı olarak kullanmak vb. ayrı ayrı düzenlenmelidir. Bu suçlar için caydırıcı cezalar öngörülmelidir<sup>107</sup>. Tebligat Kanunu'nda elektronik tebligata ilişkin suç ve cezaların ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, kişisel verilere hukuka aykırı müdahalelere ilişkin şüpheleri bertaraf etmek üzere, öncelikle Kişisel Verilerin Korunması

<sup>104</sup> "Muhatap tarafından hizmet sağlayıcıya iletişim için diğer bir elektronik posta adresi bildirilmişse, elektronik tebligatın ulaştığı anda bu adrese, bilgilendirme mesajı gönderilir. Muhatap tarafından hizmet sağlayıcıya iletişim için kısa mesaj alma özelliği olan telefon numarası bildirilmişse, talep halinde ve ücreti muhataba ait olmak üzere bu telefon numarasına hizmet sağlayıcı tarafından elektronik tebligat bilgilendirme mesajı gönderilir." (ETY m. 10, 1-2).

<sup>105</sup> Akkan, s. 31; Tanrıku, s. 335; Akil, s. 254; Börü, s. 406; Özbay, s. 128.

<sup>106</sup> Tanrıku, s. 330.

<sup>107</sup> Koca, s. 2993.



Kanunu Tasarısı<sup>108</sup>'nin kanunlaşması gerekmektedir<sup>109</sup>. Bilgi güvenliği ve kişisel verilerin korunması hususunda kamu bilgilendirilmelidir. Aksi takdirde, elektronik tebligatın yaygınlaşması mümkün olmaz. Elektronik tebligatın hızlı, ucuz ve güvenli bir tebligat türü olduğu hususunda kamu özendirilip, elektronik tebligat yaygınlaştırılmalıdır. Bu bağlamda vatandaşların kayıtlı elektronik posta adresi almaya özendirilmesi gerekmektedir<sup>110</sup>. Kayıtlı elektronik posta hizmetinden alınacak ücretlerin asgari düzeyde tutulması, vatandaşların bu tebligat türüne ilgisini artıracaktır<sup>111</sup>.

Sermaye şirketlerinin yanı sıra avukatlar bakımından da elektronik tebligatın zorunlu hale getirilmesi çözüm önerisi olarak sunulabilir<sup>112</sup>. Avukatlar bakımından elektronik tebligatın zorunlu hale gelmesi, posta yoluyla yapılan tebligatların sayısını önemli ölçüde azaltacaktır. Her ne kadar tebligat işlemlerinde muhatapların kimliğine ilişkin elimizde istatistiki bilgiler bulunmasa da avukatlara yapılan tebligatların sayısının oldukça fazla olduğu aşikârdır. Avukatlara elektronik tebligat yapılması yargılamayı hızlandıracağı gibi e-devlet uygulamalarının da yaygınlaşmasını sağlayacaktır.

## V. TEBLİGAT GİDERLERİ

Mektup gönderi ücreti 1.10 TL, APS (Acele Posta Servisi) gönderisi, 6,5 TL iken, tebligat 8 TL, acele tebligat 16 TL'dir<sup>113</sup>. Tebligat işlemlerinin kapsamı, mektup gönderisinden farklı olduğu için ücretin farklı olması makuldür. Ancak, yedi-sekiz katlık fark makul görünmemektedir. Böyle bir farkın makul olması için tebligatın kısa sürede, sorunsuz olarak yapılması gerekir. Uygulamada, özellikle tebligat giderleri,

<sup>108</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> (27.02.2014).

<sup>109</sup> Börü, s. 407; Akdağ, s. 273.

<sup>110</sup> Tüzüner-Kalitatif Yöntem, s. 155.

<sup>111</sup> Kayıtlı elektronik posta hizmetinden alınacak ücretler için bkz. <http://www.ptt.gov.tr/source.cms.docs/ptt.org.tr.ce/docs/file/tariffs/kepVeElektronikTebligatUcretTarifeleri.pdf> (28.02.2014).

<sup>112</sup> Koca, s. 2992; Akkan s. 39; Tüzüner-Adaletin Kalitesi, s. 74; Börü, s. 406; Özbay, s. 131; Şahin, Cenk-Tebligat Tartışmalar, s. 205. Fransız hukukunda, avukat tutma zorunluluğunun bulunduğu tüm yargılamalarda, elektronik yolla haberleşme yapılması öngörülmüştür, bkz. Tüzüner-Kalitatif Yöntem, s. 146.

<sup>113</sup> [http://www.ptt.gov.tr/index.snet?wapp=calculatingDeliveryPrice\\_tr](http://www.ptt.gov.tr/index.snet?wapp=calculatingDeliveryPrice_tr) (28.02.2014).

eskiden beri, alınan hizmeti karşılamaması ve hak arama özgürlüğünü sınırlandırması gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>114</sup>. Ortaklığın giderilmesi davası gibi çok sayıda kişiye tebligat yapılmasını gerektiren davalarda, tebligat giderleri, dava konusunun değerinden fazla bile olabilmektedir.

Tebligat giderlerine ilişkin diğer bir tartışma konusu, tebligat giderlerinin ödenmemesinin veya eksik ödenmesinin sonucuna ilişkindir. Bu konuda Tebligat Kanunu'nda iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Ücret ve masrafın peşin ödenmesini düzenleyen Tebligat Kanunu madde 5 hükmü " Tarifede yazılı PTT ücretlerini veya dördüncü madde mucibince verilecek zaruri masrafları, hilafına bir hüküm bulunmadıkça tebliğin yapılmasını istiyen peşin olarak öder. Tebliği çıkaracak merci tarafından tayin olunan mehil içinde gerekli masrafı vermiyen, talebinden sarfınazar etmiş addolunur. Zaruri sebeplerden dolayı bu mehle riayetsizlik halinde yeni bir mehil verilir." şeklindedir. Adli tebligatın kapsamına ilişkin 34. madde ise, şu şekildedir: "Bu fasıl hükümleri adli, idari ve askeri kaza mercilerince yapılacak tebligat işlerinde tatbik olunur. Yukarıdaki fıkra gereğince yapılacak tebligatlara ilişkin giderler 5 inci maddeye göre ödenir. Verilen süreye rağmen ödenmeyen tebligat gideri dava dilekçesinin tebliğine ilişkin ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409 uncu maddesi uyarınca işlem yapılır. Diğer hallerde tebligat konusu talepten vazgeçilmiş sayılır."

Öncelikle tebligat giderlerinin yatırılmamasının sonuçlarının farklı hükümlerde düzenlenmesi, sistematik olarak bir hatadır. Tebligat Kanunu madde 34, II hükmünün asıl olarak madde 5'de yer alması kanun yapma tekniği açısından daha uygundur<sup>115</sup>. Ayrıca, dava dilekçesi dışındaki tebligat giderlerinin yatırılmaması halinde tebligat konusu talepten vazgeçilmiş sayılacağı hem madde 5 hem de 34,II hükümlerinde yer almaktadır. Bu hususun iki kez aynı kanunda düzenlenmesi de kanun yapma tekniğine uygun değildir.

Tebligat Kanunu tebligat giderlerinin yatırılmamasının sonuçları bakımından tebligatın konusuna göre bir ayırım yapmıştır. Dava dilekçesinin tebliğinde giderin yatırılmaması durumunda dava dosyasının

<sup>114</sup> Halil Makaracı, "Adli Tebligat Ücretleri Fahıştır", ABD, 1952 S. 4, s. 33; Sütçü, s. 2005; Ekim, Suat: "Tebligat Sorunu", İBD. C. 86, S. 2012, s. 280.

<sup>115</sup> Yılmaz/Çağlar, s. 632.

işlemden kaldırılması (HUMK m. 409; HMK m. 150<sup>116</sup>) sonucunun ortaya çıkması öngörülmüştür. Dava dilekçesi dışındaki diğer tebligatlar bakımından tebligat giderinin yatırılmaması halinde ise, tebligat çıkarılmasını talep edeninin, tebligat konusu talepten vazgeçtiğini kabul etmek gerekir.

Dava dilekçesinin tebliğinde, tebligat giderinin yatırılmamış olması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda farklı şekilde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 120 uyarınca, davacı dava açarken gider avansını peşin olarak yatırmak zorundadır. Tebligat giderleri, gider avansının kapsamı içerisindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi<sup>117</sup> madde 4 uyarınca, "Davacı;

- a) Taraf sayısının beş katı tutarında *tebligat gideri*,
  - b) Dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış ve tanık sayısı belirlenmiş ise tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri; tanık sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ücreti ve *tebligat gideri*,
  - c) Dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 75 TL ulaşım gideri,
  - ç) Dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücreti,
  - d) Diğer iş ve işlemler için 50 TL,
- toplamını avans olarak öder."

Tebligat giderleri, gider avansında önemli bir kalem teşkil etmektedir. Dava dilekçesinin tebliğine ilişkin tebligat giderlerinin de gider avansından karşılanması gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 114/g maddesinde, gider avansı, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Davanın açıldığı mahkeme, gider avansının hiç yatırılmadığını veya avansın yeterli olmadığını tespit

<sup>116</sup> HMK m. 447(2)" Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."

<sup>117</sup> RG. T. 26.09.2013, S. 28777.

ederse, hüküm verilmesine kadar, bir ara karar ile, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya kesin süre verir<sup>118</sup> (HMK m. 115(2); 120 (2)). Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 115(2) uyarınca, verilen kesin süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse, diğer bir ifade ile gider avansı yatırılmamışsa, mahkeme dava şartı yokluğu sebebiyle davayı usulden reddeder. Bu hüküm, Tebligat Kanunu'nda öngörülen dava dosyasının işlemde kaldırılması (HUMK m. 409; HMK m. 150) farklı bir sonuç, davanın usulden reddi sonucunu doğurmaktadır.

Tebligat Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri bir-biri ile çelişmektedir. Bu durumda, sonraki Kanun niteliğinde bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 114, 115 ve 120 hükümleri, Tebligat Kanunu'nun dava dilekçesine ilişkin tebligat giderinin yatırılmaması halinde dava dosyasının işlemde kaldırılmasına ilişkin hükmünü (Teb. K. m. 34, II) zımnen ilga etmiştir. Verilen kesin süre içinde tebligat giderlerini de kapsayan gider avansının yatırılmaması durumunda davanın usulden reddi gerekir<sup>119</sup>. Sonuç olarak, gider avansının kapsamına dahil olan tebligat giderlerinin yatırılmaması halinde Tebligat Kanunu madde 34, II hükmü uygulanamaz<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Mustafa Serdar Özbek, Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013, s. 101.

<sup>119</sup> "Yerel Mahkemece, 04.10.2011 tarihli duruşmada, davacı vekiline, gider avansı ile ilgili olarak eksik olarak yatırılan avansın iki hafta içinde ikmal edilmesi için kesin süre verilmesine karar verilmiştir. Takip eden 19.12.2011 tarihli oturumda da, gider avansının verilen kesin süreye rağmen yatırılmadığından ve gider avansının yatırılmasının 6100 sayılı HMK'na göre, dava şartı olduğundan bu konuda tekrar ek süre verilmesi de mümkün olmadığından açılan davanın reddine karar verilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, uyuşmazlığa konu davanın 1086 sayılı HUMK zamanında açılmış bulunması, dilekçelerin teati aşamasının geçip, tahkikat aşamasına geçilmiş bulunduğu gözetilerek, bu aşamada, sadece HMK'nun 324 maddesi uyarınca delil avansı istenebileceği gözden kaçırılarak, kapsamı da belirtilmeden yazılı şekilde gider avansı istenmesi yerinde olmadığı gibi; mahkemenin davanın reddine dayanak aldığı, davacı vekiline verilen kesin süreye ilişkin ara kararında "alınması gereken avansın ne miktarda ve hangi işlere ilişkin olduğu, hangi iş için ne miktar avans yatırılacağına açıkça belirtilmemesi ve belirtilen sürede ara karar gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçlarının da açıklanmaması doğru değildir. Kesin sürenin sonuç doğurabilmesi için usulünce ve eksiksiz olması gerekir. Yukarıda belirtilen gerekçelerle, Yerel Mahkemece bozma kararına uyması gerekirken, önceki kararda direnmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararının bozulması gerekmiştir." HGK., E. 2012/9-1202, K. 2012/1218, T. 12.12.2012 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 27.02.2014).

<sup>120</sup> Yılmaz/Çağlar, s. 106. Ruhi aksi görüştedir. Verilen süreye rağmen ödenmeyen

Dava dilekçesinin tebliği dışındaki diğer hallerde, tebligat giderinin yatırılmamasının sonucu farklıdır. Tebligat giderinin yatırılmadığını veya eksik yatırıldığını tespit eden merciin, ilgiliye tebligat giderini yatırmak hususunda süre vermesi gerekir<sup>121</sup>. Verilen süre içerisinde gerekli masrafın yatırılmaması halinde, tebligat konusu talepten vazgeçilmiş sayılır<sup>122</sup> (Teb. K. m. 34, II). Ancak, verilen süre içerisinde, tebligat giderinin yatırılmaması haklı bir sebebe dayanıyorsa, ilgiliye yeni bir süre verilir (Teb. K. m. 5; 34, II; Teb. Yön. m. 8).

tebligat gideri dava dilekçesinin tebliğine ilişkin ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 150'nci madde uyarınca işlem yapılması gerekir, bkz. Ruhi, s. 1006.

<sup>121</sup> "Borçlu şirket yetkilisinin yazılı başvurusu üzerine dosya görevsizlik ve yetkisizlik kararı ile Sulh Ceza Mahkemesi'nden R İş Mahkemesi'ne gelmiştir. Mahkeme, kararın gerekçesinde davacının dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi talebinde bulunmadığına dayanmış ise de, bunun dosya kapsamı ile uyuşmadığı görülmüştür. Zira davacı şirket temsilcisi Muhammet in 11. Ceza Dairesinin bozma kararını müteakip 1. Sulh Ceza Mahkemesine 05.05.2003 tarihli dilekçe ile başvurduğu ve "bozma ilâmı doğrultusunda işlem yapılmasını" talep ettiği anlaşılmaktadır. Kuşkusuz bu talep dosyanın görevli ve yetkili iş mahkemesine gönderilmesi anlamındadır. İlgili taraf harç ve tebligat giderini vermemiştir. Bu durumda Harçlar Kanunu'nun 27.III, 30 ve 32. maddeleri gereğince başvurma harcı ile peşin karar ve ilâm harcı; Tebligat Kanunu'nun 5.II, Tebligat Tüzüğü'nün 6.I ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 414. maddeleri uyarınca da gerekli posta giderlerinin ödenmesi için, ileride hüküm sırasında nazara alınmak üzere bedeli ulaştırma giderlerinden karşılanarak davacıya uygun bir önel verilmeli, bu önelde harç ve posta giderlerini yatırmamanın sonuçları belirtilmelidir. Davacıya harç ve posta giderlerini yatırmak için meşruhatlı bildirim yapılmadan, gerekli harç ve masraflar yatırılmadığından bahisle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." 10. HD., E. 2003/7406, K. 2003/8543, T. 19.11.2003 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 27.02.2014).

<sup>122</sup> Bilge/Önen, s. 320. "**Şikayet**, dava da değildir. **Şikayet** dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK 114/1-g, m. 120), şikayet için uygulanmaz. Bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır, **şikayet** eden şikayet dilekçesinin karşı tarafa tebliği giderini (ve şikayetin duruşmalı incelenmesine karar verilirse duruşma davetiyesi giderini) peşin öder, ödemezse şikayetinden vazgeçmiş sayılır. (Teb. Kan. m. 34, II, m. 5; Teb. Yön. m. 8) İtirazın kaldırılması talebi dava değildir. İtirazın kaldırılması, borçlunun borçlu olup olmadığına ilamsız icra prosedürü içinde tespit edilmesine yarayan bir yoldur. İtirazın kaldırılması talebi dava değildir. İtirazın kaldırılması, borçlunun borçlu olup olmadığına ilamsız icra prosedürü içinde tespit edilmesine yarayan bir yoldur. İtirazın kaldırılması talebi dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK 114/1-g, m. 120), itirazın kaldırılması talebi için uygulanmaz. Kanımca bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır. Alacaklı, itirazın kaldırılması dilekçesinin ve duruşma (m. 70) davetiyesinin borçluya tebliği giderini peşin öder; ödemezse itirazın kaldırılması talebinden vazgeçmiş sayılır (Teb. K. m. 34,II, m. 5; Teb. Yön. m. 8)." 3. HD. E. 2012/21609, K. 2012/25698, T. 13.12.2012 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 27.02.2014).

Delil ikamesine ilişkin tebligatlarda tebligat giderlerinin ödenmesi durumunda, Tebligat Kanunu madde 5 ve 34, II hükümlerinden farklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 324'ün uygulanması gerekir. Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik talepleri için ödenmesi gereken giderler, tebligat giderleri de dahil olmak üzere, delil ikamesi avansını oluşturur<sup>123</sup>. Davacı delil ikamesine ilişkin giderlerini esas olarak gider avansı ile ödemiş bulunduğu delil ikamesi avansı daha ziyade davalı tarafa ilişkindir. Cevap dilekçesinde belirttiği delillere ilişkin delil ikame avansını yatırmayan veya eksik yatıran davalıya, mahkeme öncelikle uyarıda bulunmalı, bu avansı yatırmaması durumunda talep ettiği delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağını hatırlatmalıdır<sup>124</sup>. Delil ikamesine ilişkin tebligat giderlerine ilişkin avansın yatırılmaması, talebin konusunu oluşturan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılması sonucunu doğurur<sup>125</sup> (HMK m. 324 (2)).

<sup>123</sup> İbrahim Ercan / Aziz Serkan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi", SÜHFD. 2012/2, s. 170; Özbek, s. 80.

<sup>124</sup> Ercan/ Arslan, s. 172; Özbek, s. 81; Muşul, s. 55; Yılmaz/Çağlar, s. 106.

<sup>125</sup> "Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik giderlerin gider avansı içinde değerlendirilmesi olanağı HMK.'un 324. maddesi düzenlemesi karşısında yoktur. Ayrıca delil ikamesi avansının da ispat külfetine göre taraflara yükletilmesi gerekir. Diğer yandan, örneğin re'sen hesap raporu alınacaksa giderin 325. maddesi kapsamında değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde somut olaya bakıldığında mahkemece 29.11.2011 tarihli oturumda " bilirkişi incelenmesi için 250 TL ve diğer giderler için de 50 TL olmak üzere toplam 300 TL gider avansının mahkemenin veznesine yatırması için davacı vekiline 2 haftalık kesin süre verilmesine, kesin süre içerisinde gider avansı karşılanmadığı takdirde HMK 114 ve 115. maddeleri gereğince davanın usulden reddedileceğinin ihtarına, " karar verilmiş; 21.2.2012 tarihli duruşmada kararlaştırılan gider avansları kesin süre içinde yatırılmadığından HMK 115. maddesi gereğince davanın usulden reddine karar verilmiştir. Dava şartı olarak öngörülen müessesenin davanın reddine yol açması nedeniyle mahkemece gider avansı ile delillerin ikamesine yönelik avans ayrılmalı, gider avansının da nelerden ibaret olduğu net olarak belirlenmeli ve tarafa da hem gider avansının hem de delil ikamesi avansının hukukî sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır. Mahkemece tarifenin 4. maddesi uyarınca diğer iş ve işlemler için gider avansı olarak 50 TL'nin yatırılması hususunda davacı vekiline 2 haftalık kesin süre verilmiş ise de anılan gider kalemlerine nelerin dahil olduğu, bu giderler içinde delil ikamesine yönelik gider olup olmadığı belirtilmemiş, 250 TL bilirkişi gideri delil ikamesine yönelik gider olmasına rağmen gider avansı olarak nitelendirilmiştir. Diğer iş ve işlemler için davacı tarafca yatırılması istenen 50 TL giderin, gider avansı mı, delil ikamesi avansı mı olduğu da denetlenememektedir. Zira yukarıda açıklandığı gibi gider avansı, dava şartı iken delil ikamesi avansı, dava şartı olarak nitelendirilmeyecektir. Delil ikamesi avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması, davanın dava



## VI. SONUÇ

Tebliğatin usulüne uygun bir şekilde ve kısa sürede yapılmaması, yargılamanın uzun sürmesine ve dolayısıyla, makul sürede yargılanma (yargılama!) hakkının ihlaline yol açmaktadır. Bu sorunların temelinde çok çeşitli sebepler bulunmaktadır. Ancak, en temel çözüm, öncelikle toplumda tebligat bilinci oluşturmaktır. Tebliğ evrakının alınması gerektiği, tebliğ evrakının alınmamasının muhatap bakımından hak kayıplarına yol açacağı hususunda kamu spotu vb. araçlarla kamuoyu bilgilendirilmelidir. Ayrıca tebligat zincirindeki tüm halkaların kendilerinden kaynaklanan gecikme ve usulsüzlükten dolayı yaptırıma tâbi olması ve bu yaptırımların usulsüzlükleri caydırıcı ve işlemleri hızlandırıcı nitelik taşıması gerekir. Vatandaşlar, adres kayıt sisteminin önemi ve adres güncelleme zorunluluğu hakkında bilgilendirilmelidir.

Tebliğat Kanunu, çeşitli Kanun değişiklikleri ile uğradığı estetik müdahalelere rağmen artık yaşlanmıştır. Günümüzün ihtiyaçlarını karşılayabilecek içerik ve bütünlükten yoksundur. Mutlak suretle yeni bir tebligat mevzuatına ihtiyaç vardır. Bu mevzuat hazırlanırken tebligat hukukunun pek çok disiplini ilgilendirdiği dikkate alınmalı ve disiplinler arası bir yaklaşımla mevzuat hazırlanmalıdır. Bu mevzuat hazırlanırken, vergi hukuku, imar hukuku, idare hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza usul hukuku ve medeni usul hukukuna ilişkin mevzuatta yer alan tebligat hükümleri de değerlendirilmeli; bütüncül bir yaklaşımla, tebligat işlemlerinde yeknesaklık sağlanmaya çalışılmalıdır. Yeni bir Tebligat Kanunu hazırlanırken, bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle değil, pek çok idari birimi ilgilendirdiği için 2012 yılından önceki gibi Tüzük ile düzenlenmelidir.

---

şartı yokluğu ile reddine neden teşkil etmez. Taraf, belirtilen sürede delil avansı giderini yatırılmazsa dayandığı o delilden vazgeçmiş sayılır. Mahkeme, dava şartı olarak belirlediği gider avansına yönelik ara kararında gider avansını oluşturan harç, tebligat gibi gider gerektiren işlemleri kalem kalem açıklamalı her kalemin miktarını ayrı ayrı göstermeli, dava şartına yönelik gider avansı ile ilgili olarak verilen kesin sürede yatırılmamasının sonuçlarını da duruşma zaptına açıkça yazmalıdır. Ayrıca bu avans dışında delil ikamesine yönelik avans isteniyorsa HMK'nun 115.maddesine göre değil, 324.maddesine göre işlem yapılmalıdır. Bu durumda mahkemece, yazılı şekilde uygulama yapılmadan soyut kesin süre verilerek dava şartı noksanlığında davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." 17. HD., E. 2012/13494, K. 2013/12373, T. 17.9.2013 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 27.02.2014).



Tebliğat Kanunu'nda benimsenen tebliğ evrakının, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memurlarına bırakılması usulü terk edilmelidir. Uygulamada, tebliğ evrakının muhtarlara bırakılması teamül haline gelmiştir. Fakat, muhtarlar teknik ve mali alt yapıya sahip olmadıkları için tebliğ evrakını teslim almak ve saklamak bakımından sorunlar yaşamaktadır. Bu sorunları çözümü için, tebliğ evrakının, PTT şubelerine bırakılmasını önermekteyiz.

Tebliğat işlemleri bakımından PTT bünyesinde ayrı bir birim oluşturulmalıdır. Tebliğat işlerinde çalışan posta memurları, sıradan posta memurlarından ayrılmalıdır. Bu memurlar, eğitilmelidir. Ancak, bu eğitim, tebliğat hukukunun genel esaslarının yanı sıra uygulamada karşılarına çıkacak sorunların çözümünü sağlayacak şekilde özellikle psikoloji ve iletişim disiplinlerini de kapsamalıdır. Adalet Meslek Yüksek Okulu mezunları ve Posta Hizmetleri Meslek Yüksek Okulu'ndan mezun kişiler arasından bu memurlar seçilmelidir.

Adliye binalarında PTT hizmet birimleri genişletilmesi, çalışan sayısı arttırılmalıdır. Yüzbinlerce tebliğatın yapıldığı büyük adliyelerde, PTT hizmet birimi içerisine posta işleme merkezi de kurulması suretiyle önemli bir vakit kazanımı sağlanabilir. Bu bağlamda adliye binalarının inşasında, PTT hizmet birimleri için de yer tahsis edilmesi; buna göre, inşaat planı yapılması gereklidir.

Usulsüz tebliğat yapılmasına ilişkin önlemler alınmasının yanı sıra, usulsüz tebliğatı ileri sürmek suretiyle kararın kesinleşmesini engellemek isteyenlerin kötü niyetini bertaraf etmek için sınırlamalar konulmalıdır. Şöyle ki; aynı haklar ile kişilik haklarına ilişkin dava ve işler dışında usulsüz tebliğatın ileri sürülmesi, tebliğat tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi kılınabilir. Bu suretle, kararın kesinleştiğinin zannedilmesinden, çok uzun süre usulsüz tebliğat nedeniyle kanun yoluna başvurulması engellenebilir.

### KAYNAKÇA

Akcan Recep, "Çağımızdaki ve Gelecekteki Vasıtalarla Tebliğat Yapılması (Tebliğat Kanunu Madde 7 Üzerine İnceleme)", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, C.1, s. 41-61.

- Akcan Recep, "Faks ile Tebligat Yapılması Sorunu", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 1-10.
- Akdağ Sami, "Klasik Tebligat Sorunlarının Elektronik Tebligat Sürecine Etkileri", İBD. C. 87, S. 1, s. 271-274.
- Akil Cenk, " 11. 1. 2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler", TBB, 2012/ 101, s. 247-266.
- Akkan Mine, "Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 31- 63.
- Alangoya Yavuz/ Yıldırım M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Berkin Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.
- Börü Levent, "Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı'na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", ABD. 2012/2, s.403-410.
- Deliduman Seyithan, Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Kısmen Genişletilmiş Tebligat Hukuku Bilgisi, , Ankara 2012.
- Durman Okay, "Güncel Tebligat Sorunları Hakkında Öneriler", MİHDER. C. 8 S. 22, 2012/2, s. 67-81.
- Ekcek Şükran/Duran,Osman, "Tebligat Kanunu'nun 20. Maddesi Üzerine Düşünceler", ABD., 2013/3, s. 85-102.
- Ekim Suat, "Tebligat Sorunu", İBD. C. 86, S. 2012, s. 280-281.
- Ercan İbrahim/ Aziz Serkan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi", SÜHFD. 2012/2, s. 65-180.
- Hanağası Emel/ Özekes Muhammet, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku (Ed. Doğan Gökbel), Eskişehir 2012.
- Kavasoğlu Abdurrahman, "Uygulamada Tebligat Sorunları Nedeniyle Davaların Sürüncemede Kalması Sorununa Çözüm Önerileri ve Mahalle Muhtarlıkları", *Toplumsal Güvenlik ve Yerel Siyaset Dergisi*, 2008 Nisan, S. 28, s. 91-92.
- Koca Geylani, "Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi", İBD. C. 82, S. 6, 2008, s. 2985-2994.
- Makaracı Halil, "Adli Tebligat Ücretleri Fahiştir", ABD, 1952 S. 4, s. 32-34.
- Muşul Timuçin, Tebligat Hukuku, Ankara 2013.
- Özbay** İbrahim, "6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler", EÜHFD, C. XVI, S. 1-2 2012, s. 115-157.
- Özbek Mustafa Serdar, Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013.
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Ruhi Ahmet Cemal, Tebligat Hukuku, Ankara 2013.
- Salgırtay Teoman, "Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Bir Yargıtay Kararı Işığında (Yargıtay 12. H.D. 2012 / 32459 E. - 2013 / 3328 K. S. -11.02.2013 T.) Tebligat Kanunu Uygulamaları" ABD. 2013/4, s. 297-328.
- Sütçü Nezih, "Adli Tebligatla İlgili Sorunlar", İBD, 2006/5, s. 1975-2006.
- Şeker Hilmi, "Uyum'un Takip Versiyonu, Yenilik mi Yinelemek mi?", ABD. 2012/3, s. 370-403.
- Tanrıkulu Cengiz, "Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat", TBBD 2009/85, s. 315-331.
- Tanrıver Süha, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFD, Y. 2000, C. 49, s. 75.
- Tebligat Hukuku Uygulama Sorunları Ve Tartışmalar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013. (Bu eserdeki görüşlere, görüş sahibin adı, kısaca Tebligat Tartışmalar biçiminde eserin adı ve sayfa numarası belirtilerek yapılacaktır.)
- Tüzüner Özlem, "Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkısı", İz.BD. Ocak 2012, s.60-88 (Tüzüner-Adaletin Kalitesi).
- Tüzüner Özlem, "Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi", ABD., 2011/4, s. 138-159 (Tüzüner-Kalitatif Yöntem).
- Yılmaz Ejder/Çağlar Tacar, Tebligat Hukuku, Ankara 2013.

# KARŞI VEKALET ÜCRETLERİNDE KATMA DEĞER VERĐİSİ MESELESİ

## VALUE ADDED TAX ISSUE ON COUNTER RETAINER

Memduh ASLAN\*

**Özet:** Mahkemelerce davayı kaybeden taraf aleyhine hükmedilen vekalet ücreti tazminat niteliğinde olduğundan Katma Değer Vergisine tabi değildir. Türkiye Barolar Birliğince yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki tutarlara KDV dahil olup olmadığı konusunda açık bir ifade olmadığı için de KDV'ye tabi olmamasına karşın karşı vekalet ücretinin KDV'ye tabi olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir. KDV Genel Uygulama Tebliğı ile Maliye Bakanlığı Avukatlar arasında farklı uygulamalara ve Anayasal kurallarla uyumlu olmayan vergilendirme yöntemi getirmektedir. Bu çalışmada bu mesele ele alınmış ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Karşı Vekalet Ücreti, Katma Değer Vergisi, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, Genel Uygulama Tebliğı, Kanunilik İlkesi

**Abstract:** Attorney retainers judged by the courts against the parties that lost the lawsuits are not liable for Value Added Tax because its being a kind of indemnity. In the Minimum Fee Tariff of Attorneys that issued by the Turkish Bars Association, there is no determination about the fees whether they also include the VAT, this cause discussions about whether counter retainers are include VAT despite its not being subjected to VAT. With the General Application Regulation Ministry of Finance accepts different processes between the attorneys and brings new taxation processes that are not suitable with the Constitutional Rules. In this study we took this issue in hand and offered solutions.

**Keywords:** Counter Retainer, Value Added Tax, Minimum Fee Tariff of Attorneys, General Application Regulation, Principal of Legality

---

\* Yrd. Doç. Dr.

## GİRİŞ

Karşı vekalet ücretlerinde Katma Değer Vergisi sorunu aşağıda tekrar değinileceği üzere avukatlık asgari ücret tarifesi ile başlamıştır. Aşağıda detaylarını vereceğimiz gelişmeler sonrasında Gelir İdaresi uygulamaları olayı pratik bir sorun haline getirmiş ancak görünürde yasal bir düzenleme olmadığından bu konu uzun yıllardan beridir sürüncemede kalmıştır.

Vergi mevzuatının etkili kaynaklarından olan genel tebliğlerin sayısının artması vergi mevzuatını dağınık hale getirdiğinden zaman zaman yürürlükte olan bu tebliğler bir araya getirilerek mevzuatın daha kolay anlaşılması amaçlanmaktadır. Bu yaklaşım kapsamında Katma Değer Vergisi Kanununa ilişkin tebliğler 26.04.2014 tarihli Resmi gazetede yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde birleştirilmiştir. KDV 1 ila 123 seri numaralı Genel Tebliğleri yürürlükten kaldırılmıştır. Tebliğ 1 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tebliğde avukatlık karşı vekalet ücretlerine ilişkin olarak daha önce iç genelgelerde yer alan hususlar Genel Tebliğ hükmü haline getirilerek artık hukuka aykırı uygulama avukatlar aleyhine genel uygulama haline getirilmiştir. Karşı vekalet ücreti avukatın mesleki faaliyetinden dolayı elde ettiği bir gelir olması sebebiyle dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekalet ücretinin serbest meslek erbabı olan avukatlara ödenmesi halinde, söz konusu vekalet ücreti serbest meslek kazancı olarak değerlendirilecektir<sup>1</sup>. Bu durum Gelir Vergisi Kanunu'nun Serbest meslek kazançlarına ilişkin düzenlemelerinin bir sonucudur. Diğer taraftan avukatlık mesleğini serbest olarak değil de bir işverene bağlı olarak yürüten avukatlar açısından ise bu gelirin ücret geliri olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira, ücret TBK 401. madde gereğince işverenin işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsalini ödemekle yükümlü olduğu tutardır. GVK 61. madde gereğince ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. İş Kanunu'nun 32. maddesi gereğince de genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan

<sup>1</sup> İmdat Türkay, "Avukatlık (Vekalet) Ücretinin Vergilendirilmesi", *TBB Dergisi*, 2012, S.101, s.317-332, s.318

ve para ile ödenen tutardır. Ücretli çalışan avukatlar açısından karşı vekalet ücretini ödeyen kişi için yapılmış bir hizmet olmadığından ücret olarak değerlendirilemez.

Avukatlık mesleği ister serbest meslek olarak, isterse de bir işverene bağlı olarak hizmet akdi çerçevesinde icra edilsin karşı vekalet ücretinin doğum sebebinde bir farklılık yoktur. Avukatların gerek vekalet sözleşmesine dayalı olarak müvekkilinden elde ettiği gelir, gerekse mahkeme kararıyla karşı taraftan elde ettiği gelir, gelir vergisi bakımından serbest meslek kazancıdır<sup>2</sup>. Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile her şeyden önce avukatlar arasında çalışma şekillerine bağlı olarak ayrıma gidilmiş ve Anayasamızın 10. maddesindeki eşitlik ve 73. maddesindeki yatay adalet ilkesi zedelenmiştir. Tebliğ ile yapılan yorum ile serbest çalışan avukatların elde ettiği ücretlerin serbest meslek kazancı olmasından hareketle bu şekilde elde edilen gelir üzerinden daha önce 15 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nde de karşı vekalet ücretlerinin KDV'ye tabi olmadığı Maliye Bakanlığınca tereddüde yer vermeyecek surette kabul edilmiştir. Karşı vekalet ücretinin serbest meslek kazancı olarak avukatın geliri olması tek başına KDV uygulanabilmesi için yeterli değildir.

### 1-KARŞI VEKALET ÜCRETLERİ KDV'YE TABİ DEĞİLDİR

KDV Genel Uygulama Tebliği'nin I-B-4 maddesinde mahkemelerce hükmolunan karşı vekalet ücretlerinin davayı kazananlara ödemesinin KDV'nin konusuna girmeyeceği bir kez daha teyit edilmiştir. Bu belirleme karşı vekalet ücretlerinin nitelikleri itibarıyla Katma Değer Vergisi açısından bir mal veya hizmet teslimi karşılığı olmadığını ortaya koymaktadır. Esasen, bu husus daha önce 15 seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin<sup>3</sup> "J. Avukatlık Ücretleri:" başlıklı bölümünde "Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödemesi katma değer vergisinin konusuna girmemektedir" biçiminde ifade edilmişti. Dolayısıyla karşı vekalet ücretlerinin niteliği noktasında 1985 ile 2014 yılı arasında vergi idaresinde bir görüş değişikliği olmadığı anlaşılmaktadır.

<sup>2</sup> Zihni Kartal, "Karşı Taraf Vekalet Ücreti KDV'ye Tabi mi?", Yaklaşım, Eylül 2012, Sayı: 237, s.296-299, s.298

<sup>3</sup> 21.07.1985 tarih ve 18818 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Karşı vekalet ücretlerinin bir mal teslimi veya hizmet ifasının karşılığı olmadığı açıktır. KDV açısından mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde vergiyi doğuran olay malın teslimi veya hizmetin yapılmasıdır<sup>4</sup>. Katma Değer Vergisi Kanunu'nda karşı vekalet ücretleri açıkça vergi mevzuuna girmemektedir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan hizmetler Katma Değer Vergisi Kanunu kapsamına alınmış 4. maddede ise kanun kapsamındaki hizmet: bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi, şekillerde gerçekleşen durumlar olarak açıklanmıştır. İlama dayalı olarak tazminat<sup>5</sup> niteliğinde alınan karşı vekâlet ücretinin Katma Değer Vergisi Kanunu kapsamında hizmet olmadığı konusunda zaten bir duraksama da yoktur. Ancak, bu durum aleyhine yapılan uygulamalar 1985 tarihli 15 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'ndeki karşı vekalet ücretlerine dair açıklamanın mevcut durumu karşılamayacağı yönünde olan çekinceler de yeni tebliğ ile artık ortadan kalkmıştır.

<sup>4</sup> Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku , 21. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.407

<sup>5</sup> Katma değer vergisi açısından karşı vekalet ücretlerinin niteliği önemlidir. Zira bu nitelendirme vergiyi doğuran olayın varlığının değerlendirilmesi açısından önemlidir. HMK 323 maddesinde yargılama giderlerine yer verilmiş ve mahkemece hükümlenacak vekalet ücretleri yargılama gideri olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme HMUK'un 415. maddesinde de yer almıştır. Yargılama giderlerini bilfiil yapılan giderler ile yargı hizmeti karşılığında alınan harçlardan oluştuğunu görmekteyiz. HMK 326. maddesi gereğince prensip olarak yargılama giderleri, aleyhine hüküm verilen taraftan alınacaktır. Yaptığı giderleri kendi üzerinde kalacak aleyhine hüküm verilen taraf karşı tarafın yargılama sırasında yaptığı giderleri ödeyecektir. HMK 330. maddesinde ise vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekalet ücretinin, taraf lehine hükmedileceği açıklanmıştır. Kişilerin haklarını zorla kendilerinin almaları kural olarak yasaktır, hakkı çiğnen veya verilmeyen kişi, yargılama gücüne sahip olan devlete başvurarak onun eliyle hakkını alır. Ancak kişi, devlete başvurduğunda yargılama harç ve gideri altında belli bir harcama yapmakla karşı karşıya bırakılmaktadır (Ejder YILMAZ, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1984/2 s.201, s.200-224). Kişi, kendiliğinden hakkını teslim etmeyen kişiye karşı devletin desteğini isterken, zorunlu bir gider ile karşı karşıya kalmaktadır. Diğer taraftan gerçekte talep edebileceği bir hakkı olmadığı halde dava açarak yargılama gideri yapılmasına da neden olunabilecektir. TBK 49. maddesi gereğince Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen diğer bir ifade ile haksız çıkan tarafa yüklenmesi, diğer tarafın yaptığı giderlerin giderimi diğer bir ifade ile tazminidir. Karşı vekalet ücretini de tazminat niteliğinde kabul etmek gerekir.



## 2-TEBLİĞ GELİR VERGİSİ AÇISINDAN EKSİK DEĞERLENDİRMELER İÇERMEKTEDİR

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde Gelir Vergisi-ne ilişkin yorum yapılmış olması hatalı olmuştur. Zira, "sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım, serbest meslek kazancı" olduğu yönündeki açıklama gelir unsurları yönünden sadece serbest çalışan avukatlar açısından karşı vekalet ücretinin değerlendirilmesi eksik olmuştur ve yanlış anlamalara da sebebiyet vermesi yönünden de sakıncalıdır. Esas itibarıyla 1136 sayılı Kanunun 66. maddesinde "Her avukat, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla, yükümlüdür" hükmü ile avukatlık faaliyetinin yapılması için baro levhasına kayıt zorunluluğu getirilmiştir. Diğer bir ifade ile baro levhasına kaydı bulunmayan avukat, faaliyet gösteremeyecektir. Diğer taraftan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 155/4. maddesinde "Serbest olarak mesleki faaliyette bulunmak üzere mesleki teşekküllere kaydolunmak" serbest meslek erbabında işe başlamanın belirtileri arasında sayılmıştır. O halde baro levhasına kaydolan bir avukatın bu unvanı altında yapacağı işler genel anlamda vergilendirme alanına girmektedir. Bu kişinin serbest meslek veya Avukatlık Kanunu'nun uygun gördüğü şekilde bağlı çalışmasının bir farkı yoktur. Sadece elde edilen gelirin, Gelir Vergisi karşısında hangi gelir unsuru içerisinde değerlendirileceği Vergi Hukuku'nun konusudur. Ancak, ücretli çalışan avukatlar, kamuda çalışan avukatlar ile 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname kapsamında karşı vekalet ücretinden pay alacak kişiler açısından karşı vekalet ücretleri, gelir unsuru olarak ücret tanımı içerisine girmemektedir.

Serbest çalışan avukatlar açısından 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 65. maddesinde "Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır" hükmü ile avukatlık faaliyetinden elde edilen her türlü gelir, gelir vergisinin kapsamına girmektedir. Karşı vekâlet ücretleri de avukatın mesleği icra etmesinden kaynaklanan bir alacaktır. Bu nedenle karşı vekâlet ücretlerinin gelir vergisinin konusu içerisinde olduğu açıktır.

Diğer taraftan, karşı vekalet ücretine hükmedip hükmedilmeyeceği tartışmasına girmeksizin kamuda görev yapan avukatlar ile bir

şahıs veya şirketin sigortalısı olarak bu kişilerin işlerini yapan avukat lehine hükmedilecek vekalet ücretinin de Gelir Vergisine tabi olduğu konusunda da bir duraksama yoktur. Bu kişiler açısından da elde edilen gelir serbest meslek kazancı tanımına uygundur.

Genel Uygulama Tebliğinde yer alan, *karşı vekalet ücretlerinden sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısmın, serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olduğu* ifadesi sanki ücret karşılığı çalışanlar açısından karşı vekalet ücretinin Gelir Vergisine tabi olmayacağı yorumuna da sebep olabilecektir.

Genel Uygulama Tebliği'nde bu ifadenin yer alması serbest avukatlar aleyhine yaratılacak durumun altyapısını hazırlamaktadır. Daha önce Vergi idaresinin "özelge (mukteza)" seviyesindeki düzenlemeleri çerçevesinde mevcut uygulama, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hükmolunan yasal vekalet ücretlerine ayrıca KDV eklenmemesi ve KDV'nin ücret üzerinden iç yüzde yöntemiyle hesap edilmesi şeklinde cereyan etmekteydi<sup>6</sup>. Maliye Bakanlığının daha önce bir norma bağlı olmaksızın yapmış olduğu uygulamayı tebliğe aktararak artık avukatların haklarını doğrudan etkileyen genel uygulama haline dönüştürmüştür. Bakanlık uygulamasında da karşı vekalet ücretlerinde, ücretli olarak çalışan avukatlar ile kamu avukatları açısından bir KDV uygulaması yapılmamaktaydı. Vergi Mevzuatı açısından aynı hukuki sebebe dayalı bir olay vergiyi doğuruyor ve mükellefi hakkında yasadışı açık bir muafiyet yok ise bu vergi tüm mükellefler açısından eşit şekilde doğmalıdır. Mesleki faaliyetin yürütümü ve karşı vekalet ücreti hesaplanması bakımından serbest çalışan avukatlar ile ücretli veya kamuda istihdam edilen avukatlar açısından bir ayırım gözetilmediği gibi bir muafiyet düzenlemesi de yoktur. Esasen karşı vekalet ücreti uygulaması serbest meslek mensubu olan ve çeşitli harcamaları bulunan ve bütün riski üzerinde taşıyan avukat ile farklı koşullarda çalışan kamu avukatı arasında başka yönden âdil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilmesinin<sup>7</sup> yanında serbest meslek mensubu olanlar aleyhine yersiz vergi uygulaması adaletsizliği artırmaktadır.

<sup>6</sup> Serkan Açar, "Yasal Vekalet Ücretinin Hukuki Niteliği Ve KDV Karşısındaki Durumu", *TBB Dergisi*, 2010, S. 88, s.389-420, s.412

<sup>7</sup> Ejder Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar ", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57 S.3 s.733-751, s.747

### 3-AVUKATLIK ASGARI ÜCRET TARİFESİNDE KDV'NİN TARİFEYE DAHİL OLUP OLMADIĞI

Karşı vekâlet ücretlerinin katma değer vergisine tabi olmamasına rağmen Avukatlık Asgari ücret tarifesinde yapılan düzenleme hataları nedeniyle bu ücretlerden iç yüzde ile Katma Değer Vergisi hesaplanıp ödenmesi gerektiği konusunda Gelir idaresi (Maliye Bakanlığı) yorum ve değerlendirmeler oluşmuştur. Özellikle kamu tarafından ödenecek karşı vekalet ücretlerinin ödenmesinde yasal olmayan *de facto* bir durum yaratılarak Katma Değer Vergili bir makbuz kesmeden serbest çalışan avukatlara ücret ödemesi yapılamaz hale gelmiştir.

Bakanlığın yanlış yorumuna Avukatlık Asgari Ücret tarifesindeki daha önce KDV ile ilgili ifadeler neden olmuştur. Avukatlık asgari ücret tarifesinde “...*Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir*” şeklinde yer alan ifade ile başlayan ve yıllardır karşı vekalet ücret hakları üzerinden yersiz vergi ödemesine sebep olan yanlış uygulama, Genel Uygulama Tebliği ile bu sefer Maliye Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.

Avukatlık asgari ücret tarifesinde yer alan “...*Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir*” kısmı ile ilgili düzenlemenin geçerli olmadığına dair yargı kararları bu tebliğ ile yapılan düzenlemelerin de hukuka aykırı olduğunu göstermesi bakımından ilginç olmaktadır.

*Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen “vergi, resim harç ve benzeri yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.”* hükmü karşısında Katma Değer Vergisine tabi olmadığı açıkça kabul edilen karşı vekalet ücretleri ile ilgili olarak davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve bu makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplanıp ayrıca gösterilmesi şeklindeki tebliğde yer alan ifade kanunilik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Tebliğ ile yasada düzenlenmemiş vergi yükümlülüğü getirilmez.

Verginin kanuniliği ilkesi genel bir ifade tarzı değildir, bu düzenleme ile verginin her türlü ayrıntısının kanun ile düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Vergilerin kanuniliği ilkesi, bir yandan vergilendirme yetkisini kullanan kamu makamlarına, yani vergi alacaklısına direktif verip, onu bağlayıcı bir sınır çizerken, öte yandan

<sup>8</sup> M. Kamil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2006, s.34

bireyler, vergi yükümlüleri bakımından da bu yasaklamanın ihlâli halinde buna karşı çıkmak için bazı haklar tanımaktadır; yükümlüler verginin kanunsuz alınması halinde bir kısım olanaklara sahiptir; Kamu makamlarını bağlayıcı sınıır, yalnız verginin konusunun, matrahının, yükümlüsünün, oranının, vergiyi doğuran olayın, ödenme zamanının kanunla saptanmasını içermekle kalmamakta, bunların ötesinde, kanunla saptanan bu öğelere göre verginin tarh ve tahsilinin kanuna uygun olarak yapılmasını, yürütülmesini de bir direktif olarak koymaktadır<sup>9</sup>.

Maliye Bakanlığı Kanun'da açıkça vergi mevzuuna girmediği halde sadece serbest meslek faaliyetinde bulunan avukatlar için Katma Değer Vergisi yükümlülüğü getirmektedir. Vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerinin de yasayla düzenlenmesi gerekir<sup>10</sup>. Yapılan düzenleme aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'na da aykırı yöntem getirmektedir.

#### 4-TEBLİĞ İLE ORTAYA ÇIKAN YENİ SORUNLAR

Karşı vekalet ücretini gerçekte ödemeyecek olan davayı kazanan kişi adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi, bir takım hukuki sorunlara da yol açacaktır. Avukatın müvekkiline almadığı hizmet karşılığı ve başkası tarafından ödenmiş olan para için düzenlenecek belge Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde tanımlanan sahte belge kavramı ile örtüşmektedir. Sahte faturanın temel özelliği gerçek bir emtia satışına ve yapılmış bir işe dayanmamasıdır<sup>11</sup>. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir. VUK'un 359/b. maddesi gereğince sahte belge düzenlenmesi ve bu belgelerin kullanılması kaçakçılık suçlarına girmektedir. Serbest meslek makbuzu ile davayı kazanan müvekkil, gerçekte bir ödeme yapmadığı halde belgede gösterilen ücreti ödemiş gibi görünmektedir. Oysa ki, ödeme davayı kaybeden tarafından yapıl-

<sup>9</sup> Ahmet G.Kumrulu; "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri ", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, Yayın Tarihi: 1979, s.147-162, s.150

<sup>10</sup> Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008, 2. Baskı, s.17

<sup>11</sup> Özgür Biyan, "Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat: "Eleştiriler ve Öneriler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 12, Özel S., 2010, Basım Yılı: 2012, s.27-55, s.42

maktadır. Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Tebliğin hükmü davayı kazanan avukatı sahte belge düzenlemeye sevk etmektedir. Her ne kadar VUK 369. maddesinde yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmalarının vergi cezası kesilmeyeceğini öngörmüş olsa da tebliğ hükümlerinin kanunun açıkça suç saydığı bir fiilin icrasını öngörmesi sebebiyle belgeyi düzenleyen avukat ile bu belgeyi kayıtlarına alan davayı kazananı cezai sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Genel Uygulama Tebliğinde düzenlenecek makbuzda yer alan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca gösterileceği düzenlenmiş olmasına karşın bu KDV'yi kimin ödeyeceği de belli değildir. Ancak, ilgili kısmın ikinci fıkrası gereğince Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde vekalet ücretlerinin açıkça KDV hariç olduğu belirtilene kadar bu KDV'nin tahsil edilen karşı vekalet ücretinin içerisinde iç yüzde ile hesaplanarak ödeneceği anlaşılmaktadır. Yani, tarife düzeltilinceye kadar karşı vekalet ücretlerinde serbest faaliyet gösteren avukatlar için tebliğ ile getirilen KDV, avukatların haklarından tenzil edileceğinden vergi yükü serbest faaliyet gösteren avukatların üzerinde kalacaktır.

Mahkeme veya İcra Dairelerince hükmedilecek karşı vekalet ücretinde "Katma Değer vergisi hariç" ifadesinin hüküm verecek makamlarca ancak tarifede bu yönde yapılacak bir düzenleme ile mümkün olabilecektir. Bağımsız savunma var ise ancak o yargı sistemi hukuk devletinin yargı sistemidir, bağımsız savunmanın etkin bir şekilde çalışabilmesi de ücret sisteminin adaletli, doğru, gerçek ücretini alabilen ve ücret uyuşmazlığına en az düşülen bir ortamda ancak avukatın gücünden bahsedilebilir<sup>12</sup>. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde vekalet ücretlerinin KDV hariç olarak belirlendiği açıklamasından sonra da KDV'nin avukat mı yoksa müvekkili tarafından mı ödeneceği belirsiz halde kalacaktır. Avukat, müvekkilinden ancak Asgari Ücret Tarifesinden az olmamak üzere yapacağı sözleşme ile kararlaştırılan ücreti talep edebilecektir. Davayı kazanan taraf aslında almadığı bir hizmet

<sup>12</sup> Murat Aydın, "Yargı Kararları Işığında Avukatlık Ücret Sözleşmeleri", Avukatlık Ücret Sözleşmesi ve Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar, 07.03.2008 Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 127, 2008/19, Cep Kitaplığı: XXXV, s.59-95, s.60

ile ilgili olarak ödemediği karşı vekalet ücretinin KDV'sini avukata ödemek durumuyla karşı karşıya kalacaktır. Haklı olarak bu durum, yasal olmadığı gibi avukat ile davayı kazanan müvekkili arasında sorunlara da sebep olacaktır.

Davayı kazanan tarafın kendisine düzenlenen bu serbest meslek makbuzunu kayıtlarına alıp alamayacağı da belirsizdir. Yukarıda da değindiğimiz gibi gerçekte almadığı hizmet ile ilgili belgeyi kullanması VUK 359/b maddesi gereğince vergi kaçakçılığı ile itham edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bırakacaktır. Davayı kazanan tarafın ödemiş olduğu Katma Değer Vergilerini indirim hakkı olacak şekilde faaliyet gösteren vergi mükellefi olması halinde belgede gösterilen KDV'yi indirim konusu yapıp yapmayacağı da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Vergi mükelleflerinin Katma Değer Vergisi Kanunu gereğince ödedikleri KDV'yi indirim konusu yapabilmeleri için KDV Kanunu'nun 34. maddesi gereğince gider belgesini resmi defterlerine kaydetmeleri ve KDV'nin belgede ayrıca gösterilmesi gerekecektir. Ancak, KDV Kanunu'nun 29. maddesi gereğince vergi mükellefleri sadece kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebileceklerinden karşı vekalet ücretleri için KDV ödeseler dahi bu ödeyecekleri KDV'yi indirim konusu yapamayacaklardır. Diğer taraftan KDV Kanunu'nun 30. maddesi gereğince de Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisi indirim konusu zaten yapılamayacaktır. Dolayısıyla vergi mükellefi olsun olmasın davayı kazanan taraf, bu tebliğ ile nihai KDV yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmış olacaktır. Ancak, bu KDV'nin davayı kazanan taraftan ödenmemesi halinde ise avukat tahsil etmediği KDV'yi makbuz düzenlemiş olması sebebiyle vergi idaresine yine ödemek durumunda kalacaktır. Bu sefer tarifede yer alan tutarlar KDV hariç olduğundan daha fazla KDV ödeme durumuna kalacaklardır.

## 5-TEBLİĞ İLE ORTAYA ÇIKAN YERSİZ VERGİLEME

Avukat, karşı vekalet ücretine ilişkin olarak tebliğ ile getirilen KDV'yi müvekkilini ödemeye zorlayamayacaktır. Bu durumda tahsil etmemiş olduğu KDV'yi avukat ödemek durumunda kalacaktır.

KDV'nin avukat tarafından karşılanması gerektiği durumda mahkeme kararında KDV hariç denmesinin veya denmemesinin 100 TL'lik karşı vekalet ücretinde yaratacağı vergi yükü tebliğin uygulanması kabul edildiğinde şu şekilde ortaya çıkmaktadır.

Açıklama	"KDV Hariç" hükmedilen	Herhangi bir ifade yer almadan hükmedilen
Hüküm	100,00 TL	100,00 TL
Vekalet ücreti	100,00 TL	84,75 TL
KDV %18	18,00 TL	15,25 TL
Asgari GV %15	15,00 TL	12,71 TL
Azami GV %35	35,00 TL	29,66 TL
Asgari Toplam Vergi Yükü	33,00 TL	27,96 TL
Azami Toplam Vergi Yükü	53,00 TL	44,91 TL
Avukatın elinde kalacak tutar	47,00 TL-67,00 TL	55,09 TL-72,04 TL

Tebliğin bu haliyle uygulanması sonucunda eğer avukat KDV'yi kendisi karşılamak zorunda kalırsa daha fazla bir vergi yükü ile karşı karşıya kalacaktır. Tebliğ, bu yönü ile tarifede aranan ifadeler yer alsa bile KDV'ye tabi olmayan karşı vekalet ücretini her durumda KDV'ye tabi tutmaktadır.

Karşı vekalet ücretlerinde ücretle çalışan avukatlar açısından KDV hesaplanacağına dair bir belirleme yapılmamış olması avukatlar arasında ayırım yapılmasına ve vergilendirmede ki aynı durumda olanların aynı vergiyi vermesi gerektiği yönündeki yatay adalet ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır. Yukarıdaki tablo dikkate alındığında bunlar KDV'yi ödemeyecekleri gibi gelir vergisi tarifesinin ücret gelirleri açısından daha avantajlı uygulanacağından ellerinde kalacak karşı vekalet ücretleri serbest faaliyet gösteren avukatlara göre daha fazla olacaktır.

Avukatlık ücret tarifesinde KDV ile ilgili olarak halihazırda bir belirleme yoktur. Yani, mahkemelerin vekalet ücretine hükmetmesi sırasında tarifede yer almayan bir ibareyi hükme esas alamayacağı da açıktır. Tebliğ ile yine serbest meslek faaliyetinde bulunan avukatlar açısından mahkeme kararında "KDV hariç" şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde, vekalet ücretinin KDV dahil olduğu kabul edileceği ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV'nin düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterileceği ifadesi karşı vekalet ücretlerinde tarifede değişiklik yapılmadığı sürece tebliğ ile getirilen



KDV yükümlülüğü her durumda avukat üzerinde kalacağından düzenleme açıkça hukuka aykırıdır.

Tarifede yer alan ifade eksikliğinin avukat aleyhine değerlendirilerek karşı vekalet ücretlerinde iç yüzde ile hesaplama yapılması gerektiği yönündeki belirleme vergiye tabi olmayan bir gelirin içinden bir kısmının vergi olarak tahsil edilmesini öngörmesi sebebiyle kanunilik ilkesini zedeleyen bir açıklama olmuştur.

Burada diğer sorun avukatlık asgari ücret tarifesinde vekalet ücretinin KDV hariç tutarlar olarak belirlenmiş olmasına rağmen mahkeme hükmünde bu ifadenin unutulmuş olmasının vergilendirmeye sebebiyet verecek olması da kabul edilemez. Tarife değişikliği sonrasında ilave edilecek KDV'nin kimin tarafından ödeneceğinin belirsiz olması avukatı daha fazla vergi yükü ile karşı karşıya bırakabilecektir.

Bu nedenle 26 Nisan 2014 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak 1 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren tebliğin avukatlık karşı vekalet ücretleri ile ilgili I-B-4 bölümünde yer alan:

Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım, serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olur. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenler ve makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca gösterirler.

Mahkeme kararında "KDV hariç" şeklinde bir ifadenin yer alması halinde, vekalet ücretinin KDV dahil olduğu kabul edilir ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV, düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilir.

ifadeleri hukuka aykırı olup, tebliğ ile vergi yükümlülüğü getirmiş olduğundan iptali için Danıştay da dava açılması gerekir.

## **6-KARŞI VEKALET ÜCRETLERİNDE GELİNER DURUMUN ARKA PLANI**

Sorunun nasıl doğduğunu anlamak için tarife düzenlemelerinin geçmişine bakmak gerekmektedir. Türkiye Barolar Birliğince yayımlanan (2002 yılına ilişkin) Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde<sup>13</sup> (Tari-

<sup>13</sup> 04.12.2001/24603 RG

fe) Katma Değer Vergisine ilişkin bir hüküm olmamasına karşın, 2003 yılına ilişkin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin<sup>14</sup> 21. maddesinde “*Bu Tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı kanun hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir*” ifadesi kullanılmıştır.

Esasen Tarife’de Katma Değer Vergisinin durumuna ilişkin bir belirlemenin yapılması genel anlamda sorunu ortaya çıkarması bakımından isabetli olmuştur. Zira, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 20/4. maddesinde “*Belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedeli; Katma Değer Vergisi dahil edilerek tespit olunur ve vergi müşteriye ayrıca intikal ettirilmaz*” hükmü yer almaktadır. Belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işlerde fiyatın KDV dahil olarak tespit edilmesi zorunluluğu, KDV Kanunu’nun 20/4. maddesinin bir gereğidir<sup>15</sup>. Katma değer vergisinin durumu açıkça belirtilmediği hallerde tarifede yer alan ücretler içerisinde katma değer vergisi de dahil olarak kabul edilecektir. Ancak düzenlemede yapılan ifade hatası karşı vekâlet ücretlerinde hali hazırda yaşanan KDV sıkıntısını da başlatmış oldu.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168. maddesine istinaden Türkiye Barolar Birliğince belirlenen tarifeler bir yandan avukatların müvekkilleri ile yapacakları sözleşmelerde asgari sınırı belirlerken diğer taraftan mahkeme ve icra daireleri tarafından hükmedilecek karşı vekâlet ücretleri için de esas teşkil etmektedir. 2003 yılından itibaren Tarife’deki düzenlemeye bağlı olarak ilamlarda karşı vekâlet ücretleri Tarife’de karşılığı bulunan tutar ile “+ KDV” şeklinde yer almaya başlamıştır. Ancak Katma Değer Vergili ilamlar Yargıtay tarafından Tarifeye bağlı ücretlerin Katma Değer Vergisi Kanununun 20/4. maddesi gereğince katma değer vergisi dahil olarak belirlendiği Asgari Ücret tarifesinin 21. maddesine istinaden ayrıca KDV eklenmesinin mümkün olamayacağı zira Anayasanın 73. maddesinde yer alan “vergi, resim harç ve benzeri yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır” açık hükmü karşısında Asgari Ücret Tarifesi ile vergi konulamayacağı gerekçesi ile bozulmuştur.

<sup>14</sup> 28.11.2002/24950 RG

<sup>15</sup> Coşkun Aras, Y. Ziya Usta, “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine Göre Yapılacak Vekâlet Ücreti Ödemelerine Ayrıca KDV Uygulanmayacağı”, Yaklaşım, Haziran 2006 , Sayı: 162, yaklasim.com Erişim:01.06.2014

*Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesinde; "bu tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı Yasa hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir", denilmekte ise de, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Yasası'nun 20/4. maddesinde, "belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler ile biletle tahsil edilen hallerde tarife ve bilet bedeli, katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunur ve vergi müşteriye ayrıca intikal ettirilmez." hükmü ile Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen "vergi, resim harç ve benzeri yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." şeklindeki yasa maddelerinin bu düzenleme biçiminin yer almış bulunması, normlar arasındaki aykırılık yaratmıştır. Bu gibi durumlarda ve Yargılama Hukuku bakımından öncelikle gözönünde tutulacak hüküm, Anayasa kuralıdır. Yukarıda yazılı olan Anayasa kuralına dayanılarak çıkarılan 3065 sayılı Yasanın 20/4. maddesinde, yukarıda açıklandığı üzere, bu nitelikteki tarifelerde öngörülen miktarın içinde Katma Değer Vergisi'nin de bulunduğu, diğer bir ifade ile Katma Değer Vergisi'nin, tarifede belirlenen miktar içinde yer aldığı belirtilmiştir. Şu durumda, yasa hükmü gözetildiğinde, tarifedeki ücrete ayrıca Katma Değer Vergisi'nin eklenmemesi gerektiği kabul edilmek gerekir.*

*Mahkemenin yukarıda yazılı olan bu yasal düzenlemeleri gözetmeden, tarifede belirlenen ücrete ayrıca Katma Değer Vergisi eklenmesi biçiminde vardığı sonuç usul ve yasaya aykırı olup karar bu nedenle bozulmalıdır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 17.09.2003 tarih ve 2003/4051 E-2003/10170*

Yargıtay'ın bozma kararları sonrasında Türkiye Barolar Birliğince Tarife'deki ifade değiştirilmek yerine 04.12.2003 tarih ve 25306 sayılı (2004 Yılı), 04.12.2004 tarih ve 25660 sayılı (2005 yılı), 04.12.2005 tarih ve 26013 sayılı (2006 yılı) resmi gazetelerde yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinde Katma Değer Vergisine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

Bu durumda Katma Değer Vergisine ilişkin herhangi bir ifade yer almayan tarifelerdeki tutarlar Yargıtay kararlarına da esas olduğu üzere Katma Değer Vergisi Kanununun 20/4. maddesi gereğince KDV dahil olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu ile karşı karşıya kalınmıştır. Ancak burada avukatlar açısından ortaya çıkan esas sorun KDV kanununun 8'nci maddesinden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda da değindiğimiz üzere Katma Değer Vergisinin konusuna girmeyen ve ilamlarda yer alan karşı vekalet ücretleri içerisinde

de Katma değer vergisi yer aldığı sonucu çıkabilmektedir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 8/2. maddesinde yer alan “*Vergiye tabi bir işlem söz konusu olmadığı veya katma değer vergisini fatura veya benzeri vesikalarda göstermeye hakkı bulunmadığı halde; düzenlediği bu tür vesikalarda katma değer vergisi gösterenler, bu vergiyi ödemekle mükelleftirler*” hükmü dikkate alındığında Genel Uygulama Tebliği ile karşı vekalet ücretleri için serbest meslek makbuzu düzenlenip KDV hesaplandığında anda Karşı vekalet ücreti için KDV ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır.

Serbest meslek mükellefiyeti bulunan Avukatlar açısından maalesef yıllardır KDV yersiz yere ödenmek durumunda kalınmışken, kurum veya şirket bünyesinde çalışan Avukatlar serbest meslek makbuzu düzenlemediklerinden bu uygulamanın dışında kalarak avukatlar arasında da bir adaletsizliğe sebep olmuştur. Maliye Bakanlığı Genel Uygulama tebliğinde de avukatlar arasında yasal bir dayanak olmaksızın ayırım yapmış ve serbest çalışan avukatlar açısından KDV Genel Uygulama Tebliği ile KDV yükü getirmiştir.

Mevcut durumda eğer Avukatlık Asgari Ücret tarifesinde belirlenen tutarlar açısından KDV 20/4 gereğince tutar içerisinde KDV var ise o zaman bu KDV sadece serbest faaliyet gösteren avukatlar açısından değil, karşı vekalet ücreti alan tüm taraflar için vardır.

Yargıtay ilamlarında da belirtildiği üzere daha önceki tarifelerde yer alan Katma Değer Vergisine ilişkin ifadelerin Anayasamızın 73 maddesinin acık hükmü karşısında geçersiz olduğu açıktır. 2003 yılına ilişkin Tarife’de “*Bu Tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı kanun hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir*” şeklinde yer alan ifade hatası “ayrıca ilave edilir” kısmında yer almaktadır.

Yapılması gerekli düzenleme şu şekilde olmalıydı: “*Bu Tarifede yer alan ücretler KDV hariç brüt tutarlardır*”. Bu ücret için KDV uygulanıp uygulanmayacağı yetkisi Anayasamızın 73. maddesi gereğince yasa ile TBMM’ye aittir. Kaldı ki karşı vekalet ücretleri için KDV uygulanması gerektiği ile ilgili bir yasal düzenleme yapılsa bile uygulanacak oran tarifedeki tutarlara ekleneceği ve HMK hükümleri çerçevesinde yargılama gideri olarak karşı tarafa yükleneceğinden bu düzenleme avukatların ve davayı kazanan müvekkillerinin hukukunu olumsuz etkilemeyecektir.

Tarifedeki ücrete KDV'nin dahil veya hariç olduğu belirtilmediği durumlarda, tarifede belirtilen ücretlere KDV'nin dahil olduğu anlamına geleceği KDV kanununun 20/4 maddesi gereğidir. Bu yolla, avukatın müvekkili ile arasındaki ilişkide tarife üzerinden bir belirleme yapılırsa bu ücret içerisinde KDV de dahildir denilebilir. Ancak KDV'ye tabi olmadığı açıkça belli olan ve tarifeye göre ilamlarda gösterilen Karşı vekalet ücretleri Katma Değer vergisine tabi olmayacak ancak tarifedeki ücrette KDV'nin yer almış sayılması isabet eden KDV'yi makbuz düzenlenmesi halinde ödeme yükümlüğünü getirecektir. Oysa düzenleme aktif karakterli değil de pasif karakterli olsaydı yani tarifedeki ücretin KDV hariç ücret olduğu belirtilmiş olsaydı bu sorun hiç yaşanmayacaktı.

Diğer taraftan tarifenin bu haliyle avukatın müvekkili ile olan hizmet ilişkisinde asgari ücrete KDV'nin tabi olduğu konusunda duraksama yoktur. Tarife karşı vekalet ücretinin dışında normal hizmet bedeli konusunda KDV yönünden de avukatın aleyhine sonuç doğurmaktadır.

Nitekim benzer düzenlemeleri Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 3568 sayılı Kanun kapsamında yer alan Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin asgari ücret tarifelerinde görebilmekteyiz. SMMM tarifesinde bir sorun yaşanmamaktadır.

Maliye Bakanlığınca, yayımlanan 2004 Yılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesi'nin<sup>16</sup> "Ücret Tespitinde Dikkate Alınacak Hususlar" bölümünün 6. bendinde, 2005<sup>17</sup>, 2006<sup>18</sup>, 2007<sup>19</sup>, 2008<sup>20</sup>, 2009<sup>21</sup>, 2012<sup>22</sup> ve 2013<sup>23</sup> Yıllarına ilişkin *Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesi'nin "Ücret Tespitinde Dikkate Alınacak Hususlar"* bölümünün 4. bentlerinde "Tarifedeki ücretler, KDV hariç brüt tutarlardır" ifadeleri ile Katma Değer Vergisi Kanununun 20/4. maddesindeki varsayılan durumun önüne geçilmiştir.

<sup>16</sup> 31.12.2003/25333 RG

<sup>17</sup> 28.12.2004/25684 RG

<sup>18</sup> 30.12.2005/26039 RG

<sup>19</sup> 30.12.2006/26392- 4. Mükerrer RG

<sup>20</sup> 29.12.2007 /26741 RG

<sup>21</sup> 24.01.2009/27120 RG

<sup>22</sup> 30.12.2011/28158-3. Mükerrer RG

<sup>23</sup> 28.12.2012/28511 RG

O halde karşı vekâlet ücretlerinde yaşanan KDV sıkıntısının aşılabilmesi için 2003 yılına ilişkin Avukatlık Asgari Ücret tarifesinden itibaren yer alması gereken ifade Maliye Bakanlığınca mali müşavirler için yaptığı düzenlemeyle uyumlu olarak "Tarifedeki ücretler, KDV hariç brüt tutarlardır" olmalıdır. Bu ifade daha sonraki tarifelerde de yer almış olsaydı karşı vekâlet ücretlerinde gereksiz yere yaşanan bu sıkıntı da Avukatların gündemini işgal etmeyecekti. Ancak en azından bundan sonraki düzenlemelerde bu ifadelere yer vererek bu konudaki sıkıntı da giderilmiş olacaktır.

Diğer önemli olan bir husus ise KDV ile ilgili bir belirleme yapılmamış olması nedeniyle tarifedeki ücretlere KDV dahil kabul edildiğinde, Bakanlar Kurulunca KDV oranı değiştirildiğinde bu durum kendiliğinden avukatın net ücretini etkileyecektir. Bu ise 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168nci maddesi gereğince Türkiye Barolar Birliğine verilen Asgari Ücreti belirleme yetkisini ihlal edici niteliktedir.

### SONUÇ:

1. İlamlarda belirtilen karşı vekâlet ücretleri bir mal teslimi veya hizmet ifası karşılığı olmadığından KDV'ye tabi değildir.
2. KDV Genel Uygulama Tebliği ile karşı vekalet ücretleri üzerinde hukuka aykırı şekilde vergilendirme getirilmiştir.
3. Karşı vekalet Ücretlerinde öngörülen KDV'nin mükellefi belli değildir.
4. Davayı kazanan adına düzenlenecek belgelerde gösterilen KDV davayı kazanan tarafından ödenmesine zorlayacak yasal bir düzenleme olmadığı gibi, davayı kazanan Karşı Vekalet ücreti için öngörülen KDV'yi ödese bile bu tutarı indirim veya gelir veya kurumlar vergisinin hesabında gider unsuru olarak dikkate alamayacaktır.
5. Tebliğ anayasaya aykırı olmakla avukatları bağlamayacaktır. Ancak avukatlar tebliğ hükümleri nedeniyle vergi incelemesi sırasında eleştiri ile karşı karşıya kalabilirler. Avukatların bireysel olarak vergi ihtilafları ile karşılaşmasını veya uğraşmasını engellemek bakımından tüm avukatların menfaatini menfi yönde etkileyen tebliğ hükümlerinin iptali için Barolarımız tarafından yürütme-

nin durdurulması talepli davaların bir an evvel ve yasal süresi içerisinde açılması gerekmektedir.

6. Resmi Gazetede ilan edilmiş olan bu düzenleme tüm avukatların haklarını 1 Mayıs 2014 tarihi itibarıyla haleldar etmiş olması nedeniyle ve bu olumsuzluktan en azından karşı vekalet ücretlerinden iç yüzde ile KDV hesaplanarak avukat haklarının vergi olarak tahsil edilmesini engellemek bakımından Avukatlık Asgari Ücret tarifesinde "Tarifedeki ücretler, KDV hariç brüt tutarlar" olduğu şeklindeki belirlemenin bir an evvel yapılması gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Ağar Serkan, "Yasal Vekalet Ücretinin Hukuki Niteliği Ve KDV Karşısındaki Durumu", *TBB Dergisi*, 2010, S. 88, s.389-420
- Aras Coşkun, Usta Y.Ziya, "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine Göre Yapılacak Vekalet Ücreti Ödemelerine Ayrıca KDV Uygulanmayacağı", *Yaklaşım*, Haziran 2006 , Sayı: 162
- Aydın Murat, "Yargı Kararları Işığında Avukatlık Ücret Sözleşmeleri", Avukatlık Ücret Sözleşmesi ve Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar, 07.03.2008 Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 127, 2008/19, Cep Kitaplığı: XXXV, s.59-95
- Biyaz Özgür, «Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat: "Eleştiriler ve Öneriler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Özel S., 2010, Basım Yılı: 2012, s.27-55
- Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008, 2. Baskı
- Kartal Zihni, "Karşı Taraf Vekalet Ücreti KDV'ye Tabi mi?", *Yaklaşım / Eylül 2012 / Sayı: 237* s.296-299
- Kumrulu Ahmet G.; "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri ", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, Yayın Tarihi: 1979, s.147-162
- Mutluer M. Kamil, *Vergi Genel Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2006
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, *Vergi Hukuku* , 21. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2012
- Türkey İmdat, «Avukatlık (Vekalet) Ücretinin Vergilendirilmesi», *TBB Dergisi*, 2012, S.101, s.317-332
- Yılmaz Ejder, "Kamuda Çalışan Avukatlar ", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.57 S.3 s.733-751
- Yılmaz Ejder, "Yargılamaya Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1984/2 s.200-224



# KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU VE VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA UYGULAMASI

## THE OMBUDSMAN INSTITUTION AND ITS IMPLEMENTATION ON TAX DISPUTES

Zeynep MÜFTÜOĞLU HOŞ\*

**Özet:** Kökleri yaklaşık yüz yıl öncesine dayanan ve birçok ülkede sağlıklı şekilde işlev gören kamu denetçiliği kurumu, idarenin eylem, işlem ve tutumlarının neden olduğu hak ihlallerini gidermeyi amaçlamaktadır. Ülkemizde de 2013 yılından itibaren faaliyet gösteren kurumun, uyuşmazlık çözüm yollarımızın karmaşık yapısı ve kanunda düzenleniş şekli nedeniyle ortaya çıkabilecek birtakım belirsizlikler bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu denetçiliği kurumu, hukuk devleti, idarenin denetimi, vergi uyuşmazlığı, uyuşmazlık çözüm yolları

**Abstract:** Ombudsman, which takes its roots from a hundred year ago and functions well among most of the countries it is applied; targets correcting the violations of actions, transactions and attitudes of administrative authorities. In Turkey, ombudsman has been accepting applications since 2013 but there are some problems predicted to be faced in the near future depending on the complex structure of our dispute resolution procedures and the framework of the institution prescribed by law.

**Keywords:** Ombudsman, rule of law, review of administration, tax dispute, dispute resolution

## GİRİŞ

Günümüzde devletin niteliği değişmiş, ekonomik ve sosyal hayatta oynadığı rol oldukça genişlemiş; kamu hizmetlerinin çeşitliliği, kapsamı ve ulaştığı insan sayısı hızla artmıştır. Bu durum, idarenin, bireylerin alanına daha çok girmesine ve dolayısıyla insan haklarının

\* Ar. Gör., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı

ihlal edilme olasılığının artmasına yol açmıştır. İdarenin bu tür ihlalleri, demokratik hukuk devleti niteliği kazanmış ülkelerde engellenebilmekte ya da yaptırıma tabi olmaktadır. Çünkü demokratik hukuk devletleri, bireylerin hak ve özgürlüklerini, kamu gücü kullanan devlet karşısında korumayı amaç edinmektedir. Hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ülkeler, idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak için hukukilik ve yerindelik denetimi mekanizmaları geliştirmektedirler. Günümüzde, geleneksel denetim yollarının ve araçlarının, çağdaş idarenin hızla artan gücü ile başa çıkmada zorlandığı savunulmaktadır.<sup>1</sup> Bu nedenle kamu denetçiliği kurumu, idarenin eylem ve işlemlerinin, bu şekilde iki temel koldan yürütülen denetimine alternatif bir denetim mekanizması olarak öngörülmektedir. Kamu denetçiliği kurumu, idarenin eylem ve işlemlerinin denetimini sağlayan yollarla işbirliği içinde çalışarak kamu hizmeti sunmak için kullanılan bu eylem ve işlemlerin insan haklarına uygun olmasını sağlamayı amaç edinmiştir.<sup>2</sup> Kamu denetçiliği kurumu, idari yargıya tercih edilecek, onun yerine kullanılacak bir yol olmayıp; yargı yoluna gidilmeden önce hakkı ihlal edilen tarafın önüne sunulan seçeneklerden birisi olarak varlık göstermektedir. Kamu denetçiliği kurumunun alternatif denetim mekanizması olma işlevi, idarenin tutumlarını denetleme bakımından oldukça önemlidir. Çünkü idarenin eylem ve işlemleri hakkında yargı yolu açık olmakla birlikte bu yol idarenin 'tutum'unun insan haklarına uygun olması bakımından, (disiplin soruşturması dışında) bir denetim yolu öngörememektedir.

Yazının ilk bölümünde, kamu denetçiliği kurumunun tarihçesi kısaca ele alınacak; ikinci bölümde kamu denetçiliği kurumunun ülkemizde geçirdiği gelişim aşamaları ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun düzenlediği şekilde ülkemizde uygulanış usulü açıklanacaktır. Son bölümde ise kurum, vergilendirme işlemleri bakımından incelenerek, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde sağlayabileceği faydalar ve meydana gelebilecek aksaklıklar ele alınmaya çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Muammer Oytan, "Ombudsman Eli İle İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme", *Danıştay Dergisi*, Y. 5, S. 18- 19, 1975, s. 194.

<sup>2</sup> Tufan Erhürman, "İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, s. 339.

## I. BÖLÜM: KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN TARİHÇESİ

Eski Roma ve eski Çin Hanedanlığında benzer kurumlar olmakla beraber,<sup>3</sup> günümüzde kullanıldığı şekliyle kamu denetçiliği krumu ilk olarak 1713 yılında İsveç'te doğmuş; 1809 yılında anayasal kurum haline getirilmiştir. Kurum, İsveç'in uluslararası anayasal gelişime en önemli katkısı olarak nitelendirilmektedir.<sup>4</sup> 1709 yılında Ruslara yenilerek Osmanlı Devletine sığınan İsveç Kralı XII. Charles'ın, Edirne'de ikamet ettiği beş yıllık sürede, devletin iyi yönetilmesi için kendisinin gözü kulağı olacak nitelikte Stockholm'de atadığı kamu denetçiliğinin,<sup>5</sup> arada farklar olmakla birlikte Osmanlı Devletinde İslam hukukunun halkın birbiriyle ve devletle ilişkisinde uygulamasını güvenceye almak amacıyla oluşturulan kadilkudat kurumundan geldiği öne sürülmektedir.<sup>6</sup> İsveç'te memurların yaptığı hatalar konusunda uzmanlaşmış savcı olarak işlev gösteren kamu denetçiliği kurumu,<sup>7</sup> 20. yüzyıldan itibaren Polonya, Hollanda, İspanya, Amerika ve pek çok ülkede hızla yayılmış; günümüzde 100'den fazla ülkede faaliyet gösterir olmuştur.<sup>8</sup> Kelime anlamı olarak "sözcü, temsilci, koruyucu, başkaları için şikayet eden kişi" anlamına gelen ombudsman, Türkçede kamu denetçisi, haklar savunucusu, parlamento komiseri, kamu-say gibi farklı şekillerde kullanılmaktadır.<sup>9</sup> Ombudsmanlık kurumu,

<sup>3</sup> Geoffrey Sawer, *Ombudsman*, Melbourne Üniversitesi Yayını, Victoria, 1968, s. 6. (Aktaran: Süleyman Arslan, "İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19, Ş. 1, 1986, s. 157.

<sup>4</sup> Claes Eklundh, "The Parliamentary Ombudsmen In Sweden", *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara, 2000, s. 463.

<sup>5</sup> Şeref İba, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 239.

<sup>6</sup> Bilal Eryılmaz, "Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler", *Amme İdaresi Dergisi*, C.26, S. 4, Ankara, 1993, s. 91; Zehra Odyakmaz, "Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlamento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler", *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara, 2000, s. 488; Viktor, J Pickl, "Ombudsman ve Yönetimde Reform", çev. Turgay Ergun, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19, S. 4, Ankara, 1986, s. 39.

<sup>7</sup> Ramazan Şengül "Türkiye'de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. C. 14, S. 2, Kocaeli, 2007, s.127.

<sup>8</sup> Eklundh, s. 463. Kurum, pek çok Avrupa ülkesinde başarıyla uygulanmakta; bu ülkelerde, inceleme alanı giderek genişletilmektedir. İngiltere örneği için bkz: Arslan, age.

<sup>9</sup> Doğan Kestane, "Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)", *Maliye Dergisi*, S.151, 2006, s. 131; Hasan Dursun, "Türkiye'de Ombudsmanlığın (Kamusalığın) Etkin Olarak İşleyebilme Yetisi Yoktur", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, 2011, s. 378.

Fransa'da arabulucu, İspanya'da halk savunucusu, Avusturya'da halkın avukatı, Portekiz'de adalet temsilcisi ve diğer ülkelerde de pek çok farklı şekilde adlandırılmaktadır.<sup>10</sup> Kurum günümüzde, "zamanımızın bir simgesi"<sup>11</sup> olarak nitelendirilmekte ve Avrupa Konseyi İstişari Asamblesi tarafından da üyelerine, kendi ülkelerinde kurmaları ve faydalanmaları tavsiye olunmaktadır.<sup>12</sup>

Kamu denetçiliği kurumu, neredeyse her ülkede farklı şekilde adlandırılrsa da bu kullanımların hepsinin ortak noktası, bireylerin temel haklarının korunması ve hukuk devleti ilkesini temel alan demokratik bir kurum olmasıdır.<sup>13</sup> Bu amacı gerçekleştirebilmesi kamu denetçisinin tarafsız ve bağımsız olmasına bağlıdır. Kamu denetçisi, uyuşmazlıkların çözümünde idareden de bireyden de bağımsız üçüncü kişi konumundadır.<sup>14</sup> Bireylerin temel haklarının korunması amacıyla idarenin denetimi mekanizması olarak oluşturulan bu kurum, kuşkusuz ki idarenin ve yürütmenin tüm baskı ve etkilerinden uzaklaştırılmalıdır. Aksi takdirde idarenin denetimi için getirilen bu kurum, hiyerarşik denetim ya da vesayet denetiminden farklı olmayacaktır.<sup>15</sup> Kamu denetçisi, hataların düzeltilmesi ve tekrarlanmaması doğrultusunda idareye yol gösterici ve idareyi ikna edici rol oynayacaktır.<sup>16</sup> Kamu denetçiliği kurumu, yukarıda da değinildiği gibi bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve idarenin eylem, işlem ve tutumlarının hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla düzenlenmiş bir yoldur. Denetçilerin, bu amaçlar doğrultusunda yaptığı incelemeler, yargının iş yükünün hafiflemesi, idari yönetimin ve memurların iyileştirilmesi gibi olumlu sonuçlar da doğurmaktadır. Denetçilerin, ihlalleri gidermede rol oynaması idare ve bireyler arasında güven ilişkisinin kurulması ve pekiştirilmesinde de fayda sağlamaktadır.

<sup>10</sup> Nuri Tortop, "Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulanması", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 1, S. 31, 1998, s. 4.

<sup>11</sup> Oytan, s. 194.

<sup>12</sup> Kestane, s. 129.

<sup>13</sup> Eklundh, s. 462.

<sup>14</sup> Şengül, s. 127.

<sup>15</sup> Erhürman, s. 89.

<sup>16</sup> Şengül, s. 128.

## II. BÖLÜM: 6328 SAYILI KAMU DENETÇİLİĞİ KANUNU

Yukarıda da belirtildiği gibi kamu denetçiliği kurumu, temelleri 19. yüzyılın başlarına dayanan bir uygulamadır ve bu denetim mekanizmasının temellerini Osmanlıdan aldığını savunan görüşler mevcuttur. Kurumun kökleri eskilere dayanmakla beraber ülkemizde 2013 yılında uygulanmaya başlanmıştır.

Konuya dair ilk çalışmalar kalkınma programlarında kendini göstermiş; Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Programı, yönetim ve bireylerin ilişkiye girdikleri hususlarda meydana gelen uyumsuzlukların etkin ve hızlı şekilde çözülmesi amacıyla kamu denetçiliği kurumunun kurulmasını öngörmüştür.<sup>17</sup> Ardından gelen Sekizinci Kalkınma Planı ise aynı doğrultuda kamu denetçiliği kurumunun oluşturulması için gerekli alt yapı çalışmalarının oluşturulmasına önem verileceğini düzenlemiştir.<sup>18</sup> Planlar ve çalışmalar, 2006 yılında 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile sonuç vermiş; söz konusu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 25.12.2008 tarihli E. 2006/140, K. 2008/185 sayılı kararla Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptalin temel gerekçesi, TBMM'nin yetki ve görevlerinin Anayasanın 87. maddesinde sayıldığı ve bu sayılanlar arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisinin bulunmadığıdır. Mahkeme, kararında, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, bir kamu tüzel kişisi olarak oluşturulmak istendiği ve çalıştırılacak uzmanların, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kamu görevlileri olduğu belirtilmiş; bu kişilerin görev, yetki ve çalışma ilke ile yöntemlerinin yasayla düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu nedenle bahsi geçen konuların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasanın 128. maddesiyle bağdaşmadığına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 6. maddesinde hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı; 7. maddesinde de yasama yetkisinin Türk Ulusu adına TBMM'de olduğu ve bu yetkisinin dev-

<sup>17</sup> Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Programı, <http://www.dpt.gov.tr/PortalDesign/PortalControls/WebIcerikGosterim.aspx?Enc=83D5A6FF03C7B4FC511D74F7DFC4C49E> (E.T. 01.09.2013)

<sup>18</sup> Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Programı, <http://ekutup.dpt.gov.tr/plan/viii/plan8.pdf> (E.T. 01.09.2013)

redilemeyeceği üzerinde durmuştur. Mahkeme, Anayasada, yasayla düzenlenmesi öngörülen bir konunun yasada genel ilkeleri düzenlenmeden; sınırı ve çerçevesi çizilmeden yönetmeliğe bırakılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararının ardından 2010 yılında, Anayasanın dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddesine yapılan ekleme ile Kamu Denetçiliği Kurumu düzenlenmiş; madde metninde kurumun meclise bağlı olacağı, seçim esasları, kanunla düzenlenecek hususlar yer almıştır. Avrupa Birliği tarafından düzenlenen 2011 Yılı İlerleme Raporunda da kamu denetçiliği kurumunun kurulmasına önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>19</sup> Bu gelişmelerin ardından 14.06.2012 tarihinde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu kabul edilmiş ve kamu denetçileri, 29.03.2013 tarihinde göreve başlamıştır. Kamu denetçiliği kurumu, kanunda, kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikayet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere kurulan bir kurum olarak düzenlenmiştir. Kanunda da düzenlendiği üzere kamu denetçilerinin kararları idare ve yargı organları için bağlayıcı değer taşımayıp, öneri niteliğindedir. Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı karar ve emirler; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler; yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar; Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri ise kamu denetçilerinin görev alanı dışında bırakılmıştır.

Kanunda, baş denetçinin meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile seçileceği düzenlenmiş; birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamada üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun aranacağı belirtilmiştir. Bu çoğunluk da sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu, dördüncü oylamada, karar yeter sayısına ulaşılacak şartıyla en fazla oy alan aday seçilmiş olacaktır.

<sup>19</sup> Avrupa Birliği Komisyonu, Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu, SEC (2011) 1201, Brüksel, 2011, s. 12. [http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IllemeRaporlari/2011\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IllemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf) (E.T. 18.05.2013).

Kanunda kuruma başvurabilecekler arasında bir ayırım yapılmamış; gerçek ve tüzel kişilerin başvurabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, gereksiz yere birçok başvuru yapılarak kurumun işleyişini yavaşlatacak olma ihtimali nedeniyle eleştirilse de kurumun getiriliş amacına uygun bir düzenleme olarak yorumlanmaktadır.<sup>20</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte<sup>21</sup> ise başvuru için menfaat ihlali şartını aramaktadır. Ülkemizde düzenlendiği haliyle denetçinin, re'sen harekete geçme yetkisi olmayıp, başvuru şartı aranmaktadır.

Yapılan başvurulardan belli bir konuyu içermeyenler; yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarıncaya karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olanlar; gerekli bilgileri içermeyen dilekçelerle yapılanlar; sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ve daha önce sonuçlandırılanlar incelenmeyecektir. Kurumu başvurulabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda (İYUK) öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bu şekilde idareye yapılan başvuruya verilen cevabın tebliği tarihinden altı ay içinde kamu denetçiliği kurumuna başvurulabilecektir. İYUK'ta öngörülen yollar tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilecektir. Telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan haller için kuralın istisnası düzenlenmiştir. Bu hallerde, idari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular da kabul edilecektir. Yönetmeliğin 13. maddesinin 5. fıkrasında düzenlendiği üzere idarenin "tutumlarına" karşı yapılan başvurular hakkında da idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı aranmayacaktır. Kuruma başvuru süresi, idari başvuru yolları üzerine idare tarafından verilen cevabın tarihi üzerinden, idare başvuruya altmış gün içinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bitiminden itibaren altı aydır.

<sup>20</sup> Abdi Sağlam, "Kamu Denetçiliği ve İdari Yargı İle İlişkisi", *Adalet Dergisi*, S. 44, 2012, s. 37.

<sup>21</sup> 28.03.2023 tarihli, 28601 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlerleyen bölümlerde Yönetmelik olarak anılacaktır. (Kanun ve yönetmeliğin başvuru koşullarını farklı düzenlemesine dair yorumlar ilerleyen bölümlerde yapılacaktır).



Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, isteğin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur. Belgeleri süresinde, haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında soruşturma açılacaktır. Kamu denetçileri, bilirkişi görevlendirebilmekte; tanık ya da ilgili kişileri dinleyebilmektedir. Yapılan başvuruların inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde sonuçlandırmak durumunda olan kurum, inceleme ve araştırma sonuçlarını ve önerilerine başvuran kişiye ve ilgili merciye bildirecektir. Kendisine önerilerde bulunulan ilgili merci, kurumun önerilerini ve tesis ettiği işlemi uygulanabilir nitelikte bulmuyorsa bu durumun gerekçesini otuz gün içinde Kamu Denetçiliği Kurumuna bildirmek durumundadır.

Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru yapılması işlemin yürütülmesini durdurmamakla beraber, dava açma süresini durdurmaktadır. Söz konusu başvurunun reddedilmesi halinde durmuş olan dava açma süresi, kaldığı yerden devam etmektedir. Başvurunun kabul edilmesi halinde ise, ilgili merci kurumun getirdiği öneri doğrultusunda otuz gün içinde işlem tesis etmez ya da eylemde bulunmazsa durmuş olan dava açma süresi yine kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Aynı şekilde kurumun başvuruyu kabul etmesi fakat inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlamaması halinde de durmuş olan dava açma süresi işlemeye başlayacaktır. Kuruma başvuru yapıldıktan sonra inceleme sonuçlanmadan şikayet konusu eylem ya da işlem hakkında dava açılırsa, kurum tarafından gerçekleştirilen inceleme sonlandırılacak ya da mahkeme kararı beklenerek inceleme mahkeme kararı doğrultusunda sonuçlandırılacaktır.

Kanunda ve yönetmelikte düzenlenişi yukarı özetle anlatıldığı gibi olan kamu denetçiliği kurumun 2012 yılı ilerleme raporunda da değinilmiş; raporda, Türkiye’de kamu denetçiliği kuruma kimsenin talimat verememesinin güvence altına alınması olumlu bulunmuş; denetçinin re’sen araştırma yetkisinin olmaması gibi bazı hususlar eleştirilmiştir.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Avrupa Birliği Komisyonu, Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu, SWD (2012) 336, Brüksel, 2012, s. 11, [http://www.abgs.gov.tr/files/strateji/2012\\_ilerleme\\_raporu.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/strateji/2012_ilerleme_raporu.pdf) (E.T. 5.5.2013).

### III. BÖLÜM: VERGİ UYUŞMAZLIKLARI ÖZELİNDE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

#### A. Kamu Denetçiliği Kurumunun Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Rolü

Günümüzde vergilendirme işlemlerine dair mevzuat hızla değişmektedir. Bu hızla artan ve değişen mevzuat karşısında bireylerin, haklarından haberdar olamadığı; uyuşmazlık ve ihlallerin giderilemediği durumlarla karşılaşabilmektedir. Zaten karmaşık ve teknik olan mali konular, hızla artan ve sürekli değişen kanunlar, genel tebliğler ve benzeri mevzuatla daha da karmaşık hale gelmektedir. Bu yoğunluk, idarenin hukuka aykırı işlemler tesis etmesine neden olabilmektedir. Kamu denetçiliği kurumu, son düzenlemelerin ardından, vergi mükelleflerinin haklarının vergi idaresinde ihlal edildiğini düşünmesi durumunda başvurabileceği yollardan birisi haline gelmiştir. Bu haliyle kamu denetçisi, usul hukukuna ve maddi hukuka ilişkin aykırılıkları, hakkaniyete aykırı uygulamaları inceleme yetkisine sahip olduğundan vergi mükellefinin haklarının korunması ile görevli bir merci olarak işlev görebilecektir.<sup>23</sup> Vergi uyuşmazlıkları, uyuşmazlığın uzaması durumunda kayıpların da artacağı mali konulardan olduğundan, ilgililer sonuca mümkün olan en kısa zamanda ulaşmayı hedeflemektedirler. Kamu denetçiliği kurumu da sağlıklı işleme halinde vergi uyuşmazlıklarının hızlı çözümü için başvurulabilecek yollardan birisi olarak görünmektedir.

Kamu denetçisinin önleyici ve caydırıcı etkileri, idarenin denetlenmesine; kamu yönetiminin iyileştirilmesine katkı sunacaktır. Kamu denetçisinin önleyici etkisi, idari personelin denetime tabi tutulacağını bildiği için daha dikkatli davranmasını sağlamada; caydırıcı etkisi, hukuka aykırı eylemde bulunmayı planlayan kamu görevlilerinin bu girişimden vazgeçmelerinde rol oynamaktadır.<sup>24</sup> Devletin mail egemenliğine dayanarak kullandığı vergilendirme yetkisi,<sup>25</sup> bireylerin

<sup>23</sup> Billur Yaltı, "Vergi Uyuşmazlıklarında Yeni Başvuru Yollarının Yargıya Etkisi: Ombudsman Başvurusu ve Bireysel Başvuru", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 144. Yıl, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara, 2012, s. 195.

<sup>24</sup> Hayrettin Eren, "Ombudsman Kurumu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4, C. 1-2), 2000, s. 93.

<sup>25</sup> Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 22. Baskı, Ankara, 2013, s. 33.

hak ve özgürlüklerine doğrudan dokunan yetkinin kullanımı olduğundan vergi ilişkisi süresince gerçekleştirilen idari işlemlerin denetimi hukuk devletinin gereklerindedir. Kamu denetçiliği kurumu, yukarıda belirtilen önleyici ve caydırıcı etkisiyle mali idarenin iyileştirilmesine katkı sağlayabilecektir.

Kamu kurumunun düzenleniş amacının temelinde idarenin neden olduğu hak ihlallerini gidermek olduğundan ve vergilendirme işlemleri de idari işlem niteliği taşıdığından, vergi uyuşmazlıkları kamu denetçilerinin görevi kapsamına girmektedir. Vergilendirme işlemleri çoğunlukla teknik ve karmaşık yapıda olduklarından kamu denetçilerinin bu alanda donanımlı olmalarına ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacın karşılanması için kamu denetçilerinin, en az bir tanesinin vergi hukuku alanında uzmanlaşmış olması ya da vergi uyuşmazlıklarının çözümünde özel bir vergi denetçisi seçilmesi, başvuruların hızlı ve sağlıklı sonuçlandırılması için düşünülebilecek alternatifler arasındadır.

Kamu denetçiliği kurumu, uyuşmazlıkların mahkemeye gidilmeden çözülmesine olanak sağlayan bir alternatif olduğundan idari yargının yükünde azalma sağlaması beklenmektedir. Kurumdan yararlanmanın ücretsiz olması, başvuru usulünün kolaylığı, sürecin hızlı olması başvuruları arttıracak etkenlerdir. Bu sayede vergi mahkemelerinin yükünün hafiflemesine de hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

Vergi uyuşmazlıkları, bireylerin mali güçlerine yönelen işlemlerden kaynaklandığından, bu uyuşmazlıkların çözümü için maliyetsiz ve kolay bir yol oluşturulmasının yükümlüler tarafından olumlu karşılanması muhtemeldir. Vergi uyuşmazlıkları gibi mali konularda, uyuşmazlığın uzaması ile kayıplar da büyüyeceğinden kamu denetçiliği kurumu, uyuşmazlığın daha hızlı şekilde çözüme bağlanması olasılığı sunduğundan tercih edilebilir bir alternatif oluşturmaktadır. Fakat unutulmamalıdır ki yükümlüler bu yola ancak kamu denetçisinin tarafsızlığına ve vergi uyuşmazlıkları konusunda bilgisine güvenmeleri halinde başvuracaklardır. Ve yine unutulmamalıdır ki kamu denetçiliği, yargının yerine geçecek bir kurum olmayıp uyuşmazlığın yargısal yollara başvurulmadan önce çözülebilmesini amaçlayan ve yargı yolunu kapatmayan ihtiyari nitelikli bir uyuşmazlık çözüm yoludur.

## B. Kamu Denetçiliği Kurumunun Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Rolü Bakımından Tartışmalar

Yukarıda da belirtildiği gibi Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, kamu denetçilerinin görevini, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinde inceleme ve araştırma yaparak idareye önerilerde bulunmak olarak düzenlemektedir. Bu nedenle kamu denetçilerinin kararlarının idare yönünden bir bağlayıcılığından söz edilemeyecektir. Yargı organları bakımından böyle bir bağlayıcılık ise zaten düşünülemez. İdare, kamu denetçilerinin yön gösterici kararlarını uygulama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme kararlarının idare yönünden bağlayıcılığı, Anayasanın 138. maddesinde açıkça düzenlenmiş; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 28. maddesinde ilgililere, kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını kasten yerine getirmemeleri halinde idare aleyhine dava açma hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemelere rağmen, idarenin bazı hallerde mahkeme kararlarını uygulamadığı görülmektedir. İdarenin, mahkeme kararlarına bile uymadığı bir ülkede bağlayıcı olmayan kamu denetçiliği kararlarını dikkate almasının da olası görülmediği yönünde endişeler mevcuttur.<sup>26</sup> Bu durum vergilendirme işlemleri için de geçerli olacaktır. Kişilerin, haklarında tesis edilen vergilendirme işlemleri için kamu denetçiliğine başvurmaları ve kamu denetçisinin idare aleyhinde karar vermesi durumunda, idarenin vergilendirme işlemini, kamu denetçiliğinin kararını uygun görüp o doğrultuda değiştirmesi pek olası görülmemektedir.

Tartışmanın bir yönünü, idarenin kamu denetçiliği tarafından verilen öneri nitelikli kararları ne kadar dikkate alacağı oluştururken, bir yönünü de kamu denetçilerinin seçim usulleri nedeniyle tarafsız olamayacakları ve denetim görevlerini gereği gibi yerine getiremeyecekleri oluşturmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, kanun, baş denetçinin seçimi için ilk iki turda üçte iki çoğunluk; üçüncü oylamada salt çoğunluk; dördüncü oylamada karar yeter sayısı sağlanmışsa en çok oyu alma şartına bağlamıştır. Bu haliyle baş denetçinin seçim sistemi, tarafsızlık konusunda eleştiriye açıktır. İlk iki oylamada üçte iki çoğunluğun sağlanamaması durumunda, mecliste çoğunluğa sahip partinin desteklediği aday baş denetçi seçilecektir. Bu durumda

<sup>26</sup> Dursun, s. 397.

da bir uzlaşma ortamı sağlanarak farklı partilerin onayladığı bir baş denetçinin göreve seçilmesi mümkün olmayacaktır. Bu şekilde seçilen bir baş denetçinin ne kadar tarafsız davranabileceği ise tartışmalıdır. Bağımsızlığı tarafsızlığı garanti altına alınamayan bir baş denetçinin idarenin işlem, eylem ve tutumlarını da sağlıklı şekilde denetlemesinin ne ölçüde mümkündür?

Tüm başvurular hakkında geçerli olan dolayısıyla vergilendirme işlemleri bakımından da sorun teşkil edilebilecek hususlar yukarıda açıklandığı gibidir. Bunlara ek olarak, vergilendirme işlemlerinin özel niteliği gereği ayrıca ele alınması gereken tartışmalı konular bulunmaktadır. Bu konulardan ilki, kamu denetçiliği kurumuna başvurabilecek kişiler hakkında yapılan düzenlemelerdir. Kamu Denetçiliği Kanunu, kuruma başvurabilecekleri, bir sınırlama olmadan gerçek ve tüzel kişiler olarak belirlemiştir. Yönetmelikte ise, başvurmak için “menfaat” ihlali aranmaktadır. Başvurularda menfaat ihlalinin aranması, bir yandan kanunda olmayan bir sınırlamanın yönetmelikle getirilmesi sorununu doğurmakta diğer yandan başvuruları kısıtlayıcı etkisi nedeniyle kurumun getiriliş amacına ters düşmektedir. Başvuru koşullarını zorlaştırıcı nitelikte düzenlemeler, kamu denetçisinin denetimini de zorlaştırıcı sonuçlar doğurmaktadır. Kamu denetçiliği kurumu, idarenin eylem, işlem ve tutumlarında insan hakları ihlali yapmasının önüne geçmek için düzenlenmiştir ve menfaat ihlali şartının dar yorumlanması, bazı işlemlerde kamu denetçiliği kurumunun alternatif çözüm yolu olma özelliği ile çelişebilecektir. Kanun ve yönetmeliğin farklı şekilde düzenlenmesi, farklı uygulamalara meydan verebileceği için hak kayıplarına neden olmaya açıktır. Kişinin yasa hükmüne dayanarak başvurması ve kamu denetçisinin yönetmelikte yazdığı haliyle menfaat ihlali araması halinde başvuru reddedilecektir. Fakat bu şekilde usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilen başvuruların dava açma süresini durdurup durdurmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu belirsizlik hem denetçiler arasında farklı uygulamalara yol açabilecek hem de hak kayıplarına neden olabilecektir.

Kuruma başvurabilecek kişilere kanunda bir sınırlandırma getirilmeyip; yönetmelikte yer alan menfaat şartı tartışmasını vergi uyuşmazlıkları açısından da ele almak gerekmektedir. 123 sayılı Vergi Usul Kanununun (VUK) 377. maddesi, vergi mahkemelerinde dava açabi-

lecek kişileri, mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenler olarak tahdidi olarak saymıştır. Maddenin belirttiği kişiler, vergi uyumsuzluğunda menfaati ihlal edilen kişileri karşılamaktadır. Bu durumda vergi uyumsuzlukları için kamu denetçisine başvurabilecek kişilerin kapsamı, denetçinin kanunu ve yönetmeliği yorumlama şekline göre değişecektir. Denetçi, başvuru koşulu olarak yönetmeliğe bakarsa menfaat ihlali arayacak ve sadece VUK 377. maddede sayılan kişiler başvurabilecek; denetçi, kanunu temel alırsa kuruma, VUK'ta sayılmayan kişiler de başvurabilecektir. Yönetmelik ile kanunda olmayan menfaat koşulunun getirilmesine yapılan eleştiri ve yorumların, vergilendirme işlemleri bakımından bu işlemlerin subjektif niteliği gereği farklı bir açıdan ele alınması uygun olacaktır. Vergilendirme işlemleri, kamuyu ilgilendiren düzenleyici işlemlerden farklı nitelikte olduğundan, vergilendirme işlemlerine karşı başvurular, işlemin doğası gereği menfaati ihlal edilenler tarafından yapılmaktadır. Bu tür işlemlere karşı herkesin başvurabilmesi, kamu denetçiliği kurumunun tıkanması tehlikesine neden olabilecektir. Hak ihlallerinin giderilmesi amacıyla düzenlenen bir kurumun tıkanması kamu yararının gerçekleştirilmesini de engelleyici sonuç doğuracaktır. Bu nedenle kanunda herkesin başvurabilmesinin önünün açılıp yönetmelikte menfaat koşulunun aranması, vergilendirme işlemlerinin subjektif niteliği gereği kamu yararına uygun sonuçlar doğurabilecektir. Zaten subjektif bir vergi işlemi hakkında menfaati ihlal edilmeyen üçüncü kişinin başvurusu pek olası değildir. Bu nedenle yönetmelikte, kanunda getirilmeyen bir kısıtlama getirilmesi, teknik açıdan hala sıkıntılı olmakla beraber, başvuru için menfaat ihlalinin aranması, pek çok vergilendirme işlemi bakımından farklı bir etki yaratmayacaktır.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun, vergilendirme işlemlerinin özel niteliği gereği ayrıca ele alınmasını gerektiren bir başka tartışmalı noktası ile başvuru ve usulünü düzenleyen hükümleridir. Kanunun 17. maddesinin 4. fıkrasında kuruma başvuruda bulunulabilmesi için İYUK'ta öngörülen idari başvuru yollarının ve özel kanunlarda öngörülen zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu düzenleme de kamu denetçisinin denetimini zorlaştırıcı bir hüküm niteliğindedir. Nitekim idari başvuru yollarının tüketilmesi şartının denetimi zorlaştıracağına dair eleştiri Anayasa Komisyonu Raporunda da yer almıştır. Raporda, fıkra tamamen çıkarıl-

mazsa kurumun olaya sığacağı sığacağına el koyamayacağı, delillerin kaybolma ihtimalinin doğacağı, şartın varlığının zamanla hak kaybına yol açacağı belirtilmiştir.<sup>27</sup> Buna benzer bir eleştiri kanunun muhalefet şerhinde de yer almış, söz konusu şartın kurumun etkinliğini azaltacağı vurgulanmıştır. Şerhte, idari başvuru yollarının tüketilmesinin aranması halinde denetçinin olaya müdahalesinin gecikeceği ve delillerin zamanında toplanmasının mümkün olmayacağı yönünde sakıncalara yer verilmiştir. Muhalefet şerhinde, başvurunun bir yargı organına yapılan başvuru gibi sıkı koşullara bağlanmasının, kamu denetçiliği kurumunun amacıyla çelişen bir uygulamaya yol açacağı yönünde eleştiri getirilmiştir.<sup>28</sup> Söz konusu eleştirilerin ardından 17. maddenin 4. fıkrasında kuruma başvuru için getirilen idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı korunmuş; kurumun telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, idari başvuru yollarının tüketilmeden de başvuru kabul edebileceği cümlesi eklenmiş;<sup>29</sup> metin bu şekilde kanunlaşmıştır. Eklenen cümle, başvuruya getirilen şartın olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için atılmış bir adım olsa da “telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali” ibaresinin muğlak ve yoruma açık yapısı nedeniyle kamu denetçisinin denetiminin zamanında yapılmasını ne kadar sağlayabileceği tartışmalıdır.

Kamu denetçisine başvuru için getirilen idari başvuru yollarının tüketilmesi şartını gerçekleştirebilmek için İYUK 11. maddede düzenlenen üst makama başvuru yolunu tüketmeleri gereğini doğuracaktır. 11. madde, ilgililerinin dava açılmadan önce, dava açma süresi içinde, üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını isteyebileceklerini düzenlemektedir. Üst makama başvuru, dava açmak için dahi zorunlu bir idari başvuru yolu olmamasına rağmen, kamu denetçisine başvurabilmek için tüketilmek zorunda olunan bir yol halini almıştır. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun İYUK'ta düzenlenen idari başvuru yollarının tüketilmesini araması ve üst makama başvurunun da İYUK'ta düzenlenen bir idari başvuru yolu olması nedeniyle kamu denetçisine başvurmak, dava açmaktan

<sup>27</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları, 1/ 626, Yasama Dönemi: 242, Yasama Yılı: 2, s. 37.

<sup>28</sup> Anayasa Komisyonu Raporu 2012, s.43.

<sup>29</sup> Anayasa Komisyonu Raporu 2012, s. 59.



bile daha sıkı şartlara bağlanmış olmaktadır. Vergi uyuşmazlıkları için de aynı durum söz konusudur.

Vergi uyuşmazlıkları açısından İYUK 10 ve 11. maddeler ve kamu denetçiliği başvurusu ilişkisinde bir sorun daha karşımıza çıkmaktadır. Anılan maddeler, bu maddenin vergi resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanamayacağını düzenlemektedir. Bu fıkralar 1996 yılında 4001 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Maddenin son haline dair fikir ve uygulama birliği bulunmamaktadır. İstisna kaldırılmakla, genel kuralın devreye gireceği ve üst makama başvuru yolunun vergi resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara da uygulanacağı düşünülmektedir.<sup>30</sup> Fakat Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. Danıştay Vergi Dava Daireleri, Yedinci Dairenin görüşü farklı olmakla beraber, İYUK 11. maddenin, vergi tarh ve tahakkuk işlemlerine uygulanmayacağı görüşündedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri, vergi tarh ve tahakkukuna dair işlemlerin 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen özel kurallara göre tesis edileceğini ve bu kurallara göre vergilendirme alanında kesin işlem tesis edildikten sonra gidilebilecek tek yol olarak yargı yolunun gösterildiği gerekçesiyle, İYUK 11. maddenin vergilendirme işlemlerine uygulanmasını uygun bulmamaktadır.<sup>31</sup> Bu farklı görüşler bir yandan fikir ve içtihat birliğinin oluşmasını engellerken bir yandan da hak kayıplarına neden olabilecektir:

- İlgilinin, Danıştay'ın İYUK 10 ve/veya 11. maddenin vergi uyuşmazlıklarına uygulanmayacağı görüşünü temel alarak doğrudan kamu denetçisine başvurmaları halinde, kamu denetçisi, söz konusu maddelerin vergi uyuşmazlıklarına uygulanması gerektiği görüşünü taşıyorsa başvuruyu ilgili kuruma gönderecektir.

<sup>30</sup> Danıştay 7 Dairenin de uygulamaları bu yöndedir. Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 466-468.

<sup>31</sup> Candan, s. 466; Danıştay VDDK, 16.2.2007, E. 2006/ 232, K. 2007/ 62, *Danıştay Dergisi*, S. 116, Y: 37, 2007, s. 89; Danıştay VDDK, 20.6.2008, E. 2008/ 124, K. 2008/ 372, *Danıştay Dergisi*, S. 120, Y: 39, 2009, s. 92; Danıştay 4. Daire, 21.12.1995, E. 1995/ 1902, K. 1995, 5748, Danıştay 9. Daire, 12.4.1996, E. 1995/3087, K. 1996/ 1404. (Aktaran: Candan, s. 467, dn. 683, 684, 685)

- İlgilinin İYUK 10/11. maddenin vergi uyuşmazlıklarına uygulanacağını düşünerek bu yola başvurması ve kamu denetçisine bu yolu tükettikten sonra gitmesi sonra gitmesi halinde, kamu denetçisi, İYUK 10/11. maddenin vergi uyuşmazlıklarına uygulanmayacağı kanaatinde ise ilgilinin başvurusunu, başvuru süresini kaçırdığı gerekçesiyle reddedecektir. Bu durumda ilgili çok büyük ihtimalle dava açma süresini de kaçırmış olacaktır. Çünkü ilgilinin İYUK 10 ve 11. Maddede öngörülen idari yolları tüketmesi için gereken sürenin, kamu denetçiliğine başvuru süresi olan 6 ayı geçmesi çok muhtemeldir.

- Hiçbir farklılık olmadan başvuranın ve kamu denetçisinin aynı fikirde olması ve ilgilinin İYUK 10/11. maddelerin vergi uyuşmazlıklarına uygulanacağı düşüncesiyle idari başvuru yollarını tüketip, idareden cevap alamadığı ya da cevaptan tatmin olmadığı için kamu denetçisine gittiğini farz edelim. Kamu denetçisi de bu yolların tüketilmesi gerektiğini düşünüyor ve ardından yapılan başvuruyu usulüne uygun buluyorsa uyuşmazlığı inceleyecek ve bir karar verecektir. Kamu denetçisi uyuşmazlıkta idarenin bir ihlalini bulmaz ya da bulur ama idare bu doğrultuda değişiklik yapmamayı tercih ederse kişi yargı yoluna gidecektir. Yargı yoluna gidildiğinde uyuşmazlığın Danıştay'a taşınması halinde Danıştay, yukarıda bahsedildiği gibi İYUK 10/11. maddelerin vergi uyuşmazlıklarına uygulanmayacağı yönünde kararlarını takip ederse, dava açma süresinin kaçırdığı gerekçesiyle davayı reddedebilecektir.

İYUK 10/11. maddeler hakkında sayılan ihtimaller, uygulamada karşılaşılan somut örneklerle daha da çeşitlenebilecektir. İYUK 12. maddede öngörülen idari başvuru yolu, 11. maddeye atıf yaptığından ayrıca bir idari başvuru yolu olarak incelenmesine gerek görülmemiştir. İYUK 13. maddede ise idari eylemlerden hakları ihlal edilenlerin dava açmadan önce gidebilecekleri yol düzenlenmiştir. Hakları ihlal edilmiş olanlar ihlali öğrenme tarihinden itibaren bir yıl ve her halde beş yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini isteyebileceklerdir. Anılan maddede düzenlenen yol, idarenin verdiği zarardan haberdar edilmesi ve idarenin bu zararı ödeyip ödememek konusunda niyetini anlamak için öngörülmüştür. İdare, verdiği zararı tazmin ederse uyuşmazlık ortadan kalkacak, dava yoluna gerek kalmayacaktır. Bu düzenlemeden anlaşılıyor ki idarenin neden olduğu zarar nedeniyle kamu denetçisine gidecek kişinin, öncelikle İYUK 13. maddede öngörülen idari başvuru yolunu tüketmesi gerekecektir.

Vergi uyuşmazlıkları, idari (barışçıl) ve yargısal çözüm yolları olmak üzere iki tür uyuşmazlık çözüm yoluyla çözülebilmektedir. Bunlardan yargısal yollar, tüm uyuşmazlıklar için söz konusu olan dava açma ve yargılama faaliyetini kapsamaktadır. İdari (barışçıl) yollar ise hata düzeltme ve uzlaşma yollarından oluşmaktadır. VUK 116- 126. maddeler arasında düzenlenen hata düzeltme yolu, hukuki uyuşmazlık içermeyen vergi hatalarının, idareye yapılan başvuru aracılığıyla giderilmesini sağlamaktadır. VUK 369. maddede düzenlenen ve anayasaya uygunluğu açısından oldukça tartışmalı olan uzlaşma kurumu ise yanılma, yasa hükümlerin nüfuz edilememe, uyuşmazlık konusu olay hakkında yargı ve idare arasında fikir uyuşmazlığı hallerinde yükümlü ile idare arasında anlaşarak vergi borcunun sona erdirilmesini sağlamaktadır. Söz konusu çözüm yollarının ortak noktası, yargı yoluna gidilmeden önce yükümlülere barışçıl çözüm yolu sağlamaları fakat başvurunun zorunlu olmamasıdır.<sup>32</sup> Bu durumda incelenmesi gereken iki husus ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, ilgilinin, hakkında tesis edilen vergilendirme işlemi bir vergi hatası olduğunu düşünmesi ve bu hatayı kamu denetçisi aracılığıyla çözmek istemesi halinde, kanunun getirdiği idari yolların tüketilmesi şartının, ilgilinin hata düzeltme yolunu da tüketmesini zorunlu hale getirip getirmeyeceğidir. Eğer zorunlu hale getirdiği kabul edilirse, ilgili, kamu denetçisine ancak hata düzeltme talebinde bulunması, idarenin hata düzeltme başvurusuna olumsuz cevap vermesi, hiyerarşik başvuru yoluna gidilmesi ve bu başvurunun da olumsuz sonuçlanması durumunda mümkün olacaktır. İkincisi, kuruma başvuru için idari yolların tüketilmesi koşulunun aranmasının, uzlaşmayı tüketilmesi zorunlu bir yol haline getirip getirmediği tartışmasıdır. Açıklandığı üzere uzlaşma, vergi uyuşmazlıklarına özgü bir çözüm yolu olup, başvurulması tamamen yükümlünün takdirine bırakılmış bir uygulamadır. Fakat getirilen başvuru şartı, başvurulması ihtiyari olan kurumları da zorunlu başvuru yolu haline getirebilecek niteliktedir. Söz konusu ihtiyari yolların zorunlu hale gelip gelmediği tartışmasının bir adım ilerisinde, istisnai olarak bu yollara gidilmesinin yasaklandığı durumlarda başvurularda aranacak kriterlerdir. Örneğin tahsil aşamasında ödeme emrine karşı hata düzeltme ve uzlaşma yolları kapalıdır.<sup>33</sup> Kanunun,

<sup>32</sup> Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 170- 185.

<sup>33</sup> Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 170.

idari yolların tüketilmesi şartını araması, idari başvuru yolu olarak varlık gösteren hata düzeltme ve uzlaşma kurumlarının, uygulanmalarının mümkün olmadığı hallerde dahi tüketilmesi gereken zorunlu başvuru yolu niteliği kazanmasına mı neden olacaktır?

Kamu Denetçiliği Kanununun, başvuru için idari başvuru yollarının tüketilmesini araması, ihtiyari idari başvuruları zorunlu hale getirir nitelikli olduğundan eleştiriye açıktır. Yukarıda sayıldığı gibi farklı ihtimallerde farklı uygulamalar ortaya çıkacak olması sistemi aksamaya açık hale getirmektedir. Buna rağmen, kurumun getiriliş amacı göz önünde bulundurulursa idari başvuruların tüketilmesinin de olumlu yönleri olabilecektir. Şöyle ki kurumun getirilmesinde hedeflenen, idarenin eylem, işlem ve tutumlarının hukuka, temel hak ve özgürlüklere uygunluğunun sağlanması ve yargı yükünün hafifletilmesidir. Söz konusu idari başvuru yollarının kullanılması, idareye işlemi tekrar gözden geçirme şansı tanıyacak ve bu aşamalarda işlemde hukuka aykırılıklar görürse düzeltme olanağı olacaktır. İşlemin düzeltilerek aykırılıkların giderilmesi ile kamu denetçiliği yoluna ya da yargıya başvurulmasına gerek kalmayacaktır. Bu durumda hem diğer makamların yükü azaltılmış hem de idarenin neden olduğu hak ihlalleri giderilmiş olacaktır.

Kamu denetçisine başvuru süresinin ve vergi mahkemesinde dava açma süresinin farklı olması nedeniyle de uygulamada sorunlar doğabilecektir. Kamu denetçisine başvuru, ilgilinin lehine bir mekanizma olarak, dava açma süresini durdurmaktadır. Fakat başvurunun, vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yapılması halinde, kuruma başvurunun, dava açma süresini durduruyor olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Zira vergi mahkemesinde dava açma süresi zaten geçirilmiş olacaktır. Bu bakımdan kamu denetçisine ve vergi mahkemesine başvuru sürelerinin farklı düzenlenmesi, ilgililerin başvurularında yanlış anlamalara ve hak kaybına uğramalarına neden olabilecektir.

Kamu denetçisine yapılan başvurunun dava açma süresini durdurması ise, ilgili lehine bir düzenleme olduğu açıksa da, verginin tahakkukunun ve tahsilin ertelenmesi sonucu doğuracağından kamu hizmetlerinin finanse edilmesini geciktirebilecektir.

Kanunda düzenlendiği ve ilerleme raporlarında da eleştirildiği üzere kamu denetçilerinin re'sen harekete geçerek idarenin işleyişi ve neden olduğu ihlaller hakkında inceleme yapma yetkisi bulunmaması, kurumun ihlallerin giderilmesi amacı ile çalışmaktadır. Kimsenin şikayet konusu yapmadığı fakat denetçinin, örneğin medya organları yoluyla haberdar olduğu bir durum hakkında inceleme yapma yetkisi sağlanması, ihlallerin giderilmesinde etkinliği arttıracığından kurumun getiriliş amacına da uygun düşecektir.<sup>34</sup>

Ülkemizde, mevcut denetim sistemlerinden pek çoğunun sağlıklı ve tarafsız uygulanmadığı açıktır. İdarenin eylem, işlem ve tutumlarının neden olduğu insan hakları ihlallerini engellemek için getirilen kamu denetçiliği kurumunun sayılan tartışmalı yönleri, bu kurumun da ülkemizde ne kadar sağlıklı işleyebileceği konusunda şüphe uyandırmaktadır. Kamu denetçiliği kurumunun ihlalleri ortadan kaldırmayı sağlayacak incelemeler yapmak yerine tıkanması halinde sadece zaten düzgün işlemeyen denetim sistemine bir kol daha eklemiş olacaktır.<sup>35</sup> Bu nedenle 2013 yılının mart ayından itibaren faaliyet başlamış olan kamu denetçiliği kurumunun yapılan eleştiriler ve uygulamada ortaya çıkan aksaklıklar göz önünde tutularak, sağlam temeller üzerine kurulması gerekmektedir.

## SONUÇ

İdarenin, faaliyetlerini yürütürken hukuka ve hakkaniyete aykırı işlemler yapması durumunda, bu işlemlerin denetlenmesi ve aykırılıkların giderilmesi, hukuk devleti ilkesinin sağlanması ve insan haklarının korunması bakımından büyük önem arz etmektedir. İdari işlemlerde meydana gelen hukuka ve hakkaniyete aykırılıkların giderilebilmesi için düzgün işleyen bir denetim mekanizmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu denetim mekanizması, idari başvuru yolları ile idarenin kendi içinde yürütülebileceği gibi, bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca yapılacak yargısal denetim ile de sağlanabilir. Bu yollara ek bir alternatif olarak, ülkemizde 2013 yılının mart ayından bu yana

<sup>34</sup> Sağlam s. 37.

<sup>35</sup> İbrahim Uğur Esgün, "Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği Üzerine Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.45, C. 1-4, 1996, s. 270.

uygulanmakta olan kamu denetçiliği kurumu da kökleri eskilere dayanan bir çözüm mekanizması olarak işlev görmektedir. Kurum, uygulandığı diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de, yargı denetimi yerine geçerek bir yargılama faaliyeti yapmamakta; idarenin işlemlerinde meydana gelen hukuka ve hakkaniyete aykırılıkları inceleyerek tavsiye nitelikli kararlar vermektedir.

Vergilendirme işlemleri de idari işlem niteliği taşıdığından, kamu denetçiliği kurumunun inceleme alanına girmektedir. Devletin mali egemenliğine dayanarak kullandığı vergilendirme yetkisi, bireylerin mali güçleri üzerinde sonuç doğurduğundan bu yetkinin kullanımında hukuka ve hakkaniyet aykırı uygulamaların olması, devletin vatandaşın gözünde güvenilirliğini kaybetmesi, meşruiyetinin sorgulanması, insan hakları ihlallerinin doğması gibi pek çok soruna ve olumsuzluğa yol açacaktır. Bu yönüyle vergilendirme işlemleri, hakkında hüküm ve sonuç doğurduğu kişiler bakımından sıklıkla hukuka aykırılığı iddia edilen bir alandır. Ülkemizde uygulaması çok yeni bir kurum olmasına rağmen, Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından, 2013 yılı için hazırlanan faaliyet raporunda göre, kurumun faaliyete başladığı mart ayından yıl sonuna kadar kuruma yapılan toplam 7638 başvurudan %10'u (784 adedi) ekonomi, maliye, vergi kategorisine giren konuları kapsamaktadır. Yapılan başvurular arasında Maliye Bakanlığı, 365 defa şikayet edilen idare konumunda yer almıştır.<sup>36</sup> Vergi mahkemelerinde yaşanan ağır iş yükü ve kamu denetçiliğine yapılan başvuruların sayısı, bireylerin sıklıkla vergilendirme işlemleri hakkında hukuka ve hakkaniyete aykırılık olduğu görüşünü ortaya koymaktadır.

Kamu denetçiliği kurumu, başvuruların kolay ve ücretsiz olması, denetim alanının genişliği, hızlı karar verme mekanizması gibi sahip olduğu pek çok olumlu özelliği nedeniyle bireylerin hak arama ve idarenin işlemlerinin denetlenmesi bakımından alternatif bir yol sunmaktadır. Uyuşmazlıkların idari yollarla çözülemeyip, yargı yoluna gidilmeden önce çözülmesi için bir fırsat sağlamaktadır. Böylelikle bir yandan idarenin eylem, işlem ve tutumları denetlenerek hak ihlalleri giderilerek idarenin hukuka uygunluğu sağlanmakta bir yandan da

<sup>36</sup> T.C.Kamu Denetçiliği Kurumu 2013 Yılı Faaliyet Raporu, s. 38- 40. [http://www.ombudsman.gov.tr/custom\\_page-377-raporlar.html](http://www.ombudsman.gov.tr/custom_page-377-raporlar.html) (E.T.23.05.2014)

yargının iş yükü hafifletilmektedir. Kurumun, bu olumlu yönlerinin yanında eleştirilen noktaları da bulunmaktadır. Ülkemizde düzenleniş şekliyle kanunda ve yönetmelikte başvuru usulünün farklılığı, idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekliliğinin kapsamında yaşanan sorunlar, seçim usulü nedeniyle baş denetçinin tarafsızlığı hakkında yaşanan güvensizlik gibi pek çok konu, kuruma önyargılı yaklaşılmamasına neden olmaktadır. Bu haliyle kurumun sağlıklı işleyebileceği ve getiriliş amacını yakalayabileceği tartışmalıdır.

Kuruma dair yapılan olumlu olumsuz tüm yorumlar vergilendirme işlemleri bakımından da geçerlidir. Vergi uyuşmazlıkları teknik bilgi de gerektirdiğinden kurumun bu sorunları çözmekte ne kadar yetkin olabileceği konusunda yoğun şekilde soru işaretleri mevcuttur. Bu sorular ise zamanla başvuruların artması ve bu başvuruların incelenme usulleri gözlemlendikçe cevaplanabilecektir.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

- Arslan Süleyman, "İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19, S. 1, 1986, ss. 157- 172.
- Dursun Hasan, "Türkiye'de Ombudsmanlığın (Kamusalığın) Etkin Olarak İşleyebilme Yetisi Yoktur", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.95, 2011, 377- 418.
- Eklundh Claes, "The Parliamentary Ombudsmen In Sweden", *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara, 2000, ss. 463- 486
- Eren Hayrettin, "Ombudsman Kurumu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1-2, S. 4, 2000, ss. 87- 102.
- Erhürman Tufan, "İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, ss.339-349.
- Eryılmaz Bilal, "Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler", *Amme İdaresi Dergisi*, C.26, S. 4, Ankara, 1993, ss.81- 106.
- Esgün İbrahim Uğur, "Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği Üzerine Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1-4, S. 45, 1996, ss. 251- 278.
- İba Şeref, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Kestane Doğan, "Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)", *Maliye Dergisi*, S.151, 2006, 128- 142.
- Odyakmaz Zehra, "Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlamento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler", *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara, 2000, ss. 487- 491.



- Oytan Muammer, "Ombudsman Eli İle İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme", *Danıştay Dergisi*, Y. 5, S. 18- 19, 1975, ss. 193- 214.
- Öncel Mualla/Kumrulu Ahmet/ Çağan Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 22. Bası, Ankara, 2013.
- Pickl Viktor, J, "Ombudsman ve Yönetimde Reform", çev. Turgay Ergun, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19, S. 4, Ankara, 1986, ss. 37- 46.
- Sağlam Abdi, "Kamu Denetçiliği ve İdari Yargı İle İlişkisi", *Adalet Dergisi*, S. 44, 2012, ss. 27- 49.
- Şengül Ramazan, "Türkiye'de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 14, S. 2, ss. 126- 145.
- Tortop Nuri, "Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulanması", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 1, S. 31, 1998, ss. 3-11.
- Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Yaltı Billur, "Vergi Uyuşmazlıklarında Yeni Başvuru Yollarının Yargıya Etkisi: Ombudsman Başvurusu ve Bireysel Başvuru", *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*: 144. Yıl, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara, 2012, s. 195.

## Raporlar

- Avrupa Birliği Komisyonu, Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu, SEC (2011) 1201, Brüksel, 2011, [http://www.abgs.gov.tr/files/AB Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf) (E.T. 18.05.2013).
- Avrupa Birliği Komisyonu, *Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu*, SWD (2012) 336, Brüksel, 2012, [http://www.abgs.gov.tr/files/strateji/2012\\_ilerleme\\_raporu.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/strateji/2012_ilerleme_raporu.pdf) (E.T. 5.5.2013).
- Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları, 1/ 626, Yasama Dönemi: 242, Yasama Yılı: 2.
- T.C.Kamu Denetçiliği Kurumu 2013 Yılı Faaliyet Raporu, s. 38- 40. [http://www.ombudsman.gov.tr/custom\\_page-377-raporlar.html](http://www.ombudsman.gov.tr/custom_page-377-raporlar.html) (E.T.:23.05.2014)
- Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Programı, <http://ekutup.dpt.gov.tr/plan/viii/plan8.pdf> (E.T. 01.09.2013).
- Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Programı, <http://www.dpt.gov.tr/PortalDesign/Portal-Controls/WebCericGosterim.aspx?Enc=83D5A6FF03C7B4FC511D74F7DFC4C49E> (E.T. 01.09.2013).

# YOLSUZLUK VE YOLSUZLUĞUN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN OLARAK OECD RÜŞVETLE MÜCADELE SÖZLEŞMESİ'NDEKİ DENETİM SÜRECİ

## CORRUPTION AND RELATING TO THE PREVENTION OF CORRUPTION OECD ANTI-BRIBERY CONVENTION'S AUDIT PROCESS

Dilaver NİŞANCI\*

**Özet:** Ülkemizin de içerisinde olduğu pek çok ülke için hayati önem taşıyan yolsuzluk, küreselleşme ile ulusal sınırlar dışına çıkmış ve uluslararası boyutta çözümleniŐ gereken bir sorun niteliğine bürünmüŐtür. Bu sorunun çözümlenmesinde rol alan uluslararası örgütlenmelerden birisi olan OECD, yolsuzlukla etkin Şekilde mücadele etmek amacıyla 1997 tarihinde Uluslararası Ticari İŞlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesini hazırlamıŐtır. Aralarında Türkiye'nin de olduğu taraf ülkeler, iç hukuklarını bu Sözleşme'ye adapte etmeyi ve Rüşvetle mücadele için etkin bir kurumsal yapı oluşturmayı taahhüt etmektedirler.

**Anahtar Kelimeler:** Yolsuzluk, yolsuzlukla mücadele, küreselleşme, rüşvet, rüşvetle mücadele, uluslararası örgütler.

**Astract:** In our country is also vital for many countries, corruption has spread beyond national borders by globalization and the international dimension has assumed the nature of a problem to be solved. The solution to this problem, which is one of the international organization involved in the OECD, in order to effectively fight corruption in 1997 "Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Prevention Contract" has been prepared. Signatory countries, including Turkey, where domestic law to adapt to this Convention and to combat bribery commit to creating an effective institutional structure.

**Keywords:** Corruption, the fight against corruption, globalization, bribery, the fight against bribery, international organizations.

## 1. GİRİŞ

Yolsuzluk ve rüşvet, tarih boyunca engellenmesi gereken en büyük sorunlardan biri olarak algılanmıştır. Bir ülkede yolsuzluğun ve rüşvetin artmaya başlaması ülkedeki çürümenin belirtileri olarak ele alınmaktadır. Küreselleşme, yolsuzluğu belli bir ülke sınırları içinde meydana gelen bir iç sorun olmaktan çıkarmış, uluslararası boyutta çözülmesi gereken bir sorun niteliğine taşımıştır. Uluslararası ticaretin artması, beraberinde çok uluslu şirketlerin karıştığı yolsuzluk skandallarının artmasına yol açmıştır.

Ülkemiz de çeşitli uluslararası kuruluşların yaptığı araştırmalarda yolsuzluğun en yoğun görüldüğü ülkeler sıralamasında ne yazık ki en üst sıralarda yer almaktadır. Bu sorun, çeşitli uluslararası kurum ve kuruluşlar önünde Türkiye'nin başını en çok ağrıtan konulardan da birisidir.

Yolsuzluğun küresel bir boyut kazanması neticesinde, bu hastalık ile mücadele de küresel bir boyut kazanmış ve yolsuzlukla mücadele etmekle görevli uluslararası oluşumlar meydana getirilmiştir. Bu örgütler içerisinde yer alan Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından hazırlanan ve 21.11.1997 tarihinde kabul edilen "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi" yolsuzlukla mücadele açısından önemli bir uluslararası düzenlemedir. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu Sözleşmeciler Devletler, iç hukuklarını bu Sözleşme 'ye adapte etmeyi ve rüşvetle mücadele için etkin bir kurumsal yapı oluşturmayı taahhüt etmektedirler.

Yolsuzluk ve OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi'ni konu edinen çalışmamızda sırasıyla; yolsuzluğun tanımı, nedenleri, etkileri ve yolsuzluğa karşı alınabilecek önlemler; yolsuzluğa ilişkin uluslararası parametreler; yolsuzlukla mücadelenin uluslararası boyutu incelenecektir. Müteakiben, OECD'nin yolsuzluğa karşı mücadeledeki rolü ve OECD tarafından hazırlanan Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi ele alınacak olup, Türkiye'nin Sözleşme 'ye uyum bağlamında yaptığı düzenlemeler ve Sözleşme uyarınca ülkemizde yapılan inceleme sonuçları ortaya konacaktır.

## 2. YOLSUZLUK

### 2.1. Kavram ve Tanım

Uluslararası Saydamlık Örgütü'nün (Transparency International-TI)<sup>1</sup> tanımına göre yolsuzluk; "kamu gücünün, özel çıkar sağlamak amacıyla kötüye kullanılması"dır.<sup>2</sup> Bir diğer tanım da "kamu görevlilerinin kişisel çıkar sağlamak amacıyla kendilerine verilen kamu görevini kötü bir şekilde ve hukuka aykırı olarak kullanmasıdır."<sup>3</sup>

Günümüzde yolsuzluk sadece kamu sektörü ile sınırlı olmayıp, özel sektörde de yaygın olarak karşılaşılan bir sorun haline gelmiştir. Nitekim gerek Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Ceza Hukuku Sözleşmesi'nde gerekse Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde taraf devletlerin özel sektördeki rüşveti de suç olarak kabul etmeleri öngörülmüştür. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, yolsuzluğun uluslararası alanda genel kabul gören ortak tanımının; "kamu ve özel sektör gücünün özel çıkar sağlamak için kötüye kullanılması" olduğunu söylemek gerekir.<sup>4</sup> Bir diğer yolsuzluk tanımı da "kamu gücü ile sınırlı olmayarak herhangi bir görevin özel çıkarlar için kötüye kullanılması veya emanet edilmiş yetkinin, kamusal ve özel çıkarları zedeleyecek şekilde her türlü kötüye kullanımı" şeklindedir.<sup>5</sup> Yolsuzluk bir suç türü değil; başta rüşvet olmak üzere birçok suçu kapsayan bir kategoridir. Bu nedenle, yolsuzlukla mücadele amacıyla kabul edilen Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, Avrupa

<sup>1</sup> Uluslararası Şeffaflık Örgütü (Transparency International-TI), 1993 yılında Berlin'de kurulan ve 70'den fazla ülkede faaliyet gösteren uluslararası bir sivil toplum örgütüdür. Örgüt, global anlamda bir koalisyon oluşturmak amacıyla sivil toplumu, iş dünyasını ve hükümetleri bir araya getirmektedir. <http://www.transparency.org/>

<sup>2</sup> <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTSITETOOLS/0,contentMDK:20147620~menuPK:344192~pagePK:98400~piPK:98424~theSitePK:95474,00.html>

<sup>3</sup> Ali İhsan Örucü, Ahmet Baysu ve Doğan Bakırtaş, "Yolsuzluğun Kurumlar Vergisi Gelirleri Üzerine Etkisi: OECD Ülkeleri Analizi", *Maliye Dergisi*, S. 163 (Temmuz-Aralık 2012), s. 544.

<sup>4</sup> Hasan Aykın ve Şerife Avcı, "OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi ve Türkiye'ye Yansımaları" [http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-OECD%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%20makale%2020%202%202007%20\(2\).pdf](http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-OECD%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%20makale%2020%202%202007%20(2).pdf) 1.

<sup>5</sup> Mürteza Hasanoğlu ve Ziya Aliyev, *Yönetimde Yolsuzluk ve Mücadele Stratejileri*, Nobel Yayın, Ankara 2007, s. 3-4.

Konseyi ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri'nde yolsuzluk tanımlanmamıştır. Bunun yerine yolsuzluk kapsamında olduğu kabul edilen suçların sayılması yöntemi benimsenmiştir.

Ülkemizde ise yolsuzluk denilince daha çok “ekonomik kazanç sağlama” unsuruyla öne çıkan ve Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenen zimmet, irtikâp, rüşvet, görevi kötüye kullanma, güveni kötüye kullanma, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, suç gelirlerinin (kara paranın) aklanması, dolandırıcılık, hileli iflâs, sahtecilik suçları ile Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Sigorta Murakabe Kanunu, Bireysel Emeklilik ve Yatırım Sistemi Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi özel yasalarda düzenlenen suç ve kabahatler akla gelmektedir. Bu anlamda yolsuzluk teşkil eden eylemlerin tamamı olmasa da büyük kısmı aynı zamanda ekonomik (mali) suç olarak nitelendirilebilir.<sup>6</sup>

## 2.2. Yolsuzluğa Neden Olan Faktörler

Yolsuzluğa neden olan etkenleri iki şekilde ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bu ayrım yolsuzluğa doğrudan etkide bulunan faktörler ve yolsuzluğa dolaylı yönde etkide bulunan faktörlerdir. İlk grupta bulunan faktörler regülasyon ve onaylar, vergileme, harcama kararları, mal ve hizmetlerin piyasa fiyatı altında sunulması, diğer ihtiyari kararlar ve siyasi partilerin finansmanıdır. Yolsuzluğu dolaylı yönde etkileyen faktörler ise bürokrasinin kalitesi, kamu sektörü ücret düzeyi, ceza sistemleri, kurumsal kontroller, kurallar, kanunlar ve kanuni süreçlerin şeffaflığıdır.<sup>7</sup>

### 2.2.1. Türkiye'de Yolsuzluğun Başlıca Sebepleri

#### 2.2.1.1. Siyasal -Yönetsel Nedenler

Siyasal süreçte yolsuzluklar büyük ölçüde patronaj şeklinde ortaya çıkmaktadır. Siyasi partilerin, iktidara geldikten sonra üst düzey

<sup>6</sup> Hüsamettin Uğur, “Türkiye'nin Yolsuzlukla Mücadele Enstrümanları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 98 (2012), s. 303-304.

<sup>7</sup> Tanzi, V. (1998), “Corruption Around the World; Causes, Consequences, Scope, and Cures”, IMF Staff Paper, 45(4), s. 563. Aktaran Örucü ve diğerleri, s. 544.

bürokratları görevden alarak yerlerine kendi yandaşlarını atamalarına “patronaj” denmektedir. Türk siyasal sisteminin patronaj oluşmasına izin verdiği şeklinde genel kabuller bulunmaktadır. Patronaj, kamu bürokrasisinde partizanlığın artmasına neden olmakta, bu da kamu görevlilerinin atanması ve yükselmesinde liyakat yerine yandaşlığı ön plana çıkarmaktadır.<sup>8</sup>

Siyasal yolsuzluklar yanında idari yolsuzluklar da yaygın olup, bunun en büyük nedeni de devletin her şeyin üzerinde ve ötesinde görülmesi ve bürokratin kendini devletin sahibi olarak görmesidir. Diğer yandan bürokrasi iyi işlememekte, uygulanan ücret politikası memurları rüşvet almaya yönlendirmektedir.

### 2.2.1.2. Hukuk Sisteminden Kaynaklanan Nedenler

Suçluların yakalanma olasılığının azlığı, cezaların yaptırım gücünün zayıf olması ve adaletin geç işlemesi, rüşvet ve yolsuzlukların artmasına yol açmaktadır.

### 2.2.1.3. Devletin Ekonomideki Ağırlıklı Rolü ve Kaynaklar Üzerindeki Tasarrufu

Siyasal düzeyde ortaya çıkan yolsuzluklar, kamu harcamaları ile doğrudan ilişkilidir. Seçim kazanmak için yapılan harcamaların boyutu ve özellikle de bütçe içerisinde gösterilmeyen fonlar yolsuzlukların artmasındaki önemli etkenlerdendir.

Diğer taraftan özellikle seçim zamanlarında hazine arazileri oytapu ikilemi içerisinde vatandaşa dağıtılmaktadır. Bu da seçim zamanında tapu alınacağı beklentisi içerisinde seçim öncesi zamanda gecekondulaşmayı ve hazine arazilerinin kaçak kullanımını teşvik etmektedir.

Kamu kesiminde harcamalar ile ilgili en büyük sıkıntı ise, bürokratların hesapsız ve kontrol dışı harcama alışkanlıklarıdır.<sup>9</sup>

Ülkemizde yolsuzlukların büyük ölçüde teşvik mekanizmasından

<sup>8</sup> Havva Çaha, “Türkiye’de Yolsuzluk: Yapısal Boyutlar ve Uygulama”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 42, S. 1 (Mart 2009), s. 108.

<sup>9</sup> Çaha, s. 113.

kaynaklandığını söylemek mümkündür. Teşvik tedbirlerinin amacı, toplum genelinde görülen yoksulluk ve işsizliğin azaltılması ve ekonomik büyümenin sağlanmasıdır. Ne yazık ki bu teşvikler suiistimal edilip zaman içerisinde birer yolsuzluk aracına dönüştürülmüştür.

Devlet eliyle uygulanan istihdam politikaları ve başarısız özelleştirmeler de yolsuzluğu arttıran etkenlerdendir.

#### 2.2.1.4. Denetim Konusunda Yaşanan Sıkıntılar

Kamuda gerçekleştirilen denetimler, iç ve dış denetim olarak iki başlık altında ele alınmaktadır. İç denetçilerin atanmaması, bilgi eksikliği, dış denetimin farklı kurumlar eliyle gerçekleştirilmesi ve eleman eksikliği sıkıntı yaratmaktadır. Diğer yandan yapılan denetimlerin dikkate alınmadığı bu durumun da denetim personeli üzerinde olumsuz etki yarattığı gözlenmektedir.<sup>10</sup>

### 2.3. Yolsuzluğun Başlıca Etkileri

Yolsuzluk eylemlerinin ortaya çıkma ve gerçekleştirilme biçimi farklılıklar gösterse de toplumda ortaya çıkardığı etki negatif yönlü olmaktadır. Toplumda ortaya çıkan bu olumsuzluk bireylere ve bireylerden oluşan kurum ve kuruluşlara da özellikle gelir dağılımı, enflasyon, mali istikrar ve büyüme hızı gibi çeşitli ekonomik göstergeler açısından bazı önemli maliyetler yüklemektedir.<sup>11</sup>

Yolsuzluğun ekonomik hayata yüklediği en önemli maliyetlerden biri vergi gelirlerinde gerçekleşen azalmadır.<sup>12</sup> Kamu harcamalarının

<sup>10</sup> Çaha, s. 118-120.

<sup>11</sup> Dökmen, G. (2012), "Yolsuzlukların Vergi Gelirleri Üzerindeki Etkisi: Dinamik Panel Veri Analizi", *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 13(1), s.1. Aktaran Örüçü ve diğerleri, s. 544.

<sup>12</sup> Yolsuzluğun kurumlar vergisi geliri üzerindeki etkisini araştırmak amacıyla OECD ülkelerinin verileri ile yapılan sistem GMM analizine göre yolsuzluğun azaltılması ile kurumlar vergisi gelirleri arasında beklenildiği gibi pozitif ve istatistikî olarak %5 düzeyinde anlamlı bir ilişki tespit edilmiştir. Ülkelerdeki yolsuzluğun azalması ya da yolsuzluk algısının azaltılması kurumlar vergisi gelirlerinde artışlara yol açmaktadır. Dolayısıyla modern vergi sistemleri içerisinde yer alan temel vergilerden biri olan kurumlar vergisi, vergi matrahı ve vergi oranı gibi temel unsurların yanında sosyoekonomik bir faktör olarak değerlendirilebilen yolsuzluk düzeyi ile de ilişkilidir. Örüçü ve diğerleri, s. 553.



ana kaynağı olan bu gelirlerin yolsuzluk nedeni ile azalması kamu otoritesi tarafından yapılması gereken harcamaların seyrini de değiştirmektedir. Harcamalar için yeterli finansman kaynağının olmaması, yapılması gereken kamu yatırımlarını sekteye uğratmaktadır. Kamu harcama düzeninin bozulması sonucunda da toplumsal refahın azalması ön plana çıkmaktadır. Yolsuzlukların bu olumsuz etkileri sonucunda kamu otoritesi tarafından sunulan mal ve hizmetlerin verimliliği ve çeşitliliği de azalmaktadır. Bu azalma ise yine bireyler üzerinde olumsuz bir baskıya neden olmaktadır.<sup>13</sup>

#### 2.4. Yolsuzluğa Karşı Alınabilecek Önlemler

Yolsuzlukla mücadele politikaları ahlaki ve kaderciler olarak nitelendirilebilecek iki noktada ele alınmaktadır. Konuya ahlaki açıdan yaklaşanlar, yolsuzlukla mücadelede, sosyal değerler ve kuralların köklü biçimde değişmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kaderciler düşüncede olanlar ise, yolsuzlukların önlenemez bir noktaya geldiğini, bu nedenle de mücadelenin gereksiz olacağını düşünmektedir. Buna karşın teorik ve ampirik çalışmalar ile uluslararası uygulamalar, yolsuzlukların tamamen ortadan kaldırılması mümkün olmasa da, azaltılabileceklerini göstermektedir.<sup>14</sup>

Birleşmiş Milletler, yolsuzlukla mücadele stratejilerinin yedi özelliğe sahip olmasını önermekte olup, bunlar; özellikle somut delillere dayalılık, şeffaflık, siyasi bağımsızlık, içsellik, çağdaşlık, sonuç odaklılık ve esnekliktir. Dünya Bankası'na göre ise etkili yolsuzlukla mücadele stratejisinin beş temel amacı olmalıdır, bunlar: Siyasi hesap verebilirliğin yükseltilmesi, sivil toplumun katılımının güçlendirilmesi, rekabetçi özel sektörün kurulması, etkin denetim sistemlerinin oluşturulması ve kamu yönetiminin geliştirilmesidir.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Bağdigen, M. ve Tunçer, M. (2004), "Yolsuzluğun Kamu Gelirleri Üzerine Etkisi: Belediye Gelirleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma", *Vergi Dünyası* 272, s. 169. Aktaran Örtücü ve diğerleri, s. 545.

<sup>14</sup> Şener Gönülaçar, "Etkili Bir Yolsuzlukla Mücadele İçin Kamu Denetiminde Yeni Bir Kurumsal Yapı Önerisi", *Mali Hukuk Dergisi*, Y. 27, S. 159 (Mayıs-Haziran 2012), s. 4.

<sup>15</sup> Gönülaçar, s. 5.

### 3. YOLSUZLUĞA İLİŞKİN ULUSLARARASI PARAMETRELER VE TÜRKİYE

Uluslararası Saydamlık Örgütü tarafından hazırlanan ve yıllık olarak yayımlanan Yolsuzluk Algılama Endeksi<sup>16</sup> (Corruption Perception Index, CPI) ve Dünya Bankası tarafından desteklenen endeksler, bu konuda ülkelerle ve Türkiye ile ilgili bazı bilgiler vermektedir. Bu endekslere göre yolsuzluk konusunda Türkiye, batı dünyasında değil üçüncü dünya ülkeleri içinde yer almaktadır.

Uluslararası Saydamlık Örgütü tarafından 05.12.2012 tarihinde yayımlanan “2012 Yılı Uluslararası Yolsuzluk Algılama Endeksi (CPI)” raporuna göre;<sup>17</sup>

“176 ülkenin endeks kapsamına dâhil edildiği CPI endeksinde, endeks değeri en yüksek olan Danimarka, Finlandiya ve Yeni Zelanda, birinci sırada yer almıştır. Her üç ülke de 90 CPI skoruna<sup>18</sup> sahiptir.

Yolsuzluk algısı düşük olan ülkelerin, genel olarak sosyal ve ekonomik anlamda da düşük gelişmişlik düzeyine sahip olduğu söylenebilir.

8 CPI skoru ile Somali, Kuzey Kore ve Afganistan 176 ülke arasında son sırada yer alan ülkeler olup; bu ülkelerden bir önceki sırada 13 CPI skoru ile Sudan yer almıştır.

Yolsuzluk algısı çok yüksek olan ülke kategorilerine geçildiğinde, ülkelerin gelişmişlik seviyelerinin de yükseldiği söylenebilir.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD), 73 CPI skoru ile 176 ülke içerisinde 19. sırada yer almıştır.

Çek Cumhuriyeti, Letonya, Malezya ve Türkiye, 49 CPI skoruyla 176 ülke içinde 54. sırada yer almaktadır.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Örgüt’ ün kullandığı Yolsuzluğu Algılama Endeksi, yolsuzluğu değil yolsuzluğun algılanmasını ölçmekte olup kamu gücünün özel çıkarlar için kötüye kullanımı, kamu işlemlerinin yürütülmesinde rüşvet alma, kamuya ait fonların zimmete geçirilmesi üzerine yoğunlaşmaktadır.

<sup>17</sup> Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (07.12.2012). [http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi\\_notu/566\\_U343YOLSUZ2012.pdf](http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi_notu/566_U343YOLSUZ2012.pdf), s. 1.

<sup>18</sup> 2012 yılında TI tarafından hesaplanan CPI çalışmasında, “0” en düşük skor olan “çok kirli”, 100 en yüksek skor olan çok temiz” olmayı ifade etmektedir.

<sup>19</sup> Türkiye 2010 yılı endeksinde 56. sırada iken; 2011 yılı endeksinde, Küba ve Letonya ile birlikte 61. sırada yer almıştır. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (2011).

Endeksin hesaplandığı 176 ülkeden %69,9'u olan 123 ülke, 50'nin altında CPI skoruna sahiptir. Bu durum, dünya genelinde yolsuzluğun yüksek oranda olduğunu bir göstergesidir”.

2012 yılı CPI Endeksi sonuçlarına göre endeks kapsamına dâhil edilen 176 ülke, 4 grupta kategorize edildiğinde;<sup>20</sup>

“Endeks Değeri Sınırları		Kategori No	Kategori Tanımı
1 - 29	4	Yolsuzluk algısı	çok yüksek
30 - 49	3	Yolsuzluk algısı	yüksek
50 - 79	2	Yolsuzluk algısı	düşük
80 - 100	1	Yolsuzluk algısı	çok düşük

olmak üzere, 176 ülkeden sadece 12'si “Yolsuzluk Algısının Çok Düşük” olduğu kategoride yer almaktadır. Bu ülkeler de sırasıyla; Danimarka, Finlandiya, Yeni Zelanda, İsveç, Singapur, İsviçre, Avustralya, Norveç, Kanada, Hollanda, İzlanda, Lüksemburg' tur.

176 ülkeden 41'i ise “Yolsuzluk Algısı Düşük” kategorisinde yer almaktadır. Bu kategorideki ülkelerden ilk üçte yer alanlar 79 endeks değeri ile Almanya, 77 endeks değeri ile Hong Kong ve 76 endeks değeri ile de Barbados'tur. Bu kategorinin son üç sırasında yer alan ülkeler ise, 52 endeks değeri ile Gürcistan ve Seyşeller ile 51 endeks değeri ile de Bahreyn'dir.

“Yolsuzluk Algısı Yüksek” olan ülkeler kategorisinde 176 ülkeden 76'sı yer almaktadır. Bu grupta yer alan ülkeler içerisinde en üst sırada, 49 endeks değeri ile Çek Cumhuriyeti, Letonya, Malezya ve Türkiye bulunmaktadır. Bu kategorinin son sırasında, 30 endeks değerine sahip Lübnan ve Togo olmak üzere iki ülke yer almaktadır.

176 ülkeden 47'si de “Yolsuzluk Algısı Çok Yüksek” kategorisinde yer almaktadır. Bu kategorinin ilk sırasında 29 endeks değerine sahip üç ülke yer almaktadır. Bu ülkeler, Fildişi Sahili, Nikaragua ve Uganda'dır. Bu kategorinin son üçündeki ülkeler ise 8 endeks değeri ile Somali, Kuzey Kore ve Afganistan'dır”.

[http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi\\_notu/202\\_U342Uluslararasıyolsuzluk.pdf](http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi_notu/202_U342Uluslararasıyolsuzluk.pdf), s. 1.

<sup>20</sup> Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (07.12.2012), s. 3-4.

Türkiye, 2012 yılı CPI değerine göre 49 endeks değeriyle 176 ülke arasında 54. sırada yer almaktadır ve ait olduğu ülke kategorisinde de 76 ülke arasında Çek Cumhuriyeti, Letonya, Malezya ile birlikte ilk sıradadır”.

Rüşvet Ödeyenler Endeksi (Bribe Payers Index), dünyanın en zengin ve ekonomik yönden etkili olan 28 ülkesinin şirketlerini yurtdışında rüşvet verme ihtimaline göre sıralamaktadır. 30 ülkeden 3016 iş adamına, 28 ülkenin (bu ülkelerin büyük çoğunluğu OECD üyesidir) özel şirketleri arasından iş ilişkisi içinde buldukları firmaların ne sıklıkla rüşvet verdiği sorulmakta ve skorlar bu cevaplara dayanarak belirlenmektedir (“sıfır” en kirlî; “on” en temiz). Bribe Payers Index 2011 Raporu’nda: Hollanda ve İsviçre şirketleri en az rüşvet ödeyen şirketler olurken, bu ülkeleri 3. sırada Belçika, 4. sırada Almanya ve Japonya, 6. sırada Avustralya ve Kanada izlemektedir. Raporla Rus ve Çin şirketlerinin dış ülkelere mal ve hizmet satarken büyük rakamlarla rüşvet vermekten kaçınmadığı vurgulanmaktadır. Türkiye 7,5 puanla listenin 19. sırasında olup; Türkiye’den daha iyi durumda olan 18 ülke arasında Tayvan, Hindistan ve Brezilya bulunmaktadır.<sup>21</sup>

Küresel Dürüstlük Örgütü (Global Integrity), Uluslararası Saydamlık Örgütüyle (Transparency International) birlikte yolsuzlukla mücadele ve etik değerler alanında dünyanın en önemli iki sivil toplum kuruluşundan biridir. Merkezi Washington DC’de olan Global Integrity, ülkelerin yolsuzlukla mücadele ve hesap verebilirlik mekanizmalarını incelemektedir. 2010 Küresel Dürüstlük Raporunda Türkiye’nin Genel Puanı (100 üzerinden) 68 (zayıf); Yasal Çerçeve Puanı 75 (orta) ve Gerçek Uygulama Puanı 57 (çok zayıf) olarak yansımıştır.<sup>22</sup>

Küresel Yolsuzluk Barometresi (Global Corruption Barometer) 2010 Raporu’nda, Türkiye’de en çok rüşvetin yüzde 29 ile polise verildiği ifade edilmektedir. Genel tabloda Türkiye 6. sırada, ilk 5 ülkenin de Avrupa’dan olmadığı düşünüldüğünde, Türkiye bu tabloyla Avrupa’da ilk sırada yer almaktadır.<sup>23</sup> Raporla ayrıca Türkiye’de 11 sektörden üç

<sup>21</sup> Bribe Payers Index 2011; Transparency International <http://www.transparency.org/content/download/63863/1022714>. Aktaran Gönülaçar, s. 7.

<sup>22</sup> Global Integrity Report. *Integrity Scorecard Turkey 2010* <http://www.globalintegrity.org/report/Turkey/2010/scorecard>. Aktaran Gönülaçar, s. 7-8.

<sup>23</sup> “Avrupa’nın rüşvet lideriyiz” <http://www.ntvmsnbc.com/id/25179056/#storyContinued>. Aktaran Gönülaçar, s. 8.

tanesinde dünya ortalamasına göre negatif sapma meydana geldiği, yani kirliliğin dünya ortalamasının üzerinde olduğu belirtilmektedir. Bu alanlar; eğitim, silahlı kuvvetler ve sivil toplum örgütleri'dir.<sup>24</sup>

Yukarıdan beri söylediğimiz olumsuz tabloyu yok etmek üzere, ülkemiz dahilinde oluşturulması gereken yasal mevzuat ve uygulama ne yazık ki yeterli gelişimi gösterememiştir. Nitekim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bünyesinde kurulan ve yolsuzlukla mücadelede bir denetim mekanizması olan "Yolsuzluğa Karşı Avrupa Devletler Grubu-GRECO", yolsuzluğa yönelik olarak ülkemizde yapılan yasal değişiklikleri yeterli görmemiş olup; GRECO'nun Türkiye hakkındaki Üçüncü Aşama İncelemesi sonucu düzenlenen 26 Mart 2010 tarihli "Türkiye'de Suç Haline Getirme Değerlendirme Raporu'nun konuları, "Siyasi Partilerin Finansmanında Şeffaflık" ve "Suç Haline Getirme" dir. GRECO, yolsuzluğa yönelik olarak Türkiye'ye bir dizi tavsiyede bulunmuş;<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Global Corruption Barometer 2010 Report. [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/gcb/2010/results](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/gcb/2010/results). Aktaran Gönülaçar, s. 8.

Çaha da ülkemizde yolsuzluğun en çok görüldüğü alanları; kamu ihale ve inşaatları; ithalat, ihracat ve gümrük alanları; finans sektörü; enerji sektörü; sağlık sektörü ve silah ve savunma sanayi olarak sıralamaktadır. Çaha, s. 120-129.

<sup>25</sup> Rüşvet suçlarının kapsamlı, tutarlı ve açık tanımlarını sağlamak ve (a) tarafların rüşvet üzerinde anlaşmaya varıp varmadıklarına bakılmaksızın rüşvet vaat, teklif ve talepleri, (b) görevi ihlal teşkil edip etmediğine ya da görevlinin yetki alanı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın kamu görevlisinin görevi sırasında yerine getirdiği veya getirmediği eylemlerin tamamını belirsizliğe mahal veremeyecek şekilde tespit etmek için mevcut ceza kanununu gözden geçirmeyi;

Rüşvet suçlarının, aracılar yoluyla işlenen rüşvet vakaları ile yararın görevlinin kendisi için değil de üçüncü taraf için sağlanmasının amaçlandığı durumları net olarak kapsayacak şekilde anamlandırılmasının sağlanmasını;

Uluslararası ticari faaliyetler dâhilinde olsun ya da olmasın bütün yabancı kamu görevlilerinin, yabancı kamu meclisleri üyelerinin, uluslararası kuruluş görevlilerinin, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerinin, uluslararası mahkeme hâkimleri ve görevlilerinin rüşvet verme ve aynı kişilerden rüşvet almasının, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 5, 6, 9, 10 ve 11. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasının sağlanmasını;

Uluslararası ticari faaliyetlerin kapsamı içinde ya da dışındaki, yabancı jüri ve hakemlere rüşvet verilmesi ve rüşvet alınmasının Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi Ek Protokolünün 4 ve 6. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasını ve bu belgenin en kısa sürede imzalanıp onaylanmasını sağlamayı;

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 7 ve 8. maddelerine göre, özel sektör teşekküllerinde her görevde çalışan ya da bu teşekkülleri yöneten eden her kişiye uygulanabilir şekilde özel sektörde rüşvet almayı ve vermeyi cezalandırılmasını;

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre, nüfuz kullananın aldatıp aldatmamasına bakılmaksızın nüfuz ticaretinin cezalandırılmasını; "Etkin pişmanlık" durumlarında kamu sektöründe rüşvet alma ve verme suçunu işleyenlere sağlanan cezadan otomatik olarak ve neredeyse tamamen muaf olma durumu nu analiz etmeyi ve buna göre gözden geçirmeyi ve bu tür durumlarda

buna karşın “tavsiyelerin hiç birisi Türkiye tarafından tatmin edici şekilde yerine getirilmemiştir”.<sup>26</sup>

#### 4. YOLSUZLUKLA MÜCADELENİN ULUSLARARASI BOYUTU

Yolsuzluğun oluşmasında birey tek başına etkili iken yolsuzluğu bertaraf etmede bireyler tek başına yeterli olamazlar. Bunun nedeni yolsuzluğun etkilerinin tüm topluma yayılması ve ortaya çıkardığı maliyetin giderek artmasıdır. Yolsuzluğun etkilerinin ortadan kaldırılması, toplumun tümünün gayreti ve kamu kaynakları ile maliyetin karşılanması gerekliliğini doğurmaktadır. Aynı zamanda küreselleşme ile birlikte ülkeler arası iletişimin ve sermaye hareketliliğinin artması yolsuzluk olgusunu uluslararası bir platforma taşımaktadır. Yaşanan yolsuzlukların etkilerinin o ülkenin sınırlarını aşması bu sorunların uluslararası bir mücadele ile çözülmesini gerektirmektedir.<sup>27</sup>

Yolsuzlukla mücadele için oluşturulan uluslararası organizasyonlar politik, ekonomik veya kültürel amaçlarla; hükümetler arası veya hükümet dışı şekillerde; iki taraflı ya da çok taraflı; bölgesel ya da küresel olarak kurulabilirler. Ancak nasıl bir sınıflandırmaya tabi tutulursa tutulsunlar, kendi örgüt yapıları içinde uluslararası hukuk çerçevesinde yaptırımlara haiz sözleşme ve kararlar üretebilirler. Yolsuzlukla etkin bir mücadele sağlamada bu örgütlerin konuya ilişkin olarak ortaya koyacağı bağlayıcı metinler önemli bir rol üstlenir. Bunun dışında, her uluslararası örgüt veya işbirliği çabası, uluslararası

---

rüşveti verene verdiği rüşvetin tazminini ortadan kaldırmayı (ii) kanunu uygulayan uygulayıcılar dâhil herkese ön soruşturmanın başlamasından sonra “etkin pişmanlık”ın kullanılması durumlarında cezadan muaf tutulmanın uygulanmadığını açıklamayı;

Vatandaş olmayanlar tarafından işlenen ancak, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan Türk kamu görevlilerinin veya Türk meclisleri üyelerinin dâhil olduğu yolsuzluk suçları fiillerinin kovuşturulmasının Adalet Bakanının talebi üzerine yapılabilceği (TCK 12. madde, 1. fıkra) şartının kaldırılmasını; ve (ii) yurt dışında yabancılar tarafından işlenen fakat, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan uluslararası organizasyonların görevlilerini, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerini ve uluslararası mahkemelerin hâkimleri ve savcılarını içeren yolsuzluk suçları üzerinde yargı yetkisi tesis etmesini”. GRECO, “Üçüncü Değerlendirme Aşaması Türkiye Uygunluk Raporu” [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2012\)4\\_Turkey\\_TR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2012)4_Turkey_TR.pdf), s. 1-10.

<sup>26</sup> GRECO, s. 15-16.

<sup>27</sup> Çelen, M. (2007), “Yolsuzluk Ekonomisi: Kamusal Bir Kötülük Olarak Yolsuzluğun Ekonomik Analizi”, İSMMMO 77, s. 23. Aktaran Özüçü ve diğerleri, s. 546.

sı kamuoyu oluşturma platformu olmakta ve üyeleri üzerinde baskı mekanizmaları oluşturabilmektedir. Bu mekanizmalar çerçevesinde ülkeler, yolsuzluklara karşı tedbirlerini arttırmak ve yolsuzlukla mücadele stratejileri geliştirmek zorunda kalmaktadır.<sup>28</sup>

Uluslararası organizasyonların rolü, doğrudan yolsuzlukla mücadele süreçlerinin başlatılmasını sağlamak, var olan mücadele süreçlerini desteklemek, karşılıklı yardımlaşma ortamları sağlamak, yol haritaları çizmek ve geliştirmek olarak özetlenebilir. Uluslararası işbirliği çerçevesinde değişik ülke deneyimlerine ilişkin çıktılar karşılaştırılarak, zamana ve koşullara en uygun mücadele mekanizmalarının tespit edilmesi yönünde düşünce üretimleri yapılabilecektir.<sup>29</sup>

Uluslararası planda yolsuzlukla mücadelenin ana unsuru olan ve çoğunluğu da dolaylı yollardan yolsuzlukla mücadele eden bazı uluslararası örgütler ve bu örgütlerin kullandığı kurumsal araçların başlıcaları şu şekilde sınıflandırılabilir:

A. Çok taraflı uluslararası organizasyonlar,

1. Birleşmiş Milletler
2. Dünya Bankası
3. Dünya Ticaret Örgütü (WTO)
4. Uluslararası Para Fonu (IMF)
5. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)

B. İki taraflı uluslararası yardım girişimleri,

1. ABD Uluslararası Kalkınma Ajansı
2. Birleşik Krallık Uluslararası Kalkınma Birimi

C. Hükümet dışı uluslararası kuruluşlar,

1. Uluslararası Saydamlık Örgütü
2. Yolsuzluğa Karşı Parlamenterler Küresel Örgütü (GOPAC)

D. Bölgesel örgütler,

1. Avrupa Birliği

1.1. Avrupa Sahtecilikle Mücadele Ofisi (OLAF)

<sup>28</sup> Musa Kayrak, "Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Örgütler", *Sosyoekonomi Dergisi*, S. 2 (Temmuz-Aralık 2006), s. 89.

<sup>29</sup> Kayrak, s. 90.



1.2. Avrupa Birliği Sayıştayı (ECA)

1.3. Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinde Yönetişimin ve İdarenin Desteklenmesi Programı (SIGMA Programı)

1.4. Avrupa Saydamlık Girişimi

2. Avrupa Konseyi

2.1. GRECO

2.2. MONYEVAL

2.3. OCTOBUS Programı

2.4. PACO Programı

E. Uluslararası meslek örgütleri, sendikalar ve özel sektör girişimleri

1. Uluslararası Ticaret Odası (ICC)

Burada sayılanlar ve benzeri uluslararası örgütler tarafından yolsuzluk ile mücadele alanında çok sayıda düzenleme ortaya konmuş olup, bunların en önemlisi, yüzden fazla ülke tarafından imzalanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 04.12.2000 tarih ve 55/61 sayılı kararla onaylanan "BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi" dir. Sözleşme 14 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından da 10 Aralık 2003 tarihinde imzalanmış olup, 18 Mayıs 2006 tarih ve 5506 sayılı Kanunla onaylanmıştır.

## 5. YOLSUZLUKLA MÜCADELE VE OECD

### 5.1. Yolsuzlukla Mücadelede OECD'nin Rolü

1994 yılından itibaren yolsuzluğa karşı mücadele etmek amacıyla küresel çapta Dünya Bankası, Avrupa Birliği, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlar bazı çalışmalar yapmaya başlamışlardır. Bu çalışmaların öncülüğünü Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından oluşturulan Rüşvet Üzerine Çalışma Grubu yapmıştır. Bu grubun yapmış olduğu çalışmanın genel kapsamı rüşvetin suç kapsamına alınması ve vergi indirimi konusu dışına çıkarılmasıdır.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> TMMOB (2007), "2007 İlk Yazında Dünya ve Türkiye Ekonomisine Bakış, Bağımsız Sosyal Bilimciler 2007 Yılı Raporu", Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Ankara, s. 84. Aktaran Örucü ve diğerleri, s. 546.

OECD, yolsuzluğun ortadan kaldırılabilmesi için uzun süredir çaba göstermektedir. Bu çabaların başında, yolsuzluğu önleyici projeler ve aynı zamanda yolsuzluk ile mücadele algısını topluma yaymak için kamu platformunu aydınlatıcı yayınlara ağırlık verilmesi gelmektedir. Bunun bir diğer gayesi, mali şeffaflık ve hesap verme sorumluluğunu kamu kesimine yerleştirmektir. Bu noktada toplumun bilinçlendirilmesi amaçlanmış ve yolsuzlukla mücadelede ortak hareket etme duygusunun ortaya çıkarılmasına çalışılmıştır. Yapılan çalışmalarda diğer bir amaç ise uluslararası ticari faaliyetlerde yolsuzluğu ortadan kaldırarak ülkelerin rekabet güçlerinin ön plana çıktığı bir ortam oluşturma gayretidir.<sup>31</sup>

## 5.2. Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi

Ekonomik kalkınmayı zaafa uğratan ve uluslararası rekabet koşullarında sapmaya yol açan rüşvetin son yıllarda özellikle uluslararası ticari işlemlerde son derece yaygın hale gelmesi bu konuda uluslararası alanda önlem alınmasının zorunlu hale getirmiştir.<sup>32</sup> Bu kapsamda kabul edilen ilk uluslararası belge 27 Mayıs 1994 tarihli “Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvetin Önlenmesi Konusundaki OECD Tavsiyeleri” dir. Söz konusu belge, 1997 yılında gözden geçirilerek genişletilmiş ve 21.11.1997 tarihinde “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi” kabul edilmiştir. Şubat 1999’da yürürlüğe giren Sözleşmeye Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 30 OECD üyesi ülke ve 7 OECD üyesi olmayan ülke taraftır.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Karakaş, M. ve Çak, M. (2007), “Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Kuruluşların Rolü”, *Maliye Dergisi*, S. 153, s. 87. Aktaran Örucü ve diğerleri, s. 546-547.

<sup>32</sup> Son yıllarda, özellikle geçiş ekonomilerinde, yabancı ülkelerde ticari işlemlerin yürütülebilmesi için rüşvet kaçınılmaz bir araç haline gelmiştir. Örneğin; Doğu Avrupa’da ulusal ya da bölgesel ticari işlemlerin %40-60’ında rüşvet ödendiği ve ödenen rüşvetin firmalara yıllık gelirlerinin %2-8’i oranında ilave maliyet yarattığı iddia edilmektedir. Bu örnek, yabancı rüşvetin ticari işlemlerin yürütülmesinde önemli ölçüde yaygınlaştığının ve uluslararası ticaret üzerindeki etkisinin göstergesidir. Zoe GOUNARI, “The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions: Theory and Practice”, [http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9\\_ARTICLE2.pdf](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE2.pdf). Aktaran Aykın ve Avcı, s. 2.

<sup>33</sup> OECD üyesi ülkeler: Avustralya, Avusturya, Belçika, Kanada, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda,

Türkiye ilk imzacı devletlerden biridir. 15.02.1999 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme, Ülkemiz açısından 01.02.2000 tarihli ve 4518 sayılı Kanunla onaylanarak Anayasanın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelmiştir.

Sözleşme'yi imzalayan bütün ülkeler yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin önlenmesi, tespit edilmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili olarak Sözleşme ile getirilen hükümleri uygulamayı taahhüt etmektedirler.

OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi, sadece uluslararası ticari işlemlerde yabancı kamu görevlisine rüşvet teklif ya da vaat edilmesi ya da verilmesi yani aktif rüşvet ile ilgili hükümler içermektedir. Bir başka anlatımla Sözleşme ile rüşveti talep eden ya da alan (pasif rüşvet) yabancı kamu görevlileri değil rüşveti verenlerin cezalandırılmaları öngörülmektedir.<sup>34</sup>

Sözleşme' de "yabancı kamu görevlisi"; yabancı bir ülkede seçilmiş ya da atanmış olarak yasama, idari ya da adli bir görevi yürüten, kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere yabancı bir ülke için kamusal bir hizmeti yerine getiren kişi ve kamusal nitelikteki bir uluslararası örgütün görevlisi veya temsilcisi olarak tanımlanmıştır.<sup>35</sup> Buna göre yabancı bir ülkede kamu görevi yürüten görevlilerin yanı sıra uluslararası örgüt görevlileri ve temsilcileri de yabancı kamu görevlisi kapsamında değerlendirilecektir.

OECD Sözleşmesi'nde, uluslararası ticari işlemlerin yürütülmesi sırasında bir işin yapılması veya yapılmaması ya da haksız bir yararın elde edilmesi ya da muhafazası amacıyla yabancı kamu görevlisine ya da üçüncü bir tarafa, kasıtlı olarak doğrudan ya da aracılar vasıtasıyla haksız ödeme ya da herhangi bir menfaatin teklif edilmesi, vaat edilmesi ya da verilmesinin taraf ülkelerce suç olarak kabul edilmesi öngörülmüştür.<sup>36</sup>

---

İrlanda, İtalya, Japonya, Kore, Lüksemburg, Meksika, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Slovakya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, İngiltere, ABD. OECD üyesi olmayan ülkeler: Arjantin, Brezilya, Bulgaristan, Şili, Estonya, Slovenya ve Güney Afrika.

<sup>34</sup> Aykın ve Avcı, s. 3.

<sup>35</sup> Sözleşme m. 4/a.

<sup>36</sup> Sözleşme m. 1/1.

Sözleşme’ de düzenlenen yabancı kamu görevlisine rüşvet suçu tanımında “aracılar vasıtasıyla” denilmek suretiyle yabancı kamu görevlisine dolaylı olarak teklif ya da vaat edilen ya da verilen haksız ödemeler ya da diğer menfaatler de rüşvet kapsamında sayılmıştır.<sup>37</sup>

Sözleşme ile yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçu için etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar uygulanması hüküm altına alınmıştır. Söz konusu yaptırımlar taraf ülkelerin kendi kamu görevlisine rüşvet verilmesi suçunda uygulanan yaptırımlardan farklı olmamalıdır ve gerçek kişiler için, karşılıklı adli yardım ve suçluların iadesine imkân verecek ölçüde hapis cezası öngörmelidir.<sup>38</sup>

Sözleşme’ de yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin ve rüşvet gelirlerinin müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır. Burada sözü edilen rüşvet gelirleri, rüşvet aracılığıyla elde edilen ya da muhafaza edilen ticari işlemler ya da diğer haksız menfaatlerden kaynaklanan kâr ya da diğer kazançlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>39</sup>

Sözleşme ile taraf ülkelerin yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçunda tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmelerini sağlayacak tedbirleri almaları,<sup>40</sup> ancak yasal sistemleri uyarınca cezai yaptırımların uygulanmadığı durumlarda tüzel kişilere etkili, orantılı ve caydırıcı cezai olmayan yaptırımlar uygulamaları hüküm altına alınmıştır.<sup>41</sup>

Sözleşme’ de taraf ülkelerin, yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçuyla ilgili olarak bir başka taraf ülke tarafından yürütülen cezai soruşturma ve kovuşturmalarda gerekli adli yardımı sağlamaları öngörülmüştür.<sup>42</sup> Diğer taraftan Sözleşme ile taraf ülkelerce yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçunun suçluların iade edilmesini gerektiren suç olarak kabul edileceği ve suçluların iadesinin ulusal mevzuat ve taraflar arasındaki anlaşmada yer alan şartlara tabi olacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> Sözleşme m. 1/1.

<sup>38</sup> Sözleşme m. 3/1.

<sup>39</sup> Sözleşme m. 3/3.

<sup>40</sup> Sözleşme m. 2.

<sup>41</sup> Sözleşme m. 3/2.

<sup>42</sup> Sözleşme m. 9/1.

<sup>43</sup> Sözleşme m. 10/1.

Sözleşme ile taraf ülkelerce, şirketler tarafından yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi ya da verilen rüşvetin gizlenmesi amacıyla kayıt dışı hesap tutulmasının, kayıt dışı veya yeterince tanımlanmamış işlemler yapılmasının, var olmayan gider kaydı tutulmasının ve sahte belge kullanılmasının yasaklanması öngörülmüştür.<sup>44</sup> Bununla birlikte OECD tarafından taraf ülkelerce, yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin vergiden indirilmesine izin verilmemesine yönelik 11 Nisan 1996 tarihli Konsey Tavsiyesi kabul edilmiştir.<sup>45</sup>

Sözleşme'ye taraf olan bütün ülkeler ulusal mevzuatlarında yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesini suç olarak düzenlemek ve bu suçla mücadelede Sözleşme ile getirilen hükümlere uyum sağlamak ve uygulamakla yükümlüdürler. Bu kapsamda ülkelerin yolsuzlukla mücadele sistemleri, OECD Sözleşmesi'ne taraf 37 ülkenin temsilcilerinden oluşan OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu tarafından detaylı olarak incelemeye tabi tutulmaktadır. Sözleşme'yi imzalayan ve onaylayan ülkeler bu inceleme sürecinin bir parçası olmayı kabul etmektedirler. OECD Çalışma Grubu tarafından iki aşamalı olarak gerçekleştirilen bu incelemelerde, Çalışma Grubu üyeleri arasından lider inceleyici ülkeler belirlenmekte ve OECD Sekreteryası ve lider inceleyici ülke temsilcilerinden oluşan inceleme heyeti tarafından yürütülen bu incelemelere Çalışma Grubu toplantıları sırasında diğer taraf ülkeler de aktif olarak katılmaktadırlar.

**Birinci Aşama (Mevzuat Düzenlemelerinin Sözleşmeye Uyumu) İncelemelerinde;** taraf ülkenin ulusal mevzuatının Sözleşme'ye uygun olup olmadığının tespiti yapılmaktadır. İncelemeler, bir soru belgesinin incelenenek ülkeye gönderilmesi ile başlamaktadır. İncelenenek ülke, soru belgesini yanıtlayarak lider inceleyici ülkelere ve OECD Sekreteryası'na göndermektedir. Soru belgesinde, Sözleşme'nin her bir maddesinin ulusal hukuka gerektiği gibi yansıtılıp yansıtılmadığının tespitine yönelik ayrıntılı sorular yer almaktadır.

<sup>44</sup> Sözleşme m. 8/1.

<sup>45</sup> OECD, Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials, Paris 1997, s.1. Aktaran Aykın ve Avcı, s. 5.

İncelenen ülkenin soru belgesini yanıtlayarak Sekretarya'ya ve lider inceleyici ülkelere iletmesinin ardından, Sekretarya ve lider inceleyici ülkeler, taslak bir rapor hazırlamaktadırlar. Taslak raporda, incelenen ülkenin rüşvetle mücadele konusundaki mevzuatının Sözleşme'ye ne derecede uygun olduğu ve varsa uygun olmayan hususların hangileri olduğu açıklanmaktadır.

İncelenen ülkenin mevzuatını anlamak ve muhtemel eksiklikleri tespit etmek amacıyla yapılan bu süreç, Çalışma Grubu'nda konunun müzakeresi ile sona ermektedir. Grup'taki görüşmelerin ardından, incelenen ülkenin mevzuatının Sözleşme'ye uygunluğuna ilişkin Tavsiyeler ve Ülke Raporları kabul edilmektedir.

**İkinci Aşama (Uygulamanın Etkinliğinin Denetimi) İncelemelerinde;** incelenen ülkenin mevzuatının, uygulamadaki etkinliği ve sonuçları değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, incelenen ülkede yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunun takibi ve kovuşturulması konusundaki fiili durum dikkatle değerlendirilmektedir.

İkinci aşama incelemelerinin birinci aşama incelemelerinden en önemli farkı, lider inceleyici ülkelerin ve Sekretarya görevlilerinin incelenen ülkeye giderek, bizzat incelemelerde ve mülakatlarda bulunmalarıdır. "Yerinde inceleme ziyareti" olarak adlandırılan bu ziyaretler, incelenen ülkenin ticaretinin en yoğun olduğu şehir veya şehirlere yapılmaktadır. Yerinde inceleme ziyaretleri sırasında, inceleme ekibi, başta Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı olmak üzere ilgili Bakanlık temsilcileri ile görüşmektedir.<sup>46</sup> İkinci Aşama İncelemeleri de, tıpkı birinci aşama incelemeleri gibi Çalışma Grubu toplantılarında yapılan görüşmelerle sona ermekte; Grup'taki görüşmelerde, incelenen ülke hakkındaki tavsiyeler ve ülke raporları kabul edilmektedir.

İkinci aşama incelemeleri tamamlanan ülkelerin, incelemenin tamamlandığı tarihten bir yıl sonra, Çalışma Grubu toplantılarında sözlü, iki yıl sonra ise yazılı rapor sunmaları gerekmektedir. OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu'nun Haziran 2005 tarihinde kabul ettiği "İkinci Aşama İncelemeleri Konusunda Gözden Geçirilmiş

<sup>46</sup> Günseli Yastı, "OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi ve Türkiye" <http://www.mfa.gov.tr/oecd-rusvetle-mucadele-sozlesmesi-ve-turkiye-.tr.mfa>

Rehber” başlıklı belge uyarınca, incelemeleri tamamlanan ülkeler hakkında daha sıkı önlemler alınmıştır. Buna göre, ikinci aşama incelemesi tamamlanan ve Sözleşme’yi gerektiği gibi uygulamayan ülke açısından, “olağanüstü” bir önlem olarak ikinci kez yerinde inceleme ziyaretini içeren yeni bir ikinci aşama incelemesi yapılmasına karar verilecektir.<sup>47</sup>

**Üçüncü Aşama (Mevzuat, Uygulama ve Kanun Uygulayıcılar Yönünden Kaydedilen Gelişmelerin İzlenmesi) İncelemelerinde;** içerik yönünden odaklanılacak konular belli olup, belli başlıklara konsantre olunmaktadır.

Bu çerçevede 3. Aşama İncelemesinde ele alınacak konular üç ana başlık altında toplanabilir:<sup>48</sup>

“İkinci aşama incelemelerinde, ülkede tespit edilen eksikler hakkında 3. aşama incelemesine kadar kaydedilen gelişmeler,

İkinci aşama incelemesinden sonra ülkenin iç mevzuatı veya kurumsal yapılarında gerçekleştirilen değişiklikler,

Ülkede yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar ile diğer anahtar konular”.

Lider inceleyici olarak iki ülke atanır ve tespit edilen bu ülkelerden hukuk ve maliye alanında birer uzman, incelemeci olarak tespit edilir. Değerlendirilecek ülkeye Sualname iletilir. Sualname standarttır ve oldukça kapsamlıdır. Sualnamenin cevaplandırılması için de söz konusu ülkeye kural olarak 8 hafta verilir.

Değerlendirilecek ülkeye, atanan incelemeciler ve OECD Sekreteryası’ndan yetkililer tarafından yerinde ziyaret gerçekleştirilir. Yerinde ziyaret, panellerden oluşmaktadır. İncelenen ülke, değerlendirme takımınca panelde bulunmaları talep edilen hükümet yetkililerinin toplantıya katılımlarını sağlamak zorundadır. Ayrıca hükümet dışı, sivil toplum temsilcilerinin katılımları için de elinden geleni yapmakla yükümlüdür.

<sup>47</sup> Yastı.

<sup>48</sup> Adalet Bakanlığı, “OECD Sözleşmesi İnceleme Süreçleri” [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oced/inceleme\\_surecleri/ucuncu\\_asama\\_incelemeleri.html](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oced/inceleme_surecleri/ucuncu_asama_incelemeleri.html)



Yerinde inceleme ziyaretleri sırasında, inceleme ekibi, başta Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı olmak üzere ilgili Bakanlık temsilcileri ile görüşmektedir. İncelemenin bel kemiğini, rüşvet konusundaki davalara bakan hâkim ve savcılarla yapılan görüşmeler oluşturmaktadır. İnceleme ekibi ayrıca, rüşvet suçunun takibinden sorumlu emniyet makamları ve varsa yolsuzlukla ilgili uzmanlaşmış makamlarla, vergi denetmenleri ile ihracat kredisi kuruluşları, barolar, işçi ve işveren kuruluşları ve medya ile de görüşmektedir.

OECD Sekreteryası ve incelemeciler tarafından ülkenin performansına göre hazırlanan rapor, Yabancı Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu'nun Genel Toplantısı'nda değerlendirilir. Ülkenin performansına göre, tavsiyeler de içeren Çalışma Grubu'nun Raporu kabul edilerek, OECD internet sitesinde basın açıklamasında bulunulur.

İkinci aşamada olduğu gibi üçüncü aşamada da, Çalışma Grubu'nca kabul edilen tavsiyelerin yerine getirilip getirilmediğine dair ülkeden izleme/takip raporları talep edilmektedir. Tavsiyelerin yerine getirilmesinde kritik eksikliklerin tespiti halinde ise, Çalışma Grubu, değerlendirilen ülkeden Üçüncü Aşama 3bis Raporu talep edebilmektedir. Bu raporun süreci, 3 aşama inceleme raporunun hazırlanma süreciyle aynıdır. Bu çerçevede, Çalışma Grubu ikinci kez yerinde ziyaret çalışmasını talep edebilmektedir. Böyle bir uygulama sıra dışı bir istem olup, eski incelemecilerin yerine yeni incelemeci ülkeler de belirlenebilmektedir.<sup>49</sup>

**İnceleme Aşamalarında Tavsiyelerin Yerine Getirilmemesi Halinde Uygulanan Süreç:** 3bis Aşaması veya sonraki takip sürecinden sonra halen tavsiyelere uyumsuzluk tespit edilirse Çalışma Grubu aşğıdaki önlemlere karar verebilir.<sup>50</sup>

“Bahis konusu ülkeden, her Çalışma Grubu toplantısında konuya ilişkin rapor sunmasının talep edilmesi,

Çalışma Grubu tarafından seçilecek bir grup ülkenin, Sekreteryası ile birlikte, Sözleşme'yi gerektiği gibi uygulamayan ülkedeki durumu değerlendirmesi ve ileride atılacak adımlara ilişkin tavsiyede bulunma konularında yetkilendirilmesi,

<sup>49</sup> Adalet Bakanlığı, “OECD Sözleşmesi İnceleme Süreçleri”.

<sup>50</sup> Adalet Bakanlığı, “OECD Sözleşmesi İnceleme Süreçleri”.

Çalışma Grubu Başkanı'nın, ilgili ülkenin Bakan veya Bakanları-na konuya ilişkin bir mektup yazması,

Çalışma Grubu Başkanı, OECD Yolsuzlukla Mücadele Bölümü Başkanı ve Çalışma Grubu'na üye bazı ülkelerin heyet başkanlarından oluşan üst düzey görevlilerin, konuya ilişkin görüşmelerde bulunmak üzere ilgili ülkeyi ziyaret etmeleri,

Bahis konusu ülkenin Sözleşme'yi yeterince uygulamadığı husu-sunu ve Sözleşme'nin derhal uygulanması talebini içeren resmi bir açıklama yayımlanması".

### 5.2.1. OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi'ne Uyum Açısından Türk Hukuk Mevzuatında Yapılan Çalışmalar

OECD çatısı altında taraf olduğumuz Sözleşme'nin etkin bir şekilde uygulanmasına yönelik adımlar atılması, hem uluslararası yükümlülüklerimiz hem de ülkemizin dış pazarlardaki çıkarları bakımından büyük önem taşımaktadır.

"Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi" 01.02.2000 tarih ve 4518 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Müteakiben, OECD düzenlemelerinin Türk hukukuna uyumlaştırılması çalışmaları çerçevesinde "yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçu" ilk olarak 02.01.2003 tarih ve 4782 sayılı Kanun ile iç hukukumuzda girmiştir. Daha sonra, 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Son olarak 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile OECD düzenlemelerine paralel olarak güncellenmiştir.<sup>51</sup>

Rüşvet suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 252 ve izleyen maddelerinde düzenlenmiştir. Maddenin 9. fıkrası ile Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınarak "yabancı kamu görevlisi" ne rüşvet verilmesi suçuna dair ayrıntılı düzenleme yapılmıştır:

"(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstere-

<sup>51</sup> Adalet Bakanlığı, Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi OECD Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Ankara 2013, s. 5.

ceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,

- d) Kamu yararına çalışan dernekler,
- e) Kooperatifler,
- f) Halka açık anonim şirketler,

adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılara vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.

(9) Bu madde hükümleri;

a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,

b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,

c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,

d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,

e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru yapılan tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere,

f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılara vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.

(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;

a) Türkiye'nin,

b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun,

- c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin,  
d) Türk vatandaşının,

tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye’de buldukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır”.

“Rüşvet suçunda tüzel kişilerin sorumluluğu”, 5237 sayılı Kanun’un 253. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır”.<sup>52</sup>

“Rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık durumu” ise Türk Ceza Kanunu’nun 254. maddesinde yer almaktadır:

“(1) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükümlenmez. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükümlenmez.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükümlenmez.

<sup>52</sup> Türk Ceza Kanunu m. 60:

(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı ceza-ya hükmolunmaz.

(4) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz".

### 5.2.2. OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi Türkiye İncelemeleri

**Türkiye birinci aşama incelemesi;** 11-13 Şubat 2004 tarihlerinde gerçekleştirilmiş, genel itibarıyla Türk mevzuatının sözleşmeye uyumlu olduğu tespit edilmiş ve hazırlanan rapor 8 Kasım 2004 tarihinde kabul edilmiştir. Bu tarihten sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna yer verilmemiş ve etkin pişmanlık hükümlerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçlarında da uygulanabileceği yönünde düzenlemeler yer almıştır.

**Türkiye 2. aşama yerinde incelemesi;** 2007 yılı Mayıs ayı içinde OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu Sekreteryası görevlileri ile lider inceleyici ülkeler Almanya ve Bulgaristan temsilcileri tarafından gerçekleştirilmiş olup, Ankara ve İstanbul'da ilgili kurum ve kuruluş temsilcileri ile toplantılar yapılmıştır. Hazırlanan Türkiye Raporu Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu'nun 4-7 Aralık 2007 tarihli toplantısında ele alınarak, kabul edilmiştir. Söz konusu raporda 15'ten fazla kurumu ilgilendiren toplam 26 tavsiye ile 5 izleme maddesine yer verilmiş,<sup>53</sup> Türkiye hakkında yaptırım niteliğinde olan ikinci aşama incelemesinin tekrarı kararlaştırılmıştır.

Bu çerçevede; OECD Sekreteryası ve lider inceleyici ülke temsilci-

<sup>53</sup> Yapılan tavsiyelerden özellikle, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin kaldırılması ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun yeniden ihdas edilmesi hususları kanun değişikliğini gerektirmekte ve bu değişiklikler sözleşmeye uyum açısından büyük önem taşımaktadır. Abdullah Cebeci, "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Bağlamında Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu ve Etkin Pişmanlık Sorunu, <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi30/cebeci.pdf>

leri 19-21 Ocak 2009 tarihinde Ankara ve İstanbul'da yerinde inceleme ziyaretlerinde bulunmuşlardır. Yapılan çalışmalar sonrasında **Türkiye 2. Aşama Tekrar İncelemesi** Raporu hazırlanmıştır. Hazırlanan rapor, 16-19 Haziran 2009 tarihlerinde Paris'te OECD Merkezinde, Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu toplantısında görüşülerek karara bağlanmış ve basın açıklaması yapılmasına karar verilmiştir. Raporun görüşülmesi sırasında Türkiye'nin 2. aşama tekrar incelemesine tabi tutulan ülkeler arasında bu kadar kısa sürede en fazla gelişme kaydeden ülke olduğu açıkça ifade edilmiş, Türkiye'nin inceleme sürecinde OECD Sekreteryası ile yaptığı işbirliği diğer ülkelere örnek gösterilmiştir.<sup>54</sup>

Diğer taraftan; Türkiye raporunda üç hususta tavsiyede bulunulmuştur. Bunlardan ilki, Aralık 2009'da Türkiye'nin vereceği yazılı raporda dış rüşvete ilişkin yapılan soruşturmalar hakkında Çalışma Grubu'na bilgi verilmesi ve bu tip soruşturmaların doğrudan Cumhuriyet Savcıları tarafından başlatılması; ikinci olarak, TBMM Genel Kurul gündeminde bulunan ve tüzel kişilere idari para cezası verilmesi öngörülen kanun tasarısının derhal kabul edilmesi; üçüncü olarak da, bilinç arttırıcı faaliyetlere devam edilerek KOBİ'lere yönelik bu tip faaliyetlerin arttırılması şeklindedir.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Genel Bilgi" <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/GenelBilgi.html>

<sup>55</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi' ndeki Yasa kabul edilmiş ve 9 Temmuz 2009 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren Yasa ile Kabahatler Kanunu'na 43/A maddesi ile Rüşvet suçundan lehine yarar sağlayan Tüzel Kişilere 10 bin liradan 2 milyon liraya kadar idari para cezası verilmesi hükme bağlanmış ve buna yönelik tavsiye yerine getirilmiş, diğer iki tavsiyenin de yerine getirilmesi yönünde çalışmalar tamamlanmıştır. Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Genel Bilgi". İkinci aşama incelemesi sonrasında OECD Çalışma Grubu tarafından izlemeye alınan konular ise şunlardır:

Yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçlarına önceden karışan şirket ve bireylerin resmi ihracat kredi destekli sözleşmelerden dışlanmasına ilişkin mekanizmalar da dâhil olmak üzere, Türk Eximbank tarafından bu suçla mücadele için öngörülen usuller,

Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı ve Asayiş Dairesi Başkanlığı arasındaki yetki paylaşımı; ve Cumhuriyet savcısının talebi olmaksızın polis görevlilerinin soruşturma başlatma yetkisinin olmaması da dâhil olmak üzere; yabancı kamu görevlilerine rüşvet olaylarının soruşturulması,

Kara para suçundan yargılama ve soruşturma sayıları,

Yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunun etkin şekilde aşağıdaki durumları karşılayıp karşılamadığına ilişkin gelişmeler:

i. Takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını sağlamak amacıyla rüşvet verme ve yabancı kamu görevlisinin yetkisi dışındaki kalan bir işin yapılmasını ya da yapıl-



Mayıs 2010 tarihinde Finlandiya ile başlayan ve tamamen yabancı kamu görevlilerine rüşvetin önlenmesine yönelik olarak ortaya konan yasal düzenlemelerin etkin bir biçimde uygulanmasının tespitine odaklanan **Türkiye 3. aşama inceleme** süreci, OECD Çalışma Grubu tarafından ülkemize resmi sualnamenin iletildiği 20 Ocak 2014 tarihi itibarıyla başlamış olup, halen söz konusu inceleme devam etmektedir.

Sürecin bundan sonraki aşamasında, OECD Sekreteryası ve Türkiye'nin incelemeci ülkeleri olarak belirlenen Rusya ve İsveç temsilcilerinden oluşan OECD Heyeti tarafından 13-16 Mayıs 2014 tarihleri arasında, OECD Sözleşmesi çerçevesinde ülkemiz uygulamalarının yerinde görülmesi amacıyla yerinde inceleme ziyareti gerçekleştirilecektir. Söz konusu ziyaret kapsamında, anılan heyet tarafından 13 ve 14 Mayıs 2014 tarihlerinde kamu kurum-kuruluşlarının temsilcileri ile Ankara'da; 15 ve 16 Mayıs 2014 tarihlerinde ise bir kısım yargı mensubu, akademisyenler, özel sektör ve sivil toplum örgütü temsilcileri ile İstanbul'da görüşmelerde bulunulacaktır.<sup>56</sup>

---

mamasını sağlamak amacıyla rüşvet verme,  
 ii. Basit rüşvet (örneğin, bir görevin yapılması ya da yapılmamasını sağlamak için rüşvet),  
 iii. Rüşvetin, rüşvet veren ile rüşvet alan yabancı kamu görevlisi arasında varılan anlaşma ile, örneğin bir hayır kuruluşu, ya da siyasi parti veya aile üyesi gibi, üçüncü bir kişiye iletilmesi için verilmesi,  
 iv. Rüşvet verilen kişi yabancı bir ülkede ya da uluslararası örgütte kamu görevi ifa ediyor ancak atanmamış veya seçilmemiş ya da yasama, yürütme veya yargı yetkisini ifa etmiyor ise (ör: kamu ihalesi ile alınan bir sözleşmenin yerine getirilmesinde çalışan),  
 Yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi ve kara para aklama suçlarında uygulanan yaptırımlar. Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Türkiye İnceleme Süreçleri", [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/ikinci\\_asama\\_inceleme\\_tekrari\\_sonrasinda\\_izlemeye\\_alinan\\_konular\\_haziran2009.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/ikinci_asama_inceleme_tekrari_sonrasinda_izlemeye_alinan_konular_haziran2009.pdf)

<sup>56</sup> Türkiye 3. inceleme aşamasında gündeme gelebilecek konular:  
 Birleşmiş Milletler Petrol Karşılığı Gıda Programına ilişkin kurulan bağımsız soruşturma komitesi (IIC)'nin 2005 yılında kabul edilen raporunda yer alan 139 Türk Şirketine ilişkin iddialar konusunda Türk makamlarınca yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların sonuçları,  
 Tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin yeni düzenlemelerin uygulamadaki durumu,  
 Şirketlerin dış denetimlerinin sınırlarının genişletilmesi konusunda atılan adımlar,  
 OECD Suç İndeksinde Türkiye kısmında yer alan Yabancı kamu görevlilerine rüşvet iddialarına ilişkin ülkemizde yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların neticeleri,  
 Kamu ve özel sektörde Sözleşme ve uygulamasına ilişkin farkındalığı arttırıcı fa-

## 6. SONUÇ

Yolsuzluk kavramı, tek bir alanı kapsamaktan öte, disiplinler arası bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Konunun ekonomik boyutlarının yanında sosyolojik, hukuki, siyasi ve ahlaki boyutları da söz konusudur. Yolsuzluk, suç teşkil eden eylemler yönüyle kriminolojik, genel ahlak ve etik kurallara aykırı davranışlar yönüyle de sosyolojik bir kavramdır.

Yolsuzluğun ortadan kaldırılması için devletlerin tek başına mücadele etmesi ve bu sorunun üstesinden gelmesi oldukça zordur. Bu itibarla bir yandan var olan uluslararası örgütler yolsuzlukla mücadele için çalışırken, diğer yandan yolsuzlukla mücadele için gerek hükümetler düzeyinde gerekse sivil toplum düzeyinde küresel veya bölgesel oluşumlar meydana getirilmektedir.

Yolsuzlukla mücadele eden uluslararası örgütlerden birisi olan

---

aliyetler,  
 Yurtdışı rüşvetin vergiden düşürülmesi,  
 Şirketlerin yurtdışı rüşveti ortaya çıkarma yöntemleri ve uyguladıkları iç kontrol mekanizmaları,  
 Rüşvetin araçlar yoluyla verilmesi halinde şirketin sorumluluğu,  
 Yurtdışı rüşvete karışan gerçek ve tüzel kişilere uygulanan yaptırımlar,  
 Vergi denetmenlerinin yurtdışı rüşvetin tespitindeki rolü, kullandıkları yöntemler,  
 Kamuda ve özel sektörde çalışan muhbirlerin (yurtdışı rüşvete dair ihbarda bulunan kişiler) korunması,  
 Rüşvete karışan şirketlerin resmi teşvikten yoksun bırakılmasının mevzuatta açıkça yer alması,  
 Yurtdışında da faaliyet gösteren küçük ve orta ölçekli işletmelerin rüşvetin tespitine yönelik iç denetim mekanizması ve etik kurallar belirlemeleri,  
 Karapara aklama ile mücadele yöntemleri vasıtasıyla yurtdışı rüşvetin tespiti,  
 Yargı görevlilerine yurtdışı rüşvete dair eğitim verilmesi,  
 Muhasebe kayıtlarında yapılan usulsüzlükler,  
 Türk Eximbank'ın rüşvetle mücadele usulleri (özellikle kişilerin ve şirketlerin önceden yurtdışı rüşvete karışmış olmaları durumunda ihracat kredisi desteğinden yoksun bırakılmaları),  
 Yurtdışı rüşvete hukuki yetki meselesi (soruşturma veya yargılama organı) ve Adalet Bakanının izni konusu,  
 Şüpheli para transferlerinin denetlenmesi,  
 Uluslararası adli işbirliği ve suçluların iadesi,  
 Sivil toplum kuruluşlarının rolü,  
 Kamuoyunun yurtdışı rüşvete dair algıları.  
 Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Türkiye İnceleme Süreçleri", [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/ucuncu\\_asama\\_incelemesinde\\_gundeme\\_gelebilecek\\_konular\\_mart2010.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/ucuncu_asama_incelemesinde_gundeme_gelebilecek_konular_mart2010.pdf)

OECD, bu mücadelesini daha da etkili kılmak üzere Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi'ni hazırlamış ve akit devletlerin Sözleşme' den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemek üzere de Sözleşme gereğince inceleme çalışmalarına girişmiştir.

Sözleşme' ye uyum için iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapan ülkemiz; birinci aşama incelemesinden genel olarak olumlu bir raporla çıkmış olmasına karşın; yerinde incelemeyi kapsayan ikinci aşama incelemesinde tavsiye ve izleme maddelerine yer verilerek, bu aşamanın Türkiye açısından tekrarlanması gerektiği ortaya konmuştur. Bu çerçevede yapılan ziyaretler neticesinde hazırlanan Türkiye ikinci aşama tekrar incelemesi raporunda, Türkiye'nin inceleme sürecinde OECD Sekreteryası ile yaptığı işbirliği diğer ülkelere örnek gösterilmekle beraber, bazı tavsiyelerde de bulunulmuştur.

Bütünüyle yabancı kamu görevlilerine rüşvetin önlenmesine yönelik olarak ortaya konan yasal düzenlemelerin etkin bir biçimde uygulanmasının tespitine odaklanan 3. aşama inceleme süreci, 20 Ocak 2014 tarihi itibarıyla başlamış olup, halen devam etmektedir.

## KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi OECD Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Ankara 2013.
- Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi İnceleme Süreçleri", [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/inceleme\\_surecleri/ucuncu\\_asama\\_incelemeleri.html](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/inceleme_surecleri/ucuncu_asama_incelemeleri.html).
- Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Genel Bilgi", <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/GenelBilgi.html>.
- Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Türkiye İnceleme Süreçleri", [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/İkinci\\_asama\\_incelemesi\\_tekrari\\_sonrasında\\_izlemeye\\_alinan\\_konular\\_haziran2009.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/İkinci_asama_incelemesi_tekrari_sonrasında_izlemeye_alinan_konular_haziran2009.pdf).
- Adalet Bakanlığı, "OECD Sözleşmesi Türkiye İnceleme Süreçleri", [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/ucuncu\\_asama\\_incelemesinde\\_gundemegelebilecek\\_konular\\_mart2010.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/ucuncu_asama_incelemesinde_gundemegelebilecek_konular_mart2010.pdf).
- Aykın Hasan ve Şerife Avcı, "OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi ve Türkiye'ye Yansımaları", [http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-OECD%20S%C3%B6zleşme%C5%9Fmesi%20makale%2020%2002%202007%20\(2\).pdf](http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-OECD%20S%C3%B6zleşme%C5%9Fmesi%20makale%2020%2002%202007%20(2).pdf).
- Cebeci Abdullah, "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Bağlamında Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu ve Etkin Pişmanlık Sorunu", <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi30/cebeci.pdf>.
- Çaha Havva, "Türkiye'de Yolsuzluk: Yapısal Boyutlar ve Uygulama", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 42, S. 1 (Mart 2009).
- Gönülaçar Şener, "Etkili Bir Yolsuzlukla Mücadele İçin Kamu Denetiminde Yeni Bir Kurumsal Yapı Önerisi", *Mali Hukuk Dergisi*, Y. 27, S. 159 (Mayıs-Haziran 2012).
- GRECO, "Üçüncü Değerlendirme Aşaması Türkiye Uygunluk Raporu", [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2012\)4\\_Turkey\\_TR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2012)4_Turkey_TR.pdf).
- Hasanoğlu Mürteza ve Ziya Aliyev, *Yönetimde Yolsuzluk ve Mücadele Stratejileri*, Nobel Yayın, Ankara 2007.
- Kayrak Musa, "Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Örgütler", *Sosyoekonomi Dergisi*, S. 2 (Temmuz-Aralık 2006).
- Örücü Ali İhsan, Ahmet Baysu ve Doğan Bakırtaş, "Yolsuzluğun Kurumlar Vergisi Gelirleri Üzerine Etkisi: OECD Ülkeleri Analizi", *Maliye Dergisi*, S. 163 (Temmuz-Aralık 2012).

Uğur Hüsamettin, "Türkiye'nin Yolsuzlukla Mücadele Enstrümanları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 98 (2012).

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (07.12.2012), [http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi\\_notu/566\\_U343YOLSUZ2012.pdf](http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi_notu/566_U343YOLSUZ2012.pdf) .

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (2011), [http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi\\_notu/202\\_U342Uluslarasyolsuzluk.pdf](http://gen.tobb.org.tr/ggnot/images/bilgi_notu/202_U342Uluslarasyolsuzluk.pdf) .

Yastı Günseli, "OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi ve Türkiye", <http://www.mfa.gov.tr/oced-rusvetle-mucadele-sozlesmesi-ve-turkiye-.tr.mfa>

<http://www.transparency.org/>

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTSITETOOLS/0,contentMDK:20147620~menuPK:344192~pagePK:98400~piPK:98424~theSitePK:95474,00.html>

# HUKUKÎ ŞARTLAR OLUŞMADAN VERİLMİŞ OLAN TÜRK VATANDAŞLIĞINI KAZANMA KARARININ GERİ ALINMASINDA SÜRE SORUNU

TIME PROBLEM IN REVOCATION OF THE DECISION FOR THE  
ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP REACHED WITHOUT  
THE EXISTENCE OF STIPULATED LEGAL CONDITIONS

Aslı BAYATA CANYAŞ\*

**Özet:** Türk vatandaşlığını kazanma kararı, hukukî şartlar oluşmadan verilmişse, bu kararın geri alınabilmesi Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca mümkün kılınmıştır. Böyle bir durumun idarenin kendi hatasından kaynaklanıyor olduğu durumlarda geri alma kararının süresinin tespiti gereği ortaya çıkmaktadır; ilgili süre, hukukî istikrarı sağlarken vatandaşlık hukukunun temel bazı ilkeleri ile de uyumlu olmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Vatandaşlık, vatandaşlığın kazanılması, hukukî istikrar, geri alma, süre sınırı

**Abstract:** If the decision for acquiring Turkish citizenship has been made without the existence of stipulated legal conditions, the revocation of the decision has been enabled under the article 40 of the Turkish Nationality Act. Where such a situation arises from the fault of the administration, a requirement to determine the time limitation for the revocation decision occurs and such a time limit should be compatible with some main principles of nationality law while ensuring legal constancy.

**Keywords:** Nationality, acquisition of nationality, legal constancy, revocation, time limitation

\* Yrd. Doç. Dr., İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, bayata@bilkent.edu.tr .

## GİRİŞ

Vatandaşlık, birey ve devlet arasındaki hukukî bir bağıllık olarak düşünülmektedir.<sup>1</sup> Bu bağa istinaden Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin<sup>2</sup> 3. maddesinin 1. fıkrasında da vurgulanmış olduğu üzere her devlet, kimin vatandaşı olduğunu tespit etme konusunda münhasır yetkilidir<sup>3</sup>. Anılan Sözleşmeye Türkiye taraf olmasa da Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 66. maddesinin 3. fıkrasında, devletin bu yetkisini kullanması ile bağlantılı olarak vatandaşlığın kanunun gösterdiği şartlarla kazanılıp; yine kanunda belirtilen hallerde kaybedileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde vatandaşlık, kanunî güvenceye bağlanmıştır.<sup>4</sup> Anayasa’da kabul edilmiş olan kanunîlik esasına<sup>5</sup> uygun düşecek şekilde 29 Mayıs 2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununda<sup>6</sup> (TVK) Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Beş bölümden oluşan Kanunun birinci bölümünde “Amaç, kapsam, tanımlar ve vatandaşlık hizmetlerinin yürütülmesi”, ikinci bölümünde “Türk vatandaşlığının kazanılması”, üçüncü bölümünde “Türk vatandaşlığının kaybı”, dördüncü bölümünde “Ortak hükümler” ve beşinci bölümünde “Çeşitli hükümler” ele alınmıştır. Kanun uyarınca vatandaşlığın kazanılması konusunda temel ayırım vatandaşlığın doğumla ya da sonradan kazanılması olarak belirlenmiştir. Doğum yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi soybağı (TVK m. 7) veya doğum yeri (TVK m. 8) esaslarından birinden hareketle mümkün olabilmektedir. Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı ise yetkili makam kararı (TVK m. 10) veya evlat edinilme (TVK m. 17) ya da seçme hakkının kullanılması (TVK m. 21) ile gerçekleşmektedir.

TVK’nın “Ortak hükümler” isimli dördüncü bölümünün 40. maddesinde, 22 Mayıs 1964 tarih ve 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı

<sup>1</sup> Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 16. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 16; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 11. B., Seçkin, Ankara 2012, s. 29; Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta, İstanbul 2010, s. 8.

<sup>2</sup> Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm> (Erişim tarihi 15.07.2013).

<sup>3</sup> Nomer, s. 5.

<sup>4</sup> Nomer, s. 50.

<sup>5</sup> Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 72, s. 41; Doğan, s. 38.

<sup>6</sup> RG, 12.06.2009-27256.



Kanununda (mülga TVK<sup>7</sup>) yer verilmemiş olan bir düzenleme öngörülmektedir. Madde uyarınca “Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararların, hukukî şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde geri alınacağı” belirtilmiştir. Çalışmamız kapsamında hukukî şartlar oluşmaksızın kazanılmış olan Türk vatandaşlığının geri alınması ve esas itibariyle geri almanın süresinin ne olması gerektiği sorunu ele alınmaktadır.

## I. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASI KARARININ HUKUKİ ŞARTLAR OLUŞMADAN ALINMIŞ OLMASI

TVK'nın 40. maddesi kapsamında Türk vatandaşlığını kazanmada hukukî şartların<sup>8</sup> oluşmaması ele alındığında<sup>9</sup> Kanun'un diğer bazı maddelerinin değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Vatandaşlığın kazanılması işleminin “sebeP” unsurunu oluşturan bu hukukî şartlara, m. 11/1/e'de geçen “yeteri kadar Türkçe konuşma” koşulu örnek olarak verilebilir. İlgili, bu koşul gerçekleşmeksizin Türk vatandaşlığına alınmış olabilir. Böyle bir durumda, hukukî şartlar oluşmadan verilmiş olan vatandaşlığa alınma kararı hukuka aykırı olacaktır.

Hukukî şartların oluşmaması esas alınarak şöyle bir ayrıma gitmek uygun olacaktır: Başvuru sahibi, vatandaşlığa alınma şartlarına ilişkin olarak yalan beyanda bulunmuş olabilir ya da önemli konuları gizlemiş olabilir. Ya da başvuru sahibinin herhangi bir kasdı olmaksızın, idare tarafından şartların varlığına dair yeterli araştırma ve değerlendirme yapılmadan, şartlar oluşmadığı halde vatandaşlığa alınma kararı verilmiş olabilir. Bu durumda, her iki olasılığın ayrı ayrı değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

<sup>7</sup> RG, 22.02.1964-11638.

<sup>8</sup> “Hukukî şartların oluşmadığı” yönündeki ifadenin belirsizliğine ilişkin olarak bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 76, 2008, s. 56.

<sup>9</sup> Tasarı metni için bkz.: Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün, TBMM Başkanlığı'na hitaben yazmış olduğu 8.11.2007 tarihli yazı: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf> (erişim tarihi: 01.07.2013) Madde gerekçesinde (Tasarı'da m. 41 olarak geçmektedir) Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararların, hukukî şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiğinin sonradan anlaşılması halinde kararın geri alınması imkanı getirilmiş olduğundan başka bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir.

Söz konusu değerlendirmenin bir örnekle yapılması daha uygun olacaktır: İlgili, TVK m. 11 uyarınca genel olarak Türk vatandaşlığına alınma için başvuru yapmış; gerekli bilgi ve belgeleri sunmuş, gerekli koşulları taşıdığı için idarece tespiti üzerine Türk vatandaşlığını kazanmış ve vatandaşlık statüsünün kendisine bahşetmekte olduğu hakları kullanabilecek duruma gelmiştir.<sup>10</sup> Örneğin, ikamet izni<sup>11</sup> alınması artık gerek olmayacaktır; sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiş olan avukatlık<sup>12</sup> gibi işleri yapabilecektir; Anayasa uyarınca salt Türk vatandaşları için öngörülmüş olan seçme (m. 67/3) ve seçilme (m. 76/1) haklarını kullanabilecektir.

İlgili Türk vatandaşı olduktan sonra herhangi bir hilesi ya da önemli konuları gizlemesi gibi bir durum olmaksızın, idarenin eksik incelemesi nedeniyle vatandaşlığa alınma koşullarından birinin ya da birkaçının oluşmadığının anlaşılması üzerine nasıl hareket edilmelidir? Somut örneğimiz ele alındığında, ilgilinin TVK'nın 11. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca "başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etme"<sup>13</sup> koşulu" açısından gerekli

<sup>10</sup> Çeşitli hukuk dalları açısından "vatandaş" olmaya bağlanan sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. : Rona Aybay, Vatandaşlık Hukuku, 2. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, , s. 30-57.

<sup>11</sup> 5683 sayılı 15.07.1950 tarihli mülga Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (RG, 24.7.1950-7564)-m. 3: Türkiye'de bir aydan fazla kalacak yabancılar bu müddet bitmeden ikamet tezkeresi almak için gerekli beyannameyi doldurmak üzere yetkili emniyet makamlarına bizzat veya bilvasita müracaat etmekle ödevlidirler. 6458 sayılı 04.04.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG, 11.04.2013-28615)- m. 19/1: Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder.

<sup>12</sup> 1136 sayılı 19.3.1969 tarihli Avukatlık Kanunu (RG, 07.04.1969-13168)-m. 3.

<sup>13</sup> Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmaktır. Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir. Türkiye dışında geçirilen süreler bu Kanunda öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir: TVK m. 15/1. Örneğin, başvuru sahibi toplam altı ayı geçen süre boyunca yurtdışında kalmış olmasına rağmen, idare tarafından gerekli araştırma yapılmayarak, altı ayı geçen süre de beş yılın içinde değerlendirilmişse, hukukî şartlar oluşmadan karar verilmiş olur. Zira, sürenin altı ayı geçmesi durumunda, ikamet süresi kesilmiş olacak ve yeniden başlayacaktır: Bu konuda bkz. Bilgin Tiryakioğlu, "Yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Eleştirel Analizi", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum, 15-16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi Eskişehir: <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/2009-sempozyum.pdf>, s. 41. Süre ile ilgili olarak ay-

araştırmanın yapılmamış olması nedeniyle süre koşulunun sağlanmadığı ve idarenin başvuru sahibi tarafından sunulmuş olan belgeleri yeterince incelemeyen karara vardığı anlaşılırsa nasıl hareket edilmiştir? Böyle bir durumda, m. 40 uyarınca ilgilinin başvuru anı itibarıyla hukukî şartları taşımadığından hareketle hakkındaki Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararın geri alınması mı gerekecektir? Eğer geri alınması gerektiği sonucuna varılırsa, söz konusu idarî işlem hangi süre içinde geri alınmalıdır?

## II. TÜRK VATANDAŞLIĞININ İPTALİ VE GERİ ALMA KARARI İLİŞKİSİ

İlgilinin Türk vatandaşlığını kazanmaya ilişkin koşullar bakımından yalan beyanı ya da önemli hususları gizlemesi gibi bir durumun varlığı halinde TVK'nın 40. maddesi değil; TVK'nın 31. maddesi uygulanmalıdır.<sup>14</sup> TVK m. 31'de düzenlenmiş olan vatandaşlığın iptali, idare hukukundaki teknik anlamıyla "kaldırma" ya işaret etmektedir.<sup>15</sup> Yani, idarî işlemin idare tarafından geleceğe yönelik olarak yürürlükten kaldırılması<sup>16</sup> söz konusu olmaktadır; vatandaşlık kararı geleceğe yönelik olarak yürürlükten kalkmaktadır. TVK'da, mülga TVK'daki 5 yıllık süreden farklı olarak vatandaşlığın ne zamana dek iptal edilebileceğine yönelik olarak bir süre kabul edilmemiştir.<sup>17</sup> Doktrinde ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi durumunda

rıntılı bilgi için bkz.: Feriha Bilge Tanrıbilir, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 75, s. 36-37.

<sup>14</sup> Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler*, Yetkin, Ankara 2012, s. 182-183.

<sup>15</sup> Erdem, s. 228; Güngör, s. 167.

<sup>16</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 1. B., Ekin Kitabevi, Bursa 2003, C. 1, s. 962

<sup>17</sup> TVK Tasarısında bu süre 10 yıl olarak belirlenmişti ve hüküm şu şekildeydi: "m. 31- Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararların iptal nedenleri ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin karar, başvuru sahibinin gerçek dışı beyan ya da önemli hususları gizlemesi sonucu verilmiş ise kararın iptal edilmesi öngörülmüştür. Ancak karar üzerinden on yıl geçmiş ise bu hüküm uygulanmayacaktır". Ancak Tasarı'nın İçişleri Komisyonunda kabul edilen metninde (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 23, Yasama Yılı 2, 90) süreyle ilgili hüküm çıkarılmış ve yürürlükteki TVK'da da herhangi bir süre öngörülmemiştir. Doktrinde vatandaşlığa alınma kararının iptaline ilişkin olarak bir süre belirlenmesinin uygun olacağı ve bu sürenin de beş yıl olabileceği belirtilmiştir: Tiryakioğlu, s. 61. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıbilir, *Vatandaşlığın Kaybı*, s. 54-55.

vatandaşlığın iptali kararı bakımından bir süre getirilmemiş olduğu, bunun da hukukî istikrarı zedeleyeceği belirtilmiştir.<sup>18</sup> Danıştay kararlarında ise ilgilinin hilesi ile idareyi aldatmasının sonucunda tesis edilmiş işlemlerin her zaman geri alınabileceğine ilişkin bir süreklilik söz konusudur<sup>19</sup>.

İlgilinin herhangi bir yalan beyanı ya da önemli hususları gizlemesi söz konusu olmaksızın, idarenin kendi yanlışlığı sonucunda, hukukî şartları yanlış değerlendirmiş olması ise, TVK'nın 40. maddesi kapsamındadır.<sup>20</sup> Dolayısıyla sürenin de m. 40'daki koşullar değerlendirilerek belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

TVK'nın 40. maddesinin uygulanması açısından vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunanın yalan beyanı ya da önemli hususları gizlemesi gibi koşullar aranmamaktadır. İlgilinin herhangi bir kusuru olmasa da vatandaşlığı kazanmak için gerekli hukukî şartların eksikliği vatandaşlığı kazanma kararının geri alınması bakımından yeterli olmaktadır.

Geri alma, hukuka aykırı bir idarî kararın yine idarenin alacağı bir karar ile hukuk aleminden geçmişe yönelik olarak silinmesi, çıkarılması, bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.<sup>21</sup> Bu durumda, Türk vatandaşlığını tesis eden kararın, yine idarenin kararı ile hükümsüz hale gelmesi ve sanki hiç alınmamış sayılması gerekecektir. Yani vatandaşlık kararı "doğurmuş olduğu ve doğuracağı tüm sonuçları"<sup>22</sup> ile ortadan kalkacaktır.

TVK'nın 40. maddesi uyarınca geri alma kararının hangi andan itibaren etki doğuracağı konusunda, Yönetmelik'in 66. maddesinde düzenleme getirilmiş ve geri alınan kararın ilk karar tarihinden itiba-

<sup>18</sup> Güngör, s. 168.

<sup>19</sup> Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan, 4. B., Ankara 2006, C. 1, s. 516. Hile ile elde edilmiş olan işlemlerin her zaman geri alınabileceğine ilişkin olarak R. Çağlayan, "İdarî İşlemlerin Geri Alınması Üzerine", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 53.

<sup>20</sup> Doğan, s. 198; Güngör, s. 169.

<sup>21</sup> Turgut Tan, İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 5; Metin Günday, İdare Hukuku, 9. B., İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 157; Gözübüyük/ Tan, s. 509.

<sup>22</sup> Günday, s. 157.

ren hükümsüz hale geleceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla vatandaşlığa alınma kararının verildiği andan itibaren geçmişe yönelik bir etki söz konusu olacaktır. Ayrıca geri alma işleminde idarenin etkiyi giderme görevi<sup>23</sup> de söz konusu olacaktır. Bu durumda, Türk vatandaşlığını kazanmanın sonucu olarak doğmuş olan örneğin Türk vatandaşlarının yapabileceği işlerin yapılamaması durumu ortaya çıkacak ve bununla ilgili izin, ruhsat, belge tesisini öngören işlemlerin geri alınması gerekecektir.

İlgilinin yalan beyanı ya da önemli hususları gizlemesine bağlı olarak vatandaşlığı iptal kararının etkisi, geleceğe yönelik olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşın ilgilinin bu tür bir kasdı olmaksızın, idarenin kendi yanılığının sonucunda vatandaşlık kararını geri almasının etkisi vatandaşlık kararın verildiği tarihe kadar geçmişe etkili olmaktadır. Bu farklılık, eleştiriye açıktır. Nitekim, geçmişe etki eden geri alma kararı, salt geleceğe etkili iptal kararına göre daha ağır sonuçlara yol açar niteliktedir<sup>24</sup>. Bu durumda, geri alma kararının belirli bir süreyle kısıtlanması noktası daha da önem kazanmaktadır.

TVK'da geri alma kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğine dair bir düzenleme olmamasına karşın Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin<sup>25</sup> 66. maddesi uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararı veren makamın bu kararı geri alacağı ifade edilmiştir. Yönetmelik'te bu yönde bir hüküm olmasaydı da aynı sonuca varılabilirdi. Nitekim, yetkide paralellik ilkesi gereği, kural olarak, işlemi yapan organ onu geri almaya da yetkilidir.<sup>26</sup>

### III. SAKAT İDARİ KARARLARIN GERİ ALINMASINDA SÜRE

TVK m. 40 değerlendirildiğinde, hukukî şartlar oluşmaksızın, hukuka aykırı olarak tesis edilmiş olan vatandaşlığın kazanılması kararı, kural olarak işlemi yapan mercii tarafından geri alınmaktadır (Yönetmelik m. 66). Acaba söz konusu geri alma kararı bakımından herhangi

<sup>23</sup> Günday, s. 158.

<sup>24</sup> Güngör, s. 184.

<sup>25</sup> RG, 06.04.2010-27544.

<sup>26</sup> Tan, s. 91; Günday, s. 157; Gözübüyük/ Tan, s. 513.

bir süre kısıtlaması mevcut mudur? Bir başka deyişle, vatandaşlığın kazanılması kararı idarece ne zamana kadar geri alınabilir? Geri almanın ne zamana dek mümkün olabileceğine ilişkin Kanun'da herhangi bir süreye yer verilmemiş olması; bu konuda bir süre kısıtlaması getirilmemiş olduğu ve idarece bu tür bir işlemin her zaman geri alınabileceği şeklinde mi yorumlanmalıdır? Bu tür bir sonucun kabulü, geri almanın geçmişe yönelik ağır sonuçları da göz önünde bulundurulduğunda hukuk devletinin ve vatandaşlık hukukunun temel bazı ilkeleriyle ne ölçüde örtüşür?

Geri almada süre konusuna ilişkin olarak TVK'da herhangi bir düzenleme getirilmemiş olması karşısında ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla genel norm niteliğinde olan idare hukuku normlarına bakılabilir.<sup>27</sup> Zira, idare hukuku ve vatandaşlık hukuku arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi mevcuttur; vatandaşlık hukuku özel hüküm; idare hukuku ise genel hüküm niteliği arz etmektedir.<sup>28</sup> Bununla birlikte, idare hukuku normlarında sakat idarî işlemlerin geri alınması ile ilgili olarak genel bir süreye yer verilmemiştir. Bu durumda geri alma süresine ilişkin olarak içtihat ve doktrin değerlendirilebilir.

Hukuka aykırı idarî işlemin geri alınmasında süre konusuna ilişkin olarak Danıştay kararlarında sistematik ve tutarlı bir yaklaşımın egemen olmadığı; kimi kararlarda ilgilinin kusuru olmadıkça hukuka aykırı idarî işlemlerin ancak dava açma süresinde<sup>29</sup>; kimi kararlarda her zaman<sup>30</sup>, kimi zaman da makûl bir süre<sup>31</sup> içinde geri alınabildiğine hükmedildiği belirtilmektedir.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Gözler, s. 83.

<sup>28</sup> Gözler, s. 83.

<sup>29</sup> Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1968/8, K. 1973/14, 22.12.1973: RG 14.06.1974-14915: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14915.pdf> (Erişim tarihi: 14.07.2013).

<sup>30</sup> Dan. 5. D. 25.12.1990, E. 1987/3150, K. 1990/3185: <http://www.kararevi.com/karars/785344#.Uj70pXxrMcA> (Erişim tarihi: 02.09.2013).

<sup>31</sup> Dan. 8. D. 22.12.1993, E. 1993/2193, K. 1993/4343: <http://www.kararevi.com/karars/254124#.Uj7zIHxrMcA> (Erişim tarihi: 02.09.2013)

<sup>32</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Gözler, s. 974-975.

Danıştay'a göre makûl sürenin uzunluğu, davaya konu somut uyumsuzluğa göre değişiklik gösterebilmektedir.<sup>33</sup> Makûl süre konusunda Danıştay'ın 1973 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>34</sup> göze çarpmaktadır. Karar uyarınca "yokluk, açık hata, memurun hilesi gibi haller dışında yapılan yanlış terfi ve intibak işlemleri nedeniyle ödenen meblağların geri alınabileceği ve geri almanın da dava açma süresi içinde gerçekleşeceği" üzerinde durulmaktadır. Her ne kadar karar, salt yanlış terfi ve intibak işlemlerini konu ediniyor olsa da doktrinde<sup>35</sup> yanlış terfi ve intibak işlemleri dışındaki hukuka aykırı kararların da hukukî istikrarı sarsmayacak makûl bir sürede geri alınması gerektiği belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sakat bir idarî işlemin geri alınmasında belli bir süreyle sınırlandırılmasının ilgiliye "yarar sağlayan, hak yaratıcı" nitelikteki işlemler bakımından söz konusu olduğudur.<sup>36</sup> Geri almanın belli bir süreye bağlanması, idare edilenleri haklarında yapılmış idarî işlemlerin her zaman için, belli bir süreye bağlı olmaksızın geri alınabilmesi tehdidinden korumaktır.<sup>37</sup> Belli bir süre ile sınırlandırma, hukukî ilişkilerdeki istikrarı sağlama amacına vurgu yapmaktadır.<sup>38</sup> İlgilisine yük getiren nitelikteki sakat idarî işlemlerin ise idare tarafından her zaman geri alınabileceği ifade edilmektedir.<sup>39</sup>

Doktrinde<sup>40</sup>, ilgisine hak sağlayan hukuka aykırı idarî kararların geri alınma süresi bakımından dava açma süresi olan 60 günlük sürenin esas alınabileceği ileri sürülmüştür. Bu fikre dayanak olarak idarî işlemin, yargı merciince iptali ile idarece geri alınması arasında paralellik<sup>41</sup> kurulabilmesi gösterilmiştir. Zira, dava açma süresi dava aç-

<sup>33</sup> Gözler, s. 74.

<sup>34</sup> Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1968/8, K. 1973/14, 22.12.1973: RG 14.06.1974-14915: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14915.pdf> (Erişim tarihi: 14.07.2013)

<sup>35</sup> Günday, s. 161.

<sup>36</sup> Günday, s. 162.

<sup>37</sup> Tan, s. 116-117.

<sup>38</sup> Tan, s. 116.

<sup>39</sup> Günday, s. 162.

<sup>40</sup> Tan, s. 122; Günday, s. 162; Gözler, s. 986; Çağlayan, s. 57.

<sup>41</sup> Tan, s. 122; Günday, s. 162.



madan geçirildiğinde artık idarî işlem kesinleşmiş olur; aynı süre geri alma bakımından da kabul edildiğinde yine idarî işlem kesinleşmiş olacak ve artık kararın idarece geri alınması mümkün olamayacaktır.<sup>42</sup> 60 günlük süre sınırlaması, hukuk güvenliği ilkesinin korunmasına hizmet edecektir.<sup>43</sup> Belli bir süre öngörülmeyle hukuk güvenliği ve hukuka uygunluk ilkeleri arasında bir denge kurulmuş olacaktır.<sup>44</sup> Nitekim daha yeni tarihli Danıştay kararlarında sakat bir idarî işlemin iptal davası süresi içinde geri alınması noktasının daha da açık bir şekilde ifade edildiği görülmektedir.<sup>45</sup>

#### IV. VATANDAŞLIK KAZANMA KARARININ GERİ ALINMASINDA SÜRE

İdare hukuku doktrininde ilgisine bir hak, yarar sağlar ya da sahip olunan bir hakkı güçlendirir türdeki işlemlerin, “yararlandırıcı işlemler” statüsünde ele alındığı görülmektedir.<sup>46</sup> Konu, vatandaşlık kazanma kararı açısından değerlendirildiğinde, vatandaşlığın ilgiliyi örneğin, hem hak hem ödev niteliğindeki askerliğin muhatabı kılabilirdiği; yani yükümlülük de öngörebildiği düşünülebilir. Bununla birlikte, kararla birlikte ilgiliye “vatandaş statüsü” sağlanmaktadır. Ayrıca ikamet, çalışma hakkı, seçme ve seçilme hakkı, seyahat özgürlüğü gibi çeşitli konularda haklar tanınmaktadır. Bu hakların toplamdaki ağırlığından hareket edildiğinde vatandaşlığı kazanma kararının ilgisine “yarar sağlayan, hak yaratıcı nitelikte” bir işlem olduğunu söylemek mümkün olmaktadır.

Bu durumda, hukukî şartlar oluşmadığı halde kişinin Türk vatandaşlığını kazanmış olduğuna hatalı bir şekilde karar verildiyse, idarenin bu hatalı kararını geri alması açısından 60 günlük süre sınırlaması uygulanmalıdır. 60 günlük süre geçtiğinde ise artık ilgilinin kazanmış olduğu Türk vatandaşlığı korunacak ve idarece işlem geri alınamayacaktır. Konu açısından 60 günlük idarî dava açma

<sup>42</sup> Gözler, s. 974.

<sup>43</sup> Gözler, s. 986.

<sup>44</sup> Gözler, s. 986.

<sup>45</sup> Örneğin, Danıştay 12. D., E. 1995/2951, K. 1995/1071, T. 26.04.1995: <http://www.kararevi.com/karars/791658> (Erişim tarihi: 10.09.2013).

<sup>46</sup> Gözler, s. 583; Günday, s. 122.

süresinin esas alınması, “iptal davası açma süresi henüz dolmadan ortada gerçek anlamda kesinleşmiş bir vatandaşlık kararının olamayacağı” çıkarımına dayanmaktadır; dolayısıyla bu anlayışı tamamlayacak şekilde geri alma süresi de aynı olmalıdır.<sup>47</sup> Sonuç olarak, daha yeni tarihli Danıştay içtihatları dikkate alındığında, TVK’nın 40. maddesinde geçen geri alma kararı, 60 günlük süre sınırlamasına tabi olacaktır.

60 günlük süre sınırlamasının m. 40 çerçevesinde vatandaşlığın kazanılması kararının geri alınması ile ilgili olarak uygulanması, yukarıda genel anlamda idarî işlemler açısından değinmiş olduğumuz hukukî istikrar ilkesi, özel olarak vatandaşlık hukukundaki bazı temel ilke ve anlayışlarla da uyum gösterecektir.<sup>48</sup> Bu şekilde, örneğin, vatandaşlık hukukunun direktif ilkelerinden olan “vatandaşlığı bulunmayan kimse olmamalıdır” ilkesi ile paralel yönde hareket edilmiş olacaktır.<sup>49</sup> Milletlerarası Hukuk Enstitüsü<sup>50</sup> tarafından tavsiye edilen bu ilke, vatansızlığı önlemek amacını taşımaktadır. Örneğin, ilgili, Türk vatandaşlığını kazandıktan bir süre sonra bu kazanmaya bağlı olarak daha önceden sahip olduğu vatandaşlığını kaybetmiş olabilecektir. Geri alma işlemi bakımından herhangi bir süre sınırı olmadığı varsayılırsa, ilgili her an için Türk vatandaşlığını kaybetme tehdidi altında olacaktır. Sözelimi, ilgili, Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra 5 yıl geçmiş, bu sürede önceki vatandaşlığını kaybetmiş ve şartları taşımadığının anlaşılması üzerine hakkındaki Türk vatandaşlığı kazanma kararı geri alınmışsa vatansız kalabilecektir. Oysa ki, geri alma kararı açısından 60 günlük süre sınırı uygulandığında, bu süre henüz dolmadan ortada gerçek anlamda kesinleşmiş bir idarî karar ve kazanılmış bir hak olmayacağından<sup>51</sup> kişinin halihazırdaki vatandaşlığı devam edebilecektir. 60 günden sonra hukukî şartların oluşmadığının anlaşılması üzerine ise, artık Türk vatandaşlığına ilişkin karar geri alınamayacağından, ilgilinin önceki vatandaşlığını kaybetmiş olması bir tehdit oluşturmayacak ve vatansız kalmayacaktır.

<sup>47</sup> Gözler, s. 988.

<sup>48</sup> Ayrıca bkz. Tanrıbilir, *Vatandaşlığın Kaybı*, s. 53-54.

<sup>49</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, s. 12-13.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, s. 20.

<sup>51</sup> Gözler, s. 988.

60 günlük sürenin uygulanması ile, m. 40 uyarınca vatandaşlığa alınma kararının geri alınmasına yönelik olarak eleştirilen<sup>52</sup> “ilgilinin Türk vatandaşlığını kazanması sonucunda, ona bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmış kimselerin durumu ya da ilgilinin Türk vatandaşı olmakla edinmiş olduğu haklar gibi konularda ortaya çıkabilecek ağır sonuçlar” da hafifleyebilecektir. Zira vatandaşlık kararından itibaren sadece 60 gün sonrasını kapsayan “geçmişe yönelik etki giderme” söz konusu olacak; bu sürenin geçmesinden sonra vatandaşlığa alınma kararı kesinleşmiş olacaktır. Örneğin, 5 yıl gibi bir süre sonra, idarenin geri alma kararı üzerine geçmişe yönelik etkiyi gidermesi söz konusu olmayacağından olası ağır sonuçlar hafiflemiş olacaktır. Bu sonuç hukukî istikrar ilkesi ile de örtüşecektir.

TVK açısından hukukî şartlar oluşmadan verilmiş olan vatandaşlığı kazanma kararının geri alınması için açıkça bir süre getirilebilir<sup>53</sup>; bu şekilde hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmış olur. Ancak Kanunun konuya ilişkin belli bir süre öngörmeyen mevcut durumu değerlendirildiğinde, idare hukuku doktrini ve Danıştay’ın kimi kararları uyarınca bu sürenin 60 gün olarak kabulü gereklidir. Bu sonuç, idarî kararların, iptal davası açılabilme süresi geçtikten sonra kesinleşmesi ile de uyumlu olacaktır. Sürenin 60 günü geçecek şekilde tayini ise, vatandaşlık kararının ilgili ve ilgiliye bağlı diğer kişiler nezdinde yaratmış olduğu etkinin giderilmesinin getireceği ağır yük nedeniyle kabul edilmemelidir.

## SONUÇ

TVK’nın 40. maddesi kapsamında ilgilinin kusuru olmamasına rağmen hukukî şartlar oluşmaksızın Türk vatandaşlığını kazandığına karar verilmişse, idarenin bu konudaki hukuka aykırı kararını geri alması, 60 günlük süreye tabi olmalıdır. Diğer bir anlatımla, TVK’nın 40. maddesi, 60 günlük süre sınırı dahilinde değerlendirilmelidir. 60 günlük süre geçtiğinde ise artık ilgilinin kazanmış olduğu Türk va-

<sup>52</sup> Güngör, s. 184.

<sup>53</sup> Kanun’da belirli bir “sürenin” öngörülmesi hakkında bkz. Tanrıbilir, Vatandaşlığın Kaybı, s. 55.

tandaşlığı korunmalı ve idarece işlem geri alınamamalıdır. Konu açısından 60 günlük idarî dava açma süresinin esas alınması, “iptal davası açma süresi henüz dolmadan ortada gerçek anlamda kesinleşmiş bir idarî karardan söz edilemeyeceği” çıkarımı ile uyumludur. Bu şekilde, hem hukukî istikrar sağlanmış olacak hem de herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır ilkesi ile paralel şekilde hareket edilmiş olacaktır. Ayrıca, kazanma tarihinden örneğin, beş yıl sonra verilebilecek olan bir geri alma kararının vatandaşlığın kazanılması sonucunda ilgili ve ilgiliye bağlı olarak Türk vatandaşlığını elde etmiş olanlar nezdinde yaratabileceği telafisi güç ya da imkansız sonuçlar da asgariye indirilmiş olacaktır.

### KAYNAKÇA

- Aybay Rona, Vatandaşlık Hukuku, 2. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- Çağlayan Ramazan, “İdarî İşlemlerin Geri Alınması Üzerine”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 43-58.
- Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 11. B., Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- Erdem Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta, İstanbul, 2010.
- Gözler Kemal İdare Hukuku, 1. B., C. 1, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- Gözübüyük Şeref/ Tan Turgut, İdare Hukuku, 4. B., C. 1, Turhan, Ankara 2006.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 9. B., İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Güngör Gülin, Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, Yetkin, Ankara 2012.
- Nomer Ergin, Vatandaşlık Hukuku, 16. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- Tan Turgut, İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 76, 2008, (27-63). (Vatandaşlığın Kaybı)
- Tanrıbilir Feriha Bilge, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 75, 2008, (27-62). (Vatandaşlığın Kazanılması)

Tanrıbilir Feriha Bilge, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, 2007, (37-54). (TVK Tasarısı)

Tiryakioğlu Bilgin, Yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Eleştirel Analizi, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum, 15-16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi Eskişehir: <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/2009-sempozyum.pdf>, (24-67).

[www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)

[www.kararevi.com](http://www.kararevi.com)

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

[www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

# GÜNDELİK DİL FELSEFESİ, BETİMLEYİCİ SOSYOLOJİ VE ELEŞTİRELLİK

## ORDINARY LANGUAGE PHILOSOPHY, DESCRIPTIVE SOCIOLOGY AND CRITICAL ATTITUDE

Saim ÜYE\*

**Özet:** Kelimelerin farklı sosyal bağlamlarda kullanımlarını konu edinen gündelik dil felsefesi ile H. L. A. Hart'ın kavramsal teorisi ve onun *Hukuk Kavramı*'nın betimleyici sosyoloji alanında bir çalışma olarak da görülebileceği iddiası arasında yakın bir bağlantı vardır. Bu yazı, söz konusu bağlantıyı ve kısmen buna dayalı görünen sorunları incelemeye çalışıyor.

**Anahtar Kelimeler:** Gündelik Dil, Betimleyici Sosyoloji, Eleştirelilik, Hukuk Kavramı, Kavramsal Analiz

**Abstract:** There is a close connection between ordinary language philosophy the subject of which is the usage of words in different social contexts with the conceptual legal theory of H. L. A. Hart and his claim that the *The Concept of Law* may be regarded as an essay on descriptive sociology. The paper attempts to examine this argued connection and the related problems which seems partly based on it.

**Keywords:** Ordinary Language, Descriptive Sociology, Critical Attitude, The Concept of Law, Conceptual Analysis

### Giriş

Analitik felsefe, felsefi sorunlarda yer alan temel kavramların ayrıntılı biçimde analiz edilmesini hedefler. Bu kavramsal analizin gündelik dil içinde kalınarak yapılmasını savunan görüş ise gündelik dil felsefesi olarak bilinir. Gündelik dil felsefesi, genellikle soyut bir tanım arayışını gösteren "X nedir?" biçimindeki geleneksel felsefi sorular yerine, kelimelerin farklı kullanılma biçimlerine ve farklı konumlarda üstlendikleri anlamların değişebilirliğine dikkat çeker. Genel ve kapsamlı doğruluk iddialarına dair bir kuşkuculuğu gündeme getiren

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

gündelik dil felsefesinin en önemli temsilcileri John Langshaw Austin ve (geç dönem çalışmalarıyla) Ludwig Wittgenstein'dir.<sup>1</sup>

Analitik hukuk felsefesinin ünlü ismi H. L. A. Hart'ın eserlerinde bu iki figürün etkileri açıkça görülür. Hart'ın Oxford'da felsefe öğrettiği yıllar, gerek Oxford gerek Cambridge çevrelerinde dil felsefesi çalışmalarının revaçta olduğu yıllardır. Bu çevrelerde, sırasıyla adı geçen iki düşünür yönlendirici konumdadır. Belli yaklaşım farklılıkları görülse de, düşünürlerin ortak noktaları, insanlar arasındaki anlamlı iletişim biçimlerinin çeşitliliğini görmeleri ve felsefi sorunların çözümünde dil analizinin olanaklarını araştırmalarıdır. Dilin farklı biçimlerinin ve çeşitlilik içindeki işlevlerinin incelenmesine yönelik dil felsefesi, böylece, dil kullanımından kaynaklanan sorunların teşhis edilebildiği her disiplini kendisine konu edinebilir hale gelir. Hart da, bu görüşlerin etkisiyle, dil felsefesinin bu biçiminin hukuk felsefesi ile olan ilgisini araştırmaya girişir.<sup>2</sup>

Teorisinde gündelik pratiği öne çıkarmaya çalışan Hart, kavramsal hukuk teorisini ortaya koyduğu ünlü *Hukuk Kavramı* başlıklı kitabının önsözüne, eserinin "betimleyici sosyoloji" kapsamında bir çalışma olarak görülebileceği iddiasını da ekler. Düşünür, kavramların kendilikleri itibarıyla sahip oldukları varsayılan anlamlara dair incelemelerin yararsız olduğunu belirtir. Sosyal durumlara veya sosyal ilişkilere dair birçok ayırım, ancak, onları dile getirdiğimiz ifade biçimlerinin standartlaşmış kullanımlarına bakılarak ve bunların yerleşik oldukları konular incelenerek aydınlatılabilir.<sup>3</sup> İfadelerin standartlaşmış kullanımlarına yapılan vurgu, dilin gündelik kullanımına dair çözümlenmelerle yakından ilgilidir. Kitabında pratiğe yönelik bu esasları kabul ediyor oluşu, Hart'ın söz konusu eserini betimleyici sosyoloji kapsamında sunmasının temel nedenidir.

Ancak Hart'ın esinlendiği ve kullandığı biçimiyle gündelik dil felsefesi, onun kurmaya giriştiği hukuk teorisi üzerinde sorun yaratan

<sup>1</sup> Christopher Hutton, *Language, Meaning and the Law*, Edinburgh University Press, 2009, s. 55; R. Levent Aysever, "Sunuş", J. L. Austin, *Söylemek ve Yapmak*, çev. R. L. Aysever, Metis, İstanbul, 2009, s. 13-14.

<sup>2</sup> H. L. Hart, "Introduction", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, s. 2-3. Hart'ın hukuk teorisinin tüm yönleriyle ilgili olarak bkz. Şule Şahin Ceylan, *H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, XII Levha, İstanbul, 2014.

<sup>3</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Ed., Oxford University Press, 1997, s. vi.



bazı etkilerde bulunur. Kısmen bununla bağlantılı olarak, betimleyici sosyoloji iddiası da tehlikeye girer. Aşağıda bu konulara işaret etmeye çalışacağız.

### Gündelik Dil, Betimleyicilik ve Hart

1950'lerin Oxford felsefe çevresinde düzenlenen seminer dizilerinin katılımcıları arasında bulunan Hart, bu dönemde dil felsefesi çalışmaları alanında merkezi bir figür olarak görülür.<sup>4</sup> Hart tartışmalara hukuk dilinin kullanımından örnekler vererek katkı sunar. Dil felsefecisi John Langshaw Austin'in *Söylemek ve Yapmak*<sup>5</sup> başlığıyla dilimize çevrilmiş olan kitabında geliştirdiği söz edimleri teorisini kısmen buna borçlu olduğu söylenir. Hart, sadece bir teorisyen değil, hukuk uygulamasına da aşina biri olarak, vasiyet düzenleme, mülkiyet nakli veya şirket kuruluşu gibi birçok hukuki edim ile söz edimleri arasındaki benzerlikler konusunda aydınlatıcı açıklamalar yapar.<sup>6</sup> Nitekim J. L. Austin'in "bir şey söylemek bir şey yapmaktır" diye özetlenen görüşünü ortaya koyduğu eserinde hukukçulara ve hukuk teorisyenlerine göndermeler bulunur. Örneğin, dilin gerçekliği saptayıcı kullanımına odaklanan diğer dil felsefecilerini eleştirip dilin edimsel kullanımını öne çıkarmaya çalışırken, "bütün insanlar içinde gerçek durumun farkında olanlar hukukçular olsa gerek" diye yazar; "Şu anda böyleleri de var belki. Ancak onlar da çekine çekine dile getirdikleri bir masala, 'hukuki' bir bildirim bir olgu bildirimi olduğu masalına yenik düşüyorlar çoğunlukla."<sup>7</sup> Düşünür, gerçek durumun farkında olanlar arasında, muhtemelen Hart'ın da bulunduğu kanısındadır; zira belli terimlere dair hukukçu kullanımlarına değindiği yerde, J. L. Austin saptamayla Hart'a borçlu olduğunu belirtir.<sup>8</sup> Etki tek yönlü değildir. Bu seminerlerde edindiği fikirler Hart'ın kendi hukuk teorisini geliştirmesinde büyük katkı sağlamıştır. Hart hukuki terimler için kesin tanım arayışlarını eleştirir. Kelimelerden ziyade kelimeleri kullanarak hakkında konuşmakta olduğumuz gerçekliğin esas alınmasına ve ke-

<sup>4</sup> A. M. Honore, "Real Laws", P. M. S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, 1977, s. 117, aktaran: Neil MacCormick, Zenon Bankowski, "Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws", Neil MacCormick, Peter Birks (eds.), *The Legal Mind*, Clarendon, Oxford, 1986, s. 121.

<sup>5</sup> J. L. Austin, *Söylemek ve Yapmak*, çev. R. L. Aysever, Metis, İstanbul, 2009.

<sup>6</sup> MacCormick, Bankowski, yuk. dn. 4, s. 122.

<sup>7</sup> J. L. Austin, 2009, s. 42.

<sup>8</sup> J. L. Austin, 2009, s. 45.

limelerle ilgili açık bir farkındalığın gerekliliğine dair iddiayı Hart, J. L. Austin'e referansla ileri sürer.<sup>9</sup>

J. L. Austin ve Wittgenstein özel olarak hukukla ilgilenmiş olmasalar da, Hart'a göre, onların dilin biçimlerine, genel kavramların niteliklerine ve dilin yapısını belirleyen kurallara dair söyledikleri hukuk felsefesi için önemli içerimler barındırır. Hukuk felsefesinin gündelik dil felsefesinden edindiği bir kazanım bazı metinlerin açık dokulu olabileceği fikridir. Hart bu fikrini, Wittgenstein'in "bir kelimenin kullanımının her zaman kurallarla sınırlı olmadığını" ve bir kelimenin "uygulama olanaklarının hepsi için kurallarla donatılmış olmadığını" söylediği paragraflara referanslarla destekler.<sup>10</sup>

Hart'ın Augustinus eleştirisinde de Wittgenstein'in izlerini bulmak mümkündür. Wittgenstein *Felsefi Soruşturmalar*'ına Augustinus'tan yaptığı bir alıntıyla başlar. Bu alıntıda Augustinus çocukluğunda konuşmayı nasıl öğrendiğini anlatır. Genelleştirerek ifade edersek, Augustinus'a göre büyüklerin belli nesnelere ad verip bu adla onlara yönelmeleri, çocuğun, düşünürün kendi ifadesiyle "doğal dili" keşfetmesini sağlar. Kelimelerin tekraren duyulması, onların hangi nesneyi temsil ettiklerinin tedricen öğrenilmesinin ve sonrasında onlar aracılığıyla başkalarıyla iletişim kurulmasının yolunu açar.<sup>11</sup> Wittgenstein bu ifadelerden, kelimelerin nesnelere adlandırdıklarına, her kelimenin yerini tuttuğu bir nesneyle eşleşmiş durumda olduğuna dair genel bir fikir çıkarır. Bu iddianın dilin işleyişinin açıkça görülebilmesini engelleyen bir sisle kaplı olduğunu ileri süren Wittgenstein, soruşturmaları boyunca bu sisi dağıtmaya girişir.<sup>12</sup> Wittgenstein dilin zamansal ve mekânsal bir olgu oluşuna vurgu yaparak, dilin işleyişine dair betimleyici incelemeleri öne çıkarır. Böylece kelime ile nesne arasındaki uyumdan ziyade kelime ile onun kullanıldığı bağlam arasındaki ilişki önem kazanır. Kelimelerin adlandırma dışına da taşan işlevleri onların içinde buldukları bağlamda kullanılış tarzları incelenerek teşhis

<sup>9</sup> Bkz. J. L. Austin, "A Plea for Excuses", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57, 1956/57, s. 8; Hart, 1997, s. vi, 14.

<sup>10</sup> Bkz. Ludwig Wittgenstein, *Felsefi Soruşturmalar*, çev. Haluk Barışcan, Metis, İstanbul, 2010, s. 57-59; H. L. Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, s. 274-275.

<sup>11</sup> Augustine, *The Confessions of Saint Augustine*, ICON Classics, USA, 2005, s. 9.

<sup>12</sup> Wittgenstein, s. 23-25.

edilebilir. İnceleme dilin gündelik kullanımına odaklanmalı, herhangi bir temellendirme girişiminden uzak durarak, dili olduğu haliyle almalı ve onun fiili kullanımını betimlemelidir. Bu yolla, dilin araçlarıyla büyülenmiş olan zihnin karşılaştığı yanlış anlama sorunları açığa çıkarılacak ve fark edilir hale gelecektir.<sup>13</sup>

Wittgenstein'in Augustinus eleştirisini paylaşan Hart, Augustinus'u öncelikle, kavramların açıklanmasında farklılıkları benzerlikler aleyhine ön plana çıkarmakla itham eder. Augustinus zaman kavramıyla ilgili tartışmasında, kimse kendisine sormadığında zamanın ne olduğunu bildiğini, ancak onu soran birine açıklamak istediğinde bilmediğini söyler.<sup>14</sup> Bunu hukuk alanına uyarlayan Hart, deneyimli hukukçuların bile hukukun ne olduğunu bilmelerine rağmen, hukukla ve onun ilişkili olduğu diğer şeylerle ilgili birçok hususu tam olarak anlayamadıklarını ve açıklayamadıklarını hissettiklerini belirtir.<sup>15</sup> Tıpkı bir noktadan diğerine seyahat eden birinin bunu nasıl yaptığını başkasına açıklamak için bir haritaya ihtiyaç duyması gibi, burada da başarılı bir açıklama için, açıklamak istediğimiz şeyin diğer şeylerden farkını açıkça ortaya koyan bir yol göstericiye ihtiyaç duyarız. Kimi zaman bir kelimeyle bile bu işi halledebiliriz. Muğlak bile olsa, böyle bir girişim açıklanamayan bir kelimeyi daha kolay anlaşılabilir başka kelimelerle ilişkilendirir ve onun işaret etmek istediği şeyi, daha geniş bir "şeyler ailesi (*genus*)" içine yerleştirir. Diğer yönüyle de, onun o aile içindeki diğer şeylerden farklarını (*differentia*) ortaya koyar. O halde, net bir tanım geliştirme kaygımız olmasa bile, ortak çekirdek unsurlar sayesinde açıklanamayanı açıklanır hale getirebiliriz. Augustinus'un eksikliği *genus*'u gereğince önemsememesidir.<sup>16</sup>

Bir şey söylemenin bir şey yapmak anlamına geldiğinin anlaşılması da, Hart'a göre, dil felsefesinden edinilmiş bir kazanımdır. Dilin üstlendiği bir işlevin düşünürler tarafından genellikle görmezden gelindiğine dair J. L. Austin'in geliştirdiği eleştiriyi Hart da paylaşır. Bu işlev, belli ifadelerin, arka plandaki bazı sosyal konvansiyonlara dayalı olarak, dünyayı betimlemekten ziyade onda belli değişiklikler yaratmaya yönelik oluşlarıdır. Sözelimi bir şey yapacağınıza dair bir

<sup>13</sup> Wittgenstein, s. 67.

<sup>14</sup> Augustine, s. 207.

<sup>15</sup> Hart, 1997, s. 14.

<sup>16</sup> Hart, 1997, s. 14-16.

kişiye söz verdiğinizde, olan biteni betimlemiş olmazsınız, ama bu ifadeyi kullanarak kendi üzerinizde bir ahlaki yükümlülük yaratmış olursunuz. Hart dilin bu tür edimsel kullanımının hukuk için oldukça önemli olduğunu düşünür.<sup>17</sup>

Hart'ın hukuki eylem teorisinde J. L. Austin'in dil felsefesi ile paralellikler görülür. Hukuki, yani hukuk düzeni içinde anlam bulan eylemler, Hart'a göre, aktörün bir hukuki yetki kullanmakta olduğu varsayımı altında gerçekleşir. Bunlar sözleşmeye girmek, tek taraflı irade beyanında bulunmak, vasiyet düzenlemek olabileceği gibi, bir yasa çıkarmak da olabilir. Bu yetkilerin dayanağı onları sağlayan kurallardır ki, bu tür kurallar eylemin geçerli sonuç doğurabilmek için hangi özellikleri taşıması gerektiğini ve kim tarafından yapılması gerektiğini ortaya koyarlar. Yetki veren bu kurallar da, zorunlu olarak, eylemin bu koşullar sağlandığında yükümlülük doğurduğunu söyleyen bir başka kuralla bağlantılıdır. Yetki veren kurallar ile görev yükleyen kurallar arasındaki fark Hart'ın teorisinin merkezinde yer alır. Bununla bağlantılı olarak görev yükleyen birincil kurallar ile yetki veren kuralların dahil edildiği ikincil kurallar arasında yapılan ayırım yoluyla, Hart'ın teorisi hukuk düzenini "birincil ve ikincil kuralların birliği" olarak gösterir.<sup>18</sup>

Buradaki temel husus, hukuki yetki kullanımı ile geçerli sayılan tüm eylemlerin, o eylemi hukuk içinde bir eylem olarak kuran bir kuralı varsaymalarıdır. Bu demektir ki, tüm kurallar kural üreten bir eylemden, yani kural üretmeye yönelik bir iradeden veya söz ediminden doğmazlar. Bir eylemin kural üreten bir eylem olabilmesi, ancak bir başka kuralın o eyleme kural üretme yetkisi vermesi sayesinde mümkündür. Kuraldan kurala gidişin bir noktasında, kural üretme yetkisi veren bazı kuralların kendilerinin bu yolla üretilmemiş olduklarını kabul etme zorunluluğu doğacaktır.<sup>19</sup>

Hart, iradeci pozitivist John Austin'in hukuku egemenin yaptırımlarla donatılmış emirlerine ve bunlara yönelik genel bir itaat alışkanlığına indirgeyen teorisini kelimeleri yanlış kullanmakla eleştirir. Öncelikle Austin "emir" kelimesini kullanırken bir siyasal toplumun

<sup>17</sup> Hart, 1983, s. 276.

<sup>18</sup> Hart, 1997, 5. ve 6. bl.

<sup>19</sup> MacCormick, Bankowski, s. 123.

egemeni ile bir soyguncu arasında fark gözetmemiştir. Aynı sorun, “yükümlü kılınmak” ve “yükümlülük sahibi olmak” terimleri arasındaki farkta da ortaya çıkar. Hart’a göre, bunlardan ilki açık şiddet tehditi altında olma hali için, ikincisi ise bir hukuk düzenine muhatap olma hali için uygundur. Bu tür bir analiz için Hart’ın önerdiği teknik, kelimelerin kendi başlarına ne anlam taşıdıkları sorusunun yerine, onların belli bir bağlam içinde kullanıldıklarında üstlendikleri işlevi ikame etmektir.<sup>20</sup> Burada önemli olan husus, Hart’ın bu ayrımın gündelik dil pratiğine bakılarak saptanabileceği iddiasında olmasıdır.

Hart John Austin’de “emir” kelimesini kullanılmasında bulunduğunu söylediği yanlışlığı, onun devlet ve hukuk anlayışını zımmen bireysel eylemlerle analogi yaparak oluşturmuş olmasına bağlar. O halde Hart bu analoginin doğru olmadığı kanısındadır ki, bu fikri esasen dilin farklı alanlarındaki ifade biçimleri arasında yapılan analoginin yanlış anlamalara yol açtığını belirten Wittgenstein’da buluruz.<sup>21</sup> Hukuk düzeni bir birey gibi davranmaz; o bir dizi bireylerden ve kurumlardan müteşekkildir. Ancak bu, bireylerin bir hukuk düzenine muhatap olma halini nasıl kavramsallaştırdıklarını saptamamızı engellemez. “Yükümlü kılınmak” ile “yükümlülük sahibi olmak” arasındaki fark, “itaat” kavramının hangi durumlar için kullanılabilirliğinin saptanmasında işe yarar. Bu kavram, Hart’a göre, sıradan vatandaşlar için uygunken, resmi görevliler için uygun değildir. İtaat durumunda itaat edenin bunu yaparken taşıdığı şahsi kaygılar değişebilir; ancak resmi görevlilerin genel tavırlarının nitelenmesinde içsel bir bakış, yani bir kabullenme söz konusu edilir. Yasakoyucunun kendine yetki veren kurallara itaat ettiği söylenemez; bir yargıç tanıma kuralını uygularken ona itaat etmiş olmaz. Hart, gündelik dil kullanımındaki bu farklılıklara dikkat edilmesini öğütler.<sup>22</sup>

Belirtilen hususlarda, Hart’ın gündelik dil felsefesini dayanak olarak kullandığı noktaları görüyoruz. Hart’ın, felsefedeki gelişmelerin dilin farklı işlevlerine dair bir farkındalık geliştirdiğini ve bu yolla bize dünyayı daha iyi anlayabilmek için uygun araçlar sağladığını dü-

<sup>20</sup> Hart, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, University of Pennsylvania Law Review, 105, 1957, s. 961-962.

<sup>21</sup> Wittgenstein, s. 62.

<sup>22</sup> Hart, 1997, s. 115-116.

şünmesinin nedeni bu dayanaktır. Böylece analitik felsefenin sadece kelimelerle ilgilenmekle yetindiği yanılsamasından kurtulur ve kelimelerle ilgilenmenin esasında hayatın kendisi ile ilgilenmek olduğunu fark ederiz. Muğlak olduğunu düşündüğümüz kelimelerde bile, Hart'a göre bu yolla, gölgeli olmayan çekirdek bir anlamın varlığı keşfedilebilir. Bu çekirdek anlam, bizi farklılıkların ardındaki asgari ortaklığa, yani ilgili kelimenin veya ifadenin standart kullanım biçimine ulaştırır ki, bundan sonra yapılacak şey, farklılıkları bu standart biçimin taşıdığı unsurlardan bazılarının yokluğu temelinde anlamaya çalışmaktır. "Yükümlülük sahibi olmak" ifadesinin standart biçimde kullanıldığı sosyal bağlamın bir hukuk düzeninin varlığına işaret ettiğini belirten Hart, bu yolla John Austin'in yapamadığı ayrımı yapabildiğini ileri sürer.<sup>23</sup>

Hart'ın içsel ve dışsal bakış tarzları arasında yaptığı ayrım sayesinde yorumsamacı yöntem analize dahil edilir. Dışsal bakış tarzında açıklama basit gözlemcinin yaklaşımını esas alırken, içsel bakış tarzında ilgili sosyal grubun bir kuralı ortak davranış standardı olarak kabul etmesi söz konusudur. Bir sosyal grubu dışarıdan gözlemleyerek orada davranışla ilgili belli düzenliliklerin varlığını saptayabilirsiniz, ancak gideceğiniz yer bu kadardır. Kuralların, onları bizzat hayatlarında kullanmakta olanlar için üstlendiği rol ise ancak, onların gözüyle, içerden bakılarak anlaşılabilir. John Austin, Hart'a göre, içsel bakış tarzını dışladığı için de hataya düşmüştür. Burası, Hart'ın gündelik dil felsefesi ile failerin eylemlerine yükledikleri öznel anlamları anlamaya çalışan yorumsamacı sosyal bilim yöntemini buluşturduğu noktadır. Ortak pratik, böylece, hukukun varlığı için kurucu bir unsur haline gelir.

Hart, dışsal bakış tarzının sosyal gerçekliği kavrayamayacağı kanısındadır ve ona göre John Austin'in hukuk teorisinde yapılan bundan ibarettir. Bu yolla ancak gerçekliğin çarpıtılmış bir biçimiyle karşılaşırız. Gerçekliği olduğu haliyle kavrayabilmek için ise, gündelik pratiğe içerden bakmak gerekecektir. Böylece, hukuk düzeninde, sıradan vatandaşların genel itaatleri ile resmi görevlilerin ikincil kuralları ortak davranış standardı olarak kabullenişlerinin birlikte buldukları saptanır. Resmi görevlilerin ortak standardı, onların kuraldan sapmayı bir eleştiri nedeni olarak görmeleri anlamında "eleştirel" olarak kabul edilebilir sayesinde saptanacak bir durumdur.

<sup>23</sup> Hart, 1957, s. 967-968

### Hart'ın Teorisinde Karşılaşılan Güçlükler

Hart genellikle, başka düşünörlere yönelttiği eleştirilere kendisi de muhatap olmaktan kurtulamaz. Yukarda Augustine'in zaman kavramını açıklayamamasının nedeninin onun kullanım farklılıklarını kullanım benzerliklerinden daha çok vurgulaması olduğunu belirten eleştiriye değinmiştik. Ancak Hart "itaat" sayılan durumları böyle olmayanlardan ayırırken bunun benzerini yapar.

Hart, sıradan vatandaşların çoğunluğunun, hukuki yapının ayrıntılarından veya geçerlilik kriterlerinden açıkça haberdar olmaları gerekmeden, sisteme yönelik geliştirdikleri genel tavrın "itaat" olarak adlandırıldığını söyler. Ancak bu kelimeyi, resmi görevlilerin ikincil kurallara yönelik tavırlarını adlandırmak için yetersiz bulur. İlginç biçimde bu saptamanın sadece resmi görevlilerin dil kullanımından kaynaklanmadığını belirtme ihtiyacı hisseder. Bu demektir ki, resmi görevliler de ikincil kurallara yönelik kendi tavırlarını ifade etmek üzere bu terime fiilen müracaat ediyor olabilirler. Ancak bu belirleyici değildir. Hart'a göre, "eğer gerekiyorsa" hem sıradan vatandaşın genel tavrını hem de bir yasayı mahkemede uygulayan yargıcın tavrını kapsamak üzere "izlemek", "uymak", "uyum sağlamak" gibi daha geniş ifadeler bulabiliriz. Ancak bu tür kapsayıcı ifadeler de, tıpkı "itaat" gibi, aslında fark edilmesi gereken önemli ayrımları kamufle ederler.<sup>24</sup> Hart'ın söyleyişine bakılırsa, böyle bir ifade bulmak gerekemeyebilir de. Bunun nedeni, muhtemelen, gündelik dilde vatandaşlarla resmi görevlileri ayıran bariz bir kullanım farklılığının bulunamamasıdır. Dikkat edilmesi gereken nokta, teorisyenin burada bu farklılığın bulunmadığını saptamakla yetinmemesi, hatta gündelik dilden uzaklaşarak ona aslında fiilen olmayan bir ayrımı dayatmakta olmasıdır. Yani burada istenen hedefe uygun olduğu takdirde gündelik dile müracaat edilmekte, böyle olmaması halinde ise bu dilden uzaklaşmaktadır. Diğer yandan gündelik dildeki ifadelerden hangisinin, Hart'ın anladığı tarzda, önemli ayrımları kamufle ettiği ve hangisinin bunu yapmadığı, gündelik dil tarafından değil, teorisyenin bizatihi kendisi tarafından ve onun kendi ölçütlerine göre çözülen bir meseledir.<sup>25</sup> Hart'ın "itaat" terimini diğerlerinden ayırırken, terimin kullanım benzerliklerinden ziyade kullanım farklılıklarına dikkat edilmesini öğütlediğini

<sup>24</sup> Hart, 1997, 114-115.

<sup>25</sup> Brendan Edgeworth, "Legal Positivism and the Philosophy of Language: A Critic of H. L. A. Hart's 'Descriptive Sociology'", *Legal Studies*, 6/2, 1986, s. 130.



belirtmiştik. Söz konusu ayrıma böyle yaparak ulaşır ve bunun neden tercih edildiği sorusu, yani düşünürün eleştirisinde Augustinus'a sormuş olduğu soru, yine cevapsız kalır.<sup>26</sup>

Esasen bunun nedeni, Hart'ın kullandığı biçimiyle gündelik dil felsefesinde de sorunun cevapsız oluşudur. Neden bazı terimlerde kullanım farklılıklarının, bazılarında ise kullanım benzerliklerinin öne çıkarıldığı sorusu, dile dil-dışı bir dayanak bulunmadan cevaplanamaz. Bu felsefenin ayakta kalışı uyumsuz kullanım hallerinin sorun edilmemesi veya bunlardan egemen olanın seçilmesi sayesinde mümkün olur; paylaşılmakta olan tek bir gündelik dil varsayımı hatalıdır ve benzer durum Hart'ın teorisinde de kendini gösterir. Edgeworth'un verdiği örnek bu konuda aydınlatıcıdır:

... [V]arsayın ki ... yapılacak [başka] bir seçeneğimin bulunmadığı hallerde "yükümlü kılınmak" terimini kullanıyorum ve aynı zamanda, ... hukuku ihlal etme konusunda, tıpkı bir soyguncunun tehdidi altındaki gibi terörize edilmiş durumda olduğum için ya da inançlarım gereği sivil itaatsizlik ahlâken kabul edilemez ve izin verilemez olduğu için, ne pahasına olursa olsun hukuka itaat edilmesi gerektiğine inanıyorum. Bu koşullarda ... Hart'ın olağan kişisi 'yükümlülük' kelimesini kullanacakken, ben 'yükümlenme' kelimesini kullanıyorum. 'O borcu neden ödedin' diye sorulduğunda ... "çünkü yükümlü kıldım" diye cevap veriyorum. Eğer soruyu soran 'Bir yükümlülük altında olduğunuzu kastetmiyor musun?' diyecek olursa, "Hayır, iletişimimde bulunduğum sosyal grupla paylaştığım tanımlar evreninde 'yükümlenme' terimi davranışım hakkında olan ve mutlak biçimde uyma zorunluluğu hissettiğim taleplere işaret eder" diyeceğim.<sup>27</sup>

Durumun insanların çoğu için bunun tersi olduğunu kabul etmek için ampirik araştırmaların desteği gerekir. Ancak Hart'ın ulaştığı sonuç gündelik dil pratiğine dair herhangi bir ampirik araştırmaya dayanmaz ve onun açık bir veri olarak kabul edilişi ciddi sorun doğurur. Zira gündelik dilde insanların teorisine farklı görünen durumları aynı kelimelerle ifade ettikleri sıklıkla görülebilir. Eğer kişiler genellikle hukuki bir yükümlülüğe muhatap olma halini ifade etmek üzere, şiddet tehditi altında olma hali için kullandıkları kelimeleri kul-

<sup>26</sup> Edgeworth, s. 120.

<sup>27</sup> Edgeworth, s. 121-122.

lanıyorlarsa, gündelik dil felsefesinin bizi hukukun gerçeklikte cebir kullanımından ibaret bulunduğu, en azından onun varlık biçimlerinden birinin bu olduğu sonucuna ulaştırması gerekecektir. Böyle bir olasılığı dışlamak için, teorisyence icat edilenler dışında, hiçbir neden yoktur.<sup>28</sup>

Resmi görevlilerin ikincil kurallara yönelik tavrının sıradan vatandaşlardan farklılığını anlatmak üzere Hart, “eleştirelilik” kavramına müracaat eder. Vatandaşlar, Hart’a göre, genel olarak birincil kurallara, diğer olası nedenlerin yanısıra, sadece “kendisi için” de itaat edebilirler; resmi görevliler ise ikincil kurallara yönelik olarak “eleştirel düşünümse” bir tavır sergilerler, yani başka resmi görevlilerin de onlara uymalarını beklerler ve sapmaları eleştirirler. Burada birincil kuralların vatandaşın ne yapacağına ve ne yapamayacağına dair sınırlayıcılıkları ile ikincil kuralların resmi kişilere yetki veriş zıt konumlarda bulunur. Diğer yandan Hart, özel hukuk işlemlerine girişen vatandaşların bu işlemleri düzenleyen yasal kurallara yönelik durumlarının da “itaat” olarak adlandıramayacağını söyler. Böylece birincil kuralların emretmekten ziyade (vasiyetname düzenlemekle ilgili olanlar gibi) yetki veren kısmı ile resmi görevlileri muhatap alan (onlara yetki veren) ikincil kurallar ortak bir alana yerleşir. O halde bu durumlarda sıradan vatandaşların, kendilerine yetki veren kuralları birer emir olarak değil, birer “ortak davranış standardı” olarak gördüklerini düşünebiliriz. Zira Hart resmi görevlilerin ikincil kurallarla ilgili tavırlarını betimlerken, onların bu kuralları ihlal etmeleri durumunda diğerleri tarafından eleştirildiklerini, hatta kararlarının başka makamlar tarafından hükümsüz sayıldığını belirtir. Ancak aynı durumun özel hukuk işlemi yapan vatandaşlar için de söz konusu olduğu açıktır. Bir vasiyetname, ilgili kurallara uygun düzenlenmemişse, potansiyel mirasçılarının talebi üzerine hükümsüz sayılabilir. Eğer ilk durum bir “ortak davranış standardının benimsenmesi” olarak niteleniyorsa, ikinci durum da böyle nitelenebilir. Tam bu noktada “eleştirelilik” meselesi devreye girer. Eğer bir kuralı “ortak davranış standardı” yapan şey, başkalarının da ona uymalarının istenmesi, ondan sapmaların eleştirilmesi ve hatta yapılan işlemin sonuç doğurmamasının sağlanması ise, aynı durum özel hukuk işlemlerinde de görüldüğüne göre, orada da bu anlamda bir eleştirelilik söz konusu olmalıdır. Yani

<sup>28</sup> Edgeworth, s. 120.

yetki veren kurala dayalı bir özel hukuk işleminde, kişi sadece kendi uyumunu (buna itaat diyemediğimize göre) yeterli bulmaz, Hart'ın "itaat" için ileri sürdüğü "sadece kendisi" için yapma hali burada söz konusu değildir, kişi kendisinin uyduğu kurala başkalarının da uymalarını bekler. Bu demektir ki, yetki veren o birincil kural, tıpkı yargıçların ikincil kuralları gibi, bir ortak davranış standardı olarak eleştirel biçimde benimsenmiştir. Eğer bu doğru ise, yapılan ayırımın oldukça keyfi olduğu ve Hart'ın kavramsal analizinin sağlamayı hedeflediği belirginliğe ulaşamadığı sonucuna ulaşılır.<sup>29</sup>

Hart'ın teorisinde resmi görevlilerin ikincil kuralları, özellikle geçerlilik kriterlerini belirleyen "tanıma kuralını" benimsemeleri merkezi bir sosyal olgu olarak görülür. Resmi görevlilerin bu tavırları, hukuk düzenini basit cebri kontrolden ayırır. En azından sistemin anahtar konumunda bulunan resmi görevlilerin bu benimseyişi sorunlu bulmamaları hukuk düzeninin işleyişini sürdürebilmesi için zorunludur. Bu olgunun etkisi tüm topluma yayılacaktır, zira onun resmi görevlilerin kabullerine dayalı oluşu, sıradan vatandaşların hukuk düzenini benimsemiş olmaları bile hukuki yükümlülük sahibi olmalarını mümkün kılan temel husustur. Ancak bunun söylenebilmesi için, hangi durumlarda istikralı işleyişini sürdüren bir hukuk düzeninin varlığından bahsedilebileceği açık olmalıdır. Anlaşılan o ki, Hart bu koşulların apaçık olduğu kanısındadır.<sup>30</sup>

Hart'ın teorisinde resmi görevliler için sadece şiddet korkusuna dayanan nedenler haricinde, içsel kabul sağlayan her türlü neden mümkün görünür. Şiddet korkusunun yaratacağı sorun, kişinin kendini yükümlülük sahibi görmemesi ve zorlanmış olduğunu düşünmesidir; bu durumda kişinin eyleminin kurala uygunluğunun nedeni, kuralın bizatihi kendisi olmaktan çıkar; içsel bakış ve benimseme yerini korkuya bırakmıştır. Bu durumda sistem, hukuk düzeninden ziyade, Hart'ın tabiriyle soyguncu çetesine benzeyecektir.<sup>31</sup> Eğer pratikte sistemin anahtar konumlarında bulunan resmi görevlilerin kuralları benimsemeden salt korku nedeniyle uyguladıklarını ve yine de sistemin işleyişini sürdürdüğünü saptarsak, onu neden soyguncu çetesinden farklı göreceğimiz, teorinin dayanaklarına sadık kalırsak,

<sup>29</sup> Edgeworth, s. 130-131.

<sup>30</sup> Kenneth M. Ehrenberg, "The Anarchist Official: A Problem for Legal Positivism", *Austrian Journal of Legal Philosophy*, 36, 2011, s. 89.

<sup>31</sup> Ehrenberg, s. 93, 94, 106.

açık değildir. Gündelik dilde böyle dendiğini saptadığımızı da düşünürsek, aksi sonuca ulaşmak, ancak hukuk düzeninin soyguncu çetesinin düzeninden farklı olduğunu söyleyen, önceden kabul edilmiş bir tanım sayesinde mümkün olur. Ancak bildiğimiz üzere Hart önceden belirlenmiş bu tür net tanım arayışlarına karşıdır.

Joseph Raz, Hart'ın "tanıma kuralı" kavramına açıklık getirmeye çalışırken, tanıma kuralını benimseyen ve uygulayan bir resmi görevlinin, bunu ahlaki nedenlerle yapmasının zorunlu olmadığını belirtir. Resmi görevli, yaptığının neden meşru sayıldığı üzerine düşünmeksizin veya sadece işini yapmakta olduğunu düşündüğü için ya da başka basit nedenlerle, ilgili kuralı uyguluyor olabilir. Hatta resmi görevlinin bir anarşist olması da mümkündür. Bir anarşist, Raz'a göre, çoğu zaman kurallara uygun davranmasının kendisine kritik durumlarda uymama olanağı sağlayacağını ümit ederek yargıçlık yapıyor olabilir.<sup>32</sup>

Ehrenberg, bundan esinlenerek, kuralları Hart'ın ileri sürdüğü anlamda kabullenmeyen bir resmi görevlinin varlığının Hart'ın teorisi için sorun oluşturduğunu ileri sürüyor.<sup>33</sup> Bir yargıcın veya bir grup yargıcın, hukuka tamamen negatif bir anlam yüklememekle birlikte, tehlikeli durumlardaki koordinasyon gereği gibi basit sağduyusal durumlar haricinde, hukukun kendi başına yükümlülük yaratamayacağına inandığını, bu tür durumları salt güç kullanımı olarak gördüğünü düşünelim. Sistemin anahtar konumlarında bulunan yargıcın veya yargıçların bu düşüncede olduklarını varsayalım.<sup>34</sup> Sorun bu kişilerin bu tavırlarının, yine de başkaları üzerinde hukuki yükümlülük yaratıp yaratamayacaklarıdır. Anahtar konumda bulunmakla birlikte, yaptıklarının başkaları üzerinde sağduyusal nedenlerle örtüşenler haricinde bir yükümlülük doğurduğuna inanmayan, dolayısıyla kuralları içsel bakışla benimsemiş olmayan, ama yine de işini yapan bir yargıcın varlığı Hart'ın teorisi için sorun doğurur.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Joseph Raz, *Practical Reasons and Law*, Princeton U. P., 1990, s, 148.

<sup>33</sup> Ehrenberg, s. 89.

<sup>34</sup> Yazar "resmi görevli" ifadesinin sadece kavramsal olarak inşa edildiğinin ve anahtar konumda bulunanların bu düşüncede olmadıklarının kavramsal düzeyde kabul edildiğinin belirtilmesi halinde, teorisinin sosyal pratiğe dayalı oluşunun artık ileri sürülemeyeceğine işaret ediyor. Yani, pratiğe sadık kalınacaksa, "resmi görevli" sayılma koşullarının teorisyen tarafından değil, hukuk pratiği tarafından belirlenmesi gerekir. Bunun uç bir varsayım olmadığını göstermek üzere yazar, İzlanda'da (Reykjavik) 2010 Mayıs'ında bir anarşistin belediye başkanı olarak seçilişine atıf yapıyor. Ehrenberg, s. 97, 98.

<sup>35</sup> Ehrenberg, s. 98.

Hart tehditle desteklenen emirler yoluyla “yükümlülük” doğmayacağını, bu yolla sadece “yükümlü kılınacağını” söylüyordu. İkinci durumda zorlanma, eylemin öznel nedenini açıklar; ilkinde ise kişinin öznel inancını önemli saymayan normatif bir açıklama söz konusudur. Bu demektir ki, kişi kendisi kabul etmese de yükümlülük sahibi olabilir, zira yükümlülük başkalarının benimsenmiş olan bir sosyal kuralın varlığından kaynaklanmaktadır; ama zorlanma durumunda böyle bir seçenek yoktur. Eğer bir yükümlülük, kişinin öznel inancından bağımsız biçimde var olabiliyorsa, yukarıda sözünü ettiğimiz yargıcın da, böyle yaptığına inanmasa bile, yükümlülük yaratabileceği söylenebilirdi. Önemli olan husus, bu durumda yargıcın davranışının sadece diğerleriyle benzeştiğinin saptanmış olmasıdır. Ancak Hart, davranışlardaki bu fiili uyum ile bir “kurala” uyum arasında fark gözetir; ikincisini ayıran, kuralın içsel bakışla benimsenmesidir, yani burada kuralı rehber kabul eden ve ondan sapmaları eleştiren bir “eleştirel düşünümsele” tutum söz konusudur. O halde bir kuralı kabul etmek, salt davranışsal uyumdan ibaret değildir. Bu durumda, örnekteki yargıcın kuralları diğer yargıçlara benzer biçimde uyguluyor olduğunu gösteren davranış düzenliliği, o yargıcın bir “kurala uyduğunu” göstermeyecektir. Yargıcın kuralı benimsemesinin ardındaki motivasyonların değişebileceğini, bunların ahlaki bir içerik taşımasının zorunlu olmadığını Hart kabul ediyordu; ancak içsel bakışın nedenlerinin değişebilir olmasıyla, içsel bakışın bizatihi kendisinin var olmaması farklı hususlardır. Sistemin anahtar konumunda bulunan fakat basit sağduyusal durumlar dışında hukukun yükümlülük doğuracağına inmayan bir yargıç veya bir grup yargıç, kuralı benimsemiş sayılamaz, Hart’ın teorisine uygun olarak yükümlülük sahibi olamaz ve dolayısıyla başkaları için de hukuki yükümlülük yaratamaz. Buna rağmen hukuk düzeninin varlığını sürdürdüğünden bahsedilirse, hukuk düzeninin olgusal varlığı resmi görevlilerin tanıma kuralını benimsemiş olmalarından bağımsızlaşmış demektir.<sup>36</sup>

Buradaki kaçış yolu “mantıksal” zorunluluğa işaret etmektir. Hart, resmi görevlilerin eleştirel düşünümsele tavır içinde olmalarını, bir hukuk sisteminin varlığından bahsedebilmek için mantıksal bir zorunluluk oluşturduğunu söyler. Başka deyişle, eğer böyle bir ortak kabullenme tavrı ortada yoksa bir hukuk sisteminin varlığından söz

<sup>36</sup> Ehrenberg, s. 103-104.

edemeyiz. Ancak bu, mantık aracılığıyla gündelik pratikten kaçmak anlamına gelir. Pratikte, resmi kişilerin hukuk kurallarına yönelik, Hart'ın ileri sürdüğü anlamda içsel bakışa sahip oluşları, zorunlu olmaktan ziyade olumsaldır. Anahtar konumdaki resmi görevlilerin tanıma kuralını bu anlamda kabullenmemelerinin doğurduğu, yukarıda değindiğimiz sorunu bir yana bıraksak bile, istikrarlı olmakla birlikte yolsuzluklarla dolu biçimde işleyen, yani resmi kişilerin azımsanmayacak bir bölümünün içsel bakışlarının kurallara “sadece kendisi için” uymaktan ibaret olduğu bir hukuk düzeni pekâlâ bulunabilir. Yine, resmi görevlilerin içsel bakışları pekâlâ yönetici bir grubun hukuku baskı aracı olarak kullanmaya yönelen bakışları ile aynı yönde olabilir. Hart bunları görmemek için mantıksal zorunluluk varsayımına başvurur ve bunun sonucu, onun pratiğe müracaat etme ve betimleyicilik iddialarının zarar görmesidir.<sup>37</sup>

Diğer yandan, tanıma kuralının kaynağı bakımından da Hart'ın teorisinde sorun vardır. Burada, resmi görevlilerin halihazırda mevcut olduğu varsayılan bir tanıma kuralına yönelik uyma tavırları ile bir tanıma kuralına vücut vermeye yönelik olduğu varsayılan pratikleri karşı karşıya gelir ve bir öncelik sıralamasına ihtiyaç duyulur. Bir eylemin hukuk içinde bir eylem olabilmesi için, o eylemin gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan duruma dair normatif içerikli bir kavrayışa ihtiyaç vardır. Hukuk içinde sayılan her eylem, o eylem sonucunda ortaya çıkan durumda ne yapılması gerektiğini söyleyen bir kurala ihtiyaç duyar, ancak bu tür normatif kuralların tamamı hukuk içinde sayılan eylemlerle açıklanamaz. O halde bazı nedenlerin eylemlere kıyasla mantıksal olarak önceden var olmaları gerekir; onlar hukuk içinde sayılan eylemlerle açıklanamazlar; aksine hukuki eylemlerden bağımsız biçimde açıklanmaları gerekir. Resmen vazedilmiş kuralların ardında, o kurallara uymak gerektiğini söyleyen, kendisi vazedilmemiş olan bir kural (ya da neden) vardır. Bu saptama Hart'ı “tanıma kuralı” dediği ve pratikten türettiği temel kurala ulaştırır. Ancak bu kuralın, ona kural demeyi sürdürsek bile, hukuk içinde olan ve kural üreten eylemlerle ifade edilemeyeceğine dikkat etmek gerekir. O halde tanıma kuralına vücut veren pratikleri hukuki eylemler dışında başka bir yerde aramak gerekecektir.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Edgeworth, s. 132.

<sup>38</sup> MacCormick, Bankowski, s. 124.

Hart'ın gündelik pratiğin betimi ile mantıksal ya da teorik kur-gular arasında gidip geldiğini görüyoruz. Burada kısaca ifade edilmeden geçilmemesi gereken husus, gündelik dilin egemen kullanım biçimlerine başvuru halinin, teoriyi, tıpkı eleştirdikleri gibi, gerçekliğin çarpıtılmış bir biçimiyle baş başa bırakma, dahası onu mevcut haliyle muhafaza etmeye yönlendirme tehlikesinden uzak olmadığıdır.

Gündelik dil felsefesinin dil konusunda yaptığı gibi, Hart da hukuk düzeninin vatandaşlara nasıl "benimsetildiği" konusu ile ilgilenmez. Dolayısıyla hukukun ideolojik işlevi fark edilmez hale gelir; dahası, resmi görevlilerin pratiklerinin hukukun ideolojik işlevini yerine getirmesinde üstlendiği rol burada görünmez haldedir. Hukuk düzeninin kurallarına referansla gerçekleştirilen bu pratikler, vatandaşlara devlet gücünün benimsetilmesine, başka deyişle onun vatandaşların gözünde meşrulaştırılmasına hizmet eder. Hart'ın kuralları benimsemekle ilişkilendirdiği içsel bakış tarzının esasında, kurala uymakla sağlanacağı beklenen belli ekonomik ve politik getirilerden bağımsız olarak düşünülmesi zordur.

Hukuka veya hukuki kurumlara dair ifadelerin anlamları bunların kullanıldıkları, resmi görevlilerin ötesine taşan daha geniş tarihsel ve toplumsal bağlamlar hesaba katılmadan anlaşılabilir. Eleştireliliği, resmi görevlilerin kendi içlerinde bulunup kurallara uyum arayan eleştirelilik algısından uzaklaştırıp, onların da içinde buldukları daha geniş politik bağlamı hesaba katan bir düzeye yükseltirsek, başka bir durumla karşılaşırız. Gerek gündelik dil kullanımını, gerek vatandaşların ve resmi görevlilerin pratikleri böyle bir eleştirelilikle yeniden incelenebilir. Her şeyden önce, gündelik dilin karmaşıklığından bir takım genellemelere ulaşmanın zorluğu ve bu genellemelerin objektif olmayan bir ön seçim içerdiği ortadadır. Dilin de içinde bulunduğu sosyal ilişkiler, yeterince dikkat gösterildiğinde keşfedilebilecek saf olgular değerlidir; bulunan şey kullanılan kategorilerin bir ürünüdür.<sup>39</sup> Gramsci'nin belirttiği gibi, "dil olgusu gerçeklikte organik olarak az çok tutarlı ve eşgüdümlü olgular çoğulluğudur"<sup>40</sup>. Eğer bazı ortak kullanım kalıpları saptanırsa, bu kez,

<sup>39</sup> Tony Prosser, "Towards a Critical Public Law", *Journal of Law and Society*, 9/1, 1982, s. 1-2.

<sup>40</sup> Antonio Gramsci, "Dil, Diller, Ortak Duyu", David Forgacs (haz.), çev. İbrahim Yıldız, Gramsci Kitabı, Dipnot, Ankara, 2010, s. 430.



bu kalıpların nasıl “ortak kullanım” haline geldiği sorgulanmalıdır. Bu kullanımları üreten ortak duyu (common sense) “birbirine hiç benzemeyen anlayışların kaotik bir toplamıdır; orada istenen her şey bulunabilir<sup>41</sup>”, dolayısıyla “ortak duyuya hakikatin teyidi diye atıfta bulunmak saçmadır<sup>42</sup>”. Dahası, “ortak duyu ham haliyle muhafazakârdır ve yeniliğe karşıdır<sup>43</sup>”.

Resmi görevlilerin, Hart’ın varsaydığı üzere (kendi içlerinde eleştirel – buna belki muhafazakâr eleştirelilik diyebiliriz) tavırlarını, yani onların ortak duyularını (kendisi eleştirel olmadan) merkeze koyan bir hukuk teorisi, bu muhafazakârlığı pekiştirme eğilimine girer.

### Sonuç

Hart’ın gerek başka hukuk teorisyenlerine yönelik eleştirilerinde, gerek kendi kavramsal inşasında gündelik dil felsefesine başvurduğu ya da ondan etkilendiği sıkça görülür. Hart hukuk felsefesinin tüm sorunlarının çözülmesinde veya açığa çıkarılmasında dil felsefesi yönteminin kullanılabilirliği iddiasında olmasa da, ahlaki ve politik ilkeler karşısında tarafsız olan, olgunun bir yönünü diğeri aleyhine öne çıkarmaya eğilimli farklı duruşlar karşısında sessiz kalabilen bir dil felsefesi yönteminin mümkün olduğunu düşünür.<sup>44</sup>

Gündelik dil felsefesi sosyolojiye uyarlandığında, kişilerin fiilen kullandıkları dile dair eleştirel olmayan bir yaklaşım sergiler. Mevcut dil kullanımının nedenleri ve sonuçları analiz dışında bırakılır. Gündelik dil bünyesinde tarihsel kalıntıları da taşıması bir yana, mutlak biçimde teşhis edilebilir, kültürel ve politik bağlıklardan veya önyargılardan arınmış bir gündelik dil yoktur. Yaygın hale gelmiş olan kavramlar ikna, güç kullanımı veya mücadeleler aracılığıyla yaygın hale gelirler. Hart’ın varsaydığı gibi, ahlaki ve politik ilkeler karşısında tarafsız olan ve farklı öznel görüşlere nesnel biçimde mesafeli kalan, anlamı iktidar ilişkilerinin dışında kavramaya yarayan bir dil felsefesi yöntemi yoktur.

<sup>41</sup> Antonio Gramsci, “Popüler Sosyoloji Elkitabı’na Yönelik Bir Girişim Üzerine Gözlemler ve Eleştirel Notlar”, David Forgacs (haz.), çev. İbrahim Yıldız, Gramsci Kitabı, Dipnot, Ankara, 2010, s. 428.

<sup>42</sup> Gramsci, yuk. dn. 40, s. 428.

<sup>43</sup> Gramsci, yuk. dn. 40, s. 429.

<sup>44</sup> Hart, 1983, s. 6.

Öte yandan betimleyicilik iddiasının ardındaki olası normatif yönelimleri gözden kaçırmamak gerekir. Hart, gündelik dil kullanımına dayanarak, John Austin'in kavramları yanlış kullandığını ileri sürmüştü. Buradaki "yanlışlık" dönemin gündelik dili ile Austin'in kavramları arasında bir kopukluk bulunduğu iddiası taşımalıdır. Eğer gündelik dile müracaat edilecekse, Austin'in kavramlarının Hart'ın yaşadığı dönemin dili ile değil, o zamanın dili ile uyumunu sorgulamak gerekir. Eğer o dönemde hukuka ilişkin yaygın gündelik dilin genellikle emir modeline yakın oluşu saptanırsa (ki böyle olduğu söylenir), Austin'in Hart'ın ileri sürdüğü anlamda yanlış yaptığı ileri sürülemez. Esasında Austin'in teorisinin, kavramsal yanlışlıktan ziyade, dönemin hukukta birlik ve kesinlik gerektiren yeni bir ekonomik ve politik düzen arayışına paralel bir ideolojik unsur taşıdığı söylenebilir. Hart'ın resmi görevlilerin tavırlarına önemli bir işlev yükleyen teorisinin de, kendi döneminde, resmi görevlilerin daha çok yetki kullanmakta oldukları (teknokrasiyi, bürokratik yönetimi, profesyonelliği öne çıkaran) refah devletine uygun, dolayısıyla politik vizyon içeren bir model ürettiği ileri sürülebilir. Hart'ın teorisinde ortaya koyduğu hukuk düzenini "gelişmiş" toplumlara özgülmesi de bunu gösterir. Elbette bunu görmek için, sadece teorinin dayandığı pratikleri değil, teorinin bizatihi kendisini daha geniş tarihsel politik bağlamı içinde incelemek gerekir.<sup>45</sup>

Son olarak, belli bir durumda aynı kelimelerin kullanıldığı saptansa bile, bunun, ifade edilen olgunun aynı dilin kullanıcıları için aynı biçimde gerçekleşmiş veya onlar tarafından aynı biçimde yorumlanmış olduğu sonucuna ulaştırmayacağını vurgulayalım. Sosyal faktörler farklı bir yönü göstermekte iken, aynı dilin kullanıldığı saptaması ideolojik bir tutumu gizliyor olabilir. Dildeki benzerlik maddi güçlerde de benzerlik olduğunu göstermez. Yakın tarihte yaşadığımız Soma faciası sonrasında konuşan maden işçilerinin çoğu, madende çalışmaya zorlanmış olduklarını ve bankalara olan kredi borçlarını, zorlanmış (yükümlü kılınmış) olduklarını hissettikleri için ödediklerini söylediler. Bu durum ülkemizde işçiler için istisnai değildir; aksine bu genel hissiyat ifadesini nüfusun oldukça büyük kısmını oluşturan

<sup>45</sup> Edgeworth, s. 135-137.

işçilerin gündelik dil pratiklerinde saptayabiliriz. Eğer bu doğru ise, gündelik dile müracaat ettiğimiz bizi, işçiler için cebri güç ile hukuk düzeni arasında bir fark bulunmadığını söylemeye itmekten başka bir şey yapamaz. Dahası, işçiler madende çalışırken veya banka kredilerini öderken hukukun bunu gerektirdiğini söylüyor olsalar bile, banka sahibi ile işçinin aynı “hukuk” terimini kullanmaları, işçinin zorlanmamış olduğu anlamına gelmez. Benzer biçimde, bir iş sözleşmesinin her iki tarafı da sözleşme teriminde aynı anlamı bulmaz. Bunları ortak kullanım diye genelleştirmek, ancak bazı çarpıtmalar pahasına mümkün olabilir. Yine, otoriter bir rejim altında yaşayan biri için, ister sıradan vatandaş ister resmi görevli olsun, “hukuki yükümlülük” terimi, pekala Austin’in “emir” teorisine yakın anlamda kullanılabilir. O halde, cebri güç ile hukukun aynı şeyler olmadığını söylemek, önceden yapılmış ve kabul edilmiş bir tanımın varlığını gerektirir. Bu da ortak kullanımı görmezden gelmek üzere dil-dışı bir ölçütü baştan kabul etmiş olmak anlamına gelir.

Yazının giriş paragrafında, Hart’ın gündelik dil felsefesine ve betimleyici sosyolojiye atfına değinmiştik. Bir analitik hukuk felsefecisi olan Hart’ın bu atfını, esasında analitik felsefe ile hukuk sosyolojisinin disiplinler arası bir etkileşim içinde olduklarının bir işareti olarak değerlendirebiliriz. MacCormick de, betimleyicilik iddiasındaki tanımlara itiraz ederken, dil felsefesinde bir konum edinmenin zorunluluğuna değinir.<sup>46</sup> Mesele bu konumun ne olacağına dair ahlâki ve politik tercihtir, yani MacCormick’in ifadesiyle hangi tarafta duracağınız meselesidir.<sup>47</sup> Sonuç olarak, gündelik dil pratiğini veri kabul eden dil felsefesindeki muhafazakâr eğilimin, ondan beslenen (kavramsal) hukuk teorisine de yansıdığı söylenebilir. Bilindiği üzere Hart ahlâkın hukuken dayatılmasına karşıdır ve bu anlamda eleştireldir; ancak burada kavramsal bir hukuk teorisinin de pekâlâ muhafazakâr olabileceğinden söz ediyoruz. Elbette bu, gündelik dilin eleştirel incelenmesinin mümkün olmadığı ve dolayısıyla eleştirel bir hukuk teorisinin bu incelemeyi yararlanamayacağı anlamına gelmez.

<sup>46</sup> Neil MacCormick, “Challenging Sociological Definitions”, *British Journal of Law and Society*, 4, 1977, s. 91.

<sup>47</sup> MacCormick, s. 90.

### KAYNAKÇA

- Augustine, *The Confessions of Saint Augustine*, ICON Classics, USA, 2005.
- Austin J. L., *Söylemek ve Yapmak*, çev. R. L. Aysever, Metis, İstanbul, 2009.
- Austin J. L., "A Plea for Excuses", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57, 1956/57.
- Aysever R. Levent, "Sunuş", J. L. Austin, *Söylemek ve Yapmak*, çev. R. L. Aysever, Metis, İstanbul, 2009.
- Ceylan Şule Şahin, H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı, XII Levha, İstanbul, 2014.
- Edgeworth Brendan, "Legal Positivism and the Philosophy of Language: A Critic of H. L. A.
- Hart's 'Descriptive Sociology'", *Legal Studies*, 6/2, 1986.
- Ehrenberg Kenneth M., "The Anarchist Official: A Problem for Legal Positivism", *Austrian Journal of Legal Philosophy*, 36, 2011, s. 89.
- Gramsci Antonio, "Dil, Diller, Ortak Duyu", David Forgacs (haz.), çev. İbrahim Yıldız, *Gramsci Kitabı*, Dipnot, Ankara, 2010.
- Gramsci Antonio, "Popüler Sosyoloji Elkitabı'na Yönelik Bir Girişim Üzerine Gözlemler ve Eleştirel Notlar", David Forgacs (haz.), çev. İbrahim Yıldız, *Gramsci Kitabı*, Dipnot, Ankara, 2010.
- Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford University Press, 1997.
- Hart H. L. A., "Introduction", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.
- Hart H. L. A., "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.
- Hart H. L. A., "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, 105, 1957.
- MacCormick Neil, Bankowski Zenon, "Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws",
- Neil MacCormick and Peter Birks (eds), *The Legal Mind*, Clarendon, Oxford, 1986.
- MacCormick Neil, "Challenging Sociological Definitions", *British Journal of Law and Society*, 4, 1977.
- Prosser Tony, "Towards a Critical Public Law", *Journal of Law and Society*, 9/1, 1982.
- Raz Joseph, *Practical Reasons and Law*, Princeton U. P., 1990.
- Wittgenstein Ludwig, *Felsefi Soruşturmalar*, çev. Haluk Barışcan, Metis, İstanbul, 2010.

# İTİRAZIN İPTALİ DAVASI-TAHSİL DAVASI (İİK.'nun 67. Maddesi\* Üzerine Bir İnceleme)

Talih UYAR\*\*

## § 1. İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

İİK. mad. 67/I - III'de düzenlenmiş bulunan "i t i r a z ı n ı p t a l ı" davası, borçlunun itirazının hükümsüz kılınarak, itiraz ile duran ilâmsız takibe konu olan alacağın varlığının saptanarak, icra takibinin devam etmesini (ve bu suretle, takip konusu alacağın borçludan alınmasını) sağlamak amacı ile açılır.<sup>1</sup> Başka bir deyişle; "itirazın iptali davası"nda, "alacaklının, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde, borçlunun itiraz ettiği alacağın tespiti ve itirazın iptali (ve ayrıca alacağın ödetilmesi) dileğiyle açtığı bir dava"dır.<sup>2</sup>

\* İtirazın hükümden düşürülmesi

\*\* İzmir Barosu Avukatlarından. (Dokuz Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)  
Uyar, T. İtirazın İptali Davası (IBD. 2005/1, s:14-95)

1 a) İtirazın iptali

MADDE 67 - Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.

Bu dâvada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, dâvanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir.

İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır.

Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağının dava etmek hakkı saklıdır.

Bu Kanunda öngörülen icra inkar tazminatı, kötü niyet tazminatı ve benzeri tazminatların tespitinde, takip talebi veya davadaki talep esas alınır.

2 Farklı tanımlar için bkz: "İtirazın iptali davası (müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan) normal bir eda alacak davasıdır" (Kuru, B. İcra İflas Hukuku, C:1, s:280 -Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, s:248 - Yavuz, N. İtirazın İptali, Menfi Tesbit ve İstirdat Davaları, s:37) - "İtirazın iptalini mahkemede istemek demek, ödeme emriyle takip edilen alacağın mahkemece hüküm altına alınmasını istemek demektir." (Postacıoğlu, İ.

I-Bu davanın niteliğinin ne olduğu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada duraksama konusu olmuştur. **Doktrine egemen olan görüşe göre;**<sup>3</sup>"bu dava normal bir eda (alacak tahsil) davasıdır. Çünkü, 'itirazın iptali' talebi zorunlu olarak 'alacağın tahsili' talebini de kapsar..." Buna karşın diğer **bir görüşe göre**<sup>4</sup>ise, "itirazın iptali davası bir 'eda davası' olmadığı gibi, dava sonunda itirazın iptaline dair verilecek ilâm da bir 'tahsil ilâmı' değildir. Çünkü, itirazın iptali davası ile, alacaklı mahkemeden borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istememekte ve mahkeme de itirazın iptaline karar vermekle, borçluyu bir edaya mahkum etmemektedir. Ancak, itirazın iptali davası ve ilâminin, yargılama giderlerine ve eğer talep edilmişse, icra inkâr tazminatına ilişkin kısmi bir 'eda (tahsil) davası ve ilâmı'dır. İtirazın iptali davası bir 'tesbit davası' niteliğindedir.<sup>5</sup>Bu görüş, önce<sup>6</sup>, "eda (tahsil) davasının, zorunlu olarak alacağının tesbiti istemini de içereceği, bu nedenle, itirazın iptali davasının eda davası niteliğinde sayılması gerektiği" şeklinde eleştirilmiş daha sonra da; "itirazın iptali davasının mevzuu ev-

İcra Hukuku Esasları, s:180) - "İtirazın iptali davası, takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır"(ERİŞ, G. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar 'ABD. 1977/5, s:828') - "İtirazın iptali davası koşulları İİK. 67'de düzenlenmiş bir takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır" (Deynekli, A. / Kısa, S. İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, s:82) - "Bu dava aynı zamanda takip hukuku alanında sonuçları olan bir eda ve maddi hukuk davasıdır" (Berkin, N. Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, s:420 vd.) - "İtirazın iptali davası, takip prosedürü içerisinde takip alacaklısı tarafından takip borçlusuna karşı açılan, genel mahkemelerde, genel kurallara göre görülen, itirazın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde açılırsa ve alacaklı da bu yönde bir talepte bulunmuş ise, takip hukuku bakımından da özel sonuçlar doğuran ve İcra ve İflas Kanununun kendisine özel bir takım sonuçlar bağladığı bir alacak (eda) davasıdır" (Özkan, Y. İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, 2004, s:6 vd.)

<sup>3</sup> Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, s:280 - Kuru, B. / Arslan, R. / Yılmaz, E. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 26. Baskı, s:162 - Berkin, N. age. s:421 - Postacıoğlu, İ. age. s:180 - Yılmaz, E. İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, 2009, s:615)

<sup>4</sup> Çağa, T. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair (Batider, 1976, C:VIII, S:3, s:25 - Çağa, T. Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair (Batider, 1979, C:X, S:2, s:374) - Aynı görüşte: Okçuoğlu, Y. HGK. 21.11.1979 T. 1977-4-933/1378'in karşı oy yazısı; Okçuoğlu, Y. Yargıtay Kararları ve Karşı Oyları, s:408 vd.

<sup>5</sup> Bu görüşlerin yanında doktrinde ayrıca, itirazın iptali davasının "eda ve tesbit isteklerinden meydana gelen karma dava şeklinde nevi şahsına münhasır bir dava olduğu" (Eriş, G. agm. s:826 vd.); "ne bir tesbit davası ve ne de davası olmayıp, bu davanın tesbit ve eda isteklerinden meydana gelen takip hukukuna özgü bir tahsil davası olduğu" (Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:83); "takip prosedürü içinde açılan ve takip hukukuna özgü bir takım sonuçlar doğuran bir alacak (eda) davası olduğu" (Özkan, Y. age. s:31 vd.) ileri sürülmüştür...

<sup>6</sup> Postacıoğlu, İ. İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar (BATIDER, 1978, C:IX, s:4, s:964 vd.)

veleminde, ödeme emriyle istenilen alacağın hükmü altına alınması olacaktır. Alacağın varlığını ortaya koyacak dava, tesbit davası olduğu kadar alacağın tahsilinde dava olduğu kadar tahsil edilecektir” denilmiştir.<sup>7</sup>

**Yargıtay;** önceleri bazı kararlarında<sup>8</sup> bu davayı “tesbit davası” olarak nitelerken bazı kararlarında<sup>9</sup> “ödetme davasının bir hakkın varlığının saptanmasını da içereceğini” başka bir deyişle “dava dilekçesinde itirazın iptali veya kaldırılması kelimeleri geçmese dahi, alacağın varlığının isbatı suretiyle itirazın iptali isteminin, alacağın tahsili hakkındaki davanın kapsamı içinde bulunmakta olduğunu” belirtmiştir. Daha sonra ise **yüksek mahkeme** -bu davanın ‘tesbit davası’ niteliğinde olduğu görüşünden hareket ederek- “mahkemenin ‘itirazın iptali davası’ sonucunda yalnızca ‘itirazın iptaline’ (ve ‘takibin devamına’) ve istek varsa ‘icra inkâr tazminatının tahsiline’ (ve ‘yargılama giderleri’nin davalı (borçlu)dan tahsiline” şeklinde karar verebileceğini, (yoksa “itirazın iptali davası” sonucunda ‘tahsil kararı’ verilemeyeceğini yani ‘alacağın tahsiline’ şeklinde karar verilemeyeceğini)<sup>10</sup> belirtmeye başlamıştır...

Bu davanın bir “eda davası” veya “tesbit davası” sayılmasından farklı sonuçlar doğar. Bu dava bir “eda davası” (normal bir “alacak davası”) olarak nitelendirilir;

**A- Eğer mahkeme, “itirazın iptali davası” sonucunda “itirazın iptaline ve .... TL. alacağın davalıdan tahsiline” şeklinde karar vermişse, davacı-alacaklı bu ilâmı iki şekilde icraya koyabilir:**

**a)** Dilerse, elindeki, ilâma dayanarak -ilâmın kesinleşmesini beklemeden<sup>11</sup> borçlu hakkında yeni bir takip (ilâm lı t a k i p ) açar ve borçluya bir “icra emri” gönderir.

**b)** Dilerse, elindeki ilâmı, -ilâmın kesinleşmesini beklemeden<sup>12</sup> borçlunun itirazı ile durmuş olan ilâm sı z t a k i p dosyasına koyarak, takibe devam edebilir.

<sup>7</sup> Postacıoğlu, İ. age. s:180

<sup>8</sup> Bknz: 11. HD. 14.3.1972 T. 1174/1203

<sup>9</sup> Bknz: HGK. 26.9.1980 T. 11-2004/2181- 21.11.1979 T. 4-993/1378 - 4. HD. 26.12.1970 T. 8715/9875

<sup>10</sup> Bknz: 11. HD. 5.4.2004 T. 9065/3572; 19. HD. 19.3.2004 T. 4746/3086; 13. HD. 21.4.2003 T. 1529/4743 vb.

<sup>11</sup> Bknz: 12. HD. 27.5.2004 T. 9686/13482; 9.10.2003 T. 15660/1958; 6.10.1997 T. 9362/10508

<sup>12</sup> Bknz: Yuk. dipn. 10



Uygulamada önem taşıyan şu hususu da belirtelim ki, alacaklının ikinci şıkkı tercih etmesi halinde, elindeki mahkeme ilâmında yazılı olan “% 20 icra inkâr tazminatı” ve “yargılama giderleri” için, borçluya -o dosyadan- bir “icra emri” göndertmesi gerekir.<sup>13</sup>

Görüldüğü gibi, alacaklı, “itirazın iptali davası” sonucunda aldığı bu tür ilâm ile, “eski -ilamsız- takibe devam etmek” ya da “yeni bir ilamlı takipte bulunmak” konusunda tercih hakkına (seçeneğine) sahip bulunmaktadır.<sup>14</sup>

**B- Eğer** mahkeme “itirazın iptali davası” sonucunda yalnız “*itirazın iptaline*” karar vermekle yetinmiş ve ayrıca “..... **TL. alacağın davalıdan tahsiline...**” şeklinde karar vermemişse, davacı-alacaklı, bu ilâmı -ilamın kesinleşmesini beklemeden<sup>15</sup> yalnız itiraz ile durmuş olan ilamsız takip dosyasına koyarak, takibe devam edilmesini isteyebilir...

Sadece “itirazın iptaline” ilişkin ilamda yer alan *yargılama giderleri, vekalet ücreti* ve *tazminata* ilişkin hüküm -ilam kesinleşmeden- aynı takip dosyasına konularak -ve borçluya “icra emri” gönderilerek- icraya verilebilir.<sup>16</sup>

Ancak hemen belirtelim ki, mahkemece yüksek mahkemenin görüşüne rağmen, “itirazın iptali davası” sonucunda hem “*itirazın iptaline*” ve hem de “*alacağın tahsiline*” karar verilmiş ve bu karar Yargıtay’ca her nasılsa onanmış veya temyizi kabil olmadığı için, temyiz edilemeden kesinleşmişse, o zaman davacı-alacaklı, bu ilâmı dilerse “ayrı bir ilamlı takip” şeklinde icraya koyar, dilerse önceki itirazla durmuş olan ilamsız takip dosyasına koyarak, durmuş olan takibin devam etmesini sağlayabilir.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Karş: Kuru, B. age. s:300 - Çağa, T. agm. s:30, dipn. 27

<sup>14</sup> Kuru, B. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası (Ad. D. 1961/7-8, s:682 vd.) - Kuru, B. age. s:300

<sup>15</sup> Bknz: 12. HD. 27.05.2004 T. 9686/13482; 09.10.2003 T. 15660/1958

<sup>16</sup> Aynı görüşte: Çağa, T. agm., s:30, dipn. 27 - Deynekli, A./Kısa, S. age., s:293

<sup>17</sup> Bu nedenle, “itirazın iptali davası sonucunda, alacaklının mahkemeden alacağı ilamı yeniden icraya koyarak borçlusuna icra emri tebliğ ettireceği ve takibe ilamlı takip olarak devam edeceği ve başkaca bir seçeneğe sahip bulunmadığı” görüşünde (Gürsel, N. Borçlunun İtirazı Üzerine Alacaklının Mahkemeye Müracaatı ve Mahkemeden Alacağı Kararın İnfaz Şekli (ABD. 1958/3, s:132) - Gürsel, N. İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı, s:64 - Yunusoğlu, T. Adi Senetler ve Kambiyo Senetleri Hakkında Yeni İcra ve İflas Kanunu Tadilatının Getirdiği Yenilikler (İBD. 1965/4-

Alacaklının “yeni bir ilamlı takipte bulunmak” yerine “eski -ilamsız- takibe” devam etmek istemesi., kendisinin daha yararınadır.<sup>18</sup> Gerçekten :

a) Alacaklının “eski takibe devam etmesi” kendisi için daha az giderli olur. Böylece alacaklı, icra dairesine yeniden “başvurma harcı” ve “icra emrinin tebliği” giderini vermekten kurtulmuş olur. Gerçi bu harç ve giderler takip sonucunda, borçludan alınacak ve alacaklıya ödenecektir. Ancak, alacaklı hiç olmazsa baştan böyle bir harcamada bulunmaktan kurtulmuş olur. Ayrıca, alacaklı, önceki ilamlı takibi bırakarak yeni bir takip dosyası açtığı takdirde, önceki ilamsız takip sırasında ödediği “başvurma harcı”, “peşin harç” ve “tebliğ giderleri”ni -yeni takipte- borçludan alamayacaktır.

b) Alacaklı, elindeki ilâmı -kesinleşmesini beklemeden<sup>19</sup> takip dosyasına koyarak, hemen haciz isteminde bulunabilir.

Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki, **yüksek mahkeme**<sup>20</sup>“itirazın iptali ilamında yer alan ‘*inkar tazminatı*’, ‘*ilam harcı*’, ‘*dava masrafı*’ ve ‘*vekalet ücreti*’nin ilgili icra dosyasına itirazın iptaline ilişkin ilamın ibrazı suretiyle talep edilebileceği gibi, ayrı bir takip konusu da yapılabileceğini” belirtmiştir.

**II- İtirazın iptal davasının koşulları:** İtirazın iptali davası açılabilmesi için (ve bu dava “itiraz üzerine duran icra takibinin devamına sağlamak” amacını güttüğünden);<sup>21</sup>

a) *Yetkili icra dairesinde yapılmış geçerli bir ilamsız icra takibi bulunmalıdır.*

İtirazın iptal davası, icra takibi ile bağlantılı olduğundan, davalı aleyhine yapılmış geçerli bir icra takibi bulunmadıkça, itirazın iptali davası dinlenmez.<sup>22</sup>

Yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun bir icra takibi bulunmadıkça, itirazın iptali davası açılmaz.<sup>23</sup>

5-6, s:134) isabet yoktur.

<sup>18</sup> Kuru, B. a.g.e. s:683

<sup>19</sup> Bknz: 12. HD. 27.05.2004 T. 9686/13482; 19.10.2003 T. 15660/1958

<sup>20</sup> Bknz: 12. HD. 1.6.2004 T. 10325/13935; 27.5.2004 T. 9686/13482; 5.3.2004 T. 28124/5100; 30.10.2003 T. 19332/21216;16.12.1998 T. 14029/14573 vb.

<sup>21</sup> Bknz: 19. HD. 25.09.2012 T. 6066/13541

<sup>22</sup> Bknz: HGK. 03.05.2006 T. 19-260/251; 19. HD. 7.3.2003 T. 185/1932; 5.10.2001 T. 5493/6187; 26.4.1994 T. 4219/4183 vb.

<sup>23</sup> Bknz: 19. HD. 23.2.2004 T. 3744/1580; 1.12.2003 T. 10442/11992; 18.2.2003 T.

**b) Borçlu tarafından süresi içinde yapılmış -ve hakkındaki takibi durdurmuş olan- geçerli bir itiraz bulunmalıdır.**<sup>24</sup>

Borçlu tarafından süresinden sonra ödeme emrine itiraz edilmiş olduğu için<sup>25</sup> ya da süresi içinde olmakla beraber yanlış (yetkisiz/görevsiz) yere itiraz edildiği için takip kesinleşmişse veya takip, borçlunun itirazı nedeniyle değil de icra mahkemesinin kararıyla durdurulmuşsa<sup>26</sup> bu gibi durumlarda itirazın iptali davası açmakta hukuki yarar bulunmayacaktır.<sup>2728</sup>

**c) Alacaklı tarafından, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde itirazın iptali davasının açılmış olması gerekir.**

Alacaklının, "itirazın kendisine tebliğinden itibaren" (İİK. mad. 67/I, c:1) b i r y ı l ı ç i n d e, borçlunun itiraz ettiği alacağının tespiti ve itirazın iptali dileğiyle açtığı dava "itirazın iptali" davası niteliğini taşır. Bu davanın açılabilmesi, "bir yıllık süre" h a k d ü ş ü r ü c ü s ü r e'dir.<sup>29</sup>

Görüldüğü gibi bir yıllık dava açma süresinin başlangıcı, "itirazın alacaklıya tebliğ tarihi"dir.<sup>30</sup> Şu halde; borçlunun itirazı, alacaklıya tebliğ edilmemişse, bir yıllık dava açma süresi işlemeye başlamayacaktır.<sup>3132</sup>

9373/1196 vb.

<sup>24</sup> Bknz: 19. HD. 1.2.2001 T. 6252/739

<sup>25</sup> Bknz: 11. HD. 23.6.2003 T. 1117/6719; 13.9.1999 T. 4820/6640; 1.3.1999 T. 9694/1620

<sup>26</sup> Bknz: 13. HD. 10.2.1998 T. 792/1150

<sup>27</sup> Aynı görüşte: Kuru, B. age s:302 - KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:1, s:890 - UMAR, B. Eser Tahlili (İHFM. 1968/3-4, No:12) - Umar, B. Medeni Yargılama ve İcra ve İflas Hukukunun Uygulama Yönünden Önemli Bazı Sorunları (İzmir Bar. D. 1983/2, s:49 vd.) - Deynekli, A./Kısa, S. age., s:112;119;121

<sup>28</sup> Aksi görüş: Postacıoğlu, İ. age. s:179 (Bu görüşe göre; "borçlunun itirazının müddetin geçmesinden veya diğer sıhhat şartlarını haiz olmamasından dolayı kabule şayan olmadığı hususu mahkemede ileri sürülemez. Kanunun bünyesi itirazın sıhhat şartlarını haiz olup olmadığının takdirini birinci derecede icra memuruna ve ikinci derecede olmak üzere icra mahkemesine bırakmaktadır. İcra hukuku normlarına göre halli icabeden bir meselede, mahkemenin selahiyet sahibi olması doğru olmaz")

<sup>29</sup> Bknz: 19. HD. 18.10.2012 T. 10721/15333; 11.05.2010 T. 9333/5878; 15.02.2007 T. 7460/1339; 3. HD. 5.4.2004 T. 3692/3788; 11. HD. 14.6.1999 T. 3448/5280; 19. HD. 10.3.1997 T. 5716/2399

<sup>30</sup> Bknz: 19. HD. 18.10.2012 T. 10721/15333; 03.10.2012 T. 8061/14161; 11.05.2010 T. 9333/5878; 15.02.2007 T. 7460/1339

<sup>31</sup> Bknz: 19. HD. 03.10.2012 T. 8061/14161; 02.07.2012 T. 5367/11007; 28.3.2011 T. 23896/4098; 11. HD. 14.5.2004 T. 10892/543; 13. HD. 11.3.2002 T. 12218/2340

<sup>32</sup> 3222 sayılı Kanun ile -1985 yılında- İİK. mad. 62/II. maddesi değiştirilmeden önce; "takibe itiraz eden borçlunun, itirazla birlikte, itirazın alacaklıya tebliği masrafını

Borçlunun süresi içinde takibe yaptığı itiraz alacaklıya bildirilmez ve alacaklı bu durumu öğrenip, icra mahkemesinden “itirazın kaldırılmasını” talep eden fakat icra mahkemesince “itirazın kaldırılması talebinin reddine” karar verilmesi üzerine, “kendisine henüz borçlunun itirazının tebliğ edilmediğini” ileri sürerek mahkemede “itirazın iptali davası” açabilir mi? **Kanımızca**, alacaklının “itirazın kendisine tebliğ edilmediğini, dolayısıyla itirazın iptali davasını açma süresinin başlamadığını” ileri sürmesi “dürüstlük kuralı” (MK. mad. 2) ile bağdaşmaz.<sup>33</sup> **Yüksek mahkeme**<sup>34</sup> de aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur.

Ayrıca belirtelim ki, itirazın iptali davasını açma süresi, “itirazın alacaklıya tebliği” tarihinden itibaren işlemeye başlarsa da, alacaklı henüz bu süre işlemeye başlamadan -yani; itirazın kendisine tebliğini beklemeden- önce de bu davayı açabilir.<sup>35,36</sup>

da ödemesi” öngörülmüş ve bu masrafın itiraz süresi içinde verilmemesi halinde “itirazın geçersiz sayılacağı” belirtilmişti. Böylece, bu dönemde; borçlunun itirazının mutlaka alacaklıya tebliği gerektiğinden, bu tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan itirazın iptali davası açma süresi bakımından bir sorun ortaya çıkmıyordu. 3222 sayılı Kanundan sonra ise borçlunun “itirazının alacaklıya tebliği giderini de itiraz süresi içinde vermesi” zorunluluğu kaldırılmış olduğundan, itirazın iptali davasını açma süresinin başlaması, bu tebliğ giderinin verilmemiş olduğu durumlarda mümkün olmamaktaydı. Her ne kadar İİK. 59/I, c:21’de “alacaklı ... ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun 62. maddeye göre yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da avans olarak peşin öder” denilmişse de, İİK. mad. 62/II’de “takibe itiraz edildiği borçlunun yatırdığı veya 59. maddeye göre alacaklının yatırdığı avanstan karşılanmak suretiyle üç gün içinde bir muhtıra ile alacaklıya tebliğe gönderilir” hükmüne yer verildiğinden u y g u l a m a d a “takibe itiraz edildiği” hususu, alacaklıya tebliğ edilmemekte, dolayısıyla “itirazın iptali davasını açma süresi” işlemeye başlamamaktaydı. İcra müdürü (yardımcısı), bu “tebliğ gideri”ni İİK. mad. 59/I, c:2 gereğince alacaklıdan isteyince alacaklı, bu gideri “İİK. mad. 62/II uyarınca borçludan talep etmesi gerektiğini” belirtmekte, borçludan İİK. mad. 62/II uyarınca isteyince de, borçlu “bu gideri İİK. 59/I c:2 gereğince alacaklının vermesi gerektiğini” bildirmekte ve tebliğ giderini vermekten kaçınmaktaydı. Yüksek mahkeme de; “itiraz alacaklıya tebliğ edilmediğince, itirazın iptali davasını açma süresinin işlemeye başlamayacağını” belirttiğinden, dava açma süresi -itiraz alacaklıya tebliğ edilinceye kadar- borçlu aleyhine uzamaktaydı (UYAR, T. İcra Hukukunda İtiraz, 2. Bası, s:210 vd.) Uygulamada karşılaşılan belirttiğimiz bu sıkıntılarının giderilmesi amacıyla, 4949 sayılı Kanun ile -2002 yılında- yapılan değişiklik sırasında, İİK. mad. 62/II’de yer alan “borçlunun itirazının alacaklıya tebliği masrafının borçlunun da yatırmasına” dair olan hüküm maddeden çıkarılarak, “bu masrafın sadece -takip açarken- alacaklı tarafından yatırılması” öngörülmüştür...

<sup>33</sup> Uyar, T. İtirazın İptali Davasını Açma Süresinin Başlangıcı “İİK. mad. 67/1” (İzmir Bar. D. Temmuz/2011, s:49-55)

<sup>34</sup> Bknz: 13.HD. 01.06.2009 T. 1440/8032; 19. HD. 01.04.2008 T. 9161/3271

<sup>35</sup> Kuru, B. age. s:260, 290, dipn. 28 – Kuru, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:254

<sup>36</sup> Bknz: 3. HD. 22.05.2006 T. 4427/6170; 7. HD. 28.02.2006 T. 614/509

**Kanımızca**, borçlunun ödeme emrine itiraz edip takibi durdurmasından sonra, icra mahkemesine başvurarak *“itirazın kaldırılması”*nı istemiş olan alacaklı -bu başvuru *dava* niteliğini taşımadığından ve icra mahkemesinin bu başvuru üzerine vereceği karar *kesin hüküm* (HMK. mad. 303) teşkil etmeyeceğinden- aynı zamanda -daha doğrusu İİK. mad. 67/Y'deki 1 yıllık süre içinde- mahkemede *“itirazın iptali davası”* açabilir.<sup>37</sup>

**Yüksek mahkeme;** *“itirazın iptali”* davasının a ç ı l m a s ü r e s i ile ilgili olarak;

-*“İtirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklının, borçlunun itirazının tebliğinden itibaren bir yıl içinde itirazın iptali davası açabileceğini”*<sup>38</sup>

-*“Davanın tamamen ıslahı halinde, ıslah olunan davanın ilk dava gününde açılmış sayılacağını ve hakedüşürücü sürenin bu tarihte kesilmiş olacağını”*<sup>39</sup>

-*“Borçlunun -genel haciz yolu ile ilamsız takiplerde- ödeme emrine itiraz etmesi üzerine, önce icra mahkemesine başvurarak ‘itirazın kaldırılmasını’ istemiş olan alacaklının, daha sonra bu talebinden vazgeçerek -ya da bu talebinin reddedilmesi üzerine- ‘itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde’ mahkemeye başvurarak ‘itirazın iptali’ davası açabileceğini”*<sup>40</sup>

-*“İtirazın iptali davasının borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekirse de alacaklının itirazı daha önce öğrenmiş olması halinde, bu tarihten itibaren de bir yıl içinde itirazın iptali davası açılabilceğini”*<sup>41</sup>

-*“İtirazın iptali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekeceği, davacı alacaklının, borçlunun itirazının kendisine tebliği giderini -takip açarken- icra dairesine vermemiş olmasının, bir yıllık sürenin işlemlerini engellemeyeceğini”*<sup>42</sup>

-*“İcra müdürlüğü itiraz üzerine takibi durdurmamış olsa dahi itirazın ip-*

<sup>37</sup> Kuru, B. Usul, C:VI s:4223 - Çiçek, H. Son Değişiklikler Çerçevesinde İcra Hukukunda İtirazın İptali Davası (Legal Huk. D. 2003/Kasım, s:2744 vd.)

<sup>38</sup> Bknz: 3. HD. 03.05.2007 T. 7082/7199

<sup>39</sup> Bknz: 3. HD. 8.7.2004 T. 7809/7800

<sup>40</sup> Bknz: 19. HD. 14.4.2004 T. 6648/4385; 30.5.2003 T. 4743/5799; 16.11.2000 T. 5554/7855; 18.9.2000 T. 3699/5800 vb.

<sup>41</sup> Bknz: 19. HD. 14.1.2003 T. 2001-8928/190; 26.2.1997 T. 828/1806; 7.6.1995 T. 1994-8842/5045

<sup>42</sup> Bknz: 3. HD. 9.2.1999 T. 567/921

*tali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliği tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde açılması gerekeceğini*<sup>43</sup>

*-“Bir yıllık hakedüşürücü süre geçtikten sonra açılan itirazın iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini, açılan davaya ‘alacak davası’ olarak bakılamayacağını*<sup>44 45</sup>

*-“İtirazın iptali davası ‘alacağın tahsili’ istemini de içerdiğinden borçlunun henüz ödeme emrine itirazı vaki olmadan açılmış olan itirazın iptali davasına ‘alacak davası’ olarak bakılıp sonuçlandırılması gerekeceğini*<sup>46</sup>

*-“Haksız fiilden kaynaklanan alacağın tahsili için yapılan icra takibine itiraz üzerine de itirazın iptali davası açılabileceğini, bu nedenle mahkemeye ‘haksız fiilde alacağın varlığı davası’ açılarak alacak kanıtlanmadan icra takibi yapılamayacağı’ gerekçesiyle açılan itirazın iptali davasının reddine karar verilemeyeceğini*<sup>47</sup>

*-“ İcra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetkisiz olduğunun anlaşılacak dosyanın yetkili icra dairesine gönderilmesi üzerine, bu icra dairesince usulüne uygun ödeme emri düzenlenip borçluya tebliğ edilmedikçe borçlunun daha önce yapmış olduğu itirazın iptali konusunda dava açılmayacağını*<sup>48</sup>

*-“İcra mahkemesinin vermiş olduğu ‘görevsizlik kararı’ndan sonra alacaklının -İİK. 67’de öngörülen bir yıllık süre içinde- mahkemede ‘itirazın iptali davası’ açabileceğini*<sup>49</sup> b e l i r t m i ş t i r ...

**III-Burada, İİK. mad. 67’deki “bir yıllık süre” ile, İİK. mad. 78/II’deki “bir yıllık süre”nin niteliklerine ve birbirleri ile olan ilişkilerine de değinmek gerekir. Bilindiği gibi İİK. mad. 78/II’ye göre, haciz isteme hakkı ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl geçmekle düşmekte ve borçlunun ödeme emrine itirazının “kaldırılması” ya da “iptali” için alacaklı tarafından dava açılması halinde, icra mahkemesine ya da mahkemeye başvuru tarihinden, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre, bu bir yıllık sürenin saptanmasında hesaba katıl-**

<sup>43</sup> Bknz: 19. HD. 24.4.1998 T. 1900/2793

<sup>44</sup> Bknz: HGK. 26.11.1997 T. 19-761/999

<sup>45</sup> Karş: 19. HD. 1.7.2004 T. 11126/7852; 13.6.1997 T. 1996-10116/6148; 5.6.1997 T. 3851/5869; 19.2.1997 T. 1996-4480/1506 vb.

<sup>46</sup> Bknz: 19. HD. 13.4.1997 T. 2001/4016

<sup>47</sup> Bknz: 19. HD. 21.10.1996 T. 1439/9327

<sup>48</sup> Bknz: 19. HD. 20.11.1995 T. 10012/9953

<sup>49</sup> Bknz: 19. HD. 23.6.1992 T. 2124/2866



mamaktadır. **İİK. mad. 67/I'e göre ise**, alacaklı, *itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde* itirazın iptali için mahkemeye başvurabilmektedir. Açıkça görüldüğü gibi, İİK. mad. 78/II'deki bir yıllık sürenin başlangıcı "ödeme emrinin tebliği" olduğu halde, İİK. mad. 67/I'deki bir yıllık sürenin başlangıcı -zorunlu olarak bu tarihten daha sonraki bir tarih olan- "itirazın alacaklıya tebliği tarihi"dir. Birbirleri ile yakın ilişkisi olan ve birbirleri ile çelişen bu iki hüküm nasıl uygulanacaktır? **Doktrin-de** bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür. **Birinci görüşe göre**<sup>50</sup> her iki hüküm kendi alanında ayrı ayrı uygulanmalıdır. Şöyle ki; itirazın iptali davası, İİK. mad. 78/II'deki bir yıllık süre içinde açılmışsa, davanın açılmasından itibaren, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek zaman, aynı fıkra hükmü uyarınca hesaba katılmayacağından, haciz isteme hakkı düşmemiş olacak ve alacaklı ilâmı icraya vererek derhal haciz isteminde bulunabilecektir. Ancak, alacaklı ilâm kesinleştikten sonra icraya başvurur ve davanın açılmasına kadar geçmiş olan süre ile, ilâmın kesinleşmesinden itibaren icraya konuluncaya kadar geçen sürenin toplamı, İİK. mad. 78/II'deki bir yılı aşarsa, yahut alacaklı itirazın iptali davasını İİK. mad. 67/I'deki süre içinde olmakla beraber İİK. mad. 78/II' deki bir yıl dolduktan sonra açmış olursa, elde edeceği itirazın iptali ilâmı ile takibe devam ve haciz isteyebilmesi için, İİK. mad. 78/V gereğince, "yenileme isteminde" bulunması gerekir.

Buna karşın, **kanımızca** daha isabetli olan **diğer bir görüşe göre**<sup>51</sup>ise, İİK. mad. 67 daha yeni bir hükümdür. "Bir senelik süre"nin başlangıcı olarak bu maddedeki husus yani "itirazın alacaklıya tebliği tarihi" esas alınmalıdır. İİK. mad. 67'nin, İİK. mad. 78'e göre daha özel bir hüküm olduğu da dikkate alınarak, İİK. mad. 78/II'yi, İİK. mad. 67'nin ışığında yorumlamalı ve dava hali için bir yıllık süreye başlangıç olarak "itirazın alacaklıya tebliği tarihi" esas alınmalıdır.

**IV-İtirazı iptali davası**, alacaklı tarafından, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıllık süre geçtikten sonra açılmışsa -bizim de katıldığımız- **bir görüşe göre** bu dava "*tahsil davası*" kabul edilmeli ve dava sonunda -davacı haklı bulunursa- "*alacağın tahsiline*" karar verilmelidir.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Çağa, T. agm. s:30, dipn. 28 - Aynı görüşte: Özkan, Y. age. s:191 vd

<sup>51</sup> Postacıoğlu, İ. agm. s:967

<sup>52</sup> Kuru, B. age. s: 291 - Postacıoğlu, İ. agm. (BATİDER, 1978, C: IX, S:4, s: 967)- Deynekli, A. /Kısa, S. age. s: 123- Özkan, Y. age. s:96 - Sunar, G. İcra Hukukunda İcra



**Diğer bir görüşe göre ise;** "itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre geçtikten sonra açılan itirazın iptali davası reddedilmeli"dir.<sup>53</sup>

**Yüksek mahkemenin** bu konudaki içtihatları ise birbiri ile çelişkilidir.<sup>54</sup>

**V-İtirazın iptali davasının sonucunda,** borçlunun haksızlığına karar verilirse **borçlu,** takibinde haksız ve kötünietli görülürse **alacaklı,** -diğer tarafın istemi üzerine- itiraz konusu alacağın %20'sinden az olmamak üzere tazminat ödemek zorunda bırakılır. Uygulamada "*icra inkâr tazminatı*" denilen ve gerek İsviçre hukukunda ve gerekse başka hukuk sistemlerinde bulunmayan bu durum, tamamıyla kendi buluşumuzun eseri olup, ilk kez 16.3.1928 tarih ve 1215 sayılı Kanunda yer almıştı.<sup>55</sup> Daha sonra bu düzenlemeye 1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yer verilmiştir...

**Alacaklı lehine** icra inkâr tazminatına hükmedilmesinin kabulünde kanun koyucunun güttüğü amaç, "*borçlunun borçlu olduğunu ve miktarını bildiği halde, borcunu inkâr ederek takibi uzatmasını önlemek*"tir.<sup>56</sup> 538 sayılı Kanun ile 1965 yılında yapılan değişiklik sonucunda bu tazminata **borçlu lehine** de hükmedilmesi sağlanmıştır. Bunu sağlamakdaki maksat da, "*haksız ve kötünietle yapılacak icra takiplerinin önüne geçmek*"dir.<sup>57</sup>

İcra inkâr tazminatının *hukuki niteliği* konusunda **doktrinde** farklı görüşler ileri sürülmüştür. Gerçekten bu tazminatın "*borçlar huku-*

<sup>53</sup> Tazminatı, s:42 vd.- BERKİN, N. age. s:421 - Muşul, T. İcra Hukuku, age. s:323 vd. Çağa, T. agm. (BATİDER, 1976, C:VIII, S:3, s:28) - Yüksel, K. İtirazın İptali ve Alacağın Tahsili Davalarının Açılış Şekli, Süresi ve Doğurduğu Sonuçlar Bakımından Uygulamada Çıkan Boşluk Hakkında Bir İnceleme (Ad. D. 1988/3, s:21)

<sup>54</sup> Bknz: HGK. 26.11.1997 T. 19-761/999 - 19. HD. 13.6.1997 T. 10116/6148; 5.6.1997 T. 3851/5869; 19.2.1997 T. 4480/1506; 6.5.1996 T. 3250/433 - 11. HD. 15.03.1988 T. 7571/1612; 19. HD. 23.06.1997 T. 726/6478; 17.11.1997 T. 7730/8253; 11. HD. 08.03.1990 T. 1553/1898

<sup>55</sup> Postacıoğlu, İ. agm. s:953 - Postacıoğlu, İ. age. s:183 - ÇAĞA, T. Yine "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair" (BATİDER, 1979, C:X, S:2, s:371) - Kuru, B. İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay 100. Yıl Dönümü Armağanı, 1968, s: 727

<sup>56</sup> Bknz: 13. HD. 6.7.2004 T. 3627/10843; 28.1.2002 T. 12213/702; 19. HD. 1.3.2004 T. 1389/1891; 27.4.1999 T. 1448/2845; 3. HD. 10.2.1998 T. 272/1170; HGK. 9.10.1996 T. 19-391/671; TD. 14.3.1972 T. 11785/1204; 4. HD. 18.6.1968 T. 6253/5174; HGK. 13.12.1967 T. 41344/615

<sup>57</sup> Bu konuda ayrıca bknz: Sunar, G. İcra Hukukunda İnkâr Tazminatı 1995, s:10 (Yayımlanmamış Tez)

ku anlamında bir tazminat"<sup>58</sup> "TBK. 122/2'de düzenlenmiş olan munzam zarar karşılığı"<sup>59</sup> ve "itirazın iptali davasına özgü, borçlunun haksız itirazlarda bulunmasını, alacaklının da haksız takipte bulunmasını önleyen bir tür yaptırım"<sup>60</sup> o l d u ğ u ifade edilmiştir... **Kanımızca** da, son görüş icra inkar tazminatının hukuki niteliğini daha isabetli ortaya koymaktadır... **Yüksek mahkeme**<sup>61</sup> de içtihatlarında son görüşe katılmıştır...

**VI- İcra inkâr tazminatının koşulları:**<sup>6263</sup>

**a)İcra inkâr tazminatına, "itirazın iptali" için, -itirazın alacaklıya tebliği tarihinden itibaren- b i r y ı l ı ç i n d e, mahkemeye başvurulması halinde hükmedilir.** Bir yıllık süre geçtikten sonra açılan itirazın iptali davasında (daha doğrusu normal alacak davasında) bu tazminata hükmedilemez.<sup>64</sup>

Mahkemenin bu tazminata hükmedebilmesi için; alacaklının -önce icra mahkemesine başvurmadan- doğrudan doğruya mahkemeye başvurmuş olması gerekir mi? 4949 sayılı Kanun ile -30.7.2002 tarihinde- İİK'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesin-

<sup>58</sup> Belgesay, M. R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:I, s:137

<sup>59</sup> Olgaç, S. İcra-İflas, C:1, s:501

<sup>60</sup> Kuru, B. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı (Ad. D. 1961/7-8, s:684, 692) - Kuru, B. İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı, 1968, s:762) - Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:301, 307 - Postacıoğlu, İ. agm. C:9, S:4, s:951 - Domaniç, H. Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, s:34 vd. - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:174 - Özkan, Y. age. s:209 - Sunar, G. age. s:14 - Yılmaz, H. İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı (ABD. 2003/3, s:20; Yarg. D. 2004/1-2, s: 48)

<sup>61</sup> Bknz: 13. HD. 6.7.2004 T. 3627/10843; 28.1.2002 T. 12213/702; 3. HD. 10.2.1998 T. 272/1170

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz: Postacıoğlu, İ. age. s:183 vd. - Postacıoğlu, İ. agm. s:951 vd. - Kuru, B. İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı, s:725 vd.) - Karaca, A. İcra İnkâr Tazminatı (Ad. D. 1953/4, s:374 vd.) - Çelenk, S. İcra İnkâr Tazminatı (İçt. Notu, ABD. 1957/6, s:275) - Güçlü, S. İcra İnkâr Tazminatı (İçt. Notu, ABD. 1953/3, s:226) - Yazman, İ. İcra Tazminatı (İçt. Notu, Jurisdiction, 1948/12, s:118) - Arpacı, A. Borcu Likit Olmayan Borçlunun İtirazının İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkum Edilmesi Mümkün müdür? (Günümüzde Yargı Düny. 1980/52, s:22 vd.) - Eriş, G. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar (ABD. 1977/5, s:822 vd.) - Okçuoğlu, Y. İcra Hukukunda İtirazın İptali Davası ve İnkâr Tazminatı (Bursa Bar. D. 1980/11, s:10 vd.) - Çağa, T. agm. s:21 vd., 369 vd. - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:176 vd. - Özkan, Y. age. s:217 vd.

<sup>63</sup> "İtirazın iptali davası" sonucunda; davacı-alacaklı haklı bulunursa, lehine hükmedilecek tazminata icra inkar tazminatı, davalı-borçlu haklı bulunursa, lehine hükmedilecek tazminata da kötüniyet tazminatı ya da haksız takip tazminatı denilir...

<sup>64</sup> Bknz: 13. HD. 19.2.1981 T. 292/1131

de yer alan “*itirazın kaldırılması için icra mahkemesine gitmek istemeyen*” ibaresi madde metninden çıkarılarak, “*itirazın kaldırılması*” talebi reddedilen alacaklıya, “*itirazın iptali davası*” açama hakkı tanınmıştır.

Bu suretle, değişiklikten önce kimi Yargıtay daireleri arasında “*itirazın kaldırılması için önce icra mahkemesine gitmiş olan alacaklının -bu talebinin reddedilmesinden sonra- bir yıllık süre içinde olmak koşulu ile ‘itirazın iptali davası’ açıp açamayacağı konusunda mevcut olan görüş ayrılığına -bu durumda; ‘itirazın iptali davası da açılabilir’ doğrutusunda- maddeye açıklık getirilerek son verilmiştir. Gerçekten, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi<sup>65</sup> ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi<sup>66</sup>; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi<sup>67</sup>; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi<sup>68</sup> ‘‘önce icra mahkemesine başvurarak ‘itirazın kaldırılması’ isteminde bulunmuş olan alacaklının -bu isteminin reddedilmesinden sonra- bir yıllık süre içerisinde mahkemeden ‘itirazın iptali’ni isteyemeyeceğini’’ belirtmişken, Yargıtay 19 Hukuk Dairesi<sup>69</sup> tamamen aksi görüşü benimseyerek ‘‘alacaklının bu durumda mahkemede itirazın iptali davası açabileceğini’’ belirtmişti.*

Bu madde **doktrinde** de farklı şekilde yorumlanmıştı. Gerçekten *ilk önce itirazın kaldırılması yoluna başvuran ve fakat icra mahkemesince bu talebi reddedilen alacaklının da İİK. 67/I’deki bir yıllık süre içinde mahkemede itirazın iptali davası açabileceği<sup>70</sup> görüşü yanında ‘‘itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinden isteyen ve fakat bu istemi reddedilen alacaklının artık İİK. 67 uyarınca itirazın iptalini isteyemeyeceği<sup>71</sup>’’ de ileri sürülmüştür...*

Maddenin farklı yorumundan kaynaklanan bu görüş ayrılığına, bu konuda maddeye açıklık getirilerek son verilmek istenmiştir.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> Bknz: 13 HD. 26.6.2003 T. 5764/8574; 23.6.2003 T. 3743/8165; 19.6.2003 T. 4629/8503; 12.5.2003 T. 5353/5856; 29.4.2003 T. 571/5325; 3.2.2003 T. 12743/1002; 14.2.2002 T. 11928/1587; 11.10.2001 T. 7778/9046

<sup>66</sup> Bknz:11. HD. 6.6.1989 T. 972/348; 1.4.1987 T. 1996-8126/191

<sup>67</sup> Bknz: 4. HD. 7.10.1988 T. 5294/8651

<sup>68</sup> Bknz: 9. HD. 5.6.1987 T. 4855/5970

<sup>69</sup> Bknz: 19. HD. 13.10.1994 T. 1993-9259/9330; 10.10.1994 T. 9293/9164

<sup>70</sup> Bknz: Kuru, B. age. C:1, s:281, dipn. 6 – Kuru, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:249 - Uyar, T. İtiraz, s:213

<sup>71</sup> Bknz: Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku Esasları, s:178, dipn. 1; s:189 – Berkin, N. age. s:420 – Üstündağ, S. İcra Hukukunun Esasları, s:135 – Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:187 – Yavuz, N. age. s:40

<sup>72</sup> Uyar, T. 4949 sayılı 17.7.2003 tarihli ve 5092 sayılı 12.2.2004 tarihli ‘‘İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’’ların Getirdiği Yenilikler (Mani-

Maddede geçen “mahkeme” kavramına, “hukuk mahkemeleri” ile beraber “iş mahkemeleri” de girer. Başka bir deyişle bu tazminata, -diğer koşullar da gerçekleşince- iş mahkemeleri de hükmedebilir.<sup>73</sup>

Alacaklı (kiralayan), kira alacağından dolayı yaptığı icra takibine itiraz eden kiracısı hakkında, “itirazın iptali”, “takibin devamı”, “temerrüt nedeniyle tahliye” istemiyle -sulh hukuk mahkemesinde- dava açabilir..<sup>74</sup>

**b) İcra inkâr tazminatına ancak, borçlu hakkında geçerli bir ilamsız icra takibi yapılmışsa hükmedilir.**

İnkâr tazminatına, ancak p a r a a l a c a k l a r ı n d a n d o l a y ı ilamsız icra -yani; genel haciz, temerrüt nedeniyle kira alacağına dayalı tahliye, rehnin paraya çevrilmesi takiplerinde hükmedilir. Bu nedenle, “ayın istemlerinde” inkâr tazminatına hükmedilemez.

Ortada geçerli bir icra takibinin bulunmadığını -ödeme emrinin<sup>75</sup> (ya da icra takibinin) icra mahkemesi tarafından iptal edilmiş olduğu, dava konusu icra takibinin davalı hakkında verilmiş olan iflas kararının kesinleşmesi nedeniyle düşmüş olduğu<sup>76</sup> durumlarda, itirazın iptali davası sonucunda inkâr tazminatına hükmedilemez....

Borçludaki para alacağının, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsilinin gerektiği durumlarda, -hatalı olarak- icra dairesinde takip yapılmış, borçlunun itirazı üzerine takip durmuşsa, alacaklı, mahkemede “itirazın iptali” davası açarak, inkâr tazminatına hükmedilmesini isteyemez. Örneğin; 4081 sayılı Kanun gereğince, koruma meclisinde verilen para cezasına ilişkin kararlar 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yerine getirileceğinden, bu konuda icra takibi yapıp, borçlunun itirazı üzerine “itirazın iptali davası” açamaz.<sup>77</sup>

sa Bar. D. 2004/3 sayısı eki) – Uyar, T. 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli “İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un Getirdiği Yenilikler (Tür. Bar. Bir. D. Kasım/ Aralık, 2003, s:169 vd.)

<sup>73</sup> Bknz: 9. HD. 16.2.1987 T. 1370/1743; HGK. 6.4.1983 T. 10-3331/348

<sup>74</sup> Bknz: 6. HD. 27.11.1986 T. 9166/13592

<sup>75</sup> Bknz: 19. HD. 5.3.1999 T. 6960/1374

<sup>76</sup> Bknz: 19. HD. 27.11.1997 T. 7626/10087; 29.5.1997 T. 1924/5543

<sup>77</sup> Bknz: 3. HD. 4.12.1989 T. 2186/9199

**c) Borçlunun süresi içinde icra dairesine itiraz ederek durdurduğu takiplerle**<sup>78</sup> ilgili itirazın iptali davası sonucunda, inkâr tazminatına hükmedilebilir. Borçlu, süresi içinde icra takibine itiraz etmemiş veya süresinden sonra itiraz ettiği için (ilamsız) icra takibi kesinleşmişse,<sup>79</sup> alacaklı takibin devamını isteyebileceğinden, bu yolu izlemeyerek hukukî yararı bulunmadığı halde “itirazın iptali” davası açan alacaklının bu davasının reddi gerekir. Alacaklının, böyle bir davada ayrıca inkar tazminatı da istemesi (ve alacaklı lehine inkar tazminatına hükmedilmesi) mümkün değildir. Keza, takip borçlunun itirazı nedeniyle (sonucunda) değil de, icra mahkemesinin kararıyla durdurulmuşsa<sup>80</sup>, itirazın iptali davası açmakta hukuki yarar bulunmadığından, mahkemece icra inkar tazminatına da hükmedilemez...

**d) İnkâr tazminatına hükmedebilmek için, alacaklının d a v a d i l e k ç e s i n d e**<sup>81</sup> (borçlunun ise; c e v a p d i l e k ç e s i n d e)<sup>82</sup> bu konuda *istekte* bulunmuş olması gerekir. Yani, mahkeme, istem olmadan kendiliğinden inkâr tazminatına hükmedemez. Ancak, taraflarca “dava dilekçesi” ya da “cevap dilekçesi”nden sonra -örneğin; son istek ve savunmaların bildirilmesi sırasında- bu isteğin ileri sürülmesi halinde, bu istek “iddia (ve savunmanın) genişletildiği itirazı” ile karşılaşmadıkça mahkemece; icra inkâr tazminatına hükmedilebilir.<sup>83</sup>

Alacaklı “dava dilekçesi”nde inkar tazminatı istememişse ve daha sonra -yargılama sırasında- ileri sürdüğü inkar tazminatı isteğine davalı-borçlu muvafakat etmemişse -daha doğrusu, davalı borçlu iddia-nın genişletilmesi itirazında bulunmuşsa- davacı alacaklı *islah* yoluna başvurarak, lehine inkar tazminatına hükmedilmesini isteyebilir.

**Yargıtay**’ımızın bu konuya ilişkin kararları da birbiri ile çelişkili-dir. Gerçekten, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** -19.4.1995 T. 12-296/404 sayılı kararında - “*icra inkar tazminatı talep edebilmek için kanunda bir*

<sup>78</sup> Bknz: 19. HD. 1.2.2001 T. 6152/739

<sup>79</sup> Bknz: 11. HD. 23.6.2003 T. 1117/6719; 13.9.1999 T. 4820/6640; 1.3.1999 T. 9694/1620

<sup>80</sup> Bknz: 13. HD. 10.2.1998 T. 792/1150

<sup>81</sup> Bknz: 19. HD. 15.6.1994 T. 6338/6181

<sup>82</sup> Bknz: 19. HD. 23.5.2000 T. 1877/3929; 9.6.1994 T. 5621/5970 - 11. HD. 25.12.1985 T. 7081/7378

<sup>83</sup> Aynı görüşte: Özkan, Y. age. s:231

süre öngörülmediğinden, bu talebin yargılamanın her aşamasında -'iddianın (savunmanın) genişletilmesi yasağı'na tabi olmadan- ileri sürülebileceği'ni belirtmişken; bu karardan sonra kimi **Yargıtay Daireleri**<sup>84</sup> -bu karara rağmen- "dava (cevap) dilekçesinde ileri sürülmeyen inkar tazminatı talebinin daha sonra ileri sürülmesinin, iddianın(savunmanın) genişletilmesi yasağına tabi olduğunu" -**kanımızca** da doğru olarak<sup>85</sup> - ısrarla belirt- meye devam etmişlerdir...

İnkâr tazminatına ancak "itirazın iptali davası" içinde (bu davanın sonucunda) hükmedilir. Bu nedenle, inkâr tazminatı yalnız başına -ne açılmış itirazın iptali davası devam ederken<sup>86</sup> ve ne de itirazın iptali davası sonuçlandıktan sonra-<sup>8788</sup>dava konusu edilemez.

### e)İnkâr tazminatına hükmedilebilmesi için dava dilekçesinde açıkça "itirazın iptali" istenmiş olmalı mıdır?

"İcra inkar tazminatı"na ancak "itirazın iptali davası"nda hükmedilebildiğinden -"tahsil (alacak) davası"nda bu tazminata hükmedilemeyeceğinden- davacı-alacaklının açtığı davanın "itirazın iptali davası" olarak nitelendirildiği durumlarda -yani; davayı kazanması halinde lehine %20 tazminata hükmedilmesini isteyerek ve davayı kaybetmesi halinde, davalı tarafa %20 tazminat ödemeyi göze alarak açtığı davalarda- inkar tazminatına hükmedilebilir.

Davacı-alacaklı, borçlunun itirazın kendisine tebliğinden itibaren 1 yıl içinde -ve özellikle; borçlunun itirazının haksızlığını ve kendi alacağının varlığını ispat edebilecek "senet, yazılı delil başlangıcı, ticari defter kayıtları gibi" kanıtlara sahip olmadığı, alacağının varlığını karşı tarafın ticari defter kayıtları ile, yemin ile kanıtlamayacağı düşün- düğü durumlarda- davayı kaybetmesi halinde karşı tarafa -yargılama

<sup>84</sup> Bknz: 11. HD. 1.10.1998 T. 4447/6029; 5.3.1998 T. 1364/1447 - 19. HD. 13.4.1999 T. 1447/2429; 4.10.1996 T. 863/8621; 13.9.1996 T. 11656/7740 vb. - 13. HD. 17.10.1994 T. 7141/8768

<sup>85</sup> Aynı görüşte: Kuru, B. age. C:1, s:304, 374, 381 - Üstündağ, S. age. s:110 - Postacıoğlu, İ. age. s:189 - Kostakoğlu, C. Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akredetif, s:455 - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:185 - Sunar, G. age. s:45 - Özkan, Y. age. s:232

<sup>86</sup> Karş: Eriş, G. agm. s:837

<sup>87</sup> Kuru, B. age. s:304 - Sunar, G. age. s:46 - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:186 - Muşul, T. age. s:343 - Yavuz, N. age. s:114 - Özkan, Y. age. s:234

<sup>88</sup> Bknz: 11. HD. 25.5.1992 T. 8526/7091; 4. HD. 9.5.1966 T. 5587/5445

giderleri ve vekalet ücreti dışında- ayrıca %20 tazminat ödemeyi de göze alamayarak “itirazın iptali davası” yerine “tahsil (normal alacak davası” açmayı isteyebilir. Bu nedenle, açtığı davanın açıkça “itirazın iptali davası” olmayıp “tahsil (normal alacak davası” olduğunu dava dilekçesinde belirtebilir. Bu gibi durumlarda, mahkemece dava sonunda haklı çıkan taraf lehine ayrıca %20 tazminata hükmedilemez.

Davacı bu şekilde, dava dilekçesinde açıkça, açtığı davanın (gerçek iradesinin) “itirazın iptali davası” ya da “tahsil (normal alacak davası” olduğunu belirtmeksizin sadece “inkar tazminatı” istediğini belirtmekle yetinmiş veya dilekçesinde hem “inkar tazminatı” (ve itirazın iptali) talebine ve hem de “alacağın tahsili” (ödetilmesi) talebine yer vermişse mahkemece ne şekilde karar verilecektir? Daha açık bir ifadeyle bu durumda, açılan dava “itirazın iptali davası” olarak mı yoksa “tahsil (alacak) davası” olarak mı nitelendirilecektir?

**Doktrinde kimi hukukçular**, açılan davanın açıkça “itirazın iptali davası” olduğu belirtilmemiş dahi olsa, dava dilekçesinde “inkâr tazminatı”nın da istenmiş olması halinde mahkemenin, davayı “itirazın iptali davası” olarak niteleyip, inkâr tazminatına hükmetmesi gerektiğini,<sup>89</sup> dava dilekçesinde hem “itirazın iptali (ve inkâr tazminatı)” talebi ve hem de “alacağın tahsili (ödetilmesi) talebinin yer alabileceği, bu durumda da, inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekeceği”ni<sup>90</sup> belirtirken, **kimi hukukçular**<sup>91</sup> da (dava dilekçesinde mutlaka itirazın iptalinin istenmiş olması gerektiğini, aksi taktirde inkar tazminatına hükmedilemeyeceğini, davacının ayrıca alacağın tahsilini istemiş olması halinde isteğinin hangisi olduğu hususunun davacıya açıklattırılması gerektiğini” belirtmişlerdir.

**Yargıtay’ın -çeşitli Daireleri’nin-** bu konu ile ilgili kararları farklıdır. Gerçekten; **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**<sup>92</sup> (ve **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi**<sup>93</sup>) (dava dilekçesinde hem ‘alacak’ hem de ‘itirazın iptali’ istenmiş olması halinde, mahkemece davacıya açtığı davanın ‘alacak davası’ mı ‘itirazın

<sup>89</sup> Kuru, B. age. s:302

<sup>90</sup> Kuru, B. age. s:285 – Postacıoğlu, İ. age. s:180 vd. – Postacıoğlu, İ. agm. s:23 vd.

<sup>91</sup> Aynı görüşte: Çağa, T. Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair (BATİDER, 1976, C:8, S:3, s:23)

<sup>92</sup> Bknz: 19. HD. 14.11.2012 T. 10609/16782; 20.5.1997 T. 3711/5187; 24.3.1997 T. 8518/2980; 1.7.1996 T. 9742/6895 vb.

<sup>93</sup> Bknz: 11. HD. 1.7.2004 T. 13075/7384; 26.4.2001 T. 1454/3591



*iptali davası' mı olduğu hususunun açıklattırılması gerekeceğini, her iki istek hakkında yani 'hem alacağın tahsiline ve hem de itirazın iptaline' karar verilemeyeceğini"* belirtmişken, **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi** kimi kararlarında<sup>94</sup> "dava dilekçesinde 'alacağın tahsili' ile birlikte 'icra inkar tazminatı' da istenmiş olması halinde, 'itirazın iptali'nin de talep edilmiş sayılacağını ve davacı yararına asıl alacak miktarı üzerinden 'icra inkar tazminatı'na hükmedilmesi gerekeceğini" b e l i r t m i ş ve kimi kararlarında da<sup>95</sup>Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin kararlarındaki görüşü benimsemiştir.

**f) Alacaklı yararına icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için, "borçlunun itirazının haksızlığına" karar vermiş olması gerekir.** Alacaklının davasını kazanması, mutlaka "borçlunun itirazının haksızlığını" ortaya koymaz. Bu nedenle, itirazın ne zaman h a k l ı ve ne zaman h a k s ız sayılması gerektiğinin belirlenmesi, bunun ölçülerinin belirtilmesi gerekir. **Doktrinde**<sup>96</sup> borçlunun, likit bir alacağa itirazının, bu alacak senede bağlanmamış bile olsa, "haksız" sayılacağı belirtilmiştir. Miktarı belirli ya da belirlenebilir olan ve bunun için mahkeme kararına gerek göstermeyen alacak, l i k i t bir alacaktır. Örneğin; bir "satım", "ödünç" sözleşmesine dayanan alacak istekleri, likit niteliktedir. Borçlu, yapmış olduğu bu sözleşmeler gereğince ne kadar borçlu olduğunu bilebilecek durumdadır. Buna karşın, "haksız fiil"e dayanan bir tazminat istemi karşısında, borçlu ne kadar borçlu olduğunu (karşı tarafa ne kadar zarar verdiğini) bilebilecek durumda değildir. Bu; tarafların anlaşmaması halinde, mahkemece belirlenecektir. Bu nedenle, borçlunun, haksız fiil nedeniyle tazminat alacağı konusunda gönderilen ödeme emrine itirazı "haksız" sayılmaz, mahkemece alacaklının "alacak" istemi haklı bulursa bile, borçlu itirazında haksız sayılmayacağı için, inkâr tazminatına hükmedilemez.

<sup>94</sup> Bknz: 15. HD. 30.5.1994 T. 2243/3391

<sup>95</sup> Bknz: 15. HD. 2.7.1993 T. 5185/3232; 18.12.1992 T. 1947/6092

<sup>96</sup> POSTACIOĞLU, İ. age. s:184 vd.; 538 sayılı Kanununun İcra ve İflas Kanununa Getirdiği Yenilikler, s:22; Ödeme Emrine İtirazın Sıhhat Şartları (İHFM. 1959/3-4, s:792) – Kuru, B. age. s:304; İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay 100. Yıl Armağanı, s:734) – Akyazan, S. İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, s:46 – Berkin, N. age. s:423 vd. - Eriş, G. agm. s:837 - Uyar, T. agm. s:3 - Yavuz, N. age. s:114 vd. - Muşul, T. age. s:344 vd. - Özkan, Y. age. s:243 - Deynekli, A./Kısa, S. age. s:179 - Kostakoğlu, C. age. s:455 - Kiraz, T.Ö. Genel Haciz Yolu İle Takipte Ödeme Emrine İtirazın Kesin Kaldırılması, s:87 vd.

Yine **doktrinde**<sup>97</sup> yukarıda belirtilen kıstasın her olayda yeterli olmayacağı belirtilerek, “borçlunun itirazının haksızlığı” konusunda, MK. mad. 2’deki d ü r ü s t l ü k k u r a l ı ’ndan yararlanılmasının daha doğru olacağı” ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, “dürüstlük kuralına aykırı itirazlar” haksız sayılmalıdır. Örneğin; (A)’nın (B)’yi hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde yaraladığı haksız fiil olayına dayanarak, (B)’nin (A) hakkında ilamsız icra yoluna başvurması üzerine, (A) ödeme emrine itirazında; “ileri sürülen haksız fiili kendisinin asla işlemediğini, böyle bir olayın meydana gelmediğini” belirtir ve (B) de mahkemeye başvurarak “itirazın iptali” davasını açıp, icra inkâr tazminatı isterse, mahkemenin haksız fiilin, (A) tarafından işlendiği kanısına varması halinde, icra inkâr tazminatına da hükmetmesi gerekir..Yine **doktrinde**<sup>98</sup>“dürüstlük kuralının (MK. mad. 2) itirazın haksız olup olmadığını saptamada ikincil (tali) olmak koşuluyla başvurulabilecek bir kıstas (ölçüt) olduğu” ifade edilmiştir.

**Yargıtay** ilk kararlarında, kanunun kesinlik taşıyan sözcüklerine bakarak “borçlunun sonuçta haksız çıkması halinde mutlaka inkâr tazminatına hükmedilmesi” görüşünü<sup>99</sup>savunurken sonraları “yargılamayı gerektiren (muhtacı muhakeme olan) işlerde, inkâr tazminatına hükmedilemeyeceğini”<sup>100</sup>, “icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için, icra takibine konu olan işin, yetkisi sınırlı olan icra hakiminin çözebileceği konulardan olmasına bağlı”<sup>101</sup> bulunması gerektiği görüşünü savunmuştur. Nihayet, bu aşamalar-

<sup>97</sup> Arpacı, A. Borcu Likit Olmayan Borçlunun, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkum Edilmesi Mümkün müdür? (Günümüzde Yargı. D. 1980/ Ağustos, s:23 vd.)

<sup>98</sup> Arslan, R. Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, s:134

<sup>99</sup> Bknz: TD. 27.5.1933 T.

<sup>100</sup> Bknz: HGK. 12.1.1955 T. 34/4 - 4. HD. 16.2.1945 T. 289/516

<sup>101</sup> Bknz: 9. HD. 24.9.1979 T. 10100/11404 “İcra inkâr tazminatı, icra mahkemesine itiraz hakkı olup da, bu yola başvurmadan mahkemeye başvurma halinde ödenir. İcra İflas Kanununun bu hükmünden, icra mahkemesinin inceleyebileceği, onun görevine giren bir uyumsuzluk olması gerektiği anlamı çıkar. Uyumsuzluk bu nitelikte bulunmadığına göre, icra inkâr tazminatına hükmedilmesi isabetsizdir.” - Bknz: 4. HD. 20.5.1965 T. 5149/2732 “İcra ve İflas Kanununun 67. maddesi hükmüncü ve icra kovuşturması sırasında borçlunun itirazı sonunda icranın durması ile alacaklının, genel hükümler uyarınca açtığı davada itiraz tazminatı isteyebilmesi için, kovuşturmanın devam edip etmeyeceğinin icra mahkemesinde çözümlenebilecek nitelikte bir belgeye dayanması gerekir. Yetkisi sınırlı olan mercide çözümlenmesi mümkün olmayan bir icra kovuşturma uyumsuzluğunun mahkemede incelenmesi sonunda verilen karar ile borçlu inkâr tazminatıyla yükümlü kılınmaz.”

dan sonra, **yüksek mahkeme**, doktrinde oybirliği ile savunulan ve “*alacağın likid olup olmaması*” ayırımına dayanan görüş doğrultusunda –aşağıda sunulan içtihatlarda görüldüğü gibi- “**alacağın kesin olması ya da aynı kanununun 68. maddesinde belirtildiği gibi yazılı bir belgeye dayanması şart değildir. Eğer takip konusu alacaklı belirli, sabit ya da borçlu tarafından bilinmesi veya tayin edilmesi mümkün ise o takdirde icra inkâr tazminatına hükmedilmek gerekir**” şeklinde içtihatla bulunmuştur...

**Yüksek mahkeme**, az önce belirttiğimiz ilke kararı doğrultusunda “*şu durumlarda -takip ve itiraz konusu alacağın ‘likit’ olduğunu kabul ederek- davacı-alacaklı yararına inkâr tazminatına hükmedilmesi gerektiğini*” kabul etmiştir:

- √ Tüketici kredi sözleşmesinden,<sup>102</sup>
- √ Mahkeme kararı ile tespit edilerek kesinleşen bakiye alacaklar<sup>103</sup>
- √ Faturadan kaynaklanan alacaklar<sup>104</sup>
- √ Semen (satış bedeli) alacakları<sup>105</sup>
- √ Kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar<sup>106</sup>
- √ Kambiyo senedinden kaynaklanan alacaklar<sup>107</sup>
- √ Abonman (abone) sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar<sup>108</sup>
- √ Kira alacakları<sup>109</sup>

<sup>102</sup> Bknz: 19. HD. 02.05.2012 T. 15056/7346

<sup>103</sup> Bknz: 9. HD. 14.4.2004 T. 2003- 19706/8480

<sup>104</sup> Bknz: 12. HD. 19. HD. 14.11.2012 T. 11559/16741; 15.10.2012 T. 9510/15052; 11.09.2012 T. 1414/12705; 10.09.2012 T. 8353/12635; 10.09.2012 T. 8148/12634; 02.07.2012 T. 4782/10972; 14.06.2012 T. 1691/10141; 05.06.2012 T. 4168/9473; 30.05.2012 T. 2842/9159; 20.03.2012 T. 13826/4537; 14.03.2012 T. 12517/4070; 10.06.2010 T. 9084/7233; 25.05.2010 T. 9139/6369; 06.04.2007 T. 10806/3417; 26.05.2006 T. 643/5636; 24.06.2005 T. 12180/7150; 31.01.2005 T. 7670/489

<sup>105</sup> Bknz:12. HD. 1.12.2003 T. 2002-10530/11988; 14.6.1999 T. 1925/4143; 7.10.1993 T. 86/6285

<sup>106</sup> Bknz: 19. HD. 08.10.2012 T. 11870/14590; 17.05.2012 T. 1715/8414; 16.10.2012 T. 9483/15186; 03.10.2012 T. 6481/14250; 08.07.2005 T. 6057/7824; 12. HD. 1.12.2003 T. 2002-10429/11993; 6.11.2003 T. 2002-8314/11111; 21.10.2003 T. 2002-7788/10282 vb.

<sup>107</sup> Bknz: 12. HD. 12.11.2003 T. 2002-8785/11343; 24.2.2003 T. 2001-9870/1372; 24.11.1997 T. 4563/9974 vb.

<sup>108</sup> Bknz: 19. HD.7.11.2003 T. 2002-9418/11136; 6.11.2003 T. 2002-8318/11112; 13.10.2003 T. 8228/9706 vb.

<sup>109</sup> Bknz: 19. HD. 16.10.2003 T. 2002-6308/9942; 13. HD. 29.4.2003 T. 571/5325;

√ Sözleşmeden kaynaklanan alacaklar<sup>110</sup>

√ Ek bilirkişi ücreti<sup>111</sup>

√ İşletme projesinden kaynaklanan ortak gider (aidat ve avans) alacağı<sup>112</sup>

√ Mirasçılara intikal eden murisin borçları<sup>113</sup>

√ Borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması yani borçlu tarafından alacağın gerçek miktarını belirlemek için tüm unsurların bilinmekte veya bilinebilir olması durumunda takip konusu yapılan alacaklar<sup>114</sup>

√ Kredi kartı ve üyelik sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar<sup>115</sup>

√ Kaçak doğalgaz kullanımından doğan alacaklar<sup>116</sup>

√ Hizmet sözleşmesinden (faturada) doğan alacaklar,<sup>117</sup>

√ Taşıma sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar,<sup>118</sup>

√ Kira sözleşmesinden alacaklar,<sup>119</sup>

√ Ticari mal satışından kaynaklanan alacaklar,<sup>120</sup>

√ Elektrik kullanım bedelinden doğan alacaklar,<sup>121</sup>

√ Kesinleşmiş ilamdan kaynaklanan bakiye alacak<sup>122</sup>

√ Yürütmenin durdurulması kararı ile tekrar görevine iade edilen memura çalışmadığı döneme ilişkin ödenmiş olan maaşlarının geri verilmesi isteminin kaynaklanan alacaklar<sup>123</sup>

---

26.9.2002 T. 7756/9672 vb.

<sup>110</sup> Bknz: 13. HD. 12.6.2003 T. 4253/7816

<sup>111</sup> Bknz: 13. HD. 5.5.2003 T. 2443/5461

<sup>112</sup> Bknz: 18. HD. 24.2.2003 T. 2002-12211/1242

<sup>113</sup> Bknz:19. HD. 6.2.2003 T. 2001-9315/1082

<sup>114</sup> Bknz: 13. HD. 24.9.2002 T. 6992/9412; 10.12.2001 T. 9366/11536

<sup>115</sup> Bknz: 19. HD. 06.03.2012 T. 9156/3503; 01.03.2012 T. 892/3208; 19.01.2012 T. 9688/538; 29.05.2007 T. 953/5537; 5.7.2002 T. 2001-7966/5347; 20.6.2000 T. 2759/4887; 30.1.1997 T. 1996-4178/630

<sup>116</sup> Bknz: 19. HD. 10.4.2000 T. 759/2735; 26.1.1993 T. 1992-4374/386

<sup>117</sup> Bknz: 19. HD. 19.09.2012 T. 6640/13192

<sup>118</sup> Bknz: 11. HD. 26.07.2011 T. 226/7752

<sup>119</sup> Bknz: 19. HD. 07.06.2010 T. 12793/6970

<sup>120</sup> Bknz: 19. HD. 26.05.2010 T. 8913/6423

<sup>121</sup> Bknz: 13.05.2010 T. 10473/6050; 14.03.2008 T. 7467/2467

<sup>122</sup> Bknz: 9. HD. 3.12.2001 T. 19817/18865

<sup>123</sup> Bknz: 13. HD. 11.10.2001 T. 7778/9046

- √ *Vekalet ilişkisinden doğan ücret ve masraf alacağı*<sup>124</sup>
- √ *Başlangıçta itiraz edilmeden maaştan kesinti yapılmasına izin verilen alacak*<sup>125</sup>
- √ *Prim alacağı*<sup>126</sup>
- √ *Kaçak elektrik kullanımından doğan alacaklar*<sup>127</sup>
- √ *İntifa (kurucu hisse) senedi sahibinin kar payı alacağı*<sup>128</sup>
- √ *Teminat mektubundan kaynaklanan tazmin talebi*<sup>129</sup>
- √ *Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiş olan ilk davada verilen ilamda saklı tutulan alacak*<sup>130</sup>
- √ *Taraflar arasında düzenlenen taahhütnamede ödeneceği taahhüt edilen vergi borçlarından kaynaklanan alacaklar*<sup>131</sup>
- √ *Şartnameden kaynaklanan fiyat farkı alacağı*<sup>132</sup>
- √ *Hesap edilebilir nitelikteki alacaklar*<sup>133</sup>
- √ *Genel kurul kararına dayanan aidat borcu*<sup>134</sup>
- √ *Banka hesap cüzdanında yer alan alacaklar*<sup>135</sup>
- √ *Teminat mektubu komisyon ve giderlerinden doğan alacakları*<sup>136</sup>
- √ *Taraflar arasında düzenlenmiş olan protokol ve ek protokolden kaynaklanan alacaklar*<sup>137</sup>

<sup>124</sup> Bknz: 13. HD. 19.4.2001 T. 3321/4172; 13. HD. 18.5.1998 T. 3969/4590

<sup>125</sup> Bknz: 4. HD. 20.12.1999 T. 9296/11304

<sup>126</sup> Bknz: HGK. 2.6.1999 T. 10-463/481

<sup>127</sup> Bknz: 19. HD. 13.4.1999 T. 1450/2430; 15.3.1999 T. 636/1670; 7.4.1997 T. 1996-6663/3671

<sup>128</sup> Bknz: 11. HD. 26.1.1999 T. 1998-4163/142

<sup>129</sup> Bknz: 19. HD. 2.10.1998 T. 3247/5718; 1.2.1995 T. 1994-3494/532; 28.11.1994 T. 1672/11575

<sup>130</sup> Bknz: 9. HD. 11.2.1998 T. 2969/1338

<sup>131</sup> Bknz: 19. HD. 3.6.1997 T. 1996-8626/5712

<sup>132</sup> Bknz: 19. HD. 1.4.1997 T. 1996-6559/3442

<sup>133</sup> Bknz: 19. HD. 18.12.1996 T. 3255/11386; 17.4.1995 T. 1994-7521/3523; HGK. 19.10.1994 T. 13-417/609

<sup>134</sup> Bknz: 11. HD. 17.10.1996 T. 6423/6438

<sup>135</sup> Bknz: 19. HD. 22.3.1995 T. 1994-6308/2620

<sup>136</sup> Bknz: 19. HD. 22.9.1994 T. 1993-8058/8261

<sup>137</sup> Bknz: HGK. 9.2.1994 T. 19-829/43

√İhracat taahhüdünün yerine getirilmemesi nedeniyle merkez bankasınca uygulanan müeyyideye ilişkin paralar<sup>138</sup>

√İpotekle temin edilen borç<sup>139</sup>

√Çekten kaynaklanan alacak,<sup>140</sup>

√Trafik kazasından doğan alacaklar,<sup>141</sup>

√Kaçak elektrik kullanımından doğan alacaklar,<sup>142</sup>

√Kaçak su kullanımından doğan alacaklar,<sup>143</sup>

√Acentelik sözleşmesinden doğan alacaklar<sup>144</sup>

√Bilirkişi tarafından iş davası sırasında düzenlenen raporda belirtilen fazlaya ait alacak<sup>145</sup>

√İş sahibinin kendi düzenlediği hak edişte belirtilen borç<sup>146</sup>

√Karz akdinden doğan borç<sup>147</sup>

√Senetli takipte yer alan borç<sup>148</sup>

√Avukatlık Ücret Tarifesinden kaynaklanan vekalet ücreti<sup>149</sup>

√Geçersiz taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmesi gereğince, alıcının ödediği para alacağı<sup>150151</sup>

√Kendi ticari defterlerinde, davacı-alacaklı lehine mevcut olan kayıttan doğan alacaklar<sup>152</sup>

√Borçlu tacir aleyhine, toplu sözleşmeden kaynaklanan cezai şarta ilişkin borçlar<sup>153</sup>

<sup>138</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1993 T. 1992-10129/8617

<sup>139</sup> Bknz: 19. HD. 2.12.1993 T. 2137-8247

<sup>140</sup> Bknz: 19. HD. 12.03.2012 T. 12439/3950

<sup>141</sup> Bknz: 17. HD. 16.02.2009 T. 4947/672

<sup>142</sup> Bknz: 19. HD. 22.01.2009 T. 4513/241

<sup>143</sup> Bknz: 19. HD. 20.02.2007 T. 7299/1535

<sup>144</sup> Bknz: 19. HD. 28.10.1993 T. 797/7093

<sup>145</sup> Bknz: HGK. 31.5.1989 T. 9-306/405

<sup>146</sup> Bknz: 15. HD. 12.2.1988 T. 388/4263

<sup>147</sup> Bknz: 11. HD. 9.11.1983 T. 4322/4917

<sup>148</sup> Bknz: 13. HD. 1.6.1982 T. 3570/4007

<sup>149</sup> Bknz: 13. HD. 11.3.1982 T. 1391/1618; 3.2.1982 T. 589/887

<sup>150</sup> Bknz: 13. HD. 11.9.1981 T. 4406/5599

<sup>151</sup> Karş: 13. HD. 31.3.1983 T. 261/311; HGK. 27.9.1978 T. 13-194/770; 3. HD. 13.7.1967 T. 1039/838109 vb.

<sup>152</sup> Bknz: 11.HD. 12.5.1981 T. 2109/2365

<sup>153</sup> Bknz: 13. HD. 23.4.1981 T. 2339/3077

√ İptal edilen emeklilik işleminden doğan borç<sup>154</sup>

√ İşçinin “ ücret” ve “ikramiye” alacağı<sup>155</sup>

√ Noterde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi uyarınca, alıcı tarafından satıcıya ödenmiş olan bedel<sup>156</sup>

√ Önceki davada istenmemiş olan faizden doğan alacak<sup>157</sup>

Buna karşın, **yüksek mahkeme**, “şu durumlarda -takip ve itiraz konusu alacağın ‘likit’ olmadığını kabul ederek- davacı-alacaklı lehine inkar tazminatı hükmedilmemesi gerektiğini” vurgulamıştır:

√ Haksız fiilden kaynaklanan alacaklar<sup>158</sup>

√ Sebepsiz iktisaptan kaynaklanan alacaklar<sup>159</sup>

√ İş akdinin feshi nedeniyle işçinin iş verenden talep edebileceği ücret alacağı,<sup>160</sup>

√ İş bedelinin sözleşme ile önceden kararlaştırılmadığı durumlarda piyasa rayicine göre talep edilebilecek iş bedelinden kaynaklanan alacak<sup>161</sup>

√ Sigortacı tarafından açılan halefiyete dayalı rücu davasında talep edilen alacak<sup>162</sup>

√ İş akdinin feshi nedeniyle, işçinin iş verenden talep edebileceği kıdem tazminatı alacağı<sup>163</sup>

√ Trafik kazasından yararlanan sigortalıya yapılan hastane masraflarının, kazaya neden olan sürücü ve aracın zorunlu sigortacısı durumundaki şirketten talep edilmesinden kaynaklanan alacaklar<sup>164</sup>

<sup>154</sup> Bknz: 13. HD. 23.3.1981 T. 1368/2053

<sup>155</sup> Bknz: 9. HD. 24.9.1978 T. 7633/8391

<sup>156</sup> Bknz: HGK. 13.10.1976 T. 13-108/2617; 22.3.1974 T. 701/683

<sup>157</sup> Bknz: TD. 24.3.1952 T. 512/1656

<sup>158</sup> Bknz: 19.HD. 09.05.2011 T. 5940/5355; 12.05.2009 T. 12560/6738; 20.02.2007 T. 7299/1535; 28.6.2004 T. 5958/7736; 11. HD. 28.6.2004 T. 7517/7152; 4. HD. 18.6.2003 T. 3479/7946; 20.3.2003 T. 12801/3244 vb.

<sup>159</sup> Bknz: 19.HD. 4.5.2004 T. 3134/5133

<sup>160</sup> Bknz: 9. HD. 23.6.2003 T. 930/11746; HGK. 15.5.2002 T. 9-429/398; HGK. 30.1.2002 T. 9-5/30 vb.

<sup>161</sup> Bknz: HGK. 27.11.2002 T. 15-921/1021; 15. HD. 10.4.1997 T. 1497/1967; 15. HD. 12.10.1995 T. 3227/5490 vb.

<sup>162</sup> Bknz: 11. HD. 4.3.2002 T. 2001-9490/1827

<sup>163</sup> Bknz: HGK. 12.6.2002 T. 9-516/506; 30.1.2002 T. 9-5/30; 21.11.2001 T. 9-1009/1066

<sup>164</sup> Bknz: HGK. 17.10.2001 T. 10-915/739



√ *Banka tarafından, karşılıkları henüz muhataplarına tazmin edilmemiş (ödenmemiş) teminat mektubundan kaynaklanan alacaklar*<sup>165</sup>

√ *Zayi edilen teminat mektubunun tazmini talebinden kaynaklanan alacaklar*<sup>166</sup>

√ *Kasko sigortasından kaynaklanan alacaklar*<sup>167</sup>

√ *Ek bilirkişi ücretinden kaynaklanan alacak*<sup>168</sup>

√ *Munzam zarar alacağı*<sup>169</sup>

√ *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokaot Kanununun 61. maddesinden kaynaklanan faiz alacağı*<sup>170</sup>

√ *İnşaatın başlangıç ve bitim süresi, başka bir deyişle gecikme süresi yargılama sonucu belirleniyorsa bundan kaynaklanan tazminat alacağı*<sup>171</sup>

√ *Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan tazminat isteminde kaynaklanan alacaklar*<sup>172</sup>

√ *Yapılan yargılama sonucunda ve alınan bilirkişi raporu ile saptanan alacaklar*<sup>173</sup>

√ *İtiraza uğrayan faturadan kaynaklanan alacak*<sup>174</sup>

√ *Eser sözleşmesinden doğan alacaklar*<sup>175</sup>

√ *Davacıya ait geminin limanda barınması nedeniyle oluşan alacak*<sup>176</sup>

√ *Cezai şart ile ilgili alacaklar*<sup>177</sup>

√ *İş sahibinin, müteahhit aleyhine açtığı "kira yoksulluğu" ile ilgili alacak*<sup>178</sup>

<sup>165</sup> Bknz: 19. HD. 2.7.2001 T. 1147/5122

<sup>166</sup> Bknz: 19. HD. 15.6.2001 T. 511/4641

<sup>167</sup> Bknz: HGK. 25.4.2001 T. 11-370/406

<sup>168</sup> Bknz: HGK. 20.12.2000 T. 13-1839/1849

<sup>169</sup> Bknz: 19. HD. 21.9.2000 T. 2837/5953; 13. HD. 4.11.1999 T. 858/7930

<sup>170</sup> Bknz: 9. HD. 5.3.1998 T. 419/3455

<sup>171</sup> Bknz: 15. HD. 23.9.1999 T. 4018/3921

<sup>172</sup> Bknz: 21. HD. 14.7.1997 T. 3819/4936

<sup>173</sup> Bknz: 15. HD. 12.6.1997 T. 2630/3041; 15.4.1997 T. 1756/2115; 4.3.1997 T. 751/1199 vb.

<sup>174</sup> Bknz: 15. HD. 17.3.1997 T. 1033/1448

<sup>175</sup> Bknz: 15. HD. 25.6.1993 T. 1992-6410/3052; 14.5.1993 T. 1992-5513/2367; 20.1.1992 T. 1991-3165/44 vb.

<sup>176</sup> Bknz: 15. HD. 15.2.1993 T. 1992-2785/600

<sup>177</sup> Bknz: 15. HD. 3.6.1991 T. 683/2949

<sup>178</sup> Bknz: 15. HD. 16.5.1991 T. 1907/2585

√ “Vade farkı” (gecikme faizi) ile ilgili alacağa borçlunun mahsup iddiasında bulunarak itiraz etmesi halinde, takip konusu alacağın “likit” sayılmayacağı ve inkar tazminatına hükmedilemeyeceği<sup>179</sup>

√ Sigortalının tazminat alacağı<sup>180</sup>

√ SSK. tarafından önceki rücu davasında fazlaya dair saklı tutulan hakların ve sonraki yasal değişikliklerle yapılan artışlar<sup>181</sup>

√ TBK.’nun 213. maddesine göre, miktarı yargılama sonunda mahkemece belirlenecek olan tazminat alacağı<sup>182</sup>

√ Davacı taşıtanın, davalıdan deniz ticareti teamüline göre “adres komisyonu” adı altında talep ettiği ücret alacağı<sup>183</sup>

Ayrıca belirtelim ki; “borçlunun itirazının haksızlığı”, itirazın yapıldığı andaki duruma göre belirlenir. Bu nedenle, mahkemenin, itiraz tarihinde borçlunun haksız olduğunu saptaması halinde, -itirazdan sonra doğan itiraz ve def’ilere dayanarak davayı davalı- borçlu lehine sonuçlandırırsa bile- davacı-alacaklı lehine icra inkar tazminatına hükmetmesi gerekir.<sup>184</sup> **Yüksek mahkeme**<sup>185</sup> ise, “itirazın haklılığı”nın, *ta-  
kip tarihi itibariyle* belirleneceğini belirtmiştir.

Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca vurgulayalım ki, davacı alacaklının açtığı itirazın iptali davasından *feragat* etmesi<sup>186187</sup> ya da davalı-borçlunun aleyhine açılan davayı *kabul* etmiş olması<sup>188189</sup>-diğer koşullarında gerçekleşmesi halinde- mahkemenin inkar tazminatına hükmetmesini engellemez. Buna karşın, taraflar uyuşmazlığın esası hakkında *sulh* olmuşlar fakat sulh sözleşmesinde icra inkar tazmina-

<sup>179</sup> Bknz: 15. HD. 25.4.1991 T. 1124/2067

<sup>180</sup> Bknz: 15. HD. 18.4.1988 T. 1987-7455/2437

<sup>181</sup> Bknz: 10. HD. 8.11.1984 T. 5168/5416

<sup>182</sup> Bknz: 11. HD. 29.11.1983 T. 5026/5322

<sup>183</sup> Bknz: 11. HD. 23.2.1982 T. 447/729

<sup>184</sup> Kuru, B. İtirazın İptali, s: 691 - Kuru, B. İcra İnkâr Tazminatı, s:738 vd. - UYAR, T. agm. s:4 - Sunar, G. age. s:66 - Özkan, Y. age. s:251 vd.

<sup>185</sup> Bknz: 19. HD. 9.6.2004 T. 11298/6953; 5.4.2001 T. 8790/2517; 30.10.1997 T. 4168/9062; HGK. 16.10.1996 T. 19-601/711; 11. HD. 20.4.1989 T. 10067/2386 - HGK. 21.3.2001 T. 19-266/273; 19. HD. 6.3.1998 T. 768/1595; 16.10.1997 T. 2866/8487

<sup>186</sup> Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:210 - Sunar, G. age. s:135 - Özkan, Y. age. s:234

<sup>187</sup> Bknz: 19. HD. 3.11.1999 T. 6613/6677

<sup>188</sup> Kuru, B. age. C:1, s:318 - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:211 vd. - Muşul, T. age. s:338 - Sunar, G. age. s:66 - Özkan, Y. age. s:235

<sup>189</sup> Bknz: HGK. 9.10.1996 T. 19-391/671

tından hiç söz etmemişlerse, tarafların karşılıklı olarak bu konudaki haklarından feragat etmiş olduklarını yeni bir konuda da sulh olduklarını kabul etmek bize de uygun gelmektedir.<sup>190191</sup>

Takip ve dava konusu *borcun ödenmesi*<sup>192</sup> ya da *borçlunun itirazını geri alması halinde* -itirazın iptali davası konusuz kalırsa da- mahkemenin yargılamayı sürdürüp icra inkar tazminatı hakkında bir karar vermesi gerekir.<sup>193194</sup>

“*Hukuki yarar bulunmaması nedeniyle davanın reddi*” halinde de, davalı aleyhine inkar tazminatına hükmedilmesi gerekir.<sup>195</sup>

**g) Alacaklı yararına inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun kötüniyetli olması şart değildir.**<sup>196</sup> “Borçlunun itirazının haksız sayılabilmesi” için, onun kötüniyetle ödeme emrine itiraz etmiş olup olmamasının önemi yoktur.<sup>197</sup> Borçlunun kötüniyeti ancak, tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayabilir.<sup>198</sup>

Eğer ödeme emrine itiraz eden borçlunun kendisi değil de, v e l i s i, v a s i s i, k a y y ı m ı veya m i r a s ç ı s ı ise, bu durumda borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için, bu kişilerin kötüniyetle ödeme emrine itiraz ettiklerinin ispat edilmesi gerekir (mad. 67/ III).<sup>199</sup> Yani alacaklının, “*ödeme emrine itiraz eden mirasçının (velinin, vasi-*

<sup>190</sup> Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:212 vd. - Özkan, Y. age. s:237

<sup>191</sup> Aynı doğrultuda: Bknz: 11. HD. 29.3.1998 T. 7381/11794

<sup>192</sup> Yüksek mahkeme, “borcun ödendiği tarih” ile “itirazın iptali davasının açıldığı tarih” in aynı güne rastlaması halinde, -davanın daha önce açıldığı ispatlanmamışsa- davacı alacaklı lehine icra inkar tazminatına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. (Bknz: 19. HD. 20.10.1998 T. 4422/6232)

<sup>193</sup> Kuru, B. age. C:1, s:318 - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:269 - Muşul, T. age. s: 346 - KOSTAKOĞLU, C. age. s:456 - SUNAR, G. age. s:132 - YILMAZ, H. agm. (ABD. 2003/3, s:32 vd.; Yarg. D. 2004/1-2, s:59) - Özkan, Y. age. s: 237 vd. (Yazar; “itirazın geri alınması” halinde -“borcun ödenmesinden farklı olarak itirazın iptali davasının konusuz kalmayacağını, davaya alacak (eda) davası olarak devam edileceğini, bu durumda icra tazminatlarına hükmedilemeyeceğini” - belirtmiştir...)

<sup>194</sup> Bknz: 19. HD. 13.09.2012 T. 6912/12914; 17.11.2003 T. 10369/11592; 21.6.2001 T. 1091/4861; 26.2.2001 T. 7170/1526 vb.

<sup>195</sup> Bknz: 19. HD. 13.09.2012 T. 6912/12914

<sup>196</sup> Bknz: 18. HD. 7.7.2003 T. 4236/5957; 13. HD. 1.5.2003 T. 1274/5441 vb.

<sup>197</sup> Kuru, B. İtirazın İptali, s:693 - Postacioğlu, İ. age. s:187 - Muşul, T. age. s:347 - Özkan, Y. age. s:252

<sup>198</sup> Berkin, N. age. s:425 - Eriş, G. agm. s:838 - Uyar, T. Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yarg. D. 1985/3, s:277) - Özkan, Y. age. s:253

<sup>199</sup> Bknz: 12. HD. 20.09.2007 T. 12784/16582; 27.5.2004 T. 9598/13438; 8.3.2004 T. 3838/5292; 13. HD. 18.6.2002 T. 5691/7340; 19. HD. 01.02.2012 T. 8363/1258;

nin ya da kayyımın) takip konusu borcun mirasbırakana (velâyet ya da vesayet altındaki kimseye) ait olduğunu bilerek itiraz ettiğini veya bunu bilebilecek durumda olduğunu yahut bunu bilmemesinin kendi kusurundan ileri geldiğini, duruma göre gereken incelemeyi ve araştırmayı yapsaydı, söz konusu borcu öğrenebilecek durumda olduğunu” kanıtlaması gerekir.<sup>200</sup>

**h) Borçlu yararına icra inkâr tazminatına -ki bu tazminata u y g u l a m a d a “kötüniyet tazminatı” “haksız takip tazminatı” denilmektedir- hükmedilebilmesi için;**

**aa-**Alacaklının “takibinde haksız ve kötüniyetli” olması gerekir.<sup>201</sup> Alacaklı, haksız olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği halde, takibe girişmişse, “kötüniyetli” sayılır<sup>202</sup> ve bu durumun kanıtlanması halinde, icra inkâr tazminatına mahkûm edilir.

**bb-** Alacaklının açtığı itirazın iptali davası kısmen ya da tamamen reddedilmiş olmalıdır.

**cc-** Davalı-borçlu tarafından -cevap dilekçesinde<sup>203</sup> lehine kötüniyet tazminatına hükmedilmesi talep edilmiş olmalıdır.

**VII- İnkâr tazminatının miktarı :** Mahkemece hükmedilecek inkâr tazminatı, “%20 dan aşağı” olamaz.<sup>204</sup> Borçlu, alacaklının zararı-

---

11.05.2010 T. 9063/5859; 21.9.2001 T. 5795/5799 vb.  
<sup>200</sup> Berkin, N. Yargıtay İİD.nin Son İçtihatları (İHFM. 1975/1-2, s:183) – Kuru, B. age. C:1, s:317  
<sup>201</sup> Bknz: 19. HD. 27.11.2012 T. 12470/17830; 21.11.2012 T. 12144/17414; 17.09.2012 T. 5820/12995; 05.07.2012 T. 3758/11271; 28.06.2012 T. 3657/10780; 13.02.2012 T. 6524/2019; 07.10.2010 T. 1065/10983; 16.09.2010 T. 923/9880; HGK. 27.04.2005 T. 19-286/268; HGK. 11.02.2004 T. 6-67/64; 19. HD. 23.12.2003 T. 10523/13196 vb.  
<sup>202</sup> Postacioğlu, İ. age. s:189 – Sunar, G. age. s:69 – Deyneki, A. / Kısa, S. age. s:88  
<sup>203</sup> Bu konuda ayrıca bknz: Yuk. dipn. 72 civarı  
<sup>204</sup> İnkâr tazminatı oranı, 3494 sayılı (Bknz: 25.11.1988 tarihli RG) Yasa ile bu duruma gelmiştir. Daha önce bu oran “%15” idi. Değişiklikten önce bu hüküm doktrinde “haksız itirazlarla takipleri durduran bu yüzden alacaklılara zaman kaybettiren ve aradan geçen süre içinde paranın satın alma gücünün azalması nedeniyle kazançlı çıkan borçlular için caydırıcı olabilmesi için, icra inkâr tazminatı oranının -yapılacak yasa değişikliği ile- % 5’in daha üstünde -örneğin; %40 oranında- yeniden saptanması ve ayrıca bu tazminatın bir kez ödenen tazminat olarak değil, gecikme faizi biçiminde, yıllık olarak -borç tamamen ödeninceye kadar- hesaplanmasının isabetli olacağı” önerilmiştir (UMAR, B. İcra-İflas Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumuna Sunulan “İcra Kovuşturmalarında Uygulanan Temel Sorunlar” İsimli Bildiri, s:16 vd.; 37 vd.; 139 – Bu öneriyi Postacioğlu, İ. ve Alangoya, Y. tarafından verilen cevaplar için bknz: ags. s:42 vd.). Bu eleştirilerin ışığı altında, yasadaki “%5” oranı “%40” şeklinde değiştirilmiştir...

nın %20'dan daha az olduğunu kanıtlamak suretiyle bundan aşağı bir tazminata hükmedilmesini isteyemez.<sup>205206</sup>

**Yargıtay**<sup>207</sup>, dava dilekçesinde davacının %20'dan daha az -örneğin, % 10- icra inkâr tazminatına hükmedilmesini istemesi halinde, "istekten fazlaya hükmedilemeyeceği (HMK. mad. 26)" gerekçesiyle, istemle bağlı kalınmasını istemektedir.

Alacaklı, borçlunun itirazı ile uğradığı zararın %20'den fazla olduğunu ileri sürer ve bunu kanıtlarsa, % 20'den daha yüksek inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir.<sup>208209</sup>Hatta, kötüniyetle itiraz halinde, alacağın miktarı azaldıkça inkâr tazminatının yükseltilmesi, bu kurumun amacına uygun olur.<sup>210</sup> Oran gösterilmeden inkar tazminatına hükmedilemez.<sup>211</sup>

Hükmedilen inkâr tazminatına ayrıca faiz yürütülemez<sup>212</sup> İnkâr tazminatına sadece "itirazın iptali davası" sonucunda hükmedilebilir.

Ayrıca belirtelim ki; "itirazın iptali davası; 05.07.2012 tarihinden önce başlanmış olan bir icra takibine yönelik itiraz üzerine açılmışsa" mahkemece bu dava sonunda -önceki Kanundaki yürürlükte olan- **%40 tazminata** hükmedilir (6352 s. K. Mad. 10).<sup>213</sup>

*Yabancı para alacağına* dayalı takiplerde, borca itiraz üzerine açılacak itirazın iptali davası sonucunda, %20 tazminata 'yabancı para' üzerinden değil, 'takip konusu yabancı paranın takip tarihindeki döviz satış kuruna göre Türk parası karşılığı' üzerinden hükmedilir.<sup>214</sup>

<sup>205</sup> Postacıoğlu, İ. age. s:187 - Kuru, B. agm. s:692 - Kuru, B. age. s:317 - Berkin, N. age. s:424 - Uyar, T. İcra İnkâr Tazminatı (Bursa Bar. D. 1986/2, s:4) - Muşul, T. age. s:338 vd. - Öztan, Y. age. s:212 vd.

<sup>206</sup> Aksi görüş: Belgesay, M. R. İcra ve İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi, s:47

<sup>207</sup> Bknz: 19. HD. 7.12.1993 T. 10682/8389; 13. HD. 7.10.1974 T. 2649/2316

<sup>208</sup> Kuru, B. age. s:318 - Kuru, B. agm. s:693 - Uyar, T. agm. s:4 - Muşul, T. age. s:339 - Kostakoğlu, C. age. s:456 - Özkan, Y. age. s:214

<sup>209</sup> Bknz: 19. HD. 29.4.1999 T. 2027/2893; 15. HD. 5.4.1999 T. 4611/1247

<sup>210</sup> Berkin, N. age. s:425

<sup>211</sup> Bknz: 13. HD. 4.11.1999 T. 858/7930

<sup>212</sup> Bknz: 17. HD. 07.04.2005 T. 1414/2335; 15. HD. 13.12.1988 T. 3045/4318

<sup>213</sup> Bknz: 6. HD. 03.04.2013 T. 3234/5948; 05.03.2013 T. 4374/5267; 15. HD. 22.01.2013 T. 7988/242; 18. HD. 26.02.2013 T. 899/2540; 14.01.2013 T. 14796/71; 19. HD. 07.02.2013 T. 16613/2336; 20.02.2013 T. 18116/3252; 23. HD. 23.01.2013 T. 6149/307; 25.02.2013 T. 6914/1070

<sup>214</sup> Bknz: 9. HD. 6.11.2003 T. 6350/18822; 19. HD. 04.07.2005 T. 11813/7507; 20.6.2003 T. 3700/6676; 24.2.2003 T. 4496/1370

“Fon”un taraf olduğu itirazın iptali davası sonucunda *fon aleyhine* inkar tazminatına hükmedilemez.<sup>215</sup>

İnkar tazminatının “haksız çıkılan miktar”<sup>216</sup> (itirazın iptaline karar verilen miktar) (asıl alacak ve işlemiş faiz toplamı) üzerinden mi, “asıl alacak miktarı” üzerinden mi hükmedileceği k o n u s u n d a Yargıtay’ın çeşitli daireleri arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**<sup>217</sup> ve **23. Hukuk Dairesi**<sup>218</sup> “*inkar tazminatına asıl alacak ve işlemiş faiz toplamı üzerinden hükmedileceğini -kanımızca* da isabetli olarak belirtirken, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**<sup>219</sup> ile **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**,<sup>220</sup> **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi**<sup>221</sup>, **Yargıtay 18. Hukuk Dairesi**<sup>222</sup> ve **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**<sup>223</sup> “*inkar tazminatına asıl alacak üzerinden hükmedilmesi gerekeceğini*” belirtmiştir.

Alacaklı tarafından birden fazla borçlu hakkında takip yapılmış ve borçlular takip konusu borca itiraz etmişlerse, açılan itirazın iptali davası sonucunda davalı borçlular aleyhine ayrı ayrı icra inkar tazminatına hükmedilemez.<sup>224</sup>

“*İcra inkar tazminatı (kötü niyet tazminatı)*”nın tespitinde ‘takip talebi veya davadaki talebin esas alınacağı’ -maddeye 6352 sayılı Kanunla eklenen son fıkrada açıklığa kavuşturulmuştur.

İtirazın iptali davasında t a z m i n a t a h ü k m e d i l i r k e n, haklılık durumu “*takip tarihi*” itibariyle araştırılır. Yani, alacaklının takibe geçmede “*takip tarihi*” itibariyle haklı olup olmadığı araştırılır.<sup>225</sup>

**VIII-İtirazın iptali davasının “bir yıllık” h a k d ü ş ü r ü c ü s ü r e** içinde açılması gerektiğini belirtmiştik. Eğer alacaklı “bir yıllık

<sup>215</sup> Bknz: 19. HD. 22.03.2007 T. 9995/2823

<sup>216</sup> Bknz: 19. HD. 31.05.2010 T. 3379/6658

<sup>217</sup> Bknz: 19. HD. 29.4.2004 T. 8962/4877; 19.11.2003 T. 6968/11691; 28.1.2003 T. 9834/672; 24.9.2002 T. 552/5997

<sup>218</sup> Bknz: 23. HD. 08.03.2012 T. 2126/1812; 31.10.2011 T. 1954/1416

<sup>219</sup> Bknz: HGK. 21.3.2001 T. 19-266/273

<sup>220</sup> Bknz: 13. HD. 4.2.2003 T. 12256/1070; 23.9.2002 T. 6849/9351; 5.2.2002 T. 11421/111

<sup>221</sup> Bknz: 11. HD. 8.2.1999 T. 8941/551; 1.2.1999 T. 8705/381 - Karş: 11. HD. 15.12.2003 T. 4940/11809

<sup>222</sup> Bknz: 18. HD. 04.02.2008 T. 407/857

<sup>223</sup> Bknz: 15. HD. 17.4.1995 T. 1385/2292

<sup>224</sup> Bknz: 11. HD. 12.2.2001 T. 194/1151; 19. HD. 19.2.1998 T. 37/1111; 17.3.1995 T. 576/2484 Karş: 19.HD. 1.3.2004 T. 1389/1891

<sup>225</sup> Değnekli, A./Kısa, S. Age., S:218 Vd.

hak düşürücü süreyi" geçirdikten sonra "itirazın iptali" dileğiyle dava açarsa, bu dava ne şekilde sonuçlanacaktır? Bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılmış olduğu için bu dava red edilecek yoksa, bir "eda (tahsil)" davası olarak (mad. 67/son) kabul edilip, karara mı bağlanacaktır? **Bir görüşe göre**<sup>226</sup>, itirazın iptali davası süresi geçtikten sonra açılırsa, red edilmelidir. Buna karşın, tarafların çıkarlarına ve usul ekonomisine daha uygun olan **diğer bir görüşe göre**<sup>227</sup> ise, bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan "itirazın iptali davası"na, bu dava -İİK. mad. 67/son'da öngörülen- "eda (tahsil) davası" olarak kabul edilip, karara bağlanmalıdır. **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**<sup>228</sup> ve **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önceki kararlarında**<sup>229</sup> ikinci görüşü benimsememişken, **Yargıtay HGK**<sup>230</sup> ile **Yargıtay 11. HD. yeni kararlarında**<sup>231</sup> birinci görüş doğrultusunda içtihatla bulunmuştur...

**IX-İtirazın iptali davası, görev, yetki, harç ve yargılama usulü bakımından genel hükümlere bağlıdır.**

a)İtirazın iptali davasında, mahkemenin görevini saptarken, yürürlükten kalkmış olan **HUMK. döneminde** sadece alacaklı tarafından istenen "alacak miktarı" esas alınır. Ayrıca, dava dilekçesinde istenen "inkar tazminatı" ve "faiz" miktarı gözönünde bulundurulmazdı (HUMK. mad. 1/II).<sup>232</sup>

Davanın, *asliye* ya da *sulh hukuk mahkemesinde* görüleceği buna göre belirlenirdi.<sup>233</sup> Bu açıklamalar yürürlükten kalkmış olan **1086 sayılı HUMK' nun** mad.1 ve devamı maddelerinde geçerlidir... 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan **6100 sayılı yeni HMK' nun 2. maddesinde** "dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı

<sup>226</sup> Çağa, T. agm. (1976, s:22) - Yüksel, K. İtirazın İptali ve Alacağın tahsili Davalarının Açılış Şekli, Süresi ve Doğurduğu Sonuçları Bakımından Uygulamada Çıkan Boşluk Hakkında Bir İnceleme (Ad. D. 1988/3, s:21, 23)

<sup>227</sup> Postacıoğlu, İ. agm. (1978, s:967) - age. s:182 - Kuru, B. age. s:291 - Berkin, N. age. s:421 - Sunar, G. age. s:42 vd. - Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:107 - Muşul, T. age. s:323 - Özkan, Y. age. s:95 vd.

<sup>228</sup> Bknz: 19. HD. 13.6.1997 T. 10116/6148; 5.6.1997 T. 3851/5869; 19.2.1997 T. 4480/1506; 6.5.1996 T. 3250/4335

<sup>229</sup> Bknz: 11. HD. 15.10.1981 T. 3758/4229

<sup>230</sup> Bknz: HGK. 26.11.1997 T. 19-728/998; 1.7.1998 T. 19-544/554

<sup>231</sup> Bknz: 11. HD. 15.3.1988 T. 7571/1612; 11.5.1985 T. 3035/3414

<sup>232</sup> Bknz: 3. HD. 10.11.2003 T. 13467/13359; 19. HD. 22.10.2002 T. 8370/6850; HGK. 7.2.2001 T. 19-4/28

<sup>233</sup> Bknz: 15. HD. 5.10.1987 T. 919/3406 - 13. HD. 18.2.1985 T. 553/1022



haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.” (HMK 2/1) denilmiş olduğundan, bundan böyle itirazın iptali davalarına alacak miktarına bakılmaksızın *asliye hukuk mahkemelerinde* bakılacaktır..

X- “İtirazın iptali davası”nın kısım idava şeklinde açılması (HMK. mad. 109/II) mümkün değildir. Çünkü, alacaklı tarafından takip konusu yapılan ve borçlunun itiraz ettiği “*alacak miktarı*” belirlendiğundan, alacaklı “*itiraz edilen alacağın bir kısmı için*” itirazın iptali davası açamaz. Açılan davanın “*hukuki yarar*” (HMK.mad. 114) yokluğu nedeniyle usulden reddi gerekir.<sup>234</sup>

Ayrıca **yüksek mahkeme**<sup>235</sup>“*diş hekimi ile hastası arasında tedavi ücreti alacağından kaynaklanan itirazın iptali davasının, alacak miktarına bakılmaksızın -1219 sayılı Kanununun 71. maddesi uyarınca- sulh hukuk mahkemesinde görüleceğini*” belirtmiştir...

İtirazın iptali davası, *icra mahkemesinde*<sup>236</sup> değil, *genel mahkemede* açılır.<sup>237</sup>

Alacak, ticari işe ilişkinse, dava *ticaret mahkemesinde* görülür. Hemen belirtelim ki; yeni TTK’nun 5. maddesi ile “*asliye hukuk mahkemesi*” ile “*ticaret mahkemesi*” arasındaki ilişki görevli ilişki haline gelmiş olduğundan, mahkeme “*davanın görevine girip girmediğini*” kendiliğinden araştıracaktır...

Takip konusu alacak, iş mahkemesinin görevine girmekte ise, itirazın iptali davası *iş mahkemesinde* açılır.<sup>238</sup>

Takip konusu alacak tüketici mahkemelerinin görev alanına giren bir ilişkiden doğmuşsa, itirazın iptali davasına *tüketici mahkemesinde* bakılır. **Yüksek mahkeme;**

-“*Görev ve yetki uyuşmazlığının birlikte bulunması halinde, öncelikle gö-*

<sup>234</sup> Değnekli, A./Kısa, S. age., s:250

<sup>235</sup> Bknz: HGK. 15.4.1998 T. 3-274/275

<sup>236</sup> Bknz: 11. HD. 1.12.2003 T. 4149/11292

<sup>237</sup> Bknz: 15. HD. 23.9.1993 T. 4732/3604; 19. HD. 2.12.1993 T. 4707/945

<sup>238</sup> Bknz: HGK. 31.5.1989 T. 9-306/405 - 9. HD. 16.2.1987 T. 1370/1743 - 13. HD. 8.4.2004 T. 16609/4966

*rev uyuşmazlığının çözümlenmesi gerekeceğini*<sup>239</sup>

-“Türk Telekom ile abonesi arasındaki uyuşmazlıklarda, tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu”<sup>240</sup>

-“Tüketici kredisinden (ve banka kredi kartı kullanımından) kaynaklanan itirazın iptali davalarına tüketici mahkemelerinde bakılacağını”<sup>241</sup>

-“İGDAŞ ile abone arasındaki ilişkinin mal ve hizmet tüketimiyle ilgili olması nedeniyle, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde çözümleneceğini”<sup>242</sup>

-“Uyuşmazlığın işçi, işveren ilişkisi nedeniyle düzenlenen bonodan kaynaklanmakta olması halinde, bu niteliği itibariyle iş hukukunu ilgilendirdiğinden davanın iş mahkemesinin görevine girdiğini”<sup>243</sup>

-“Taraflar arasındaki uyuşmazlığın, Genel Kredi Sözleşmesine dayalı olarak alacaklı davacı banka tarafından girilen takibe karşı yapılan itirazın iptaline ilişkin olması halinde, uyuşmazlığın çözüm yerinin genel mahkemeler olduğunu”<sup>244</sup>

-“Tüketici kredisinden doğan uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemesi'nin görevli olacağını”<sup>245</sup>

-“Kredi borçlusu olan davalı şirketin tüketici sayılmayacağı gibi, dava konusu genel kredi sözleşmesi de aynı yasanın 10. maddesinde düzenlenen ‘tüketici kredisi’ niteliğinde kabul edilemeyeceğini, bu durumda mahkemece uyuşmazlığın genel kredi sözleşmesi hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerekirken, somut olayda uygulama yeri bulunmayan 4077 sayılı Yasanın 4822 sayılı Yasayla değişik 10/5. maddesi hükmü esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olmasının bozmayı gerektireceğini”<sup>246</sup>

<sup>239</sup> Bknz: 13. HD. 05.01.2005 T. 12846/160

<sup>240</sup> Bknz: 3. HD. 19.4.2004 T. 4076/395

<sup>241</sup> Bknz: 19. HD. 23.9.2004 T. 9565/9112; 13.4.2004 T. 3783/4364; HGK. 3.3.2004 T. 19-134/134; 19. HD. 22.1.2004 T. 2235/396 vb.

<sup>242</sup> Bknz: 3. HD. 1.4.2004 T. 2429/3012

<sup>243</sup> Bknz: 19. HD. 10.10.2012 T. 11305/14739

<sup>244</sup> Bknz: 19. HD. 12.09.2012 T. 8165/12750; 11.03.2010 T. 12789/2568; 07.10.2008 T. 6477/9056

<sup>245</sup> Bknz: 19. HD. 12.03.2012 T. 1672/3895; 23.02.2012 T. 11984/2765; 25.01.2012 T. 7705/829; 17.06.2010 T. 9800/10960; 31.05.2010 T. 10079/6645; 13. HD. 31.03.2010 T. 10693/4243; 19. HD. 24.05.2010 T. 10258/6277

<sup>246</sup> Bknz: 19. HD. 04.05.2010 T. 10583/5482

-“İtirazın iptali davalarına bakma görevinin adli yargıda olduğunu”<sup>247</sup>

-“Banka kredi kartlarına ilişkin uyuşmazlıkların, genel mahkemelerde görülmesi gerekeceğini”<sup>248</sup>

-“Dava konusu uyuşmazlığın ihtiyaç kredisinden kaynaklanmakta olması ve davalının da tüketici bulunması halinde, davaya tüketici mahkemelerinde bakılması gerekeceğini”<sup>249</sup>

-“Kart çıkaran kuruluşların kart hamiline karşı açacakları davada, genel mahkemelerin görevli olacağını”<sup>250</sup>

**belirtmiştir.**

Alacaklı ile borçlu arasında bir tahkim sözleşmesi bulunması (HMK. mad. 407 vd.) halinde, alacaklı hakeme gitmeden ilamsız takip yapmışsa, borçlunun ödeme emrine itiraz edip takibi durdurması üzerine hakemde itirazın iptali davası açabilir mi? Bu konu **doktrinde** ve **Yargıtay içtihatlarında** tartışmalıdır. **Doktrinde** bir görüşe göre<sup>251</sup>“alacaklının tahkim sözleşmesine rağmen ilamsız icra takibi yapabileceği, ancak itiraz üzerine hakemde itirazın iptali davası açılması gerekeceğini, mahkemede itirazın iptali davası açılması halinde davalı borçlunun cevap süresi içinde tahkim itirazında bulunabileceği”, “itirazın iptali davasının hukuki niteliği ister tesbit davası, isterse eda davası olarak kabul edilsin, hakemde görülebileceği”<sup>252</sup>, **diğer bir görüşe göre** ise “takip hukukuna özgü bir dava olup etkisini dayandığı takip üzerinde gösteren, cebri icranın bir parçası olan ve verilecek kararlar icra takibinin devamını sağlayan taraflarının yüzde %20 tazminata mahkum edilebildiği itirazın iptali davasının hakemde görülmesinin mümkün olmadığı”<sup>253</sup> ifade edilmiştir. **Yüksek mahkeme** ise bir olayda “hakemde itirazın iptali davası açılmayacağını”<sup>254</sup> diğer bir olayda ise “hakemde itirazın iptali davası açılabilceğini”<sup>255</sup>belirtmiştir...

<sup>247</sup> Bknz: HGK. 14.04.2010 T. 7-184/214

<sup>248</sup> Bknz: 19. HD. 08.02.2010 T. 4533/1121; 15.09.2008 T. 1777/8325; 19.02.2008 T. 12256/1420

<sup>249</sup> Bknz: 19. HD. 14.02.2008 T. 11349/1218

<sup>250</sup> Bknz: 19. HD. 09.03.2007 T. 1021/2272

<sup>251</sup> Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:290 – Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:6, s:5982 vd. - Kuru, B. El Kitabı, s:253

<sup>252</sup> Yeşilırmak, A. Tahkim Anlaşmasına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi? (Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, 2011, C:2, s:1536)

<sup>253</sup> Değnekli, A./Kısa, S. age., s:274

<sup>254</sup> Bknz: 19. HD. 14.12.2000 T. 5610/8669

<sup>255</sup> Bknz: 13. HD. 16.05.2011 T. 826/2941; 15.HD. 03.04.2008 T. 262/2138

3533 sayılı Kanuna göre “zorunlu( mecburi) tahkim” söz konusu olan durumlarda, itirazın iptali davasına h a k e m s ı f a t ı’yla -genel mahkemece- bakılır. **Yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak “*Türk Telekom ile Tedaş,*<sup>256</sup> *Ego Genel Müdürlüğü ile ...Belediye Başkanlığı,*<sup>257</sup> *Türk Telekom ile Köy Hizmetleri İl Müdürlüğü*<sup>258</sup> arasındaki uyumsuzluğun -3533 sayılı Kanunda öngörülen- mecburi (zorunlu) tahkim prosedürü çerçevesinde çözümlenemeyeceğini” buna karşın “*Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü ile ...Belediye Başkanlığı*<sup>259</sup> ve ...DSİ. Genel Müdürlüğü ile ...Belediye Başkanlığı<sup>260</sup> arasındaki uyumsuzluğun -3533 sayılı Kanunda öngörülen- mecburi (zorunlu) tahkim prosedürü çerçevesinde çözümleneceğini” belirtmiştir...

Takip konusu alacak *kamu alacağı* niteliğinde olduğu için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna göre takip edilmesi gerekmesine rağmen, İİK.na göre icra dairesinde takibe konulmuşsa, borçlunun ödeme emrine itirazı üzerine genel mahkemede “itirazın iptali davası” açılmışsa, mahkemece *görevsizlik kararı* verilmesi gerekir.<sup>261</sup>

Keza ortada *idari yargı yerinde* çözümlenmesi gereken bir uyumsuzluk varsa -örneğin; belediyede memur olarak çalışan davacı ile davalı belediye arasında ödenmeyen maaşlar konusunda bir uyumsuzluk çıkmışsa- yapılan icra takibine itiraz üzerine genel mahkemede açılan “itirazın iptali davası”nda *görevsizlik kararı* verilmesi gerekir.<sup>262</sup>

**Doktrinde**<sup>263</sup>, “haksız fiilden doğan bir alacak için yapılan ilamsız icra takibinde, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi halinde, alacaklının kamu davasına müdahale ederek tazminat talep etmek suretiyle (CMK. mad. 237) de itirazın iptali davası açabileceği, mahkemenin borçluyu tazminata mahkum etmesi ile borçlunun itirazının iptal edilmiş olacağı ve alacaklının bu kararla ilamsız icra takibine devam edebileceği ancak alacak likit olmadığı için borçlunun inkar tazminatına mahkum edilemeyeceği” belirtilmiştir.

<sup>256</sup> Bknz: 19. HD. 18.12.2003 T. 88/12906

<sup>257</sup> Bknz: 19. HD. 16.10.2002 T. 8317/6672

<sup>258</sup> Bknz: HGK. 26.6.2002 T. 19-559/251

<sup>259</sup> Bknz: 19. HD. 5.7.2000 T. 5010/5398

<sup>260</sup> Bknz: 19. HD. 15.1.1996 T. 3875/60

<sup>261</sup> Bknz: 3. HD. 4.12.1989 T. 2186/9199

<sup>262</sup> Bknz: 4. HD. 15.1.2002 T. 9379/358

<sup>263</sup> Bknz: Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:290

**b) İtirazın iptali davası, bir görüşe göre**<sup>264</sup>; genel hükümler (HMK. mad. 6/(1)) gereğince, mahkemenin y e t k i l i bulunduğu yerlerde açılır. Bu dava; “davalı gerçek/tüzel kişinin davanın açıldığı yerdeki yerleşim yeri mahkemesinde” (HMK. mad. 6/(1)), “davalı birden fazla ise davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde” (HMK. 7/(1)), “sözleşmeden kaynaklanan alacaklarda, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde” (HMK. mad. 10), “haksız fiilden doğan davalarda; haksız fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde” (HMK. mad. 16), “kesin yetkili mahkemede” , “yetki sözleşmesinde öngörülen yerde” (HMK. mad. 17) açılır.

**Doktrinde** ileri sürülen **diğer bir görüşe göre**<sup>265</sup> ise; itirazın iptali davası yetki bakımından genel hükümlere tabi olamaz. Dava ile icra takibi arasındaki sıkı ilişki, bu davanın icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemede açılmasını zorunlu kılar.

Genel haciz yoluyla ilamsız takipte “örnek:7” ödeme emri”ni alan borçlunun süresi içinde *icra dairesinin yetkisine* itiraz edip etmemesi ve açılan itirazın iptali davasında (ilk itiraz olarak) *mahkemenin yetkisine* itiraz edip etmemesi u y g u l a m a d a farklı sonuçlar doğurmaktadır.

“Ödeme emri”ni almış olan borçlu;

**a) Sadece icra dairesinin yetkisine itiraz etmişse** alacaklı bu durumda mahkemede “*itirazın iptali davası*” açamayıp -icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleme görevi ivra mahkemesine ait olduğundan (İİK. mad. 50/II)- “*itirazın kaldırılması*”nı *icra mahkemesinden* istemesi gerekir.<sup>266,267</sup>

**b) Hem icra dairesinin yetkisine ve hem de takip konusu borca veya imzaya itiraz etmişse;** alacaklı bu durumda her iki itirazı da hükümsüz hale getirmek (daha doğrusu itirazı hükümden düşürmek) için, giderse (ve elinde İİK.’nun 68. maddesinde öngörülen belgelerde birisi varsa) “*icra mahkemesi*”nden “*itirazın kaldırılması*”nı ister, dilerse “mahkeme”den “*itirazın iptali*”ni ister.<sup>268</sup>

<sup>264</sup> Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:286 vd. - Kuru, B. İcra ve İflas Hukuk El Kitabı, 2. Baskı, s:251 - Değnekli, A./Kısa, S. age., s:100 vd.

<sup>265</sup> Üstündağ, S. a.g.e. s:106 vd. - Üstündağ, S. İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (İBD. 1986/10-11-12, s:615 vd.)

<sup>266</sup> Kuru, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:182 - Değnekli, A./Kısa, S. age., s:97

<sup>267</sup> Bknz: 19. HD. 29.03.2012 T. 13640/5218; 21.02.2011 T. 8115/2209; 26.03.2001 T. 8291/2171

<sup>268</sup> Kuru, B. a.g.e. s:183; 282 - Postacıoğlu, İ. a.g.e. s:183 - Üstündağ, S. a.g.e. s:81 -

Fakat bu durumda alacaklı *sadece yetki itirazının iptali için* mahkemede “itirazın iptali davası” açamaz.<sup>269270</sup>

Borçlunun, icra dairesinde hakkında yapılmış olan icra takibine hem e s a s yönden (yani “borç”a veya “imza”ya) itiraz etmiş ve hem de y e t k i itirazında bulunmuşsa, alacaklı mahkemeye “itirazın iptali davası” açabilir. Böyle bir durumda, mahkemenin, borçlunun icra dairesine yaptığı “yetki itirazı”nı inceleyip incelemeyeceği **doktrinde** tartışma konusu olmuştur. **Bir görüşe göre**<sup>271</sup> itirazın iptali davasına bakan mahkeme yalnız kendi yetkisini inceleyebilir, borçlunun icra dairesine yaptığı yetki itirazını inceleyemez. **Eğer** “itirazın iptali davası” icra takibinin yapıldığı yerde açılmış ve davalı (borçlu) burasının yetkisiz olduğu kanısında ise, bu hususu “ilk itiraz” (HMK. mad. 19, 116/1a) olarak iki haftalık cevap süresi içinde ileri sürmelidir. Bunun üzerine, mahkeme bu itirazı inceler, **ya** “yetki itirazının reddine” karar verir, bu durumda, mahkemenin aynı zamanda “icra dairesine yapılan yetki itirazının da reddine” karar vermesine gerek yoktur, (çünkü mahkemenin buna yetkisi yoktur) böylece icra dairesindeki “yetki itirazı” da kendiliğinden reddedilmiş olur **ya da** mahkeme, yetki itirazını yerinde bulur ve “yetkisizlik kararı” vermekle yetinir (HMK. mad. 20), yoksa “icra dairesinin de yetkisiz olduğu” gerekçesiyle, “itirazın iptali davasının reddine” karar veremez, böyle bir karar usul ekonomisine aykırı düşer. **Eğer** “itirazın iptali davası” icra takibinin yapıldığı yerden başka bir yerde açılmışsa, davalının (borçlunun) ‘ilk itiraz’ olarak mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmesi halinde, mahkeme az önce belirtilen şekilde ya “yetki itirazının reddine” veya “yetkisizlik” kararı vermekle yetinir, ayrıca, borçlunun icra dairesinin yetkisine yönelik itirazını inceleyemez...

**Diğer bir görüşe göre**<sup>272</sup>, itirazın iptali davası sadece ve sadece icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemede açılabilirliğinden, itirazın iptali davasını görecekt mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı da incelemesi gerekir. Çünkü, bu incelemenin sonucuna göre, kendisinin de yetkili olup olmadığı anlaşılacaktır.

Değnekli, A./Kısa, S. age., s:108

<sup>269</sup> Kuru, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:183 - Değnekli, A./Kısa, S. age., s:97

<sup>270</sup> Bknz: 11. HD. 24.01.1997 T. 8812/212

<sup>271</sup> Kuru, B. a.g.e. s:183; 186 vd. - Kuru, B. İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (İBD. 1986/7-8-9, s:427) - Postacioğlu, İ. a.g.e. s:112

<sup>272</sup> Üstündağ, S. A.G.E. S:81 Vd. - Üstündağ, S. Agm. S:618 Vd. - Aynı Görüşte: Değnekli, A./Kısa, S. S:108



**Yüksek mahkemenin** çeşitli Daireleri bu farklı görüşlerin etkisi altında kalarak, çeşitli tarihlerde farklı içtihatla bulunmuşlardır. Gerçekten; **Yargıtay HGK.**<sup>273</sup>, **11.**<sup>274</sup>, **15.**<sup>275</sup> ve **19. Hukuk Dairesi**<sup>276</sup> "itirazın iptali davasına bakan mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyebileceği" doğrultusunda, **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**<sup>277</sup> "itirazın iptali davasına bakan mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyemeyeceği" doğrultusunda içtihatla bulunmuştur.<sup>278</sup>

c) Ödeme emrine itirazı sırasında sadece *borca* itirazda bulunmakla yetinip ayrıca *yetki itirazında* bulunmamış olan borçlunun, itirazın iptali davasında, *mahkemenin yetkisine* itiraz edip edemeyeceği **doktrinde**<sup>279</sup> tartışmalı olduğu gibi, **yüksek mahkemenin** bu konudaki içtihatları da birbiriyle çelişkili olmakla beraber, son içtihatlarında **yüksek mahkeme**<sup>280281</sup> "ödeme emrine itiraz ederken yetki itirazında bulunmamış olan davalı borçlunun, itirazın iptali davası açılması üzerine, süresi içinde mahkemede yetki itirazında bulunabileceğini" belirtmiştir...

<sup>282</sup>İcra ve İflas Kanununda, itirazın iptali davası için **ö z e l b i r y e t k i** kuralı ön-görülmemiştir. Özellikle "icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi"nde itirazın iptali davası açabileceği -diğer dava çeşitlerinde, örneğin; İİK. mad. 69/II, mad. 72/VIII, mad. 89/III'de olduğu gibi- kanunda öngörülmemiştir. Yapılacak kanun bakımından, "icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi"nin bu davalar bakımından da yetkili olduğunun yasada açıkça belirtilmesi çok yerinde olacaktır...

Doktrindeki bu görüş ayrılıkları uygulamayı da etkilemiş ve Yargıtay'ın çeşitli daireleri -aşağıda sunduğumuz içtihatların incelenmesinde görüleceği gibi- farklı kararlar vermişlerdir.

<sup>273</sup> Bknz: HGK. 06.10.2004 T. 19-410/471; 20.11.2002 T. 19-900/994

<sup>274</sup> Bknz: 11. HD. 05.05.1987 T. 1804/2720; 17.01.2006 T. 55/185; 11.04.2005 T. 6924/3509; 11.02.2008 T. 14593/1315

<sup>275</sup> Bknz: 15. HD. 01.12.1987 T. 932/4200; 15.12.1987 T. 1729/4405; 15.03.2008 T. 7639/3196

<sup>276</sup> Bknz: 19. HD. 16.04.2001 T. 2193/2927; 14.04.1992 T. 846/1304; 23.12.1996 T. 3113/11620; 04.07.2003 T. 3039/7392

<sup>277</sup> Bknz: 13. HD. 24.10.1989 T. 3332/6068

<sup>278</sup> Bknz: Değnekli, A./Kısa, S. age., s:98 vd.

<sup>279</sup> "Borçlunun, mahkemenin yetkisine itiraz edebileceği" görüşü için bknz: Kuru, B. age. s:287 vd. - Deynekli, A./Kısa, S. age., s:107- Aksi görüş için bknz: Üstündağ, S. agm. s:615 vd.

<sup>280</sup> Bknz: 11. HD. 12.3.2001 T. 10944/1857; 19. HD. 4.6.1997 T. 8684/5744; 24.4.1996 T. 7193/4206

<sup>281</sup> Karş: 15. HD. 24.4.1989 T. 963/2055; 28.11.1985 T. 4185/3970

<sup>282</sup>



**Yüksek mahkeme;** "itirazın iptali" davalarında yetkili itirazı ve yetkili mahkeme konusunda;

-“HMK’ nun 17. maddesinde ‘yetki sözleşmesinin tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceği’ düzenlenmiş olduğundan, eldeki dosyada sözleşmedeki yetki şartının tacir olmayan davalı kefil bağlamayacağını, uyuşmazlığa genel yetki hükümlerinin uygulanması gerektiğini, buna göre davanın ya HMK.’nun 6. maddesine göre, davalının ikametgâhının bulunduğu İzmir mahkemelerinde ya da krediyi kullandıran banka şubesinin bulunduğu yerdeki Kadıköy mahkemelerinde açılması gerektiğini”<sup>283</sup>

-“İtirazın iptali davalarında İİK.’nun 50. maddesinin yollamasıyla HMK. ’nun 6. maddesine göre ‘genel yetkili mahkeme olarak davalının ikametgâh mahkemesi ve icra dairelerinin yetkili olduğu’ndan, ‘İzmir İcra Dairelerinin takipte yetkisiz olduğu’ gerekçesiyle ‘yetkili icra dairesinde yapılmış icra takibi bulunmadığı’ndan ‘davanın reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”<sup>284</sup>

-“Hem icra dairesinin hem de mahkemenin yetkisine itiraz edilmesi durumunda, ‘dava şartı’ olduğundan, öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın incelenmesi gerekeceğini”<sup>285</sup>

-“Davalı borçlunun, aleyhindeki icra takibinde hem borca hem de icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş olması durumunda, mahkemece, İİK.nun 50. maddesi uyarınca öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın sonuçlandırılması gerekeceğini”<sup>286</sup>

-“Davalının, takip dosyasında icra dairesinin yetkisine açıkça itiraz etmiş olması halinde, mahkemece yetki itirazı konusunda olumlu/olumsuz karar verilmesi gerekeceğini”<sup>287</sup>

-“Mahkemece ‘yapılan yargılama sonunda; sözleşme kapsamına göre, davalının ikametgâhı yerinin Ağrı ili, kredi sözleşmesi yapan bankanın Ağrı Şubesi olduğu, bu nedenle de, Erzurum İcra Müdürlüğü’nün yetkili olmadığı’ gerekçesiyle ‘davanın reddine’ karar verilmiş olmasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığını”<sup>288</sup>

<sup>283</sup> Bknz: 19. HD. 28.11.2012 T. 14023/17885

<sup>284</sup> Bknz: 19. HD. 28.11.2012 T. 14005/17884

<sup>285</sup> Bknz: 19. HD. 02.10.2012 T. 7835/14154; 10.09.2012 T. 7166/12627; 17.09.2012 T. 5509/12984; 13.09.2012 T. 8330/12893; 30.04.2012 T. 2591/7225; 25.04.2012 T. 16386/6953; 14.03.2012 T. 13844/4115; 20.02.2012 T. 12139/2486

<sup>286</sup> Bknz: 19. HD. 01.10.2012 T. 5480/13993; 07.02.2008 T. 6647/895; 11.04.2007 T. 2729/3587

<sup>287</sup> Bknz: 19. HD. 24.09.2012 T. 8442/13459

<sup>288</sup> Bknz: 19. HD. 19.04.2012 T. 3150/6695

-“İcra takibine yetki yönünden itiraz edilmeyip sadece borca itirazda bulunulmuş olması halinde, mahkemece icra dairesinin yetkili olup olmadığı üzerinde durulmasının gerekmediğini”<sup>289</sup>

-“Yetkisiz icra dairesinde yapılan takibin iptalinden sonra, borçluya yetkili icra dairesince ödeme emri tebliğ edildikten sonra, buna itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali davası açılabilceğini”<sup>290</sup>

-“Davalının, icra dairesinin yetkisine de itiraz etmesi üzerine mahkemece BK.’nun 73. maddesi uyarınca yetki itirazı reddedilmişse de, kambiyo senetleri ‘aranacak borçlar’ dan olup, somut olayda BK.’nun 73. maddesi hükmü uygulanamayacağından, bu durumda mahkemece ‘takibin yetkisiz icra dairesinde yapıldığı’ gözetilerek, dava şartı olan bu husus hakkında öncelikle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinin bozmayı gerektireceğini”<sup>291</sup>

-“Haksız eylem nedeniyle oluşan hasarın tahsili amacıyla davalı trafik sigortacısı aleyhine başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali davasının, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu ya da haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesinde açılabilceğini”<sup>292</sup>

-“Kooperatif ile üyeleri arasındaki davaların, kooperatifin ikametgahı sayılan yer mahkemesinde açılması gerekeceğini, bu yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğunu, taraflarca ileri sürülmesi bile mahkemece doğrudan doğruya gözetileceğini”<sup>293</sup>

-“Yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun bir icra takibi bulunmadan ‘itirazın iptali davası’ açılmayacağını”<sup>294</sup>

-“Yetki itirazının geçerli olabilmesi için, “yetkili yerin neresi olduğu” nun da belirtilmesi gerektiğini”<sup>295</sup>

-“Akdi ilişkinin davalı tarafından inkar edilmemiş olması halinde, bir miktar para alacağına ilişkin icra takibinin TBK. 89; HMK 10 uyarınca alınmasının ikametgahında yapılabileceğini ve ödeme emrine itiraz edilmesi üzerine

<sup>289</sup> Bknz: 23. HD. 12.03.2012 T. 2922/1885

<sup>290</sup> Bknz: 19. HD. 02.02.2012 T. 2011-15940/1382

<sup>291</sup> Bknz: 19. HD. 10.5.2010 T. 2009-10101/5700

<sup>292</sup> Bknz: 12. HD. 5.4.2004 T. 2003-9318/3530

<sup>293</sup> Bknz: 11. HD. 1.4.2004 T. 2003-9074/3442; 15.12.2003 T. 4882/11881

<sup>294</sup> Bknz: 19. HD. 23.2.2004 T. 2003-3744/1580; 1.12.2003 T. 2002-10442/11992; 18.2.2003 T. 2001-9373/1196 vb.

<sup>295</sup> Bknz: 19. HD. 10.2.2004 T. 2003-2636/975

*'itirazın iptali davası'nın alacaklı tarafından aynı yerde (kendi ikametgahının bulunduğu yerde) açılabileceğini'*<sup>296</sup>

*"-“Yetkisizlik def'inin gerekçe gösterilmeden reddedilemeyeceğini"*<sup>297</sup>

*-“Haksız fiilden doğan davaların, haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesinde açılabilceği gibi davacının seçimine göre davalının ikametgahının bulunduğu mahkemede de açılabilceğini"*<sup>298</sup>

*-“ Kredi kartı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların, kredi kartını düzenleyen banka şubesinin bulunduğu yerde de açılabilceğini"*<sup>299</sup>

*-“Yetki sözleşmesinde öngörülen yerde dava açılabilceği gibi davalının ikametgahının bulunduğu yerde de dava açılabilceğini"*<sup>300</sup>

*-“Ödeme emrini alan borçlunun hem icra dairesinin yetkisine ve hem de borca itiraz ederek takibi durdurması ve alacaklının itirazın iptali davasını açması halinde, mahkemenin -kendi yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın- icra mahkemesinin yerine geçerek öncelikle 'icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı' inceleyerek; yetki itirazını yerinde görmemesi halinde işin esasına girerek davayı sonuçlandırması, eğer yetki itirazını yerinde görürse, 'takibin yetkili icra dairesinde yapılmadığı' gerekçesiyle, 'açılan itirazın iptali davasının bu yönde reddine' karar vermesi gerekeceğini"*<sup>301</sup>

*-“Ödeme emrini alan borçlunun hem 'icra dairesinin yetkisi'ne ve hem de 'borcun esasına' itiraz ederek takibi durdurmuş olması halinde, davacı alacaklının açtığı 'itirazın iptali davası'nda hem 'borçlunun yetki itirazının kaldırılmasını' ve hem de 'borçlunun borcun esasına yönelik itirazının kaldırılmasını' istemesi gerekeceğini, aksi taktirde, 'icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın kaldırılması' istenmeden açılan 'itirazın iptali davası'nın dinlenmeyeceğini"*<sup>302</sup>

*-“Davalı-borçlunun hem icra müdürlüğünün yetkisine ve hem de bor-*

<sup>296</sup> Bknz: 19. HD. 26.12.2003 T. 11770/13387; 26.12.2003 T. 11134/13385; 25.4.2003 T. 1913/4478; 25.2.2003 T. 111/1444

<sup>297</sup> Bknz: 19. HD. 12.12.2003 T. 10756/12613

<sup>298</sup> Bknz: 3. HD. 3.7.2003 T. 8657/8624

<sup>299</sup> Bknz: 19. HD. 8.5.2003 T. 2909/4898

<sup>300</sup> Bknz: 19. HD. 25.4.2003 T. 2002-1774/4477

<sup>301</sup> Bknz: HGK. 20.11.2002 T. 19-900/994; 19. HD. 26.4.2004 T. 6645/4748; 18.3.2004 T. 5462/3037; 19.12.2003 T. 10460/12987; 15. HD. 29.1.2003 T. 6518/443; 13. HD. 7.7.2003 T. 4718/9329; 11. HD. 21.10.2002 T. 4914/9298; 3. HD. 21.5.2001 T. 4310/4615

<sup>302</sup> Bknz: 11.HD. 4.11.2002 T. 5310/9978

cun esasına itiraz etmiş olması halinde, davacı-alacaklının dava dilekçesinde, mahkemeden hem davalı borçlunun icra müdürlüğünün yetkisine yönelik itirazının ve hem de borcun esasına yönelik itirazının kaldırılmasını istemesi gerekeceğini”<sup>303</sup>

-“İpotekli taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi’nin kesin yetkili mahkeme olmayıp İİK.’nun 50’nci maddesinde öngörülen genel yetkili icra dairesinde de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceğini”<sup>304</sup>

-“Ödeme emrini alan borçlunun sadece ‘icra dairesinin yetkisi’ne itiraz ederek ‘borcun esasına itiraz etmeden’ takibi durdurmuş olması halinde, alacaklının ‘itirazın iptali davası’ açamayacağını, icra mahkemesinde ‘itirazın kaldırılmasını’ istemek zorunda olduğunu (veya; alacaklının borçlunun ‘yetki itirazı’nı kabul edip, yetkili olduğu bildirilen icra dairesinden, borçluya yeniden ödeme emri göndermesi gerekeceğini)”<sup>305</sup>

-“Ödeme emrine itiraz ederken sadece ‘borca’ itiraz etmiş ve ‘yetki itirazı’nda bulunmamış olan borçlunun, itirazın iptali davası açılmasından sonra, süresi içinde mahkemede yetki itirazında bulunabileceğini ve ‘itirazın iptali davası’nın ‘takibin yapıldığı icra dairesinin yetki çevresinde açılacağını’ belirten bir hüküm bulunmadığını”<sup>306307</sup>

-“Davalının yetki itirazında ‘birden fazla mahkemenin yetkili olduğunu’ belirtmiş olması halinde, ‘davanın (dosyanın) hangi mahkemeye gönderilmesi gerektiği’ konusunda davacı tarafa tercihinin sorulması gerekeceğini”<sup>308</sup>

-“Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, asıl yetkili mahkemenin yetkisinin ‘münhasır yetki’ olması halinde, yetki sözleşmesi yapılamayacağını”<sup>309</sup>

-“Mahkemelerin yetkisine yönelik itirazların ‘ilk itiraz’lardan olup ‘hadise’ şeklinde inceleneceğini, bu nedenle davalının, yetki itirazının incelendiği oturumda bulunma zorunluluğu olmadığını”<sup>310</sup>

<sup>303</sup> Bknz: 11. HD. 4.4.2002 T. 2001-10780/3081

<sup>304</sup> Bknz:19. HD. 16.4.2001 T. 2193/2927

<sup>305</sup> Bknz: 19. HD. 26.3.2001 T. 2000-8291/2171; 20.9.1999 T. 4186/5024; 11. HD. 24.1.1997 T. 1996-8812/212

<sup>306</sup> Bknz: 11. HD. 12.3.2001 T. 10944/1857; 19. HD. 4.6.1997 T. 1996-8684/5744; 24.4.1996 T. 1995-7193/4206 vd.

<sup>307</sup> Bknz: 15. HD. 24.4.1989 T. 963/2055; 28.11.1985 T. 4285/3970

<sup>308</sup> Bknz: 11. HD. 12.3.2001 T. 10944/1857

<sup>309</sup> Bknz: 19. HD. 25.4.2000 T. 818/3155

<sup>310</sup> Bknz: 19. HD. 11.5.1999 T. 964/3266

-“Taraflar arasındaki uyumsuzluğun bir miktar para borcundan ibaret bulunmadığı durumlarda, TBK. 89/I-1 hükmünün uygulanamayacağını”<sup>311</sup>

-“Borçlu davalı tarafından ‘ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yetkisine’ itiraz edilmemesi halinde, kesinleşen ihtiyati haciz kararı gereğince alacaklının, ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresinde icra takibi yapmak zorunda olacağını”<sup>312</sup>

-“Sigortacının açacağı rücu davalarında, halefiyet kurallarının gözetileceğini (tazminat sorumlusuna karşı hangi yer mahkemesinde dava açılması gerekiyorsa, rücu davasının da o yer mahkemesinde açılacağını)”<sup>313</sup>

-“İtirazın iptali davalarında, İİK.’nun 72/son hükmünün uygulanamayacağını, icra takibine yetki yönünden itiraz edilmemiş olmasının, itirazın iptali davasında, takibin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olmasını gerektirmeyeceğini”<sup>314</sup>

-“Ziraat Bankası Şubesi’nin işleminden doğan alacağın tahsili için yapılan icra takibine ilişkin itirazın iptali davasını açmaya, banka ana statüsünün özel hükümlerinde kabul edildiği üzere, işlemi yapan banka şubesinin yetkili olduğunu”<sup>315</sup>

-“İtirazın iptali davaları için yasada ‘özel bir yetki kuralı’ öngörülmemiş olduğundan, yetkili mahkemenin HMK.’nun 7 vd. maddelerine göre belirleneceğini”<sup>316</sup>

-“İtirazın iptali davasının, dava (ve takip) konusu senetle yetkisi belirtilen mahkemede de açılabilirliğini”<sup>317</sup>

-“Kredi sözleşmesinde öngörülen banka şubesinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi’nde itirazın iptali davası açılabilirliğini”<sup>318</sup>

-“Banka teminat mektubunun paraya çevrilmesinden doğan alacak için, alacaklının ikametgahının bulunduğu yerdeki (TBK. 89) icra dairesi ve mahkemenin yetkili olduğunu – İstanbul’daki ticaret mahkemelerinin yetkisinin be-

<sup>311</sup> Bknz: 19. HD. 16.6.1997 T. 1996-9532/6197

<sup>312</sup> Bknz: 19. HD. 18.11.1996 T. 2073/10174

<sup>313</sup> Bknz: 19. HD. 31.5.1995 T. 1994-3660/492

<sup>314</sup> Bknz: 19. HD. 25.1.1995 T. 1994-4271/258; 14.4.1992 T. 846/1304

<sup>315</sup> Bknz: 19. HD. 2.5.1994 T. 1993-4030/4405; 26.11.1993 T. 1992-10488/8079

<sup>316</sup> Bknz:19. HD. 21.4.1994 T. 1993-3914/4015; 8.3.1994 T. 1993-2186/2205

<sup>317</sup> Bknz: 19. HD. 8.3.1994 T. 732/2243

<sup>318</sup> Bknz: 19. HD. 10.4.1992 T. 2190/1252

lediye sınırları içindeki, ilçelerini de kapsadığını - banka teminat mektubunun paraya çevrilmesinden doğan alacak için, alacaklının ikametgahındaki icra dairesinin yetkili olduğunu"<sup>319</sup>

-“Tereke aleyhine açılan icra takibi ile ilgili itirazın iptali davasının murisin son ikametgahı mahkemesinde açılması gerektiğini”<sup>320</sup>

belirtmiştir.

c)İtirazın iptali davalarını nisbikararve ilam harcına bağılıdır.<sup>321</sup> Ancak, alacaklının daha önce takip talebinde bulunurken icra dairesine ödediği “peşin harç”ın, bu davayı açarken ödeyeceği harçtan indirilmesi (mahsubu) kabul edilmiştir (492 sayılı Harçlar Kanunu mad. 29/III)<sup>322</sup> Uygulamada, alacaklı, icra dairesinden, takibe itiraz ettiğine dair aldığı ödeme emri örneğini (İİK. mad.64) -ki bu belgeye, “inkar belgesi” denilmektedir- dava dilekçesine eklemekte ve bu belgede icra memurunca alındığı bildirilen “peşin harç”, açtığı davada alınması gereken harçtan indirilmektedir.<sup>323</sup>

**Yüksek mahkeme;** “itirazın iptali” davalarında alınacak (hükmedilecek) harç ile ilgili olarak;

-“Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun taraf olduğu icra takipleri ile bu takiplerden doğan hukuk davalarında, bankanın harçlardan muaf olduğunu”<sup>324</sup>

-“Müddeabihe dahil olmayan icra inkar tazminatı üzerinden de karar ve ilam harcı alınamayacağını”<sup>325326</sup>

-“Davacı bankanın dava konusu alacağın esasını teşkil eden teminat mektuplarını henüz muhataplarına tazmin etmeden, ‘bedellerinin depo edil-

<sup>319</sup> Bknz: 11. HD. 20.9.1985 T. 4409/4707

<sup>320</sup> Bknz: 11. HD. 22.9.1983 T. 3597/3822

<sup>321</sup> Bknz: 15. HD. 18.2.1998 T. 325/533

<sup>322</sup> Bknz: 11. HD. 21.9.1998 T. 3928/5688

<sup>323</sup> Doktrinde, “Harçlar Kanununun 29/III hükmünün yani, icra takibi sırasında yatırılmış olan peşin harç”ın, açılan dava sırasında yatırılması gereken harca mahsup edilmesi işleminin, sadece ‘itirazın iptali davası’nda değil aynı zamanda İİK. mad. 67/son gereğince açılan ‘tahsil (eda) davası’nda da uygulanması gerektiği” -haklı olarak- ileri sürülmüştür (Kuru, B. a.g.e. s:292, dipn. 33; Postacıoğlu, İ. a.g.e. s:183).

<sup>324</sup> Bknz: 19. HD. 10.3.2004 T. 2003-4909/2516

<sup>325</sup> Bknz: 19. HD 28.11.2002 T. 2877/7542; 25.5.2001 T. 549/4072; 7.7.1998 T 3993/4748 vd.

<sup>326</sup> Karş: 13. HD. 5.3.1987 T. 897/1291

mesi' istemi ile açtığı itirazın iptali davalarında, 'maktu' harca hükmedilmesi gerekeceğini"<sup>327</sup>

-“Açılan itirazın iptali davasının açılmamış sayılmasına' karar verilmesi halinde, alınması gereken maktu harcın, peşin yatırılan harçtan mahsubu ile fazla yatırılan harcın iadesine karar verilmesi gerekeceğini"<sup>328</sup>

-“Yabancı para alacağına ilişkin itirazın iptali davalarının dava konusu yabancı paranın takip tarihindeki Türk parası karşılığı üzerinden nisbi harca bağlı olduğunu"<sup>329</sup>

-“Davanın 'konusuz kalması' veya 'davadan feragat halinde' esas hakkında karar verilmediğinden 'nisbi' değil 'maktu' harç alınacağını"<sup>330</sup>

-“Davanın 'feragat' nedeniyle reddedilmiş olması halinde 2/3 oranında 'maktu' harç alınması gerekeceğini"<sup>331</sup>

-“Karar ve ilam harcı tam olarak ödenmeden ilamın tebliğe çıkarılmış olması halinde temyiz isteminin tahsili gereken harç tamamlandıktan sonra kabul edilmesi gerekeceğini"<sup>332</sup>

-“Karar ve ilam harcının sadece davanın kabul edilen kısmı üzerinden alınacağını, reddedilen kısım için harç alınamayacağını"<sup>333</sup>

-“İtirazın iptali davalarında, itiraz konusu edilmeyen alacak üzerinden de harç alınamayacağını"<sup>334</sup>

-“İtirazın iptali davası sonunda verilen kararın sadece 'inkar tazminatı' yönünden temyiz edilmiş olması halinde hükmedilen miktar üzerinden değil, inkar tazminatı miktarı üzerinden temyiz harcının alınması gerekeceğini"<sup>335</sup>

belirtmiştir.

“İtirazın iptali davası” devam ederken *davacı veya davalı i f l a s* edebilir ya da *i f l a s a ç ı l d ı k t a n s o n r a* “itirazın iptali davası” açılabilir... **Yüksek mahkeme** bu durumlarla ilgili olarak;

<sup>327</sup> Bknz: 19. HD. 2.7.2001 T. 1147/5122

<sup>328</sup> Bknz: HGK. 14.6.2000 T. 19-936/999

<sup>329</sup> Bknz: 13. HD. 29.6.1999 T. 3843/5295

<sup>330</sup> Bknz: 19. HD. 23.3.1998 T. 1703/2218

<sup>331</sup> Bknz: 19. HD. 18.3.1998 T. 1144/2003

<sup>332</sup> Bknz: 19. HD. 23.2.1998 T. 1997-8774/1185

<sup>333</sup> Bknz: 19. HD. 27.6.1997 T. 993/6687; 2.4.1997 T. 1996-6074/3485

<sup>334</sup> Bknz: 19. HD. 7.6.1996 T. 4396/5795

<sup>335</sup> Bknz: 11. HD. 9.2.1987 T. 1986-7068/632



-“İtirazın iptali davası devam ederken davalı borçlunun iflasına karar verilmesi halinde itirazın iptali davasının ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraya kadar erteleneyeceğini, dava konusu alacağın ikinci alacaklılar toplantısında masaya kabulü halinde davanın konusunun kalmayacağını fakat dava konusu alacağın ikinci alacaklılar toplantısında kabul edilmemesi halinde husumetin iflas idaresine yöneltilecek davaya ‘kayıt kabul davası’ olarak devam edilmesi gerekeceğini”<sup>336</sup>

-“Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takibe karşı ileri sürülen itiraz nedeniyle açılan itirazın iptali davasında, dava devam ederken davalı borçlunun iflas etmesi halinde davanın iflas masasına karşı devam edeceğini, İİK. 194’ün uygulama alanı bulmayacağını”<sup>337</sup>

-“Davacı bankanın açtığı itirazın iptali davası devam ederken, davacı bankanın iflasına karar verilmesi halinde İİK. 194 uyarınca davaya ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonra devam edilebileceğini”<sup>338</sup>

-“İflasın açılmasından sonra müflise karşı açılmış olan ‘itirazın iptali davası’na iflas idaresine karşı ‘sıra cetveline itiraz davası’ olarak devam edilmesi gerekeceğini”<sup>339</sup>

-“İflasına karar verildikten sonra itirazın iptali davası açan davacı şirketin aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı kabul edilerek açılan davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”<sup>340</sup>

-“Kredi borçlusunun iflası üzerine alacağını masaya kayıt ettiren bankanın, kredi borcunun müteselsil kefilisi hakkında kefalet limiti ile sınırlı olmak üzere takipte bulunabileceğini”<sup>341</sup>

belirtmiştir.

**d)İtirazın iptali davası y a r g ı l a m a u s u l ü** bakımından genel hükümlere (HMK’na) tâbidir (İİK. mad. 67/I).

**aa)Bu davada d a v a c ı**; icra takibine itiraz edilen “alacaklı”, **d a v a l ı** ise, icra takibine itiraz eden “borçlu”dur.<sup>342</sup>

<sup>336</sup> Bknz: 19. HD. 1.4.2004 T. 2003-6916/3656; 20.11.2003 T. 2002-10014/11750; 20.11.2003 T. 8855/11728 vb.

<sup>337</sup> Bknz: 19. HD. 25.11.2003 T. 2002-10673/13286; 5.11.1999 T. 5400/6534; 28.5.1998 T. 3009/3762 vb.

<sup>338</sup> Bknz. 19. HD. 22.4.2003 T. 2002-6693/4386

<sup>339</sup> Bknz: 19. HD. 21.3.2002 T. 2001-4976/1984; 11. HD. 19.4.1988 T. 1987-7507/2533

<sup>340</sup> Bknz: 19. HD. 1.2.2001 T. 2000-5985/738

<sup>341</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1993 T. 1992-10576/8629

<sup>342</sup> Bknz: 19. HD. 17.12.2002 T. 8428/7917

İtirazın iptali davasının dayanağı olan icra takibinde *birden fazla alacaklı* bulunuyorsa ve bunlar arasında -mirasçılık durumunda olduğu gibi- *mecburi takip arkadaşlığı* varsa, itirazın iptali davasının tüm alacaklılar tarafından birlikte açılması, buna karşın -müteselsil alacaklılık durumunda olduğu gibi- *ihtiyari takip arkadaşlığı* varsa, itirazın iptali davasının tüm alacaklılar tarafından birlikte veya ayrı ayrı açılması mümkündür.

Aynı şekilde, icra takibinde *birden fazla borçlu* bulunuyorsa ve bunlar arasında *mecburi takip arkadaşlığı* varsa, itirazın iptali davasının bunların tümüne karşı, buna karşın bunlar arasında *ihtiyari takip arkadaşlığı* varsa, itirazın iptali davasının bunlardan bir kısmına veya tümüne karşı açılması gerekir...

**Yüksek mahkeme;** "davacı"nın "*alacaklı sıfatı*" ile ilgili olarak;

-"*Davacıya yapılmış bir ciro bulunmadıkça, davacının bononun yetkili hamili olarak kabul edilemeyeceğini ve bonoya dayalı olarak alacak talep edilemeyeceğini*"<sup>343</sup>

-"*Tanzim tarihi bulunmayan senedin bono sayılmayacağını ve bunun sonucu olarak da senette yer alan hakkın ciro yoluyla devredilemeyeceğini, alacağın temlik yoluyla devredilebileceğini*"<sup>344</sup>

-"*Emre yazılı olarak düzenlenmiş ancak keşide yeri bulunmayan belgenin havale hükmünde olduğunu, senedi elinde bulunduran davacının sadece bu senede dayanarak hak iddia edemeyeceğini*"<sup>345</sup>

-"*Tek bir parsel üzerine inşa edilmiş blok apartmandaki bağımsız bölümler için Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesis edilmekte olduğunu ve bu blok yönetimi ile ilgili uyuşmazlıklarda anılan yasa hükümlerinin uygulanacağını, uyuşmazlıklar çözümlenirken bu blokların oluşturduğu toplu yapının yönetimi ile ilgili uyuşmazlıklarda ise Kat Mülkiyeti Kanununun, Medeni Kanunun toplu mülkiyete ilişkin hükümleri veya Kooperatifler Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmamasıyla birlikte bu konuda davada taraf olma ehliyeti konusunda yasal boşluğun varlığı kabul edilerek mahkemece MK.nun 1. maddesinden kaynaklanan görevi gereğince, benzer kurum ve kuruluşlar için yasalarımızda öngörülen*

<sup>343</sup> Bknz: 19. HD. 30.1.2004 T. 2003-4566/776

<sup>344</sup> Bknz: 19. HD. 14.10.2003 T. 8129/9758

<sup>345</sup> Bknz: 19. HD. 2.7.2003 T. 2002-4830/7312

düzenlemelerden örnekleme (kıyas) yolu ile yararlanarak, hak ve adalete, usul ve dava ekonomisine uygun biçimde hareket edilerek davacı / davalı yönetimin taraf ehliyetine sahip bulunduğu kabulü gerekeceğini"<sup>346</sup>

-“İhlas Finans Kurumunun tüzel kişiliği devam ettiği için aktif ve pasif dava ehliyeti bulunduğunu"<sup>347</sup>

-“Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti de olmadığını (Adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığından adi ortaklığa ilişkin davaların, adi ortaklığı oluşturan kişilerce birlikte veya dava açma hususunda diğer ortaklardan açık yetki almış ortak tarafından açılması gerektiğini)<sup>348</sup>

-“Köy tüzel kişiliği ile ilgili alacak davasının köy tüzel kişiliğine izafeten istenmesi gerektiği gibi husumetin de köy tüzel kişiliğine yöneltmesi gerekeceğini, davanın doğrudan doğruya köy muhtarı tarafından diğer köy muhtarı aleyhine açılmayacağını"<sup>349</sup>

-“Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesi uyarınca gider ve avans payını ödemeyen kat maliki hakkında diğer kat maliklerinden her biri ve yönetici tarafından dava açılabileceğini"<sup>350</sup>

-“Cironun ancak kambiyo senedi niteliğini taşıyan belgelerdeki hakkın devir ve temlikini sağlayacağını, tanzim tarihini içermeyen dava konusu senetlerdeki hakkın ciro yoluyla devredilemeyeceğini"<sup>351</sup>

-“Kiralayan ve mal sahipliği sıfatlarının aynı kişide toplanması zorunluluğu bulunmadığından, mal sahibinin sırf bu sıfatına dayanarak tarafı bulunmadığı sözleşmedeki kira bedelinin kendisine ödenmesini istemek ve ödenmediği takdirde icra takibinde bulunmak ve dava açmak hakkına sahip olduğunu"<sup>352</sup>

-“Mülkiyet hakkı sona eren davacının, kiralayanlık sıfatı da sona ereceğinden, itirazın iptali ve temerrüt nedeniyle tahliye davası açamayacağını"<sup>353</sup>

-“Akdi ilişkinin davacının temsilcisi bulunduğu limited şirket ile ilgili olması halinde, icra takibinin limited şirketçe veya onun adına yapılması gerekti-

<sup>346</sup> Bknz: 13. HD. 21.4.2003 T. 2002-15313/4759; HGK. 1.11.2000 T. 13-314/1606; 13. HD. 14.12.1999 T. 7392/9598

<sup>347</sup> Bknz: 19. HD. 25.3.2003 T. 2002-1328/2573

<sup>348</sup> Bknz: 19. HD. 18.3.2003 T. 1480/2293; 5.5.1994 T. 1993-5059/4555

<sup>349</sup> Bknz: 13. HD. 3.6.2002 T. 5091/6527

<sup>350</sup> Bknz: HGK. 20.3.2002 T. 18-245/194

<sup>351</sup> Bknz: 19. HD. 22.1.2002 T. 2001-3918/414

<sup>352</sup> Bknz: HGK. 26.12.2001 T. 3-1156/1186

<sup>353</sup> Bknz: HGK. 28.4.1999 T. 6-248/236

ğini, davacı limited şirket temsilcisinin aktifhusumet ehliyeti bulunmadığını<sup>354</sup>

-“Banka şube yetkilisinin o şube ile ilgili bir alacak hakkında, itirazın iptali davası açabileceğini”<sup>355</sup>

-“Hamile yazılı çeki elinde bulunduran kimsenin o çekin yetkili hamili sayılması gerekeceğini”<sup>356</sup>

-“Alacaklı bankanın munzam teminat olarak aldığı ipoteği daha önce paraya çevirmeden kefil hakkında takipte bulunabileceğini ve borca itiraz edilmesi halinde, itirazın iptali davası açabileceğini”<sup>357</sup>

-“Munzam teminat olarak ipotek almış olan bankanın kredi müşterisi hakkında hem ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla hem de sözleşmeye dayalı olarak haciz yolu ile takipte bulunabileceğini ve borca itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali davası açabileceğini”<sup>358</sup>

“Davalı”nın “borçlu” sıfatıyla ilgili olarak da;

-“Dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde, ölen kişinin taraf ehliyetinin sona ereceğini, bu nedenle davaya ölen tarafa karşı veya onun tarafından devam edilemeyeceğini, ancak yalnız ölen tarafı ilgilendirmeyen yani mirasçılar da ilgilendiren, mirasçıların malvarlığı haklarını etkileyen davaların tarafların ölümü ile konusuz kalmayacağını, bu davalara ölen taraftan mirasçılarına karşı devam edilebileceğini”<sup>359</sup>

-“Tek bir parsel üzerine inşa edilmiş blok apartmandaki bağımsız bölümler için Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesis edilmekte olduğunu ve bu blok yönetimi ile ilgili uyuşmazlıklarda anılan yasa hükümlerinin uygulanacağını, uyuşmazlıklar çözümlenirken bu blokların oluşturduğu toplu yapının yönetimi ile ilgili uyuşmazlıklarda ise Kat Mülkiyeti Kanununun, Medeni Kanunun toplu mülkiyete ilişkin hükümleri veya Kooperatifler Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmakla birlikte bu konuda davada taraf olma ehliyeti konusunda yasal boşluğun varlığı kabul edilerek mahkemece MK.nun 1. maddesinden kaynaklanan görevi gereğince, benzer kurum ve kuruluşlar için yasalarımızda öngörülen

<sup>354</sup> Bknz: 15. HD. 22.10.1996 T. 3725/5486

<sup>355</sup> Bknz: 11. HD. 24.1.1986 T. 1985-7416/161

<sup>356</sup> Bknz: 11. HD. 23.12.1983 T. 5271/5869

<sup>357</sup> Bknz: 11. HD. 21.2.1983 T. 693/770

<sup>358</sup> Bknz: 11. HD. 27.1.1983 T. 1982-5673/256

<sup>359</sup> Bknz: 11. HD. 8.4.2004 T. 2003-9008/3729; 3 HD. 25.3.2004 T. 2920/2731

düzenlemelerden örnekleme (kıyas) yolu ile yararlanarak, hak ve adalete, usul ve dava ekonomisine uygun biçimde hareket edilerek davacı / davalı yönetimin taraf ehliyetine sahip bulunduğu kabulü gerekeceğini<sup>360</sup>

-“İhlas Finans Kurumunun tüzel kişiliği devam ettiği için aktif ve pasif dava ehliyeti bulunduğunu<sup>361</sup>

-“Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti de olmadığını (Adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığından adi ortaklığa ilişkin davaların, adi ortaklığı oluşturan kişilerce birlikte veya dava açma hususunda diğer ortaklardan açık yetki almış ortak tarafından açılması gerektiğini)<sup>362</sup>

-“İtirazın iptali davalarının, aleyhine girilen icra takibine itiraz ederek takibin durmasına yol açan borçlu aleyhine açılabileceğini<sup>363</sup>

-“Köy tüzel kişiliği ile ilgili alacak davasının köy tüzel kişiliğine izafeten istenmesi gerektiği gibi husumetin de köy tüzel kişiliğine yöneltilmesi gerekeceğini, davanın doğrudan doğruya köy muhtarı tarafından diğer köy muhtarı aleyhine açılmayacağını<sup>364</sup>

-“Kuzey Kıbrıs Türk Büyükelçiliği aleyhine dava açılabileceğini<sup>365</sup>

-“İtirazın iptali davasında tüm mirasçılardan davalı olarak gösterilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığını<sup>366</sup>

-“ İşlemden kullanılmış olan vekaletnamenin (veya senedin) sahte olduğu'nun iddia edilmesi halinde, vekaletnameyi düzenleyen noterin de davada hasım olarak bulunması gerekeceğini<sup>367</sup>

-“Çek hamilinin zamanaşımına uğramış çeklere dayanarak -temel ilişkiye dayanmadan- keşideci hakkında dava açamayacağını<sup>368</sup>

-“İflastan sonra, müflis hakkında açılan itirazın iptali davasının, iflas idaresine karşı yürütülebileceğini<sup>369</sup>

-“Alacaklının daha önce asıl borçluya başvurmuş ve ipoteğin paraya çev-

<sup>360</sup> Bknz: 13. HD. 21.4.2003 T. 2002-15313/4759; HGK. 1.11.2000 T. 13-314/1606; 13. HD. 14.12.1999 T. 7392/9598

<sup>361</sup> Bknz: 19. HD. 25.3.2003 T. 2002-1328/2573

<sup>362</sup> Bknz: 19. HD. 18.3.2003 T. 1480/2293; 5.5.1994 T. 1993-5059/4555

<sup>363</sup> Bknz: 19. HD. 17.12.2002 T. 2001-8428/7917

<sup>364</sup> Bknz: 13. HD. 3.6.2002 T. 5091/6527

<sup>365</sup> Bknz: 13. HD. 5.12.2001 T. 8947/11405

<sup>366</sup> Bknz: 19. HD. 3.6.1999 T. 3424/3871

<sup>367</sup> Bknz: 19. HD. 21.12.1995 T. 3242/11523; 27.6.1995 T. 1994-9408/5922

<sup>368</sup> Bknz: 11. HD. 5.4.1988 T. 7477/2057

<sup>369</sup> Bknz: 13. HD. 19.11.1987 T. 4906/5633

*rilmesi yoluyla takip yapmış olmasının, bu borcun müteselsil kefillerine müracaat etmesine engel teşkil etmeyeceğini*<sup>370</sup>

*-“Çek borç ikrarını içeren bir belge olmadığından, ciro yoluyla çeke hamil olan kimsenin, kendisi ile doğrudan bir hukuki ilişkisi bulunmayan keşideci hakkında çek bedelinden dolayı dava açamayacağını (sadece çeki kendisine ciro eden kimseye karşı, aralarındaki ilişkiye dayanarak dava açabileceğini)”*<sup>371</sup>

*-“Asıl senet borçlusu hakkındaki takibinden vazgeçen alacaklının, senet kefilisi hakkında da takipte bulunamayacağını”*<sup>372</sup>

*-“Ciro yoluyla senede hamil olmayan, sadece senedi elinde bulunduran kişinin ‘alacaklı’ sıfatıyla, senet bedelini borçludan talep edemeyeceğini”*<sup>373</sup>

*-“Komandit şirketin borçlarından dolayı komandite ortağa başvurabilmek için şirketin sona ermesi veya şirket hakkındaki icra takibinin semeresiz kalması gerektiğini”*<sup>374</sup>

belirtmiştir.

**bb)**“Borçlunun itiraz sebepleri ile bağlı olduğu, bu sebepleri daha sonra değiştiremeyeceği, genişletmeyeceği” kuralı (İİK. mad. 63) sadece “itirazın kaldırılması” isteminin incelendiği icra mahkemesinde uygulama alanı bulur. Mahkemede görülen “itirazın iptali davası”nda davalı-borçlu, daha önce icra dairesinde bildirdiği itiraz sebepleri ile bağlı olmaksızın bütün savunma sebeplerini -“cevap süresi” içinde- “cevap dilekçesi”nde ileri sürebilir.<sup>375</sup> Örneğin; daha önce icra dairesine yaptığı itirazda açıkça ve ayrıca imzayı inkâr etmemiş olan borçlu, aleyhine açılan itirazın iptali davasına verdiği cevapta “*takip (ve dava) konusu belge altındaki imzanın kendisine ait olmadığını*” bildirebilir.<sup>376</sup> İcra dairesine yaptığı itirazda “*zamanaşımı itirazı*”nda bulunmamış olan borçlu, hakkında açılan itirazın iptali davasında, cevap süresi içinde vereceği cevap dilekçesinde, “*borcun zamanaşımına uğradığını*” ileri sürebilir.<sup>377/378</sup>

<sup>370</sup> Bknz: 11. HD. 12.5.1987 T. 2220/2906

<sup>371</sup> Bknz: 11. HD. 13.2.1987 T. 7039/758; 6.2.1986 T. 1985-7622/516

<sup>372</sup> Bknz: 11. HD. 1.5.1984 T. 1709/2560

<sup>373</sup> Bknz: 11. HD. 20.4.1984 T. 2127/2296

<sup>374</sup> Bknz: 11. HD. 16.4.1984 T. 2131/2191

<sup>375</sup> Bknz: 19. HD. 06.07.2011 T. 14990/9564; HGK. 30.10.2002 T. 15-803/860; 11. HD. 1.7.2002 T. 2924/6768; 11.3.2002 T. 9700/2175; 19. HD. 14.12.1997 T. 4382/1182; 15. HD. 29.5.1989 T. 2024/2561 vb.

<sup>376</sup> Bknz: 15. HD. 29.5.1989 T. 2024/2561

<sup>377</sup> Kuru, B. İlamsız İcrada Zamanaşımının İleri Sürülmesi (BATİDER, 1986, C:XIII, S:3-4, s:100) - Deynekli, A./Kısa, S. age., s:285 - Sarı, M. Takip Hukukunda Zamanaşımı, 2007, s:57

<sup>378</sup> Bknz: 11. HD. 1.7.2002 T. 2924/6768; 26.3.1985 T. 1655/1690

Ödeme emrine itiraz ederken sadece *borca* itirazda bulunmakla yetinip, ayrıca “*yetki itirazı*”nda bulunmayan borçlunun, itirazın iptali davasında, *mahkemenin yetkisine* itiraz edebilip edemeyeceği **doktrin**de tartışmalı olduğu gibi, **yüksek mahkemenin** bu konudaki içtihatları da birbiri ile çelişkilidir...

Aleyhine açılan itirazın iptali davasında davalı-borçlu “*ikrah nedeni ile sözleşme ile bağlı olmadığını*” -cevap dilekçesinde- ileri sürebilir.<sup>379</sup>

Buna karşın, davalı-borçlu, itirazın iptali davasında, “*imza inkârına*” dayalı ‘*sahtelik savunması*’ ile “*ödeme*”ye dayalı ‘*bedelsizlik*’ savunmasını birlikte ileri süremez.<sup>380</sup>

Ayrıca belirtelim ki; *icra takibine konu edilmeyen (icra takibinde dayanılmamış olan)* bir belgeye dayanarak itirazın iptali davası açılmaz. Çünkü; takipte dayanılmayan bir belge, davada hükme esas alınırsa, icra takibinde yaptığı itirazında hakkı olan davalı-borçlu itirazın iptali davasında haksız duruma düşülebilir.<sup>381</sup>

**Yüksek mahkeme** de aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur.<sup>382</sup>

**Kanımızca**, “itirazın iptali davası” sonucunda alınacak ilam, itirazla durmuş olan takip dosyasına ibraz edilerek işleme konulacağından alacaklı da “*vade*” veya “*takip tarihi*”nden itibaren faiz istemiş durumda olduğundan, mahkemenin “*itirazın iptali kararı*” ile birlikte ayrıca faize hükmetmemesi gerekir.<sup>383384</sup>Davacı eğer “*tahsil davası*” açmışsa veya “*itirazın iptali*” ile birlikte ayrıca “*tahsil kararı*” verilmesini de istemişse ancak o zaman mahkemenin -davalının temerrüde düştüğü tarihten itibaren- faize hükmetmesi gerekir...

**Yüksek mahkeme**, “itirazın iptali” davalarına ilişkin -“*karar verme şekli*”, “*kararın infaz şekli*”, “*kararın bağlayıcılığı*”, “*hukuki yarar*”, “*teminat gösterme*” vb. konularla ilgili hususları içeren- y a r g ı l a m a u s u l ü n e dair içtihatlarında;

<sup>379</sup> Bknz: 13. HD. 1.5.1984 T. 1606/3293

<sup>380</sup> Bknz: 11. HD. 15.10.1981 T. 3758/4229

<sup>381</sup> Deynekli, A./Kısa, S. age., s:265

<sup>382</sup> Bknz: 19. HD. 29.03.2011 T. 12882/4037; 06.03.2012 T. 11735/3544; HGK. 03.05.2006 T. 19-260/251

<sup>383</sup> Aynı görüşte: Deynekli, A. / Kısa, S. age. s:203 vd. – Yavuz, N. age. s:56 vd.

<sup>384</sup> Karş: Özkan, Y. age. s:147 vd.



-“ İtirazın iptali, takibin devamı’ talebiyle açılan davalarda, hem ‘itirazın iptaline’ hem de ‘alacağın tahsiline’ birlikte karar verilemeyeceğini”<sup>385</sup>

-“İtirazın iptali ilamında yer alan ‘inkar tazminatı’, ‘ilam harcı’, ‘dava masrafı’ ve ‘vekalet ücreti’nin ilgili icra dosyasına itirazın iptaline ilişkin ilamın ibrazı suretiyle talep edilebileceği gibi, ayrı bir takip konusu da yapılabileceğini”<sup>386387</sup>

-“İtirazın iptali kararlarının kesinleşmeden icraya konu edilebileceğini”<sup>388</sup>

- “Mahkemece hüküm oy çokluğu ile verilmiş ve muhalif üyenin kısa kararda muhalefet şerhini yazıp imzaladıktan sonra, gerekçeli karar yazılmadan vefat etmiş olması halinde, ölen hakim yerine gelen yeni hakimın kısa karara uygun biçimde gerekçeli karar yazması gerekeceğini”<sup>389</sup>

-“İtirazın iptali davalarında tahsil kararı verilemeyeceğini”<sup>390</sup>

-“Ödemeye ilişkin savunmanın, def’i değil, ‘itiraz’ olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece doğrudan doğruya gözetilmesi gerekeceğini”<sup>391</sup>

-“Hükmün verilmesinden sonra fakat temyiz edilmesinden önce davadan feragat edilmesi halinde feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesi yetkisinin yerel mahkemeye ait olduğunu”<sup>392</sup>

-“Kural olarak takas-mahsup talebinin mutlaka ‘karşı dava’ şeklinde değil, def’i olarak ileri sürülebileceğini”<sup>393</sup>

-“Açtığı itirazın iptali davasında itirazın kaldırılmasını (takibin devamını ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini) istemiş olan davacının açmış olduğu davanın ‘itirazın kaldırılması’ olmayıp ‘itirazın iptali’ davası olduğunun kabulü gerekeceğini”<sup>394</sup>

<sup>385</sup> Bknz: 19. HD. 06.07.2011 T. 5227/9575; 15. HD. 18.05.2011 T. 3235/3024

<sup>386</sup> Bknz: 12. HD. 1.6.2004 T. 10325/13935; 27.5.2004 T. 9686/13482; 5.3.2004 T. 2003-28124/5100 vb.

<sup>387</sup> Karş: 12. HD. 18.12.1993 T. 1992-13522/2982; 15.6.1989 T. 461/8996

<sup>388</sup> Bknz: 12. HD. 27.5.2004 T. 9686/13482; 9.10.2003 T. 15660/19581; 6.10.1997 T. 9362/10108

<sup>389</sup> Bknz: 19.HD. 15.4.2004 T. 6993/4484; 26.2.2004 T. 2214/1810

<sup>390</sup> Bknz: 11. HD. 5.4.2004 T. 2003-9065/3572; 19. HD. 19.3.2004 T. 2003-4746/3086; 13. HD. 21.4.2003 T. 2002-15291/4753 vb.

<sup>391</sup> Bknz: 11. HD. 29.3.2004 T. 1961/3234

<sup>392</sup> Bknz: 19. HD. 11.3.2004 T. 2003-5281/2566

<sup>393</sup> Bknz: 11. HD. 6.2.2004 T. 2003-6859/1303

<sup>394</sup> Bknz: 9. HD. 20.1.2003 T. 2002-27821/115; 19. HD. 15.12.2000 T. 6211/8703; 19.9.2000 T. 3732/5826 vb.

-“Ödeme emrinin tebliği üzerine sadece faiz ve masraflara itiraz edilip asıl borcun ödenmesi halinde, asıl borç hakkında itirazın iptali davası açılmayacağını”<sup>395</sup>

-“İcra mahkemelerinin vermiş olduğu kararların genel mahkemeler yönünden kesin hüküm teşkil etmediğini”<sup>396</sup>

-“Ancak temyiz iradesini yansıtan dilekçenin temyiz dilekçesi olarak kabul edileceğini”<sup>397</sup>

-“Alacağın dayanağını oluşturan yabancı mahkeme kararının tenfiz koşulları oluştuğundan sonra takip konusu yapılabileceğini”<sup>398</sup>

-“Hukuki yarar”la ilgili olarak;

-“Takibe itiraz, süresinde yapılmadığı için, icra takibi kesinleşmiş olduğundan, davacı-alacaklının davalıya karşı itirazın iptali davası açmakta hukuki yararı yoktur. Borçlu hakkında açılan davanın ‘hukuki yarar yokluğu’ nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesinin bozmayı gerektireceğini”<sup>399</sup>

-“İtirazın iptali davası açılabilmesi için, öncelikle geçerli bir icra takibi yapılması ve yapılan icra takibine itiraz edilmesinin dava şartı olduğunu; temyize konu davada yetkili icra dairesinde davalıya ödeme emri gönderilmediği gibi, yapılmış bir itiraz da bulunmadığından ‘dava şartı yokluğu’ nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”<sup>400</sup>

-“Süresinden sonra yapılan itiraz icra takibini durdurmayaacağından ve somut olay bakımından süresinde yapılmış bir itirazdan söz edilemeyeceği için dava konusu icra takibi kesinleşmiştir. Dava şartlarının re’sen gözetilmesi gerektiğinden, somut olayda da dava şartı oluşmadığından, başka bir anlatımla kesinleşmiş icra takibine karşı dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığından, davanın bu nedenle reddi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini”<sup>401</sup>

-“Kesinleşen icra takibine karşı itirazın iptali davası açılmasında ‘hukuki yarar’ bulunmamaktadır. İtirazın iptali davası açılabilmesinin koşullarından biri; borçlunun aleyhindeki ilamsız takibe, ödeme emrinin tebliğinden itibaren

<sup>395</sup> Bknz: HGK. 24.9.2003 T. 3-476/516

<sup>396</sup> Bknz: 13. HD. 16.9.2003 T. 9181/10129; 6. HD. 1.3.1999 T. 1342/1570

<sup>397</sup> Bknz: 19. HD 4.7.2003 T. 2002-4552/7400

<sup>398</sup> Bknz: 19. HD. 27.6.2003 T. 2002-3986/6973

<sup>399</sup> Bknz: 19. HD. 15.10.2012 T. 8704/15084

<sup>400</sup> Bknz: 19. HD. 11.10.2012 T. 8241/14908

<sup>401</sup> Bknz: 19. HD. 17.09.2012 T. 6460/13029

7 günlük itiraz süresi içinde itiraz edip takibi durdurmasıdır. Somut olayda bu şart gerçekleşmediğinden, davanın 'dava şartı yokluğu'ndan reddi gerekir. 'Dava şartı' aleyhe bozma yasağının istisnalarından olduğundan, mahkemece bu yönler gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini<sup>402</sup>

-“Davalı tarafından davacı hakkında giriştiği takip, yine aynı icra dairesi kararı ile iptal edilmiştir. Bu durumda, bu takip nedeni ile davalının davacıdan haksız olarak tahsil ettiği paranın tahsil edilmesi, İİK. nun 361. maddesi hükmü gereğidir. Hal böyle olunca; davacının açıklanan kanun hükmü gereği alacağını tahsil yoluna gitmeyip, dava konusu takibe geçmesi ve bu takibe davalının itirazı sonucu işbu davayı açmasında hukuki yararının bulunmadığı<sup>403</sup>

-“Davalı dilekçe ile başvurarak, 'icra dosyasındaki itirazından vazgeçtiğini' ifade etmiştir. Bu durumda mahkemece, itirazdan vazgeçildiğine göre iptaline karar verilecek bir itiraz olmadığı için davacının dava açmakta hukuki yararı olup olmadığı üzerinde durulup değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekeceğini<sup>404</sup>

-“Kesinleşen icra takibine karşı davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini<sup>405</sup>

-“Kesinleşen takip bakımından itirazın iptali davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığından, asıl borçlu davalı şirket hakkındaki davanın reddi gerekeceği, ayrıca kredi sözleşmelerinde kefil olduğu iddia edilen diğer davalılara ödeme emrinin tebliğine ilişkin tebligat parçasına dosyada rastlanmadığından, kefiller yönünden yapılan itirazın süresinde olduğunun kabulü gerekeceğini<sup>406</sup>

-“Davacı alacaklının, lehine kesinleşen icra takibine itirazın iptalini istemekte hukuki bir yararın bulunmadığı gözetilerek, davanın belirtilen bu nedenle reddi gerekirken, davaya bakılıp işin esası hakkında hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini<sup>407</sup>

-“Ödeme emrine 7 günlük itiraz süresi geçtikten sonra itiraz edilmiş olması halinde alacaklının itirazın iptali davası açmakta hukuki yararının bulunmayacağını<sup>408</sup>

<sup>402</sup> Bknz: 19. HD. 14.02.2012 T. 2011-7229/2098

<sup>403</sup> Bknz: 19. HD. 21.10.2010 T. 1739/11774

<sup>404</sup> Bknz: 19. HD. 03.06.2010 T. 9672/9646

<sup>405</sup> Bknz: 19. HD. 02.06.2010 T. 9863/6831

<sup>406</sup> Bknz: 19. HD. 09.12.2009 T. 1198/11518

<sup>407</sup> Bknz: 18. HD. 14.2.2008 T. 2007-8852/1425

<sup>408</sup> Bknz. 11. HD. 23.6.2003 T. 1117/6719; 13.9.1999 T. 4821/6640; 1.3.1999 T. 1998-9694/1620

-“Borçlunun itirazının takibi durdurmadığı hallerde alacaklının açtığı itirazın iptali davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekeceğini”<sup>409</sup>

-“Alacaklının icra mahkemesine yaptığı şikayet yolu ile başvuru üzerine icra müdürlüğünün takibin durdurulmasına ilişkin kararının bozulması halinde alacaklının ayrıca ticaret mahkemesinde açtığı itirazın iptali davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini”<sup>410</sup>

-“İcra dosyasındaki kayıttan -icra dosyasında borçlunun itiraz dilekçesi bulunmasa dahi- davalı borçlunun ödeme emrine itiraz ettiğinin anlaşılması halinde açılan itirazın iptali davasının incelenmesi gerekeceğini”<sup>411</sup>

-“İtirazın iptali davası icra takibiyle bağlantılı olduğundan davalı aleyhine girilmiş geçerli bir ilamsız icra takibi bulunmadıkça itirazın iptali davasının dinlenmeyeceğini”<sup>412</sup>

-“Mahkemece sadece ‘önceki kararda direnilmesine’ denilerek bozma kararına karşı direnme kararının verilemeyeceğini”<sup>413</sup>

-“Genel haciz yoluyla ilamsız takiplerde borçlunun icra dairesine süresi içinde yaptığı itiraz ile durmuş olan icra takibinin alacaklının mahkemede açtığı itirazın iptali davası sonucunda veya ‘İİK. 68, 68a’ daki belgelerden birine sahip olması halinde’ icra mahkemesinden itirazın kaldırılması konusunda karar alınarak takibin devamını sağlayabileceğini”<sup>414</sup>

-“Davacının ‘dövizin fiili ödeme tarihindeki TL. karşılığı üzerinden’ icra takibinde bulunmuş olması halinde, mahkemece talep olmadığı halde ‘takip tarihindeki TL. karşılığı üzerinden’ şeklinde karar verilemeyeceğini”<sup>415</sup>

-“Türkiye ile Hollanda’nın taraf olduğu Lahey Sözleşmesinin 17. maddesinde teminat muafiyeti öngörüldüğünden davacıdan teminat istenmesine gerek bulunmadığını”<sup>416</sup>

-“Maddi yanılığa dayanan ya da görev konusuyla hakdüşümü süresi gözetilmeksizin oluşturulan bozma kararlarına uyulması gibi çok istisnai

<sup>409</sup> Bknz: 19. HD. 1.2.2001 T. 2000-6152/739

<sup>410</sup> Bknz: HGK. 1.12.1993 T. 19-640/764

<sup>411</sup> Bknz: 13. HD. 24.3.2003 T. 2002-14450/3271

<sup>412</sup> Bknz: 19. HD. 7.3.2003 T. 2002-185/1932; 5.10.2001 T. 5493/6187

<sup>413</sup> Bknz: HGK. 22.1.2003 T. 11-33/9

<sup>414</sup> Bknz: 3.HD. 11.7.2002 T. 7867/8600; 12. HD. 8.12.2000 T. 17609/19437; 6. HD. 21.9.1999 T. 6494/6660

<sup>415</sup> Bknz: 13. HD. 9.7.2002 T. 7120/8584

<sup>416</sup> Bknz: HGK. 1.5.2002 T. 13-376/352

olaylar dışında bozmaya uyulduktan sonra gereklerinin yerine getirilmesi gerekeceğini<sup>417</sup>

-“Aleyhlerine yapılan icra takiplerine karşı kredi kullanmadıklarını bildirmiş olan davahların, haklarında açılan itirazın iptali davasında, takip dayanağı kredi sözleşmesi ile ödeme fişindeki imzanın kendilerine ait olmadığını beyan etmelerinin savunmanın genişletilmesi niteliğini taşımadığı<sup>418</sup>

-“Kural olarak davalarda haklılık durumunun ‘dava tarihi itibarıyla’ tesbiti gerekirse de, itirazın iptali davalarında haklılık durumunun takip tarihi itibarıyla belirlenmesi gerekeceğini<sup>419,420</sup>

-“Ortada yetkili icra dairesinde yapılmış geçerli bir icra takibi bulunmaması halinde davacının dava dilekçesinde ‘tahsil’ talebinde de bulunduğu gözetilerek açılmış olan ‘itirazın iptali davası’nın ‘tahsil davası’ olarak görülüp sonuçlandırılması gerekeceğini<sup>421</sup>

-“ ‘Davayı atıye terk’in ‘davayı geri alma’ anlamında olduğunu<sup>422</sup>

-“Bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hakimın kendiliğinden gözönünde bulundurması gereken nedenlerden olmaması halinde taraflar veya vekillerinin bozma kararına uyulmasını istemiş olmaları halinde mahkemece önceki kararda direnilemeyeceğini<sup>423</sup>

-“Borçlunun itirazı üzerine alacaklı tarafından itirazın iptali davası açıldıktan sonra dava devam ederken alacaklı davacının İİK. 43. maddesinde öngörülen hakkını kullanarak takibini iflas yoluyla takibe çevirip geriye dönerek ‘takibin haciz yoluyla devamını’ isteyemeyeceğini<sup>424</sup>

-“Olay tarihinde ergin olmayan davalının dava tarihinde ergin olması halinde, dava dilekçesinin kendisine tebliğ edilmesi suretiyle taraf teşkili sağlanarak yargılamaya devam edilmesi gerekeceğini<sup>425</sup>

-“İtirazın iptali davasında davalı tarafından istenilen kötüniyet tazminatı hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmemiş olmasının bozma nedeni olacağını<sup>426</sup>

<sup>417</sup> Bknz: HGK. 17.4.2002 T. 19-265/315

<sup>418</sup> Bknz: 19. HD. 8.5.2001 T. 79/3516

<sup>419</sup> Bknz: HGK. 21.3.2001 T. 19-266/273; 19. HD. 6.3.1998 T. 768/1595; 16.10.1997 T. 2866/8487 vb.

<sup>420</sup> Karş: 19. HD. 1.6.2001 T. 670/4251

<sup>421</sup> Bknz: 11. HD. 11.5.2000 T. 220/3629

<sup>422</sup> Bknz: 19. HD. 12.4.2000 T. 1750/2765

<sup>423</sup> Bknz: HGK. 30.6.1999 T. 13-551/553

<sup>424</sup> Bknz: 19. HD. 17.5.1999 T. 2518/3359

<sup>425</sup> Bknz: 4. HD. 15.4.1999 T. 1489/3312

<sup>426</sup> Bknz: 11. HD. 28.9.1998 T. 4468/5900; 19. HD. 29.6.1995 T. 1994-8169/6004

-“HMK. 303/1 uyarınca kesin hükmün ancak davanın taraflarının, konusunun ve sebebinin aynı olması halinde mümkün olacağını”<sup>427</sup>

-“İcra takibinin borçlunun itirazı ile değil de icra mahkemesinin kararı ile durmuş olması halinde itirazın iptali davası açılmayacağını”<sup>428</sup>

-“Kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki yaratılmış olmasının bozma nedeni olacağını”<sup>429</sup>

-“Dava konusu miktarın davalının takibe itiraz ettiği kısımla sınırlı olduğunu”<sup>430</sup>

-“Bir yıllık haddüşürücü süreden sonra ‘itirazın iptali davası’ olarak açılmış olan davanın ıslah istemi olmaksızın salt dava ekonomisi kurallarına dayanılarak ‘alacak davası’ olarak görülemeyeceğini”<sup>431</sup>

-“Mahkemece dava dilekçesinde istenilen miktarla sınırlı olmak üzere hüküm kurulması gerekeceğini, istekten fazlaya hükmedilemeyeceğini”<sup>432</sup>

-“Açık olmayan taleplerin davacıya açıklattırılarak ve ıslaha gerek kalmaksızın davaya ‘itirazın iptali davası’ veya ‘alacak davası’ olarak devam edilmesi gerekeceğini”<sup>433</sup>

-“Davalı vekilinin yargılama sırasında istifa etmiş olması halinde, bu istifanın duruşma günü ile birlikte davalıya duruşma ile birlikte usulen taraf teşkili tamamlandıktan sonra yargılamaya devam edilmesi gerekeceğini”<sup>434</sup>

-“ ‘Cezai şartın ilamsız takip konusu yapılamayacağı’ndan bahisle itirazın iptali davasının reddine karar verilemeyeceğini”<sup>435</sup>

-“Davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde davalar arasında bağlantının varlığı kabul edilerek davaların mahkemece birleştirilebileceğini”<sup>436</sup>

-“ ‘Bozma kararı’ndan önce, taraf delilleri toplanarak tahkikat sona erdikten sonra davanın ıslah edilemeyeceğini”<sup>437</sup>

<sup>427</sup> Bknz: 19. HD. 6.3.1998 T. 621/1632

<sup>428</sup> Bknz: 13. HD. 10.2.1998 T. 792/1150

<sup>429</sup> Bknz: 15. HD. 30.12.1997 T. 5407/5742; 19. HD. 31.1.1997 T. 1996-5383/684; 1.12.1995 T. 2804/10480 vb.

<sup>430</sup> Bknz: 19. HD. 4.12.1997 T. 4805/10297

<sup>431</sup> Bknz: HGK. 26.11.1997 T. 19-761/999

<sup>432</sup> Bknz: 19. HD. 10.3.1997 T. 1996-7441/2354

<sup>433</sup> Bknz: 15. HD. 17.1.1996 T. 1995-7111/153

<sup>434</sup> Bknz: 19. HD. 18.12.1995 T. 3183/11324

<sup>435</sup> Bknz: 19. HD. 13.11.1995 T. 2061/9598

<sup>436</sup> Bknz: 19. HD. 24.4.1995 T. 1994-7535/3670; 14.5.1993 T. 5216/3744

<sup>437</sup> Bknz: 19. HD. 3.4.1995 T. 3219/3089

-“İcra takibi sırasında zamanaşımı itirazında bulunmamış olan borçlunun aleyhine açılan itirazın iptali davasında -cevap dilekçesinde- zamanaşımı itirazında bulunabileceğini”<sup>438</sup>

-“Banka tarafından alacağın tamamının iflas masasına yazdırılmış olması halinde, mahkemeye ‘tahsilde tekerrür olmamak üzere itirazın iptaline’ karar verilmesi gerekeceğini”<sup>439</sup>

-“Davacı şirketin dava sırasında ticaret sicilinden terkin edilmiş (silinmiş) olduğunun anlaşılması halinde, davalı vekilinin şirketin yeniden sicile kaydedilmesi ve kayyım atanmasını sağlamak için süre verilmesi gerekeceğini”<sup>440</sup>

-“ ‘Kambiyo senedi’ne dayalı takipte kendisine 49 örnek ödeme emri gönderilen borçlunun, icra dairesine ‘zamanaşımı itirazı’nda bulunduktan sonra, aleyhine açılan ‘itirazın iptali’ davasında yeniden zamanaşımı def’inde bulunmasına gerek bulunmadığını, mahkemenin kendiliğinden icra dairesindeki zamanaşımı itirazının yerinde olup olmadığını araştırması gerekeceğini”<sup>441</sup>

-“Borçlunun, itirazı kendisine tebliğ edilen alacaklının altı ay içinde ‘itirazın kaldırılması’nu istememesi halinde, bir daha ilamsız takip yapamayacağını”<sup>442</sup>

-“Takip tarihinden önce ölmüş bulunan kredi borcunun müteselsil kefilleri hakkında icra takibi yapılamayacağı gibi, bu takip hakkında itirazın iptali davası da açılmayacağını”<sup>443</sup>

-“Kendisine henüz ödeme emri tebliğ edilmemiş, dolayısıyla takibe itiraz etmemiş olan kişiler hakkında ‘itirazın iptali’ kararı verilemeyeceğini”<sup>444</sup>

-“Takibe konu alacağın bir kısmına itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, itiraz konusu edilmeyen alacak miktarı hakkında da iptal kararı verilemeyeceğini”<sup>445</sup>

-“İtirazın iptali davasının amacının icra takibine yapılan itirazın haksızlığını kanıtlamak suretiyle itirazın iptalini sağlayıp, duran icra takibini kaldığı noktadan devam ettirmeye yönelik olduğunu”<sup>446</sup>

<sup>438</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1994 T. 1312/12590; 4. HD. 5.3.1987 T. 748/1585

<sup>439</sup> Bknz: 19. HD. 13.12.1994 T. 1374/12459

<sup>440</sup> Bknz: 19. HD. 6.12.1994 T. 1165/12057

<sup>441</sup> Bknz: 19. HD. 15.11.1994 T. 1553/10961

<sup>442</sup> Bknz: 19. HD. 13.10.1994 T. 11869/12213

<sup>443</sup> Bknz: 19. HD. 14.6.1994 T. 1993-6096/6162

<sup>444</sup> Bknz: 19. HD. 7.5.1994 T. 4149/5377; 27.10.1993 T. 1992-7071/7051

<sup>445</sup> Bknz: 19. HD. 4.5.1994 T. 1993-4405/4500

<sup>446</sup> Bknz: 19. HD. 18.4.1994 T. 5252/3858



-“Cezaevi harcının sorumlusu yasa uyarınca ‘alacaklı’ olduğundan, itirazın iptali davalarında ‘cezaevi harcını da kapsar şekilde itirazın iptaline ve takibin devamına’ karar verilemeyeceğini”<sup>447</sup>

-“Sabit olan ‘itirazın iptali’ davası sonunda ‘itirazın geçici olarak kaldırılmasına’ değil, ‘itirazın iptaline’ karar verileceğini”<sup>448</sup>

-“Gereğinden yoksun hüküm verilemeyeceğini”<sup>449</sup>

-“İtirazın iptali davasına neden olan icra takibinin bir belgeye dayanması gerekmediği gibi, takibin dayanağı belgenin İİK.nun 68. maddesinde yazılı belgelerden olması da gerekmediğini”<sup>450</sup>

-“ ‘İtirazın iptali davası’ olarak açılan davanın yargılaması sırasında davacının davasının ‘alacak davası’ olduğunu açıklamaması halinde, mahkemece sadece ‘alacağın tahsiline’ karar verilebileceğini, ayrıca ‘inkar tazminatı’na hükmedilemeyeceğini”<sup>451</sup>

-“Açılan itirazın iptali davasında temsilcide hataya düşülmüş olması halinde davanın reddedilmeyip ilgili kişiye dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması gerekeceğini”<sup>452</sup>

-“İİK. 68’de öngörülen belgelere sahip olan alacaklının dilerse icra mahkemesine başvurup ‘itirazın kaldırılması’ isteminde bulunabileceğini, dilerse mahkemece ‘itirazın iptali’ davası açabileceğini”<sup>453</sup>

-“ ‘İtirazın iptali’ için mahkemeye başvurulması halinde ‘haciz isteme’ (İİK. 78) ve ‘satış isteme’ (İİK. 106, 110) sürelerinin işlemeyeceğini”<sup>454</sup>

-“Alacaklıya, takip konusu borcu haricen ödeyen borçlunun, icra takibinin iptalinden sonra, ‘itirazın iptali davası’ açarak ödediğini geri isteyebileceğini”<sup>455</sup>

-“İtirazın iptali davası süresince satış istenemeyeceğinden, icra dairesinin ‘bu süre içinde satış istenmediğinden, haczin düştüğüne’ ilişkin kararının süresiz şikayete neden olacağını”<sup>456</sup>

-“ ‘İtirazın iptaline’ ilişkin ilamın kesinleşmesine gerek kalmadan ilgili

<sup>447</sup> Bknz: 19. HD. 28.3.1994 T. 1949/3016; 28.10.1993 T. 1992-7804/7099

<sup>448</sup> Bknz: 19. HD. 21.12.1993 T. 1992-11750/8831

<sup>449</sup> Bknz: 19. HD. 8.11.1993 T. 1992-8649/7366

<sup>450</sup> Bknz: 19. HD. 16.9.1993 T. 1992-6297/5543

<sup>451</sup> Bknz: 15. HD. 26.5.1993 T. 1992-6165/2562

<sup>452</sup> Bknz: 19. HD. 6.5.1993 T. 3632/3534

<sup>453</sup> Bknz: 19. HD. 27.5.1992 T. 3289/2333

<sup>454</sup> Bknz: 12. HD. 12.11.1990 T. 4336/11333; İİD. 29.4.1971 T. 4740/4812

<sup>455</sup> Bknz: 11. HD. 17.9.1990 T. 1989-4804/5474

<sup>456</sup> Bknz: 12. HD. 12.2.1990 T. 443/1072

*icra dosyasına konularak takibin devamının sağlanacağını, ilamın bozulması halinde, 40. maddenin uygulanacağını*<sup>457</sup>

*-“İtirazın iptali davasından sonra davacının alacağının tamamının davalı borçlu tarafından konkordato görüşmeleri sırasında kabul edilmiş olması sırasında mahkemece, davanın konusuz kaldığı saptanıp ‘karar verilmesine yer olmadığına’ karar verilmesi gerekeceğini*<sup>458</sup>

*-“İtirazın iptali davası sırasında tarafların sulh olması üzerine mahkemece verilen ‘sulhun onanması’ kararının İİK. mad. 24’e göre infaz edilebileceğini*<sup>459</sup>

*-“Aynı mahkemede, davalının itirazının iptali davasına karşı açtığı olumsuz tesbit davasının birleştirilerek birlikte görülmesi gerekeceğini*<sup>460</sup>

*-“Haricen düzenlenip altındaki imzaları notere tasdik ettirilmiş olan kredi sözleşmesindeki imzasını inkar eden borçlunun, bu konudaki iddiasını senedi tasdik eden noteri de taraf göstererek ‘ayrı bir sahtelik davası’ açabileceği gibi, açılmış bulunan bir davada ‘hadise’ şeklinde de (HMK. 208/3) ileri sürülebileceğini*<sup>461</sup>

*-“Açılan davanın, İİK.nun 67/I-III’e dayanan ‘itirazın iptali davası’ mı, İİK.nun 67/V’e dayanan (genel hükümlere göre açılan) ‘alacak (tahsil) davası’ mı olduğunun dilekçeden açık olarak anlaşılabilmesi -örneğin; dilekçede hem ‘itirazın iptali’nin ve hem de ‘alacağın tahsili’nin istenmiş olması halinde isteğinin hangisi olduğu hususunun davacıya açıklattırılması gerekeceğini*<sup>462</sup>

*-“Borçlunun süresi içinde (yedi gün) icra dairesine itiraz edip hakkındaki takibi durdurması üzerine alacaklının dilerse icra mahkemesinden ‘itirazın kaldırılmasını’ dilerse mahkemeden ‘itirazın iptalini’ isteyebileceği veya dilerse iki yola birlikte başvurabileceğini*<sup>463</sup>

*-“İtirazın iptali hakkında açılan davanın, itirazın iptaline karar verilmedikçe, duran takibin devamını sağlamayacağını*<sup>464</sup>

*-“Aleyhine açılan itirazın iptali davasında, davalı borçlunun ‘ikrah nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını’ ileri sürebileceğini, bunun için iptal davası açmak zorunda olmadığını*<sup>465</sup>

<sup>457</sup> Bknz: 12. HD. 13.11.1989 T. 4628/13798

<sup>458</sup> Bknz: 11. HD. 17.10.1989 T. 1988-7444/5429

<sup>459</sup> Bknz: 15. HD. 27.12.1988 T. 3673/4601

<sup>460</sup> Bknz: 11. HD. 5.4.1988 T. 1987-7479/2040

<sup>461</sup> Bknz: 11. HD. 18.12.1987 T. 4682/7381

<sup>462</sup> Bknz: 11. HD. 31.3.1987 T. 820/1884; 30.4.1986 T. 2000/2581; 5.12.1983 T. 5464/5453 vb.

<sup>463</sup> Bknz: 6. HD. 19.12.1986 T. 12472/14712; 12. HD. 26.2.1981 T. 724/1886

<sup>464</sup> Bknz: 12. HD. 6.4.1985 T. 1984-14335/3914

<sup>465</sup> Bknz: 13. HD. 1.5.1984 T. 1606/3293

-“Mahkemece, itiraza uğramayan alacak miktarını da kapsayacak şekilde itirazın iptaline (ve icra inkar tazminatına) karar verilemeyeceğini”<sup>466</sup>

-“İtirazın iptali davasında, dava dilekçesinin, icra takip dosyasına vekil sıfatı ile itiraz dilekçesi veren borçlunun avukatına değil, kendisine tebliği gerekeceğini”<sup>467</sup>

-“İtirazın iptali’ istemiyle mahkemede dava açan davacı, duruşmada, davasını tavzih amacıyla ‘itirazın kesin olarak kaldırılmasını’ istemiş dahi olsa, yine davanın niteliğinin değişmiş olmayacağını”<sup>468</sup>

-“Dava konusu senetle ilgili olarak borçlu hakkında açıldığı bildirilen dolandırıcılık suçuna ilişkin ceza davası sonucunun araştırılarak (TBK. 74) gerekli kararın verilmesinin icabedeceğini”<sup>469</sup>

-“İmza inkarına dayalı ‘sahtelik’ savunması ile ödemeye dayalı ‘bedelsizlik’ savunmasının birlikte ileri sürülemeyeceğini”<sup>470</sup>

-“Aleyhine açılan itirazın iptali davasında önce -icra dairesinde olduğu gibi- ‘senetteki imzanın kendisine ait olmadığını’ bildiren davalı borçlunun daha sonra davacı muvafakat etmedikçe ‘senedin zorla imzalatıldığını’ ileri süremeyeceğini”<sup>471</sup>

-“İcra mahkemesinden ‘itirazın kaldırılması’nu isteyen alacaklının, bu yolu terk ederek mahkemede ‘dava’ açtıktan sonra icra mahkemesine başvurup, önceki istemini yenilemeyeceğini”<sup>472</sup>

belirtmiştir.

**cc)Bu davada, isbat yükü -kural olarak, MK. 6 uyarınca- davacı-alacaklıya düşer.**<sup>473</sup>

**Yüksek mahkeme;** “itirazın iptali’ davalarında i s b a t y ü k ü n ü n kime düştüğü konusuyla ilgili olarak;

-“İtirazın iptali davasında kural olarak ispat yükü alacaklı davacıya aittir. Davalı, mal teslimini inkâr ettiğiinden, davacının ‘mal satıp, teslim ettiği’ yönündeki iddiasını, HUMK’ nun 288.(HMK.’nun 200.)maddesi uyarınca

<sup>466</sup> Bknz: 11. HD. 27.4.1984 T. 2339/2472

<sup>467</sup> Bknz: 11. HD. 28.11.1983 T. 5240/5273

<sup>468</sup> Bknz: 11. HD. 3.11.1982 T. 6208/6491

<sup>469</sup> Bknz: 11. HD. 10.9.1982 T. 539/3424

<sup>470</sup> Bknz: 11. HD. 15.10.1981 T. 3758/4229

<sup>471</sup> Bknz: 11. HD. 9.2.1981 T. 537/460

<sup>472</sup> Bknz: 15. HD. 18.11.1960 T. 8022/7981

<sup>473</sup> Bknz: 19. HD. 4.3.2004 T. 4247/2193; 11. HD. 14.5.2002 T. 1877/4749; 19. HD. 9.6.1995 T. 8067/5162 vb.

yazılı delile kanıtlaması gerekir. Kapanış tasdikleri bulunmadığı anlaşılan davacının ticari defterleri lehine delil teşkil etmez. Hal böyleyken, mahkemece bu yönler gözetilmeden, kapanış tasdikleri bulunmayan davacı defterindeki kayıtların incelenmesi sonucu düzenlenen yetersiz bilirkişi raporunun hükme esas alınarak eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini<sup>474</sup>

-“Davacı, ‘davalıya mal satıp teslim ettiğini’ iddia etmiş, davalı ise ‘davacıdan mal almadığını’ savunmuştur. Bu durumda ispat külfeti davacıda olup, davacı ‘davalıya mal satıp teslim ettiğini’ yazılı delille kanıtlamak zorundadır. Davacı tarafından dosyaya sevk irsaliyeleri sunulmuş olduğundan, bu irsaliyeler altındaki imzaların davalı ya da çalışanına ait olduğunun ispatı külfeti de davacı tarafta olduğundan, bu yön üzerinde durulup, araştırma ve inceleme yapılması ve davacının taraf ticari defterlerine dayanması karşısında davalı defterleri üzerinde de bilirkişi incelemesi yaptırılarak gerektiğinde yemin teklif hakkı da hatırlatılarak toplanacak deliller hep birlikte değerlendirilerek bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar oluşturulmasının bozma gerektireceğini<sup>475</sup>

-“İtirazın iptali davasında ispat külfeti davacı alacaklılardadır. Bu durumda mahkemece davalının imza inkârı incelenerek sözleşmedeki imzanın davalıya ait olup olmadığına saptanması, imza incelemesinden sonra kredi kullanıldığı ise, buna ilişkin belgenin bankadan celbi ile banka kayıtları üzerinde inceleme yapılarak alacağın miktarının tespiti gerekirken, mahkemece, ‘davalının itirazında ileri sürdüğü hususları kanıtlayamadığı’ gerekçesi ile ‘davanın kabulüne’ karar vermesinin bozmayı gerektireceğini<sup>476</sup>

-“Davalı tarafından davaya cevap verilmemesi, dava konusu vakıaların inkârı anlamında olup, davacı iddiasını ispat ile yükümlüdür. Alacağın ispat külfeti davacı yanda olup, ‘satım konusu malları davalıya teslim ettiğini’ kanıtlayacaktır. Bu durumda mahkemece, ‘davacıya malların davalıya teslim edildiğine ilişkin’ delilleri sorularak, hâsıl olacak sonuca göre karar vermek gerekirken sadece defter kaydına itibar edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini<sup>477</sup>

-“ ‘Malın davalıya teslim edildiği’nin ispat külfeti davacıya ait olup, mahkemece tanık beyanlarına dayanarak ticari satıma konu malların davalıya tes-

<sup>474</sup> Bknz: 19. HD. 18.10.2012 T. 12131/15366

<sup>475</sup> Bknz: 19. HD. 20.09.2012 T. 6983/13342

<sup>476</sup> Bknz: 19. HD. 16.04.2012 T. 2011-14679/6404

<sup>477</sup> Bknz: 19. HD. 15.03.2012 T. 2011-13681/4160

lim edildiğinin kabul edilmesi eksik incelemeye dayandığından, hükmün bozulması gerektiğini"<sup>478</sup>

-“İsbat yükü kendisine düşmediği halde, isbatın kendisine ait olduğunu sanarak karşı tarafa yemin teklifinde bulunanın bu teklifinin bağlayıcı bir sonuç doğurmayacağını (isbat yükü kendisine düşmeyen tarafa verilen yeminin hukuki sonuç doğurmayacağını)"<sup>479</sup>

-“Takibe konu edilen bono ve çeklerin, keşide tarihinden sonraki ödemelerinin, kural olarak mevcut borcun tasfiyesine yönelik olduğunun kabulü gerekeceğini, ‘bu ödemelerin takip konusu bono ve çeklere karşılık olmayıp, başka bir ticari ilişki sebebiyle yapıldığı’ yolundaki savunmanın davalı tarafça kanıtlanması gerekeceğini"<sup>480</sup>

-“ ‘Dönem sonunda kiralananı tahliye ettiğini’ savunan davalının, tahliye tarihini isbatla yükümlü olduğunu"<sup>481</sup>

-“Kural olarak kanun aksini emretmedikçe iki taraftan her biri iddiasını isbata mecbur olduğundan (MK. 6) isbat yükünün kural olarak önce davacıya düştüğünü, yani davacının davasını dayandırdığı olayları isbatla yükümlü olduğunu, davacının bunu isbat etmesi halinde davalının savunmasını dayandırdığı olayları isbat etmesi gerektiğini"<sup>482</sup>

-“Hisse devrini kabul eden davalının ‘bedelin ödenmesinin koşula bağlı olduğunu’ savunması halinde, ‘bedelin ödenmesinin koşula bağlı olduğunu ve bu koşulun gerçekleşmediğini’ isbat yükümlülüğünün davalıya düştüğünü"<sup>483</sup>

-“Ödeme def’iinin, davalı tarafından isbat edilmesi gerekeceğini"<sup>484</sup>

-“Eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işin yapıлып bedeline hak kazanıldığıın isbat yükünün yükleniciye, bedelinin ödendiğinin isbat yükünün ise iş sahibine düştüğünü"<sup>485</sup>

-“Süresinde muhataba ibraz edilmeyen çek yönünden hamilin, cirantalar, keşideci ve diğer çek borçlularına karşı müracaat hakkını yitireceğini, taraflar arasında temel ilişkide bulunmaması halinde uyuşmazlığın ‘sebepsiz zengin-

<sup>478</sup> Bknz: 19. HD. 26.05.2010 T. 3912/6473

<sup>479</sup> Bknz: 13. HD. 24.6.2004 T. 3457/10005; 19. HD. 19.4.2004 T. 7773/4552; 7.12.1992 T. 3800/6440

<sup>480</sup> Bknz: 18. HD. 16.3.2004 T. 2394/3159

<sup>481</sup> Bknz: 13. HD. 8.3.2004 T. 2003-13163/2768

<sup>482</sup> Bknz: HGK. 3.3.2004 T. 11-66/121

<sup>483</sup> Bknz: 11. HD. 10.2.2004 T. 2003-6486/1052

<sup>484</sup> Bknz: 19. HD. 22.12.2003 T. 1086/13112; 13. HD. 18.2.1999 T. 1998-9658/966; 26.1.1999 T. 1999-9987/152 vb.

<sup>485</sup> Bknz: 15. HD. 1.12.2003 T. 5062/5959

leşme' hükümlerine göre çözümlenmesi gerekeceğini, bu durumda isbat külfetinin davalı keşidecide olup, 'keşidecinin sebepsiz zenginleşmediğini' kanıtlamakla yükümlü olduğunu"<sup>486</sup>

-“ ‘Paranın ödünç olarak davalıya verildiğini’ kanıtlama yükümlününin davacıya ait olduğunu - Bu davada mahkemenin yanılığa düşerek, kanıtlama yükümü kendisine ait olmayan tarafa, yemin teklif etme hakkının bulunduğu hatırlatması ve buna zorlayacak şekilde ara kararı vermesinin, o tarafın diğerine yemin teklifi ve bunun eda edilmesinin usul hukuku açısından herhangi bir sonuç doğurmayacağını, başka bir deyişle mahkemenin yanlış işlemi üzerine eda olunan yeminin, delil değeri taşımayacağını ancak bir tarafın kanıtlama yükümlülüğü kendisine ait olmayan bir konudaki iddia ve savunmasını kanıtlamayı kendi isteğiyle üstlenerek karşı tarafa yemin teklif etmesi halinde bunun sonuçlarına katlanacağını"<sup>487</sup>

-“Yüklenicinin iş bedelinin ne olduğunu ve bu iş için nasıl bir bedel kararlaştırıldığını isbatla yükümlü olduğunu, iş bedelinin ödendiğini isbat yükünün ise davalı borçluya düştüğünü"<sup>488</sup>

-“Davacının, varlığını ileri sürdüğü hukuki ilişkiyi (geçersiz araç satım sözleşmesini) ve o ilişki çerçevesinde ‘davalıya satış bedeli ödediğini’ özellikle de ‘bunun ileri sürdüğü miktarda olduğunu’ kanıtlamakla yükümlü olduğunu"<sup>489</sup>

-“ ‘Davalıyla aralarında kira ilişkisi olduğunu’ iddia eden davacının bu iddiasını usulüne göre isbat etmesi gerektiğini, bu konuda tanık dinletemeyeceğini"<sup>490</sup>

-“Senetlerin iade edilmesinin, bedelin ödendiğini göstereceğini"<sup>491</sup>

-“Davacıya verdiği borç paranın havale yolu ile kendisine ödendiğini’ bildiren davalının, ödünç hukuki ilişkisini inkar etmiş olacağını, davalının bu ikrarının ‘gerekçeli inkar’ niteliğinde olduğunu, bu durumda davacının davalıya havale ile gönderdiği paranın borç olarak verildiğini yasal delillerle kanıtlaması gerekeceğini"<sup>492</sup>

-“Satım hukuki ilişkisine dayanarak talepte bulunan davacının; davalı ile aralarındaki akdi ilişkinin varlığını yasal delillerle isbat etmesi gerekeceğini"<sup>493</sup>

<sup>486</sup> Bknz: 19. HD. 25.3.2003 T. 115/1443; 21.1.2003 T. 2001-8871/472

<sup>487</sup> Bknz: HGK. 6.11.2002 T. 13-869/884

<sup>488</sup> Bknz: HGK. 30.10.2002 T. 15-794/859

<sup>489</sup> Bknz: HGK. 23.10.2002 T. 13-795/844

<sup>490</sup> Bknz: 13. HD. 2.7.2002 T. 5357/8190

<sup>491</sup> Bknz: 13. HD. 27.6.2002 T. 5224/7917

<sup>492</sup> Bknz: 13. HD. 27.6.2002 T. 6546/7912

<sup>493</sup> Bknz: 13. HD. 30.5.2002 T. 4669/6400

-“Davacının ‘karz’ ilişkisine dayanması, davalının ise ‘davacıdan ödünç almadığını, aksine kendisinin ondan alacaklı olduğunu’ ileri sürmesi halinde, davacının ‘davalıya ödünç verdiğini’ isbat etmesi gerekeceğini”<sup>494</sup>

-“ ‘Bir tarafın, karşı tarafça ileri sürülen vakianın doğru olduğunu ancak bu vakianın hukuki niteliğinin ileri sürülenden farklı bulunduğunu bildirmesi’nin gerekçeli inkar olduğunu, davacının satım akdine dayanırken, davalının da bu akdin varlığını kabul etmesi karşısında olayda gerekçeli inkarın unsurlarının mevcut sayılmayacağını”<sup>495</sup>

-“ ‘Faturada yazılı malın kendisine teslim edilmediğini ve irsaliyelerdeki imzaların kendisine ait olmadığını’ savunarak davacı ile arasındaki ticari alım satımı davalının inkar etmesi halinde ‘dava konusu malı davalıya teslim ettiğini’ davacının kanıtlaması gerekeceğini”<sup>496</sup>

-“Karz hukuki ilişkisine dayalı olarak talepte bulunan davacının bu isteminin davalı tarafından kabul edilmeyerek ‘gönderilen paranın kira alacağına karşılık gönderildiğini’ belirterek gerekçeli inkarda bulunması halinde, karz hukuki ilişkisinin varlığını davacının yasal delillerle kanıtlaması gerekeceğini”<sup>497</sup>

-“Açık olarak düzenlenmiş faturanın satışın veresiye yapıldığına karine teşkil edeceğini”<sup>498</sup>

-“Menkul satımlarında aksine adet veya mukavele mevcut değilse satıcı ile alıcının borçlarını aynı zamanda ifa etmekle yükümlü olduklarını, satışın veresiye olduğunu yani bedelinin teslimden sonra ödeneceğini ileri süren davacının bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu”<sup>499</sup>

-“ ‘Davalıya fatura karşılığı sattığı malların ödenmediğini’ ileri süren davacının bu iddiasının davalı tarafından kabul edilmemesi halinde, davacının akdi ilişkiyi ve faturada yazılı malları davalıya teslim ettiğini kanıtlaması gerekeceğini”<sup>500</sup>

-“Davacının ‘ödünç olarak verdiğini’ iddia ettiği parayı, davalının ‘ödünç olarak değil de, yaptığı hizmetlere karşılık aldığını’ ikrar etmesi halinde, ödünç ilişkisini kanıtlama yükümlülüğünün davacıya düştüğünü”<sup>501</sup>

<sup>494</sup> Bknz: 13. HD. 21.1.2002 T. 2001-11577/430

<sup>495</sup> Bknz: HGK. 26.12.2001 T. 19-1171/1177

<sup>496</sup> Bknz: 19. HD. 23.3.2001 T. 2000-8171/2106

<sup>497</sup> Bknz: 13. HD. 25.1.2001 T. 2000-11847/727

<sup>498</sup> Bknz: 19. HD. 6.10.2000 T. 3573/6494; 19. HD. 25.3.1996 T. 1995-5973/2857

<sup>499</sup> Bknz: 13. HD. 21.10.1999 T.6555/7353; 19. HD. 7.5.1999 T. 2258/3134; 14.9.1995 T. 36/7042

<sup>500</sup> Bknz: 19. HD. 25.3.1999 T. 1483/2066

<sup>501</sup> Bknz: 12. HD. 16.2.1999 T. 511/911



-“ ‘Davacının dava konusu parayı davalıya ödünç olarak verdiği’ belirtmesine rağmen davalının ‘paranın davacı tarafından mağazadan satın alınan malların bedeli olduğunu’ belirterek gerekçeli inkarda bulunması halinde ödünç hukuki ilişkisinin varlığını isbat yükünün davacıya düştüğünü”<sup>502</sup>

-“Tahliye işleminin, ya ‘her iki tarafın imzaladığı tutanakla’ veya ‘kiralananın anahtarının davalı kiralayana teslim edildiği’nin davacı kiracı tarafından yazılı belge ile kanıtlanması gerekeceğini”<sup>503</sup>

-“ ‘Davalıya sattığı malın bedelinin ödenmediğini’ iddia eden davacının öncelikle taraflar arasında satım akdi bulunduğunu ve malın davalıya teslim edildiğini kanıtlanması gerekeceğini”<sup>504</sup>

-“Vasıflı ikrarın ikrar eden aleyhine delil teşkil etmediğini, bir başka deyişle vasıflı ikrarda ispat yükünün, olayı ileri süren davacıda olduğunu, gerekçeli olarak inkar eden davalıda olmadığını”<sup>505</sup>

-“ ‘Fiyat farkı faturasının davalıya tebliğ edildiğini’ kanıtlayamayan davacı karşısında icra takibine süresinde itiraz etmiş olan davalı borçlunun fatu- rayaya da itiraz etmiş sayılacağını”<sup>506</sup>

-“Davacının elinde emanet makbuzu bulunması halinde davalının ‘yabancı para ve çekin iadesi ile ilgili iddiasını’ aynı kuvvette bir delil ile kanıtlanması gerekeceğini”<sup>507</sup>

-“Trampa akdinden doğan uyumsuzlukta davacı tarafın ‘karşı edim olan sütü almadığını’ ileri sürmesi halinde satıcı konumunda bulunan davalının ‘sözü edilen edimi yerine getirdiğini’ isbat etmesi gerektiğini”<sup>508</sup>

-“İtirazın iptali davalarında borçlunun icra dairesine bildirmiş olduğu sebeplerle bağlı olmadığını, bütün savunma sebeplerini mahkemede ileri sürebileceğini”<sup>509</sup>

-“Davacının aldığı zayi kararının, çek alacaklısına, çeki ibraz etmeden bedelini borçludan isteyebilme ya da yeni bir çek düzenlenmesini talep hakkı sağladığını ancak borçlunun inkarı durumunda alacaklı hamilin temel borç ilişkisini kanıtlamakla yükümlü olacağını”<sup>510</sup>

<sup>502</sup> Bknz: 13. HD. 15.2.1999 T. 328/849

<sup>503</sup> Bknz: 13. HD. 1.2.1999 T. 1998-10150/354

<sup>504</sup> Bknz: 11. HD. 30.11.1998 T. 7170/8312

<sup>505</sup> Bknz: 3. HD. 22.9.1998 T. 8203/9558

<sup>506</sup> Bknz: 11. HD. 3.11.1997 T. 7009/7644

<sup>507</sup> Bknz: 19. HD. 23.10.1997 T. 5278/8872

<sup>508</sup> Bknz: 3. HD. 1.7.1997 T. 6249/6692

<sup>509</sup> Bknz: 19. HD. 27.3.1997 T. 1996-6828/3177

<sup>510</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1996 T. 3569/10097

-“Davalının, savunmasında ‘davacı bankaya bozdurduğu yabancı paranın tedavülden kalkmadığını’ ileri sürmesi durumunda, davacı bankanın ‘davalıdan aldığı yabancı paranın tedavülden kalkmış olduğunu’ kanıtlaması gerektiğini”<sup>511</sup>

-“ ‘Süresinde ayıp ihbarında bulunduğunu’ davacının isbatla yükümlü olduğunu”<sup>512</sup>

-“Keşidecinin lehtar ile kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan ilişkiye dayanan def’ileri -hamil çeki iktisap ederken bile keşidecinin zararına hareket etmiş olmadıkça- hamile karşı ileri süremeyeceğini”<sup>513</sup>

-“Davacının ‘ödünç para ilişkisi’ne dayanması, davalının ise, bu ilişkiyi kabul etmeyerek ‘paranın avans olarak firma adına alındığını’ belirtmesi halinde, ödünç ilişkisinin varlığını isbat yükünün davacıya düştüğünü”<sup>514</sup>

-“ ‘Davalıya kredi temin etmeye yönelik ve karz olarak dava konusu çeki verdiği’ iddia eden davacının, bu iddiasını MK. 6 uyarınca isbatla yükümlü olduğunu”<sup>515</sup>

-“Alacaklının (davacının) onayı olmadan, ödeme def’inin tanıkla isbatının mümkün olmadığını”<sup>516</sup>

-“ ‘Davacının dava konusu malları davalıya teslim ettiği’ hususunun davacı tarafından, fatura, irsaliye, ticaret defter kayıtları ve -teslim durumunun maddi olay olması nedeniyle- tanık ile isbat edilebileceğini”<sup>517</sup>

-“Davacının ödünç ilişkisine dayanması, davalının ise bu ilişkiyi kabul etmeyerek gerekçeli inkarda bulunması halinde, ödünç ilişkisinin varlığını isbat yükünün davacıya düştüğünü”<sup>518</sup>

-“ ‘Davalı (borçlu) tarafından yapılan ödemenin başka bir borca ilişkin olduğunu’ ileri süren davacının (alacaklının) bu iddiasını isbatla yükümlü olduğunu”<sup>519</sup>

<sup>511</sup> Bknz: 19. HD. 18.9.1996 T. 1995-11072/7909

<sup>512</sup> Bknz: 19. HD. 12.9.1996 T. 1995-10706/7531

<sup>513</sup> Bknz: 19. HD. 11.9.1996 T. 1995-10957/7409

<sup>514</sup> Bknz: HGK. 29.11.1995 T. 13-802/1026

<sup>515</sup> Bknz: 19. HD. 1.11.1995 T. 1276/9068

<sup>516</sup> Bknz: 19. HD. 12.12.1994 T. 2677/12418

<sup>517</sup> Bknz: 19. HD. 12.12.1994 T. 2713/12427; 19.10.1994 T. 1993-9992/9653

<sup>518</sup> Bknz: HGK. 19.10.1994 T. 13-379/621

<sup>519</sup> Bknz: 19. HD. 23.9.1994 T. 1993-8243/8272; 21.6.1994 T. 1993-7066/6605; 2.11.1993 T. 1992-7498/7181

-“Arka yüzünde ‘teminat olarak verildiği’ yazılı bulunan senedin tek başına alacağın varlığının kanıtı olamayacağını”<sup>520</sup>

-“Senedin davacının elinde olmasının, senet bedelinin alacaklıya davacı tarafından ödendiğine karine teşkil ettiğini”<sup>521</sup>

-“Davalının akdi ilişkiyi inkar etmesi halinde davacının satım akdine dayalı alacak iddiasında, öncelikle satım ilişkisini HMK. 200 vd.na göre yazılı delillerle kanıtlaması gerekeceğini, fatura düzenlenmesi ve bunların tebliğ edilip 8 gün içinde itiraz edilmemesinin akdi ilişkinin kanıtı olamayacağını”<sup>522</sup>

-“Kredi sözleşmesine dayanılarak borçlu hakkında yapılan ilamsız takibe itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, davacı bankanın ‘alacağın varlığını ve takip talebinde haklılığını’ isbatlaması gerektiğini”<sup>523</sup>

belirtmiştir...

çç) İslah: İtirazın iptali davasında, davacı açtığı bu davayı 1 s 1 a h yoluyla “alacak davası”na çevirebilir. Fakat, ıslah yoluyla alacak miktarı”alacak miktarı”nı artıramaz.<sup>524525</sup>

**dd)Kanıtlar:** “İtirazın iptali” davalarında davacı, alacağının varlığını HMK’nun uygun gördüğü delillerle ispat edebilir. Yani; davacı, davalı ile arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine göre iddiasını (alacağının varlığını) yazılı delilleveya tanıkdinleterek(özellikle; delil başlangıcına (HMK. mad. 202) dayandığı durumlarda ya da karşı tarafın açık muvafakati ile) yahut bilirkişi incelemesiyaptırarak -özellikle ticari defterler üzerinde- veya davalıya yemin teklif ederek kanıtlayabilir.

Tarafların son delil olarak “yemin delili”ne dayanmaları halinde, mahkemenin bu delile dayanan tarafa, “karşı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğunu” hatırlatması gerekir.

Bu davalarda ayrıca “isticvap”(HMK. mad. 169 vd.) hükümleri de -özellikle; “düzenlenen bonoların ‘düzenlenme nedeninin ne olduğu’ konusunda”, “takip (ve dava) konusu bonoda bulunan iki borçludan hangisinin ‘asıl borçlu’ hangisinin ‘kefil’ durumunda olduğunun anlaşılabilmesi için”- geniş

<sup>520</sup> Bknz: 19. HD. 17.6.1994 T. 1993-7129/6308

<sup>521</sup> Bknz: 19. HD. 12.4.1994 T. 1993-3185/3635

<sup>522</sup> Bknz: 19. HD. 1.2.1994 T. 249/712

<sup>523</sup> Bknz: 19. HD. 11.11.1993 T. 1692/7518; 9.11.1993 T. 1992-7924/7459

<sup>524</sup> Bknz: 19. HD. 30.11.2011 T. 5405/14956

<sup>525</sup> Deynekli, A/Kısa, S. age., s:262

uygulama alanı bulur. **Yüksek mahkeme;** "itirazın iptali davaları"nda, tarafların iddia ve savunmalarını h a n g i k a n ı t l a r l a isbat edebilecekleri ile ilgili olarak;

-**"Fatura konusunda";**<sup>526</sup>

-*"Takip konusu açık faturanın ödendiğini ileri süren davalının bunu isbatla yükümlü olduğunu"*<sup>527</sup>

-*"Faturaların kapalı olmasının, ödendiğine karine teşkil ettiğini, bunun aksini iddia eden davacının bunu isbatla yükümlü olduğunu"*<sup>528</sup>

-*"Faturaların tek başına akdi ilişkiiyi, mal teslimini ya da hizmet alımını kanıtlamadığını"*<sup>529</sup>

-*"Faturanın tebliğini tek başına mal teslim edildiğine delil teşkil etmediğini"*<sup>530</sup>

-*"İrsaliteli faturalar altındaki imzaların davalıya veya çalışanına ait olup olmadığının araştırılması gerekeceğini"*<sup>531</sup>

-*"Alacaklının faturaya dayalı alacağına faiz isteyebilmesi için, takipten önce davalıyı (borçluyu) temerrüde düşürmesi gerektiğini"*<sup>532</sup>

-*"Fatura içeriği malların teslim edildiğini alacaklının kanıtlamakla yükümlü olduğunu"*<sup>533</sup>

-*"Faturanın tek başına, akdi ilişkinin varlığını kanıtlamaya yeterli olmadığını"*<sup>534</sup>

-*"Dava ve takip konusu faturanın, davalının defterinde kayıtlı olması halinde, dava-lının faturaya dayalı takibe yaptığı itirazın iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*<sup>535</sup>

-*"Bedelin, belli bir sürede ödenmemesi halinde vade farkı ödeneceği' ibaresi yazılı faturalara 8 gün içinde itiraz edilmemesi halinde, vade farkının da-*

<sup>526</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz: Deynekli, A./Kısa, S. age., s:193 vd.

<sup>527</sup> Bknz: 19. HD. 07.11.2012 T. 3892/16128

<sup>528</sup> Bknz: 19. HD. 27.09.2012 T. 8530/13822; 24.01.2012 T. 6965/725; 05.05.2010 T. 8929/5508; 19.09.2005 T. 13247/8773

<sup>529</sup> Bknz: 19. HD. 17.09.2012 T. 6578/13037

<sup>530</sup> Bknz: 19. HD. 06.06.2012 T. 3204/9609

<sup>531</sup> Bknz: 19. HD. 11.04.2012 T. 14897/16135

<sup>532</sup> Bknz: 19. HD. 23.02.2012 T. 12039/2771

<sup>533</sup> Bknz: 19. HD. 08.06.2010 T. 9001/7080

<sup>534</sup> Bknz: 19. HD. 7.4.2004 T. 2003-5758/4015; 22.10.2003 T. 2002-8092/10350; 19.2.2004 T. 2003-4214/1479 vb.

<sup>535</sup> Bknz: 19. HD. 23.1.2004 T. 2003-2711/468

*valı yanca kabul edildiği anlamına gelmeyeceğini*<sup>536</sup>

-“Hukuki ilişkinin davalılar tarafından inkar edilmiş olması halinde, davacının tek taraflı düzenleyip davalılara gönderdiği faturanın tek başına davayı isbat için yeterli olmadığını”<sup>537</sup>

-“Faturanın tebliği, alacağın muaccel hale geldiğini gösterir ise de temerrüt için TBK. 117 uyarınca temerrüt ihtarı gönderilmesi gerekeceğini”<sup>538</sup>

-“Faturanın altının imzalanmış olmasının -o yörede, bu konuda yerleşik ticari örf ve teamül olması koşuluyla- faturanın kapatıldığını ve bedelinin alındığını, buna karşın üstünün imzalanmış olmasının faturanın açık bırakıldığını ve bedelinin ödenmemiş olduğunu göstereceğini”<sup>539</sup>

### -“İsticvap (HMK. 169 vd.) konusunda”;

-“Satım akdinin varlığının isticvap yoluyla kanıtlanamayacağını”<sup>540</sup>

-“Davacının dava konusu malı davalıya teslim ettiğine ilişkin delil olarak dayandığı irsaliyelerdeki imzaların ve bunların bağlayıcılığı yönünden davacının isticvap edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini”<sup>541</sup>

-“Davalının ödeme def’i yönünden dosyadaki protokol incelenerek gerektiğinde tarafların isticvap edilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekeceğini”<sup>542</sup>

-“İsticvabın başlı başına bir ispat vasıtası olmadığını, hukuki muamelenin isticvap yoluyla kanıtlanmasının mümkün bulunmadığını”<sup>543</sup>

-“Netice-i talebe yönelik isticvap davetiyesi çıkarılmayacağını”<sup>544</sup>

-“Takibe konu senedin karısının borcunun teminatı olarak verildiğini, senedin ihdas sebebinin mâlen yazılı olduğu halde davalının kendisine hiçbir mal satıp teslim etmediğini iddia etmesi karşısında mahkemece davalıya isticvap davetiyesi çıkarılarak senedin hangi nedenle düzenlendiğinin sorulması gerekeceğini”<sup>545</sup>

<sup>536</sup> Bknz: 19. HD. 9.12.2003 T. 2002-9879/12432

<sup>537</sup> Bknz: 13. HD 11.12.2003 T. 9794/14636; 19. HD. 21.10.2003 T. 2002-7668/10273; 13. HD. 21.6.2001 T. 5901/6689 vb.

<sup>538</sup> Bknz: 19. HD. 21.1.2003 T. 2001-8867/475

<sup>539</sup> Bknz: 19. HD. 10.12.2002 T. 2001-8422/7732; 4.7.2002 T. 1199/5282; 13. HD. 17.4.2002 T. 2198/4285 vb.

<sup>540</sup> Bknz: 13. HD. 10.2.2004 T. 2003-11403/1235

<sup>541</sup> Bknz: 19. HD. 23.12.2003 T. 10919/13208

<sup>542</sup> Bknz: 11. HD. 26.1.1999 T. 1998-4157/133

<sup>543</sup> Bknz: 3.HD. 19.2.2001 T. 1153/1539

<sup>544</sup> Bknz: 19. HD. 25.9.1996 T. 6576/8284

<sup>545</sup> Bknz: 19. HD. 11.11.1993 T. 1992-8856/7509

-“Tüzel kişilerde, tüzel kişinin organının isticrap olunması gerekeceğini”<sup>546</sup>

-“Ceza mahkemesince verilen beraat kararının ‘kusur ve derecesi’, ‘zarar tutarı’, ‘temyiz gücü ve yükletilme yeterliliği’, ‘illiyet’ gibi konularda hukuk hakimini bağlamayacağını, buna karşın ceza mahkemesinin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı konusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olduğunu (TBK. 74)”<sup>547</sup>

-“Çekin süresinde ibraz edilmemiş olması halinde hamilin keşideciye karşı kambiyo hukuku çerçevesinde çeke dayalı müracaat hakkının düşeceğini ancak bu durumda TTK. 818. ve 732. maddeleri çerçevesinde uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekeceğini”<sup>548</sup>

-“Çekin, ödenmek üzere takas odasına verilmesi halinde, bankanın, aldığı çeki ‘takas odasının işleyiş şekli ile ilgili düzenlemelerde belirtilen süre içinde ödenmediği’ gerekçesi ile iade etmemesi halinde çekin ödenmiş sayılacağını”<sup>549</sup>

-“Süresinde yapılmış bir ayıp ihbarı bulunmaması halinde malın ayıplı olduğunun kabulü ile uyuşmazlığın çözümlenemeyeceğini”<sup>550</sup>

#### -“Bilirkişi (HMK. 266 vd.) incelemeleri”;

-“HMUK. 276 uyarınca bilirkişilerin 2 kişiden de oluşabileceğini ancak oybirliğiyle rapor düzenlemedikleri takdirde raporlarına itibar edilemeyeceğini” (Not: HMK. mad. 267’ye göre ise; bilirkişi olarak yalnızca bir kişinin görevlendirebileceği, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, birden fazla ancak tek sayıda kişiden oluşacak bir kurulun da bilirkişi olarak görevlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir.)<sup>551</sup>

-“Banka kredi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, banka defter ve belgeleri üzerinde, kredi sözleşmesi hükümleri gözönünde bulundurularak uzman bilirkişiler marifetiyle inceleme yapılarak alınacak rapor çerçevesinde uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekeceğini”<sup>552</sup>

-“Fotokopi üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağını”<sup>553</sup>

<sup>546</sup> Bknz: 11. HD. 30.11.1998 T. 7170/8312

<sup>547</sup> Bknz: HGK. 25.2.2004 T. 11-115/108; 13. HD. 15.2.2001 T. 1200/1573; 19. HD. 19.12.1995 T. 4937/11402 vb.

<sup>548</sup> Bknz: 19. HD. 10.5.2004 T. 8244/5418; 16.4.2004 T. 7275/4525; 29.1.2004 T. 2003-2521/739; 19.11.2003 T. 2002-10308/11675; 15.10.2003 T. 7567/9857 vb.

<sup>549</sup> Bknz: 19. HD. 27.1.2004 T. 2003-2473/577

<sup>550</sup> Bknz: 19. HD. 22.1.2004 T. 2003-2208/366

<sup>551</sup> Bknz: 19. HD. 12.2.2003 T. 2002-10729/12609

<sup>552</sup> Bknz: 19. HD. 1.12.2003 T. 2002-10909/11955; 6.5.2003 T. 1672/4868; 5.12.2000 T. 5865/8410 vb.

<sup>553</sup> Bknz: 19. HD. 17.1.2003 T. 2001-8915/292

-“Eser sözleşmelerinde yapılan eserin ücretinin önceden kararlaştırılmamış olması halinde sözleşmenin yine geçerli olacağını ancak eserin yapılan işin bedelinin işin yapıldığı tarih ve rayice göre bilirkişi marifetiyle belirlenmesi gerekeceğini”<sup>554</sup>

-“Davalı tarafın karşılıksız ve kaçak olarak elektrik enerjisinden yararlanmış olması halinde, taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak sözleşme benzeri bir borç ilişkisi kurulduğunun kabul edilerek davalının, davacı idarenin yönetmelik ve tarife hükümlerine uygun olarak ve bilirkişilerce belirlenecek bedeli ödemek zorunda olduğunu”<sup>555</sup>

-“HMK. 266’ya aykırı şekilde hukuki konularda bilirkişiden mütalaa alınamayacağını”<sup>556</sup>

-“Taraf defterlerinin usulüne uygun ve onanmış ve fakat birbirlerine aykırı olmaları halinde bu defterlerin karara esas alınamayacağını, bu yönü belirtmeyen bilirkişilerden ek rapor alınması gerekeceğini”<sup>557</sup>

-“Kredi sözleşmesi uyarınca kefilin sorumlu olduğu miktarın saptanması yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini”<sup>558</sup>

-“Davalının bankadan kredi almadığını savunması halinde ödeme makbuzu altındaki imzanın davalıya ait olup olmadığı konusunda inceleme yapılması gerektiğini”<sup>559</sup>

-“Yargılama giderinden sayılıp karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretinin tahsiline karar verilebilmesi için seçilecek bilirkişi aracılığıyla davacı avukatın takip ettiği icra dosyalarındaki alacağın tahsil edilebilir hale gelmiş olup olmadığının saptanması gerekeceğini”<sup>560</sup>

-“Ticari defterler (TTK. 64; HMK. 222) hakkında”<sup>561</sup>

-“Usulüne uygun tutulsun veya tutulmasın, ticari defterlerin sahibi aleyhine delil teşkil edeceğini”<sup>562</sup>

<sup>554</sup> Bknz: HGK. 30.10.2002 T. 15-803/860; 15. HD. 17.4.1996 T. 1864/2202; 26.3.1992 T. 1991-4569/1588

<sup>555</sup> Bknz: HGK. 14.3.2001 T. 3-173/232

<sup>556</sup> Bknz: 19. HD. 26.4.1999 T. 1776/2757; 9.6.1997 T. 1996-90575976; 20.4.1991 T. 2000-8519/3068

<sup>557</sup> Bknz: 11. HD. 16.3.1998 T. 344/1711

<sup>558</sup> Bknz: 19. HD. 16.9.1997 T. 1082/7362; 26.11.1993 T. 1992-10884/8069

<sup>559</sup> Bknz: 19. HD. 18.2.1997 T. 1996-9734/1461; 18.9.1996 T. 1995-11073/7910; 1.3.1994 T. 1993-1815/1861

<sup>560</sup> Bknz: 13. HD. 24.1.1994 T. 1993-9926/365

<sup>561</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz: Deyneki, A./Kısa, S. age., s:187 vd. – Yılmaz, E. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2013, s:1151 vd.

<sup>562</sup> Bknz: 19. HD. 23.02.2012 T. 11090/2787



- "*Kapanış tasdikleri bulunmayan defterlerin, sahibi lehine delil teşkil etmeyeceğini*" (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**'ndan önceki dönemde "ticari defterlerle ispat" konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.'ya önceki (6762 sayılı) TTK.'nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**'nun "ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>563</sup>

- "*Davacı defterindeki kayıtların tek başına davacı lehine delil teşkil etmeyeceğini*" (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**'ndan önceki dönemde "ticari defterlerle ispat" konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.'ya önceki (6762 sayılı) TTK.'nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**'nun "ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>564</sup>

- "*TTK. 82 vd. maddelerine göre tacirler arasındaki uyumsuzluklarda her iki tarafın ticari defter ve kayıtları üzerinde inceleme yapılması gerekeceğini*" (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**'ndan önceki dönemde "ticari defterlerle ispat" konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.'ya önceki (6762 sayılı) TTK.'nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**'nun "ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK. nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>565</sup>

<sup>563</sup> Bknz: 19. HD. 11.06.2012 T. 4631/9883; 03.10.2012 T. 8093/14163; 7.4.2004 T. 6762/3993

<sup>564</sup> Bknz: 19. HD. 1.12.2003 T. 2002-10880/11960

<sup>565</sup> Bknz: 19. HD. 1.10.2003 T. 2002-8349/10761

-“Bir tacirin ticari iş defterinin usulüne uygun tutulmadığı için lehine delil olarak kabul edilmediği hallerde dahi, eğer ileri sürülen alacağın varlığı dayanak belgelerle kanıtlanabiliyorsa, alacağın hüküm altına alınması gerekeceğini” (Not: **6102 sayılı yeni TTK**’ndan önceki dönemde “ticari defterlerle ispat” konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK’ya önceki (6762 sayılı) TTK’nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK**’nun “ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK’nun 83. maddesinde bulunan “tamamlayıcı yemin”e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -“tamamlayıcı yemin”e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>566</sup>

-“Davacı tarafın ticari defterlerinin usulüne uygun olarak tutulmamış olması nedeniyle lehine delil teşkil etmediği durumlarda dava dilekçesinde yemin deliline de dayanmış olan davacıya, yemin teklif etme hakkı bulunduğu hatırlatılarak sonucuna uygun karar verilmesi gerekeceğini” (Not: **6102 sayılı yeni TTK**’ndan önceki dönemde “ticari defterlerle ispat” konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK’ya önceki (6762 sayılı) TTK’nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK**’nun “ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK’nun 83. maddesinde bulunan “tamamlayıcı yemin”e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -“tamamlayıcı yemin”e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>567</sup>

-“Tarafların tacir olup, davalının ihtara rağmen ticari defterlerini ibraz etmemiş olması sebebiyle TTK. 86 hükmü gözetilerek ve ayrıca borcu ödediğini öne süren davalının bu def’i de kanıtlayamaması halinde davalı aleyhine karar verilmesi gerekeceğini” (Not: **6102 sayılı yeni TTK**’ndan önceki dönemde “ticari defterlerle ispat” konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK’ya önceki (6762 sayılı) TTK’nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK**’nun “ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş

<sup>566</sup> Bknz: HGK. 2.10.2002 T. 19-753/661

<sup>567</sup> Bknz: 19. HD. 16..3.2001 T. 2000-8356/1847

olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş bulunduğundan; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>568</sup>

-*"Ticari defterleri kanuna uygun olarak tutulmuş olan davacı tarafa 'tamamlayıcı yemin' verilmeden, davanın sonuçlandırılmayacağını"* (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**'ndan önceki dönemde "ticari defterlerle ispat" konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.'ya önceki (6762 sayılı) TTK.'nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**'nun "ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş bulunduğundan; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>569</sup>

-*" 'Sadece kendi defterlerine dayandığını, davalı tarafın defterlerine dayanmadığını' bildirmiş olan davacı tarafın bu beyanına rağmen, davalı tarafın da ticari defterleri usulünce istenerek üzerlerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, sadece davacı tarafın defterleri incelenerek sonuca gidilemeyeceğini"* (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**'ndan önceki dönemde "ticari defterlerle ispat" konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.'ya önceki (6762 sayılı) TTK.'nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**'nun "ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK. nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş bulunduğundan; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>570</sup>

-*"Kredi sözleşmesinde 'banka defter ve kayıtlarının kesin delil olacağı' hususunun kararlaştırılmış olması halinde de defter kayıtlarının, dayanağı belgelerle birlikte delil olma niteliğini taşıyacağını"*<sup>571</sup>

<sup>568</sup> Bknz: 19. HD. 15.3.2001 T. 2000-7943/1790

<sup>569</sup> Bknz: 19. HD. 31.1.2001 T. 2000-6833/727

<sup>570</sup> Bknz: 19. HD. 13.12.2000 T. 5851/8654; 4.4.1995 T. 1994-6966/3139

<sup>571</sup> Bknz: 19. HD. 27.11.2000 T. 5291/8085; 10.2.1998 T. 1997- 8604/714

-“Davacının, kapanış tasdiki bulunmayan defterlerindeki aleyhine kayıtların gözardı edilemeyeceğini” (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**’ndan önceki dönemde “ticari defterlerle ispat” konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.’ya önceki (6762 sayılı) TTK.’nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**’nun “ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan “tamamlayıcı yemin”e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -“tamamlayıcı yemin”e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>572</sup>

-“Ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için dayanağı belgelerin de bulunması ve sıhhatli olması gerektiğini” (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**’ndan önceki dönemde “ticari defterlerle ispat” konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.’ya önceki (6762 sayılı) TTK.’nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**’nun “ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan “tamamlayıcı yemin”e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -“tamamlayıcı yemin”e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>573</sup>

-“Davacının ticari defterlerinin kendisi yararına delil olabilmesi için, davalının defterlerinin de kanıt olarak ileri sürülmesi ve davalının defterlerini ibrazdan kaçınmış olması gerektiğini” (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**’ndan önceki dönemde “ticari defterlerle ispat” konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.’ya önceki (6762 sayılı) TTK.’nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**’nun “ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan “tamamlayıcı yemin”e yer verilmemiş bulunduğu; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222.

<sup>572</sup> Bknz: 19. HD. 14.12.1994 T. 2585/12524

<sup>573</sup> Bknz: 19. HD. 6.12.1994 T. 2409/12035

maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>574</sup>

-*"Kredi ile ilgili kart ve hesap ekstrelerinin, 'banka defter ve kayıtları' kapsamında yer aldığını"* (Not: **6102 sayılı yeni TTK.**'ndan önceki dönemde "ticari defterlerle ispat" konusunda yapılmış olan aşağıdaki açıklamalar, yeni TTK.'ya önceki (6762 sayılı) TTK.'nun 82 vd. maddelerinde yer almamışsa da, aynı konu **yeni 6100 sayılı HMK.**'nun "ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 222. maddesinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, bu yeni düzenlemede yürürlükten kalkmış olan önceki 6762 sayılı TTK.nun 83. maddesinde bulunan "tamamlayıcı yemin"e yer verilmemiş olduğundan; bundan böyle ticari defterlere ilişkin önceki açıklama ve içtihatlar HMK. nun 222. maddesi çerçevesinde -"tamamlayıcı yemin"e başvurulmaksızın- geçerliliğini sürdürecektir.)<sup>575</sup>

-*"Zamanaşımına uğramış bononun keşideciyle lehtar arasındaki ilişki yönünden yazılı delil başlangıcı niteliğinde olduğunu, temel ilişkiye dayanılarak alacak talep edilmesi halinde zamanaşımının da temel ilişkiye göre belirleneceğini"*<sup>576</sup>

-*"Davalı adına tek yanlı olarak kesilmiş olan faturaların malın teslim edildiğinin kanıtı olamayacağını (davacının dava konusu malı davalıya teslim ettiğinin ayrıca kanıtlanması gerektiğini)"*<sup>577</sup>

-*"Zamanaşımına uğramış çekler yönünden kambiyo hukukuna dayalı haklar yitirilir ise de, bu durumda hamilin keşideci ile arasında temel ilişki varsa bu çeklere yazılı delil başlangıcı olarak dayanarak ve iddiasını her türlü delille kanıtlayarak dava açabileceğini, arada temel ilişki bulunmaması halinde ise uyumsuzluğun TTK. 732 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğini"*<sup>578</sup>

-*"Alacaklının, zamanaşımına uğramış bir bonodan dolayı kambiyo senetlerine özgü takip hakkını yitirir ise de, aralarındaki temel ilişkiye dayanarak borçlu aleyhine dava açabileceğini"*<sup>579</sup>

<sup>574</sup> Bknz: 19. HD. 22.6.1994 T. 1993-6457/6628

<sup>575</sup> Bknz: 19. HD. 23.2.1994 T. 1993-1121/1593

<sup>576</sup> Bknz: 19. HD. 14.11.2003 T. 2141/11493; 6.11.2003 T. 2002-8307/11106

<sup>577</sup> Bknz: 19. HD. 15.10.2003 T. 2002- 7062/9869; 22.5.2001 T. 146/3969; 22.3.2001 T. 2000-8204/2052 vb.

<sup>578</sup> Bknz: 19. HD. 10.6.2004 T. 5320/7041; 31.3.2004 T. 6613/3634; 29.3.2004 T. 4907/3472; 30.10.2003 T. 2002-7391/10676; 20.10.2003 T. 1121/10108; 20.6.2003 T. 2002-9620/6669 vb.

<sup>579</sup> Bknz: 19. HD. 30.9.2003 T. 2002-6023/9073; HGK. 28.3.2001 T. 19-230/310

-“Belli olmayan zamanlarda kira bedelinin kiralayana ödenmiş olmasının, sözleşmenin aksine, belli zamanda ödeme yapılması yolunda teamül oluştuğunu göstermeyeceğini”<sup>580</sup>

-“Sözleşmede kullanılmış olan mührün HMK. 206 uyarınca muhtar ve ihtiyar heyeti tarafından tasdik edilmemiş olması halinde hukuki sonuç doğurmayacağını”<sup>581</sup>

**-“Tanıkla isbat (HMK. 203) hakkında”;**

-“HMK. 203/b uyarınca yaygın teamül bulunmadıkça tanık dinlenemeyeceğini”<sup>582</sup>

-“Davalının tanık dinlenmesine muvafakat etmemesi halinde davacının ‘kira akdinin süre dolmadan, karşılıklı anlaşma ile sona erdirildiğini’ tanıkla ispat edemeyeceğini”<sup>583</sup>

-“Davacının, davalı kardeşinin açtığı ihalenin feshi davasında yatırması gereken nakdi teminatı davalı nam ve hesabına avukatına verdiğini tanık dahil her türlü yasal delillerle ispat edebileceğini”<sup>584</sup>

-“Davalı ile davacının anne-oğul olması halinde vekil konumunda olan davalının annesine yaptığı ödemeyi, dolayısıyla vekaletle ilgili olarak hesap vermeyi tanık dahil her türlü delille ispat edebileceğini”<sup>585</sup>

-“Davalı tarafın ‘icra takibine dayanak teşkil eden çekin çalındığı’ yolundaki iddiasını, bu iddia maddi olgu niteliğinde olduğundan tanıkla ispat edebileceğini”<sup>586</sup>

-“Davacının sattığını ileri sürdüğü cihazı ‘ilişkinin miktar ve niteliğine göre’ davalıya teslim ettiğini tanıkla ispat edemeyeceğini”<sup>587</sup>

-“Yargılama aşaması tamamlanmış olmadıkça davalının, borcun ne sebeple bulunmadığını açıklamak ve iddianın aksine delillerini mahkemeye sunmak hakkının ortadan kalkmış olduğundan söz edilemeyeceğini”<sup>588</sup>

-“İtirazın iptali davalarında alacağın varlığını ispat için İİK.’nun 68. maddesinde öngörülen delillere dayanma zorunluluğunun bulunmadığını”<sup>589</sup>

<sup>580</sup> Bknz: HGK. 7.5.2003 T. 6-320/329

<sup>581</sup> Bknz: 13. HD. 30.1.2003 T. 2002-12670/865

<sup>582</sup> Bknz: 13. HD. 23.9.2002 T. 7424/9379

<sup>583</sup> Bknz: 13. HD. 13.6.2002 T. 5960/7117

<sup>584</sup> Bknz. 13. HD. 16.5.2002 T. 3811/5676

<sup>585</sup> Bknz: 19. HD. 12.10.2000 T. 6849/8330

<sup>586</sup> Bknz: HGK. 17.9.1999 T. 9-160/151

<sup>587</sup> Bknz. HGK. 26.3.1997 T. 1996-13-956/233

<sup>588</sup> Bknz: HGK. 6.2.2002 T. 19-18/48

<sup>589</sup> Bknz: 11. HD. 28.1.2002 T. 2001-7983/367



**-“Yemin (HMK. 225 vd.) hakkında”;**

-“İspat yükü kendisine düşmeyen davacının, mahkemenin hatırlatması üzerine davalıya yemin teklif etmesi, davalının da kendisine teklif olunan yemini kabul ve eda etmesinin hukuki sonuç doğurmayacağını”<sup>590</sup>

-“Davacı, dava dilekçesinde ‘her türlü kanıt’ demek suretiyle yemin kanıtına dayanmış olacağından, mahkemece iddiası konusunda davalıya yemin teklifinde bulunma hakkı olduğunun hatırlatılması gerekeceğini”<sup>591</sup>

-“Yeminin kesin delil olduğunu ve konusu suç teşkil eden olaylar hakkında yemin teklif edilebileceğini”<sup>592</sup>

-“Davalının savunmasını kanıtlayamaması ve davacının da teklif edilen yemini usulüne uygun olarak eda etmiş olması halinde davalı aleyhine karar verilmesi gerekeceğini”<sup>593</sup>

-“Delil listesinde yemin deliline yer vermemiş olan tarafların da, kat’i yemin deliline yargılamanın sonunda dayanabileceklerini”<sup>594</sup>

-“Çeke dayalı icra takibinin semeresiz kalması halinde tahsilde teker-rire meydan verilmemesi kaydıyla temel ilişkiye dayalı olarak icra takibi yapılabileceğini”<sup>595</sup>

-“TTK.’nun 772. maddesine dayalı olarak sebepsiz iktisaba dayalı alacak davasının dinlenebilmesi için takip konusu çeklerin süresinde ibraz edilmemiş ya da zamanaşımına uğramış olması ve çeklerin bütün yasal koşullarını taşıması gerektiğini, keşide yeri bulunmayan çeke dayalı olarak böyle bir davanın açılmayacağını”<sup>596</sup>

-“30.2.1997 tanzim tarihli bononun 28.2.1997 tarihli bono olarak kabul edilerek uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerekeceğini (Bu durumda dava konusu belgenin bono olma özelliğini yitirmiş olduğunu kabul etmenin aşırı bir seçkilik olacağını)”<sup>597</sup>

**-“Beraat kararlarının hukuk hakimini bağlaması” (TBK. 74) konusunda;**

<sup>590</sup> Bknz: 13. HD. 15.1.2002 T. 2001-12334/247; 19. HD. 20.5.1996 T. 1995-7818/4926  
<sup>591</sup> Bknz: 19. HD. 24.4.2001 T. 2000-8917/3111; 31.1.2001 T. 2000-6813/723; HGK. 13.12.2000 T. 13-1798/1789 vb.  
<sup>592</sup> Bknz: HGK. 29.5.1996 T. 13-202/433  
<sup>593</sup> Bknz: 19. HD. 26.4.1996 T. 7391/4273  
<sup>594</sup> Bknz: 19. HD. 23.5.1995 T. 1994-7229/4423; 15. HD. 17.3.1995 T. 1994-5594/246  
<sup>595</sup> Bknz: 19. HD. 23.10.2001 T. 7611/6768  
<sup>596</sup> Bknz: 19. HD. 15.2.2001 T. 5925/1188  
<sup>597</sup> Bknz: 19. HD. 12.12.2000 T. 5759/8600



-“TBK.’nun 74. maddesine (eski BK.’nun 53. maddesine) göre ‘beraat kararı, hukuk hakimini bağlamaz’ ise de, ceza mahkemesince saptanan maddi olguların hukuk hakimini de bağlamayacağını”<sup>598</sup>

**-“Yazılı Delil başlangıcı (HMK. 202) hakkında”;**

-“Açıkça borç ikrarını içeren bir belge niteliğinde olmayan belgedeki yazı ve imzanın davalı tarafından inkar edilmemesi halinde, HMK. 202 uyarınca yazılı delil başlangıcı sayılacağını”<sup>599</sup>

-“ ‘7000 DM boçluyuz’ ifadesi taşıyan belgenin altındaki yazının davalı tarafından kabul edilmiş olması halinde bu belgenin HMK. 202 uyarınca yazılı delil başlangıcı sayılacağını”<sup>600</sup>

-“Süresinde ibraz edilmeyen ve davalılarca imzası ikrar edilmiş olan çekin yazılı delil başlangıcı sayılacağını”<sup>601</sup>

-“Davalının el yazısı ile doldurulmuş olan ancak davalının imzasını taşımayan çek yaprağının yazılı delil başlangıcı sayılacağını”<sup>602</sup>

-“Çek niteliğinde olmayan ancak yazılı delil başlangıcı niteliğinde bulunan belgeye dayalı olarak açılan davada tanıkların bu çekin davalıya ödünç olarak verilen para karşılığında düzenlendiğini bildirmeleri, davalının ise çekin hatır çeki olduğunu yasal delillerle kanıtlayamamış olması halinde davalıya re’sen teklif edilen yeminin hukuki sonucu doğurmayacağını”<sup>603</sup>

-“Davacının faksından çıkan belgeyle ödeme savunmasının ispatlanmış olması halinde davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”<sup>604</sup>

**-“Yazılı delille isbat (HMK. 200 vd.) hakkında”;**

-“Tellallık sözleşmesi için TBK. 520/son’da öngörülen yazılı şekil koşulunun ispat değil geçerlilik koşulu olduğunu”<sup>605</sup>

-“Hisse senedi alımı satımı için talimat verildiği iddiasının yazılı delil ile kanıtlanması gerekeceğini”<sup>606</sup>

-“Davacının davalıya gönderdiği havalenin davalının savunmasında ol-

<sup>598</sup> Bknz: 19. HD. 26.04.2012 T. 16209/7068

<sup>599</sup> Bknz: HGK. 6.12.2000 T. 13-1744/1773

<sup>600</sup> Bknz: 13. HD. 4.11.1999 T. 7166/7989

<sup>601</sup> Bknz: 19. HD. 20.9.1999 T. 5343/6010

<sup>602</sup> Bknz: 19. HD. 25.5.1999 T. 2829/3654

<sup>603</sup> Bknz: 13. HD 8.4.1999 T. 2071/2481

<sup>604</sup> Bknz. 11.HD. 2.3.1998 T. 1997-10712/1264

<sup>605</sup> Bknz: 13. HD. 22.4.1999 T. 1257/3115

<sup>606</sup> Bknz. 19. HD. 30.4.1998 T. 593/2943

*duğu gibi, karz ilişkisi nedeniyle değil kooperatif üyeliğine kabulünün sağlanması amacıyla gönderildiğini yazılı delille kanıtlaması gerekeceğini*"<sup>607</sup>

*-“Alacaklı banka vekilinin ‘haricen anlaşmak suretiyle faiz alacaklarını tahsil ettiklerine, tüm borcun ödendiğine’ ilişkin icra dosyasına yaptığı beyanın mahkeme haricinde ikrar niteliğinde sayılacağını*"<sup>608</sup>

*-“Temyiz yeteneğinden yoksun olan davalı yanca, öbür yan aleyhine ileri sürülen hükümsüzlük savında iyiniyet kurallarına aykırı bir durum bulunup bulunmadığı, bir başka deyişle temyiz yeteneği olmayan kimsenin temyiz kudretine sahip olsa idi aynı suretle hareket edecek yani normal zekalı bir insanın bile aynı biçimde işlemde bulunup bulunmayacağı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini*"<sup>609</sup>

*-“Davalı tarafın savunmalarında ‘imza kullandıklarını fakat mühür kullanamadıklarını dolayısıyla takip dayanağı kredi sözleşmesindeki mühürlerin kendilerini bağlamayacağını’ ileri sürmeleri halinde mahkemece davalıların mühür ya da imza kullanıp kullanmadıkları hususunda ‘tapu idaresi, nüfus idaresi, muhtarlık ve benzeri gibi resmi dairelerde gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini*"<sup>610</sup>

*-“Hamilin senedi iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olması halinde keşidecinin lehtarla aralarındaki ilişkiye dayanan def’ileri hamile karşı da ileri sürebileceğini*"<sup>611</sup>

*-“Usulünce düzenlenmiş ve yetkilisinin imzasını taşıyan hesap cüzdanının müşterinin banka nezdindeki mevduatının kanıtlayıcı belgesi sayılacağını*"<sup>612</sup>

*-“Senet arkasındaki ‘senedin teminat senedi olduğu’ hususundaki meşruhatın imzalanmamış olmasının, senedin teminat senedi niteliğini değiştirmeyeceğini*"<sup>613</sup>

*-“Alıcısı olduğu tarafça kabul edilmeyen ve PTT aracılığıyla ile değil de özel olarak çekilen teleksin delil olarak kabul edilemeyeceğini*"<sup>614</sup>

**b e l i r t m i Ő t i r . . .**

**ee)İtirazın iptali davalarında maktu değil nisbi avukatlık ücretine**

<sup>607</sup> Bknz: 19. HD. 21.2.1995 T. 1445/1360

<sup>608</sup> Bknz: 19. HD. 23.9.1996 T. 61/8166

<sup>609</sup> Bknz: 19.HD 26.6.1996 T. 1995-9039/6621

<sup>610</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1995 T. 2775/11233

<sup>611</sup> Bknz: 19. HD. 19.9.1995 T. 1994-9277/7171

<sup>612</sup> Bknz: 19. HD. 1.11.1994 T. 4700/10259; 1.11.1994 T. 3608/10257; 25.10.1994 T. 1038/9954

<sup>613</sup> Bknz: 19. HD. 8.3.1994 T. 1993-1635/2235

<sup>614</sup> Bknz: 19. HD. 15.10. 1993 T. 1992-11910/6670

hükmedilir.<sup>615</sup>

**Yüksek mahkeme;** ‘itirazın iptali’ davalarında hükmedilecek v e k a l e t ü c r e t i ile ilgili olarak;

-“Davalılar yönünden ret sebebi aynı olduğundan, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T.’nin 3/2 maddesi uyarınca aynı vekille temsil edilen davalılar yararına tek vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken, her bir davalı için ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmiş olmasının bozmayı gerektireceğini”<sup>616</sup>

-“Dava, itirazın iptali davası olup, dava kabul edildiğine göre davacı lehine kabul edilen miktar üzerinden nisbi vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken bu yönün gözetilmemesinin bozmayı gerektireceğini”<sup>617</sup>

-“Davanın konusuz kalması halinde, dava tarihindeki haklılık durumuna göre yargılama giderleri ve vekâlet ücretlerinden hangi tarafın, ne oranda sorumlu olacağı belirlenmek suretiyle hüküm kurulması gerekeceğini”<sup>618</sup>

-“Uyuşmazlık; davanın konusuz kalması ile sonuçlandığından ve mahkemece ilk celsede karar verildiğinden, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uyarınca nispi vekalet ücretinin yarısına hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>619</sup>

-“Dava, itirazın iptali istemine ilişkin olup, ‘yetkili icra dairesinde başlatılmış geçerli bir icra takibi olmadığından dolayı davanın reddine’ karar verilmiştir. Dava şartı yokluğu nedeni ile verilen bu ret kararı sonucunda; AAÜT’nin 7/2. maddesi gereğince maktu vekâlet ücreti verilmesi gerekirken, nispi vekâlet ücreti verilmesinin bozmayı gerektireceğini”<sup>620</sup>

-“Davacıya karşı müteselsilen sorumlu bulunan birden fazla kişiye karşı açılan davanın, davalılar için müşterek bir sebepten dolayı reddi halinde vekille temsil olunan davalıların hepsi için tek bir vekalet ücreti tayin olunacağını”<sup>621</sup>

-“İtirazın iptali davasında davanın reddolunan kısmı için (davalının itirazında haklı olduğu miktar üzerinden) davalı lehine nisbi avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>622</sup>

<sup>615</sup> Bknz: 19. HD. 09.04.2012 T. 2714/5931; 21.9.2004 T. 510/9000; 21.1.1998 T. 7662/201; 16.6.1997 T. 9737/6179; 2.7.1994 T. 7218/7207 vb.

<sup>616</sup> Bknz: 19. HD. 12.11.2012 T. 11525/16534

<sup>617</sup> Bknz: 19. HD. 09.04.2012 T. 2714/5931

<sup>618</sup> Bknz: 19. HD. 07.01.2011 T. 2010-5260/163

<sup>619</sup> Bknz: 19. HD. 04.03.2010 T. 2009-12647/2370

<sup>620</sup> Bknz: 19. HD. 15.7.2010 T. 6697/9010

<sup>621</sup> Bknz: 19. HD. 18.6.2003 T. 2002-4121/6532

<sup>622</sup> Bknz: 19. HD. 3.2.2003 T. 2002-8892/914; 7.5.1996 T. 2939/4358; 26.1.1994 T. 1993-

-“İİK. 138/III uyarınca vekil vasıtasıyla yapılan taleplerde, vekalet ücreti miktarının alacaklı (davacı) ile borçlu (davalı) arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın, icra müdürü tarafından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesap edilebileceğini”<sup>623</sup>

-“Deliller toplanmadan önce mahkemece ‘davanın konusuz kalması nedeniyle esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına’ veya ‘davanın açılmamış sayılmasına’ karar verilmiş olması halinde davacı yararına tam değil, ½ oranında vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>624</sup>

-“Avukatlık Ücret Sözleşmesinde sadece ‘işin başarıya ulaşması hali için’ ücret ödeneceğinin öngörülmüş olması fakat başarısızlık halinde ücret ödeneceğinin kararlaştırılmamış olması durumunda, ücret sözleşmesinin geçerli olmayacağını”<sup>625</sup>

-“Vekalet hizmetine ilişkin anlaşmanın mutlaka vekille müvekkil arasında yapılması gerektiğine dair yasalarımızda özel hüküm bulunmadığından, ücrete ilişkin sözleşmenin iş sahibi dışında bir başkası ile de yapılabileceğini”<sup>626</sup>

-“Yabancı para alacağına dayalı takiplerle ilgili itirazın iptali davalarında takip tarihindeki kur üzerinden yabancı paranın Türk parası karşılığı saptanarak bu miktara göre nisbi avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>627</sup>

-“Avukatın üstlendiği iş sebebiyle müvekkiline sağlayacağı yarar kadar ücret almasına hak veren sözleşmenin ahlak ve adaba aykırı ve iş sahibinin istismarına imkan veren bir sözleşme olup geçersiz sayılacağını”<sup>628</sup>

-“Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan ücret sözleşmesinde ‘ücretin vadesinde ödenmemesi halinde aylık %10 temerrüt faizi ödeneceği’nin kararlaştırılmış olmasının geçerli olacağını”<sup>629</sup>

-“Delillerin toplanmasından önce ilk oturumda davanın kabul edilmiş olması halinde davacı vekili için ½ nisbetinde, nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>630</sup>

-“Davanın kazanılması (alacağın tahsili) koşuluna bağlı avukatlık ücretinin geçerli olmadığını”<sup>631</sup>

4888/538

<sup>623</sup> Bknz: 19. HD. 17.11.2000 T. 5255/7888

<sup>624</sup> Bknz: 19. HD. 8.11.2000 T. 7700/7586; 30.9.1997 T. 5899/7854; 7.5.1997 T. 3053/4628

<sup>625</sup> Bknz: 13. HD. 26.10.2000 T. 8447/9129

<sup>626</sup> Bknz: 13. HD. 20.12.1999 T. 8112/9799

<sup>627</sup> Bknz: 13. HD. 29.6.1999 T. 3843/5295

<sup>628</sup> Bknz: 13. HD. 13.5.1999 T. 3489/3933

<sup>629</sup> Bknz: 19. HD. 29.4.1999 T. 1658/3381

<sup>630</sup> Bknz: 19. HD. 30.9.1996 T. 4738/8446; 17.5.1994 T. 1993-4999/5093

<sup>631</sup> Bknz: HGK. 10.4.1996 T. 13-166/266

-“*Dava dilekçesi ile geçerli belgeleri hazırlayıp mahkemeye sunarak yargılamaya katılmış olan davacı vekili için -ayrıca duruşmalara katılmamış olsa dahi- mahkemece vekalet ücreti hükmedilmesi gerekeceğini*”<sup>632</sup>

-“*Yapılan icra takiplerinde vekalet ücreti oran ve miktarı İİK.nun 138/III hükmüne Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne göre, icra müdürlüğünce hesaplanacağından, ‘icra vekalet ücreti’ne ilişkin kredi sözleşmesindeki hükümlerin gözönüne alınamayacağını*”<sup>633</sup>

-“*İtirazın iptali davalarında, -asıl alacak + işlemiş faizlerden oluşan- icra takip miktarı ile hüküm altına alınan inkar tazminatının toplamı üzerinden (nisbi) avukatlık ücreti takdiri gerekeceğini*”<sup>634</sup>

-“*Davanın husumet noktasından reddi halinde maktu miktardaki ücreti aşmamak üzere davacı lehine nisbi olarak avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekeceğini*”<sup>635</sup>

-“*Kredi sözleşmesinde yer alan ‘dava açılması halinde davacı yararına %50 avukatlık ücreti isteneceği’ şeklindeki hükmün geçerli ve tarafları bağlayıcı olduğunu*”<sup>636</sup>

-“*İtiraz dilekçesinin vekil tarafından verilmiş olmasının, vekilin ayrıca duruşmalara katılmaması ve mahkemeye herhangi bir dilekçe-dava/cevap dilekçesi gibi- sunmamış olması halinde lehine vekalet ücreti hükmedilmesini gerektirmeyeceğini*”<sup>637</sup>

belirtmiştir...

**X)Yüksek mahkeme,** “itirazın iptali davası”na çok sık konulan; “kefalet”, “rehin”, “faiz”, “vade farkı”, “kredi sözleşmeleri” ile ilgili uyuşmazlıklarda aşağıdaki şekilde içtihatla bulunmuştur:

**a)“K e f a l e t” ile ilgili uyuşmazlıklarda;**

-“*Müteselsil kefilin, sözleşmedeki kefalet limiti ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumlu olacağını*”<sup>638</sup>

-“*TBK. 583 uyarınca kefaletin geçerliliğinin ‘yazılı olmasına’ ve ‘kefilin sorumlu olduğu miktarın sözleşmede açıkça gösterilmiş olmasına’ bağlı olduğunu*”<sup>639</sup>

<sup>632</sup> Bknz: 19. HD. 13.3.1996 T. 4924/401

<sup>633</sup> Bknz: 19. HD. 13.4.1995 T. 1994-4179/3518; 1.2.1994 T. 1993-423/719

<sup>634</sup> Bknz: 19. HD. 4.5.1994 T. 3353/4515; 2.10.1992 T. 6284/4696

<sup>635</sup> Bknz: 19. HD. 11.11.1993 T. 1992-8845/7510

<sup>636</sup> Bknz: 19. HD. 22.9.1993 T. 11451/5697

<sup>637</sup> Bknz: 13.HD. 16.11.1992 T. 7600/8850

<sup>638</sup> Bknz: 19. HD. 11.05.2011 T. 2010-10988/6521

<sup>639</sup> Bknz: 19.HD. 20.5.2004 T. 9807/5968; 13. HD. 29.6.2004 T. 9535/10260; 19. HD.

-“Kefilin sorumluluğunun kefalet limiti ve kendi temerrüdüünün hukuki sonuçları ile sorumlu olduğunu”<sup>640</sup>

-“Davalının kredi sözleşmelerindeki ‘müteselsil kefil ve müşterek borçlu’ ibarelerini çizerek, bunların yerine ‘kefil’ ibaresini yazmak suretiyle imzalaması ve anılan sözleşmelerin tüm sayfalarına ‘kefalet ediyorum’ şerhini eklemiş olması halinde, davalının kefaletinin ‘adi kefalet’ olduğunun kabulü gerekeceğini”<sup>641</sup>

-“Davalı kefilin temerrüt tarihinin saptanması için, davacı banka tarafından kendisine hesap kat ihtarnamesinin tebliğ edilip edilmediğinin araştırılarak, tebliğ edilmişse tebliğ tarihine göre, tebliğ edilmemişse takip tarihinden itibaren temerrüdün başlayacağını”<sup>642</sup>

-“Birlikte kefillerden birinin borcu ödemesinin diğer kefil de borcundan kurtaracağını”<sup>643</sup>

-“TBK. 585 uyarınca adi kefilin sorumluluğunun ‘akitten sonra borçlunun iflas etmiş’ veya ‘borçlu hakkında yapılmış takiplerin alacaklının kusuru olmaksızın sonuçsuz kalmış’ veya ‘borçluya karşı Türkiye’de imkansız hale gelmiş olması’na bağlı olduğunu”<sup>644</sup>

-“Davacı banka tarafından gönderilen ‘hesap kat ihtarı’nın davalı kefile usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olması halinde, davalı kefilin takip tarihi itibarıyla temerrüde düşeceğini ve sorumlu olacağı borç miktarının kefalet limiti ile sınırlı olup, bu miktara takipten sonra işleyecek temerrüt faizi ve fer’ilerinin eklenebileceğini”<sup>645</sup>

-“İpotek verenlerin aynı zamanda ‘müteselsil kefil’ sıfatıyla borçtan şahsen sorumlu olmaları nedeniyle, üçüncü kişi konumunda sayılamayacaklarından kendilerine muacceliyet ihbarı yapılmasına gerek bulunmadığını”<sup>646</sup>

-“Kira sözleşmesine kefil olmuş olan üçüncü kişinin kefaletinin ‘sınırlı bir kefalet’ olduğunu, BK. 493 uyarınca kefalet süresinin bitimini izleyen bir ay içinde alacaklının icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını talep etmesi

9.7.2003 T. 2002-4386/7566; 13. HD. 12.6.2003 T. 2918/7676 vb.  
640 Bknz: 19. HD. 14.4.2004 T. 6908/4398; 3. HD. 25.2.2004 T. 431/537; 13. HD. 25.10.2001 T. 7427/9602; 19. HD. 27.1.2004 T. 2003-11370/587 vb.

641 Bknz: 19. HD. 26.1.2004 T. 2003-3938/487

642 Bknz: 19. HD. 31.10.2003 T. 7159/10741

643 Bknz: 19. HD. 24.10.2003 T. 7450/10474

644 Bknz: 19. HD. 27.2.2004 T. 5506/1868; 13. HD. 30.6.2003 T. 133/8686; 15.5.2003 T. 4122/6019; 19. HD. 20.3.2003 T. 2001-9904/2420 vb.

645 Bknz: 19. HD. 22.9.2003 T. 51/8529

646 Bknz: 19. HD. 20.6.2003 T. 2002-3628/6671

halinde kefilin vekaletten kurtulacağını" (Not: 6098 s. yeni Türk Borçlar Kanunu'yla, 'sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur' şeklinde değişikliğe gidilmiştir.)<sup>647</sup>

-“TBK. 586/I uyarınca alacaklının asıl borçluya müracaat ve rehinleri paraya çevirmeden önce kefil hakkında takipte bulunabileceğini”<sup>648</sup>

-“Garanti sözleşmesinde kefalette olduğu gibi limit gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, belirsizliğin garantisi olamayacağından, sözleşme düzenlenirken garanti eden kişinin, garanti ettiği edimin ne olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerektiğini, aksi halde sorumluluğunun bulunmayacağını”<sup>649</sup>

-“Kural olarak kefilin ölümünün, kefalet borcunu ortadan kaldırmayacağını ve bu borcun mirasçılara geçeceğini”<sup>650</sup>

-“Davalının sözleşmeyi TBK. 128 uyarınca 'garanti eden' sıfatıyla imzalamış olmasına rağmen davacı banka tarafından davalıya gönderilen ihtarnamede 'davalının müteselsil kefil olduğu'nun belirtilmiş olması halinde davacının uyuşmazlığı kefalet hükümlerine göre çözümlemesi gerekeceğini”<sup>651</sup>

-“Davacı bankanın tek taraflı olarak düzenlediği matbu kredi sözleşmesinde yazılı bulunan 'müşterek ve müteselsil borçlu' sözcüklerinin davalının 'müteselsil kefil' sayılmasını engellemeyeceğini”<sup>652</sup>

-“Kredi sözleşmesinin kefilin kendi temerrüdü tarihinden itibaren, limit kapsamındaki kefalet borcunun temerrüt faizinden ve faizin gelir vergisinden sorumlu olduğunu ve banka muamele vergisinden sorumlu olmadığını”<sup>653</sup>

-“TBK. 600 ve 601. maddelerinin emredici nitelikte olmadığını, kefilin anılan yasa hükümleriyle kendisine tanınan haklardan başlangıçta vazgeçebileceğini”<sup>654</sup>

-“Kefil tarafından verilmiş olan ipoteğin kendi kefaletinin teminatı olarak mı yoksa asıl borçlunun kredi sözleşmesinden doğan borcunun teminatı olarak mı verildiğinin araştırılarak İİK. 45 uyarınca ipoteğin, kefaletin teminatı ola-

<sup>647</sup> Bknz: 13. HD. 5.6.2003 T. 3257/7364; 13.6.2002 T. 5928/7112

<sup>648</sup> Bknz: 19. HD. 2.4.2004 T. 6477/3745; 27.10.2003 T. 8525/10546; 3.6.2003 T. 2002-2202/5902; 21.5.2002 T. 2001-6174/3830; 10.4.2002 T. 2001-5305/2714 vb.

<sup>649</sup> Bknz: 19. HD. 13.5.2003 T. 2002-3636/4840; 9.5.2003 T. 4307/4956; 1.12.2002 T. 6753/6993 vb.

<sup>650</sup> Bknz: 19. HD. 12.5.2003 T. 1826/4991

<sup>651</sup> Bknz: 19. HD. 7.4.2003 T. 2002-6777/3722

<sup>652</sup> Bknz: 19. HD. 18.2.2003 T. 2001-9388/1197

<sup>653</sup> Bknz: 19. HD. 28.1.2003 T. 2001-9613/659

<sup>654</sup> Bknz: HGK. 23.10.2002 T. 19-866/845; 12.6.2002 T. 19-426/513



*rak verilmiş olduğunun anlaşılması halinde kefil hakkında öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması gerekeceğini”<sup>655</sup>*

*–“Kefilin borcun aslı ile birlikte borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olduğunu, faiz verilmesi kararlaştırılmış ise kefilin ancak işlemekte olan faiz ile birlikte işlemiş faizden bir yıllığını vermekle yükümlü olduğunu”<sup>656</sup>*

*–“Henüz vesayeti sona ermemiş olan kişinin imzaladığı kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığını”<sup>657</sup>*

*–“Kefilin borcun tamamı ödeninceye ya da kendi sorumluluğunu yerine getirinceye kadar borçtan sorumlu olduğunu”<sup>658</sup>*

*–“TBK. 587/2 uyarınca kefillerin her birinin borcun tamamından sorumlu olmakla beraber öteki kefillere payları oranında rücu hakkına sahip olduklarını”<sup>659</sup>*

*–“Kefilin ödediği miktar yönünden, alacağı değil, alacaklının haklarına sahip olacağını”<sup>660</sup>*

*–“Kredi sözleşmesinde müteselsil kefil olarak imzası bulunan davalının alacaklı bankaya kredinin teminatı olarak verdiği senedin rehnedilmiş olması halinde, alacaklı bankanın hem bu senet hakkında hem de sözleşmenin kefil olan davalı hakkında sözleşmeye dayanarak, tahsilde tekerrüre meydan verilmemek kaydıyla icra takibinde bulunabileceğini”<sup>661</sup>*

*–“Kredi sözleşmesinin ‘müşterek müteselsil borçlu ve müteselsil kefil’ kısmında değil ‘müşteri’ kısmında imzası bulunan kişinin sorumluluğunu ‘ipotek veren üçüncü kişi’ olarak tesis edilen ipotekle sınırlı bulunduğu, ayrıca ‘müteselsil kefil’ olarak sorumluluğunun bulunmadığını”<sup>662</sup>*

*–“Takipten önce usulen temerrüde düşürülmemiş olan kefilin hesabın kat tarihindeki asıl borç miktarından kefalet limiti gözetilerek sorumlu olacağını ve davalı kefilin hesap kat ihtarnamesinde temerrüde düşmüş olacağını”<sup>663</sup>*

*–“Davalının ‘sözleşmenin limit miktarını gösteren kısmının sonradan dol-*

<sup>655</sup> Bknz: 19. HD. 12.2.2002 T. 2001-9847/1051; 15.10.2001 T. 5130/6525

<sup>656</sup> Bknz: 19. HD. 23.1.2002 T. 2001-4278/468

<sup>657</sup> Bknz: 19. HD. 2.10.2001 T. 2053/6100

<sup>658</sup> Bknz: 19. HD. 25.6.2001 T. 1302/4946

<sup>659</sup> Bknz: 19. HD. 15.6.2001 T. 784/4646

<sup>660</sup> Bknz: 19. HD. 3.5.2001 T. 2000-7962/3384

<sup>661</sup> Bknz: 19. HD. 23.3.2001 T. 2000-8385/2112

<sup>662</sup> Bknz: 19. HD. 19.2.2001 T. 2000-8561/1328

<sup>663</sup> Bknz: 19. HD. 1.2.2001 T. 2000-6936/757; 1.2.2001 T. 2000-6937/758

*durulmuş olduğu' yolundaki iddiasını yazılı delil ile kanıtlaması gerektiğini, sözleşmenin farklı renkte ve tonda kalemler kullanılarak doldurulmuş olmasının, limit miktarının sonradan yazıldığıın kanıtı olamayacağını*"<sup>664</sup>

*-“Alacaklının almış olduğu teminatı, kefilin zararına olarak tenfiz etmesi veya elinden çıkarması halinde kefile karşı sorumlu olacağını*"<sup>665</sup>

*-“Ek kart hamilinin, ancak kendi yaptığı harcamalar ve bu sebeple oluşan temerrüdün hukuki sonuçlarından sorumlu olduğunu*"<sup>666</sup>

*-“TBK. 589 uyarınca kefilin temerrüde düştüğü tarihe kadar oluşan borçtan (borç aslı ile temerrüt faizinden) kefalet limiti ile sorumlu olacağını*"<sup>667</sup>(Not: 6098 sayılı Borçlar Kanununun 589. maddesinin 2. fıkrasında “kefilin, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa belirtilen azami miktarla sınırlı olarak sorumlu olacağı” öngörülmüştür.)

*-“Kefalet borcunun 10 yılda zamanaşımına uğrayacağını, zamanaşımının kefaletin muaccel olduğu yani alacaklının kefile başvurabileceği andan itibaren başlayabileceğini*"<sup>668</sup>

*-“Sözleşmeye bakıldığında ‘müteselsil’ yazısında kullanılan sözcüklerle diğer sözleşmedeki yazıların aynı kalem ürünü olduğunun çıplak gözle açıkça ve tereddüde yer vermeyecek şekilde görülmesi halinde, sadece matbu yazılmış ‘kefil’ kelimesinin yanına daha sonra davacı tarafından ‘müteselsil’ ibaresinin yazılmış olmasının davalının ‘müteselsil kefil’ sayılmasını engellemeyeceğini*"<sup>669</sup>

*-“Takipten önce -ihtar gönderilerek- temerrüde düşürülmemiş olan kefilin ‘takip tarihi’nden itibaren temerrüt faizinden sorumlu olacağını*"<sup>670</sup>

*-“Borç rehinle temin edilmiş olsa bile, alacaklının müteselsil kefilini doğrudan doğruya takip edebileceğini*"<sup>671</sup>

*-“Hesabın kesinleşmesinden sonra, banka tarafından ‘kaynak kullanım destekleme fonu’, ‘komisyon’ ve ‘sigorta ücreti’ adı altında herhangi bir alacak talebinde bulunamayacağını*"<sup>672</sup>

<sup>664</sup> Bknz: 19. HD. 29.1.2001 T. 2000-6924/665

<sup>665</sup> Bknz: 19. HD. 16.11.2000 T. 5095/7831

<sup>666</sup> Bknz: 19. HD. 26.6.2000 T. 4442/5055

<sup>667</sup> Bknz: 19. HD. 23.2.1999 T. 1998-7104/1053

<sup>668</sup> Bknz: 19. HD. 12.2.1999 T. 1998-6102/667

<sup>669</sup> Bknz: HGK. 19.6.1996 T. 13-355/497

<sup>670</sup> Bknz: 19. HD. 22.5.1995 T. 4689/4392

<sup>671</sup> Bknz: 19. HD. 26.4.1995 T. 1994-5943/3791; 15.12.1993 T. 1992-10082/8615

<sup>672</sup> Bknz: 19. HD. 24.4.1995 T. 1994-7137/3691; 9.12.1992 T. 3724/6466

-“Banka kredi sözleşmelerine ‘müteselsil kefil’ olan kişilerin; ‘hesabın kesilmesi tarihinde’ dönem faizleri ile birlikte gerçekleşen ana borçtan, kefalet limitleri ile sınırlı olarak ‘hesabın kesilmesinden sonra’ ise, temerrüde düşürülmüşlerse, temerrüt tarihinden itibaren, temerrüt faizinden sorumlu olacaklarını”<sup>673</sup>

-“‘Kefil’ sıfatıyla altında imzaları bulunmayan kredi sözleşmelerine göre verilen kredi ve teminat mektuplarından, kefil olduğu ileri sürülen kişilerin sorumlu olmayacağını”<sup>674</sup>

-“Kefaletin, atıfta bulunduğu kira sözleşmesi ile öngörülen miktar yönünden geçerli sayılacağını”<sup>675</sup>

-“ Hesabı kat eden banka tarafından müteselsil kefile -TBK. 117 ve 590 uyarınca- ihtarda bulunulmadıkça müteselsil kefilin temerrüde düşmüş olmayacağını”<sup>676</sup>

-“Kredi sözleşmesine dayanılarak verilen teminat mektubunun riski doğmadığı halde bedelinin depo edilmesi ile ilgili olarak banka tarafından kredi borçlusu ve kefil hakkında ilamsız haciz yolu ile takip yapılabileceğini”<sup>677</sup>

-“Kredi sözleşmesindeki ‘müteselsil kefil ve müşterek borçlu’ ifadelerinin kefaleti ifade ettiğini”<sup>678</sup>

-“ ‘Asıl borçlu’nun borcun tamamından sorumlu olmasına karşın, ‘müteselsil kefil’ in kefalet limiti ile sınırlı olarak borçtan sorumlu olduğunu”<sup>679</sup>

-“Bankanın, kredi müşterisi yerine başka bir kişiye -kefilin talimatı dışında- kredi kullandırmış olması halinde, kefilin sorumluluğunun ortadan kalkacağını”<sup>680</sup>

-“Kefalet senedinde, kefilin sorumlu olduğu miktarın belirtilmemiş olması halinde, kefilin -TBK. 128 uyarınca- ‘üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden’ sıfatıyla sorumluluğunun söz konusu olmayacağını”<sup>681</sup>

-“Verdiği teminat mektubu bedele dönüşen (tazmin edilen) bankanın, bu

<sup>673</sup> Bknz: 19. HD. 28.3.1995 T. 1994-6985/2919; 23.3.1995 T. 1994-5658/2660

<sup>674</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1994 T. 2288/12601

<sup>675</sup> Bknz: 19. HD. 24.10.1994 T. 1993-7437/9928

<sup>676</sup> Bknz: 19. HD. 30.6.1994 T. 1993-5730/7085; 9.12.1993 T. 1992-9874/8454

<sup>677</sup> Bknz: 19. HD. 28.6.1994 T. 1993-6811/6930; 15.9.1993 T. 10730/5479

<sup>678</sup> Bknz: 19. HD. 1.6.1994 T. 1993-5935/5535

<sup>679</sup> Bknz: 19. HD. 25.5.1994 T. 1993-5911/5206; 30.9.1993 T. 1992-11570/5980

<sup>680</sup> Bknz: 19. HD. 18.4.1994 T. 1993-3970/3897

<sup>681</sup> Bknz: 19. HD. 30.3.1994 T. 1993-4055/3067

*bedel için gerek kredi borçlusu ve gerekse müteselsil kefiller hakkında ilamsız takip yapabileceğini*<sup>682</sup>

*-“Gayrimuayyen süre ile yapılan kredi sözleşmesinde müteselsil kefilin sorumluluğunun sözleşme süresince devam edeceğini ve kefilin tek taraflı bildirimi ile sorumluluğunun sona ermeyeceğini”*<sup>683</sup>

*-“Kredi borçlusunun iflas etmiş olması ve bankanın kredi alacağını iflas masasına kayıt ettirmesinin, bu alacağın, müteselsil kefilinden kefalet limiti ile sınırlı olarak ayrıca talep edilmesine ve hakkında icra takibi yapılmasına engel teşkil etmeyeceğini”*<sup>684</sup>

*-“Bir anonim şirketin başka kişilere kefil olabilmesinin ticari faaliyetinin tabii gereği olduğunu, bu konuda ana sözleşmesinde hüküm bulunmasına gerek olmadığını”*<sup>685</sup>

*-“UNSURLARI belli olmak koşuluyla devamlı, değişik muhtevalı, birden çok yükümlülükleri içeren bir borç (kredi borcu ilişkisi) için kefil olunabileceğini”*<sup>686</sup>

*-“‘Birlikte kefalet’ halinde, müteselsil kefil durumunda olan kimsenin kredi sözleşmesindeki limit kadar sorumlu olacağını”*<sup>687</sup>

belirtmiştir.

### **b) “R e h i n” ile ilgili uyuşmazlıklarda;**

*-“İİK.’nun 45. maddesine göre rehinle temin edilmiş alacağın sahibinin bu maddede yazılı istisnalar dışında rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunda olduğunu, TBK. 586. maddesinin İİK.’nun 45. maddesinde öngörülen ‘önce rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğunun’ bir istisnası olduğunu”*<sup>688</sup>

*-“Toplu ipotekte, ipotekli taşınmazların aynı zamanda satışının sağlanması için, tümü yönünden takibe geçilmesinin yasal bir zorunluluk olduğunu”*<sup>689</sup>

*-“Asıl borçlu ile beraber, borçtan kişisel olarak sorumlu olmayan ipotekli taşınmaz malikine -MK. 887 uyarınca- ihbar yapılmadıkça, ipotek borç-*

<sup>682</sup> Bknz: 19. HD. 1.3.1994 T. 1993-3696/1846

<sup>683</sup> Bknz: 19. HD. 24.2.1994 T. 1993-2596/1666

<sup>684</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.1993 T. 10576/8929

<sup>685</sup> Bknz: 19. HD. 21.10.1993 T. 5190/6825

<sup>686</sup> Bknz: 11. HD. 11.3.1998 T. 1489/1500

<sup>687</sup> Bknz: 11. HD. 25.6.1986 T. 3148/3868

<sup>688</sup> Bknz: 19. HD. 29.12.2003 T. 7470/13399; 11. HD. 2.4.2002 T. 10698/3033

<sup>689</sup> Bknz: 19. HD. 13.10.2003 T. 2002-5546/9713

luları için borç muaccel olmayacağından, bu kişiler hakkında ipotekli takip yapılamayacağını"<sup>690</sup>

-“İİK.’nun 45. maddesinde ‘rehin tutarının borcu ödemeye yetişmemesi halinde alacaklının kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebileceği’nin öngörülmüş olduğunu"<sup>691</sup>

-“Borcun ipotek tutarından daha az olduğu durumlarda tahsilde teker-rüre meydan verilmemek kaydıyla alacaklı tarafından ilamsız takipten sonra ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunulması halinde, ‘ilamsız takibe yönelik itirazın iptali talebinin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini"<sup>692</sup>

-“İpotek veren borçlu hakkında yapılan ilamsız takibe yönelik itirazın ip-tali davasının reddi gerekeceğini"<sup>693</sup>

-“Gemi ipoteğinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan ilamsız takibe itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasının, borçlu tarafından ipotek limitine itiraz edilmemiş olması halinde dinlenmeyeceğini"<sup>694</sup>

-“Kredi sözleşmesinin müteselsil kefil tarafından ayrıca kredi borcu için ipotek verilmiş olması halinde, alacaklı tarafından yapılan ipoteğin paraya çev-rilmesi yoluyla takibin müteselsil kefil hakkında tahsilde tekerrüre yol açmaya-cak şekilde haciz yoluyla ilamsız takip yapılmasını engellemeyeceğini"<sup>695</sup>

-“Limit ipoteğine dayalı takiplerde takip sonrası için limitleri aşacak şekil-de faiz hesaplanamayacağını"<sup>696</sup>

-“İpotek limitinin borç miktarından fazla olduğu durumlarda, borçlu hak-kında sadece ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceğini, genel haciz yoluyla ilamsız takip yapılamayacağını"<sup>697</sup>

-“Kefil tarafından kredi borcuna karşılık verilen ipoteğin, kendi kefalet-inin teminatı olarak verilmiş olmadıkça, kefil hakkında genel haciz yoluyla takip yapılmasını önlemeyeceğini"<sup>698</sup>

-“Teminat ipoteğinde,ipotekle teminat altına alınmış olan alacağın, ve-

<sup>690</sup> Bknz: 19. HD. 9.6.2004 T. 9123/6955; 26.4.2004 T. 6661/4749; 26.4.2004 T. 8190/4701; 26.5.2003 T. 2002-7944/5411; 21.4.2003 T. 2002-6867/4327; 7.4.2003 T. 2002-217/3737 vb.

<sup>691</sup> Bknz: 19. HD. 29.3.2004 T. 12055/3498; 17.9.2002 T. 7763/5879

<sup>692</sup> Bknz: 19. HD. 11.6.2002 T. 3524/4569

<sup>693</sup> Bknz: 19. HD. 4.10.2001 T. 2275/6153

<sup>694</sup> Bknz: 19. HD. 21.6.2001 T. 1162/4862

<sup>695</sup> Bknz: 19. HD. 17.4.2000 T. 808/2924

<sup>696</sup> Bknz: 19. HD. 12.11.1999 T. 6441/6754

<sup>697</sup> Bknz: 19. HD. 11.11.1999 T. 6852/6708

<sup>698</sup> Bknz: 19. HD. 22.10.1999 T. 4897/6128

kalet ücreti ve icra masrafları dahil her türlü fer'ileri (eklentileri) ile birlikte, ipotek limitini aşamayacağını"<sup>699</sup>

-“Alacaklının, asıl borçluya karşı veya rehinleri paraya çevirmeden borcun müteselsil kefilleri hakkında öncelikle takipte bulunabileceğini, ancak yapılan takibin kefalet limiti ve kefilin varsa temerrüdünden doğan sorumluluğu ile sınırlı olacağını"<sup>700</sup>

-“Rehinle temin edilmiş borç tamamı ödenmedikçe, kefilin, ödediği borç miktarı hakkında rehin veya sair teminatların kendisine devrini isteyemeyeceğini"<sup>701</sup>

-“Üçüncü kişi tarafından borca karşı verilen ipotegin, borçlunun verdiği ipotek gibi işlem göreceğini"<sup>702</sup>

-“Hem ‘ipotek veren’ ve hem de ‘asıl borcun müteselsil kefil’ olan davalının sorumluluğunun ipotek limiti ile sözleşmedeki kefalet limitini kapsamaması nedeniyle, hakkında ayrı ayrı takip yapılabileceğini"<sup>703</sup>

-“İpotekle temin edilmiş alacağın ayrıca kambiyo senedine bağlanmış olması halinde, tahsilde tekerrüre meydan verilmemek kaydıyla, hem ipoteğe ve hem de senede dayanılarak ayrı ayrı takip yapılabileceğini"<sup>704</sup>

-“Kredi borcuna karşılık borçlu tarafından bankaya, üçüncü kişiler tarafından keşide edilmiş senetleri teminat amacı ile ciro etmesi halinde, bu senetler üzerinde bankanın rehin hakkı doğacağını, bu durumda İİK. 45 uyarınca, ancak rehin fazlası alacak için genel haciz yoluyla ilamsız takip yapılabileceğini"<sup>705</sup>

-“Kredi sözleşmesinin teminatı olarak verilen taşınmaz ipoteginin limitini aşan borç miktarı için ilamsız haciz yolu ile takip yapılabilir ise de, ipotek dışında ayrıca alacaklıya ciro edilmiş teminat senetleri var ise, bu senetlerin kapsamındaki borç için haciz yoluyla takip yapılamayacağını"<sup>706</sup>

-“Kredi sözleşmesine hem kefil olan hem de taşınmazını ipotek eden üçüncü kişinin, ‘kefil olduğu miktar’ ve ‘ipotek limiti’ kadar ayrı ayrı sorumluluk altına girmiş olduğunu"<sup>707</sup>

<sup>699</sup> Bknz: 19. HD. 4.6.1999 T. 2995/3917; 15.5.1997 T. 1433/4975

<sup>700</sup> Bknz: 19. HD. 22.4.1999 T. 2240/2708

<sup>701</sup> Bknz: 19. HD. 12.4.1999 T. 1519/2356

<sup>702</sup> Bknz: 19. HD. 23.3.1999 T. 1998-6509/1972

<sup>703</sup> Bknz: 19. HD. 12.2.1999 T. 1998-6102/667

<sup>704</sup> Bknz: 13. HD. 8.2.1999 T. 1998-8932/631

<sup>705</sup> Bknz: 19. HD. 8.5.1998 T. 2375/3234

<sup>706</sup> Bknz: 19. HD. 2.4.1998 T. 228/2511; 31.5.1994 T. 3502/5478

<sup>707</sup> Bknz: 19. HD. 10.2.1998 T. 1997-7014/694

-“Müşterek borçlu’ ve ‘müteselsil kefil’ sıfatı ile kişisel olarak borçlu durumuna girmiş olan kişinin, ‘üçüncü kişi’ konumunda sayılmayacağını ve alacağın muacceliyeti için MK. 887 uyarınca ihbara gerek bulunmadığını”<sup>708</sup>

-“Kefalet’ ve ‘ipotek’ sözleşmelerinin birbirinden bağımsız olduğunu, borç tamamen ödeninceye kadar kefilin sorumluluğunun devam edeceğini, teminat ipoteğinde ise, taşınmazın ipotek limiti ile sınırlı olacağını ve borçlu hakkında ipotek limitini aşan borç miktarı için haciz yoluyla ilamsız takip yapılabileceğini”<sup>709</sup>

-“İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takibe yönelik haksız itirazın iptali halinde, ayrıca alacaklı lehine inkar tazminatına da hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>710</sup>

-“Taşınmaz ipoteğinde, borçtan, kişinin (taşınmaz malikinin) değil, ipotekli taşınmazın -ipotek limiti içinde- sorumlu olduğunu”<sup>711</sup>

-“Yapılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe itiraz edilmesi üzerine açılan itirazın iptali davası sonucunda alacaklı lehine hükmedilen icra inkar tazminatından, ilamda gösterilen borçlunun sorumlu olduğunu”<sup>712</sup>

-“Alacağı için ‘teminat (maksimal) ipoteği de’ almış olan bankanın ipotek limiti dışında kalan alacağı için genel haciz yoluyla takip yapabileceğini”<sup>713</sup>

-“İpotek belgesinde, kamulaştırma bedeli ile diğer hak ve menfaatlerin de ipotek kapsamında olduğunun öngörülmüş olması halinde, kamulaştırma bedelinin arttırılması için açılan dava sonunda arttırılan bedel üzerinde de alacaklının rehin hakkının bulunacağını”<sup>714</sup>

-“Taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sonucunda, yediemin sıfatını taşıyan kişiye de ödeme emri gönderilemeyeceğini”<sup>715</sup>

-“Alacağın tamamının rehinle teminat altına alınmış olması halinde, borçlu hakkında haciz yoluyla takip yapılamayacağını”<sup>716</sup>

-“Borçlunun borcu için taşınmazı üzerinde üst sınır (limit) ipoteği kur-

<sup>708</sup> Bknz: 11. HD. 13.11.1997 T. 185/8113

<sup>709</sup> Bknz: 19. HD. 9.6.1997 T. 1996-9572/5950

<sup>710</sup> Bknz: 11. HD. 29.4.1997 T. 2623/3056

<sup>711</sup> Bknz: 19. HD. 2.4.1997 T. 1996-6074/3485

<sup>712</sup> Bknz: 12. HD. 24.2.1997 T. 1440/1778

<sup>713</sup> Bknz: 19. HD. 6.2.1997 T. 1996-6114/950; 30.11.1994 T. 8879/11731; 25.5.1994 T. 4004/5194

<sup>714</sup> Bknz: 19. HD. 7.11.1996 T. 3153/9769

<sup>715</sup> Bknz: 19. HD. 8.10.1996 T. 1852/8820

<sup>716</sup> Bknz: 19. HD. 19.6.1996 T. 1995-8311/6344



muş olan üçüncü kişi hakkında, ipotekle temin ettikleri borç dışında 'asıl borçlu' gibi, alacaklının tüm alacağından sorumlu tutulamayacaklarını"<sup>717</sup>

-“İcra takibinden önce ipotekli taşınmazın devri halinde, borçtan sadece ipotekli taşınmaz sorumlu olduğundan, ipotekle yükümlü olarak taşınmazını devretmiş olan taşınmaz malikine karşı takip yapılamayacağını"<sup>718</sup>

-“Üst sınır ipoteğine dayalı takibe itiraz edilmesi üzerine açılan itirazın iptali davasında, ipotek limitini aşmamak üzere itirazın iptaline karar verilmesi gerekeceğine"<sup>719</sup>

-“Kredi borcuna karşılık limitli teminat ipoteği veren davacı borçlu tarafından borcuna mahsuben yapılan kısmi ödemelerin, borcun faiz ve giderlerinin ödenmemiş durumda olması halinde, alacaklı tarafından önce gerçekleşen faiz ve giderlere mahsup edilemeyeceğini"<sup>720</sup>

-“Alacağı için 'teminat (maksimal) ipoteği' almış olan bankanın, ipotek limiti miktarını aşar şekilde (ipotekli) takipte bulunamayacağını"<sup>721</sup>

-“Borçlu hakkında yürütülen 'ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla' takibin, 'tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla' kefil hakkında 'genel haciz yoluyla' takip yapılmasına engel olmayacağını"<sup>722</sup>

-“İpotek hakkı alacağa bağlı fer'i hak olduğundan, alacağın temlik ile rehin hakkının da yeni alacaklıya geçeceğini, ipoteğin temlik edildiği kendisine bildirilmeyen borçlunun, senetleri elinde bulunduran önceki alacaklıya iyiniyetle yaptığı ödeme ile ipotekli borcundan kurtulacağını"<sup>723</sup>

-“Alacağı için 'asıl borçlu' dan 'teminat ipoteği' almış olan bankanın, 'ipotek limiti miktarı kadar' borçlu hakkında 'ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla', 'ipotek limitini aşan miktar için' de hem borçlu ve -tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla- kefiller hakkında 'genel haciz yoluyla' takip yapabileceğini"<sup>724</sup>

-“Kredi sözleşmesinin teminatı olarak verilen gayrimenkul ipoteğinin limitini aşan borç miktarı için ilamsız icra takibi yapılabilir ise de, ipotek dışında ayrıca bankaya ciro edilmiş teminat senetlerinin varlığı halinde, teminat

<sup>717</sup> Bknz: 19. HD. 22.5.1996 T. 1995-7584/4988

<sup>718</sup> Bknz: 19. HD. 20.3.1996 T. 1995-4273/2624

<sup>719</sup> Bknz: 19. HD. 1.12.1995 T. 2786/10528

<sup>720</sup> Bknz: 19. HD. 13.10.1995 T. 7684/8330

<sup>721</sup> Bknz: 19. HD. 20.12.1994 T. 2809/12843; 6.6.1994 T. 1993-6548/5791

<sup>722</sup> Bknz: 19. HD. 18.11.1994 T. 8711/11230; 6.10.1994 T. 1993-8972/8998

<sup>723</sup> Bknz: 11. HD. 8.11.1994 T. 306/10624

<sup>724</sup> Bknz: 19. HD. 8.7.1994 T. 1993-7500/7546

senetleri kapsamındaki borç için ilamsız takipte bulunamayacağını"<sup>725</sup>

-“Kredi sözleşmesinin kefil tarafından, alacaklı bankaya ayrıca ipotek verilmiş olması halinde, İİK. 45 hükmünün kefil hakkında da uygulanacağını ve ipotek limiti üzerinden kalan -ve kefil olduğu miktar için- kefil hakkında genel haciz yoluyla takip yapılabileceğini"<sup>726</sup>

-“Kredi sözleşmesinin teminatı olarak gayrimenkul ipoteği vermiş olan üçüncü kişilerin sorumluluğunun, ipotek limitini aşamayacağını (Üçüncü kişi sıfatıyla verilen ipotekte, üçüncü kişi borçtan kişisel olarak sorumlu bulunmadığından, bu kişi hakkında sadece ipotek akit tablosunda gösterilen miktar bakımından ‘itirazın iptaline’ karar verilebileceğini, bunun dışında, temerrüt faizi, komisyon ve diğer giderler hakkında ise ‘itirazın iptali isteminin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini)<sup>727</sup>

-“Borçlunun, kredi borcunun teminatı olarak verdiği taşınmazı satması halinde, satın alan üçüncü kişi yönünden muacceliyet ihbarına ilişkin MK. 887 hükmünün uygulanmayacağını"<sup>728</sup>

### c) “F a i z” ile ilgili uyuşmazlıklarda;

-“Kural olarak Türk Borçlar Kanununun 117. maddesine göre, kesin vadedeli sözleşmelerde temerrüt tarihinin sözleşmede belirtilen günün hitamı ile gerçekleşeceğini, banka tarafından gönderilen son hesap özetinde ödeme günü belirtilmekte ise de, bu ödeme gününde borcun tamamının değil belli bir kısmının ödenmesi gerektiği bildirildiğinden, borcun tamamının ödenmesi gerektiği bildirilmediğinden, kredi kartı borçlarının, miktarı önceden belli olan kesin vadedeli borç niteliğinde olmadığını, bu nedenle kredi kartı borçlarında ‘temerrüt tarihi’ bakımından, anılan maddenin uygulanmasının mümkün olmadığını"<sup>729</sup>

-“Alacaklı, icra takibinde önce, borçluya ‘borcunu ödemesi’ konusunda ihtarname göndererek borçluyu temerrüde düşürmüş olmadıkça, borçlunun takip tarihinden itibaren temerrüde düşmüş olacağını (ve takip tarihinden itibaren temerrüt faizi ödemek zorunda kalacağını)<sup>730</sup>

-“Takip tarihinden önceki dönem için ‘işlemiş faiz’ talep edilebilmesi için, borçlunun -TBK. 117’e göre- temerrüde düşürülmesi gerekeceğini,

<sup>725</sup> Bknz: 19. HD. 31.5.1994 T. 1994-3502/5478; 25.3.1994 T. 1446/2839

<sup>726</sup> Bknz: 19. HD. 9.7.1993 T. 1992-5701/5088

<sup>727</sup> Bknz: 19. HD. 18.3.1993 T. 1992-6744/2083; 11. HD. 20.9.1988 T. 3225/6350

<sup>728</sup> Bknz: 11. HD. 18.9.1992 T. 4486/9069

<sup>729</sup> Bknz: 13. HD. 22.6.2004 T. 5634/9902

<sup>730</sup> Bknz: 19. HD. 28.6.2004 T. 6120/7738; 21.5.2004 T. 12251/6040; 6.4.2004 T. 7085/3967; HGK. 28.4.2004 T. 19-205/246; 15. HD. 27.4.2004 T. 2003-5702/2356

aksi takdirde alacaklının takip tarihinden itibaren gecikme (temerrüt faizi) isteyebileceğini"<sup>731</sup>

-“Gecikme zammının faiz niteliğinde olmadığını, gecikme zammının temerrüt tarihine kadar istenebileceğini ve temerrüt tarihinden sonra gecikme zammına temerrüt faizi yürütülebileceğini"<sup>732</sup>

-“İtirazın iptali davası sonucunda mahkemece TBK. 121/son'a aykırılık teşkil edecek şekilde 'faize faiz yürütülmesine imkan verecek şekilde' karar verilemeyeceğini"<sup>733</sup>

-“Faturanın tebliği ile alacak muaccel hale gelirse de, temerrüt için TBK. 117 uyarınca borçluya ihtarname gönderilmesi gerektiğinden, icra takibinden önce borçluya ihtarname gönderilmemişse, borçlunun takip tarihi itibarıyla temerrüde düşeceğini ve bu tarihten önceki dönem için 'işlemiş faiz' istenemeyeceğini"<sup>734</sup>

-“Temerrüt faizinin başlangıcını tarafların serbestçe kararlaştırabileceğini, eğer kararlaştırmamışlarsa temerrüt faizinin borçlunun temerrüde düştüğü günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacağını"<sup>735</sup>

-“2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98. maddesi uyarınca davalı sigorta şirketinin, sigorta şirketine başvuru tarihinden itibaren 8 iş günlük sürenin bitiminde temerrüde düşeceğini"<sup>736</sup>

-“Taraflar arasındaki temel ilişkinin ödünç akdinden kaynaklandığını ve tarafların tacir olmadığı durumlarda alacağa değişen oranlarda yasal faiz tahakkuk ettirilmesi gerekeceğini"<sup>737</sup>

-“Taraflar arasında temerrüt faizi konusunda bir sözleşme bulunmayan durumlarda temerrüt faizinin 3095 sayılı Kanunda öngörülen orana göre temerrüt faizinin belirleneceğini"<sup>738</sup>

-“İtirazın iptali davalarında; davacı alacaklının (bankanın) 'hesabın kat

<sup>731</sup> Bknz: 19. HD. 4.5.2004 T. 3134/5133; 4.5.2004 T. 3374/5140; 22.12.2003 T. 1102/13127; 10.10.2003 T. 864/9584; 13. HD. 19.6.2003 T. 4079/8062 vb.

<sup>732</sup> Bknz: 19. HD. 12.2.2004 T. 2003-2168/1138; 26.12.2003 T. 2002-8301/13390; 22.12.2003 T. 1167/13154 vb.

<sup>733</sup> Bknz: 19. HD. 1.3.2004 T. 4808/1922; 19.12.2003 T. 2002-10782/12978; 8.12.2003 T. 586/12410; 9.10.2003 T. 2002-7475/9547 vb.

<sup>734</sup> Bknz: 19. HD. 15.12.2003 T. 2002-10590/12729; 24.10.2003 T. 2002-7441/10471; 21.1.2003 T. 2001-8867/475 vb.

<sup>735</sup> Bknz: 19. HD. 3.12.2003 T. 2002-9857/12093

<sup>736</sup> Bknz: HGK. 3.12.2003 T. 10-735/717

<sup>737</sup> Bknz: 13. HD. 13.11.2003 T. 15336/13680

<sup>738</sup> Bknz: 19. HD. 4.11.2003 T. 6829/10890; 21.10.2003 T. 2002-6752/10310

*edildiği tarih itibariyle' , anapara + uygulanan akdi faiz + fer'ilerinden oluşan toplam alacağı bulunduktan sonra, bu alacağı 'temerrüt tarihine kadar' akdi faiz ve banka sigorta muamele vergisi (BSMV) 'faizin gider vergisi' eklenmek suretiyle (akdi faiz ve BSMV. kat tarihindeki alacak ile kapitalize edilerek) alacaklının 'temerrüt tarihindeki' asıl alacağı saptandıktan sonra, bu miktara, temerrüt tarihinden sonra 'takip tarihine kadar' temerrüt faizi ve faizin BSMV'si hesaplanarak (bu arada varsa borçlunun ödemeleri öncelikle BK'nun 84. maddesi uyarınca faizden mahsup edilerek) 'takip tarihindeki' toplam alacak miktarının tesbit edilmesi (bilirkişiden bu ilkeler çerçevesinde rapor alınması) -ve varsa; kefillerin sorumluluğunun kefalet limiti ile kendi temerrütlerinin hukuki sonuçları ile sınırlı olduğu da gözetilerek- takipten sonra 'asıl alacağı' TBK. 121/son uyarınca temerrüt faizi işletilmesine olanak sağlayacak şekilde karar verilmesi gerekeceğini"<sup>739</sup>*

*-“Süresi içinde bankaya ibraz edilmediği için 'çek' niteliğinde sayılmayan belgeye dayalı takiplerde, alacaklının keşide tarihinden itibaren faiz isteyemeyeceğini”<sup>740</sup>*

*-“Faturalara konan 'vade farkı' niteliğindeki 'finansman maliyeti'nin ancak taraflar arasında yapılmış olan sözleşmede kararlaştırılmış veya bu konuda bir teamülün oluşmuş olması halinde istenebileceğini”<sup>741</sup>*

*-“Faturada 'ödeme günü'nün kayıtlı olmaması ve borçluya takipten önce ihtarname de gönderilmemiş olması halinde, borçlunun icra takibi ile temerrüde düşeceğini”<sup>742</sup>*

*-“Tacir olan bankanın TBK.'nun 28. maddesinde belirtilen 'hiffet veya tecrübesizlik' hallerine dayanamayacağını ancak 'muzayaka hali'nden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık nispetsizlik bulunan hallerde müşterisiyle yaptığı akdi feshederek sözleşme ile taahhüt ettiği faiz oranına göre ödeme yapmaktan kaçınabileceğini”<sup>743</sup>*

*-“Taraflar arasında temerrüt faizi oranının kararlaştırılmadığı durumlarda asıl alacağı 3095 sayılı Kanun uyarınca kısa vadeli kredilere uygulanan avans faizine göre faiz ödeneceğini”<sup>744</sup>*

<sup>739</sup> Bknz. 19. HD. 20.10.2003 T. 2002-6635/10080; 9.7.2003 T. 2002-4154/7563; 8.7.2003 T. 2002-4604/7501 vb.

<sup>740</sup> Bknz: 19. HD. 14.10.2003 T. 7878/9748

<sup>741</sup> Bknz: 19. HD. 24.9.2003 T. 2002-5435/8718

<sup>742</sup> Bknz: 19. HD. 26.6.2003 T. 2002-4617/6921; 21.3.2002 T. 2001-5060/1992

<sup>743</sup> Bknz: 19. HD. 12.6.2003 T. 2002-5289/6204

<sup>744</sup> Bknz: 11.6.2003 T. 2002-3372/6189; 20.1.2003 T. 2001-9131/349

-“Tacir olan tarafların ticari işletmesi ile ilgili alacak nedeniyle 3095 sayılı Kanuna göre kısa vadeli avanslara uygulanan faiz oranından faiz isteyebileceğini”<sup>745</sup>

-“Bonolarda vade tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebileceğini”<sup>746</sup>

-“Taraflar arasında borcun vadesinde ödenmemesi halinde vade tarihinden itibaren aylık %8 oranında vade farkı uygulanmasının kararlaştırıldığını fakat temerrüt tarihinden sonra uygulanacak faiz oranının belirlenmemiş olduğu durumlarda takip tarihinden sonra alacağı 3095 sayılı Kanuna göre temerrüt faizi uygulanması gerekeceğini”<sup>747</sup>

-“İcra takibinden sonra uygulanacak temerrüt faizi oranının, takip tarihi itibarıyla tespiti gerekeceğini”<sup>748</sup>

-“Kat ihtarının davalıya usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği ve ödeme emri tebliğinden önce de borcun tamamının ödendiği durumlarda davalının temerrüdünden söz edilemeyeceğini ve dolayısıyla davalıdan temerrüt faizi istenemeyeceğini”<sup>749</sup>

-“Davalı borçlunun, ‘borcunu ödemesi’ konusunda alacaklının gönderdiği ‘ihtarname’nin kendisine tebliği ile ve ‘ihtarnamede verilen sürenin eklenmesi suretiyle belirlenecek tarihte’ temerrüde düşmüş sayılacağını, temerrüt faizinin bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını”<sup>750</sup>

-“Davacının faiz alacağını hesaplanmasında günlük faiz oranı belirlenirken yıllık faizin 360’a değil, 365’e bölünerek hesaplanması gerekeceğini”<sup>751</sup>

-“Gecikme tazminatının faiz niteliğinde olduğunu, bu nedenle buna ayrıca faiz yürütülemeyeceğini”<sup>752</sup>

-“Kredi sözleşmesi uyarınca uygulanacak faiz oranının MK.’nun 2. maddesine uygunluğu da araştırılarak değerlendirilmesi gerekeceğini”<sup>753</sup>

-“Bankaların -kredi sözleşmelerinde yer alan özel hükümler nedeniyle-kredi faiz oranlarını günün koşullarını dikkate alarak tek taraflı olarak belirle-

<sup>745</sup> Bknz: 19. HD. 4.6.2003 T. 2002-3183/5931

<sup>746</sup> Bknz: 19. HD. 27.5.2003 T. 4022/5480

<sup>747</sup> Bknz: 19. HD. 20.1.2003 T. 2002-9163/320; 16.6.2000 T. 2943/4747; 9.6.2000 T. 2811/4550

<sup>748</sup> Bknz: 19. HD. 17.1.2003 T. 2001-9006/303

<sup>749</sup> Bknz: 19. HD. 16.1.2003 T. 2002-3369/259

<sup>750</sup> Bknz: 12. HD. 17.11.2003 T. 19786/22706; HGK. 20.12.2002 T. 19-1066/1077; 19. HD. 12.12.2002 T. 9330/7787 vb.

<sup>751</sup> Bknz: 9. HD. 18.12.2002 T. 10350/24434

<sup>752</sup> Bknz: 13. HD. 23.9.2002 T. 6849/9351; 13.6.2002 T. 5918/7138

<sup>753</sup> Bknz: 19. HD. 2.7.2002 T. 2001-7325/5133

me (değiştirme) yetkisine sahip olmalarının, TBK.'nun 26 ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmediğini, ancak bir 'güven kurumu' olduklarından, bu yetkilerini MK.'nun 2. maddesi çerçevesinde 'dürüstlük kuralları'na göre kullanmaları gerekeceğini"<sup>754</sup>

-“Taraflar arasında düzenlenmiş olan kredi sözleşmesinde ‘temerrüt faizinin, temerrüt tarihinde bankaca uygulanan en yüksek kredi faiz oranına %30 veya %50 ilave edilmek suretiyle bulunacağı’nun kararlaştırılmış olmasının TBK.’nun 26. ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceğini ancak davacı bankanın serbest iradesine bırakılmış olan faiz oranını belirlerken objektif iyiniyet kurallarına göre hareket etmekle yükümlü olduğunu”<sup>755</sup>

-“Yanlar arasındaki kredi sözleşmesine bağlı olarak hesabın kesilmesinin, sözleşmenin feshi anlamında olduğunu, hesabın kesilip usulince borçluya tebliğ edildiği tarihe kadar akdi faizin alacaklı tarafından istenebileceğini, hesabın kesilip bu hususun borçluya bildirilmesinden sonra ise temerrüt faizinin işleme başlayacağını”<sup>756</sup>

-“TBK. 117/II uyarınca, borcun yerine getirileceği günün taraflarca birlikte kararlaştırılmış olması halinde, belirlenen günde ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceğini, borçlunun ev adresini bilen bankanın iş adresine keşide ettiği ihtarnamenin iade edilmesi üzerine ev adresine yeniden ihtarname keşide ederek temerrüde düşürmemiş olması nedeniyle, borçlu davalının takiple temerrüde düşmüş olacağını”<sup>757</sup>

-“Dava konusu alacağın esasını teşkil eden teminat mektuplarının karşılıklarını henüz muhataplarına tazmin etmeden, bedellerinin depo edilmesini isteyen davacı bankanın bu durumda temerrüt faizi talep edemeyeceğini”<sup>758</sup>

-“Alacaklının takipten itibaren belirli bir oran belirterek temerrüt faizi istemiş olması halinde istediği bu faiz oranıyla kendisini bağlamış olacağını, mahkemece bu talebin üstünde faize hükmedilemeyeceğini”<sup>759</sup>

-“Haksız fiilden kaynaklanan alacak takibine yapılan itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, zarar miktarının önceden bilinmesi mümkün olmadı-

<sup>754</sup> Bknz: 19. HD. 20.6.2002 T. 2001-7132/4863; 25.1.2002 T. 2001-4675/532; 25.1.2001 T. 2000-6645/575 vb.

<sup>755</sup> Bknz: 19. HD. 30.5.2002 T. 2001-6776/4147; 24.1.2002 T. 2001-3758/497; 23.1.2002 T. 2001-4137/466 vb.

<sup>756</sup> Bknz. HGK. 10.4.2002 T. 19-266/264; 13.3.2002 T. 12-111/182; 19. HD. 2.10.2000 T. 4127/6321

<sup>757</sup> Bknz. 19. HD. 13.2.2002 T. 2001-4801/1677

<sup>758</sup> Bknz: 19. HD. 2.7.2001 T. 1147/5122

<sup>759</sup> Bknz: 19. HD. 14.5.2001 T. 2000-9268/3636



ğından, davanın kabulü halinde alacağı 'yasal faiz' yürütülmek suretiyle 'itirazın iptaline' karar verilmesi gerekeceğini"<sup>760</sup>

- "Bir tacirin, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet için verdiği avanslar nedeniyle, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanacağını (TTK. mad. 20)"<sup>761</sup>

- "İşlemiş faizleri talep hakkını saklı tutmaksızın asıl alacağını tahsil eden alacaklının -kural olarak- daha sonra faiz isteminde bulunamayacağını"<sup>762</sup>

- "Mahkemece hüküm altına alınan miktara, talep gözetilmeden 'yasal', 'ticari', 'reeskont' denmek suretiyle faiz uygulanmasına karar verilemeyeceğini"<sup>763</sup>

- "Çek keşide eden borçlunun keşide ettiği çek bedelinin tutarını muhatap bankada hazır bulundurmamakla yükümlü olduğunu, aksi takdirde ödeme tarihine kadar geçen süre için temerrüt faizi ile diğer ferilerini ödemekle yükümlü olduğunu"<sup>764</sup>

<sup>765</sup>- "Elektrik aboneliği olan davalının adına tahakkuk eden elektrik bedelinden gecikme cezası ve bunun KDV'si ile takipten sonra işleyecek reeskont faizinden sorumlu olduğunu"<sup>766</sup>

- "Asıl borçluya ihtarname tebliğ edilmişse temerrüt tarihine kadar asıl alacağı akdi faiz yürütülmek suretiyle temerrüt tarihi itibarıyla banka alacağının belirlenmesi ve bu tarihten sonra sözleşmede öngörülen oranda temerrüt faizi yürütülmesi gerekeceğini"<sup>767</sup>

- "İcra takibinden önce temerrüt oluşmayan durumlarda davalı kefillerin kefalet limiti ve takip tarihinden itibaren işleyecek temerrüt faizi ile sorumlu tutulmaları gerekeceğini"<sup>768</sup>

- "Hesabında para bulunmayan davalının davacı banka kaynağından para çekmesinin açıktan kredi kullanma niteliğinde olduğunu, bu durumda paranın alındığı tarih ile ödendiği tarih arasında geçen dönem için davacı bankanın cari kredi faizi istemekte haklı olacağını"<sup>769</sup>

<sup>760</sup> Bknz: 4. HD. 27.3.2003 T. 12322/3716; 17.2.2003 T. 11600/1489; 25.4.2001 T. 192/4145; 16.4.2001 T. 3153/3845; 1.3.2001 T. 2000-10967/2169 vb.

<sup>761</sup> Bknz: 19. HD. 17.4.2001 T. 2000-9048/2962

<sup>762</sup> Bknz: 19. HD. 17.4.2001 T. 2000-8487/3003

<sup>763</sup> Bknz: 19. HD. 13.2.2001 T. 2000-7513/1137

<sup>764</sup> Bknz: 19. HD. 5.2.2001 T. 2000-7018/931

<sup>765</sup>

<sup>766</sup> Bknz: 19. HD. 30.1.2001 T. 6858/675

<sup>767</sup> Bknz: 19. HD. 13.12.2000 T. 5682/8648; 25.6.1998 T. 3818/4496

<sup>768</sup> Bknz: 19. HD. 27.10.2000 T. 5317/7177

<sup>769</sup> Bknz: 19. HD. 10.10.2000 T. 4247/6648



-“Vade farkının faiz niteliğinde olmadığından, hesabın kat edilmesiyle ana paraya eklenerek temerrüt tarihinden sonra toplam alacağa temerrüt faizi uygulanması gerekeceğini”<sup>770</sup>

-“Bono borçlusunun vadeden sonra işleyecek temerrüt faizi ile sorumlu tutulması gerekeceğini”<sup>771</sup>

-“Davacı ile davalı limited şirket arasında imzalanmış olan kira sözleşmesinin kiracı yönünden ticari iş niteliğinde olduğunu, bu nedenle kira bedeline ticari faiz işletilmesi gerekeceğini”<sup>772</sup>

- “Telefon konuşma ücretini ödememiş olan davalı borçludan konuşma ücreti dışında ticari faiz de istenebileceğini”<sup>773</sup>

-“Hesabın kesilmesi tarihine kadar oluşan akdi faizin kapitalize edilerek, belirlenen toplam alacak üzerinden temerrüt faizi uygulanması gerekeceğini”<sup>774</sup>

-“Temerrüt faizinin, en yüksek genel kredi faizi oranına %25 eklenerek hesaplanacağını’ şeklindeki hükmün geçerli olduğunu”<sup>775</sup>

-“TTK. 8/2 uyarınca ‘ticari iş niteliğindeki karz akitlerinde üç aydan aşığı olmamak üzere tahakkuk ettirilen akdi faizin ana paraya ekleneceğini ve yeniden akdi faiz yürütülebileceğini”<sup>776</sup>

-“Alacaklı bankanın davalı borçluya gönderdiği ihtarnamede belirttiği faiz oranıyla bağlı olduğunu”<sup>777</sup>

-“Kredi sözleşmesi ile ilgili uyumsuzluklarda, ‘asıl borç’ (ana para) üzerinden temerrüt faizi ve bunun ‘gider vergisi’nin tahsiline imkan verecek şekilde hüküm kurulması gerekeceğini”<sup>778</sup>

-“İtirazın iptali davalarında, mükerrer faize (faize faiz yürütülmesine) imkan vermeyecek şekilde, ‘itirazın iptaline’ karar verilmesi gerekeceğini”<sup>779</sup>

-“Taraflar arasındaki sözleşmede ‘temerrüt faizi oranı’nın saptanmamış olması ve ‘akdi faiz’ oranının ‘reskont faizi’ oranının üstünde olması halinde,

<sup>770</sup> Bknz: 19. HD. 19.6.2000 T. 3189/4773

<sup>771</sup> Bknz: 19. HD. 15.5.2000 T. 2075/3746

<sup>772</sup> Bknz: 13. HD. 21.3.2000 T. 1967/2449

<sup>773</sup> Bknz: 13. HD. 11.3.1999 T. 1638/1782

<sup>774</sup> Bknz: 19. HD. 25.1.1999 T. 1998-7208/102

<sup>775</sup> Bknz: 19. HD. 19.11.1998 T. 6222/7035

<sup>776</sup> Bknz: 19. HD. 3.12.1997 T. 6718/10259

<sup>777</sup> Bknz: 19. HD. 23.6.1997 T. 100-6494

<sup>778</sup> Bknz: 19. HD. 25.6.1995 T. 1994-7800/3600; 24.4.1995 T. 1994-8175/3695

<sup>779</sup> Bknz: 19. HD. 26.5.1995 T. 3994/4640

*'akdi faiz oranı'na göre 'temerrüt faizi'ne hükmedilmesi gerekeceğini''<sup>780</sup>*

*-“Kefillerin, kredi sözleşmesindeki limitle ve kendi temerrütlerinin sonuçlarından sorumlu olduklarını, kefillere de ayrıca ihbar yapılarak temerrüde düşürülmeleri gerektiğini''<sup>781</sup>*

*-“Cari hesabın kesilmesinden kaynaklanan alacaklara, hesabın kesildiği tarihe kadar oluşan dönemlerde, dönem faizlerinin gerçekleştiği ana paraya eklenmesi ve sonraki dönem için oluşan borç üzerinden yeniden dönem faizinin hesaplanması (faizin kapitalize edilmesi) ve bu işlemin, hesabın kesildiği tarihe kadar sürdürülerek, kesilen hesapta gerçekleşen borcun 'ana borç' olarak kabul edilip, takip tarihine kadar sözleşmedeki temerrüt faizinin uygulanması gerekeceğini''<sup>782</sup>*

*-“İcra takibinde, asıl alacağı, takip tarihine kadar işlemiş temerrüt faizi de ilave edilerek bulunan tutara, takip tarihinden sonraki süre için faiz talep edilmesinin, işlemiş temerrüt faizine faiz isteği olup TBK.nun 121/son maddesi hükmüne aykırı olacağını''<sup>783</sup>*

*-“ 'Temerrüt faizi oranının, cari faize 30 puan eklenerek hesaplanacağı'na dair kredi sözleşmesindeki hükmün, kredi sözleşmesini imzalamış 'borçlu' ve 'kefil'ler için geçerli olacağını''<sup>784</sup>*

*-“Kredi sözleşmesinde akdi faiz oranının hiç tesbit edilmediğini veya edilmiş olup da, sözleşmede, 'bankanın yetkili mercilerce saptanacak veya kendisinin tesbit edeceği cari kredi faizinin en üst oranı üzerinden faiz uygulamaya yetkili bulunduğu' hallerde, kullandırılan kredinin türüne göre uygulanacak cari kredi faizinin oranlarındaki artış geriye etkili olmaksızın faiz oranlarının artışı tarihinden itibaren kredinin işleyecek dönemleri için uygulanabileceğini''<sup>785</sup>*

*-“Vade farkı alacağı için -başlangıçta belirleyip fiyata dönüşmüş olmadıkça- ödenmesinde gecikme nedeniyle ayrıca temerrüt faizi istenemeyeceğini''<sup>786</sup>*

*-“Kredi borcunun ödenmesi için banka tarafından borçluya çekilen ihtarla tanınmış olan süre sonunda temerrüdün oluşacağını''<sup>787</sup>*

<sup>780</sup> Bknz: 19. HD. 16.3.1995 T. 1994-5429/2433

<sup>781</sup> Bknz: 19. HD. 7.3.1995 T. 1994-6468/1936; 5.4.1994 T. 1993-1466/3271

<sup>782</sup> Bknz: 19. HD. 27.2.1995 T. 1994-3306/1373; 22.4.1994 T. 1993-4139/4120

<sup>783</sup> Bknz: 19. HD. 21.2.1995 T. 1994-3138/1372; 28.3.1995 T. 1994-5595/2890

<sup>784</sup> Bknz: 19. HD. 31.1.1995 T. 1994-5181/503

<sup>785</sup> Bknz: 19. HD. 24.10.1994 T. 9676/9893

<sup>786</sup> Bknz: 19. HD. 3.6.1994 T. 1993-5734/5603; 4.4.1994 T. 2271/3242

<sup>787</sup> Bknz: 19. HD. 25.6.1994 T. 1993-4662/5273; 1.3.1994 T. 1993-1710/1851; 22.10.1992 T. 7900/5414

-“Alacaklı banka tarafından, borçluya gönderilen ‘hesabın kat’ına’ ilişkin ihtarnamede, ödeme için bir süre verilmemiş olması halinde, borçlunun, ihtarnamenin kendisine tebliğini izleyen (ertesi) günün iş saati sonunda temerrüde düşeceğini”<sup>788</sup>

-“Faturada yazılı borcundan dolayı ayrıca ihtarla temerrüde düşürülmemiş olan borçlunun icra takibi ile temerrüde düşeceğini”<sup>789</sup>

-“Kredi sözleşmesinde temerrüt faiz oranına ilişkin bir hüküm bulunmadığı hallerde işin ticari niteliğine göre alacaklı banka tarafından reeskont (şimdi; avans) faizi talep edilebileceğini”<sup>790</sup>

-“İtirazın iptali davası sonunda, ‘takipte istenen faiz ile icra takibinin devamına’ hükmedilmesi gerekeceğini”<sup>791</sup>

-“Kredi cari hesabının kat edilmesinden sonra icra takip aşamasında ana borcun ödenmiş olduğunun anlaşılmasına göre, itirazın iptaline ilişkin davada, ödeme tarihine kadar geçen sürenin temerrüt faizi hesaplanıp, bulunacak bu miktar üzerinden davanın kabulü gerekeceğini”<sup>792</sup>

-“Kredi cari hesabının kat’ı ile dönem faizi sürece sona ermiş olacağından, bu tarihten sonra geçecek süre için borca uygulanacak temerrüt faizinin basit faiz olarak hesaplanması gerekeceğini”<sup>793</sup>

-“Banka kredi sözleşmesinde düzenlenen devre faizlerinin (üçer aylık dönem faizi) ana paraya ilavesi ile müteakip devre için ‘ana para’ olarak faiz uygulamasına tabi tutulmasının TBK.nun 121/son hükmüne aykırılık teşkil etmediğini”<sup>794</sup>

-“Kredi sözleşmesinde akdi faiz ile temerrüt faiz oranlarının ayrı ayrı kararlaştırılmış olması halinde hesabın kat’ı üzerine gerçekleşen borçtan dolayı temerrüde düşen borçlu hakkında kararlaştırılan temerrüt faiz oranının uygulanması gerekeceğini”<sup>795</sup>

<sup>788</sup> Bknz: 19. HD. 2.3.1994 T. 2068/1917

<sup>789</sup> Bknz: 19. HD. 16.12.1993 T. 1992-10916/8697

<sup>790</sup> Bknz: 19. HD. 10.2.1994 T. 1993-924/1109

<sup>791</sup> Bknz: 19. HD. 13.12.1993 T. 1992-11222/8568

<sup>792</sup> Bknz: 19. HD. 18.11.1993 T. 1992-8796/7764

<sup>793</sup> Bknz: 19. HD. 14.10.1993 T. 461/6541

<sup>794</sup> Bknz: 19. HD. 30.4.1993 T. 1992-5131/3349

<sup>795</sup> Bknz: 19. HD. 1.3.1993 T. 799/1182

<sup>796</sup>-“İlk davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmuş olması halinde saklı tutulan bölüm için davalının ilk dava tarihinde değil, icra takip tarihinde temerrüde düşmüş olacağını”<sup>797</sup>

-“Tacir olan borçlu bankanın, TBK.’nun 28. maddesinde öngörülen ‘hif-fet’ veya ‘tecrübesizlik’ hallerine dayanamazsa da, ‘müzayaka’ halinden istifade etmek suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunması halinde ‘talep edilen faiz oranının fahiş olduğunu’ ileri sürerek akdi feshedebileceğini”<sup>798</sup>

belirtmiştir.

#### **d) “V a d e f a r k ı” ile ilgili uyuşmazlıklarda;**

-“Vade farkı temerrüt tarihine kadar istenebilir. Temerrüt tarihinden sonrası için temerrüt faizi talep edilebilir. Buna rağmen mahkemece, takipten sonrası için hem vade farkı hem de reeskont faizi uygulanmasına olanak sağlayacak şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini”<sup>799</sup>

-“Vade farkı istenebilmesi için taraflar arasında yazılı şekilde sözleşme bulunması veya yanlar arasında vade farkı ödeneceğine dair ticari teamülün olması gerekeceği, faturalarda yazılı ‘bedelin belli bir sürede ödenmemesi halinde vade farkı alınır’ ibaresinin bulunması ve buna süresi içerisinde itiraz edilmemesi, vade farkı istenebilmesini meşrulaştırmayıp sadece fatura içeriğinin kesinleşmesi sonucunu doğuracağından, mahkemece bu hususun gözetilmeden oluşturulan kararın bozulması gerekeceğini”<sup>800</sup>

-“Taraflar arasında yazılı şekilde yapılmamış olmakla birlikte geçerli sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda, faturalara ‘bedelin belli bir süre ödenmemesi halinde vade farkı ödenir’ ibaresinin yazılarak karşı tarafa tebliğinin ve karşı tarafça TTK.’nun 21/(2) maddesi uyarınca sekiz gün içinde ibraz edilmemesinin sadece fatura münderecatının kesinleşmesi sonucunu doğurup vade farkının davalı yanca kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmeyeceğini”<sup>801</sup>

<sup>796</sup>

<sup>797</sup>

<sup>798</sup>

<sup>799</sup>

<sup>800</sup>

<sup>801</sup>

Bknz: 15. HD. 1.11.1991 T. 4126/5192

Bknz: 19. HD. 6.5.2004 T. 6974/5237; 8.4.2004 T. 5084/4103; 25.3.2004 T. 4939/3344

Bknz: 19. HD. 20.4.2006 T. 2005-10472/4311

Bknz: 19. HD. 10.2.2006 T. 2005-6799 /1225

Bknz: İct. Bir. K. 27.6.2003 T. 2001/1-2003/1; 19. HD. 10.6.2004 T. 10268/7028;

12.5.2004 T. 9212/5508; 7.4.2004 T. 6638/4013; 19.2.2004 T. 4239/1480; 26.1.2004

-“Vade farkının faiz olmayıp mal bedeline katılan bir ilave bedel olduğunu, bu niteliği itibariyle temerrüt tarihine kadar vade farkı istenebileceğini”<sup>802</sup>

-“Mal bedelinin bir kısmının çekince konulmadan alınmasının, vade farkının istenmesine engel teşkil etmediğini”<sup>803</sup>

belirtmiştir.

**e) “K r e d i s ö z l e ş m e l e r i” ile ilgili uyuşmazlıklarda;**

-“Kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda, hesabın kat’ı tarihinden sonra ‘kaynak kullanma destekleme fonu’na hükmedilemeyeceğini”<sup>804</sup>

-“Kredinin senet avansı karşılığında kullandırılmış olması halinde, davacı bankaya ciro edilen müşteri senetlerinin alacağın rehnini teşkil etmesi nedeniyle İİK.’nin 45. maddesi gereğince alacaklıların öncelikle bu senetlere başvurması gerekeceğini”<sup>805</sup>

-“Kredi borçlusunun keşidecisi, bankanın lehtar olduğu senetlerde bankanın rehinli alacaklı olarak kabul edilemeyeceğini”<sup>806</sup>

-“Açılan kredinin davalı şirket tarafından kullanılmış olması halinde, kredi sözleşmesinin davalı şirketi temsile tek başına yetkili olmayan kişi tarafından imzalanmış olmasının şirketin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını”<sup>807</sup>

-“BSMV’nin yükümlüsünün davacı banka olduğunu, ancak bunun aksi-nin sözleşme ile kararlaştırılabileceğini”<sup>808</sup>

-“İmzası inkar edilen kredi sözleşmesinin düzenlenme tarihine yakın tarihte alınmış borçlunun imzası ile inkar edilen imza üzerine bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini”<sup>809</sup>

-“Kredi sözleşmesi ile ilgili itirazın iptali davalarında, bankacılık işleme-

T. 4137/489

<sup>802</sup> Bknz: 19. HD. 8.7.2003 T. 4481/7547; 4.3.2003 T. 88/1729; HGK. 14.4.1999 T. 11-207/215

<sup>803</sup> Bknz: 11 HD. 1.5.1998 T. 1131/2995

<sup>804</sup> Bknz: 19. HD 6.6.2003 T. 1191/6047

<sup>805</sup> Bknz: 19. HD. 2.7.2002 T. 7362/5134

<sup>806</sup> Bknz: 19. HD. 27.6.2002 T. 4407/5005

<sup>807</sup> Bknz: 19. HD. 6.2.2001 T. 7177/952

<sup>808</sup> Bknz: 19. HD. 4.2.2000 T. 8020/699

<sup>809</sup> Bknz: 19. HD. 25.4.1995 T. 7743/3740

*rinde ve muhasebe konusunda uzman kişi ya da kişilerin bilirkişi olarak atanması gerekeceğini*<sup>810</sup>

*-“Kredi sözleşmesi altındaki imzanın borçluya ait olmadığına anlaşılmasının, borçlunun bankadan kredi kullanmış olduğunun kanıtı sayılamayacağını, bunu tesbiti için ödemeye ilgili ‘kasa tediye fişi’ gibi belgeler üzerindeki imzaların, borçluya ait olup olmadığına araştırılması gerekeceğini”*<sup>811</sup>

*-“Kredi sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda, davalının imzasını taşıyan kasa tediye fişinin, paranın banka tarafından borçluya ödendiğinin kanıtını oluşturduğunu”*<sup>812</sup>

*-“Banka kredi sözleşmesi ile ilgili itirazın iptali davalarında, hesabın kesilmesinden ve icra takiplerinden sonra bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihe kadar ödenen miktarın mahkemece saptanıp, kalan borç miktarı üzerinden ‘itirazın iptaline’ ve ‘dava tarihindeki borç miktarı üzerinden inkar tazminatına’ karar verilmesi gerekeceğini”*<sup>813</sup>

*-“Borçlunun kredi borcu için yaptığı ödemeleri, alacaklı bankanın, -TBK. 100 uyarınca- öncelikle faiz borcuna mahsup edebileceğini”*<sup>814</sup>

*-“Kredi sözleşmesindeki kefilin ölümü halinde kefaletin sona ermeyeceğini, kefilin mirasçılarının ölüm tarihindeki borçtan sorumlu olacaklarını”*<sup>815</sup>

*-“Hesabın kesilmesinden sonraki devreler için, borçludan ‘kaynak kullanma destekleme fonu’ ve ‘komisyon’ istenemeyeceğini”*<sup>816</sup>

*-“Bankanın; kredi sözleşmesindeki koşullar çerçevesinde teminat mektubu bedellerinin depo edilmesini icra takibiyle isteyebileceğini ve mahkemece bu takibe yönelik itirazın iptaline karar verilebileceğini”*<sup>817</sup>

belirtmiştir...

**f) “Sebepsiz zenginleşme” ve “temel ilişki” ile ilgili uyumsuzluklarda;**

<sup>810</sup> Bknz: 19. HD. 10.3.1995 T. 5570/2150

<sup>811</sup> Bknz: 19. HD. 24.10.1994 T. 9737/9901; 1.3.1994 T. 1815/1861

<sup>812</sup> Bknz: 19. HD. 19.10.1993 T. 6680/6762

<sup>813</sup> Bknz: 19. HD. 4.3.1993 T. 6062/1623; 5.7.1989 T. 6831/7413

<sup>814</sup> Bknz: 19. HD. 23.1.1995 T. 3922/89; 8.6.1994 T. 3980/5988

<sup>815</sup> Bknz: 19. HD. 13.12.1994 T. 367/12458

<sup>816</sup> Bknz: 19. HD. 20.10.1994 T. 8880/9720; 1.3.1994 T. 1710/1851

<sup>817</sup> Bknz: 19. HD. 28.6.1994 T. 6811/6930; 20.12.1993 T. 11337/8744

√ “Arada temel ilişki bulunmadığından, davacı davasını TTK. nun 644. maddesindeki sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırmıştır. Bu maddeye göre açılan davalarda ‘sebepsiz zenginleşmediğini’ kanıtlamak yükünün, keşideci davacıya ait olacağını”<sup>818</sup>

√ “Dava konusu çeklerin davacı hamil tarafından bankaya süresinde ibraz edilmediği gibi, zamanaşımına da uğradıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda hamil TTK nun 720. maddesi gereğince kambiyo hukukuna dayalı başvuru hakkını yitirmişse de, TTK nun 644. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre keşideciye başvuruda bulunabilir. Keşidecinin, bu talebe karşı ‘sebepsiz zenginleşmediğini’ kanıtlamadıkça çek bedeli ile sorumlu olacağını”<sup>819</sup>

√ “Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, “tarafklar arasında temel ilişki bulunmadığından, süresinde ibraz edilmeyen çek yönünden TTK’ nun 644. maddesi hükmüne dayanılabileceği, buna göre davalı keşidecinin sebepsiz zenginleşmediğini ve dava konusu çeki hatır çeki olarak düzenlendiğini kanıtlayamadığı anlaşıldığından, davacının davasının kabulü ile icra dosyasındaki asıl alacak üzerinden takip tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte takibin devamına karar verilmiş olmasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığını”<sup>820</sup>

√ “Zamanaşımına uğrayan çekin, temel ilişki bakımından “delil başlangıcı” olduğunu, bu durumda çeki dayanan alacaklının çekten dolayı alacaklı olduğunu tanık dâhil her türlü delile ispat edebileceğini”<sup>821</sup>

√ “Zamanaşımına uğrayan bononun temel ilişki yönünden ‘delil başlangıcı’ niteliğinde olduğunu, bu durumda zamanaşımına uğrayan bonoya dayanarak alacak talep eden kişinin, temel ilişkinin varlığını ve bu ilişki nedeniyle alacaklı olduğunu ispat etmesi gerektiğini”<sup>822</sup>

√ “Alacağın dayanağı senetlerin, zamanaşımına uğrayan alacak bakımından ‘delil başlangıcı’ niteliğinde olduğu, hal böyle olunca; ispat yükünün davacıda olup keşideci ile aralarındaki temel ilişkiyi tanık dâhil her türlü delille ispatlaması gerektiğini”<sup>823</sup>

<sup>818</sup> Bknz: 19. HD. 01.06.2010 T. 2009-9135/6738

<sup>819</sup> Bknz: 19. HD. 08.02.2006 T. 2005-5081/1127

<sup>820</sup> Bknz: 19. HD. 20.11.2012 T. 12481/17317

<sup>821</sup> Bknz: 19. HD. 04.10.2012 T. 8690/14333

<sup>822</sup> Bknz: 19. HD. 26.09.2012 T. 6864/13760

<sup>823</sup> Bknz: 19. HD. 26.09.2012 T. 8963/13666



√ “Dava konusu senet zamanaşımına uğramış ise de, taraflar arasında temel ilişki bulunduğundan, söz konusu senet ‘delil başlangıcı’ niteliğinde olup, davacı-alacaklının alacağını, tanık dâhil her türlü delil ile ispat edebileceğini”<sup>824</sup>

√ “Zamanaşımına uğramış çekler yönünden kambiyo hukukundan kaynaklanan haklar yitirilir ise de, taraflar arasında temel ilişki bulunması halinde, bu durumdaki çeklere yazılı ‘delil başlangıcı’ olarak dayanılabileceğini ve alacağını (tanık dâhil) her türlü delille kanıtlanabileceğini, arada temel ilişki bulunmaması halinde ise hamilin, keşideciye karşı 6762 sayılı TTK. nun 644. maddesine dayanarak ‘sebepsiz zenginleşme’ hükümleri çerçevesinde alacak talebinde bulunabileceğini”<sup>825</sup>

√ “TTK.’nun 732. maddesine dayalı itirazın iptali davalarında ispat yükünün ‘sebepsiz zenginleşmediğini’ iddia eden davalıda olduğunu”<sup>826</sup>

√ “Aralarında ticari ilişki bulunan taraflar arasındaki çekin zamanaşımına uğramış olması halinde, bu çekin delil başlangıcı sayılacağını ve alacağını varlığını ispat etme külfetinin davacıya düşeceğini”<sup>827</sup>

√ “Zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin, alacaklının temel ilişkiye dayanması durumunda yazılı delil niteliğini taşıyacağını”<sup>828</sup>

√ “Davacının, dava (ve takip) konusu süresinde ibraz edilmemiş çeki ciro yoluyla hamil olmuş olması halinde, TTK’nun 732. maddesine göre açılan davacının bir yıllık zamanaşımı süresine bağlı olduğunu”<sup>829</sup>

√ “Taraflar arasında temel ilişkinin bulunmadığı durumlarda, zamanaşımına uğramış çekin ‘delil başlangıcı’ niteliğinde olmadığını, ancak temel ilişki varsa zamanaşımına uğrayan çekin ‘delil başlangıcı’ niteliğinde olduğunu”<sup>830</sup>

√ “Zamanaşımına uğramış çeklerden dolayı dava açmış olan alacaklının, bu çeklerden ‘lehtar’ durumunda buldukları hakkında ancak keşideci ile arasında temel ilişki bulunmasına dayanarak talepte bulunabileceğini, ciro yoluyla hamil durumunda bulunduğu çekler hakkında ise ‘sebepsiz zenginleş-

<sup>824</sup> Bknz: 19. HD. 19.09.2012 T. 8187/13139

<sup>825</sup> Bknz: 19. HD. 12.09.2012 T. 9554/12783

<sup>826</sup> Bknz: 19. HD. 06.06.2012 T. 2808/9575

<sup>827</sup> Bknz: 19. HD. 17.05.2012 T. 876/8345

<sup>828</sup> Bknz: 19. HD. 21.03.2012 T. 13458/4687

<sup>829</sup> Bknz: 19. HD. 25.05.2010 T. 3430/6392; 25.05.2010 T. 9361/6357

<sup>830</sup> Bknz: 19. HD. 31.10.2008 T. 7427/10364

me' (TTK. 732) hükümlerine göre talepte bulunabileceğini bu durumda davalı keşidecinin 'sebepsiz zenginleşmediğini' kanıtlamakla yükümlü olduğunu"<sup>831</sup>

Belirtmiştir...

## § 2. "TAHSİL (EDA) DAVASI"

Tahsil davası, "alacaklının, temel borç ilişkisine dayanarak, alacağını borçludan alabilmek (tahsil etmek) için açtığı bir normal alacak davası"dır.

I-Alacaklı, borçlusu hakkında icra dairesine yaptığı genel haciz yolu ile ilamsız takibe, borçlunun süresi -yedi gün- içinde itiraz edip takibi durdurması üzerine, "itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde" mahkemeye başvurup "itirazın iptali davası"nı açmazsa, bu süre geçtikten sonra (İİK. mad. 67/IV) -alacağın dayandığı temel borç ilişkisinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi içerisinde- tahsil (eda) davası dediğimiz bu davayı açabilir.<sup>832</sup>

Ayrıca belirtelim ki; **yüksek mahkeme**<sup>833</sup> "bir yıl geçtikten sonra açılan itirazın iptali davasının 'tahsil davası' olarak görülemeyeceğini" belirtmiştir.

**Doktrinde**, bu davanın, alacaklı tarafından "itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılabilip açılmayacağı" tartışma konusu olmuştur. **Bir görüşe göre**,<sup>834</sup> 'alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde de -"itirazın iptali" ve "icra inkar tazminatı" isteminde bulunmadan- eda (tahsil) davası açabilir.. ' **diğer bir görüşe göre**<sup>835</sup> ise, bir yıllık süre içinde açılan dava teknik anlamda itirazın

<sup>831</sup> Bknz: 19. HD. 04.02.2008 T. 5816/679

<sup>832</sup> Çağa, T. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair (BATİDER, 1976, C:VIII, S:3, s:23 vd.) - Çağa, T. Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair (BATİDER, 1979, CX, S:2, s:369) - KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:285, 291 - Postacıoğlu, İ. İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar (BATİDER, 1978, C:IX, S:4, s:964 vd.) - Postacıoğlu, İ. Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar (BATİDER, 1980, C:X, S:4, s:972 vd.)

<sup>833</sup> Bknz: HGK. 12.10.2005 T. 19-528, K:568

<sup>834</sup> Çağa, T. agm. (1976), s:23 vd. - Çağa, T. agm. (1979), s:371 vd. - Aynı görüşte: Özkan, Y. İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, s:92 - Deynekli, A. / Kısa, S. İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, s: 122

<sup>835</sup> Postacıoğlu, İ. agm. (1978), s:964 vd. - Postacıoğlu, İ. agm. (1980), s:972 vd. - Aynı görüşte: Kuru, B. age. s:290 vd. - Berkin, N. İcra Hukuku Rehberi, s:44 - Yılmaz, E. İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan,

iptali davasıdır, tahsil (eda) davası bir senelik süre geçtikten sonra açılabilir.

**Yüksek mahkeme** (özellikle; **11. Hukuk Dairesi**)<sup>836</sup> birinci görüşü benimseyerek “bir yıl içinde tahsil davasının açılabilmesi gibi, bir yıldan sonra da zamanaşımı süresi içinde -hatta zamanaşımı geçtikten sonra dahi- her zaman bu davanın açılabilmesini” belirtmiştir.

**II-Borçlu hakkında yapılan genel haciz yolu ile ilamsız takibe süresi geçtikten sonra** itiraz ederse, acaba alacaklı, borçluya karşı “tahsil (eda) davası” açılabilir mi?

**Bir görüşe göre**<sup>837</sup> “itirazın hiç yapılmamış, geç yapılmış ya da icra mahkemesince kaldırılmış olması faraziyelerinde alacaklının (inkar tazminatı da istemesine olanak verecek) bir itirazın iptali davası açması, ortada iptal edilecek itiraz bulunmadığı için tamamen gereksiz ve yararsız ise de, bu faraziyelerde alelade bir eda davası açmakta alacaklının pek yerinde çıkarı olabilir... Gerçekten eda hükmü, aynı zamanda alacağın varlığı hakkında tesbit hükmünü de içereceğinden, alacaklı böylece hakkını kesin hükme bağlamış olacaktır...” buna karşın katıldığımız **diğer bir görüşe göre**,<sup>838</sup> “borçlunun süresinde itiraz etmemesi nedeniyle icra takibi kesinleşmiş olan alacaklının artık, aynı alacak için eda (tahsil) davası açmasında hukuki yararı yoktur. Çünkü, alacaklı dava açsa bile, dava sonucunda alacağı ilamı da icraya koyacak ve borcun ödenmemesi halinde haciz isteyebilecektir. Oysa, burada ilamsız icra takibinin kesinleşmiş olması nedeniyle alacaklının haciz isteme yetkisi doğmuş durumdadır. Yani, alacaklı, dava ile erişebileceği amaca, esasen ulaşmış durumdadır. Bu nedenle, alacaklının, buna rağmen alacak davası açmasında korunmaya değer bir hukuki yararı yoktur...”

**III-“Tahsil (eda) davası”nın diğer özellikleri ve doğurduğu sonuçlar şunlardır:**

a)Bu dava, genel hükümlere göre y e t k i l i (HMK. mad.5 vd.) ve g

2009, s:607 vd.)

<sup>836</sup> knz: 11. HD. 10.5.1986 T. 1729/2410; 31.5.1985 T. 3035/3414

<sup>837</sup> Umar, B. Medeni Yargılama ve İcra-İflas Hukukunun Uygulama Yönünden Önemli Bazı Sorunları (İzmir Bar. D. 1983/2, s:52) – Umar, B. Postacıoğlu'nun 538 sayılı Kanuna Göre Yazdığı “İcra Hukuku Esasları” Kitabının Tahlili (İHFM. 1968/3-4, s:347)

<sup>838</sup> Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, s:1370 – Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:302

ö r e v l i (HMK. mad. 1-4) o l a n m a h k e m e d e a ç ı l ı r .

**b)**Bu dava, n i s b i h a r ç yatırırlarak açılır. Davacı (alacaklı), icra dairesinde takip talebinde bulunurken yatırmış olduğu binde beş peşin harcı, bu davayı açarken yatırmaması gereken harca mahsup edebilir (Harçlar K. mad. 29/III).<sup>839</sup>

**c)**Bir dava sonucunda, mahkeme tarafların vekilleri için n i s b i a v u k a t l ı k ü c r e t i n e hükmeder.

**d)**Bu dava sonucunda mahkeme, alacağın davalıdan tahsiline karar verirken ayrıca -dava dilekçesinde talep edilmişse- borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren f a i z e d e hükmeder.<sup>840 841</sup>

**e)**Bu dava sonucunda mahkeme ayrıca i n k a r t a z m i n a t ı n a hükmedemez.<sup>842</sup>

**f)**Bu dava sonucunda verilen hüküm kesinleştikten sonra, taraflar için artık k e s i n h ü k ü m (HMK. mad. 303) teşkil eder. Davada haksız çıkan taraf, aynı alacak için tekrar mahkemeye başvurup dava açamaz.

**g)**Bu dava sonucunda mahkemeden alınan ilam a y r ı t a k i p k o n u s u yapılabilir. İtirazla durmuş olan icra dosyasına konularak, ilam gereğince işlem yapılması istenemez.<sup>843</sup> Başka bir deyişle alacaklı, bu dava sonunda aldığı ilam ile, “önceki -ilamsız- takibe” devam edemez. Çünkü, bir yıl içinde dava açılmadığı takdirde, ödeme emrinin hükmü düşer.<sup>844</sup> Alacaklının mahkemeden alacağı ilamı icra dairesine verip, borçluya “icra emri” göndertmesi, yani borçlu hakkında “ilamlı takip” yapılması gerekir.<sup>845</sup>

**Yüksek mahkeme;** t a h s i l ( e d a ) d a v a l a r ı ile ilgili olarak;

<sup>839</sup> Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, s:292, dipn. 33 - Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku Esasları, s:183

<sup>840</sup> Bknz: 13. HD. 10.3.1988 T. 363/1370

<sup>841</sup> Yüksel, K. İtirazın İptali ve Alacağın Tahsili Davalarının Açılış Şekli, Süresi ve Doğurduğu Sonuçlar Bakımından Uygulamada Çıkan Boşluk Hakkında Bir İnceleme (Ad. D. 1988/3, s:22)

<sup>842</sup> Bknz: 19. HD. 15.11.1994 T. 1257/10950; 7.7.1994 T. 6833/7449; 3.2.1994 T. 679/812 vb.

<sup>843</sup> Bknz: 12. HD. 22.4.1988 T. 7525/5380

<sup>844</sup> BELGESAY, M. R. Değişen Maddeler Şerhi, s:47

<sup>845</sup> Bknz: 11. HD. 10.5.1986 T. 1729/2410; 31.5.1985 T. 3035/3414

-«Dava dilekçesinde hem 'alacak' hem de 'itirazın iptali' istenmiş olması halinde, mahkemece davacıya açtığı davanın 'alacak davası' mı 'itirazın iptali davası' mı olduğu hususunun açıklattırılması gerekeceğini, her iki istek hakkında yani hem 'alacağı tahsiline hem de itirazın iptaline' karar verilemeyeceğini»<sup>846</sup>

-«Hakemde 'itirazın iptali davası' açılmayacağını ancak, hakemde açılan itirazın iptali davasının 'tahsil (alacak)' davası olarak sonuçlandırılabilirliğini»<sup>847</sup>

-«İtirazın iptali davasında, dava açılırken tahsil talebinde de bulunulmuşsa, itirazın iptali davasının şartları oluşmadığından, davanın normal bir 'tahsil davası' olarak görülüp sonuçlandırılması gerektiğini»<sup>848</sup>

-«Davacı – alacaklının yaptığı icra takibinin icra mahkemesince iptal edilmiş olduğundan bahisle, açmış olduğu itirazın iptali davasına, davacının asıl amacı gözetilerek 'alacak davası' olarak bakılması gerekeceğini»<sup>849</sup>

-«Alacağın tahsiline' yönelik davada 'itirazın iptaline ve takibin yürütülmesine' karar verilemeyeceğini»<sup>850</sup>

-«İİK.nun 67/I'deki bir yıllık süre geçtikten sonra 'itirazın iptali ve alacağın tahsili' istemiyle açılan davaya -'usul ekonomisi' gerekçesiyle- 'tahsil (alacak) davası' olarak bakılmayacağını»<sup>851 852</sup>

-«Ortada geçerli bir icra takibi bulunmadıkça 'itirazın iptali' istenemeyeceğinden, dava ekonomisi de nazara alınarak, alacaklının açtığı itirazın iptali davasına 'alacak davası' olarak bakılması gerekeceğini»<sup>853</sup>

-«Başlangıçta 'itirazın iptali' biçiminde açılan davanın, borçlunun iflas etmesi sonucunda takibin düşmesi ve iflas idaresinin de alacağı kabul etmemesi sebebiyle zorunlu olarak alacak davasına dönüşmüş olacağını»<sup>854</sup>

<sup>846</sup> Bknz: 11. HD. 1.7.2004 T. 2003-13075/7384; 24.4.2001 T. 1454/3591; 19. HD. 20.5.1997 T. 3711/5187 vb.

<sup>847</sup> Bknz: 19. HD. 14.12.2000 T. 5610/8669

<sup>848</sup> Bknz: 19. HD. 11.5.2000 T. 220/3629

<sup>849</sup> Bknz: 12. HD. 9.3.1999 T. 1479/1703

<sup>850</sup> Bknz: 15. HD. 14.1.1998 T. 5408/61

<sup>851</sup> Bknz: HGK. 26.11.1997 T. 19728/998; 11. HD. 15.3.1988 T. 1987-7571/1612

<sup>852</sup> Karş: HGK. 21.11.1997 T. 19-667/905; 19. HD. 13.6.1997 T. 1996-10116/6148; 5.6.1997 T. 3851/5869 vb.

<sup>853</sup> Bknz: 15. HD. 24.6.1997 T. 2959/3248; 19. HD. 18.9.1995 T. 217/7152

<sup>854</sup> Bknz: 15. HD. 23.9.1996 T. 3577/4646

-«'İtirazın iptali' şeklinde açılan davada 'tahsile' ilişkin hüküm kurulamayacağını»<sup>855</sup>

-"Borçluya ödeme emri gönderilmeden ve borçlunun itirazı bulunmadan açılan 'itirazın iptali' davasına 'alacak davası' olarak bakılması gerekeceğini»<sup>856</sup>

-«Taraflar arasındaki sözleşmede 'yabancı paranın aynen ödeneceği (iade edileceği)' açıkça belirtilmemişse, yabancı para olarak tahsil kararı verilemeyeceğini»<sup>857</sup>

-«Dava dilekçesinde 'alacağın tahsili' ile birlikte 'inkar tazminatı'nın da talep edilmiş olmasına rağmen, dilekçe içeriğinde 'itirazın iptali' ile ilgili bir istek bulunmaması halinde, davanın 'alacak davası' olduğu kabul edilip ayrıca inkar tazminatına hükmedilemeyeceğini»<sup>858</sup>

-«İcra mahkemesince iptal edilmiş olan icra takibiyle ilgili olarak açılmış olan 'itirazın iptali' davasına 'alacak (tahsil) davası' olarak bakılması gerekeceğini»<sup>859</sup>

-«Yabancı para alacağının tahsiline ilişkin davada, 'döviz alış kuru'nun değil, 'döviz satış kuru'nun esas alınacağını»<sup>860</sup>

-"Tarafları tacir olan 'tahsil davaları'nda 'itirazın iptali' davalarında olduğu gibi ticari defterler üzerinde inceleme yapılarak uyumsuzluğun çözümlenebileceğini»<sup>861</sup>

-«'İnkar tazminatı' da isteyerek 'itirazın kaldırılması' dileğiyle mahkemede açtığı davada daha sonra 'davasının tahsil davası olduğunu' açıklayan davacının bu istemi doğrultusunda davaya 'tahsil davası' olarak bakılması gerekeceğini»<sup>862</sup>

-«'Keşide yeri'ni taşımadığı için 'çek' niteliğinde bulunmayan belgedeki alacak ciro yoluyla başkasına (hamile) geçemeyeceğinden, hamil tarafından açılan tahsil davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini»<sup>863</sup>

<sup>855</sup> Bknz: 19. HD. 12.10.1995 T. 725/8300

<sup>856</sup> Bknz: 19. HD. 13.9.1995 T. 449/6921; HGK. 30.6.1993 T. 13-474/502

<sup>857</sup> Bknz: 19. HD. 30.3.1994 T. 1442/3011

<sup>858</sup> Bknz: 19. HD. 3.11.1994 T. 1993-10310/10424; 7.7.1994 T. 1993-6833/7449

<sup>859</sup> Bknz: 19. HD. 25.10.1994 T. 1993-10323/9966; 16.3.1994 T. 1993-2187/2486

<sup>860</sup> Bknz: 19. HD. 15.9.1994 T. 1993-7780/7957

<sup>861</sup> Bknz: 11. HD. 15.6.1988 T. 10/4014; 25.3.1987 T. 8048/1719

<sup>862</sup> Bknz: 11. HD. 1.6.1988 T. 1833/3937

<sup>863</sup> Bknz: 11. HD. 3.5.1988 T. 3166/2926

-«Davalılar arasındaki sözleşmede, tarafların adi ortak oldukları açıkça düzenlenmeyip, ortaklardan birinin sadece 'kar ortağı' olduğu belirtilmiş ve bu ortağa diğeri tarafından adi ortaklığı idare ve temsil yetkisi verilmemişse, davalıların adi ortak olduklarının kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle davalılar hakkında açılan tahsil davasının husumet yönünden reddi gerekeceğini»<sup>864</sup>

-«Açılan 'tahsil' (ya da 'itirazın iptali') davası sırasında, davalı tarafından 'olumsuz tesbit davası'nın açılmış olduğunun öğrenilmesi üzerine, ya bu davanın sonucunun beklenmesi veya görülmekte olan dava içinde savunma olarak ileri sürülen hususu isbat etmesi için imkan tanınması gerekeceğini»<sup>865</sup>

-«İcra mahkemesinin 'itirazın kaldırılması' talebi hakkında verdiği kararın 'kesin hüküm' teşkil etmeyeceğini, 'alacağın tahsili' davasına bakan mahkemenin icra mahkemesinde inza konusunda yaptırılmış olan bilirkişi incelemesi ile yetinerek karar veremeyeceğini»<sup>866</sup>

-«İcra mahkemesindeki 'itirazın kaldırılması' isteminden vazgeçilmiş olmasının genel hükümlere göre açılacak 'alacak davası'nın görülmesini engellemeyeceğini»<sup>867</sup>

belirtmiştir...

\*\*\*

<sup>864</sup> Bknz: 11. HD. 29.3.1988 T. 1987-7401/1841

<sup>865</sup> Bknz: 11. HD. 11.5.1987 T. 1032/2826

<sup>866</sup> Bknz: 11. HD. 23.11.1983 T. 5024/5181

<sup>867</sup> Bknz: 12. HD. 18.12.1979 T. 5418/6709



## A'dan Z'ye Uygulamalı SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ

Yeni TBK, TTK VE HMK  
ile Güncellenmiş 3. Baskı

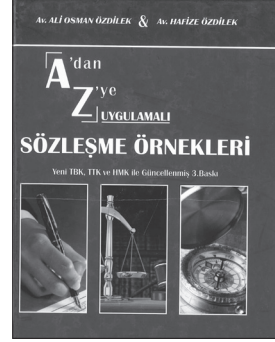
Av. Ali Osman Özdilek

Av. Hafize Özdilek

Bilge Yayınevi

Ankara- 2013

3. Baskı



Kitabın 3. Baskısında; Yeni Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu gözden geçirilmiş ve önceki baskılardan farklı olarak, karşılaşılabilecek örnek sözleşmelerin içerikleri geliştirilmiştir. Sözleşme örneklerinin yer aldığı, 4 ciltten ve 4521 sayfadan oluşan kitapta, “İçindekiler Bölümü” nün hem alfabetik hem de tematik indeks ile hazırlanması, kitaba ayrıca bir pratiklik kazandırmıştır. Meslekte yeni veya tecrübeli, tüm meslektaşlarımızın yararlanabileceği bir kaynak olarak ilginize sunulmuştur.

## HAVA ve UZAY HUKUKU

Air & Space Law

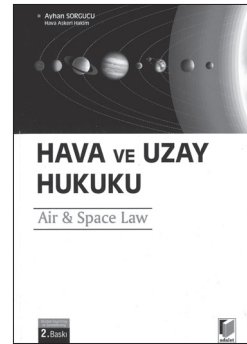
Ayhan SORGUCU

Hava Askeri Hakim

Adalet Yayınevi

Ankara- 2014

2. Baskı



Yeni hukuk alanlarından olan “Hava Hukuku” ve “Uzay Hukuku” konularında kaynak niteliği taşıyan çalışmaların yetersiz olduğu bilinen bir gerçektir. Ülkemizde “Hava Hukuku” alanında az sayıda basılı eser bulunmasına karşılık “Uzay Hukuku” alanında basılı bir akademik kaynak bulunmamaktadır. “Hava ve Uzay Hukuku” isimli kitabın bu konudaki kaynak eksikliğini gidereceği değerlendirilmekle meslektaşlarımızın ilgisine sunulmuştur.