

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan 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.

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

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 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: 105 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 28. 02. 2019

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- 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: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / from the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Berke ÖZENÇ

İnancını Açıklamama Hakkı Açısından Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartlarındaki Din Hanesi / Religion Box on the National Identity Cards of the Republic of Turkey, and the Right Not to Disclose One's Belief

43 Gonca EROL

Avrupa Ülkelerinde Geri Çağırma Hakkı / Right to Recall in the European Countries

103 Sezgin Seymen ÇEBİ

Modern Devlet ve Uyuşturucu ABD Örneği Üzerinden Bir İnceleme / The Modern State and Opium An Inquiry in Light of the USA Case

155 Hasan ELMALICA

Yabancı Ülke Ceza Mahkemelerince Verilmiş Mahkûmiyet Kararlarının Hak Yoksunlukları Bakımından Türk Hukukundaki Değeri / The Value of Condemnation Judgments of Foreign Courts in Regard to Disqualification from Rights in Turkish Law

179 Tayfun GÜN

Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu / Crime of Usury in Turkish Criminal Code

209 Recep KAHRAMAN

İrtikâp ve Rüşvet Suçları Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi / Impact of the Presumption of Compulsion on Criminal Responsibility in Terms of Extortion and Bribery

227 Cenk AKİL

Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre) / The Results of Concordat Term with Regards to Creditors As Per to the Amendments with the Law Numbered 7101 and Dated 28.02.2018

253 Ş. Barış ÖZÇELİK

Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi / Assesment of the Jurisprudence of Turkish Court of Cassation Regarding Non-Exercisability of the Right of Preemption In Case of De Facto Division

265 Pınar ALTINOK ORMANCI

Önalım Hakkından Feragat ve Hakkı Kullanmaktan Vazgeçme / Waiver of Pre-emption Right and Renouncement of its Use

289 Aydın KAYA

Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği / The Legal Relationship Between Uber, Passenger and Driver with Regard to Transportations Which are Performed Through the Ride Hailing Application

325 M. Tarık GÜLERYÜZ / Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ

Bir Anglo–Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi / the Comparison of Punitive Damages as an Anglo- American Legal Matter to a Number of Turkish Legal Concepts

363 Hasibe Sena AKKIŞLA

Borca Katılma Sözleşmesi / Cumulative Assumption of Debt Contract

417 Gülşah Sinem AYDIN

Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi / The Effect of Avoidance of Construction Agreement in Return For Land Share By Landowner to Third Persons Who Have Purchased Land Shares and its Evaluation in Accordance with Judicial Verdicts

455 Alptekin Burak BOYDAK

İşyerinde Radyasyona Maruz Kalabilecek İşçiler İçin Çalışma Süreleri ve İzin Hakkı / Working Hours and Permission to Leave for Workers Exposed to Radiation at Work

İNANCINI AÇIKLAMAMA HAKKI AÇISINDAN TÜRKİYE CUMHURİYETİ KİMLİK KARTLARINDAKİ DİN HANESİ

RELIGION BOX ON THE NATIONAL
IDENTITY CARDS OF THE REPUBLIC OF TURKEY,
AND THE RIGHT NOT TO DISCLOSE ONE'S BELIEF

Berke ÖZENÇ*

Özet: Bireyleri, otoriter siyasi iktidarların baskıcı müdahalelerinden korumak açısından özel bir öneme sahip olan inancını ya da düşüncesini açıklamama hakkı, 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmıştır ve olağanüstü hal rejimlerinde dokunulamayacak çekirdek haklar arasında sayılmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda, anayasaların açık normlarına rağmen, nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesinin, inancını açıklamama hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Öte yandan İHAM, yakın tarihli içtihadı ile inancını açıklamama hakkının inanç özgürlüğü tarafından korunduğunu belirterek, Türkiye'deki nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesinin, inanç özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu çalışmada ilk olarak, İHAM'ın inancını açıklamama hakkına dair içtihadının gelişimi incelenmiş, ardından AYM'nin nüfus cüzdanlarındaki din hanesine dair kararları tartışılmıştır. Son olarak, yakın zamanda kullanılmaya başlanan yeni kimlik kartları, inancını açıklamama hakkı açısından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme çerçevesinde AYM'nin laiklik ilkesine dair içtihat değişikliği ve inancını açıklamama hakkına dair yakın tarihli bireysel başvuru kararı da ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnancını Açıklamama Hakkı, 1982 Anayasası, Kimlik Kartlarındaki Din Hanesi, İnanç Özgürlüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Abstract: The right not to disclose one's belief or tenet, which is of particular importance in protecting the individual from oppressive interventions by authoritative regimes, was secured in the Constitution of 1982, and was introduced as a core right that could not be touched in state of emergency regimes. That said, the Constitutional Court concluded in decisions issued during the periods of Constitution of 1961 and the Constitution of 1982 that the inclusion of the religion box on identity cards did not violate the rights of the individual not to disclose one's belief, despite the clear wording of the Constitution. However, in a recent case, the ECtHR found that

* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ozenc@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4149-5567, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.7.2018, Kabul Tarihi: 25.07.2019 Eleştiri ve yorumları için Kemal Başol, Eyüp Kaan Demirkıran ve Lütfullah Yasin Akbulut'a teşekkür ederim.

the inclusion of the religion box on identity cards in Turkey violated the right to freedom of belief, stating that the right not to disclose one's beliefs was protected by the right to freedom of belief. In this study, first, the development of the ECtHR case law on the right not to disclose one's belief is examined, after which the decision of the Constitutional Court regarding the religion box on identity cards is discussed. Finally, the new national identity cards that have recently entered into use are assessed in terms of the right not to disclose one's belief. Within the framework of this assessment, the case law amendment of the Constitutional Court with regard to the principle of secularism and its recent individual application decision on the right not to reveal one's belief are also discussed.

Keywords: The Right not to Disclose One's Belief, the Constitution of 1982, Religion Box on the Identity Cards, Freedom of Belief, European Convention on Human Rights

GİRİŞ

Eski adıyla nüfus cüzdanlarındaki, yeni adıyla Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartlarındaki din hanesi, Türkiye'de laiklik ilkesi ve inanç özgürlüğü açısından tartışma yaratan uygulamalardan biridir. Resmi bir dine sahip olmayan laik bir devlette, aile kütüklerinde ve nüfus cüzdanlarında bireylerin inançlarına dair bilgiye yer verilmesi, diğer bir ifadeyle yurttaşların inancının resmi ve kamusal düzlemde ayırt edici bir özellik olarak kabul edilmesi önemli bir çelişki oluşturmaktadır. Laiklik ilkesinin gereği olarak herhangi bir inanca ayrıcalık tanınamaması ve inançlar karşısında tarafsız olması gereken bir devletin, bireylerin inançlarını, daha sonra kullanmak üzere kayıt altına almasını laiklik ilkesiyle bağdaştırmak mümkün gözükmemektedir.

Nüfus cüzdanlarında inanca dair bilgilere yer verilmesi, inanç özgürlüğü açısından da esaslı sorunları gündeme getirir. Bireylerin inancını açıklamaya zorlanması ve kayıt altına alınan inanca dair bilginin ayrımcılık pratiklerine temel oluşturma tehlikesi bu noktada öne çıkan hususlardır. Fakat Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, hem 1961 hem de 1982 Anayasası döneminde gerçekleştirdiği norm denetimlerinde, söz konusu uygulamaya kaynaklık eden kanuni düzenlemeleri anayasaya uygun bulmuştur. Bununla birlikte, yakın bir tarihte nüfus cüzdanlarında din hanesinin varlığı ve bu hanesinin düzenlenmesine dair prosedürün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS/Sözleşme) korunan inanç özgürlüğüne aykırılığı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM/Mahkeme) *Sinan Işık v. Türkiye* kararıyla tes-

pit edilmiştir. Sinan Işık kararı, bu tespitin yanı sıra İHAM'ın, bireyin inancını açıklamaya zorlanması meselesine dair içtihadının gelişimi açısından da önem taşır. Mahkeme bu kararında, din ya da inancını açıklamaya zorlanmama hakkının, inanç özgürlüğünün dokunulmaz çekirdeğini oluşturan *forum internum* kapsamında yer aldığını vurgulanmıştır.

Bu makalede ilk olarak inancını açıklamaya zorlanmama hakkının İHAM tarafından tanınması süreci incelenerek, Mahkeme'nin kararlarındaki dönüşüm ve bu dönüşümün dinamikleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Ardından Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) soruna yaklaşımı ele alınacaktır. Son olarak nüfus cüzdanlarının yerini alan kimlik kartlarında, bireyin inancına dair bilgilerin yer alması, inancını açıklamama hakkı çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. İHAM'ın İnancını Açıklamama Hakkına Dair İchtihadının Gelişimi

Inanç özgürlüğünü düzenleyen İHAS'ın 9. maddesinde,¹ herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahip olduğu ifade edilerek, bireyin müdahalelerden masun bir şekilde düşünsel ve manevi gelişimini gerçekleştirebileceği bir alan güvence altına alınmıştır. *Forum internum* olarak da adlandırılan bu alan, İHAM'ın içtihadına göre "bireysel inançları ve dini itikatları" korumaktadır.² Diğer temel uluslararası insan hakları belgelerinde olduğu gibi İHAS'ta da inancın açığa vurulma biçimlerine yönelik bir sınırlandırma rejimi öngörülmüşken, *forum internuma* yönelik müdahaleleri meşrulaştırabilecek herhangi bir sınırlandırma ölçütüne yer verilmemiştir.³ Dolayısıyla kuramsal ola-

¹ İHAS - Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü
Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve ister tek başına isterse de başkalarıyla birlikte topluluk içinde, aleni ya da özel olarak, ibadet etmek, öğretmek, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğünü içerir.

Bir kimsenin dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğü ancak, kamu güvenliği için, kamu düzeni, sağlığı ya da ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilecektir.

² İHAM, Blumberg v. Almanya, No. 14618/03, 18 Mart 2008; Skugar ve Diğerleri v. Rusya, No. 40010/04, 3 Aralık 2009.

³ Paul M. Taylor, *Freedom of Religion, UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005, s. 115.

rak, *forum internum* kapsamında yer alan herhangi bir hakka yönelik tüm müdahaleler ihlal sonucunu doğurur. İHAM'ın vurguladığı üzere bu dokunulmaz alana "dini inançlara sahip olma ya da olmama" özgürlüğü girmektedir.⁴ Bu kapsamda bireyler, inançlarını değiştirmeye ya da belirli bir inancı benimsemeye zorlanamaz, inançlarından dolayı kınanamaz ve ayrıca, bireylerin belirli bir inanca sahip olmaları, olumlu ya da olumsuz sonuçlara bağlanamaz.⁵

Forum internumun diğer bir unsuru ise bu çalışmanın da konusunu oluşturan, din ya da incancı açıklamama hakkıdır; çünkü birey, incancı herhangi bir yolla açığa vurmadığı sürece, mutlak bir hukuki korumadan yararlanabilmektedir.⁶ Bireyin mahrem kalmasını istediği ve *forum internum* kapsamında kalan incancı açıklamasına dair herhangi bir talep, özellikle de hukuki yaptırım ile bireyi buna zorlamak, bu alana -kategorik olarak- bir müdahale anlamına gelir. *Forum internuma* yönelik müdahaleye dair meşru bir amaç öngörülmemiş olması nedeniyle de bu müdahale hukuka uygun olamaz. Ayrıca toplumdaki baskın inançlardan farklı bir inanca sahip bireyler açısından incancı açıklanması, ayrımcı uygulamalara maruz kalınmasına neden olabilir. Bu doğrultuda Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim organı olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 22 numaralı Genel Yorumunda "hiç kimşenin düşüncelerini ya da bir dine ya da inanca bağlılığını açıklamaya zorlanamayacağını"⁷ açıkça ifade etmiştir.

Uygulamada bireylerin inançlarını açıklamaya zorlanmasına dair meseleler özellikle bireylerin, idari otoritelerle kurduğu ilişkilerinde ortaya çıkmakta ve sorunlu bir hal almaktadır. İdari otoritelerin bireyleri *doğrudan* din ya da incancı açıklamaya zorlaması, bu şekilde elde

⁴ İHAM, *Buscarini v. San Marino*, No. 24645/94, 18 Şubat 1999, § 34.

⁵ Christoph Grabenwarter, Katharina Papell, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. bs, C. H. Beck, 2012, s. 294-295; Jens Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. bs, Nomos, 2011, s. 228-229; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2015, s. 420; Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü, Liberte Düşünce Topluluğu*, 2005, s. 33-34; İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, Astana, 2015, s. 615-616.

⁶ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Yargıtay Başkanlığı, 2013, s. 125.

⁷ İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4), 1993, § 18.

ettikleri bilgileri saklaması ve bu bilgileri ayrımcı uygulamalar için kullanma riskinin varlığı Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde yaygın olgular değildir. Bu durumun önemli bir istisnası Yunanistan'da geçmişte var olan ve Türkiye'de ise varlığını koruyan kimlik kartlarındaki din hanesidir. Uygulamada daha sık olarak karşılaşılan *dolaylı* zorlamalardır. Bu tür zorlamaların İHAM önüne de gelen somut örnekleri; kiliseler için toplanan vergilerden⁸ ya da zorunlu din derslerinden muafiyet hakkının kullanımı sırasında⁹ ya da dini yerine resmi yemin edebilme olanağının tanındığı durumlarda,¹⁰ bu hakkın kullanımı sırasında ortaya çıkmaktadır. Bu örneklerde hukuki düzenleme ya da idari işlemlerin konusu ve amacı, bireylerin inançlarının açıklamasını sağlamak değildir. Fakat genel nitelikteki bir hukuki düzenlemeden, din ya da inancı gereği muafiyet talep eden kişiler, kaçınılmaz olarak bu muafiyet talebine zemin oluşturan din ya da inançlarını devlet makamlarıyla paylaşmak durumunda kalmaktadır. Bu paylaşımın *forum internuma* müdahale olup olmadığı ve idari otoritelerin, bu bilgileri değerlendirme ve kullanma yetkilerinin kapsamı, temel hukuki sorunlar olarak ortaya çıkmaktadır.

1. İnancını Açıklamama Hakkının İHAM Tarafından Tanınması

İHAS'ta inancını açıklamama hakkının açıkça yer almaması nedeniyle, bu hakkın kapsamının belirlenmesinde kilit rolü İHAM oynamıştır. İHAM'ın konuya dair içtihadında 2000'li yılların ortalarından itibaren bir dönüşüm göze çarpar. İnancını açığa vurmama hakkına değindiği ilk kararı olan *Saniewski v. Polonya*'da Mahkeme çekingen bir tutum sergilemiş ve "Sözleşme'nin 9. maddesinin, bireyin, dini inançları konusunda sessiz kalma hakkını güvence altına alıp almadığı sorusunu açık bırakarak"¹¹ incelemesini gerçekleştirmiştir. Saniewski kararı Polonya'da devlet okullarının müfredatında yer alan din derslerine ilişkindir. Ateist olan başvuru din dersini seçmemiş ve karnesinde din dersine dair bölüm bu nedenle boş bırakılmıştır. Başvuru

⁸ İHAM, *Wasmuth v. Almanya*, No. 12884/03, 17 Şubat 2011.

⁹ İHAM, *Folgerø ve diğerleri v. Norveç*, No. 15472/02, 29 Haziran 2007.

¹⁰ İHAM, *Alexandridis v. Yunanistan*, No. 19516/06, 21 Şubat 2008; *Dimitras ve diğerleri v. Yunanistan*, No. 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, 3 Haziran 2010.

¹¹ İHAM, *Saniewski v. Polonya*, No. 40319/98, 26 Haziran 2001.

böylelikle inancını açıklamak zorunda kaldığını belirtmiş, nüfusun çoğunluğunun Katolik olduğu Polonya’da bu durumun, gelecekteki eğitim ve iş kariyeri açısından damgalama (*stigmatization*) sonucunu doğurduğunu vurgulamış ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.¹²

İHAM, “Sözleşme’nin 9. maddesinin, bireyin, dini inançları konusunda sessiz kalma hakkını güvence altına alıp almadığı sorusunu açık bırakarak” oluşturduğu gerekçesinde ilk olarak, başvurunun, ileri sürdüğü damgalanma riskini somut olaylarla temellendiremediğini vurgulamıştır. Ayrıca başvurunun, karnesinde yer alan din dersine ait bölümün boş bırakılması nedeniyle herhangi bir sorun yaşadığını ortaya koymadığının altını çizen İHAM, başvurunun ileri sürdüğü olası ayrımcılık pratikleri açısından da Polonya yasalarında dine dayalı ayrımcılığın yasaklanmış olmasını yeterli bulmuştur. Karar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ilk göze çarpan husus, çoğunluğu Katolik olan Polonya’da, ateist olan başvurucuya, maruz kalabileceği muhtemel ayrımcı uygulamaları kanıtlama açısından oldukça ağır bir yük yüklediğidir. Bundan daha önemli olan husus ise, inancını açıklamama hakkının varlığı konusunda Mahkeme’nin bir yorum getirmekten özellikle kaçınmasıdır. Mahkeme bunun sonucunda, inanç özgürlüğüne herhangi bir müdahale olmadığına karar vermiştir.¹³

İHAM, inancını açıklamama hakkının *forum internumun* kapsamında olup olmadığını tartışmaktan kaçınan tutumunu ilerleyen yıllarda değiştirmiştir. Belki de değiştirmek zorunda kalmıştır şeklinde bir saptama bu noktada daha isabetli olabilir. Söz konusu dönüşümün başlangıç noktasını, Yunanistan’daki nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesine ilişkin *Sofianopoulos v. Yunanistan* kararı oluşturur. Bu karara konu olan olayın bir geçiş kararı olma açısından elverişli bir nitelikte olduğu söylenebilir, çünkü başvuru, nüfus cüzdanlarındaki din hanesinin kaldırılmasını talep etmemiş, aksine Yunan hükümetinin din hanesini kaldırmış olmasının, inancını açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İHAM ilk olarak; gerek Yunan Yüksek İdare Mahkemesi’nin nüfus cüzdanında din hanesi yer almasına dair kara-

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

rından, gerekse Yunan hükümetinin dava kapsamında sunduğu görüşlerden yararlanarak, din hanesinin yer aldığı nüfus cüzdanlarının niteliğinin ve kullanım amacının altını çizmiştir. Nüfus cüzdanlarının, bireyi bir yurttaş olarak hukuk düzeni karşısında tanımlamak ve ayırt etmek amaçlarıyla hazırlanmış resmi bir belge olduğuna dikkat çeken İHAM, bu açıdan bireysel inancın, devlet-birey ilişkisi açısından ayırt edici bir özellik olarak nitelendirilemeyeceğini ve ayrıca nüfus cüzdanının da inancı açığa vurmak için kullanılabilir bir araç olmadığını vurgulamıştır. Bu hususlara ek olarak Mahkeme, kişinin sahip olduğu inancın bu tür bir belgeye işlenmesinin, ilgili kişiler açısından gerek idari otoritelerle gerekse mesleki kariyerlerindeki muhataplarıyla olan ilişkilerinde ayrımcı uygulamalara maruz kalma riski doğuracağını ifade etmiştir.¹⁴

Her ne kadar Mahkeme bu kararında, Saniewski kararında dikkate almadığı ayrımcılık riskine özel bir önem vermiş olsa da burada da meseleyi inancını açıklamaya zorlanmama hakkı açısından ele almıştır. Bireyi inancını açıklamaya zorlamanın -tek başına- Sözleşme'ye aykırılık oluşturabileceğinin İHAM tarafından saptandığı ilk karar, 2007 tarihli *Folgero v. Norveç* olmuştur. Başvurunun konusu; devlet tarafından organize edilen din dersinin kapsamı ile ebeveynin, çocuklarının eğitimi sırasında dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterilmesi hakkı arasındaki çatışmadır. Bireyin sistematik telkinden korunması için din derslerinden muafiyet hakkının tanınmasının tek başına yeterli olmayacağını, bu korumanın "etkin" olarak sağlanması açısından muafiyet talebinin ilgili makamlar tarafından değerlendirilme sürecinin de önem taşıdığını vurgulayan İHAM; ebeveynleri, dini ve felsefi kanaatlerine dair detaylı açıklamaları okul otoriteleriyle paylaşma yükümlülüğü altına sokan düzenlemelerin, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddesinin ihlaline yol açabileceğini belirtmiştir.¹⁵ Bu çerçevede yaptığı değerlendirmede Norveç'te din derslerinden muafiyet için öngörülmuş olan sürecin, başvuruçuları özel yaşamlarını ifşa etmeye yönelik ağır bir yük altına soktuğunu tespit eden Mahkeme,¹⁶ Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

¹⁴ İHAM, Sofianopoulos v. Yunanistan, No. 1988/02; 1997/02; 1977/02, 12 Aralık 2002.

¹⁵ İHAM, *Folgerø ve diğerleri v. Norveç*, No. 15472/02, 29 Haziran 2007, § 98.

¹⁶ *Ibid*, § 100.

İHAM daha sonra içtihadını aynı doğrultuda sürdürmüş ve Yunanistan'da, avukatlık mesleğine başlayabilmek¹⁷ ve bir davada tanıklık yapabilmek¹⁸ için öngörülen dini yemin zorunluluğuna dair başvurularda ihlal kararı vermiştir. Bu başvurularda Mahkeme'nin ihlal kararı vermesine neden olan husus, dini yemin yerine, dini içerikte olmayan resmi bir taahhütte bulunma seçeneğini kullanan başvuruların, bu seçeneği kullanabilmek için yerel mahkemeleri, Ortodoks Hıristiyan inancına sahip olmadıkları konusunda ikna etmek durumunda kalmalarıdır. Öyle ki Dimitras ve diğerleri davasında İHAM'ın altını çizdiği üzere, bu süreçte yerel mahkemeleri ikna edemeyen bireylerin dini bir yemin etmek zorunda kalmaları da olanaklıdır.¹⁹

Değinen son üç kararda inanç özgürlüğünün ihlaline neden olan özellik, tek başına, bireylerin sahip oldukları inancı muafiyet talebi sırasında yetkili makamlarla paylaşmak zorunda kalmaları değildir. İhlalin nedeni, bireylerin, söz konusu muafiyet taleplerini ayrıntılı olarak temellendirmelerinin gerekmesi, bunun için farklı bir inanca sahip olduklarını kanıtlamak zorunda kalmaları ve yetkili makamların, inceledikleri talepler hakkında, ret kararı da dâhil olmak üzere, geniş bir takdir yetkisine sahip olmalarıdır. Bu tür geniş ve keyfi bir yetkinin, inanç özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurması, her ne kadar İHAM bu kararlarda açık bir atıf yapmasa da, Mahkeme'nin yerleşik içtihadı haline gelen temel bir ilke ışığında anlamlı hale gelir: "Sözleşmede güvence altına alınmış inanç özgürlüğü hakkı, devlete, dini inançların ya da bu tür inançları ifade etmek için kullanılan araçların meşru olup olmadığını belirlemede herhangi bir takdir yetkisi tanımaz."²⁰ Bu üç davada incelenen süreçlerde, muafiyet taleplerini değerlendirmek açısından otoritelere tanınan geniş takdir yetkisi, bireylerin inançlarının niteliği ya da tutarlılığını sorgulama ve dolaylı olarak da bu inançların meşruluğunu tartışma sonucunu doğuracak özelliktedir. Bu tür bir takdir yetkisi hem kötüye kullanılabilir hem de bu kötüye kullanma ihtimali yüzünden bireyler muafiyet talebinde bulunmayabilir. Bu durum, bireyin sahip olduğu muafiyet hakkının etkinliğinin ortadan kalkmasına neden olur.

¹⁷ İHAM, Alexandridis v. Yunanistan, No. 19516/06, 21 Şubat 2008.

¹⁸ İHAM, Dimitras ve diğerleri v. Yunanistan, No. 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, 3 Haziran 2010.

¹⁹ Ibid, § 85.

²⁰ İHAM, Manoussakis v. Yunanistan, No. 18748/91, 26 Eylül 1996, § 47; Hasan and Chaush v. Bulgaristan, No. 30985/96, 26 Ekim 2000, § 78.

Türkiye'deki nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesine dair Sinan Işık kararı bu bağlamda değerlendirildiğinde, inancını açıklamaya zorlanmama hakkının İHAM tarafından tanınması sürecinde önemli bir aşama niteliğini taşımaktadır. Mahkeme bu kararda da, Sofianopoulos kararına atıfla, nüfus cüzdanında din hanesinin bulunmasının yarattığı ayrımcılık riskine değinmiştir, fakat bu tespitin ötesine geçerek, davayı “din ve vicdan özgürlüğünün negatif boyutu”²¹ açısından değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre bu davadaki hukuki menfaat, “bireyin *forum internumunun* parçası olan din ya da inancını açıklamama hakkı”dır.²² Böylelikle Mahkeme, inanç özgürlüğünün devlete dokunmama yükümlülüğü getiren önemli bir boyutunu da açıkça İHAS'ın koruması kapsamında değerlendirmiştir. Buna göre; bireyin inancını açıklamama hakkı inanç özgürlüğünün dokunulmaz alanı kapsamında yer alır ve bu hak devletler açısından, bireyleri inançlarını açıklamaya zorlamama yükümlülüğü doğurur. Mahkeme bu tespite dayanarak, din hanesi içeren nüfus cüzdanlarının her şeyden önce “bireyin din ya da inancını açıklamama hakkını” ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır, çünkü nüfus cüzdanı günlük yaşamda sıklıkla kullanılan bir belgedir ve bu niteliğiyle bireyler bu belgeyi her kullarılarında iradeleri hilafına inançlarını fiilen (*de facto*) açıklamak zorunda kalırlar.²³

Bu davada gündeme gelen diğer sorun; ilgili makamlar tarafından, başvuru inancının meşruluğunun tartışılmasıdır. Başvuru; nüfus cüzdanına İslam yerine Alevi yazılması talebinin, yerel mahkeme tarafından reddedilmesinin de inanç özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun din hanesini değiştirme talebi karşısında yerel mahkeme Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan görüş istemiş, Başkanlık da Aleviliğin İslam kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla ayrı bir dinmiş gibi nüfus cüzdanına kaydedilmesinin uygun olmadığı yolunda görüş bildirmiştir. İHAM bu noktada, bireyin inancının niteliği ve konumunun yargı ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın işbirliği ile sorgulanması ve reddedilmesini “devletin nesnel ve tarafsız olma yükümlülüğü”nün ihlali olarak değerlendirmiştir.²⁴

²¹ İHAM, Sinan Işık v. Türkiye, No. 21924/05, 2 Şubat 2010, § 41.

²² Ibid, § 42.

²³ Ibid, § 50.

²⁴ Ibid, § 45-46.

Sinan Işık kararı, Mahkeme'nin, inancını açıklamamayı, inanç özgürlüğünün negatif boyutu kapsamında yer alan ve *forum internumun* parçasını oluşturan bir hak olarak nitelendirmesi açısından önem taşır. Fakat bunun dışında kararda önemli bir ayrıntı yer almaktadır. Mahkeme, "Sözleşme'nin 9. maddesini din ya da inancın açıklanmasını sağlayacak *her türlü zorlamaya* izin verecek şekilde yorumlamanın, söz konusu özgürlüğün güvence altına almayı amaçladığı öze zarar vereceğini" ifade etmiştir.²⁵ Her türlü zorlamanın Sözleşme kapsamında koruma görmeyeceği tespiti, bireyin inancını yetkili otoritelerle paylaşmasını öngören ve bu yükümlülüğü hukuki yaptırım ile desteklemesi nedeniyle kaçınılmaz olarak zorlama teşkil eden bazı düzenlemelerin İHAS kapsamında meşru görülebileceği anlamına gelmektedir. Nitekim İHAM; gerek yukarıda değinilen Dimitras ve diğerleri, gerekse aşağıda değerlendirilecek olan Wasmuth davalarında, bu tespiti doğrulayan bir şekilde, bireyin inancını açıklamasını gerektiren bazı uygulamaları -tek başına- 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiş, bu uygulamalar açısından ölçülülük denetimi yapmıştır. Mahkeme'nin bu olaylarda ölçülülük denetimi yapması, bir hak olarak inancını açıklamamanın sınırlandırılabilir olduğunu kabul etmesi anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım, Sözleşme'de sınırlandırması için herhangi bir meşru ölçüt öngörülmemiş olan *forum internuma*, Mahkeme tarafından sınırlandırma ölçütleri getirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

2. İnancını Açıklamaya Doğrudan ve Dolaylı Olarak Zorlama Arasındaki Ayrım

İHAM'ın içtihatları bir bütün olarak değerlendirildiğinde inancını açıklamama hakkına yönelik müdahaleler açısından, *doğrudan* ve *dolaylı* zorlamalar şeklinde kavramsallaştırılabilecek bir ayrımın kabul edildiği söylenebilir. Nüfus cüzdanlarındaki din hanesi ve karnelerdeki din dersi bölümlerine dair kararlarında Mahkeme'nin ortaya koyduğu üzere; herhangi bir nedenle bireyi inancını açıklamaya zorlamak ya da bireyin inancının, damgalanma veya ayrımcılık riski doğuracak şekilde açığa vurulmasını sağlayan düzenleme ya da işlemlerle açıklanmasına yol açmak, *doğrudan* zorlamadır ve bu zorlama tek başına inanç özgürlüğünün ihlalini oluşturur. Diğer bir deyişle doğrudan zorlamayı hiçbir gerekçe ya da amaç meşrulaştıramaz.

²⁵ Ibid, § 42.

Dolaylı zorlamalar ise, devletin genel nitelikli yasaları ve uygulamalarından muafiyet hakkının bireylere tanındığı durumlarda, bu hakkın kullanımı sırasında ortaya çıkmaktadır. Öncelikle vurgulanması gereken, dolaylı zorlamaların, hâlihazırda tanınmış olan bir muafiyet hakkının kullanımıyla ilgili olmasıdır. Genel nitelikteki bir düzenlemeden inanç temelli muafiyet taleplerinin idari otoriteler tarafından reddedilmesi halinde, bu durumun Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlaline yol açıp açmadığı farklı bir hukuki sorun ortaya çıkarır. Bu kısımda incelenen dolaylı zorlama örneklerinde ise bireyler, zorunlu din dersi ya da dini yemin açısından kendilerine tanınmış muafiyet hakkını kullanabilmek için inançlarını yetkili otoritelerle paylaşmak zorunda kalmaktadır. Bireyin inancını bu şekilde açıklamak zorunda kalması durumunda, inanca dair paylaşılan bu bilginin, muafiyetten yararlanılmasını sağlamak amacıyla sınırlı olarak kullanılması ve bu amaç dışında ilgisiz kurumlara ya da her hâlükârda kamuya açılması önem taşır. Eğer inanca dair bilgi genel olarak idari otoritelere ya da kamuya açık hale gelirse, artık doğrudan zorlama söz konusu olur ve Sözleşme'nin 9. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkar. Nitekim Mahkeme, Saniewski kararındaki yorumunu değiştirdiği Grzelak kararında, öğrencinin karnesinin, din dersine katılmadığı anlaşılacak şekilde düzenlenmiş olmasının tam da bu nedenle Sözleşmeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme Grzelak kararında, Saniewski kararındaki yaklaşımını değiştirerek, çoğunluğu Katolik olan Polonya'nın bu özel durumuna işaret etmiş²⁶ ve başvurucunun karnesinde din dersinin boş bırakılmış olmasının neden olabileceği potansiyel ayrımcılık risklerine dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre, "başvurucunun tüm eğitim sürecini kapsayan karnelerinde yer alan din/ahlak başlıklı derse ait bir başarı notu bulunmaması, ... haksız bir damgalama biçimi oluşturur."²⁷ Gerçekten de başvurucu, zorunlu din dersinden muafiyet hakkını kullanması durumunda karnesine işlenen bilgiler nedeniyle, sahip olduğu inancı ya da bir inanca sahip olmadığını, özel ve devlet kurumlarıyla hayatı boyunca paylaşmak zorunda kalmaktadır. Nüfus cüzdanında din hanesinin yer almasına benzer şekilde, bireyin inancının kamusal

²⁶ İHAM, Grzelak v. Polonya, No. 7710/02, 15 Haziran 2010, § 95.

²⁷ Ibid, § 99.

düzeyde görünür kılınması, karnenin düzenleniş şeklini 9. maddeye aykırı hale getirmektedir.

Eğer muafiyet talep eden bireyin inancının, damgalanmaya yol açacak şekilde kamuya ya da ilgisiz idari ya da özel kurumlara açılması söz konusu değilse, dolaylı zorlamanın Sözleşme'ye uygunluğu açısından bir başka kriter daha dikkate alınmaktadır. Buna göre, muafiyet hakkını kullanan bireyler, inançları konusunda idari makamları ikna edecek düzeyde ayrıntılı açıklamalar yapmak zorunda bırakılmamalı, muafiyet hakkı herhangi bir koşul ya da gerekçelendirme yükümlülüğüne tabi kılınmamalıdır. Yine bu doğrultuda, muafiyet talebinin incelenmesi sürecinde idari otoritelere, bireyin sahip olduğu inancın meşruluğunu tartışma olanağı veren bir takdir yetkisi tanınmamalıdır. Bu hususlar, Türkiye'deki zorunlu din derslerinden muafiyet için öngörülen süreçlerde bireylerin inançlarını gerekçelendirmek zorunda bırakılmalarının ve bu açıdan idari makamların geniş bir takdir yetkisine sahip olmalarının, Hasan ve Eylem Zengin²⁸ ile Mansur Yalçın ve diğerleri²⁹ kararlarında Sözleşme'nin ihlal gerekçeleri arasında yer almasıyla İHAM tarafından teyit edilmiştir. Bu noktada, bireyi inancını açıklamaya dolaylı olarak zorlayan bir pratiğin hangi koşullarda ölçülü olabileceğine dair Mahkeme'nin geliştirdiği ölçütlerin somutlaştığı *Wasmuth v. Almanya* kararına değinmek yararlı olabilir.

Dava, başvurucunun maaşına dair vergilendirme belgesinde, karnenin vergi salmaya yetkili bir kiliseye üye olup olmadığına dair bilginin yer almasıyla ilgilidir. İşverenler bu bilgi sayesinde, işçiler için kilise vergisini matrahtan düşmeleri gerekip gerekmediğini öğrenmektedir. Mahkeme, bu uygulamanın inancını açıklamaya zorlanma hakkına bir müdahale olduğunu tespit etmiş ve incelemesini bu müdahalenin ölçülülüğü üzerine yoğunlaştırmıştır. Bu açıdan Mahkeme ilk olarak; vergilendirme belgesinin yalnızca işveren ve vergi otoriteleriyle paylaşıldığının altını çizmiştir.³⁰ Mahkeme böylelikle bireyin damgalanma riskinden korunduğunu tespit etmiş ve ardından incelemesini, kilise vergisinden muafiyet talebinin, ilgili otoriteler tarafından değerlendirilme süreci üzerine yoğunlaştırmıştır. Bu açıdan

²⁸ İHAM, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, No. 1448/04, 9 Ekim 2007, § 75-76.

²⁹ İHAM, Mansur Yalçın ve Diğerleri v. Türkiye, No. 21163/11, 16 Eylül 2014, § 76.

³⁰ İHAM, Wasmuth v. Almanya, No. 12884/03, 17 Şubat 2011, § 59.

Mahkeme, başvuruçunun, muafiyet talebinde bulunurken sadece, vergi salmaya yetkili kiliselerden birine üye olmadığı bilgisini paylaşmak zorunda olduğunu ve bu talebine temel oluşturan inancını gerekçelendirmek ya da temellendirmek zorunda bırakılmadığını belirterek, 9. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.³¹ Görüldüğü gibi Mahkeme ilk olarak, başvuruçunun açıklamak zorunda kaldığı inancının sınırlı kamusallaşma derecesini, ardından da inancına dair paylaşmak zorunda kaldığı bilginin dar tutulmuş kapsamını ve muafiyet talebini değerlendiren otoritelere tanınan takdir yetkisinin sınırları belirlenmiş çerçevesini dikkate almıştır.

İHAM'ın son dönem içtihatları bir bütün olarak değerlendirildiğinde olumlu yönde bir gelişimin varlığı göze çarpmaktadır. İnancını açıklamaya zorlanmama, *forum internum* kapsamında bir hak olarak açıkça tanınmıştır. Bununla birlikte Sözleşme'de *forum internuma* yönelik meşru bir sınırlandırma ölçütü bulunmamasına ve öğretide de bu alanın dokunulmazlığına dair vurguya karşın Mahkeme'nin, inancını açıklamaya zorlanmanın söz konusu olduğu bazı durumlarda, ölçülülük denetimi yapması bir çelişki olarak değerlendirilebilir. Aslında dolaylı zorlamalar olarak kavramsallaştırılabilecek bu tür örnekler açısından Mahkeme'nin, bu zorlamaların inanç özgürlüğüne bir müdahale oluşturmadığı yönünde bir içtihat geliştirmesi söz konusu olabilirdi. Böyle bir yorum, kuşkusuz *forum internumun* dokunulmaz niteliğini dikkate alarak inanç özgürlüğü bağlamında daha tutarlı bir yaklaşımın gelişimine zemin hazırlardı. Oysa İHAM'ın; *forum internum* kapsamında nitelendirdiği inancını açıklamama özgürlüğüne yönelik bazı müdahaleler açısından ölçülülük denetimi yapması, *forum internum* kapsamında yer alan diğer hakların sınırlandırılmasına da kapı aralamaktadır. Ne yazık ki *forum internuma* dair bu çelişkili yaklaşım ulusalüstü insan hakları denetim organlarının kararlarında genel olarak gözlemlenen bir olgudur. Taylor'un da işaret ettiği gibi, *forum internum* "bireyin yalnızca din ya da inanca dair mutlak seçim özgürlüğünü değil, buna ek olarak çeşitli özgürlükleri içerir. Bununla birlikte, bu özgürlüklerin kesin kapsamı belirsizdir ve ne Birleşmiş Milletler ne de Avrupa kurumları, bu özgürlüklerin hukuken tanınmasını sağlayacak açık ya da tutarlı ilkeler geliştirmiştir. Aksine, *forum internu-*

³¹ Ibid, § 60.

mun mutlak karakteriyle karşı karşıya kalındığında, *forum internumu* gözden çıkarmak pahasına özgürlüğün devlet düzenlemelerine tabi kılınmasını sağlayacak yargısal pratik geliştirilmiştir.”³² Sonuç olarak, İHAM’ın inancını açıklamama hakkını *forum internumun* parçası olarak tanımış olması olumlu bir adım olsa da, *forum internuma* müdahalelerin meşruluğuna dair yaklaşımı bu noktada eleştirirye açıktır.

II. AYM’nin İnancını Açıklamama Hakkına Dair İctihadı

Bir önceki bölümde ortaya konduğu üzere inancını açıklamaya zorlanmama, İHAS’ta açıkça tanınmış bir hak değeridir ve bu nedenle bu hakkın öncelikle varlığının tanınmasında ve ardından kapsamının belirlenmesinde İHAM’ın icthadı belirleyici olmuştur. Türkiye’deki hukuki durum ilk olarak bu noktada Sözleşme sisteminden farklılaşmaktadır. Gerek halen yürürlükte olan 1982 Anayasası’nda,³³ gerekse 1961 Anayasası’nda,³⁴ hiç kimsenin inancını açıklamaya zorlamayacağı, anayasal bir yükümlülük olarak açıkça öngörülmektedir. Bunun da ötesinde 1982 Anayasası’nda, olağanüstü yönetim usullerini düzenleyen 15. maddede, inancını açıklamaya zorlanmama, dokunulmaz nitelikteki çekirdek haklar arasında yer almaktadır.³⁵ Ayrıca Türk Ceza Kanunu’nda, inancını açıklamaya zorlama bir suç olarak düzenlenmiştir.³⁶ Hukuki durumdaki bu açıklığa rağmen Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) nüfus cüzdanındaki din hanesini anayasaya uygun bulan kararları hukuki argümantasyon açısından tek kelimeyle ilginçtir. Bu bölümde AYM’nin konuya dair yaklaşımı ve kimlik kartlarına dair yeni düzenlemeler, İHAM’ın ortaya koyduğu ilkeler çerçevesinde incelenecektir.

³² Paul Taylor, a.g.e., s. 115.

³³ 1982 Anayasası, madde 24, § 4: “Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz”.

³⁴ 1961 Anayasası, madde 19, § 3: “Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Kimse, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz”.

³⁵ 1982 Anayasası, madde 15, § 2: “ Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz...”.

³⁶ Türk Ceza Kanunu, madde 115, § 1: “Cebir veya tehdit kullanılarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ... kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

1. AYM'nin Nüfus Cüzdanındaki Din Hanesine Dair Kararları

Nüfus cüzdanında din hanesinin anayasaya aykırılığı sorunu ilk olarak 1961 Anayasası döneminde AYM'nin önüne gelmiş, AYM bu kararda konuyu, zorlama kavramı ve ayrımcılık yasağı açısından ele almıştır. AYM'ye göre;

"bu kural, kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklamasına engel değildir. Anayasa'nın izin vermediği husus zorlamadır. Bu itibarla konuya (zorlama) ögesi açısından bakmak gerekmektedir. Söz konusu ... madde zorlayıcı nitelikte hiç bir hüküm içermemektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa'nın kastettiği anlamda dinî inanç ve kanaatlerini de değil, sadece dininin ne olduğunu açıklamasına yol açabilecek bir durum yaratmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile ilişkisi yoktur."³⁷

AYM'nin burada; yaptırım gücüne sahip bir hukuk kuralının, zorlama ile ilişkisi olmadığını kabul ederek hukuki yorum teknikleri açısından ve bunun da ötesinde mantık kuralları açısından oldukça sorunlu bir yaklaşım geliştirdiğini ifade etmek gerekir.³⁸ Bunun yanı sıra AYM, "dini inanç ve kanaat" ile bireyin "dini aidiyeti" arasında bir ayırım olduğunu ileri sürmüştür. AYM bu ayırma dayanarak, zorlama yasağının yalnızca "dini inanç ve kanaat" bakımından geçerli olduğunu, buna karşın "dini aidiyeti açıklamanın" anayasal korumadan yararlanamayacağını ifade etmiştir.

Bu kararda AYM, tüm bu argümanlarını kamu yararı kavramı ile temellendirmeye çalışmıştır. AYM'ye göre "yurttaşın kişisel halinin ve onun bir ögesi olan dininin nüfus kayıtlarına doğru ve düzenli olarak yazılmasında ve yanlışlıkların hâkim kararı ile düzeltilmesinde kamu yararı bulunmaktadır".³⁹ Kamu yararı kavramına dair bu referans, söz konusu kavramının özgürlükler üzerindeki kısıtlayıcı etkisinin ve bu etkinin kamu makamları tarafından nasıl keyfi bir şekilde kullanılabilirdiğini göstermesi açısından önemli bir örnektir, çünkü AYM,

³⁷ AYM, E: 1979/9, K: 1979/44, 27.11.1979, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. 17, 1980, s. 340-341.

³⁸ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, 2001, s. 68.

³⁹ AYM, E: 1979/9, K: 1979/44, 27.11.1979, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. 17, 1980, s. 342.

bireyin inancının nüfus kayıtlarında yer almasının, hangi açılardan kamu yararına hizmet ettiğine dair herhangi bir gerekçelendirmeye gitmemiştir.

1982 Anayasası döneminde konu tekrar AYM önüne gelmiştir. 1995 tarihli karar, ilkinden çok daha kapsamlı bir gerekçeye sahiptir ve bu nedenle AYM'nin bakış açısını kavramak açısından yol göstericidir. AYM'ye göre bireyin dini;

“ulusun demografik yapısının kamu yararını ilgilendirmesi nedeniyle “şahsî hal” bilgisi olarak nüfus kütüklerine geçirilmektedir. Devletin nesnel öğeleri, ülke ve ulusu oluşturan insan topluluğudur. Devletin, vatandaşlarının özelliklerini bilmesi gerekir. Devleti oluşturan topluluğun bireylerini ve bunların özelliklerini bilme isteği, kamu düzeni ve kamu yararı ile ekonomik, siyasal ve sosyal gereklere ve gereksinimlere dayanmaktadır... Anayasa'nın “Kimse... dinî inancı ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” kuralından, kişilerin hangi dine bağlı olduğunun bir bilgi olarak resmî kayıtlara geçirilemeyeceği anlamı çıkarılamaz. Anayasa'nın izin vermediği husus, zorlamadır. Zorlama “dinî inanç ve kanaatlerin açıklanması”yla ilgilidir. “Dinî inanç ve kanaat” kavramını, sadece demografik bir bilgi olarak ya da kişilik bilgisi olarak aile kütüğüne yazılacak “dinî bilgisi” ile sınırlandırmak olanaklı değildir. “Dinî inanç ve kanaat” kavramı bir kişinin şu ya da bu dinden ya da inançtan olmasını kapsayan dar bir kavram olmayıp, din ve inanç yönünden pek çok hususu bünyesinde barındıran geniş bir kavramdır. Anayasa'nın 24. maddesinde yasaklanan, kişinin dininin öğrenilmesi değil, dinî inanç ve kanaatlerinin zorla açıklattırılmasıdır”.⁴⁰

Mahkeme'nin bu karardaki gerekçeleri gerek İHAM'ın Sinan Işık kararında ortaya koyduğu ilkelere, gerekse de 1982 Anayasası'nda cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan özelliklere açıkça aykırıdır. Söz konusu aykırılığın temelinde, bireyin dini aidiyetinin, onun bir yurttaş olarak ayırt edici özelliği olarak kabul edilmesi yatar. Bireyi, dini aidiyeti üzerinden tanımlamanın İHAS'a aykırılığı, İHAM tarafından yukarıda aktarılan Sofianopoulos kararından bu yana vurgulanan hususlar arasında yer alır. Ayrıca devletin temel nitelikleri arasında

⁴⁰ AYM, E: 1995/17, K: 1995/16, 21.6.1995, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 31, C. 2, 1996, s. 543-544, 548.

laiklik ilkesinin yer aldığı bir anayasal düzende, dinin, AYM'nin ifadesiyle "vatandaşın özelliği" olarak kabul edilmesi ayrıca sorunludur.

AYM bu kararında, bireyin özelliklerinin devlet tarafından saptanması ihtiyacını "ekonomik, siyasal ve sosyal gereklere" dayandırmıştır. Laik bir hukuki düzende, bireylerin dini aidiyetlerinin kayıt altına alınmasının "ekonomik" bir gerekçesi olamayacağı gibi, bu bilgilerin "siyasal" bir amaç doğrultusunda kullanılması gerek laiklik ilkesiyle, gerekse insan haklarına saygılı bir demokratik devlet olma vaadiyle bağdaşmaz. Hatta dini aidiyete dair bilgilerin siyasi amaçlarla kullanılması ancak totaliter rejimlerde görülebilecek bir uygulama teşkil eder.⁴¹ Bu durumda geriye sosyal gereksinimler kalmaktadır. Her ne kadar AYM, sosyal gereksinimlerden ne kast ettiğini kararında açıkça ortaya koymuş olmasa da, bu noktada devletin ibadet ya da mezarlık yerlerini belirlemek için bireylerin dini aidiyetlerine dair bilgileri toplaması, meşru amaçlar olarak kabul edilebilir. Bu amaçlar, devletin inanç özgürlüğünden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilebilir. Fakat Anayasa'nın koruduğu değer yalnızca bu tür pozitif yükümlülükler değildir. Bireylerin dini aidiyetlerini açıklamak zorunda bırakılmaları, inancını açıklamama hakkına bir müdahale teşkil eder. Dolayısıyla inanç özgürlüğünden kaynaklanan bu pozitif ve negatif yükümlülük arasında bir tartım yapılması zorunlu hale gelir. Bu tartım açısından önem taşıyan husus, inancını açıklamama hakkının olağan ve olağanüstü hal rejimleri açısından dokunulmaz nitelikte bir çekirdek hak olarak düzenlenmiş olmasıdır. Hakkın bu mutlak niteliği karşısında bireyleri inancını açıklamaya zorlamak, inanç özgürlüğüne dair pozitif yükümlülüklerle atıfla meşru hale getirilemez.

İnancını açıklamama hakkının, hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları olduğu kabul edilse dahi,⁴² ulaşılan bu sonuç değişmez. Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen sınırlandırma rejimi açısından inancını açıklamama hakkına yapılacak bir müdahalenin ölçülü olması gerekir. AYM'nin varsayımından hareket edilirse, inancını açıklamama hakkına yapılan müdahalenin meşru amacı bireylerin inanç konu-

⁴¹ Richard Steigman-Gall, "Din ve Kiliseler", Hitler Almanyası, 1933-1945, (çev. İdem Erman), ed. Jane Caplan, İnkilap, 2017, s. 135-154.

⁴² Temel hak ve özgürlüklerin için ya da objektif sınırlarına tartışmalar için bkz. Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, Ekin, 2017, s. 213-220.

sundaki sosyal gereksinimlerini karşılamaktır. Amaç ve araç arasında yapılacak değerlendirmede ilk olarak göze çarpan husus Anayasa'nın bu iki hukuki değere attığı önem arasında farklılıktır.⁴³ İnancını açıklamama hakkı olağanüstü hal rejiminde dahi dokunulmaması gereken bir hak olarak açıkça düzenlenmişken, inanç özgürlüğüne dair pozitif yükümlülükler Anayasa'nın inanç özgürlüğünü düzenleyen maddesinden, laiklik ilkesini dikkate alarak türetililecek yükümlülüklerdir. Bu bağlamda, bu iki değer arasında inancını açıklamama hakkı, soyut düzlemde dahi ağır basmakta, dolayısıyla bu hakka müdahale için çok kuvvetli gerekçeler gerekmektedir.

Ölçülülük denetiminin somut aşamaları açısından, bireylerin inançlarına dair bilgilerin toplanması inanç özgürlüğünden kaynaklanan pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından elverişli bir araç olarak kabul edilebilir, çünkü bu amaca ulaşmaya yönelik bir katkı sağlamaktadır. Fakat gereklilik aşaması açısından aynı olumlu tespit yapılması güçtür. Özgürlüğe yönelik müdahalenin gerekli olarak kabul edilebilmesi için, amaca ulaşmada aynı düzeyde etki sağlayan daha az sınırlandırıcı bir aracın bulunmaması gerekir. Devletin sosyal alanda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi için, inancını açıklamama hakkına müdahale etmeden, aynı etkiyi doğuran başka yöntemler benimsemesi mümkündür. Örneğin ibadet ya da mezarlık mekânlarının belirlenmesi için, bireylerden gelen talepler doğrultusunda bir planlama yapılabilir.

İnanç özgürlüğünden kaynaklanan sosyal gereksinimlerin bireysel talepler doğrultusunda karşılanmasının, tüm bireylerden elde edilecek bilgilerden yararlanarak kapsamlı sosyal politikalar belirlenmesine nazaran daha az etkili bir yöntem olacağı, dolayısıyla gereklilik kriteri açısından devletten, daha az etkili bir yöntemi benimsemesinin beklenemeyeceğinin kabul edilmesi durumunda, bu defa ölçülülük denetiminin son aşaması olan orantılılık açısından bir değerlendir-

⁴³ Ölçülülük denetiminin aşamalarına dair bkz. Detlef Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, ed. Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier, C. F. Müller Verlag, 2009, s. 547-560; Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük İlkesi, Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 7, No. 1, 2017, s. 6-17; Matthias Klatt, Moritz Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus", JuS, Heft 3, 2014, s. 193-199.

me yapmak zorunlu hale gelir. Fakat toplumun dini gereksinimlerine yönelik sosyal politikaları etkin bir şekilde gerçekleştirmek için bireyleri inancını açıklamaya zorlamak, orantılı bir müdahale olarak değerlendirilemez. Müdahale edilen inancını açıklamama hakkı, bireyin mahrem ve özel nitelikteki kanaat ve görüşlerini dış müdahale ve baskılardan korumayı hedefler. Öte yandan özellikle azınlık inanç ve görüşlerine sahip bireyler açısından inancın dışa vurulması, ayrımcılık riskini beraberinde getirir. Dolayısıyla bireyleri inancını açıklamaya zorlamak, inanç özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil eder. Hakka yönelik müdahalenin bu ağır niteliği karşısında, toplumun dini gereksinimlerine yönelik sosyal politikaları gerçekleştirebilmek için farklı araçların kullanılabilmesi olasılığı nedeniyle, inanç özgürlüğüne yönelik müdahale orantsız hale gelir.

Bu noktada İHAM'ın, Sinan Işık kararında sadece demografik bilgi toplama amacıyla da olsa bireyleri inançlarını açıklamaya zorlamanın İHAS çerçevesinde meşru kabul edilemeyeceğine dair saptaması⁴⁴ da anımsanmalıdır. Ayrıca Türkiye'deki uygulamada, bireyin dininin, sadece demografik bir bilgi olarak nüfus sistemine kayıt edilmediğini de belirtmek gerekir. Bu kayıtlara göre düzenlenen nüfus cüzdanları aracılığıyla birey, toplumsal yaşamda pek çok kez, özellikle de devlet otoriteleriyle olan ilişkilerinde, inancını açıklamak zorunda kalmaktadır.

Diğer yandan AYM, nüfusun çoğunluğunun Sünni-Müslüman olduğu kabul edilen Türkiye'de, farklı inançlara sahip yurttaşların nüfus cüzdanı aracılığıyla inancını açıklamak zorunda kalmalarının neden olabileceği ayrımcılık riskini dikkate almamıştır. AYM'ye göre, ayrımcılık yasağı açısından önem taşıyan husus "lâiklik ilkesine aykırı olarak kişinin dini ile ilgili bilginin, belirli bir dine mensup olanlardan sorulup da, diğer bir dine mensup olanlardan sorulmayarak ayırım yapılmamasıdır. Bu kural herkes için geçerlidir, dolayısıyla da geneldir."⁴⁵ Görüldüğü gibi AYM, ayrımcılığa maruz kalma riski bakımından herkesin eşit düzeyde tehdit altında olmasını, yasa önünde eşitlik ilkesine uyum açısından yeterli bulmuştur. Oysa yasa önünde eşitlik ilkesi her şeyden önce ayrımcılık riskini ortadan kaldıracak düzenlemelerin yürürlüğe konmasını gerektirir. Öte yandan genel nitelikteki bu düzen-

⁴⁴ İHAM, Sinan Işık v. Türkiye, No. 21924/05, 2 Şubat 2010, § 44.

⁴⁵ AYM, E: 1995/17, K: 1995/16, 21.6.1995, s. 547

leme sonuçları itibariyle, özellikle çoğunluk inancından farklı inanca sahip olan birey ya da gruplar açısından dolaylı ayrımcılığın açık bir örneğini oluşturur.⁴⁶

Kararda dikkat çeken bir diğer nokta, AYM'nin, dini inanç ve kanaat kavramının geniş ve dar anlamı arasında bir ayrım olduğuna dair tespiti yinelemesidir. Fakat AYM bu kararında, 1979 tarihli karardan farklı olarak söz konusu ayrımı temellendirmeye çalışmıştır. Bu kapsamda AYM, bireyin inancına dair bilginin, dini inanç ve kanaatin dar anlamını oluşturduğunu ifade etmiştir. Buna karşın AYM'ye göre Anayasa'da yer alan incancı açıklamaya zorlama yasağı, söz konusu kavramın bu dar anlamını dışarıda bırakır ve yalnızca geniş anlamdaki dini inanç ve kanaat için geçerlidir. Mahkeme'nin kavramsallaştırdığı bu yapay ayrıma, her şeyden önce mantıksal bir hata içermesi nedeniyle katılmak olanaklı değildir. Bireyin inancına dair bilgi, diğer bir deyişle bireyin hangi inanca sahip olduğu, AYM'nin de belirttiği üzere dini inanç ve kanaatin bir parçasıdır. Dolayısıyla dini inanç ve kanaati açıklamaya zorlama yasağı, inanç ve kanaatin parçasını oluşturan dini aidiyete dair bilgiyi de evleviyetle ve tartışmasız bir şekilde kapsar. Öyle ki incancı açıklamama hakkı, öncelikle incancının -en basit ve temel haliyle- ne olduğunu açıklamama hakkını içerir. Bu bilginin açıklanmasına dair bir talep ya da baskı doğrudan zorlamanın örneğini oluşturur ve İHAM içtihatlarında da vurgulandığı üzere hiçbir koşulda meşru kabul edilemez.

AYM'nin bu kararları, laiklik ilkesinin; dinin ve dini pratiklerin denetim ve kontrolünü içerecek şekilde yorumlanmasına örnek teşkil eder. Nitekim AYM 1995 tarihli kararında laiklik ilkesinin bu özelliğinin altını çizmiştir. AYM'ye göre “[k]amu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla devlete, dinsel hak ve özgürlükler konusunda denetim yetkisi tanınması” laikliğin temel ilkelerinden birini oluşturur. Bunun yanı sıra laikliğin diğer ilkeleri; dinin devlet işlerine egemen ol-

⁴⁶ “Kişilere eşit muamele yoluyla ayrımcılık yapılması öğretide dolaylı ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır... Dolaylı ayrımcılık... genel nitelikteki bir önlem uygulandığında belli bir gruba mensup orantısız biçimde yüksek sayıda kişiyi, diğer gruplara mensup kişilere göre daha dezavantajlı duruma sokması ve orantısız etki doğuran önlemin nesnel ve makul bir nedeninin bulunmaması halidir. Bu durum orantısız etki ayrımcılığı olarak da adlandırılmaktadır”. Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Beta, 2013, s. 473-474.

maması, tüm dinlerin eşit olarak anayasal güvenceye sahip olması, dinin kötüye kullanılmasının engellenmesi ve son olarak, bireyin manevi yaşamını aşan ve toplumsal yaşamı etkileyen eylemlere, gerektiğinde, kamu yararı ya da düzenini korumak amacıyla sınırlar getirilmesidir.⁴⁷ Dikkat çekici husus, AYM'nin ortaya koyduğu bu ilkelerin yalnızca sonuncusunda bireysel bir özgürlük olarak inanç özgürlüğüne dolaylı olarak değinilmiş olmasıdır. Ama burada da AYM'nin, inanç özgürlüğünün korunmasına değil, kamu yararı ya da düzenine atıfla sınırlandırılmasına dair vurgusu önem taşır. AYM'nin laikliğe dair ortaya koyduğu bu ilkelerin ortak özelliği, devlete, inanç özgürlüğünü düzenleme konusunda geniş bir müdahale yetkisi tanınmasıdır. İnancını açıklamaya zorlamanın yasak olduğuna dair açık anayasal normların varlığına rağmen, nüfus cüzdanı aracılığıyla bireylerin dini aidiyetlerini açıklamak zorunda bırakılmasının laiklik ilkesi gereği hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılması bu bağlamda değerlendirilebilir.

2. 4+4+4+ Kararı ve AYM'nin Laiklik Yorumunun Değişmeyen Özü

AYM'nin 2012 yılında, "esnek ya da özgürlükçü laiklik"⁴⁸ şeklinde kavramsallaştırdığı içtihadında da laiklik ilkesine dair yaklaşımın özünde değişmediği söylenebilir. Karardaki esneklik vurgusunun AYM'nin işaret ettiği üzere özgürlükçü bir çağrışımı olsa da kararda ortaya konan ilkeler, bu esnekliğin, aslında devletin dini meselelere dair sahip olduğu takdir payı açısından kabul edildiğini gösterir.⁴⁹ Kararın konusu, ortaokul ve liselerde seçimlik derslerin düzenleniş şeklidir. Dava konusu düzenlemeye göre, "Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Peygamberimizin Hayatı", müfredatta seçimlik ders olarak yer alması zorunlu olan yegâne iki derstir. Bu iki ders dışında hangi derslerin seçimlik olarak okutulacağı, Milli Eğitim Bakanlığı'nın takdirine bırakılmıştır.

AYM bu düzenlemenin Anayasa'da öngörülen laiklik ve kanun önünde eşitlik ilkeleriyle uyumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu sonuca ulaşırken AYM'nin dayandığı esnek laiklik yorumu:

⁴⁷ AYM, E: 1995/17, K: 1995/16, 21.6.1995, s. 546

⁴⁸ AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, 20.9.2012, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 50, C. 2, 2013, s. 1443

⁴⁹ Aynı doğrultuda Kerem Altıparmak, "Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Özgürlük Hanesinde Elde Var 0", *Bianet*, 24 Nisan 2013, www.bianet.org.

“dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasi sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir... Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir”.⁵⁰

AYM, laikliğe dair bu esnek ve özgürlükçü yorumu, sistematik yorum ilkeleri çerçevesinde geliştirdiğini ifade etmiştir.⁵¹ Fakat geliştirdiği sistematik yoruma temel oluşturan Anayasa maddeleri arasında inanç özgürlüğünü düzenleyen 24. maddeye yer vermemesi dikkat çeker.⁵² Bunun dışında AYM, inanç özgürlüğüne dair yukarıda da yer alan birkaç vurguya karşın, bu kararında daha önceki içtihadına benzer şekilde, önündeki sorunu inanç özgürlüğü açısından değerlendirmemiş ve inanç özgürlüğünün kapsamına dair bir çerçeve çizmemiştir. AYM'nin bunun yerine tıpkı önceki içtihadında olduğu gibi, inanç özgürlüğü üzerinde devlet denetimi ve müdahalesine alan açan bir yorum geliştirdiği söylenebilir. Bu yorumun dayanak noktasını ise pozitif yükümlülük kavramsallaştırması oluşturmuştur. AYM'ye göre inanç özgürlüğü açısından devletin pozitif yükümlülüğü; “devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.”⁵³ AYM'nin ikinci dayanağı da tarihsel yorum yönteminden ilham alan bir saptama oluşturur: “bir bütün olarak bakıldığında, Türkiye’de baştan beri laiklik ilkesinin anayasal düzeyde ve uygulamada Devlet ile İslam dini arasındaki kurumsal ilişkiyi mutlak surette dışladığı da söylenemez”.⁵⁴

⁵⁰ AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, 20.9.2012, s. 1443-1444.

⁵¹ Ibid, s. 1443.

⁵² Kerem Altıparmak, a.g.e.

⁵³ AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, 20.9.2012, s. 1444.

⁵⁴ Ibid, s. 1446.

AYM bu iki dayanaktan hareketle, toplumdaki çoğunluk dinine inananların talep ve gereksinimlerini dikkate alan bir hukuki düzenlemenin, laiklik ilkesi ve inanç özgürlüğü ile uyumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca dava konusu düzenlemenin eşitlik ilkesine de aykırı olmadığını saptamıştır, çünkü bu düzenleme ile söz konusu iki ders dışında seçimlik dersler açılmasına herhangi bir yasaklama getirilmemiştir.⁵⁵

AYM'nin bu saptamalarındaki sorun her şeyden önce hukuki meseleyi, çerçevesini kendisinin çizdiği ve yukarıda ana hatları aktarılan laiklik yorumundaki pek çok temel ilkeye aykırı biçimde formüle etmesinden kaynaklanır. Dava konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı sorunu, esasen inanç temelinde bir ayrımcılığın var olup olmadığında düğümlenmektedir. Fakat AYM, yalnızca belirli bir dini konu edinen derslerin seçimlik dersler kataloğunda zorunlu olarak yer almasını ve diğer inanç sahipleri için seçimlik derslerin müfredata konulmasına dair bakanlığa tanınan sınırsız takdir yetkisini, laiklik ilkesi çerçevesinde geliştirdiği pozitif yükümlülüğe ağırlık vererek Anayasa'ya uygun bulmuştur.

AYM'nin kararının eleştiriye açık bölümleri arasında pozitif yükümlülüğe dair tespitleri öne çıkar. Her ne kadar AYM, kararının yukarıda aktarılan kısımlarında esnek laiklik yorumunun inanç özgürlüğünün güvencesi olduğunu ifade etse de, Anayasa'nın inanç özgürlüğü açısından öngördüğü pozitif yükümlülüğü, farklı inanç gruplarının, özellikle de azınlıkta olanların özgürlüklerini dikkate almadan yorumlamıştır. AYM'nin işaret üzere Anayasa'nın 24. maddesinde din eğitiminin devletin gözetimi ve denetimi gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmektedir. Fakat bu gözetim ve denetim yükümlülüğünün, AYM'nin denediği sistematik yorum aracılığıyla anlamlandırılması, ancak yine aynı maddede yer alan ve sadece çoğunluğun değil, herkesin inanç özgürlüğünü güvence altına alan hüküm çerçevesinde mümkün olabilir.⁵⁶ Farklı inanç gruplarının Anayasa'nın 10. maddesinin sağladığı eşit korumadan yararlanması ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin ancak 13. maddede öngörülen sınırlandırma rejimi

⁵⁵ Ibid, s. 1447.

⁵⁶ 1982 Anayasası, Madde 24, § 1: "Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir."

çerçevesinde meşru olması, sistematik bir yorumda dikkate alınması gereken diğer öğeler olarak öne çıkar. Bu bağlamda ilk olarak, 24. maddede devletin pozitif yükümlülüğü olarak sadece din eğitime dair bir "gözetim ve denetim"den söz edildiği vurgulanmalıdır. Bu yükümlülüğün, öncelikli olarak din eğitiminin devlet eliyle sağlanması ve bu eğitim sisteminde de belirli bir dine ayrıcalık tanınmasına dair bir ödevi, lafzi bir yorumla dahi türetmek olanaklı değildir. Aksine sistematik bir yoruma göre söz konusu gözetim ve denetim yükümlülüğü, tüm inanç sahiplerinin özgürlüklerine eşitlik temelinde saygılı ve çoğulcu bir eğitim sisteminin, devlet ya da özel kurumlar aracılığıyla yürütülmesini gerektirir.

Bu değerlendirme AYM'nin kararında yer verdiği ve yukarıdaki alıntıda aktarılan pek çok ilkeyle de uyumludur. Bu ilkeleri kullanarak formüle etmek gerekirse; örneğin sadece belirli bir inanç doğrultusunda verilmesi öngörülen iki seçimlik dersin idari otoriteler tarafından hazırlanan müfredatta zorunlu olarak yer alması karşısında "dini konulardaki bireysel tercihler[in] ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı[nın] devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altında" olduğu ya da devletin "din ve inançlar karşısında eşit mesafede dur"duğu ileri sürülebilir mi? Ya da bu derslerin zorunlu niteliği karşısında farklı inançlara sahip "bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni[n] tesis edil"diği söylenebilir mi?⁵⁷ AYM'nin, tam da bu tespitlerinin gereği olarak, dava konusu düzenlemenin, dini konulardaki bireysel tercihlere bir müdahale oluşturduğunu, bu niteliğiyle bireylerin inançlarını serbestçe öğrenmelerini engellediğini ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini saptaması beklenirdi. Nitekim uygulamada da söz konusu derslerin, pek çok farklı inanç sahibi için, zorunlu bir din dersine dönüşerek, inanç özgürlüğünü ihlal eden bir niteliğe sahip olduğu gözlemlenmektedir.⁵⁸

⁵⁷ Laiklik ilkesi açısından da şu soru akla gelmektedir: "Resmî bir dine sahip olmayan" laik bir devlette, İslam dininin peygamberi, kanunda yer alan bir ifade aracılığıyla yasama, yürütme ve yargı organları tarafından peygamberimiz olarak nitelendirilebilir mi? Konuya dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. O. Serkan Gülfidan, "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/65, K. 2012/128 Sayı ve 20.09.2012 Tarihli Kararı (R.G. Tarih-Sayı: 18.04.2013-28622) Üzerine Kısa Bir Not/Anayasa Mahkemesi'nin Peygamberi ve Ayrımcılık Hususunda Yeni Bir Adım", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 3, s. 188-193.

⁵⁸ Özge Genç, Demet Taşkan, Ulaş Tol, Mine Yıldırım, Eğitimde Çoğulculuk ve İnanç Özgürlüğü: Yetişkinlerin ve Çocukların Gözünden Okullarda Din Dersleri

Bu makalenin konusuyla bağlantılı olarak önem taşıyan bir husus da iptal davası dilekçesinde, söz konusu derslerin, inancını açıklamama hakkının ihlaline yol açacağına ileri sürülmesine karşın, bu iddianın AYM tarafından dikkate alınmamasıdır. Oysa muhalefet şerhinde, bu düzenleme “uyarınca Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatının seçmeli ders olarak okutulmak istenmesi nedeniyle yapılacak olan seçme veya seçmeme yönündeki tercih[in], dini inanç veya kanaatin açıklanmasına neden olaca[ğı]” vurgulanmıştır.⁵⁹ AYM’nin bu iddiayı tartışmaktan kaçınması; kararında İHAM tarafından verilmiş olan Hasan ve Eylem Zengin kararına atıf yapması karşısında daha da ilginç bir hal alır. AYM, Hasan ve Eylem Zengin kararına atıfla, toplumun çoğunluğunun inancına yönelik bir din dersinin varlığının, tek başına inanç özgürlüğünün ihlaline yol açmayacağını ifade etmiştir.⁶⁰ Oysa bu kararda İHAM, bu temel ilkeyi ortaya koymakla birlikte, Türkiye’deki uygulamaya dair incelemesinin sonucunda inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Daha da önemlisi İHAM bu incelemede, din dersinden muafiyet talep eden bireylerin bu süreçte inançlarını açıklamak zorunda bırakılmalarına, ihlal gerekçeleri arasında yer vermiştir.⁶¹ AYM’nin gerek laiklik ilkesine dair yukarıda özetlenen sorunlu yaklaşımı, gerekse İHAS kararlarını bağlamından kopararak belirli bir amaca ulaşmak için seçici olarak kullanması; inancını açıklamama hakkına yönelik içtihadının, nüfus cüzdanının yerini alan Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartına dair muhtemel bir incelemede de değişmeyeceğine dair bir belirti olarak değerlendirilebilir. AYM’nin, yakın tarihli bir bireysel başvuruda inancını açıklamama hakkını etkisiz kılan yaklaşımını sürdürmesi, bu öngörüğü güçlendirmektedir.

3. İnancını Açıklamama Hakkının Etkisizliği Açısından Suat Özcan Kararı

Bireysel başvuru kararının konusu, bir devlet okulunda öğretmen olarak görev yapan başvurucuya, hakkında açılan idari disiplin so-

⁵⁹ ve Dinin Görünümler, Podem Yayınları, 2017, s. 63-64.

AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, 20.9.2012, Mehmet Erten’in karşı oy görüşü, s. 1479.

⁶⁰ Ibid, s. 1449.

⁶¹ İHAM, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, No. 1448/04, 9 Ekim 2007, § 75.

ruşturması sırasında, mezhebi ile ilgili sorular sorulmasıdır.⁶² AYM, değerlendirmesinde ilk olarak başvuruçunun ifadesinin, ayrımcılık yaptığı iddiasıyla açılmış bir soruşturma kapsamında alındığını belirtmiştir. AYM ayrıca bakanlık müfettişlerinin, okulda gerçekleştiği ileri sürülen ayrımcı uygulamaları ve bunların temelini soruşturduklarının altını çizmiştir. AYM'ye göre "bu nitelikteki bir soruşturmada olayın aydınlığa kavuşturulması amacıyla, ilgililere, mezheplerine ilişkin sorular sorulması makul karşılanabilir bir durumdur." İkinci olarak, "mezheplerine ilişkin soruların, başvuruçunun temel hakkına müdahale edecek şekilde yayıldığı ve soruşturmanın amacı dışında kullanıldığı" başvuruçudan iddia edilmemiştir. Son olarak, soruşturma neticesinde, başvuruçunun hakkında bir idari yaptırım kararı uygulanmamıştır. AYM, bu argümanlara dayanarak, başvuruçunun mağdur sıfatı taşımadığını belirterek, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶³

İlk olarak bu kararda da AYM'nin hukuki sorunu ortaya koyuş şeklindeki bir hatayı vurgulamak gerekir. AYM, hukuki sorunu, kimsenin incancını açıklamaya zorlanamayacağını düzenleyen Anayasa'nın din ve vicdan hürriyeti başlıklı 24. maddesi kapsamında değil, özel hayatın gizliliği kapsamında incelemiştir.⁶⁴ Oysa bir soruşturma sırasında, kişiye mezhebinin sorulması, onu incancını açıklamaya yönelten açık bir zorlama teşkil eder. Bireyin incancına dair bilgiler, aynı zamanda özel yaşam hakkı bağlamında mahremiyet hakkının korunması altında yer alsa da, incancını açıklamaya zorlama yasağı, konuyu spesifik olarak düzenleyen özel norm niteliğiyle, genel nitelikteki özel yaşam hakkı karşısında uygulama önceliğine sahiptir.

Olay, incancını açıklamama hakkı kapsamında değerlendirildiğinde, hakkın ihlal edildiği açık bir hal alır. Nitekim bu husus, karara muhalif kalan iki üye tarafından da ortaya konmuştur. Muhalif üyelere göre, her ne kadar soruşturmanın amacı başvuruçunun dini görüşlerini ve mezhebini sorgulamak olmasa da, böyle bir bilginin soruşturma raporunda sunulması başvuruçunun dini inancı ve mezhebinin "dolaylı" ifşası sonucunu doğurur. İncancını zorlamama hakkına yönelik

⁶² AYM, Suat Özcan Başvurusu, 2014/12522, 8.11.2017, § 11, www.anayasa.gov.tr.

⁶³ Ibid, § 28-34.

⁶⁴ Ibid, § 26.

bu müdahale, ölçülülük ilkesi açısından değerlendirildiğinde, müdahale teşkil eden soruşturmanın kanuni dayanağı bulunduğu ve meşru amacının da “eğitim ve öğretim hizmetini belirli bir düzen içinde sağlıklı olarak yürütülmesi” olduğu kabul edilebilir. Fakat olayda, hakka yapılan müdahalenin aracı olan mezhep bilgisinin ifşası, söz konusu müdahalenin amacını gerçekleştirme noktasında elverişli ve gerekli olmadığı için bir ihlal söz konusudur.⁶⁵

Muhalefet şerhinde, inancını açıklamama hakkının ihlal edildiğinin tespit edilmesi önem taşımakla birlikte, olayda inancın dolaylı olarak açıklandığının ileri sürülmesi eleştiriye açıktır. *İHAM’ın yukarıda aktırılan içtihadı dikkate alındığında, başvuru* inancını dolaylı olarak değil doğrudan açıklamak zorunda bırakılmıştır. Olayda başvuru, herhangi bir yasal yükümlülükten inancı nedeniyle muafiyet talep ettiği için söz konusu muafiyet talebine temel oluşturan inancını idari makamlarla paylaşmak zorunda kalmamıştır. Başvuru, mezhep temelli ayrımcılık yaptığı iddiasıyla hakkında yürütülen bir soruşturma sırasında, inancını açıklamak zorunda bırakılmaktadır. Oysa ayrımcılık iddiası açısından soruşturulması gereken husus, başvuruçunun eğitim ve idari faaliyetleri sırasında söz, eylem, işlem ya da davranışlarıyla ayrımcılık yapıp yapmadığıdır. Bu noktada bireyin inancı, *soruşturma konusu* hukuki sorunla ilgisizdir, bu nedenle, hukuki yükümlülükten muafiyet talepleri sırasında inancın açıklanmak zorunda kalınması durumuyla da bir kıyas söz konusu olamaz. Aksi bir yaklaşım, bireyin sadece inancının değil, ideolojisinin, etnisitesinin, cinsiyetinin ya da cinsel yöneliminin de -bu temellerin herhangi birinde var olduğu ileri sürülen ayrımcılık iddiasıyla ilgili bir soruşturmada- açıklanması gereken bilgiler olduğunun kabulünü gerektirir. Örneğin cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiasıyla yapılan bir soruşturmada, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişinin cinsel yöneliminin sorgulanması meşru hale gelir. Oysa tüm bu örneklerde, ayrımcılık yaptığı iddia edilen bireyin kişisel ve kimlik özellikleri, hukuki mesele açısından önemsizdir.

Son olarak, AYM’nin çoğunluk görüşünde yer alan iki hususa da değinmek gerekir. AYM, soruşturma sırasında elde edilen mezhep bilgisinin, soruşturmanın amacı dışında kullanılmadığı ya da kamu-sallaştırılmadığını vurgulamış, ayrıca soruşturma sonucunda başvuru-

⁶⁵ Ibid, Engin Yıldım ve Osman Alifeyaz Paksüt’ün karşı oy görüşü, § 6-12.

rucunun bir idari yaptırım ile karşılaşmadığını belirterek, mağdur olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Başvurunun konusu bir soruşturma sırasında inancın doğrudan açıklanması olduğu için dolaylı zorlama örnekleri açısından incelenmesi gereken, elde edilen inanca dair bilginin kamusallaşma derecesi, bu başvuru açısından dikkate alınacak bir husus değildir. Ayrıca inancını açıklamama hakkının korunması, inancın açıklanması sonucunda bir yaptırım uygulanması durumunda geçerli hale gelmez. Bu hakkın koruduğu hukuki değer, bireyin inancına dair bilgileri açıklamaya zorlanmaması, böylelikle ayrımcılık ya da yaptırım tehdidinde karşı etkin bir koruma sağlanmasıdır.

4. Yeni Kimlik Kartlarının İnancını Açıklamama Hakkına Aykırılığı

Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartı uygulaması, İçişleri Bakanlığına bağlı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı genelge⁶⁶ ve yönerge⁶⁷ doğrultusunda ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler uyarınca *aşamalı olarak hayata geçirilmektedir*.⁶⁸ Bu yeni kimlik kartlarında, nüfus cüzdanlarından farklı olarak çeşitli bilgilerin depolandığı bir yonga (çip) yer almaktadır. Bireyin inancına dair bilgi, kimlik kartlarının üzerinde *görünür şekilde bulunmamaktadır*. Fakat gerek dönemin içişleri bakanının açıklamaları, gerekse daha sonra açılan davaların ortaya koyduğu üzere, kimlik kartlarının üzerinde inanca dair bilginin yer almamasına karşın bu bilgi, kartın yongasında tıpkı daha önceki nüfus cüzdanlarında olduğu gibi yer almayı sürdürmektedir.⁶⁹ Kimlik kartlarında bulunan inanca dair bilgilere hangi kurum ya da personelin ulaşabileceğine dair bilgi edinme başvurusuna, İçişleri Bakanlığı'na bağlı Kimlik Kartları Daire Başkanlığı tarafından verilen yanıtta, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca bireylerin inancına dair her türlü bilginin hassas veri olduğu ve bu bilgilere dair koruma tedbirlerinin kendi kurumları tarafından alınacağı ifade

⁶⁶ 03.07.2007 tarihli ve 2007/16 sayılı Vatandaşlık Kartı Projesi Hakkında Genelge, <https://www.nvi.gov.tr/>

⁶⁷ Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı Yönergesi, 11.4.2016, <https://www.nvi.gov.tr/>

⁶⁸ Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler için bkz. Askerlik Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, 29606, 27.1.2016.

⁶⁹ Agos, "Kimlikte isteğe bağlı din hanesi tartışılıyor", 26.2.2016; Cumhuriyet, "Çipli kimlik kartında gizli hane: Laiklik ilkesine aykırı", 23.3.2017; Sol, "Aydınlanma Hareketi'nden din hanesi yongada gizlenen kimlik kartına dava", 13.6.2017.

edilmiş, fakat kanunlarda öngörülmesi durumunda ilgili kurumların da bu bilgilere ulaşabileceği belirtilmiştir.⁷⁰ Gerçekten de Başkanlığın yanıtında referans verdiği Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda inanca dair her türlü bilginin hassas nitelikte olduğunun öngörülmüş olmasına ve bu niteliğiyle, ancak ilgili kişinin açık rızasına istinaden işlenebileceği güvence altına alınmasına rağmen, takip eden fıkrada, bu güvenceyi oldukça etkisiz kılan bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, "kanunda öngörülen hallerde", yetkili kurumlar, inanca dair bilgileri, kişilerin açık rızası aranmaksızın işleyebilecektir.⁷¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun tanımlar kısmına göre, "işlenme" kavramının kapsamına; depolama, muhafaza edilme, açıklanma ve aktarılma, sınıflandırma ve kullanma gibi oldukça geniş bir yetki manzumesi girmektedir.⁷²

Bu bilgiler ışığında kimlik kartlarının yongasında yer alan din hanesine dair uygulamanın hukuki dayanağının, "kanunda öngörülen hallerde" dine dair bilginin idari kurumlar tarafından işlenebileceğine dair Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer alan hüküm olduğu söylenebilir. Kimlik kartlarındaki bilgilerin kapsamını düzenleyen Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, aile kütüklerinde bireyin dinin yer alması gerektiğini öngören hüküm, bu "kanunda öngörülme" koşulunu

⁷⁰ 1700900315 sayılı ve 24/06/2017 tarihli bilgi edinme başvurusuna Kimlik Kartları Daire Başkanlığı tarafından 30/06/2017 tarihinde verilen yanıt şu şekildedir: "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6 ncı maddesi hükmü uyarınca dini veriler hassas veri olduğundan bu konudaki koruma tedbirleri kurumumuzca alınacaktır. Din bilgisi ile ilgili herhangi bir kuruma erişim yetkisi verilmemiştir. Kurumların ancak kendi mevzuatlarında açık hüküm bulunması durumunda bu bilgi paylaşılacaktır."

⁷¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun No: 6698, Resmi Gazete, 29667, 7.4.2016, Madde 6, § 1: Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. (2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

⁷² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 3/e: Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade eder.

karşılmaktadır.⁷³ Ayrıca yine aynı Kanun'a göre dine dair bilginin "yetkili ve sorumlu memurlar"ın yanı sıra Kimlik Paylaşım Sistemi aracılığıyla "nüfus kayıtlarından faydalanan diğer görevliler" tarafından incelenebilmesi,⁷⁴ kimlik kartlarında yer alan din bilgisinin idari kurumlar açısından ulaşılabilirliğini sağlamaktadır.

Bu bağlamda kimlik kartlarındaki dine dair bilginin varlığı açısından nüfus cüzdanlarına kıyasla değişen tek hususun, bu bilginin kartın üzerinde yazılı olarak yer almaması olduğu dikkat çeker. Tabii ki bu değişiklik, bireylerin inanç özgürlüğüne yönelik ihlali ortadan kaldırmamaktadır. İHAM'ın Sinan Işık kararında tespit ettiği üzere kimlik kartları şeklindeki resmi belgelerde inanca dair bir bilgi bulunmasının inanç özgürlüğünü ihlaline yol açmasının nedeni, bu süreçte bireylerin inancını açıklamak zorunda kalmasıdır. Türkiye'de uygulamaya konan yeni kimlik kartları açısından da bireylere yönelik zorlamanın amacı bireylerin inançlarını çeşitli amaçlar için kullanılabilecek bir veri olarak kayıt altına almaktır. Bu husus Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenmektedir. Kanun'a göre bireylerin "siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları", sınıflandırmadan açıklanmaya uzanan geniş bir eylem alanı içerisinde işlenebilecek bir veri olarak kabul edilmektedir. Bireylerin inançlarını bir veri olarak elde edip kullanma amacıyla onları idari bir makam karşısında inancını açıklamak zorunda bırakan bu süreç, inancı açıklamaya yönelik doğrudan zorlamanın örneğini oluşturur ve inanç özgürlüğünün negatif boyutunun ihlaline yol açar. İHAM içtihatlarına göre doğrudan zorlamayı meşru kılacak hiçbir koşul ve durum bulunmadığı bu noktada bir kez daha vurgulanmalıdır. Aynı saptamalar 1982 Anayasası açısından da kuşkusuz geçerlidir. AYM'nin yukarıda aktarılan eleştiriye açık aksi görüşüne rağmen, hiç kimsenin

⁷³ Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun No: 5490, Resmi Gazete, 26153, 29.4.2006, Madde 7.

⁷⁴ Nüfus Hizmetleri Kanunu, Madde 9: Nüfus kayıtları ve bu kayıtların tutulmasına dayanak olan belgeler gizlidir. Bunlar, yetkili ve sorumlu memurlar ile teftiş ve denetim yetkisi olanlar dışında kimse tarafından görülüp incelenemez. Mahkemeler bu hükmün dışındadır. Nüfus kayıtlarına bu bilgileri işleyen memurlar ve Kimlik Paylaşım Sistemi kapsamında nüfus kayıtlarından faydalanan diğer görevliler de bu gizliliğe uymak zorundadırlar. Bu yükümlülük, kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder

inancını açıklamaya zorlanamayacağına dair emredici Anayasa normu ve bu normun olağanüstü hal için dahi geçerli olduğuna dair vurgu karşısında, inancını açıklamama hakkının mutlaklığı Türkiye'deki anayasal düzenin bir parçası olarak kendini gösterir.

İHAM'ın kimlik kartlarında din hanesinin varlığına dair yerleşik içtihadındaki bir diğer vurgu, kişinin sahip olduğu inancın bu tür bir belgeye işlenmesinin, ilgili kişiler açısından gerek idari otoritelerle gerekse mesleki kariyerlerindeki muhataplarıyla olan ilişkilerinde ayrımcı uygulamalara maruz kalma riski doğurmasıdır. Kimlik kartlarının üzerinde din bilgisinin görünür olarak yer almaması bu riski ortadan kaldırmamaktadır. Bireyin inancına dair bilgiye erişim konusunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "kanunda öngörülen hal" ibaresi ile yasama organına adeta sınırsız bir yetki alanı tanıdığı, yasama organının da bu yetkiyi, Anayasa'nın, inanç özgürlüğünü ve hakların sınırlandırma rejimini düzenleyen maddelerini göz ardı eden bir şekilde kullandığı gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, ilgili memurların yanı sıra farklı alanlarda çalışan personele Kimlik Paylaşım Sistemi aracılığıyla söz konusu bilgilere ulaşım imkânı tanınması dikkat çeker. Bireyin bir veri olarak kayıt altına alınan inancına erişim yetkisine sahip kişi ve kurumlara dair kanunlarda herhangi bir sınırlamanın öngörülmemesi, "ilgili kişiler" grubunun genişleme potansiyeline dair herhangi bir öngörüü de olanaksız kılmaktadır. Gerek inanca dair bilgiye erişim yetkisine sahip kişi ve kurumların belirsizliğinin, gerekse inanca dair bilginin kullanılabileceği alanların geniş kapsamının, ayrımcı pratiklere yol açması kaçınılmazdır. Nitekim İHAS'a ve Anayasa'ya aykırı olarak bireyin inancının kimlik kartları aracılığıyla açıklanmaya zorlanması sürecinde dahi, belirli inançlara kimlik kartlarında yer verilmekten imtina edilmesi, inanç temelli ayrımcılığın bir risk değil, hâlihazırda bir vaka olduğunu ortaya koyar.⁷⁵

⁷⁵ Yakın tarihli bir çalışmada; Alevilik, Yehova Şahitliği, Protestanlık, Bahailik, Ateizm ve Agnostizm inançlarının nüfus cüzdanlarına yazdırılması taleplerinin reddedildiği, buna karşın İslam, Hıristiyan, Musevi, Hinduizm, Konfüçyanizm, Teoizm, Zerdüş ve Budizm inançlarının nüfus cüzdanlarına yazdırılabildiği tespit edilmiştir. Bkz. Tolga Şirin, Erkan Duymaz, Deniz Yıldız, Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 30-31.

Sonuç

İncancını açıklamama hakkı, inanç özgürlüğünün özünde yer alan öğelerden biridir ve bu niteliğiyle dokunulmaz niteliktedir. Bu hakkın önemi, otoriter ve özellikle de totaliter rejim deneyimleri ışığında daha kolay kavranabilir. Bireylerin düşünce ve inançlarını açıkladıkları için baskıya maruz kalmaları bu rejimlerin önemli bir özelliğini oluşturmakla birlikte, rejimlerin ayırt edici yanlarından biri olarak, bireylerin inanç ve düşüncelerini açıklamaya zorlanması ön plana çıkar. Bu zorlamalar, özellikle rejimin desteklediği inanç ve düşüncelerin bireyler tarafından benimsendiğinin açıklanmasına yönelik olarak gerçekleştirilir. Böylelikle aslında farklı inanç ve düşüncelere sahip bireylerin de bu rejimleri ya da rejimlerin desteklediği inanç ve düşünce sistemlerini görünüşte de olsa onaylaması sağlanır. Rejimin ve toplumun belirli bir çoğunluğu tarafından desteklenen inanç ya da düşüncelerin baskı ve etkisi karşısında, farklı inanç ve düşünceye sahip bireyler ya rejimin doğrularını kabul ederek kanaatlerini bu yönde açıklamak zorunda kalır ve özerk bir birey olma vasfını yitirir ya da kanaatlerini açıklamaz veya doğru bir şekilde açıklar, bu defa da ayrımcı uygulamalara maruz kalır. Bu ikinci olasılığın gerçekleşmesi durumunda rejimin ve toplumun doğrularını tekrarlamayan ya da bu doğrulara aykırı kanaatleri dile getiren bireyler, toplumsal dışlama ya da ceza yargılaması süreçlerine maruz kalabilir. Bu anlamda bireyin inanç ve düşüncesini açıklamaya zorlanması, inanç ve düşüncesinden dolayı cezalandırılması sürecinin adeta ilk aşamasıdır.

Bu tehlikeler karşısında, 1982 Anayasası'nda, gerek inanç, gerekse düşünce özgürlüğü açısından bireylerin kanaatlerini hiçbir sebep ve amaçla açıklanmaya zorlanmayacaklarının güvence altına alınması ve olağanüstü hallerde dokunulamayacak çekirdek hak kategorisi kapsamında tanımlanması önemli hukuki kazanımlar olarak dikkat çeker. Bu hukuki duruma rağmen, AYM'nin bireylerin inançlarının aile kütükleri ve nüfus cüzdanlarına işlenmesini zorunlu kılan düzenlemeleri bireyin incancını açıklamama hakkına bir müdahale olarak değerlendirilmemesi her şeyden önce Anayasa'nın lafzına aykırıdır.

AYM'nin nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesi bağlamında tespit etmekten imtina ettiği hukuka aykırılığı, İHAM inanç özgürlüğünün negatif boyutuna atıfla Sinan Işık kararında ortaya koymuştur. Fakat İHAM'ın kararından bu güne Türkiye'de bireyleri inançlarını açıklamaya zorlayan din hanesi uygulamasına son verilmemiş, uygulamaya ko-

nan yeni kimlik kartlarında da değişen tek husus bireylerin inançlarına dair bilgiye, söz konusu kartların üzerinde yazılı olarak yer verilmemesi olmuştur. Bu durum, uygulamanın inanç özgürlüğüne aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır, çünkü ihlale neden olan husus bireylerin inançlarının bir veri olarak kayıt altına alınmasının yöntem ya da biçimi değil, bu süreçte bireylerin inançlarını açıklamak zorunda bırakılmalarıdır. Tek amacı bireylerin inançlarına dair bilgiyi çeşitli alanlarda ve şekillerde kullanmak olan bu tür doğrudan zorlama örnekleri açısından elde edilen verilerin nerede depolandığı da bu noktada bir farklılık yaratmamaktadır. İHAM'ın yerleşik içtihadında tekrar tekrar vurgulandığı üzere ve 1982 Anayasası'nın açık hükümlerinin gereği olarak, bireyleri inançlarını açıklamaya doğrudan zorlayan uygulamalar hiçbir koşul ve amaca atıfla meşru kılınmaz. Öte yandan kimlik kartlarının yongasına kaydedilen inanca dair verilere hali hazırda ulaşabilecek kurum ve kişilerin kapsamının genişliği ve bu kapsamın daha da genişletilmesinin önünde herhangi bir hukuki sınır öngörülmemiş olması, bireylerin günlük yaşamlarında ayrımcılığa maruz kalma riski açısından eski nüfus cüzdanları ve yeni kimlik kartları arasında ancak görünüşte bir farklılık bulunduğunu bir başka açıdan da gözler önüne serer.

Kaynakça

- Altıparmak Kerem, "Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Özgürlük Hanesinde Elde Var 0", *Bianet*, 24 Nisan 2013, www.bianet.org.
- Arslan Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü*, *Liberte Düşünce Topluluğu*, 2005.
- Doğan İlyas, *İnsan Hakları Hukuku*, Astana, 2015.
- Doğru Osman; Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Yargıtay Başkanlığı, 2013.
- Genç Özge; Taşkan Demet; Tol Ulaş; Yıldırım Mine, *Eğitimde Çoğulculuk ve İnanç Özgürlüğü: Yetişkinlerin ve Çocukların Gözünden Okullarda Din Dersleri ve Dinin Görünümler*, *Podem Yayınları*, 2017.
- Gözler Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin, 2017.
- Grabenwarter Christoph; Papel Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. bs, C. H. Beck, 2012.
- Gülfidan O. Serkan, "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/65, K. 2012/128 Sayı ve 20.09.2012 Tarihli Kararı (R.G. Tarih-Sayı: 18.04.2013-28622) Üzerine Kısa Bir Not/Anayasa Mahkemesi'nin Peygamberi ve Ayrımcılık Hususunda Yeni Bir Adım", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 3, s. 183-204.
- İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4), 1993.

- Karan Ulaş, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Beta, 2013.
- Klatt Matthias; Meister Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus", JuS, Heft 3, 2014, s. 193-199.
- Metin Yüksel, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük İlkesi, Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 7, No. 1, 2017, s. 1-74.
- Merten Detlef, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, ed. Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier, C. F. Müller Verlag, 2009, s. 517-568.
- Meyer-Ladewig Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. bs, Nomos, 2011.
- Schabas William A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2015.
- Steigman-Gall Richard, "Din ve Kiliseler", Hitler Almanyası, 1933-1945, (çev. İdem Erman), ed. Jane Caplan, İnkilap, 2017, s. 135-154.
- Şirin Tolga; Duymaz Erkan; Yıldız Deniz, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.
- Tanör Bülent; Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- Taylor Paul M., *Freedom of Religion, UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

- Alexandridis v. Yunanistan, No. 19516/06, 21 Şubat 2008.
- Blumberg v. Almanya, No. 14618/03, 18 Mart 2008.
- Buscarini v. San Marino, No. 24645/94, 18 Şubat 1999.
- Dimitras ve Diğerleri v. Yunanistan, No. 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, 3 Haziran 2010.
- Folgerø ve diğerleri v. Norveç, No. 15472/02, 29 Haziran 2007.
- Grzelak v. Polonya, No. 7710/02, 15 Haziran 2010.
- Hasan and Chaush v. Bulgaristan, No. 30985/96, 26 Ekim 2000.
- Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, No. 1448/04, 9 Ekim 2007.
- Manoussakis v. Yunanistan, No. 18748/91, 26 Eylül 1996.
- Mansur Yalçın ve Diğerleri v. Türkiye, No. 21163/11, 16 Eylül 2014.
- Sinan Işık v. Türkiye, No. 21924/05, 2 Şubat 2010.
- Skugar ve Diğerleri v. Rusya, No. 40010/04, 3 Aralık 2009.
- Sofianopoulos v. Yunanistan, No. 1988/02; 1997/02; 1977/02, 12 Aralık 2002.
- Wasmuth v. Almanya, No. 12884/03, 17 Şubat 2011.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- E: 1979/9, K: 1979/44, 27.11.1979, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. 17, 1980, s. 332-348.
- E: 1995/17, K: 1995/16, 21.6.1995, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 31, C. 2, 1996, s. 538-554.
- E: 2012/65, K: 2012/128, 20.9.2012, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 50, C. 2, 2013, 1341-1486.
- Suat Özcan Başvurusu, 2014/12522, 8.11.2017, www.anayasa.gov.tr.

AVRUPA ÜLKELERİNDE GERİ ÇAĞIRMA HAKKI RIGHT TO RECALL IN THE EUROPEAN COUNTRIES

Gonca EROL*

Özet: Kamu görevlilerinin ve kamu organlarının, olağan görev süreleri dolmadan evvel, seçmenler tarafından görevden alınmalarına imkan tanıyan bir usul olarak geri çağırma (*recall*), günümüzde 35 farklı ülkenin siyasal sistemi içerisinde yer alan bir haktır. Seçmenlerin, temsilcilerini, doğrudan ve sürekli olarak denetlemesine imkan tanıyan bir katılım mekanizması olan geri çağırmanın günümüzde etkin ve ideal uygulaması ABD’de mevcut olsa da hakkın düşünsel köklerinin atıldığı yer Avrupa’dır. Günümüzde on bir Avrupa ülkesinde geri çağırma hakkı bulunmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa ülkelerinde geri çağırma hakkının tarihsel gelişimi, düzenlenme biçimleri, uygulanma usulleri ve siyasal sistem üzerinde yarattığı etki ve sonuçlar irdelenmekte, Avrupa’da hakkın amaç ve işlevlerine uygun ve etkin bir kullanımının olup olmadığı araştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Geri Çağırma, Temsilcilerin Azli, Emredici Vekâlet, Temsil, Siyasal Katılım

Abstract: Recall, as a process that allows voters to remove their public officials and public bodies from their offices before the end of their terms, is today a part of 35 different countries’ political systems. Even though the most effective and ideal application of the right today exists in the USA, ideational roots of the recall -a participation mechanism that provides voters to control their representatives directly and continuously- first emerged in the Europe. Recently eleven European countries include right to recall in their statutes. In this article, the historical development, statutory schemes and procedures of the recall in Europe, along with its effects on the political systems are examined. Also, it is analyzed whether the right has been used effectively in Europe in accordance with its functions and its purposes.

Keywords: Recall, Revocation, Imperative Mandate, Representation, Political Participation

* Dr. Öğretim Gör., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, goncaerol79@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5170-4118, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.08.2018, Kabul Tarihi: 04.09.2018

GİRİŞ

Geri çağırma (*recall*),¹ seçimle göreve gelmiş bir kamu görevlisinin yahut bir kamu organının, olağan görev süresi dolmadan evvel, seçmenler tarafından görevinden alınmasıdır. Bugün dünya genelinde 35 ülkenin siyasal sisteminde geri çağırma hakkı mevcuttur.² Mevcut olduğu her ülkede farklı usullerle uygulanmakta olan geri çağırma hakkının, aşağıda göreceğimiz üzere, bireysel-kolektif veya doğrudan-dolaylı olmak üzere farklı türleri vardır. Dahası hakkın nitelendirilmesine ilişkin farklı yaklaşımlar, hakkın uygulanma usullerinde de tam bir çeşitliliğe yol açmıştır.

Hakkın türleri ve uygulanma usullerine ilişkin bu çeşitlilik, geri çağırma hakkının farklı ülkelerdeki uygulamalarını tek bir başlık altında incelemeyi önemli ölçüde zorlaştırıyor olsa da, bu çalışmanın amacı Avrupa ülkelerinde geri çağırma hakkının tarihsel gelişimini, hukukunu, uygulanma usullerini ve pratikte yarattığı etki ve sonuçları irdelemektir.

¹ "Recall" kavramı İngilizce literatürde yerleşmiş bir kavram olsa da, az sayıda örnekte recall yerine "görevden alma (azil)" anlamına gelen "removal" kavramı da kullanılabilir. Nitekim bizim literatürümüzde de kimi yazarlar geri çağırma terimini tercih ederken, kimi yazarlar removal anlamına karşılık gelen "azil" kavramını kullanmaktadır. Azil kavramını kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 16.bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2013, s.283; İlker Gökhan Şen, *Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2013, s.31. Geri çağırma kavramını tercih eden yazarlara örnek olarak bkz. Ersin Kalaycıoğlu, "Türkiye'de Halkoylamaları: Katılma mı, Yürütme Vesayeti mi?", içinde: İlker Gökhan Şen (Haz.), *Demokrasi ve Siyasi Katılım*, (Uluslararası Konferans 23-24 Haziran 2012), İstanbul: Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2013, s.72; Coşkun Can Aktan, "21. Yüzyıl ve Anayasal Demokrasi", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı:29, Eylül-Ekim 1999, s.602; İlker Gündüzöz, "Geri Çağırma Mekanizması ve Mahalli İdareler", *Türk İdare Dergisi*, Sayı:468, Eylül 2010. Biz çalışmamızda başvurduğumuz kaynakların çoğunluğunda tercih edilen "recall" kavramını ve bunun Türkçe karşılığı olan "geri çağırma" ifadesini kullanacağız.

² Kuzey Amerika'da ABD, Kanada (British Columbia eyaletinde), Meksika (Oaxaca eyaletinde); Avrupa'da Almanya (onbir eyalette), Avusturya, Belarus, Hırvatistan, İngiltere, İsviçre (altı kantonda), İzlanda, Liechtenstein, Polonya, Romanya, Slovakya; Latin Amerika'da Arjantin, Bolivya, Costa Rica, Ekvator, Küba, Kolombiya, Peru, Venezuela; Asya'da, Filipinler, Güney Kore, Japonya, Kuzey Kore, Tayvan, Türkmenistan, Hindistan (üç yerel yönetimde); Okyanusya'da Kribati, Mikronezya, Palau ve Afrika'da Etiyopya, Kenya ve Nijerya'da geri çağırma hakkı bulunmaktadır. Ülkelerin anayasaları, ulaşabildiğimiz kadarıyla ilgili mevzuatları ve konuya ilişkin diğer kaynaklardan elde edilen veriler sonucu bu sayıya ulaşılmıştır.

Geri çağırma hakkının tarihsel olarak izlerini Antik Yunan'a kadar sürmek mümkün olsa da, modern anlamda ilk ortaya çıktığı yer 19.yy'da İsviçre'dir. Bu nedenle diyebiliriz ki, geri çağırma hakkının düşünsel köklerinin atıldığı yer Avrupa'dır. Hakkın gelişimine düşünsel olarak öncülük etmiş Avrupa topraklarında bugün geri çağırma hakkının görünümü nasıldır? Hakkın Avrupa'da neredeyse iki asra yaklaşan uygulaması amaç ve işlevleri ile uyumlu sonuçlar üretmiş midir? Avrupa ülkelerinde geri çağırma hakkı seçmenlerin siyasal süreçlere doğrudan katılımına imkân sağlayan bir hak görünümünde midir, yoksa kâğıt üzerinde kalmış işlevsiz bir mekanizma mıdır? Hakkın karşıtlarının ileri sürdüğü gibi istismar edilen bir araç olarak temsili demokrasiyi yıpratmakta mıdır, yoksa savunucularının iddia ettiği gibi dar bir seçme hakkından başka bir şey vaat etmeyen temsili demokrasileri bir nebze de olsa daha temsili ve demokratik kılmakta mıdır?

Bu sorulara bir cevap aramak amacıyla, bu çalışmada öncelikle, hakkın tanımı ve türleri ile teorik temellerine ve geri çağırma lehinde ve aleyhinde ileri sürülmüş argümanlara kısaca yer verilmektedir. Sonrasında ise, Avrupa'da geri çağırma hakkının gelişimi ve bugünkü durumuna ilişkin genel bir açıklama yapıldıktan sonra, geri çağırma hakkına siyasal sistemi içerisinde yer veren 11 Avrupa ülkesi daha ayrıntılı bir biçimde incelenmekte ve hakkın bu ülkelerdeki uygulamalarından örnekler verilmektedir. Son bölümde ise genel değerlendirmelere yer verilmekte ve geri çağırma hakkının Avrupa ülkelerinde etkili ve işlevsel bir mekanizma olabilmesinin önündeki temel sorunlara değinilerek çalışma tamamlanmaktadır.

I. HAKKIN TANIMI VE TÜRLERİ

Dünyada mevcut olan farklı biçimlerini ve uygulama usullerini kapsayacak genel bir tanım yapmak gerekirse, "geri çağırma, seçimle göreve gelmiş bir kamu görevlisinin veya bir kamu organının, olağan görev süresi sona ermeden evvel seçmenler tarafından görevden alınması"dır.

Geri çağırma, bir ucunda bir kamu görevlisi yahut kolektif bir kamu organının diğer ucunda ise bu kişi ya da organları seçim yoluyla belirleyen seçmenlerin bulunduğu bir mekanizmadır. Geri çağırma ile

bir kamu görevlisine verilmiş olan yetkiler geri alınmakta,³ görevlinin bulunduğu makam bu şekilde boşalmış olmaktadır.

Klasik temsili demokrasilerde bir kamu makamı ölüm, istifa, mahkûmiyet vb. hallerde, idari, siyasi yahut yargısal bir organın kararı ile boşalabilirdiği gibi öngörülmüş olan görev süresi dolduğunda (kural olarak) kendiliğinden de boşalır. Olağan görev süresinin sonunda yapılan seçimler ile boşalan makam periyodik olarak seçmenler tarafından yeniden doldurulmaktadır. Bu durumda bir görevli olağan görev süresini tamamladıktan sonra tekrar seçilip görevine devam edebileceği gibi, yeniden seçilemeyerek makamını yitirebilir. Klasik (saf) temsili demokrasilerde seçilmiş temsilcilerin seçmenleri tarafından denetlenmesinin olağan ve tek usulünün bu olduğu kabul edilmektedir.

Bununla birlikte katılımcı demokrasilerde, seçme hakkının tamamlayıcısı olarak geri çağırma hakkı, olağan denetim usulünün yetersiz kaldığı noktalarda derhal devreye sokulmaya hazır bir mekanizma olarak seçmenlerin elinin altında bulunur. Olağan denetim usulü olan seçimden geri çağırma ayıran da budur: Geri çağırma, kamu görevlisinin (veya bir organın), iki seçim dönemi arasında, yani olağan görev süresi sona ermeden evvel, seçmenler tarafından görevden alınabilmesine imkân tanır.

O halde, özetle denilebilir ki, geri çağırma hakkının konusu bir kamu görevlisinin (veya bir kamu organının) olağan görev süresi sona ermeden evvel görevden alınmasıdır; hakkın muhatabı bir kamu görevlisi yahut kamu organı, hakkın öznesi ise seçmenlerdir.

A. Hakkın Muhatabına Göre Geri Çağırma Türleri: Bireysel/ Kolektif Geri Çağırma

Geri çağırma hakkının muhatabı, yani hedefi, bir kamu görevlisi olabileceği gibi kolektif bir yapı yani bir kamu organı (meclis, kurul, komisyon vb.) da olabilir. Tek tek kamu görevlilerinin geri çağırılabilmesine imkân tanıyan geri çağırma türü “bireysel geri çağırma”, bir kamu organının kolektif olarak görevden alınmasına imkân tanıyan geri çağırma türü ise “kolektif geri çağırma” olarak adlandırılır.⁴

³ Nitekim Latin Amerika ülkelerinde bu anlamı karşılayan bir terim olarak, “vekâletin geri alınması” yahut “yetkilerin geri alınması” anlamında “la revocación del mandato” (revocation of the mandate) ifadesi kullanılmaktadır.

⁴ Qvortrup bu geri çağırma türünü “total recall” (toptan/topyekûn geri çağırma)

Kolektif geri çağırma az tercih edilen ve bir istisna dışında sadece Avrupa'da benimsenmiş olan bir usuldür. 35 ülkeden sadece 4'ünde kolektif geri çağırma mevcuttur. Bunlardan Japonya hariç üçü (İsviçre, Polonya ve Liechtenstein) Avrupa ülkesidir.⁵ Bunun dışında tüm ülkelerde bireysel geri çağırma tercih edilmiştir. Dolayısıyla "yaygın biçimde benimsenmiş olan geri çağırma türü bireysel geri çağırmadır" denilebilir.

B. Hakkın Kullanımına Seçmenlerin Katılım Düzeyine Göre Geri Çağırma Türleri: Doğrudan / Dolaylı Geri Çağırma

Geri çağırma usulünü, kamu görevlilerinin görevden alınmasına yönelik diğer usullerden ayıran temel özellik, seçmenlerin süreçte oynadığı roldür. Geri çağırma hakkı, seçimle göreve gelinen bir makamda bulunan kamu görevlilerinin "seçmenler tarafından" görevden alınmasına imkân sağlayan bir usuldür. İşte bu özelliği bakımından diğer görevden alma usullerinden ayrılır.

Geri çağırma sürecinde seçmenler, hem sürecin başlatılmasında hem de görevden almaya ilişkin nihai kararın verilmesinde inisiyatif sahibi kılınmış olabilirler. Bu tür geri çağırma "doğrudan geri çağırma" olarak adlandırılır.⁶ Bununla birlikte kimi ülkelerde, seçmenlerin geri çağırma sürecini başlatmada bir inisiyatifleri bulunmaz, süreç bir başka kamu otoritesi tarafından başlatılır ancak görevden almaya ilişkin nihai kararı seçmenler verir. Bu tür geri çağırma ise "dolaylı geri çağırma"dır.⁷

olarak adlandırıyor. Matt Qvortrup, *Direct Democracy: A Comparative Study of the Theory and Practice of Government by the People*, 2.bası, Manchester and New York: Manchester University Press, 2005, s.84. Biz Teziç'in "kolektif azil" biçimindeki isimlendirmesinden yola çıkarak "kolektif geri çağırma" kavramını tercih ettik. Bkz. Teziç, s.283.

⁵ Bu ülkelerden İsviçre'de geri çağırma hakkının bulunduğu 6 kantondan sadece birinde hem kolektif hem de bireysel geri çağırma mümkündür. Diğerlerinde ise yalnızca kolektif geri çağırmaya izin verilmiştir. Sadece ulusal yasama organının geri çağırılabilirdiği Liechtenstein'da ise yalnızca kolektif geri çağırma mümkündür. Japonya ve Polonya'da hem bireysel hem de kolektif geri çağırma bir arada vardır.

⁶ Kimi kaynaklarda "direct recall" (Qvortrup, s.77) kimi kaynaklarda ise "total recall" ifadesi kullanılmaktadır. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (Idea), *Direct Democracy: The International Idea Handbook*, Stockholm: International Idea, 2008, s.114.

⁷ Qvortrup, s.78; Idea, s.114.

Doğrudan geri çağırma türünde, genellikle mevzuatta öngörül-müş bir seçmen çoğunluğunun imzasını içeren bir dilekçenin yetkili makama sunulması ile süreç başlar. Eğer yeterli sayıda geçerli imza sunulmuş ise geri çağırma seçimine gidilir.⁸

Dolaylı geri çağırmada ise, süreci, bir kamu organının alacağı karar başlatır. Genellikle, belediye başkanının geri çağırılması süreci-nin başlatılmasında belediye meclisinin belli bir çoğunluğunun, dev-let başkanının/bölge valisinin geri çağırılmasında ise o yerin ulusal/ bölgesel yasama meclisinin belli bir çoğunluğunun kararı gerekir. Bu organların kararı olmadıkça seçmenin doğrudan geri çağırma süreci-ni başlatması mümkün değildir. Ancak karar alındıktan sonra, kamu görevlisinin görevden alınıp alınmayacağı konusunda nihai karar seç-men tarafından verilir.

Dolaylı mı yoksa doğrudan mı geri çağırmanın daha çok tercih edildiği konusunda, bireysel-kolektif geri çağırma ayrımındaki kadar olmasa da, yine bariz bir oransal farklılık vardır ve açık bir biçimde doğrudan geri çağırma daha çok tercih edilmektedir. Bununla birlikte dolaylı geri çağırma yer veren ülkeler de vardır.

Kimi ülkelerde (örneğin Almanya'nın ve Arjantin'in bazı eyalet-lerinde, Slovakya'da, Küba'da) hem dolaylı hem de doğrudan geri ça-ğırmaya imkân tanınmıştır; kimi ülkelerde ise (örneğin İngiltere, Kosta Rica) yalnızca dolaylı geri çağırma vardır; dolayısıyla seçmenin süreci başlatma imkânı hiçbir biçimde yoktur. Özellikle devlet başkanları-nın geri çağırılabilirdiği ülkelerde (Latin Amerika dışındaki ülkelerde), devlet başkanının geri çağırılmasında dolaylı geri çağırma usulü tercih edilmiştir. Yani geri çağırma seçimi yapılabilmesi için, yasama organı-nın geri çağırma seçimine gidilmesi yönünde bir karar alması gerekir. İzlanda, Avusturya, Romanya, Türkmenistan, Tayvan gibi ülkelerde durum budur.

Bu tablo gösteriyor ki, dolaylı geri çağırmayı baskın biçimde tercih eden ülkeler de yine ağırlıklı olarak Avrupa ülkeleridir. Avrupa dı-şında (birkaç istisna hariç) ya sadece doğrudan geri çağırma uygulan-

⁸ Ancak Kanada (Recall and Initiative Act, md.25) ve Etiyopya (National Electoral Board of Ethiopia Regulations No.2/1999) mevzuatına göre, yeterli sayıda geçerli imza var ise ayrıca seçim yapılmaksızın hedefteki görevli geri çağırılmış sayılmak-tadır.

maktadır ya da hem doğrudan hem de dolaylı geri çağırma bir arada mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kimi kaynaklarda, geri çağırma sürecinin seçmenlerin bu yöndeki talebi üzerine başladığı ancak nihai kararın seçmenler tarafından değil, bir kamu organı tarafından verildiği görevden alma usulleri de geri çağırma olarak adlandırılmaktadır.⁹

Örneğin, ABD'nin Virginia eyaletinde, seçimle göreve gelinen bir makamda bulunan herhangi bir kamu görevlisinin görevden alınmasını talep üzere seçmenler, belli sayıda seçmenin imzasını içeren bir dilekçe ile ilk derece mahkemesine (*circuit court*) başvurabilirler.¹⁰ Böylesi bir talebin hangi hallerde yapılabileceği yasada belirlenmiştir. Görevi suiistimal, görevi ihmal, yetersizlik ve belli suçlardan mahkûmiyet hallerinde seçmenler böyle bir başvuruyu yapabilmektedir.¹¹ Başvuru üzerine mahkeme, duruşma yoluyla tarafları dinlemekte ve yargısal usulleri kullanarak görevlinin görevden alınmasını gerektiren bir durumun olup olmadığına kendisi karar vermektedir.¹² Benzer bir görevden alma usulü Ohio eyaletinde de bulunmaktadır.¹³

Uganda'da da benzer bir usul vardır. Uganda Anayasası'nın 84. maddesinde yer alan düzenlemeye göre parlamento üyelerinin seçmenlerin talebi üzerine görevden alınması mümkündür. Buna göre, anayasada sayılmış olan nedenlerden en az birine dayanılarak, belli sayıda seçmenin imzasını içeren bir dilekçe ile girişim başlatılabilmektedir. Başvuru bir yargı organına değil, parlamento başkanlığına yapılmaktadır. Başvuruyu alan Parlamento Sözcüsü (*Speaker*) iddialara ilişkin soruşturma yürütmesi ve görevden almayı gerektiren bir durumun olup olmadığı konusunda bir rapor sunması için başvuruyu Seçim Kuruluna göndermektedir. Seçim Kurulu, dilekçede yer alan iddiaların ve imzaların doğru olduğu sonucuna varırsa, Parlamento Sözcüsü ilgili parlamento üyesinin görevden alındığını ilan etmektedir.

⁹ Örneğin Idea'ya göre sürece seçmenlerin herhangi bir düzeyde ve aşamada katılımının olduğu görevden alma usullerinin tümü geri çağırma değildir. Idea, s.109.

¹⁰ Code of Virginia, § 24.2-235.

¹¹ Code of Virginia, § 24.2-233.

¹² Code of Virginia, § 24.2-235 ve 236.

¹³ Ohio Revised Code, § 3.07-08.

Fakat bu usulleri geri çağırma olarak nitelendirmek hakkın doğasına aykırı olur. Çünkü geri çağırma, “seçmenler tarafından” görevden alma usulüdür. Görevden alma kararını seçmen vermediği sürece, seçmenlere tanınmış bir doğrudan katılım ve denetim hakkının olduğundan söz edilemez. Seçmenlere, bir nevi, temsilcilerini şikâyet etme ve onların bir yargı organınca yahut bir siyasi veya idari organca denetlenmesini talep etme imkânı sunan bu usuller, hiç şüphesiz, böylesi bir imkânın hiç bulunmadığı bir siyasi sisteme kıyasla daha katılımcı bir sistem sağlar. Ancak bu, geri çağırma değildir. Bu usuller olsa olsa *impeachment* olarak nitelendirilebilir. Nitekim Qvortrup da, bu usulleri geri çağırma değil, “vatandaş girişimi ile impeachment” (*citizen initiated impeachment*) olarak adlandırmaktadır.¹⁴

C. Hakkın Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşım Farklılıklarına Göre Geri Çağırma Usulleri: Saf Siyasal / Yarı-Siyasal / Yarı-Yargısal Geri Çağırma

Geri çağırma hakkına siyasi sistemi içerisinde yer veren ülkelerde yalnızca hakkın türleri bakımından değil uygulanma usulleri bakımından da geniş bir çeşitlilik söz konusudur. Öyle ki federal devletlerde ve yerel yönetimlerinde özerklik ilkesini benimsemiş olan ülkelerde aynı ülke içerisinde birçok farklı geri çağırma usulü ile karşılaşılabilir. İşte bu farklılığı yaratan önemli nedenlerden birisi hakkın nitelendirilmesine ilişkin yaklaşım farklılığıdır.

Kimi yerlerde geri çağırma saf siyasi bir usul olarak nitelendirilir; kimi yerlerde yarı-siyasal, kimi yerlerde ise yarı-yargısal bir usul olarak kabul edilir. Bu farklı yaklaşımların sonucu olarak geri çağırma hakkının uygulanmasına ilişkin prosedür önemli farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklar ise hakkın etkinliğini, işlevselliğini hayati düzeyde etkilemekte, pratikte doğurduğu etki ve sonuçları biçimlendirmektedir.

1. Geri Çağırma Saf Siyasal Bir Usul Olarak Nitelendiren Yaklaşım

Bu yaklaşıma göre, geri çağırma, inisiyatifin büyük ölçüde seçmenle olduğu, tümüyle siyasi bir süreçtir. Bu yaklaşımın altında yatan

¹⁴ Bkz. Qvortrup, s.77-78.

temel argüman şudur: Halk nasıl kendi temsilcilerini seçerken hiçbir nedenle bağlı olmadan kararını veriyor, istediği nedenle istediği temsilciyi seçebiliyorsa; görevden alırken de hiçbir nedenle bağlı olmamalıdır.¹⁵ Dolayısıyla, bu anlayışın bir gereği olarak, geri çağırma hakkını kullanırken, geri çağırma talebinin birtakım nedenlere/gerekçelere dayandırılması ve geri çağırma başvurusunun bu gerekçeleri sağlayıp sağlamadığının bir kişi ya da organca denetlenmesi düşünülemez. Geri çağırma sürecinin tek bir karar vericisi vardır o da seçmenler.

Bununla birlikte, geri çağırmayı saf siyasi bir süreç olarak gören kimi yerlerde, yine de, geri çağırma başvurularında, başvuru sahiplerinin geri çağırma nedenlerini de başvuru dilekçelerinde belirtmeleri istenebilmektedir. Belirtilen bu nedenler başvuru sahiplerinin kaleme aldığı şekliyle, değiştirilmeksizin, seçmenlerin imzasına açılan geri çağırma dilekçesinde de yer alır. Buradaki amaç, dilekçeye imza atması istenen seçmenlerin bilgi edinmelerini sağlamak; geri çağırılan görevlinin de, aleyhindeki iddialardan haberdar olabilmesine ve böylelikle de kendini savunabilmesine imkân tanımaktır. Yani, başvuru sahiplerinin dilekçelerinde yer verdikleri geri çağırma gerekçeleri sadece bilgilendirme amaçlıdır. Bu nedenle içeriklerinin doğruluğunun yahut bir görevliyi görevden almak için yeterli gerekçeler olup olmadıklarının başvuru yapılan makamca denetlenmesi gibi bir şey söz konusu değildir. Zaten böyle bir uygulama, geri çağırma hakkını saf siyasi bir usul olarak gören anlayışa da ters olacaktır; çünkü dilekçede yer alan nedenlerin doğru olup olmadığı, görevliyi görevinden almak bakımından yeterli olup olmadığı konusunun tek yargıcı seçmenlerdir. Dilekçeyi imzalayıp imzalamamakta, eğer yeterli imza toplanır da seçime gidilirse, geri çağırma lehinde oy verip vermemekte takdir seçmenlere aittir.

ABD eyaletlerinin ve yerel yönetimlerinin çoğunluğunda tercih edilen yaklaşım budur. Örneğin California eyalet yasasında, gerekçelere dair istenen beyanın sadece seçmenin bilgilendirilmesi amaçlı olduğu ve bunun şekli ve içeriği bakımından herhangi bir eksikliğin, geri çağırma sürecinin geçerliliğini etkilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.¹⁶ Anayasada da “nedenlerin yeterliliği denetlenebilir değildir”

¹⁵ Thomas E. Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999, s.130.

¹⁶ California Elections Code, § 11024. Aynı hükme federal bölge District of Columbia yasasında da yer verilmiştir. District of Columbia Official Code § 1-1001.17.

hükmü yer alır.¹⁷ ABD dışındaki ülkelerin de önemli bir bölümünde bu yaklaşım benimsenmiştir.

2. Geri Çağırma Yarı-Siyasal Bir Usul Olarak Nitelendiren Yaklaşım

Kimi yerlerde benimsenen yaklaşım ise, geri çağırma sürecinde seçmenin iradesinin, geri çağırılan görevli lehinde, belli ölçüde sınırlandırılmasını öngörür. Ancak bu sınırlandırma geri çağırma sürecinin başlatılmasında ve nihai kararın verilmesinde seçmenin inisiyatifini ortadan kaldırmaz yahut çok daraltacak biçimde sınırlamaz. Burada amaç, geri çağırma mekanizmasının keyfi ve art niyetli kullanımlarını engellemek olarak ifade edilir. Ancak hakkın özünü yitirmemesine de özen gösteren bir usul benimsenir. Yani seçmen, takdir alanı biraz sınırlandırılmış olsa da, hala, geri çağırma sürecinin asli belirleyicisidir.

Yarı-siyasal yaklaşım olarak ifade ettiğimiz bu yaklaşımın bir sonucu olarak, temsilcilerini geri çağırma isteyen seçmenlerin (1) bu taleplerine ilişkin nedenlerini belli bir açıklıkla ortaya koymaları gerekir ve (2) bu nedenlerin yasada öngörülmüş nedenlerden en az birine karşılık gelmesi gerekir.

Dolayısıyla bu yaklaşımda, seçmen, istediği herhangi bir nedenle yahut somut bir neden göstermeksizin sadece "artık temsilcisinden memnun olmadığı" gibi genel bir gerekçeyle geri çağırma başvurusunda bulunamaz. Aksi halde başvurusu reddedilir. Yani artık geri çağırma, tümüyle seçmenin takdirine dayalı saf siyasal bir usul olmaktan çıkmıştır. Seçmenin takdir alanı belli ölçüde sınırlanmıştır.

Dayanılabilir nedenlerin yasada ne kapsamda belirlendiği seçmenin takdir alanına getirilen sınırlamanın büyüklüğünü ortaya koyar. Örneğin "görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal" hallerinde geri çağırma talep edilebileceğinin öngörüldüğü bir yerde seçmene bırakılan takdir alanının, "yetersizlik ve kötü yönetim" nedenlerine dayanılarak geri çağırma talep edilebilen bir yerdekine göre çok daha sınırlı olacağı açıktır.

¹⁷ California Anayasası, Art.II, Sec.14.

3. Geri Çağırma Yarı-Yargısal Bir Usul Olarak Nitelendiren Yaklaşım

Yarı-yargısal yaklaşımda, seçmenin takdir alanı çok daha fazla sınırlandırılmıştır. Geri çağırma nedenlerinin daha somut ve açık biçimde temellendirilmesi gerekir. Bu yaklaşımı benimseyen eyaletlerde geri çağırma nedenleri “yetersizlik”, “kötü yönetim” gibi geniş biçimde yorumlanmaya müsait nedenlerden ziyade, belli suç ve kabahatlerin işlenmesi (görevi kötüye kullanma, yolsuzluk, görev yeminini ihlal gibi) veya belli suçlardan hüküm giyme halleri olarak belirlenmiştir. Bu anlamda seçmenlerin geri çağırma aracını kullanmadaki takdir alanları bir önceki yaklaşıma göre daha sınırlıdır.

Dahası, sunulan nedenlerin yasada belirlenmiş olan nedenleri karşılayacak nitelikte nedenler olup olmadıkları ve geri çağırma gerekçesi yapılan iddiaların (doğrulukları olmasa da) olgusal olarak var olup olmadıkları bir yargı organınca, yargısal usuller kullanılarak denetlenir. Taraflar yapılan duruşmada davalarını savunurlar ve mahkeme tarafların iddia ve delillerine bakarak ortada geri çağırma için yeterli nedenler olup olmadığına karar verir.

Örneğin, New Mexico Eyalet Anayasasına göre, geri çağırma nedenleri, görevi kötüye kullanmanın iki biçimi olan “*malfeasance*” ile “*misfeasance*” ve görev yeminini ihlal olarak belirlenmiştir. Bu nedenlerin görevlinin görev dönemi içerisinde gerçekleştirdiği eylem ya da ihmallerin sonucu olarak gerçekleşmiş olmaları gereklidir.¹⁸ Başvurucular, hazırladıkları geri çağırma dilekçesini imzaya açmadan önce, hazırladıkları dilekçede belirttikleri geri çağırma nedenlerinin yasada belirtilen şartları sağlayıp sağlamadığının denetlenmesi için, dilekçeyi o yerin yetkili mahkemesine (*district court*) sunarlar.¹⁹ Mahkeme bir duruşma günü belirler ve tarafları dinler, delillerini inceler. Yargılama sonucunda, geri çağırmaya dayanak yapılabilecek nitelikte geçerli/olası nedenlerin (*probable cause*) olup olmadığına ilişkin bir karar verir. Eğer geçerli nedenlerin var olduğu sonucuna varırsa geri çağırma süreci kaldığı yerden devam eder.²⁰ Yani artık başvuruçular geri çağırma dilekçesine imza toplama aşamasına geçebilirler. Yeterli sayıda geçerli imza toplanırsa geri çağırma seçimi gerçekleştirilir.²¹

¹⁸ New Mexico Anayasası Art.X, Sec.9.

¹⁹ New Mexico Anayasası Art.X, Sec.9.

²⁰ New Mexico Anayasası Art.X, Sec.9.

²¹ Belirtmek gerekir ki, ABD'nin geri çağırma hakkının bulunduğu 41 eyaletinden

Görüldüğü üzere yarı-yargısal yaklaşıma göre şekillendirilmiş geri çağırma usullerinde de, mahkeme gerekçeleri yeterli bulduktan sonra görevden alma konusunda nihai kararı seçmenler vermektedir. Bu yönü ile impeachment gibi usullerden ayrılmaktadır. Ayrıca gerek denetimin içeriğinin çok daha kapsamlı olması, gerekse de denetimin yargısal usullere göre mahkemeler eliyle yapılıyor olması nedeniyle bu usuller yarı-siyasal değil, yarı-yargısal geri çağırma usulleridir.

II. HAKKIN İŞLEVLERİ, LEHTE VE ALEYHTE ARGÜMANLAR

Geri çağırma hakkı, yolsuzluklar, usulsüzlükler yapan, halkın çıkarları yerine kendi çıkarlarını yahut belli çevrelerinin çıkarlarını koruyup gözetken kamu görevlilerine yönelik duyulan rahatsızlığın bir ürünüdür. Temsili demokrasilerin öngördüğü seçme hakkından ibaret siyasal katılımın, seçmenleri, yozlaşmış temsilcilerine yıllarca katlanmak zorunda bırakıyor olmasına karşı üretilmiş bir çözümdür. Zira, geri çağırma hakkı, seçmenlere, kendilerini hayalkırıklığına uğratan temsilcilerinden bir sonraki seçimi beklemeden kurtulma imkanı tanıyarak seçme hakkını tamamlar; böylece, temsili demokrasiyi hem daha “temsili”, hem de daha “demokratik” kılar.

Seçmenlerin, temsilcilerini, doğrudan ve sürekli olarak denetlemesine imkân tanıyan bir katılım mekanizması olan geri çağırma, iki yönlü bir işleve sahiptir:²²

Birincisi “önleyici işlevi”dir. Geri çağırma hakkı, bizzat kullanımından ziyade bir tehdit olarak varlığı ile birtakım etki ve sonuçlar doğuran bir haktır. Hakkın ABD’deki en önemli savunucularından biri olan eski ABD başkanı Woodrow Wilson’ın ifadesiyle “kapı arkasındaki silah”tır (*gun behind the door*).²³ Yani sadece varlığı bir tehdit

yalnızca 4 tanesindeki usuller yarı-yargısal geri çağırma tanımına uymaktadır. Bunun dışında çoğunlukla siyasal usuller tercih edilmiştir. Dünya genelinde de birkaç ülke dışında ya saf-siyasal ya da yarı-siyasal usuller benimsenmiştir.

²² Frederick L. Bird ve Frances M. Ryan, *The Recall of Public Officers: A Study of the Operation of the Recall in California*, New York: The MacMillan Company, 1930, s.93.

²³ H. S. Gilbertson, “Popular Control Under the Recall”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.38, No.3, *Commission Government in American Cities*, Kasım 1911, s.168; Joseph E. Zimmerman, *The Recall: Tribunal of the People*, 2.bası, New York: Suny Press, 2013, s.1; Bird/Ryan, s.10.

olarak amaçlarını gerçekleştirmeye katkı sağlamakta²⁴; geri çağırma tehdidi altındaki kamu görevlilerini, seçmenlere karşı daha sorumlu davranmaya, seçmenlerin istek ve taleplerine daha duyarlı olmaya, yolsuzluk ve usulsüzlüklerden uzak durmaya teşvik etmektedir.²⁵

İkincisi ise, hakkın pratikte uygulanması ile gerçekleşen “düzeltici işlevi” dir. Yetersiz, yeteneksiz, sorumsuz, yozlaşmış, seçmenlerine karşı duyarsız kamu görevlilerine doğrudan müdahale etmeye imkân sağlayan bir araç olarak geri çağırma, “temsil etmeyen” temsilcilerden kurtulmayı sağlayarak siyasal sistemin işleyişindeki bozuklukları düzeltmeye katkı sunmaktadır.²⁶

Ancak belirtmek gerekir ki, geri çağırma hakkı, gerek lehinde gerekse aleyhinde oldukça güçlü argümanlar ileri sürülen bir haktır. Geri çağırma hakkına ilişkin teorik tartışmalar hakkın temsil olgusu ile olan ilişkisi üzerinden şekillenmektedir. “*Delegate vs. Trustee*”²⁷ biçiminde ifade edilen bu ayrışmanın bir ucunda, temsilcileri seçmenlerin talimatları ile bağlı kabul eden, temsilcilerin kendilerini seçenleri yansıtan birer ayna gibi işlev görmesi gerektiğini düşünen “mandater görüş” yahut “emredici vekâlet anlayışı” var iken; diğer ucunda, temsilcileri kendilerini seçenlerden bağımsız, kendi bilgi ve yargıları ile halkın faydasına olan şeyi yapmakla görevli ajanlar olarak gören, “bağımsızlık görüşü” yahut “temsili vekâlet anlayışı” vardır.²⁸

²⁴ Gilbertson, s.168, Jonathan Bourne Jr., “Functions of the Initiative, Referendum and Recall”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.43, Eylül 1912, s.13, Zimmerman, s.1; Cronin, s.155, Bird/Ryan, s.10.

²⁵ Richard C. Feiock ve Seung-Bum Yang, “Factors Affecting Constitutional Choice: The Case of the Recall in Municipal Charters”, *State and Local Government Review*, Vol.37, No.1, 2005, s.42; Bourne, s.13.

²⁶ Bird/Ryan, s.93.

²⁷ Cronin, s.27; Ayrıca bkz. Shaun Bowler, “Recall and Representation Arnold Schwarzenegger Meets Edmund Burke”, *Representation*, Vol. 40, No. 3, 2004, s.204-205; Zachary J. Siegel, “Recall Me Maybe? The Corrosive Effect of Recall Elections on State Legislative Politics”, *University of Colorado Law Review*, Vol.86, 2015, s.326 vd; Justin Fox ve Kenneth W. Shotts, “Delegates or Trustees? A Theory of Political Accountability”, *The Journal of Politics*, Vol.71, Issue 4, Ekim 2009, ss.1225-1237.

²⁸ Charles R. Kesler, “The Founders’ Views of Direct Democracy and Representation”, içinde: Elliott Abrams (ed), *Democracy: How Direct? - Views from Founding Era and the Polling Era*, Oxford: Rowman&Littlefield Publishers, Inc., 2002, s.10-11. Mandater görüş ve bağımsızlık görüşü biçimindeki sınıflandırma Pitkin’e aittir. Hanna Fenichel Pitkin, *Temsil Kavramı*, Çev: Seda Erkoç, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2014, s.142.

Temsil eden-temsili edilen arasındaki ilişkiyi “bağımsızlık görüşü” etrafında yorumlayanlar, geri çağırma usulünün temsili vekâlet ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmekte ve geri çağırma hakkının uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Temsil olgusunu “mandater görüş” etrafında yorumlayanlar ise emredici vekâlet ilkesini işaret ederek geri çağırma hakkını savunmaktadır. Geri çağırma hakkının lehinde ve aleyhinde ileri sürülmüş argümanlar da genellikle bu ayrışmayı yansıtan içerikte iddialar içerir.

Geri çağırma karşıtlarına göre, geri çağırma, temsili yönetimin temel ilkelerine aykırıdır ve uygulanması, kuvvetler ayrılığı ile denge-denetim mekanizmaları üzerine kurulu temsili demokrasiyi yıkıcı sonuçlar doğurur. Kamu görevlilerinin, özellikle çatışmalı konularda, uzun erimli ve cesaretli kararlar almasını engeller, onları seçmenlerin duygu ve heyecanlarına göre davranan kuklalara dönüştürür.²⁹ Geri çağırma mekanizması, art niyetli, partizanca kullanımlara açık bir mekanizmadır. Özel çıkar çevrelerinin elinde kamu görevlilerini baskılamanın bir aracı haline gelebilir.³⁰ İşinin ehli, yetenekli kişilerin kamu

²⁹ Bkz. J. W. Robinson’ın Geri Çağırma Aleyhindeki Görüşü, İçinde: The Recall (Excluding Judges): A Debate, Chicago: The Delta Sigma Rho University of Chicago Chapter, 1912, s.8; Cronin, s.135-136; Bowler, s.205; David Altman, Direct Democracy Worldwide, New York: Cambridge University Press, 2011, s.33; Maija Setälä, “On The Problems of Responsibility and Accountability in Referendums”, *European Journal of Political Research*, Vol. 45, 2006, s.703; Kevin J. Best, “Maryland Municipal Recall Elections: Direct Democracy or Political Guerilla Tactics?”, *Municipal Maryland*, Aralık 2003, s.9; Zimmerman, s.120. Geri çağırma hakkının en ateşli karşıtlarından biri olan Oberholtzer şöyle yazmıştır: “Yasaları yapanlar, idareciler, yorumlayanlar ve uygulayanlar, halkın kuklası haline gelmek üzere, ya halkın değişken heveslerine itaat etmeli ya da popüler rotayı izlemeye daha istekli olacak diğerlerine makamlarını teslim etmelidir. Peki, niye oluyor bu? Çünkü deniliyor ki, yasakoyucuların, valilerin ve hâkimlerin yozlaşmış olması nedeniyle. Çünkü halkın kendisini devlet kurumlarında temsil edecek birçok dürüst ve akıllı adamları seçme yeteneği yok diye. Halk bir kez hata yapmışken; ona bir kez daha ama bu kez çok daha tehditkâr bir biçimde yeniden hata yapma fırsatı veriliyor.” Ellis Paxson Oberholtzer, *The Referendum in America - Together with Some Chapters on the Initiative and the Recall*, New York: Charles Scribner’s Sons, 1912, s.455.

³⁰ Jack Maskell, “Recall of Legislators and the Removal of Members of Congress from Office”, Congressional Research Service CRS Report for Congress, 5 Ocak 2012, s.12-13; Charles R. Adrian, *State and Local Government*, 2.Bası, New York: McGraw Hill Book Company, 1967, s.171-172; William Howard Taft, *Popular Government: Its Essence, Its Permanence and Its Perils*, New Haven: Yale University Press, 1913, s.82-83; Arthur Lupia ve John G. Matsusaka, “Direct Democracy: New Approches to Old Questions”, *Annual Review Political Science*, Vol.7, 2004, ss.463-482, s.476.

görevlerini üstlenmekten sakınmasına sebep olurken,³¹ seçmenlere kaldırılabileceklerinden daha ağır bir yük getirir. Dahası geri çağırma-ya gerek olmaksızın işletilebilecek, başta “impeachment” olmak üzere, çeşitli denetim mekanizmaları bulunmaktadır. Ayrı bir özel seçim düzenlenmesini gerektiren geri çağırma gereksiz olduğu gibi masraflı da bir usuldür.³²

Geri çağırma savunucuları ise, her şeyden önce, temsil eden-temsil edilen ilişkisinin ele alınış biçimine karşı çıkarlar. Temsilcilerin, temsil ettikleri seçmenlerin istek, görüş ve beklentilerine duyarlı olmaları gerektiğini savunurlar. Aksi halde ortada bir temsil ilişkisi bulunmaz. En çok itiraz edilen nokta, temsili demokrasilerin seçmenlere yalnızca periyodik olarak temsilcilerini seçme hakkı tanınması, bunun dışında seçmenlerin siyasal karar alma süreçlerinden dışlanıyor olmasıdır. Geri çağırma ile seçmenler temsilcilerinin sürekli olarak ve doğrudan kendilerine hesap verir olmalarını sağlarlar.³³ Geri çağırma tehdidi altındaki kamu görevlileri, halkın talep ve ihtiyaçlarına karşı ilgili ve duyarlı olur.³⁴ Geri çağırma, toplumda biriken sorun ve sıkıntıların, seçmenlerin öfke ve kırgınlıklarının demokratik bir şekilde ve aynı zamanda etkin bir biçimde çözümlenmesine katkı sunar.³⁵ Seçmenlerin

³¹ Jefferson B. Fordham, “The Utah Recall Proposal”, *Utah Law Review*, No.1, 1976, s.33; Frank D. Jones’un Geri Çağırma Aleyhindeki Görüşü, İçinde: *The Recall (Excluding Judges): A Debate*, Chicago: The Delta Sigma Rho, 1912, s.20; “Menace of the Recall”, İçinde: Julia E. Johnsen, *Selected Articles on the Recall*, Mineapolis: The H. W. Wilson Company, 1911, s.29.

³² Charles F. Scott, “Representative Government”, İçinde: Julia E. Johnsen, *Selected Articles on the Recall*, Mineapolis: The H. W. Wilson Company, 1911, s.27; Zimmerman, s.123; Best, s.9; Cronin, s.138; Adrian, s.171; Herbert Swan, “The Use of the Recall in the United States”, İçinde: William Bennett Munro (ed.), *The Initiative, Referendum and Recall*, New York ve London: D. Appleton and Company, 1920, s.311; Best, s.9; Taft, s.82; Scott, s.28; Arnold Bennett Hall, *Popular Government: An Inquiry into the Nature and Methods of Representative Governments*, New York: The MacMillan Company, 1923, s.237-238.

³³ Roger Sherman Hoar, “Advantages of the Recall”, İçinde: Julia E. Johnsen, *Selected Articles on the Recall*, Mineapolis: The H. W. Wilson Company, 1911, s.23; Tony Wright, “Recalling MPs: Accountable to Whom?”, *The Political Quarterly*, Vol. 86, No.2, Nisan-Haziran 2015, s.290; Timothy Pack, “High Crimes and Misdemeanors: Removing Public Officials From Office in Utah and the Case For Recall”, *Utah Law Review*, No.2, 2008, s.687; Best, s.9. Adrian, s.171; Bird/Ryan, s.9; Bowler, s.200. Cronin, s.133; Maskell, s.12-13.

³⁴ Adrian, s.171; Zimmerman, s.114; Pack, s.687; Charles M. Price, “Recalls at the Local Level: Dimensions and Implications”, *National Civic Review*, Vol.72, Nisan 1983, s.206.

³⁵ Best, s.9; Bruno Kaufmann, Rolf Büchi ve Nadja Braun, *The Guidebook to Direct*

siyasal alana olan ilgi ve katılımını güçlendirir. Temsili demokrasilerde seçmenler belli aralıklarla kullandıkları oyun bir etkisi ve önemi olduğunu düşünmemektedir.³⁶ Yolsuzluklar ve usulsüzlükler nedeniyle kamu görevlilerine güvenmemektedir.³⁷ Bu durum seçmenlerin siyasal alana olan ilgisini azaltmaktadır. Oysa geri çağırma gibi bir araca sahip olduğunu bilen vatandaşlar, her şeyden önce “elimden bir şey gelmez ki” biçimindeki acizlik duygusundan kurtulur. Aracın sadece bir tehdit olarak varlığı nasıl temsilciyi seçmene karşı duyarlı ve ilgili kılıyorsa; bir şeyi değiştirebilecek güce sahip olduğunu bilmenin verdiği güven ve cesaret ile seçmenin de siyasal alana karşı duyarlı ve ilgili olmasını sağlar. Siyasal alana ilgisi artan seçmenlerin bu alana dair bilgisi ve vatandaşlık bilinci de artar.³⁸

III. AVRUPA'DA GERİ ÇAĞIRMA HAKKININ GÖRÜNÜMÜ

Geri çağırma hakkına ilişkin kavramsal ve teorik çerçeveyi kısaca özetledikten sonra, Avrupa özelinde hakkın görünümüne bakılabilir.

Geri çağırma hakkının tarihsel olarak izlerini Antik Yunan'a kadar sürmek mümkün olsa da, modern anlamda ilk ortaya çıktığı yer 19.yy'da İsviçre'dir. Bu nedenle denilebilir ki, geri çağırma hakkının düşünsel köklerinin atıldığı yer Avrupa'dır. Avrupa'da bugün 11 ülke geri çağırma hakkına siyasal sistemi içerisinde yer vermektedir. Bu ülkeleri 4 kategoride ele almak mümkündür:

Birinci grupta hakkın Avrupa'da tarihsel gelişimi bakımından öncüsü olarak ifade edilebilecek ülkeler yer alır. Bu gruptaki ülkelerde geri çağırma hakkının gelişimi, doğrudan demokrasinin gelişimi ile paralel bir seyir izler. Özellikle İsviçre ve Almanya bu anlamda özel

Democracy in Switzerland and Beyond, Bern: Initiative and Referendum Institute Europe, 2010, s.88; Pack, s.687-688; Cronin, s.134.

³⁶ Örneğin Sofres'in yaptığı araştırmaya göre Fransızların yüzde 90'ı ulusal karar alma süreçlerinde, yüzde 76'sı ise yerel yönetimler bazında karar alma süreçlerinde hiçbir etkilerinin olmadığını düşünmektedir. Aktaran: Jos Verhulst ve Arjen Nijeboer, *Direct Democracy Facts and Arguments about the Introduction of Initiative and Referendum*, Brussels: Democracy International, 2007, s.9.

³⁷ Örneğin Almanya'da 2005'te TNS Emnit tarafından yapılan bir araştırmaya göre seçmenlerin yalnızca yüzde 34'ü parlamentoya ve yalnızca yüzde 26'sı hükümete güven duymaktadır. Ayrıca Gallup'un araştırmasına göre Alman seçmenlerin yüzde 76'sı politikacıların dürüst olmadığını düşünmektedir. Aktaran: Verhulst/Nijeboer, s.9.

³⁸ Best, s.9; J. Otis Garber, "The Use of the Recall in American Cities", *National Municipal Review*, Vol.15, Mayıs 1926, s.260; Cronin, s.134; Zimmerman, s.116.

öneme sahiptir. Bu iki ülkede geri çağırma hakkı, yerel yönetimlerde 19. yy'ın başlarından beridir uygulanmakta olan doğrudan yönetim ve katılım geleneğinin bir parçası olarak gelişmiştir. İsviçre'de 19.yy ortalarından itibaren, Almanya'da ise 20.yy başlarında ilk pratik biçimleri ortaya çıkmıştır. Bu iki ülkenin yanına, geri çağırma hakkını Avrupa'da ilk benimseyen ülkeler arasında yer alıyor olması bakımından Liechtenstein'ı da ekleyebiliriz. Zira Liechtenstein da 20.yy'ın ilk çeyreğinde, diğer doğrudan demokrasi araçları ile birlikte geri çağırma hakkını siyasal sistemine eklenmiştir. Bununla birlikte, aşağıda göreceğimiz üzere, bu üç ülkede uygulanan usuller ve hakkın kapsamı birbirinden oldukça farklıdır.

İkinci kategorideki ülkeler ise, 1990'lı yıllarda gerçekleştirdikleri yerel yönetim reformlarının bir sonucu olarak geri çağırma hakkı ile tanışmıştır. Birçok Avrupa ülkesinde 1990'lardan itibaren yerel yönetimlerin güçlendirilmesi yönünde adımlar atılmış ve halkın yerel yönetimlere doğrudan katılımına imkân tanıyan birtakım mekanizmalar da bu süreçte benimsenmiştir. Yapılan reformlar ile getirilen en önemli değişikliklerden birisi, belediye başkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesi usulünün benimsenmesidir. Kimi ülkeler, yerel yönetimlerde güçlü bir yürütme yaratıyor olmalarına karşı bir güvenlik önlemi olarak olsa gerek, belediye başkanlarının (kimi ülkelerde ayrıca bölge başkanlarının) geri çağırılabilmesi usulünü de reformları içerisine eklemiştir.³⁹ Polonya, Hırvatistan, Slovakya ve Avusturya bu kategoride değerlendirilebilecek ülkelerdir. Ayrıca Almanya'yı da bu kategoriye koymak mümkündür. Çünkü Almanya'da da Nazi iktidarı ile birlikte ortadan kalkan geri çağırma hakkının yerel yönetimler düzeyinde yeniden ortaya çıkışı, 1990'larda Almanya eyaletlerinin yaptıkları yerel yönetim reformlarının bir sonucudur. Eyaletler belediye başkanlarının halk tarafından seçilmesi usulü ile birlikte geri çağırma hakkını da anayasalarına eklemiştir.

Üçüncü kategoride devlet başkanlarının dolaylı olarak geri çağırılması usulünü benimsemiş olan ülkeler yer alır. Avusturya, İzlanda ve Romanya'da mevcut olan bu usulün şimdiye değin uygulandığı tek

³⁹ Norbert Kersting, "Local Political Participation in Europe: Elections and Referendums", İçinde: Ivan Koprić, Vedran Đulabić ve Romea Manojlović (ed.), Croatian and Comparative Public Administration: A Journal for Theory and Practice of Public Administration, Zagreb: Institute of Public Administration, 2015, s.328.

ülke Romanya olmuştur.

Dördüncü kategoride ise yalnızca yasama üyelerinin geri çağrılmasına imkân tanıyan iki ülke vardır⁴⁰. Bunlardan birincisi Belarus (Beyaz Rusya) ikincisi ise İngiltere'dir. İngiltere, dünya genelinde geri çağırma hakkını (en azından şimdilik) siyasal sisteminin bir parçası haline getiren en son ülkedir.

Şimdi bu ülkelerin geri çağırma mevzuatına ve uygulamasına daha yakından bakalım.

A. Almanya

"Land" (çoğul hali *Länder*) olarak ifade edilen 16 eyaletten oluşan bir federal devlet olan Almanya'da geri çağırma hakkı federal düzeyde uygulanmamaktadır, eyaletler düzeyinde geri çağırma hakkı vardır. Ancak tüm eyaletlerde geri çağırma hakkı bulunmaz. Bazı eyaletler bu mekanizmaya kendi anayasalarında yer vermiş ve her biri kendisine özgü bir usul benimsemiştir. Yani hakkın kullanım usulü bakımından çeşitlilik esastır.

Almanya'da geri çağırma hakkı ilk kez, 19.yy sonlarında sosyalist çevrelerin savunduğu bir fikir olarak gündeme gelmiştir. Ancak hakkın bir fikir olmaktan çıkıp hukuki düzenlemelere konu olması, I. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşen 1918-1919 devriminin ürettiği sonuçlardan birisidir. 1919 yılında kurulan Weimar Cumhuriyeti döneminde gerçekleştirilen, genel oy hakkı, parlamenter sistemin inşası, nispi temsil ilkesinin benimsenmesi gibi önemli reformlar içerisinde, halk girişimi, referandum ve geri çağırma hakkı da yer almıştır.⁴¹

Dönemin Alman eyaletlerinin 9'unda geri çağırma hakkına yer verilmiştir. Ancak çoğu eyalette benimsenen usule göre, tekil kamu görevlilerinin seçmenler tarafından geri çağrılması mümkün değildi. Bir bütün olarak şehir konseylerinin feshedilmesi, yani kolektif geri çağırma, söz konusu idi. Eğer seçmenler konseyin feshedilmesi yönünde oy kullanırsa, yeniden bir seçim yapılarak yeni bir konsey seçiliyordu.

⁴⁰ Liechtenstein'da da yalnızca yasama organına yönelik geri çağırma mümkündür ancak burada yasama üyeleri değil, kolektif olarak yasama organı geri çağrılmaktadır.

⁴¹ Roger H. Wells, "The Initiative, Referendum and Recall in German Cities", *National Municipal Review*, Ocak 1929, s.29-30.

Bununla birlikte Brunswick'te seçmenlerin beşte birinin imzası ile gerek tek tek gerekse kolektif biçimde kamu görevlilerin geri çağırılması talep edilebiliyordu. İki eyalette ise geri çağırma girişiminin seçmenler tarafından değil, devlet organları tarafından başlatılması yani dolaylı geri çağırma usulü öngörülmüştü. Bavaria'da şehir konseyi, Baden'de ise içişleri bakanı geri çağırma seçimi kararı alabiliyordu.⁴²

Geri çağırma hakkının bu ilk biçimlerinin uygulamasına dair Wells'in yaptığı araştırmaya göre, 1927'ye değin, Almanya yerel yönetimlerinde en az 14 kez geri çağırma girişimi gerçekleşmiştir. Daha çok ideolojik ayrışmalardan kaynaklanan geri çağırma girişimlerinde ya sosyalizm karşıtı kesimler sosyalist yönetimleri hedeflemiş, ya da tersi söz konusu olmuştur. Bu girişimlerin örgütlü kesimler dışındaki seçmen gruplarınca yaygın biçimde kullanılmadığına vurgu yapan Wells'e göre bu durum, gereken imzayı toplamanın ve seçimde öngörülmüş olan oy oranlarını sağlamanın zorluğundan kaynaklanmıştır. Bunun sonucu olarak 14 girişimden sadece 2 tanesi geri çağırma ile sonuçlanmıştır.⁴³

Bu usul sadece yerel yönetim konseylerine değil aynı zamanda "Landtag" olarak adlandırılan eyalet yasama organlarına karşı da uygulanabiliyordu. Seçmenler, belli sayıda seçmenin imzasını içeren bir dilekçe sunmak suretiyle yasama organının tümünden feshedilmesini talep edebiliyordu. Dönemin çalkantılı siyasal ortamında genellikle karşıt ideolojilerden partilerin birbirine karşı uyguladığı bu usul 1922 ile 1932 arası dönemde 11 farklı eyalette 16 kez kullanıldı⁴⁴ ancak sadece 1 eyalette seçim aşamasına ulaştı ve seçmenlerin onayı ile meclis feshedildi. Bununla birlikte 3 diğer eyalette ise seçim aşamasına ulaşmadan önce yasama organları kendileri seçimlerin yenilenmesine karar verdiler.⁴⁵

1933'ten sonra Weimar Cumhuriyetinin fiilen sona ermesi ile birlikte geri çağırma hakkı Almanya'nın siyasal sisteminden geçici bir

⁴² Wells, s.33.

⁴³ Wells, s.34-35.

⁴⁴ Lee S. Greene, "Direct Legislation in the German Länder 1919-32", *American Political Science Review*, Vol.27, Issue 3, Haziran 1933, s.451.

⁴⁵ Anne Twomey, "The Recall of Members of Parliament and Citizens' Initiated Elections", *University of New South Wales Law Journal*, Vol.34 (1), 2011, s.53.

süreliğine de olsa silindi.⁴⁶ 2. Dünya Savaşı'nın ardından 1949'da Federal Almanya Cumhuriyeti'ni kuran liderler, çoğunluk kuralına karşı temkinli yaklaştı ve doğrudan demokrasi araçlarına siyasal sistem içerisinde yer verilmedi.⁴⁷ Sadece eyalet parlamentolarının seçmenler tarafından feshedilebilmesine ilişkin usul birkaç eyalet anayasasında yer aldı. Bu düzenlemeler bugün de hala bazı eyaletlerde mevcuttur.

Örneğin, Berlin Anayasasına göre, (md.63/3), kayıtlı seçmenlerin en az yüzde 20'sinin imzasını içeren ve parlamentonun feshi için halkoylaması yapılmasını talep eden bir dilekçenin meclise sunulması halinde bir halkoylaması gerçekleştirilir. Eğer oylamada seçmenlerin yarısından fazlası fesih yönünde oy kullanırsa parlamento feshedilmiş olur. Bavaria anayasasına göre de (Md.18/3) 1 milyon seçmenin imzasını içeren bir dilekçe ile benzer bir süreç işletilebilmektedir. Bu usul şimdiye değin Berlin'de bir kez 1981'de kullanılmıştır ve seçmenler yeterli sayıda geçerli imzayı toplamıştır. Ancak parlamento halkoylamasını beklemeden erken seçim kararı almıştır.⁴⁸

1990'dan itibaren, Berlin duvarının yıkılması ve Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden sonraki yıllarda, geri çağırma hakkının Almanya yerel yönetimlerinde de benimsenmesinin önünü açan gelişmeler yaşandı.⁴⁹ Bu değişimin kaynağı 1990'lı yıllarda yerel yönetimler alanında yapılan önemli değişikliklerdi. Almanya'da 1990'lar öncesinde yerel yönetimlerde tek tip bir yapılanma yoktu. Bir yanda seçimle göreve gelen yönetim kurullarınca yönetilen, yasama ve yürütme yetkilerinin aynı kurulda toplandığı yerel yönetimler varken; diğer tarafta yönetim kurulları tarafından atanmış bir belediye başkanının yahut *magistrat* olarak ifade edilen bir kurulun yürütme görevini üstlendiği yerel yönetimler vardı. Bir başka tür ise, sadece iki eyalette bulunan, yönetim kurulu yanında belediye başkanlarının da doğrudan halk ta-

⁴⁶ Theo Schiller, "Local Direct Democracy in Germany - Varieties in a Federal State", İçinde: Theo Schiller (ed.), *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, s.55.

⁴⁷ Russell J. Dalton, Wilhelm Bürklin ve Andrew Drummond, "Public Opinion and Direct Democracy", *Journal of Democracy*, Vol.12, No.4, Ekim 2001, s.142-143.

⁴⁸ Idea, s.116.

⁴⁹ Uwe Serdült ve Yanina Welp, "The Levelling Up of A Political Institution. Perspectives on the Recall Referendum", İçinde: Saskia Ruth, Yanina Welp ve Laurence Whitehead (ed), *Let the People Rule? Direct Democracy in the Twenty-First Century*, Colchester: ECPR Press, 2017, s.138.

rafından ayrıca seçildiği biçimdi. Ancak 1990'lardan itibaren eyaletler ardı ardına, hem yönetim kurullarının hem de belediye başkanlarının seçimle göreve geldiği yönetim biçimlerini benimsemeye başladılar.⁵⁰ Bu gelişme önemli idi çünkü bazı eyaletler 5 ile 8 yıl arasında değişen görev süreleri olan belediye başkanlarının doğrudan seçimi usulünü benimserken, bir yandan da bir başka yenilik olarak belediye başkanlarının geri çağırılması usulünü getirdiler.⁵¹

Bugün Almanya'nın 11 eyaletinde belediye başkanları geri çağrılabilir. Ancak benimsenen usulde geri çağırma süreci, seçmenler tarafından değil şehir/kasaba konseyinin belli bir çoğunluğunun (1/2 ile 3/4 arasında değişiyor bkz. tablo 1) kararı ile başlatılabilmektedir. Yani dolaylı geri çağırma mevcuttur. Bununla birlikte bu eyaletlerden dördü, ayrıca seçmenlere de geri çağırma girişimini başlatma yetkisi tanımıştır: Schleswig-Holstein, Brandenburg, Saxsony ve son olarak 2011'de yapılan yasa değişikliği ile North Rhine-Westphalia.⁵²

Bu dört eyalette seçmenlerin geri çağırma girişimi başlatabilmesi için aranan imza oranları yüzde 15 ile yüzde 33.3 arasında değişmektedir. (bkz. Tablo.1). Tüm eyaletlerde geri çağırmaya ilişkin nihai karar seçmenler tarafından verilmektedir. Ancak eyaletler, geri çağırma seçiminin görevden alma ile sonuçlanabilmesi için sağlanması gereken koşulları zorlaştırmıştır. Geri çağırma seçiminin görevden alma ile sonuçlanabilmesi için, geri çağırma lehindeki oyların, aleyhteki oylardan fazla olması yeterli değildir. Aynı zamanda geri çağırma lehindeki oyların sayısının kayıtlı seçmenlerin belli bir yüzdesini de karşılaması gerekir. Bu oran yüzde 25 ile yüzde 50 arasında değişmektedir. (Bkz. tablo 1)⁵³

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hellmut Wollmann, "The Directly-Elected Executive Mayor in German Local Government", İçinde: Rikke Berg ve Nirmala Rao (ed), Transforming Local Political Leadership, New York: Palgrave Macmillan, 2005, s.29-33.

⁵¹ Wollmann (2005), s.33-34; Serdült/Welp, s.142.

⁵² Wollmann (2005), s.34; Brigitte Geissel ve Stefan Jung, "Recall in Germany - The Puzzle of Its Use", 24th World Congress of Political Science, International Political Science Association, July 23-28, 2016, Polonya'da sunulan bildiri, s.3.

⁵³ Hellmut Wollmann, "The Directly-Elected Mayor in the German Länder – introduction, Implementation an Impact", Public Money & Management, Eylül 2014, s.334-335.

Tablo 1. Almanya Eyaletlerde Geri Çağırma Usulü

Eyalet	Halk tarafından başlatıldığında aranan imza oranı	Belediye Konseyleri tarafından başlatıldığında aranan karar sayısı	Seçimde katılım şartı (yüzde)
Brandenburg	Yüzde 25 - 15	2/3 çoğunlukla	25
Hesse		2/3 çoğunlukla	25
Mecklenburg-Vorpommern		2/3 çoğunlukla	33,3
Niedersachsen		2/3 çoğunlukla	25
North Rhine-Westphalia	Yüzde 25	2/3 çoğunlukla	25
Rhineland-Palatinate		2/3 çoğunlukla	30
Saarland		2/3 çoğunlukla	30
Saxony	Yüzde 33.3	3/4 çoğunlukla	50
Saxony-Anhalt		3/4 çoğunlukla	30
Schleswig-Holstein	Yüzde 25	2/3 çoğunlukla	33,3
Thuringia		1/2 çoğunlukla	30

1. Almanya'da Hakkın Uygulaması:

Almanya'da geri çağırma hakkının uygulamasına ilişkin kesin ve resmi verileri toplamak oldukça zordur. Almanya'da resmi makamlar eliyle hakkın kullanımına ilişkin düzenli kayıt tutulmamakta ve raporlar kamuoyuna sunulmamaktadır.⁵⁴ Bu bakımdan hakkın uygulamasına ilişkin kullandığımız veriler konu ile ilgilenen araştırmacıların çalışmalarından, bazı ilgili web sitelerinden⁵⁵ ve yerel basın ve medya haberlerinden elde edilmektedir. Bu anlamda faydalanabileceğimiz yakın dönem önemli bir çalışma Geissel ve Jung tarafından hazırlanmıştır.

Bu çalışmaya göre, 2016 yılına kadar, yani hakkın ilk kabul edildiği dönemden bu yana geçen 20 yıldan fazla süreçte, Almanya'nın 11 eyaletinde toplam 118 geri çağırma seçimi olduğu tespit edilmiştir.⁵⁶

⁵⁴ Bunun tek istisnası Mecklenburg-Vorpommern eyaletidir. Geissel/Jung, s.5.

⁵⁵ Örnek olarak bkz. Mehr Demokratie websitesi: <https://nrw.mehr-demokratie.de/abwahl-archiv.html> (Son erişim tarihi: 22.11.2018)

⁵⁶ Bu sayı araştırmacıların çeşitli kaynaklardan faydalanarak tespit edebildikleri sayıdır. Kesin ve resmi bir rakam değildir.

Bunlar içerisinde Brandenburg 44 girişim ile ilk sırada yer alırken, Saxony-Anhalt eyaletinde 22, Saxony'de 11, Hesse'de 10, Thuringia'da 9, North Rhine-Westphalia'da 7, Schleswig-Holstein'da 5, Rhineland-Palatinate'de 4, Lower Saxony ve Mecklenburg-Vorpommern'de 3 geri çağırma seçimi olmuştur. Saarland'de ise şimdiye kadar hiç geri çağırma seçimi olmamıştır.⁵⁷ 11 eyalette 7800'e yakın yerel yönetim biriminin bulunduğu⁵⁸ düşünüldüğünde, yılda yaklaşık 6 geri çağırma seçiminin gerçekleşiyor olması, hakkın Almanya'da çok nadir olarak kullanılmakta olduğunu gösterir.

Hakkın neden bu kadar az kullanıldığı konusunda birçok farklı etkenden söz edilebilir. Birincisi, 11 eyaletin 7'sinde, sadece belediye konseylerinin belli bir nitelikli çoğunlukla karar vermesi şartı ile geri çağırma girişiminin başlatılabiliyor olması, hakkın kullanımını hiç şüphesiz sınırlandırmaktadır. Bu eyaletlerde seçmenlerin süreci başlatmada hiçbir rolleri yoktur. Bu nedenle inisiyatif çoğunlukla siyasi partilerin elindedir. Sadece 4 eyalette seçmenler de girişimi başlatılmaktadır ancak geri çağırma hakkının kullanımını zorlaştıran imza oranları ve ek olarak seçimde de belli bir katılım şartının öngörülmesi olması, aracın kullanımını sınırlamaktadır.

Örneğin seçmenlerin de geri çağırma girişimi başlatılabildiği 4 eyaletten biri olan ama aynı zamanda en yüksek imza şartına (kayıtlı seçmenlerin yüzde 33.3'ü) sahip olan Saxony'de, seçmenlerce başlatılan geri çağırma girişimlerinden hiçbirisi yeterli imzaya ulaşmayı başaramamıştır. Buna karşın imza şartının en düşük olduğu yer olan Brandenburg eyaleti aynı zamanda hakkın en sık kullanıldığı eyalettir. Brandenburg'da hakkın ilk kabul edildiği yıllarda (1993-1998) aranan imza oranı yüzde 10 olarak belirlenmiştir ve bu dönemde seçmenler tarafından başlatılan 15 geri çağırma seçimi olmuştur.⁵⁹ Bu dönemde mevcut belediye başkanlarının yaklaşık yüzde 10'unun geri çağırma ile görevden alınmış olması Brandenburg yasama organını harekete geçirmiş ve geri çağırma seçimine gidilebilmesi için sağlanması gereken imza oranı yükseltilmiştir.⁶⁰ İmza oranı nüfusu 20.000'den az olan yerlerde yüzde 25'e, 60.000'den az olan yerlerde yüzde 20'ye ve

⁵⁷ Geissel/Jung, s.7-8.

⁵⁸ Bkz. Geissel/Jung, appendix, table 4.

⁵⁹ Böhme'den aktaran: Geissel/Jung, s.10.

⁶⁰ Wollmann (2005), s.36

60.000'den daha kalabalık yerlerde ise yüzde 15'e yükseltilmiştir.⁶¹ Değişikliğe rağmen makul bir imza oranına sahip olmaya devam eden Brandenburg, hala hakkın en sık kullanıldığı eyalet konumundadır.⁶²

Hakkın kullanımının azlığına etki edilebilecek Almanya'ya özgü bir duruma da değinmek gerekir. Almanya eyaletlerinde, kimi belediyelerde (özellikle küçük yerlerde) belediye başkanlığı, sınırlı yetkileri olan simgesel bir makam "honorary mayor" (onursal belediye başkanı) (*ehrenamtliche/r Bürgermeister/in*) olarak düzenlenmiştir. Ancak 11 eyaletten 6'sında bu onursal belediye başkanları geri çağırma hakkı kapsamına alınmamıştır. Bu durumun da, geri çağırılabilir görevli sayısını azaltıyor olması bakımından, hakkın az kullanımında bir etkisinin olduğu düşünülebilir.⁶³ Nitekim hakkın en sık kullandığı ikinci eyalet olan Saxony-Anhalt'da geri çağırmaya konu edilen belediye başkanlarının büyük bölümü onursal belediye başkanlarıdır.⁶⁴

2. Bir Örnek: Duisburg Belediye Başkanı Adolf Sauerland'ın Geri Çağırılması

Almanya'da geri çağırma hakkının uygulamasına ilişkin en dikkat çekici örnek Duisburg Belediye Başkanı Adolf Sauerland'ın yaşanan trajik bir olayın ardından geri çağırılmasıdır. Bu olay aynı zamanda North Rhine-Westphalia eyaletinde seçmenlere geri çağırma girişimi başlatma hakkının tanınmasına da kaynaklık etmiştir. Süreç özetle şöyle gerçekleşmiştir:

Temmuz 2010'da Duisburg'da "Love Parade" adında bir techno müzik festivali düzenlenir. Festival için belirlenmiş olan yer sadece tünellerden geçmek suretiyle ulaşılabilen etrafı demiryolları ile çevrili bir açık alandır. Binlerce insanın katıldığı etkinlikte, aşırı kalabalık ve katılımcıların çıkardığı bir panik nedeniyle gelişen izdihamda 21 kişi ölür, 500 kişi yaralanır. Etkinlik alanına giriş ve çıkışların tek bir tünel ile sağlanabiliyor olması felaketin temel nedenidir. Etkinlik organizatörleri, polis ve idari yetkililer olayın sorumlusu olarak birbirlerini suçlar; seçmenler ayrıca Belediye Başkanı Sauerland'ı de, yıllardır gerçekleştirilen ve kalabalık olacağı bilinen popüler bir etkinliğin böyle-

⁶¹ Geissel/Jung, s.13.

⁶² Wollmann (2014), s.335.

⁶³ Böhme'den aktaran: Geissel/Jung, s.10.

⁶⁴ Geissel/Jung, s.13.

si uygunsuz bir alanda yapılmasına izin verildiği ve yeterli önlemler alınmadığı için suçlar. Belediye başkanının sorumluluğu üstlenmesi ve görevden çekilmesi talep edilir.⁶⁵

İstifa etmeye yanaşmayan Belediye Başkanına karşı o tarihte kullanılabilir tek araç şehir konseyinin kararı ile geri çağırma seçimine gidilmesidir. Nitekim bazı konsey üyeleri bu yönde talepte bulunur ancak geri çağırma seçimine gidilebilmesi için gerekli olan 2/3 çoğunluk şehir konseyindeki oylamada sağlanamaz. Oylamada belediye başkanının partisi CDU (Hristiyan Demokrat Birlik) tahmin edilebileceği üzere geri çağırma aleyhinde oy verir. Ancak eyalet düzeyinde hükümet eden parti bu parti değildir. Alman Sosyal Demokrat Parti (SDP) ve Yeşiller Partisinden kurulu koalisyon hükümetinin oyları ile eyalet yasama organı bir yasa değişikliği yapar ve seçmenlere de geri çağırma girişimini başlatma hakkı tanınmış olur.⁶⁶

Bu düzenlemenin ardından bir grup seçmen hemen bir geri çağırma komitesi oluşturup kampanyayı başlatmıştır. Toplanması gereken imza sayısı yaklaşık 55.000'dir; girişimciler bu şartı kolaylıkla sağlar ve 80.000'e yakın imza toplanır.⁶⁷ Böylece seçim aşamasına ulaşılmıştır. Seçimde görevden alma kararı çıkması için karşılanması gereken iki temel şart vardır: Geri çağırma lehindeki oyların sayısı hem aleyhteki oylardan fazla olmalıdır, hem de geri çağırma lehinde verilen oyların sayısı kayıtlı seçmenlerin en az 25'ine karşılık gelmelidir. Yani oylamada geri çağırma lehinde en az 92.000 oy verilmiş olması gerekli idi. Yapılan seçimde, katılım yüzde 41.6 oldu ve oy kullananların yüzde 85.8'i (yaklaşık 130.000 kişi) geri çağırma lehinde oy vermiştir.⁶⁸ Bu sayı, kayıtlı seçmenlerin yaklaşık yüzde 35'inin geri çağırma lehinde oy vermiş olduğunu göstermiştir; böylece belediye başkanı görevinden alınmıştır.⁶⁹

⁶⁵ Serdült/Welp, s.147-148.

⁶⁶ Serdült/Welp, s.148.

⁶⁷ "Duisburg Mayor Faces Recall Election", The Local, 18 Ekim 2011, <https://www.thelocal.de/20111018/38273> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

⁶⁸ "German Mayor Forced Out Over Love Parade Disaster", Reuters, 12 Şubat 2012, <http://uk.reuters.com/article/uk-germany-loveparade-mayor-idUKTRE81B0S220120212> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

⁶⁹ Serdült/Welp, s.148.

B. İsviçre⁷⁰

İsviçre, âdemi merkezîyetçilik ilkesinin geniş biçimde uygulandığı, 26 kanton ve yaklaşık 2.740 komünden oluşan bir federal devlettir. Halk meclisi usulünden çeşitli referandum biçimlerine değin, halkın siyasal süreçlere doğrudan katılımına imkân tanıyan çok çeşitli mekanizmayı siyasal işleyişinin bir parçası haline getirmiş olan İsviçre,⁷¹ birçok yazar tarafından doğrudan demokrasinin günümüzdeki en önemli örneği olarak gösterilmektedir.⁷² İsviçre, geri çağırma hakkı bakımından da tarihsel bir öneme sahiptir.⁷³

Geri çağırma hakkının kökleri Antik Yunan'a değin uzanıyor olsa da, modern anlamda geri çağırma hakkının doğduğu yer İsviçre'dir. İsviçre'de geri çağırma hakkı, 19.yy'ın ortalarında ortaya çıkan demokratik hareketlerin ürettiği katılım araçlarından birisi olarak bazı İsviçre kantonlarının anayasalarına girmiştir.⁷⁴ Buna karşın bugün İsviçre'de

⁷⁰ İsviçre'de geri çağırma hakkına ilişkin İngilizce kaynak sayısı oldukça sınırlıdır. Birçok kaynakta genel hatları ile konuya değiniliyor olsa da, ayrıntılı bir inceleme yapan kaynak yok denecek kadar azdır. Bunun temel nedeni hiç şüphesiz hakkın kullanımının yok denecek kadar az olmasıdır. Az sayıda İngilizce kaynak içerisinde en kapsamlı ve çalışmamız bakımından kullanışlı olanı Uwe Serdült'ün konuya ilişkin 2015 tarihli makalesidir. Nitekim Serdült de makalesinin giriş kısmında çalışmanın amacını, konuya ilişkin İngilizce kaynak açığının kapatılmasına katkı sunmak olarak açıklamaktadır. Bkz. Uwe Serdült, "The History of a Dormant Institution: Legal Norms and the Practice of Recall in Switzerland", Representation, Vol.51, Sayı:2, 2015, s.162. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, İngilizce kaynak azlığı nedeniyle, bu bölümde büyük ölçüde Serdült aracılığıyla ulaştığımız bilgilerden yararlanılmaktadır.

⁷¹ Nadja Braun, "Direct Democracy in Switzerland", İçinde: The International Idea Handbook, Direct Democracy, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, s.26. Ayrıca bkz. Alexander H. Trechsel ve Hanspeter Kriesi, "Switzerland: The Referendum and Initiative as a Centrepiece of the Political System", İçinde: Michael Gallagher ve Pier Vincenzon Uleri (Ed.), The Referendum Experience in Europe, London: Macmillan Press Ltd., 1996, s.186-187.

⁷² Verhulst/Nijboer, s.8; Ian Woods, "Direct Democracy - An Idea Whose Time Has Come", Global Outlook, Special Edition on Direct Democracy, 1 Mayıs 2013, s.13 ve 16.

⁷³ Edwin M. Bacon ve Morrill Wyman, Direct Elections and Law-Making by Popular Vote, Boston ve New York: Houghton Mifflin Company, 1912, s.50-51.

⁷⁴ Hakkın kökeni tam olarak bilinmiyor olmakla birlikte, Rappard'a göre, hakkın gelişimine kaynaklık eden bir usul olarak, Cenevre'de uygulanmış olan ve yasama üyeleri hakkında bir nevi güvensizlik oyu (censure) vermek suretiyle görevden alınmalarını sağlayan usul düşünülebilir. William E. Rappard, "The Initiative, Referendum and Recall in Switzerland", The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.43, Eylül 1912, s.134. Bu usul, 1802'de Napoleon

geri çağırma hakkı, yalnızca 6 kantonun anayasasında yer alan ve çok nadir bir biçimde kullanılan bir usuldür.⁷⁵

İsviçre’de geri çağırma hakkının mevcut olduğu Uri dışındaki 5 kantonda yalnızca kolektif geri çağırma mümkündür. İsviçre’de tek tek görevliler yerine yönetim organlarının bir bütün olarak geri çağırılıyor olması ülkede benimsenmiş olan nispi seçim sistemi ile açıklanmaktadır. Nitekim 1986’da Solothurn kantonunda tek tek görevlilerin de geri çağırılabilmesine imkân tanıyan bir değişiklik önerilmiş ancak bu öneri, yasama üyeleri nispi sistem ile seçildiği gerekçesi ile uygun-suz bulunarak reddedilmiştir.⁷⁶

1980’e kadar İsviçre’de 9 kanton anayasasında geri çağırma hakkına yer veriyordu ancak 1980’de Aargau, 1984’te Basel Landschaft ve son olarak 2007’de Lucerne kantonları anayasalarını yenilerken geri çağırma hakkına yeni anayasalarında yer vermemiştir. Günümüzde 6 kantonun anayasasında hala geri çağırma hakkı bulunmaktadır: Bern, Schaffhausen, Solothurn, Ticino, Thurgau and Uri.⁷⁷

Bonaparte tarafından, bazı İsviçre kantonlarının anayasalarına konulmuştur. Serdült, s.162.

⁷⁵ Tıpkı Almanya gibi, İsviçre’de de geri çağırma hakkı federal düzeyde uygulanabilen bir hak değildir. Bununla birlikte İsviçre Anayasası’nda, geri çağırma olarak nitelendirilemeyecek olsa da, sonuçları itibariyle seçmenler tarafından federal yasama ve yürütme organının görevden alınmasına sebep olan bir usul de mevcuttur: Anayasa’nın 138. maddesine göre 100.000 seçmenin imzası ile federal anayasasının tümünden revize edilmesine yönelik bir halk girişimi başlatılabilir. Eğer bu girişim halkoylamasında kabul edilirse, Anayasa md.193’e göre, yasama organının her iki meclisinin de seçimlerinin yenilenmesi gerekir. Ayrıca Anayasa’nın 175. maddesinin 2. fıkrası gereği, bu durum federal yürütme organı olan Federal Konsey’in de seçimlerinin yenilenmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, halk girişimi yoluyla anayasanın tümünden değiştirilmesi halinde, federal yasama ve yürütme organlarının görevlerinin sona ereceğini öngören bu düzenlemenin geri çağırma hakkına benzer sonuçlar ürettiği söylenebilir. Bu araç bir kez 1935 yılında sağcı-ulusalcı kesimler tarafından kullanılmıştır ancak seçmenlerin yüzde 72’sinin oyu ile bu girişim reddedilmiştir. Serdült, s.163.

⁷⁶ Alfred Kölz, *Der Weg der Schweiz zum Modernen Bundesstaat: Historische Abhandlungen*, 1789, 1798, 1848, 1998, Chur ve Zürich: Rüegger, 1998’den Aktaran: Serdült, s.163. Geri çağırma hakkının nispi temsil seçim sistemi ile uyumsuz olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin Arend Lijphart, geri çağırma hakkının yalnızca çoğunluk sisteminin bulunduğu yerlerde uygulanabilir bir hak olduğunu, nispi temsille bağdaşmadığını ifade etmiştir. Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydışmacı Yönetim Örüntüleri*, Çev: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s.173.

⁷⁷ Serdült, s.163.

1. Bern Kantonu

Bern, İsviçre’de geri çağırma hakkını ilk kabul eden (1846’da) kantondur ve 1993’de yaptığı yeni anayasasında da hakka yer vermekle kalmamış, hakkın kapsamını hükümetin de geri çağırılabilmesine imkân tanıyacak biçimde genişletmiştir. Bu adımın önemli nedenlerinden birisi 1984-1985 yıllarında yaşanan Bern hükümetinin karıştığı bir mali skandaldır.⁷⁸

Bern Anayasası’nın “Olağanüstü genel seçim” başlıklı 57. maddesine göre, 30.000 seçmen, her zaman, parlamentonun veya kanton hükümetinin yeniden seçimine ilişkin bir genel seçim talep edebilir. Yeni seçilen organ öncekinin görev döneminden kalan süre boyunca görev yapar. Bu talep sunulduktan sonra üç ay içerisinde talebin halkın oyna sunulması zorunludur. Eğer seçmenler talebin lehinde oy verirse, “gecikmesizin” yeni seçim örgütlenmelidir.

Bern’de hakkın ilk ve tek uygulaması 1852 yılında gerçekleşmiştir. Eyalet yönetiminin muhafazakâr güçlerin elinde bulunduğu bu dönemde, İlerlemeci kesimler, yönetimi, yaklaşık yarım asır önce eyalet hazinesini bilinmeyen bir yere istifledikleri ve Fransız işgali sırasında bu hazinenin ortadan kaybolduğu iddiasıyla suçlamıştır. Bu iddialar yargıya taşınmış ancak hiçbir tutarlı dayanak ortaya konulamamıştır. Serdült’e göre, geri çağırmanın asıl nedeni iki karşıt güçlü siyasi partinin, ya da başka bir ifadeyle modernleşmeden yana olan liberallerle eski feodal düzenin sürmesini isteyen muhafazakârlar arasındaki iktidar kavgasıdır. Bu girişim yeterli imzayı toplamayı başarmıştır ancak yapılan seçimde seçmenlerin yüzde 52’si geri çağırma aleyhinde oy verdiği için başarısızlıkla sonuçlanmıştır.⁷⁹

2. Schaffhausen Kantonu

Hakkın mevcut olduğu bir diğer kanton olan Schaffhausen ise 1876’dan beridir yasama ve yürütme organlarının geri çağırılabilmesine imkân tanımaktadır. Küçük bir kanton olan Schaffhausen’de 1000 seçmenin imzası geri çağırma seçimine gidilebilmesi için yeterlidir.

⁷⁸ Serdült, s.163.

⁷⁹ Max Jufer, “Der Oberaargau 1848-1874”, Jahrbuch des Oberaargau, Vol.32, 1989’dan Aktaran: Serdült, s.163-164.

Buna karşın burada da şimdiye değin sadece bir geri çağırma girişimi olmuştur. 2000 yılında, mali konulara dair bir hususu düzenleyen bir yasaya karşı Liberal partinin bir üyesi, önce mahkemeye başvurmuş, burada istediği sonucu alamayınca geri çağırma girişimi başlatmıştır. Ancak kendi partisinin dahi desteğini alamadığından geri çağırma talebi, yapılan geri çağırma seçiminde açık bir farkla reddedilmiştir.⁸⁰

3. Solothurn Kantonu

Geri çağırma hakkının 1869'dan beridir mevcut olduğu ve geri çağırma seçimine gidilebilmesi için 6.000 seçmenin imzasının arandığı Solothurn kantonunda ise şimdiye değin dört geri çağırma girişimi olmuştur. 1887'de muhalefet, demokratik bir anayasanın yapılması yönündeki talebine destek sağlaması için bir baskı unsuru olarak geri çağırma aracına başvurmuştur. 1961'de askeri eğitime karşı bir grup tarafından, 1973'te nükleer enerji santrali kurulması karşıtı bir grup tarafından geri çağırma girişimleri başlatılmıştır. Ancak bu üç girişimin hiçbirisi yeterli sayıda imza toplamayı başaramamıştır.⁸¹ Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu girişimleri başlatan grupların amacı, temelde, taleplerinin duyulmasını ve dikkate alınmasını sağlamak bakımından geri çağırma hakkını bir baskı unsuru olarak kullanmak olmuştur.⁸²

Son geri çağırma girişimi ise 1995'te gerçekleşmiştir. Mali anlamda kötü yönetim ve eyalet bütçesinin zarara uğratılması ve bankalarla ilgili bir mali skandal gerekçelerine dayanılarak başlatılan girişimde hem yasama hem de yürütme organı hedef alınmıştır. Geri çağırma girişiminin olağan seçimlere az bir zaman kala başlatılmış olması nedeniyle, seçmenler geri çağırmanın mantıklı olmadığını düşündüklerinden girişime fazla ilgi göstermemiştir ve yeterli sayıda imza toplanamadığından girişim başarısız olmuştur.⁸³

⁸⁰ Heinrich Stahlberger, Von der Repräsentativen zur (Halb-)direkten Demokratie im Kanton Aargau, İçinde: Rene Roca ve Andreas Auer (ed), Wege zur direkten Demokratie in den Schweizerischen Kantonen, Zürich: Schulthess, 2011'den Aktaran: Serdült, s.164.

⁸¹ Kölz'den Aktaran: Serdült, s.164.

⁸² Serdült, s.164.

⁸³ Jörg Kiefer, "Kein Abberufungsverfahren im Kanton Solothurn", Neue Zürcher Zeitung, 6 Mart 1996'dan aktaran: Serdült, s.164.

4. Thurgau Kantonu

Thurgau kantonu geri çağırma hakkına 1869'den beridir anayasasında yer veren ancak hakkın bir kez bile kullanılmadığı kantonlardan biridir. Thurgau seçmenleri, hakkı hiç kullanmamış olsalar da, 1987'de yeni bir anayasa yaparken hakka yine yer vermeyi de ihmal etmemişlerdir. Hangartner ve Kley'e göre geri çağırma hakkına, kullanılmamış olmasına rağmen anayasada yer verilmesinin nedeni semboliktir. Hakkın varlığı, halkın iradesinin, en yüksek siyasi organların ve kurumların bile üstünde olduğunun göstergesidir.⁸⁴

Thurgau'da yasama ve yürütme organlarına karşı geri çağırma oylamasına gidilebilmesi için 20.000 seçmenin imzası gerekmektedir. Bunun yanında 1953 tarihli siyasi haklara dair yasanın 48. ve 50. paragrafları gereği ömür boyu görev yapmak üzere seçilen rahipler ve öğretmenler de geri çağırma kapsamındadır. Bu görevlileri seçen seçmenlerin dörtte birinin imzası ile geri çağırma seçimine gidilir. Benzer bir düzenleme Ticino kantonunda da vardır.⁸⁵

5. Ticino Kantonu

1892'den beridir geri çağırma hakkının bulunduğu Ticino kantonunda, farklı olarak, yasama organı değil, yürütme organının geri çağırılabilmesi mümkündür. 1892'deki anayasal konvansiyonda yasama organının da geri çağırılabilmesi önerilmiş ancak seçmenlerin yasama organının yaptığı yasaları veto edebilmesine imkân tanıyan referandum usulüne zaten yer veriliyor olduğu gerekçesiyle, gereksiz olacağı düşünüülerek bu öneri reddedilmiştir.⁸⁶

Anayasa'nın 44. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, bir geri çağırma girişimine gidilebilmesi için 15.000 seçmenin imzası gereklidir. Diğer eyaletlerden farklı olarak Ticino anayasası imzaların toplanmasında bir süre sınırlaması öngörmüştür. Buna göre imzaların 60 gün içerisinde toplanması gerekmektedir. Bir diğer farklılık olarak

⁸⁴ Yvo Hangartner ve Andreas Kley, *Die Demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich: Schulthess Verlag, 2000'den Aktaran: Serdült, s.165.

⁸⁵ Guido Corti, *Il Diritto di Revoca Delle Autorita*, 1992'den Aktaran Serdült: s.165.

⁸⁶ Giuseppe Lepori, *Diritto Costituzionale Ticinese*, Bellinzona: Grassi, 1988'den Aktaran Serdült: s.165.

hakkın kullanımı süre bakımından da sınırlanmıştır. Olağan seçim yapıldıktan sonraki bir yıl içerisinde ve olağan seçimlere bir yıldan az bir zaman kala geri çağırma başvurusu yapılamamaktadır.

İsviçre’de bir ilk olarak, yerel düzeyde de geri çağırma hakkının uygulanmasına ilişkin bir anayasa değişiklik teklifi, 2006 yılında Hristiyan Demokrat Parti’den Alex Pedrazzini tarafından Ticino yasama organına sunulmuş ve en sonunda 2011’de yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.⁸⁷

Anayasa’nın 44a maddesine göre, yerel yönetim konseylerinin geri çağırılması için, seçmenlerin yüzde 30’unun imzasını içeren bir talep dilekçesinin sunulması gerekmektedir. Burada da imzaların 60 gün içerisinde toplanması kuralı vardır. Yeterli sayıda geçerli imza toplandığı tespit edildikten sonra sonuç yerel bir gazetede ilan edilir ve bu tarihten itibaren 60 gün içerisinde geri çağırma seçimi yapılır.

Hakkın kantonal düzeyde uygulamasına dair şimdiye kadar üç girişim (1945, 1991 ve 2008’de) olmuştur, yerel düzeyde ise sadece bir örnek mevcuttur. Ancak bu dört girişim de yeterli sayıda imza toplanamadığı için başarısızlıkla sonuçlanmıştır.⁸⁸ Yerel düzeydeki geri çağırma girişimi Green Party üyeleri tarafından başlatılmıştır. Girişimciler, şehir konseyini, idari görevlerde yer alan bazı görevlileri adaletsiz bir biçimde görevlerinden almak ve şehre, olası sorunlarda yerel polisin başa çıkamayacağı büyüklükte bir stadyum yapmayı planlamakla suçlamıştır. Ancak girişimciler, gerekli olan imzayı (3.074) toplayamayacaklarını anladıklarında kampanyayı sonlandırmıştır.⁸⁹

6. Uri Kantonu

1915’te geri çağırma hakkını kabul eden küçük bir dağ kantonu olan Uri’de, hak, bankacılık alanında bir skandalın ardından halk meclisi (*Landsgemeinde*) tarafından kabul edilmiştir.⁹⁰

⁸⁷ Hakkın yerel düzeyde uygulanmak istenmesinin altında yatan neden, kimi yazarlara göre, Ticino’da yerel yönetim organlarında iç çatışmaların oldukça sık karşılaşılan bir sorun olması idi ve geri çağırmanın böylesi çatışmaların sebep olacağı tikanıkları aşmada kullanılabileceği düşünülmüştü. Serdült, s.165.

⁸⁸ Kölz’den aktaran: Serdült, s.166.

⁸⁹ Peter Jankowski, Der Versuch, Eine Exekutive zu Stoppen, Neue Zürcher Zeitung, 22 Mart 2011’den aktaran: Serdült, s.165-166.

⁹⁰ Kölnz’den aktaran: Serdült, s.166.

Kanton anayasasına göre “herhangi bir” kantonal kurum geri çağrılabilir. Kanton mevzuatına göre kantonal kurumlar şunlardır: Kantonu federal yasama organında temsil eden iki temsilci, kanton parlamentosu, bir bütün olarak hükümet, hükümet başkanı (Landamman), başkan yardımcısı ve kantonal yüksek mahkeme. Dolayısıyla, anayasadaki düzenlemenin bir sonucu olarak, diğer kantonlardan farklı olarak Uri kantonunda, sadece yasama ve yürütme organları değil, diğer bazı yönetsel organlar ve bunun yanında bazı tekil kamu görevlileri de geri çağrılmaktadır.⁹¹ Yani İsviçre’de bireysel geri çağırmanın mümkün olduğu tek yer bu küçük dağ kantonudur.

Uri’de bir geri çağırma oylamasına gidebilmek için 600 seçmenin imzası gerekmektedir.⁹² Ancak geri çağırma hakkı Uri’de şimdiye kadar hiç kullanılmamıştır.⁹³

İsviçre’nin Görevden Alma İle Sonuçlanan Tek Geri Çağırma Girişimi: Mannli Sturm (Aargau -1862)

1848’de yapılan İsviçre Anayasası tüm (erkek) İsviçre vatandaşlarına eşit haklar tanıyordu. 19.yy ortalarında başlayan demokratikleşme hareketleri kapsamında kantonlar kendi anayasalarını federal anayasa ile uyumlaştıran değişiklikler yapmaya başladılar. Bu doğrultuda İsviçre’nin tek Yahudi nüfusunun bulunduğu kanton olan Aargau’nun, diğer değişiklikler yanında, Yahudilere eşit vatandaşlık sağlayan düzenlemeler de yapması gerekiyordu. Kanton parlamentosu 1862’de harekete geçti ve bu yönde bir anayasa değişikliği taslağı hazırlandı. Hazırlanan taslakta, Katoliklerle çevrili bir alandaki iki köyde yerleşik bulunan Yahudilere eşit haklar sağlandığı gibi, aynı zamanda Hristiyan ve Yahudi bölgeleri ayrı idari bölgeler olarak ayrılıyordu. Bu durum Hristiyan kesimlerin hoşuna gitmedi. Sorun sadece dinsel değil, ekonomik idi. Yoksul ve tarıma dayalı bir toplum olan bölge halkı doğal kaynaklarını Yahudiler ile paylaşmak istemiyordu. Bu durum “Küçük adamlar fırtınası” (mannli sturm)⁹⁴ olarak adlandırılacak olan

⁹¹ Bununla birlikte yüksek mahkemenin ve federal konseydeki iki kanton temsilcisinin geri çağırılması uygulamasının birtakım hukuki sorunlar çıkarabileceği, Federal Mahkemenin bu yöndeki uygulamaları anayasa aykırı bulabileceği ifade edilmiştir. Hangartner ve Kley’den Aktaran: Serdült, s.166.

⁹² Serdült, s.166.

⁹³ Serdült, s.168.

⁹⁴ Hareketin ismi hareket karşıtı liberal kesimlerce verilmişti. Hareketin karşısında olan liberal-özgürlükçü kesimler, bu gerici hareketin içindekileri küçümsenin,

Katolik liderlerin önderlik ettiği ve bazı Protestan grupların da destek verdiği bir protesto hareketi yarattı. Katolik muhafazakâr kesimler ayaklanma çıkardılar ve Yahudilerin evlerini yağmaladılar. Bu şiddet hareketleri bir süre sonra tüm kantona yayıldı. Buna rağmen Yahudilere eşit haklar tanıyan düzenleme yasama organında kabul edildi ve 1 Temmuz 1862’de yürürlüğe girdi.⁹⁵

Bunun üzerine protestocu kesimler doğrudan demokrasi araçlarını kullanarak sonuç almaya yöneldiler. Muhafazakâr Katoliklerin oluşturduğu bir komite geri çağırma girişimi başlattı ve gereken sayının (6000) oldukça üzerinde, 9000’e yakın imzayı, (çoğunlukla kırsal kesimlerde yaşayan yoksul Katoliklerden) toplamayı başardı. 27 Temmuz 1862’de yapılan geri çağırma seçiminde Aargau parlamentosu, seçmenlerin yüzde 63’ünün oyu ile feshedildi. Bunun üzerine hükümet de kendi rızasıyla görevden çekildi. Buna karşın sonrasında yapılan seçimlerde liberaller hem yasama hem de yürütmede yine çoğunluğu elde etmeyi başardılar.⁹⁶

C. Liechtenstein

İsviçre ve Avusturya arasında yer alan bir mikro devlet olan Liechtenstein, doğrudan demokrasi konusunda İsviçre’nin izinden giden ülkelerden birisidir. Diğer doğrudan demokrasi araçları ile birlikte geri çağırma hakkının ülkenin siyasal sistemine girişi 1921 Anayasası ile olmuştur.⁹⁷ Ancak hakkın kapsamı oldukça sınırlı bir biçimde düzenlenmiştir.

Her şeyden önce, Liechtenstein’da tekil kamu görevlilerin geri çağırılması mümkün değildir, yani yalnızca kolektif geri çağırma usulü bulunmaktadır. Ayrıca geri çağırılabilir tek organ, ülkenin yasama organı olan *Landtag*’dır.

aşağılamanın bir ifadesi olarak bu grupları “küçük adamlar” olarak adlandırdılar. Ancak daha sonra hareketin kendisi bu ismi, yönetim kademelerinde bulunan burnu büyük adamlara karşı kendilerini ifade etmek için, bir kampanya sloganı olarak kullanmaya başladı. Serdült, s.167.

⁹⁵ Serdült, s.166-168; Aram Mattioli, *Der ‘Mannli-Sturm’ oder der Aargauer Emanzipationskonflikt 1861-1863*, İçinde: Aram Mattioli (ed), *Antisemitismus in der Schweiz 1848-1960*, Zürich: Orell Füssli Verlag, 1998’den Aktaran: Serdült, s.167-168; Staehelin’den Aktaran: Serdült, s.167-168.

⁹⁶ Kölz’den Aktaran: Serdült, s.167; Mattioli’den Aktaran: Serdült, s.167.

⁹⁷ Schiller, s.13.

Anayasası'nın 48. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, yasama organının feshi süreci doğrudan seçmenler tarafından başlatılabildiği gibi, belediye meclisleri (komün meclisleri) tarafından da başlatılabilir. Dolayısıyla hem doğrudan geri çağırma hem de dolaylı geri çağırma mümkündür.

Geri çağırma sürecinin seçmenler tarafından başlatılabilmesi için, ulusal meclisin (*Landtag*) feshedilmesi amacıyla bir halkoylamasına gidilmesi talebini ifade eden ve 1.500 seçmenin imzasını içeren bir dilekçenin sunulması yetkili makama sunulması gerekir. Dolaylı geri çağırmada ise, en az dört yerel yönetim (komün) meclisinin, *Landtag*'ın feshedilmesi amacıyla halkoylamasına gidilmesi talebinde bulunmak üzere karar almış olması gerekir. Seçmenlerin yahut belediye meclislerinin talebinin üzerine, *Landtag*'ın feshedilip feshedilmemesi sorusu seçmenlerin oyuna sunulur ve seçmen çoğunluğu fesih yönünde oy verirse, *Landtag* geri çağırılmış olur.

Seçmenlerin geri çağırma mekanizmasını işletebilmesinin oldukça kolay⁹⁸ olduğu Liechtenstein'de, şimdiye değin yalnızca bir kez bu araca başvurulmuştur. 1928'de başlatılan girişimin nedeni bankacılık alanında bir skandalın patlak vermesidir. Seçmenler yeterli sayıda imza toplayıp sunmuştur ancak Prens, halkoylaması öncesinde parlamentoyu feshetme yetkisini⁹⁹ kullanmış ve geri çağırma süreci böylece sona ermiştir.¹⁰⁰

D. Polonya

Avrupa içerisinde, Almanya ve İsviçre geri çağırma hakkı bakımından tarihsel ve siyasal öneme sahip ülkeler olsalar da, günümüz Avrupa'sında geri çağırma hakkını en etkin ve aktif biçimde kullanan ülke Polonya'dır. İlk kez 1990'da yapılan yerel yönetimler yasası ile

⁹⁸ Twomey'in aktardığına göre 2009 itibarıyla, 18.493 seçmenin bulunduğu Liechtenstein'da, 1.500 seçmen, yüzde olarak ifade edildiğinde yaklaşık yüzde 8'e karşılık gelmektedir. Bu da oldukça düşük bir imza oranıdır. Anne Twomey, "The Recall and Citizens' Initiated Elections - Options for New South Wales", Sydney Law School Constitutional Reform Unit Report No 1, 4 Eylül 2011, s.35.

⁹⁹ Anayasal monarşi ile yönetilen Liechtenstein'da devletin başı olan Prens'in çok geniş yetkileri bulunmaktadır. Yasama organının yaptığı yasaları veto etme, yasa teklif etme, referandum kararı alma ve hatta meclisi feshetme yetkisine de sahiptir. Fesih halinde yasama organının seçimleri yenilenir. Bkz. Anayasa md. 48/1.

¹⁰⁰ Serdült/Welp, s.7.

Polonya siyasal sisteminin bir parçası haline gelen geri çağırma hakkına, 1997'de yapılan Polonya Anayasası'nda da yer verilmiştir.¹⁰¹

1997 Anayasası 170. maddesinde, yalnızca, yerel yönetim otoritelerinin geri çağırılabilirliği hükmüne yer vermekte, hakkın kullanımına ilişkin ayrıntıları düzenlemeyi yasama organına bırakmaktadır. Konuya ilişkin yasalar birçok kez değişmiş olmakla birlikte, bugün geri çağırma hakkının kullanımını düzenleyen yürürlükteki yasa 2000 tarihli 88 sayılı Yerel Referandum Yasası'dır.¹⁰²

Geri çağırma hakkı, başlangıçta, belediye başkanlarının doğrudan halk tarafından seçimi usulünün getirilmesine ilişkin değişiklik yapılmadan evvel, tek tek kamu görevlilerini değil bir bütün olarak belediye konseylerini feshedebilmeye imkân sağlayan bir mekanizma olarak düzenlenmişti. Ancak 2002'de, belediye başkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmesi ile birlikte belediye başkanları da geri çağırma hakkının kapsamı içerisine alınmıştır.¹⁰³

Polonya'da geri çağırmanın hem doğrudan hem de dolaylı biçimleri uygulanmaktadır. Belediye konseylerinin geri çağırılması yalnızca seçmenlerin girişimiyle başlatılabilmektedir. Buna karşın belediye başkanları seçmenlerin girişimiyle olduğu gibi, belediye konseylerinin girişimi ile de geri çağırılabilir (Yerel Referandum Yasası md.5).

Geri çağırma hakkının kullanımı zaman bakımından sınırlandırılmıştır. İlgili otoritenin göreve başlamasının üzerinden 10 ay geçmedikçe ve görevinin sona ermesine 8 aydan daha az zaman kala geri çağırma talep edilemez. Ayrıca başarısız bir geri çağırma seçiminin ardından da en az 10 ay geçmedikçe yeniden aynı görevli/organ için geri çağırma başvurusu yapılamaz. (md.5/2).

Belediye başkanlarını yahut belediye meclislerini geri çağırarak isteyen seçmenler, yaptıkları başvurunun ardından 60 gün içerisinde (md.14), ilgili seçim bölgesinde kayıtlı seçmenlerin en az yüzde 10'unun imzasını almaları (md.4) ve bunları, denetlenmek üzere ilgili seçim komisyonu üyesine sunmaları gerekir. Seçim komisyonu imza-

¹⁰¹ 8 sayılı Yerel Yönetimler Yasası. Andrzej K. Piasecki, "Twenty Years of Polish Direct Democracy at the Local Level", İçinde: Theo Schiller (ed.), Local Direct Democracy in Europe, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, s.126.

¹⁰² Dz.U. 2000 nr 88 poz. 985.

¹⁰³ Piasecki, s.129.

ların ve genel anlamda geri çağırma dilekçesinin yasada öngörülen şartları karşılayıp karşılamadığını 30 gün içerisinde denetler ve karşılamadığı sonucuna varırsa başvuruyu reddeder; karşıladığı sonucuna varırsa seçim kararı alır. (md.23)

Dolaylı geri çağırmada ise, belediye konseyi, belediye başkanının geri çağırılması için halkoylamasına gidilmesi yönünde üyelerinin salt çoğunluğunun oyu ile karar alır (md.9) ve bunu seçim komisyonuna gönderir, komisyon da seçim kararı alır (md.24a).

Geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için geri çağırılan görevli ya da organın seçildiği seçime katılmış olan seçmenlerin en az 3/5'üne eşit oranda bir katılımın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. (md.55) Yukarıdaki şartlar sağlanmak kaydıyla, eğer oylamaya katılan seçmenlerin yarısından fazlası geri çağırma yönünde oy vermiş ise, belediye başkanı yahut belediye konseyi görevden alınmış olur. (md.56)

Saf siyasal bir usulün benimsendiği Polonya'da hakkın uygulamasına baktığımızda, buna uygun bir biçimde, ileri sürülen gerekçelerin soyut ve genel gerekçeler olduğunu görürüz: Seçmelerin iradesine saygısızlık, ikiyüzlülük, küstahlık, kamu güvenini kaybetmiş olmak, yetkileri istismar ve işsizlik gibi can alıcı sorunlarda konseyin pasif kalması vb. nedenler geri çağırma gerekçesi olarak ileri sürülen nedenlerdir.¹⁰⁴ Bunun yanında belediye başkanı ile belediye konseyi arasında yaşanan anlaşmazlıklar da dönem dönem geri çağırma girişimlerine kaynaklık edebilmektedir.¹⁰⁵

Polonya, Avrupa'da geri çağırma hakkını en sık kullanan ülkedir.¹⁰⁶ Ulusal Seçim Komisyonunun (*Państwowa Komisja Wyborcza*) verilerine göre 1992-2012 arasında 599 geri çağırma seçimi gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, geri çağırma seçimlerindeki başarı oranı oldukça düşüktür. Bunun nedeni, katılımın oldukça düşük olduğu bu seçimlerde, yasada öngörülmüş olan katılım barajının çoğunlukla aşılamıyor olmasıdır. Zira 599 geri çağırma seçiminden yalnızca 71'inde baraj aşılabilmektedir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Piasecki, s.129-130.

¹⁰⁵ E. Sękowska, "Referendum Gminne", in: M. T. Staszewski, D. Waniek, eds.: Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej, Warszawa, 1996, 141-143'den Aktaran: Piasecki, s.130.

¹⁰⁶ Schiller, s.20.

¹⁰⁷ Hanna Bednarz, "The Development of Direct Democracy Mechanisms in Poland", Centre for Research on Direct Democracy - C2D Working Paper Series 44/2013,

Son olarak belirtmek gerekir ki, beklenenin aksine, 2002’de yapılan değişiklikle belediye başkanlarının da geri çağrılabilir olması, gerçekleşen geri çağırma girişimi sayısında önemli bir artış getirmemiş ancak girişimlerde çoğunlukla hedef alınan otoriteyi değiştirmiştir. Günümüzde çoğunlukla belediye başkanlarına karşı geri çağırma aracına başvurulmaktadır. Örneğin 2002-2006 arasındaki dönemde gerçekleşen 92 geri çağırma seçiminden 72’si belediye başkanlarına yönelik olmuştur. Bunlardan 20’sinde aynı zamanda belediye konseyi de hedef alınmıştır.¹⁰⁸

Bir Örnek: Warsaw Belediye Başkanının Geri Çağırılması Girişimi

2013’te, Polonya’nın başkenti Warsaw (Varşova) şehrinin belediye başkanı, aynı zamanda dönemin iktidar partisi Sivil Platform (PO)’un başkan yardımcısı Hanna Gronkiewicz-Waltz’a karşı, seçmenler, ulaşımaya yapılan zamlar ve sürmekte olan metro inşaatının çok yavaş ilerlemesi başta olmak üzere çeşitli memnuniyetsizliklerini ileri sürerek bir geri çağırma girişimi başlatırlar.¹⁰⁹

Girişime karşı belediye başkanı ve iktidar partisinin taktiği, geri çağırma seçimini boykot etmek olur. Çünkü ilgili mevzuat gereği, geri çağırma seçimine, belediye başkanının seçilmiş olduğu son seçime katılan seçmenlerin en az 3/5’ine eşit sayıda seçmen katılmadığı sürece geri çağırma seçimi geçersiz olacaktır. Polonya seçimlerinde genel olarak düşük katılım olduğunu dikkate elen belediye başkanı, boykotu, seçimi kazanma taktiği olarak uygular. Son belediye başkanlığı seçimi dikkate alındığında, geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için, en az yüzde 29.1 katılımın olması gerekiyordur. Neticede, hükümetin uy-

s.52. Polonya’da özellikle 2000 ve 2001 yıllarında normalin çok üstünde geri çağırma seçimi gerçekleşmiştir. Sadece bu iki yıldaki toplam seçim sayısı 178’dir. Ancak bunların da sadece 21’i barajı aşmayı başarmıştır. Bu dönemdeki artışın bir nedeni, Piasecki’ye, göre yapılan eğitim reformu nedeniyle 1000’e yakın okulun kapatılmış olmasının yarattığı memnuniyetsizliktir. Ayrıca ekonomik sorunlar, özellikle tarım alanında yaşanan birtakım sıkıntılar da bu girişimlerin artmasında etken olmuştur. Piasecki, s.130.

¹⁰⁸

Piasecki, s.130-131.

¹⁰⁹

“Warsaw Mayor Recall Referendum Set for 13 October”, Radio Poland, 21 Ağustos 2013, <http://www.thenews.pl/1/9/Artykul/144889,Warsaw-mayor-recall-referendum-set-for-13-October> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

guladığı taktik başarılı olmuştur. Oylamaya katılan seçmenlerin yüzde 95'i geri çağırma lehinde oy vermiş olsa da, seçime katılım yüzde 25.7 oranında kaldığı için geri çağırma girişimi başarısız olmuş ve belediye başkanı görevde kalmayı başarmıştır.¹¹⁰

Ancak belirtmek gerekir ki, geri çağırma girişiminin başarısızlığı tek başına seçmenlerin oylamaya ilgisizliği de açıklanamaz. Çünkü belediye başkanı, geri çağırma seçimi öncesinde, ulaşım ücretlerinde indirim yapmış ve ayrıca metro inşaatının da hızlandırılacağı sözünü vermiştir.¹¹¹ Yani bir bakıma, kısmen de olsa geri çağırma gerekçeleri ortadan kalkmış ve girişim hedefine ulaşmıştır. Seçmenlerin oylama günündeki tavrında, bu durumun da etkili olmuş olabileceğini de göz ardı etmemek gerekir.

E. Hırvatistan

Hırvatistan, belediye başkanlarının seçimle göreve gelmesi usulünün benimsenmesine paralel olarak geri çağırma hakkını uygulamaya başlayan ülkelerden birisidir. Burada belediye başkanları ile birlikte bölge valileri de doğrudan halk tarafından seçildiğinden, geri çağırma hakkı kapsamına bölge valileri de dâhil edilmiştir. 2009'da yürürlüğe giren yerel yönetimlere ilişkin bir yasa ile siyasal sistemin bir parçası haline gelen geri çağırma hakkının amacı seçmenlerin siyasal katılımını ve seçimlerdeki katılım oranını artırmak olarak açıklanmıştır.¹¹²

Hakkın ilk düzenlemesi oldukça sınırlı bir geri çağırma hakkına karşılık geliyordu. Çünkü bu ilk biçime göre, seçmenlerin talebi üzerine yahut belediye konseyi üyelerinin üçte birinin teklifi üzerine, belediye konseyi geri çağırma seçimi kararı alabiliyordu. Yani seçime gidilip gidilmemesi tümüyle konseyin takdirinde olan bir konu idi. 2012'de bir yasa değişikliği gerçekleştirildi ve bu usul kaldırıldı. Bu-

¹¹⁰ "Warsaw Mayor Survives Recall Vote After Too Low Turnout", Radio Poland, 14 Ekim 2013, <http://www.thenews.pl/1/9/Artykul/149987,Warsaw-mayor-survives-recall-vote-after-too-low-turnout> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹¹¹ Pawel Sobczak ve Chris Borowski, "Vote on Ousting Warsaw Mayor Threatens Polish PM, Reuters, 11 Ekim 2013, <http://www.reuters.com/article/us-poland-warsaw-referendum-idUSBRE99A08U20131011> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹¹² Ivan Koprić, Romea Manojlović ve Petra Đurman, "Local Democracy Development in Croatia - From Experimental Self-Management to Weak Local Democracy", ECPR General Conference, Charles University in Prague, Prague, 7-10 Eylül 2016'da sunulan Bildiri, s.9 ve 18.

gün yürürlükte olan mevzuata göre seçmenlerin yüzde 20'sinin talebi üzerine geri çağırma seçimine gidilmektedir. Konseyin buradaki takdir yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Önceki düzenlemede geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için yüzde 50 seçmen katılımının olması aranıyordu; 2012'deki değişiklik bu şartı da hafifletmiştir. Yürürlükteki düzenlemeye göre, geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için kayıtlı seçmenlerin 1/3'ünün oylamaya katılmış olması gerekmektedir.¹¹³

Hak zaman bakımından da sınırlandırılmıştır. Görevlinin görev döneminin ilk 12 ayı tamamlanmadan ve son 12 ayında geri çağırma talep edilemez. Ayrıca bir kez geri çağırma seçimi yapıldıktan sonra ancak 12 ay geçtikten sonra aynı görevli hakkında yeniden geri çağırma başvurusu yapılabilmektedir.¹¹⁴ Geri çağırma kararı için ise oylamaya katılanların çoğunluğunun geri çağırma lehinde oy vermiş olması yeterlidir.¹¹⁵

Şimdiye kadar Hırvatistan'da hiçbir belediye başkanı yahut bölge valisi geri çağırma usulü ile görevden alınmamıştır. 2009-2012 döneminde 2 geri çağırma seçimi olmuş ancak başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 2012'de yapılan değişiklikler ile aracın kullanımı görece kolaylaştıktan sonra da durum değişmemiştir.¹¹⁶ Koprić/Manojlović/Đurman'a göre bu durum ya seçmenlerin temsilcilerinden memnun olmasından kaynaklanmaktadır ya da henüz seçmenlerde siyasi katılım kültürü gelişmiş değildir, seçmenler hala olağan seçimler ve temsili demokrasi mekanizmaları ile katılım göstermekte ve temsilcilerini de bu yolla denetlemeyi tercih etmektedir.¹¹⁷

F. Slovakya

Slovakya'da geri çağırma hakkı 1990 tarih ve 369 sayılı yasada düzenlenmiştir. Belediye başkanlarının ve bölge başkanlarının geri

¹¹³ Koprić/ Manojlović/ Đurman, s.18.

¹¹⁴ Ivan Koprić ve Mirko Klarić, "New Developments in Local Democracy in Croatia", İçinde: Ivan Koprić, Vedran Đulabić ve Romea Manojlović (ed.), *Croatian and Comparative Public Administration: A Journal for Theory and Practice of Public Administration*, Zagreb: Institute of Public Administration, 2015, s.398.

¹¹⁵ Djordje Gardasevic, "Constitutional Interpretations of Direct Democracy in Croatia", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol.7, 2015, s.4.

¹¹⁶ 2012-2015 arası hiç geri çağırma girişimi olmamıştır. Koprić/Manojlović/Đurman, s.18.

¹¹⁷ Koprić/ Manojlović/ Đurman, s.18-19.

çağrılabilirdiği Slovakya’da, yürürlükteki mevzuata göre, hem dolaylı hem de doğrudan geri çağırma usullerine başvurmak mümkündür. Seçmenler tarafından geri çağırma talebinde bulunulabilmesi için, başvurucuların ilgili seçim bölgesinde kayıtlı seçmenlerin yüzde 30’unun imzasını içeren bir dilekçe sunmaları gerekir.¹¹⁸

Yasa geri çağırma nedenlerini, çok geniş biçimde de olsa, belirtmiştir. Buna göre, belediye başkanları bakımından; eğer belediye başkanı ciddi biçimde ve tekrarlayan şekilde görevlerini ihmal ediyor, anayasayı, yasaları ve diğer hukuki bağlayıcı kuralları ihlal ediyor ise, içerisinde yeterli sayıda geçerli imza bulunan bir dilekçe ile seçmenlerin başvurusu üzerine, belediye meclisi seçim kararı almaktadır. Belediye meclisinin kendisi ise, eğer ki belediye başkanı 6 aydan uzun bir süredir görevlerini yerine getirmiyor ise geri çağırma sürecini başlatabilir. Bölge başkanlarının geri çağırılmasında da usul ve gerekçeler aynıdır, tek fark burada dolaylı geri çağırmada bölge meclisi seçim kararı almaktadır.¹¹⁹

Slovakya’da da geri çağırma girişimlerinin başarıya ulaşmasını neredeyse imkânsız kılan bir katılım şartı söz konusudur. Geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için seçmenlerin en az yüzde 50’sinin oylamaya katılmış olması gerekmektedir. Özellikle, daha yüksek sayıda imzanın toplanmasının ve seçimde de daha fazla sayıda seçmenin katılmasının gerektiği bölgesel düzeyde girişimler bakımından usul, hakkın kullanımını tümüyle engeller görünmektedir. Şimdiye değin bölgesel düzeyde hiç geri çağırma seçimi olmadığı gibi, tek bir girişim dahi gerçekleşmemiştir. Zira olağan bir bölgesel seçimde Slovakya’da seçmen katılımı yüzde 20-25 civarındadır. Belediye başkanlarının geri çağırılması bakımından da durum farklı değildir. Örneğin ülkenin en büyük iki şehrinde olağan seçimlerde seçmen katılım oranı yüzde 35’i dahi bulmamaktadır.¹²⁰ Özetle, geri çağırma seçiminde yüzde

¹¹⁸ Magdaléna Bernátová, Peter Kuklis, Ludmila Malíková, Ivan Roncák ve Anna Vanová, “Public Perception of Local Government in Slovakia”, İçinde: Pawel Swianiewicz (ed.), Public Perception of Local Governments, 2.bası, Budapest: Local Government and Public Service Reform Initiative, Open Society Institute, 2003, s.254-255.

¹¹⁹ Erik Láštík, “Slovakia – Restricted Direct Democracy in Local Politics”, İçinde: Theo Schiller (ed.), Local Direct Democracy in Europe, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, s.240-241.

¹²⁰ Láštík, s.240-242.

50 katılım şartı, Slovakya koşullarında, hakkın kullanımını neredeyse imkânsız kılan bir şarttır.

G. Romanya

Romanya'da geri çağırma hakkı, yalnızca devlet başkanına karşı uygulanabilen bir usul olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 95. maddesinde "Görevden Uzaklaştırma" başlığı altında düzenlenmiş olan usule göre "eğer Romanya Başkanı Anayasa'nın hükümlerini ihlal eden ciddi suçlar işerse, Anayasa Mahkemesinin görüşü alındıktan sonra, Temsilciler Meclisi ve Senato'nun birleşik toplantısında, senatörlerin ve milletvekillerinin çoğunluğunun oyu ile görevden uzaklaştırılmasına karar verilebilir. Başkan suçlanmış olduğu eylemlerine ilişkin Parlamente'ye açıklama yapabilir." (md.95/1). Görevden uzaklaştırma usulünün işletilmesi teklifi, milletvekillerinin ve senatörlerin en az üçte biri tarafından sunulmak zorundadır. (md.95/2) Eğer parlamento bu teklifi çoğunluk oyu ile kabul ederse, başkanın görevden alınıp alınmamasına ilişkin nihai kararı halkın vermesi için 30 gün içerisinde bir referandum düzenlenir. (md.95/3).

Bu usul basında genellikle "impeachment referandumu" olarak anılıyor olsa da; ilk bölümde impeachment ve geri çağırma usulleri arasındaki ayrımı yaparken de vurgulandığı üzere, görevden alınıp alınmama konusunda nihai karar seçmenler tarafından verildiği için, impeachment değil geri çağırma olarak nitelendirilmelidir. Zaten Romanya Anayasası *impeachment'*ı ayrı bir başlık altında ayrı bir usul olarak (md.96) düzenlemiştir.

Bununla birlikte, Romanya Anayasası'ndaki bu usul pek tabii ki doğrudan geri çağırma da değildir. Çünkü sürecin başlatılmasında seçmenlerin hiçbir katılımı bulunmamaktadır. Seçmenler sadece son aşamada sürece dâhil olabilmektedir. Bu bakımdan buradaki usul, "dolaylı geri çağırma"ya karşılık gelir.

Devlet başkanının dolaylı geri çağırılması usulü Romanya'da şimdiye kadar iki kez uygulanmıştır. 2007'de ve 2012'de gerçekleşen geri çağırma girişimlerinin ikisinin de muhatabı 2004 ile 2014 arasında iki dönem üst üste Romanya Devlet Başkanı olarak görev yapmış olan Traian Băsescu olmuştur.

Hakkın Romanya'daki Uygulaması: Devlet Başkanı Basescu'ya Karşı Geri Çağırma Girişimleri

Devlet Başkanı Basescu'yu iki defa geri çağırma seçimine konu eden süreç şöyle gelişmiştir:

2007 yılı başlarında Romanya parlamentosundaki muhalefet partileri, devlet başkanı Basescu'yu anayasaya aykırı birtakım faaliyetlerde bulunmakla suçlar ve hakkında geri çağırma prosedürü başlatır.¹²¹ Suçlamalar, kendisini hükümetin, yargının ve parlamentonun yerine geçirecek biçiminde yetki tecavüzünde bulunmak; Romanya Anayasası'nda kendisine biçilmiş olan tarafsız uzlaştırıcı rolüne aykırı biçimde partizanca davranmak ve Demokratik Parti ile doğrudan ilişki içerisinde olmak; kamuoyunu parlamento ve hükümete karşı kışkırtmak, manipüle etmektir. Anayasa gereği öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin görüşü alınır. Mahkeme, Başkan'ın anayasayı ihlal ettiğine dair açık kanıtlar bulunmadığına hükmeder ama bu karar tavsiye niteliğinde olduğu için sürecin devam etmesini engellemez. 19 Nisan 2007'de parlamentoda yapılan birleşik toplantıda Basescu'nun görevden uzaklaştırılmasına karar verilir.¹²² Bu kararın ardından Anayasa gereği, 30 gün içerisinde Başkan'ın görevden alınıp alınmaması konusunda bir halkoylamasının yapılması gerekiyordu. 19 Mayıs'ta geri çağırma oylaması yapılır. Oylamada şu soru yer alır: "Romanya Devlet Başkanı Bay Traian Basescu'nun görevden alınmasını onaylıyor musunuz?"¹²³

Anayasa'da oylama sonucunun nasıl belirleneceğine dair bir kural yer almıyor olsa da, ilgili yasada¹²⁴, oylamaya katılım yüzde 50'den fazla olmak kaydıyla, geçerli oyların çoğunluğu görevden alma lehinde ise başkanın geri çağırılmış olacağı öngörülmüştür. Yapılan oylamada Basescu ezici bir çoğunluğun desteği ile görevde kalmayı başarır; oylamaya katılan seçmenlerin yaklaşık yüzde 75'i geri çağırma aleyhinde oy vermiştir.¹²⁵

¹²¹ "Romania's MPs Suspend President", BBC News, 19 Nisan 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6572003.stm> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹²² Eugen Tomiuc, "Romanian Parliament Suspends President", Radio Free Europe Radio Liberty, 19 Nisan 2007, <http://www.rferl.org/a/1075960.html> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹²³ Valentina Marinescu, "Direct Democracy in Romania after 1989: Particularities of the Formal-Legal and Practical Aspects", *Revista de Științe Politice*, No.50, 2016, s.71.

¹²⁴ 3/2000 sayılı Referandum Yasası md.10 ve md5/2.

¹²⁵ Sonuçlar için bkz. <http://www.electionguide.org/elections/id/116/> (Son Erişim

Bu deneyimin ardından benzer girişimleri önlemek amacı ile Basescu yanlısı parlamento çoğunluğu 2009'da referandum yasasında değişiklik yapar ve geri çağırma seçiminde görevden alma kararı çıkmasını oldukça zorlaştıran bir düzenleme getirir. Buna göre (md.10), geri çağırma oylamasında görevden alma kararı çıkabilmesi için ülkedeki kayıtlı seçmenlerin yüzde 50'sinden 1 fazlasının geri çağırma lehinde oy vermiş olması gerekecektir.¹²⁶

Basescu 2009'da yeniden Başkan olarak seçilir ancak ilerleyen dönemlerde, IMF ile yapılan borçlanma anlaşmalarını ve bunun gerektirdiği kemer sıkma politikalarını desteklediği için sahip olduğu halk desteğini hızla kaybeder.¹²⁷ 2012'de, göreve gelen siyasi rakibi Başbakan Victor Ponta, bu durumu fırsat bilip hiç vakit kaybetmeden Başkan'ın görevden alınmasına yönelik sürecin altyapısını hazırlamaya girişir.¹²⁸ Ve Basescu hakkında bir kez daha geri çağırma prosedürü başlatılır. Bu kez suçlamalar yetkilerini kötüye kullandığı, yasadışı telefon dinlemeleri yaptırdığı, ulusal istihbarat servisini siyasi rakiplerine karşı kullandığı ve ceza davalarında savcılara baskı yaptığıdır. Basescu bu girişimi, her iki meclisin başkanlarını ve ülkenin ombudsmanını görevden aldığı için eleştirilmekte olan Başbakan'ın kendisine karşı tezgâhladığı darbe olarak nitelendirir ve seçmenlere geri çağırma oylamasını boykot etme çağrısı yapar.¹²⁹

Bu süreçte hükümet, daha önce Basescu yanlısı parlamento çoğunluğunca 2009'da değiştirilmiş olan yasanın geri çağırma oylamasına ilişkin hükmünü değiştiren bir düzenlemenin kabul edilmesini sağlar. Buna göre yasanın 10. maddesi bir kez daha değiştirilir ve geri çağırma

Tarihi: 22.11.2018)

¹²⁶ Joshua Spivak, "Romania: Constitution Court Rules that Presidential Recall Must Have an Absolute Majority to be Valid", The Recall Elections Blog, 10 Temmuz 2012, <http://recallelections.blogspot.com.tr/2012/07/romania-constitution-court-rules-that.html> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹²⁷ "Traian Basescu: Romanian Impeachment Vote Ruled Invalid", *BBC News*, 21 Ağustos 2012, <http://www.bbc.com/news/world-europe-19332259> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹²⁸ Gordon Fairclough, "Romanian Court Raises Bar for Recalling President", *The Wall Street Journal*, 10 Temmuz 2012, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303343404577518901025495494> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹²⁹ Dan Bilefsky, "Romania President Survives Ouster Bid in Low-Turnout Vote", *The New York Times*, 30 Temmuz 2012, http://www.nytimes.com/2012/07/31/world/europe/traian-basescu-of-romania-survives-impeachment-vote.html?_r=1&hp (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

seçiminde kullanılan geçerli oyların çoğunluğunun geri çağırma lehinde olması halinde Başkanın görevden alınmış olacağı hükmü getirilir. Bu yasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi'nce denetlenmesi için başvuruda bulunulur.¹³⁰

Mahkeme 10 Temmuz 2012 tarih ve 731 sayılı kararında¹³¹, yasanın anayasaya uygun olduğuna hükmeder; ancak hükümetin ilgili yasa değişikliğini kısa bir süre sonra gerçekleştirecek olan Başkanın görevden alınması oylamasında uygulamak amacıyla yaptığına işaret ederek, görevden alma oylamasında iki şartın sağlanması gerekeceğinin altını çizer: Birincisi "geri çağırma oylamasının sonucunu belirlemede", yapılan yasa değişikliği çerçevesinde 10. madde hükmü uygulanacaktır. Yani oylamada geçerli oyların yarısından fazlası geri çağırma lehinde ise başkanın görevden alınması mümkün olacaktır. Ancak "oylamanın geçerli olabilmesi için" öncelikle sağlanması gereken bir şart vardır. Yasa'nın 5/2. maddesinde genel olarak tüm halkoylamalarının geçerli olabilmesi için karşılanması gereken bir şart yer alıyordu. Buna göre, bir oylamanın geçerli olabilmesi için, o oylamaya, kayıtlı seçmenlerin en az yüzde 50'sinden bir fazlasının katılım göstermiş olması gerekiyordu. Mahkeme yapılacak olan Başkanın geri çağırılması oylamasında bu maddenin de dikkate alınması gerektiğine vurgu yapar.

29 Temmuz 2012'de geri çağırma seçimi yapılır. Sonuç 2007'deki oylamanın tam tersi yöndedir. Seçmenlerin yaklaşık yüzde 88'i Başkanın görevden alınması yönünde oy kullanmıştır. Ancak oylamaya katılım yaklaşık yüzde 46 düzeyinde kalmıştır.¹³² Bir belirsizlik hali ortaya çıkar. Bir yanda hükümet, referandum sonucu başkanın görevden alınmış olduğunu ileri sürer, bir yandan ise Başkan ve taraftarları, AYM'nin kararında işaret ettiği md.5/2'nin de uygulanması gerektiği bu nedenle yüzde 50 katılım olmadığı için referandumun geçersiz olduğunu ifade ederler. Konu bir kez daha Anayasa Mahkemesi'nin

¹³⁰ Anayasanın 146. maddesine göre Devlet Başkanı, yasama meclislerinin başkanları, hükümet, belli sayıda yasama üyesi ve diğer bazı kamu otoriteleri yasaların anayasa uygunluğunun denetimini yasanın yayımlanmasından önce talep edebilirler. Bu yasa için, Demokratik Liberal Parti grubuna mensup 71 yasama üyesi, AYM'den böyle bir ön denetim talep edilmiştir.

¹³¹ Kararın İngilizce metni için bkz. <https://www.ccr.ro/files/products/D0731.pdf> (Son Erişim: 22.11.2018)

¹³² Resmi sonuçlar için bkz. <http://www.electionguide.org/elections/id/193/> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

önüne gelir. Anayasa Mahkemesi 21 Ağustos 2012’de kararını açıklar ve geri çağırma lehindeki oyların seçmenlerin yüzde 50’sine karşılık gelmediği gerekçesiyle, görevden almanın geçersiz olduğuna hükmeder ve Basescu bir kez daha koltuğunu korumuş olur.¹³³

H. İzlanda

Romanya’daki usule benzer bir dolaylı geri çağırma usulü İzlanda Anayasası’nda da yer almaktadır. Anayasa’nın 11. maddesine göre yasama organı (*Althingi*) üye tamsayısının dörtte üçünün oyu ile Devlet Başkanının görevden alınmasına yönelik bir halkoylaması yapılmasına karar verebilir. Bu karar Romanya’daki gibi açık biçimde “görevden uzaklaştırma kararı” olarak ifade edilmiyor olsa da, Anayasa, bu kararın alınmasından halkoylaması sonuçlanıncaya değin olan dönemde Başkanın yetkilerini kullanamayacağı hükmüne yer vermiştir.

İzlanda’daki usulü Romanya’dan ayıran en önemli fark, geri çağırma oylamasının sonuçları yönündendir. Yapılan oylamada, kullanılan oyların çoğunluğu görevden alma lehinde ise Başkan geri çağırılmış olur. Ancak eğer oylamada seçmenlerin çoğunluğu Başkan’ın görevde kalması yönünde oy verir ise, bu durumda, yasama organı derhal feshedilir ve yeniden seçim yapılır.

Sağlanması neredeyse imkânsız bir şart içeren, yasama organı üyelerinin dörtte üçünün oyunu gerektiren bu usul, tahmin edilebileceği üzere, şimdiye kadar hiç uygulanmamıştır.¹³⁴

I. Avusturya

Devlet Başkanının dolaylı geri çağırılması usulüne anayasal sistemi içerisinde yer veren bir diğer Avrupa ülkesi ise Avusturya’dır. Anayasa’nın 60. maddesinde düzenlenmiş olan usulü Avusturya anayasa koyucuları ‘referandum yoluyla impeachment’ biçiminde ifade etmiş olsa da, Romanya’yı incelerken vurguladığımız üzere, bu çalışmada esas alınan geri çağırma tanımı bakımından buradaki usul dolaylı geri çağırma değildir.

¹³³ Nikolaj Nielsen, “Romania Court Rules to Reinstate President Basescu”, EU Observer, 21 Ağustos 2012, <https://euobserver.com/justice/117292> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹³⁴ Qvortrup, s.83.

Avusturya yasama organı biri “ulusal konsey” diğeri “federal konsey” olarak adlandırılan iki meclisten oluşmaktadır. Bu iki meclisin birleşik oturumu “federal meclis”i oluşturur. Tıpkı Romanya gibi Avusturya’da da geri çağırma seçimine, iki meclisin birleşik oturumunda alınan karar ile gidilebilir. Bu amaçla önce Ulusal Konsey süreci başlatmaya yönelik kararı alır. Aranılan toplantı yetersayısı üye tamsayısının yarısı, karar yetersayısı ise üye tamsayısının üçte ikisidir. Karar alındıktan sonra, Federal Şansölye’nin (Başbakan) çağırısı ile Federal Meclis toplanır ve geri çağırma seçimine gidilip gidilmeyeceği konusunda karar verilir. Özel bir karar yetersayısı öngörülmemiştir.

Eğer ki geri çağırma oylamasında seçmenlerin çoğunluğu Başkan’ın görevde kalması yönünde oy verirse, Ulusal Konsey feshedilmiş olur ve seçimler yenilenir. İzlanda ile Avusturya arasındaki temel fark da buradadır. Tek meclisli bir yasamaya sahip İzlanda’da yasama organı tümünden feshedilmiş oluyorken Avusturya’da yalnızca doğrudan halk tarafından seçilen Ulusal Konsey feshedilmektedir. Çünkü Federal konsey üyeleri dolaylı olarak, eyalet (*province*) meclisleri üzerinden seçilmektedir.

Avusturya’da da Başkanın dolaylı geri çağırılması prosedürü şimdiye kadar hiç kullanılmamıştır.¹³⁵

Avusturya’da ayrıca belediye başkanlarının da geri çağırılabilmesi mümkündür ve bu da dolaylı geri çağırma olarak düzenlenmiştir. Belediye konseylerinin kararı üzerine belediye başkanlarının görevden alınıp alınmaması konusunda halkoylamasına gidilebilmektedir.¹³⁶

İ. Belarus

Avrupa’da geri çağırma hakkına siyasal sistemi içerisinde yer vermiş bir diğer ülke Belarus’tur. Belarus (Beyaz Rusya) Anayasası’nın 72. maddesi ülkenin yasama organı üyelerinin geri çağırılabilmesini öngörmüştür. İlgili seçim bölgesindeki seçmenlerin yüzde 20’sinin imzası ile geri çağırma seçimine gidilmesi talep edilebilmektedir. Hakkın kullanımına ilişkin usul 2000 tarih ve 370-Z sayılı Seçim Yasası’nda düzenlenmiştir. Buna göre, imzalar toplanıp denetimi yapıldıktan

¹³⁵ Qvortrup, s.83.

¹³⁶ Theo Schiller, “Local Direct Democracy in Europe – A Comparative Overview”, içinde: Theo Schiller (ed.), Local Direct Democracy in Europe, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, s.17.

sonra yeterli sayıda geçerli imza olduğu tespit edilirse, seçim kararı alınmaktadır. Yasa'nın 141. maddesine göre, geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için, ilgili seçim bölgesinde kayıtlı seçmenlerin yarısından fazlasının oylamaya katılmış olması gerekmektedir. Bu şart sağlanmak kaydıyla, seçimde kullanılan oyların yarısından fazlası geri çağırma lehinde olursa yasama üyesi görevinden alınmış olmaktadır.

Yapılan seçim ve referandumların özgür ve adil koşullarda gerçekleştirilmediği eleştirilerine sıkça konu olan¹³⁷ olan Belarus'ta geri çağırma hakkı, en azından şimdilik, kâğıt üzerinde bir hak olmaktan öte bir anlam ifade ediyor görünmemektedir.

J. İngiltere

Çalışmanın başında yer verilen temsil olgusuna ilişkin iki temel görüşten "bağımsızlık görüşü" (temsili vekâlet ilkesi) ile uyumlu yönetim biçiminin akla ilk gelen örneği çok uzun yıllar boyunca hep İngiltere olmuştur. Halkın siyasal katılımına göre demokratik sistemlerin klasik sınıflandırılmasında saf temsili demokrasiye en yakın örnek olarak gösterilen İngiltere için bugün artık aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Saf temsili demokrasinin günümüzde bir örneğinin bulunmadığının, belki de en şüpheye yer bırakmayan kanıtı, artık İngiltere'de de doğrudan demokrasi araçlarının benimsenmeye başlamış olmasıdır.

İngiltere'de bu anlamdaki ilk önemli gelişme ulusal ve yerel düzeyde önemli konularda referandumlar aracılığıyla siyasal kararların alınmaya başlanmasıdır. Özellikle 1970'lerden itibaren birçok konuda halkın görüşüne başvurulmuş ve birçok önemli karar bu şekilde alınmıştır.¹³⁸ En son 23 Haziran 2016'da yapılan AB'den ayrılma referandumu İngiltere'nin en önemli doğrudan demokrasi deneyimi olarak nitelendirilebilir.

¹³⁷ Belarus demokrasisi ve seçimlerine ilişkin bir eleştiri yazısı için bkz. Mark Rice-Oxley, "Belarus: 20 Years Under Dictatorship and A Revolution Behind the Rest of Europe", The Guardian, 9 Haziran 2014, <https://www.theguardian.com/world/2014/jun/09/-sp-belarus-remains-revolution-behind> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. House of Lords Select Committee on the Constitution, 12th Report of Session 2009-10, "Referendums in the United Kingdom", <https://publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

İngiltere'nin doğrudan demokrasi araçları ile yakın temasını taçlandıran gelişme ise, 2015 yılında yapılan bir yasa ile geri çağırma hakkının İngiliz siyasal sisteminin bir parçası haline getirilmesidir. Geri çağırma hakkının İngiliz sistemine girişine yol açan neden, seçmenlerin skandallara adı karışan, yozlaşmış temsilcilerinden duydukları rahatsızlıktır. Özellikle 2009 yılında bazı parlamento üyelerinin yaptıkları harcamalarla ilgili bir skandalın ortaya çıkmasının ardından toplumun birçok farklı kesimi geri çağırma usulünün getirilmesi talebini dile getirmiştir. Ülkenin üç büyük siyasi partisi geri çağırma hakkını destekleyen açıklamalar yapmış, geri çağırma hakkını seçim vaatleri arasına koymuştur.¹³⁹ Farklı sivil toplum oluşumları, demokratik kitle örgütleri de geri çağırma talebi için kampanyalar örgütlemiştir.¹⁴⁰

2010 yılında yapılan genel seçimlerin ardından Liberal Demokratlar ile Muhafazakârlar tarafından kurulan koalisyon hükümeti, koalisyon anlaşmasına, geri çağırma hakkını getiren bir yasa teklifi sunacakları maddesini de eklemiştir.¹⁴¹ Yapılan çalışmalar ve yürütülen tartışmalar neticesinde, 26 Mart 2015 tarihinde, *House of Commons*¹⁴² üyelerinin geri çağırılabilmesine imkân tanıyan "Recall of MPs Act 2015" başlıklı yasa parlamentoda kabul edilmiştir.¹⁴³

Bu yasa oldukça sınırlı bir geri çağırma hakkı öngörmektedir. Öncelikle, sürecin başlatılmasında seçmenlerin hiçbir inisiyatifi bulunmamaktadır. Bu bakımdan İngiltere'de "dolaylı geri çağırma" türü mevcuttur diyebiliriz. Bununla birlikte, diğer dolaylı geri çağırma örneklerinden farklı olarak İngiltere'de sürecin başlatılmasında bir başka kamu organına ya da kamu görevlisine de inisiyatif tanınmamıştır. Süreç, yasada öngörülen şartlar oluştuğunda "otomatik olarak" başlamaktadır.

¹³⁹ Richard Kelly, Charley Coleman ve Neil Johnston, "Recall Elections", İngiltere Parlamentosuna sunulan 12 Eylül 2014 tarihli rapor, s.3, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05089#fullreport> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹⁴⁰ Örneğin 600'ün üzerinde öğrenci sendikasını temsil eden Ulusal Öğrenciler Birliği (National Union of Students) ve iki milyona yakın üyesi olduğu ifade edilen 38 Degrees isimli aktivist grup geri çağırma hakkı için kampanya örgütleyen oluşumlar içerisinde yer almıştır. Bkz. <https://www.nus.org.uk/en/news/nus-launches-right-to-recall-campaign/> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

¹⁴¹ Kelly/Coleman/Johnston, s.12.

¹⁴² Çift meclisli İngiliz parlamentosunun alt meclisi.

¹⁴³ Bkz. <http://services.parliament.uk/bills/2014-15/recallofmps.html> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

İngiltere'deki dolaylı geri çağırma hakkının kullanım usulü de seçmen iradesini oldukça sınırlandıran bir şekilde düzenlenmiştir. Geri çağırma çok istisnai bazı koşullar gerçekleştiğinde gündeme gelen bir usul olarak öngörülmüştür. Yasa'nın 1. maddesine göre, bir *House of Commons* üyesinin geri çağırılabilmesi için şu üç şarttan birinin gerçekleşmiş olması gerekir:

a) *Commons* üyesi seçildikten sonra, bir suçtan hüküm giymiş ve hapis cezasına çarptırılmış ve temyiz süreci sonunda bu hüküm kesinleşmiş olmalıdır.

b) *Commons* üyesi ödeneklere ilişkin yanıtıcı beyanda bulunmaya yönelik suçları düzenleyen "*Parliamentary Standards Act 2009*" yasasının 10.maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm edilmiş ve bu karar kesinleşmiş olmalıdır.

c) *Committee on Standards* isimli meclis komisyonunca *Commons* üyesi hakkında hazırlanmış bir raporun üzerine meclis, bu üyenin belli bir süreyle¹⁴⁴ görevden uzaklaştırılmasına karar vermiş olmalıdır.

Bu şartlardan biri gerçekleştiğinde ve bir parlamento genel seçiminin yapılmasına 6 aydan az bir zaman kalmamış olmak şartıyla (md.5/2), *House of Commons* Sözcüsü (meclis başkanı), durumu derhal meclis üyesinin seçildiği seçim bölgesinin, geri çağırmaya ilişkin işlemleri yürütmekle yetkili seçim görevlisine bildirmek zorundadır (Md.5/1). Seçim görevlisi yasada belirlenmiş olan formata göre bir geri çağırma dilekçesi hazırlar, seçmenlerin dilekçeye imza atabileceği yerleri ve imza atılabilecek tarihleri belirler ve ilan eder (Md.7/1).

Yasa'ya göre (Md.9/4) geri çağırma dilekçesinde şu metin yer alır:

"Aşağıdaki kutuyu imzalamak suretiyle, (seçim bölgesi)'nin parlamento üyesi (üyenin ismi)'nin *House of Commons*'daki koltuğunu kaybetmesi ve o seçim bölgesinin parlamento üyesinin kim olacağına karar vermek üzere bir ara seçim yapılması amacına yönelik bir dilekçeye imza atıyorsunuz. Parlamento üyesinin koltuğunu kaybetmesi bu ara seçimde aday olmasına engel teşkil etmez.

Eğer ilgili seçim bölgesinin oy kullanma yeterliğine sahip seçmenlerinin en az yüzde 10'u dilekçeyi imzalarsa, parlamento üyesi

¹⁴⁴ En az 10 birleşim günü veya 14 takvim günü.

House of Commons'taki koltuğunu kaybedecek ve o seçim bölgesinde bir ara seçim gerçekleştirilecektir. Eğer ilgili seçim bölgesinin oy kullanma yeterliğine seçmenlerinin yüzde 10'unundan azı dilekçeyi imzalarsa, parlamento üyesi dilekçe nedeniyle House of Commons'taki koltuğunu kaybetmeyecek ve bu yüzden bir ara seçim yapılmayacaktır."

Seçmenlerin geri çağırma dilekçesine imza atmaları için 6 haftalık bir süreleri bulunmaktadır (Md.9/2). İmzalar belirlenmiş merkezlerde bizzat atılabildiği gibi, vekil aracılığıyla yahut posta yoluyla da atılabilmektedir (Md.11/1).

İmza aşaması tamamlandıktan sonra, dilekçenin, ilgili seçim bölgesinin oy kullanma yeterliğine sahip kayıtlı seçmenlerinin en az yüzde 10'u tarafından imzalanıp imzalanmadığı denetlenmektedir. (md.14) Eğer yeterli sayıda geçerli imza var ise, parlamento üyesi görevden alınmış, koltuğu boşalmış olmaktadır. (md.15) Yasa ayrı bir geri çağırma seçiminden söz etmemektedir. Onun yerine, boşalan yerin yapılacak bir "ara seçim" ile doldurulacağı ifade edilmiştir (md.1/2b ve md.9/4). Dahası, görevden alınan parlamento üyesinin bu ara seçimde aday olmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır (md.1/11).

Ancak henüz imza atma işlemi devam ederken, ilgili parlamento koltuğu herhangi bir nedenle (ölüm, istifa vb.) boşalırsa veya *Commons* Sözcüsünün ilgili seçim görevlisine geri çağırma sürecini gerektiren şartlardan birinin oluştuğu bildiriminde bulunmasından itibaren 6 ay içerisinde yapılmak üzere bir genel seçim kararı alınır ise, geri çağırma süreci sona ermektedir. (md.13)

Görüldüğü gibi İngiltere mevzuatı, geri çağırmayı, birtakım suçlardan mahkûm olmak yahut parlamento kararı ile görevden uzaklaştırılmış olmak hallerinde işletilen oldukça sınırlı uygulama alanına sahip bir hak olarak öngörmüştür. Geri çağırma nedenleri seçmene, siyasal sebeplerle geri çağırma yoluna gidebilme şansını hiçbir biçimde tanımayan düzeyde dar ve sınırlayıcı bir şekilde belirlenmiştir. Hatta hakkın işletilmesi büyük ölçüde bir yargı kararı ile mahkûmiyete bağlı olduğu için, (her ne kadar sürece mahkemeler bizzat dâhil olmuyor olsa da) İngiltere'deki usul, yarı-siyasal değil yarı-yargısal bir usul olarak nitelendirilebilir.

Geri çağırma hakkının en yeni uygulayıcısı olan İngiltere’de, yasanın yürürlükte olduğu yaklaşık iki yıllık süreçte, hakkın işletilmesini tetikleyecek bir durum henüz gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, hakkın pratiğini ilerleyen yıllarda değerlendirmek mümkün olacaktır. Ancak öngörülen sınırlayıcı şartlar düşünülduğünde uygulanabilirliğinin oldukça tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir.

V. DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Geri çağırma hakkının Avrupa ülkelerindeki görünümünü, siyasi yaşam üzerindeki etki ve sonuçlarını değerlendirebilmek için öncelikle hakkın amaç ve işlevlerini hatırlamak gerekir. Geri çağırma hakkının iki yanlı bir işlevi vardır:

Bir yanda önleyici işlevi vardır. Yani yalnızca bir tehdit olarak varlığı ile kamu görevlilerini yolsuzluk ve usulsüzlüklerden uzak durmaya, seçmenlerin talep ve beklentilerine duyarlı olmaya teşvik eder.

Diğer yanda ise düzeltici işlevi vardır. Yolsuzluk ve usulsüzlükler yapan, halkın çıkarları yerine kendi çıkarlarını yahut belli bir takım çevrelerin çıkarlarını gözeten kamu görevlilerini, seçmenlerin, bir sonraki seçimi beklemeden görevden alabilmesine imkân tanır. Temsili demokrasinin, seçmenleri, yozlaşmış temsilcilere yıllarca katlanmak zorunda bırakan “kusurlu” yönlerini düzeltmeye yardımcı olur. Dahası ne taleplerinin, ne beklentilerinin, ne söylediklerinin ne de verdiği oyun siyasal sistem üzerinde bir etkisinin, öneminin olmadığını düşünen; siyasal alana ilgisini ve güvenini yitirmiş seçmenlerin eline verilmiş etkili bir silah olması bağlamında, seçmenin hem siyasal sisteme hem de kendisine olan güvenini kazanmasına yardımcı olur.

Ancak yukarıda yapılan inceleme gösteriyor ki, hakkın sadece varlığı, ya da başka bir ifadeyle “kâğıt üzerinde varlığı” bu sonuçları üretmek için yeterli değildir. Hakkın hangi türünün tercih edildiği, geri çağırma hakkının nasıl nitelendirildiği ve nasıl bir geri çağırma usulünün benimsendiği gibi konular hakkın etkinliği ve işlevselliği bakımından temel belirleyiciler durumundadır.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Bu bağlamda, (pek çok eksiği ve tartışmalı yönü ile birlikte) hakkın öngörülen işlevlerini yerine getirebilmek ve seçmenlerin elinde etkili ve erişilebilir bir mekanizma olmak bakımından en ideala yakın uygulamasının ABD örneğinde olduğunu belirtmek gerekir. Bu bakımdan, Avrupa ülkelerinde geri çağırma hakkının

Geri çağırma hakkına ilişkin yapılan çalışmalardan ürettiğimiz sonuçlar doğrultusunda diyebiliriz ki; geri çağırma hakkının amaç ve işlevlerine uygun, etkin bir hak olarak bir ülkede var olabilmesi için şu üç şartın sağlanmış olması gerekir:

1) Geri çağırma hakkının kapsamı, hakkın, siyasal sistemin işleyişinde etkin bir rol üstlenmesine imkân tanıyacak genişlikte belirlenmelidir.

2) Dolaylı ve/veya yalnızca kolektif geri çağırma türlerine izin veren sistemler yerine bireysel ve doğrudan geri çağırma usulleri tercih edilmek suretiyle, seçmenlerin geri çağırma hakkını etkili bir biçimde kullanmasına imkân tanınmalıdır.

3) Geri çağırma hakkının kullanım usulüne ilişkin mevzuat, hakkın kullanımını önemli ölçüde zorlaştıran ya da kullanımını imkânsız kılan şartlar içerecek nitelikte (sağlanması güç imza oranları, seçimde aranan yüksek katılım şartları vb.) olmamalıdır. Aksine seçmenler hakka kolaylıkla erişebilmeli ve başarılı biçimde geri çağırma usulünü işletebilmelidir. Elbette bu hiçbir sınırlamanın öngörülmeceği anlamına gelmez. Hakkın yersiz kullanımlarını ve istismarını önleyecek imza oranları, hakkın kullanımına zaman bakımından getirilmiş sınırlamalar gibi makul düzeyde öngörülmüş sınırlar siyasal sistemin istikrarı bakımından önem arz eder.

Tüm bunları göz önünde bulundurarak Avrupa ülkelerine baktığımızda denilebilir ki, Avrupa'da geri çağırma hakkı, ne düzenlenme biçimi itibarıyla ne de pratiği bakımından, amaç ve işlevlerini karşılayan bir görünüm arz etmektedir.

Bu durumun çeşitli nedenlerinden söz edilebilir:

Birincisi, hakkın muhatabı olan kamu görevlileri bağlamında hakkın kapsamı Avrupa ülkelerinde çok dar belirlenmiştir. Geri çağırma hakkını ülkedeki her düzeyden seçimle göreve gelen tüm kamu görevlilerine karşı uygulanabilir bir hak olarak benimsemiş tek bir Avrupa ülkesi dahi yoktur. Hakkın kapsamını en geniş biçimde belirleyen ülke

görünümünü daha iyi bir biçimde algılayabilmek için muhakkak ABD örneğine de ayrıca bakmak gerekir. Bu doğrultuda ABD'de geri çağırma hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi edinmek için bkz. Gonca Erol, Amerika Birleşik Devletlerinde Geri Çağırma Hakkı: Kavram, Tarihçe ve Uygulama, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.

Polonya'dır. Nitekim buna paralel olarak Polonya, hakkı en aktif biçimde kullanan Avrupa ülkesidir. Polonya'da ulusal düzeyde yasama ve yürütme üyeleri geri çağrılmıyor olsa da yerel düzeyde tüm görevliler (yani belediye başkanları ve belediye meclis üyeleri) geri çağırma hakkının kapsamındadır. Oysa Almanya eyaletlerinde, Avusturya'da, Hırvatistan'da ve Slovakya'da sadece belediye başkanları; bir-iki istisna dışında İsviçre kantonlarında, Leichteinstein'da, Belarus'ta ve İngiltere'de yalnızca yasama organları ve Romanya ve İzlanda'da ise sadece devlet başkanları geri çağrılabilir.

Seçimle göreve gelen birçok görevlinin hakkın kapsamı dışında bırakıldığı Avrupa ülkelerinde, geri çağırmanın siyasal sistemin işleyişindeki etkisi ve işlevselliği daha baştan sınırlandırılmış olmaktadır.

Bazı ülkelerde hakkın etkinliğini azaltan bir diğer neden ise, dolaylı geri çağırma türünün tercih edilmiş olmasıdır. Almanya'nın çoğu kantonunda, Romanya'da, İzlanda'da, Avusturya'da ve İngiltere'de yalnızca dolaylı geri çağırma vardır. Oysa dolaylı geri çağırmada sürecin başlatılması genellikle bir devlet organının kararına bağlı kılınmış olduğundan, geri çağırmanın, seçmenlerin temsilcilerini doğrudan ve sürekli denetlemesine imkân tanıyan bir araç olarak işlev görebilmesi kısıtlanmış olmaktadır. Örneğin bir mecliste çoğunluğa sahip olan partinin bir milletvekilinin yaptığı bir yolsuzluk yahut sebep olduğu bir memnuniyetsizlik nedeniyle geri çağırılması bu sistemlerde çoğu zaman mümkün olmaz. Çünkü çoğu durumda, mecliste geri çağırma sürecini başlatacak çoğunluk sağlanamayacaktır. Yalnızca çoğunluk partisinin kendi milletvekilini geri çağırmayı kabul ettiği durumlarda araç kullanılabilir olacaktır ki, bu da pek rastlanır bir şey değildir. Nitekim dolaylı geri çağırmayı benimsemiş olan ülkelerden İzlanda, Avusturya ve İngiltere'de şimdiye değin tek bir geri çağırma dahi gerçekleşmemiştir.

Üçüncüsü, yapılan inceleme gösteriyor ki, geri çağırma hakkının düzenleniş biçimi (ya da başka bir ifadeyle usulü) hakkın pratikteki etkinliğini ve işlevselliğini belirleyen en temel husustur. Benimsenen usul, seçmenlerin hakka erişimini makul düzeylerde sağlamıyorsa, hakkın etkili biçimde ve başarıyla kullanılabilmesini mümkün kılan bir usul değil ise, hakkın kâğıt üzerindeki varlığı pratikte bir anlam ifade etmemektedir. Geri çağırma hakkına siyasal sistemi içerisinde yer

veren yukarıda incelediğimiz ülkelerin önemli bir bölümünde, benimsemiş olan usuller, seçmenlerin hakka erişimini ciddi biçimde zorlaştırmakta, hakkın etkili ve işlevsel bir araç olmasını engellemektedir.

Hakkı etkisiz ve işlevsiz kılan bu usuli engelleri şu şekilde sınıflandırabiliriz:

a. Doğrudan geri çağırma gerisi çağırma seçimine gidilebilmesi için gerekli olan imza sayısının, dolaylı gerisi çağırma gerisi çağırma sürecini başlatma yetkisine sahip organ için aranan karar yetersayısının çok yüksek belirlenmiş olması hakkı kullanılamaz hale getirebilmektedir. Avrupa özelinde bu sorun dolaylı gerisi çağırma bakımından ciddi boyutlardadır. Örneğin dolaylı gerisi çağırma usulünü benimsemiş olan İzlanda'da devlet başkanının gerisi çağırılmasına yönelik bir halkoylamasına gidebilmek için ülkenin yasama organının üyelerinin dörtte üçünün oyu aranmaktadır. Avusturya'da gerisi bu oran yasama organı üyelerinin üçte ikisidir. Açık ki bu oranlar, gerisi çağırma hakkının kullanımını büyük ölçüde engellemektedir. Nitekim bu ülkelerde, şimdiye değin, bir devlet başkanına karşı gerisi çağırma seçimine gidilebilmiş değildir. Almanya eyaletlerinde belediye meclislerinin belediye başkanı hakkında gerisi çağırma seçimine gidilmesi kararı alabilmesi için gerekli olan çoğunluk bir eyalette salt çoğunluk, sekiz tanesinde 2/3 ve iki tanesinde gerisi 3/4 çoğunluktur. Bu 11 eyaletten 7'sinde "doğrudan" gerisi çağırma hakkının hiç bulunmadığı düşünüldüğünde Almanya'nın çoğu eyaletinde gerisi çağırma hakkının etkinliği belediye meclislerinde öngörülmüş olan nitelikli çoğunlukların sağlanmasına bağlıdır denilebilir.

b. Hakkın kullanımını sınırlayan usuli düzenlemelerden birisi gerisi, hakkın yarı-yargısal bir usul olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu anlamda en bariz örnek İngiltere'dir. Yalnızca kesin hüküm giymiş olma veya parlamento kararı ile belli bir süreyle görevden uzaklaştırılmış olma hallerinde otomatik olarak başlayan gerisi çağırma sürecinin böylesi sınırlayıcı şartlara bağlanmış olması gösteriyor ki, İngiltere'de gerisi çağırma uygulaması öyle kolay görülebilir bir şey olmayacaktır.

c. Gerisi çağırma hakkının etkili bir hak olarak işletilebilmesinin önündeki bir diğer engel gerisi, gerisi çağırma seçiminde görevden alma kararının çıkmasını büyük ölçüde zorlaştıran usuli düzenlemelere yer verilmesidir. Bunun en tipik biçimi, gerisi çağırma oylamasında katılım barajı öngörmektir.

Geri çağırma hakkının uygulandığı ülkelerin büyük bir bölümünde geri çağırma girişimi bir kez seçim aşamasına ulaştı mı, geri çağırma seçiminin görevden alma ile sonuçlanması için oylamaya katılanların çoğunluğunun geri çağırma lehinde oy vermesi yeterlidir. Oysa bazı Avrupa ülkelerinde bu yeterli değildir; oylamanın geçerli olabilmesinin ayrıca belli sayıda seçmenin geri çağırma oylamasına katılmış olması gerekir. Çok düşük katılımlı geri çağırma seçimlerinde, az sayıda seçmenin oyuyla kamu görevlilerinin görevden alınmasını önlemeye yönelik bir tedbir olarak düşünülebilecek bu kural, sağlanması şart koşulan katılım oranı çok yüksek belirlendiğinde, hakkı kullanılamaz hale getiren bir engele dönüşebilmektedir.

Örneğin Slovakya'da bir geri çağırma oylamasının geçerli olabilmesi için, ilgili seçim bölgesinde kayıtlı seçmenlerin yüzde 50'sinin oylamaya katılmış olması gereklidir. Oysa Slovakya'da olağan seçimlerde seçmen katılım oranı yüzde 25-35 civarlarındadır¹⁴⁶. Olağan katılım düzeyi bu iken geri çağırma seçiminde bunun neredeyse iki katı katılımı zorunlu kılmak, hakkı kullanılamaz hale getirmek anlamına gelmektedir. Belarus'ta da yüzde 50 katılım barajı bulunmaktadır. Almanya eyaletlerinde aranan katılım şartı ise biraz daha makuldür. Genellikle yüzde 25-35 aralığındadır. Hırvatistan'da ise kayıtlı seçmenlerin 1/3'ü olarak belirlenmiştir.

Seçimde yüksek katılım barajının öngörülmüş olması, hakkın başarılı biçimde kullanım oranını makul görülemeyecek düzeyde etkilemektedir. Örneğin hakkın Avrupa'da en sık kullanıldığı ülke olan Polonya'da da katılım barajı vardır. Buna göre, geri çağırma seçiminin geçerli olabilmesi için, seçime, hedefteki görevlinin seçildiği seçime katılmış olan seçmenlerin en az 3/5'ine eşit sayıda seçmenin katılım göstermiş olması gerekmektedir. Günümüzde hakkın ideale en yakın kullanımına sahip ülke olan ve seçimde katılım şartının neredeyse hiçbir eyaletinde yahut yerel yönetiminde bulunmadığı ABD ile Polonya'yı karşılaştırsak, katılım barajının hakkın etkililiği üzerindeki etkisi çarpıcı bir biçimde ortaya çıkar: ABD'de seçim aşamasına ulaşan geri çağırma girişimlerinde başarı oranı yüzde 50'nin üzerinde iken, Polonya'da bu oran yaklaşık yüzde 12'de kalmaktadır.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Láštic, s.240-242.

¹⁴⁷ Polonya'da geri çağırma seçimlerine ilişkin rakamlar için bkz. Bednarz, s.52.

Olağan seçimlerde, seçmen katılım ortalamasının yüzde 60 ve üzerinde olduğu ülkelerde yüzde 50 katılım şartı başarıyı zorlaştıran ancak görece makul kabul edilebilecek bir usuli sınırlama olarak düşünülebilir. Ancak olağan seçimlerde katılım oranının yüzde 50 ve altında kaldığı yerlerde bu şart açık biçimde, geri çağırma girişimlerinin başarısızlıkla sonuçlanmasına sebep olan bir engel haline gelmektedir. Çünkü katılım barajının olduğu yerlerde, hedefteki görevlilerin geri çağırma girişimi karşısındaki taktikleri, kendi taraftarlarını seçime katılmamaya çağırmak olmaktadır. Dolayısıyla, bu taktik karşısında bir geri çağırma seçiminin başarıya ulaşabilmesi için, seçime, olağan seçimlerde oy vermeyen seçmenlerin de katılmasını sağlamak gerekir. Oysa bu hiç de kolay bir iş değildir. Zira seçimlerde katılımın düşük olması, özellikle Batı demokrasilerinin uzunca bir dönemdir çözümlenemediği temel sorunlardan birisini teşkil etmektedir.¹⁴⁸

Tüm bu değerlendirmeler ışığında denilebilir ki, birkaç istisna dışında Avrupa'da geri çağırma hakkı, maalesef "kâğıt üzerinde" bir hak görünümündedir. Çoğu ülkede kullanımı yok denecek kadar azdır; kullanılabilirdiği yerlerde ise siyasal sistem üzerindeki etkisi oldukça sınırlıdır.

Kaynakça

- Adrian Charles R., *State and Local Government*, 2.Bası, New York: McGraw Hill Book Company, 1967.
- Aktan Coşkun Can, "21. Yüzyıl ve Anayasal Demokrasi", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı:29, Eylül-Ekim 1999.
- Altman David, *Direct Democracy Worldwide*, New York: Cambridge University Press, 2011.
- Bacon Edwin M. ve Morrill Wyman, *Direct Elections and Law-Making by Popular Vote*, Boston ve New York: Houghton Mifflin Company, 1912.
- Bednarz Hanna, "The Development of Direct Democracy Mechanisms in Poland", *Centre for Research on Direct Democracy - C2D Working Paper Series*, 44/2013.
- Bernátová Magdaléna. Peter Kuklis, Ludmila Malíková, Ivan Roncák ve Anna Vanová, "Public Perception of Local Government in Slovakia", İçinde: Pawel Swianiewicz (ed.), *Public Perception of Local Governments*, 2.bası, Budapest:

¹⁴⁸ Dünya genelinde seçmen katılımına ilişkin ayrıntılı bir çalışma olarak bkz. Abdu-rashid Solijonov, *Voter Turnout Trends Around the World*, Stockholm: International Idea, 2015, <https://www.idea.int/publications/catalogue/voter-turnout-trends-around-world> (Son Erişim Tarihi: 22.11.2018)

- Local Government and Public Service Reform Initiative, Open Society Institute, 2003, ss.223-276.
- Best Kevin J., "Maryland Municipal Recall Elections: Direct Democracy or Political Guerilla Tactics?", *Municipal Maryland*, Aralık 2003, ss.4-9.
- Bird Frederick L. ve Frances M. Ryan, *The Recall of Public Officers: A Study of the Operation of the Recall in California*, New York: The MacMillan Company, 1930.
- Bourne Jonathan Jr., "Functions of the Initiative, Referendum and Recall", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.43, Eylül 1912, ss.3-16.
- Bowler Shaun, "Recall and Representation Arnold Schwarzenegger Meets Edmund Burke", *Representation*, Vol.40, No.3, 2004, ss.200-212.
- Braun Nadja, "Direct Democracy in Switzerland", *İçinde: The International IDEA Handbook, Direct Democracy*, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, ss.26-33.
- Cronin Thomas E., *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.
- Dalton Russell J. Wilhelm Bürklin ve Andrew Drummond, "Public Opinion and Direct Democracy", *Journal of Democracy*, Vol.12, No.4, Ekim 2001, ss.141-153.
- Erol Gonca, *Amerika Birleşik Devletlerinde Geri Çağırma Hakkı: Kavram, Tarihçe ve Uygulama, On İki Levha Yay.*, İstanbul, 2017.
- Feiock Richard C. ve Seung-Bum Yang, "Factors Affecting Constitutional Choice: The Case of the Recall in Municipal Charters", *State and Local Government Review*, Vol.37, No.1, 2005, ss.40-48.
- Fordham Jefferson B., "The Utah Recall Proposal", *Utah Law Review*, No.1, 1976, ss.29-37.
- Fox Justin ve Kenneth W. Shotts, "Delegates or Trustees? A Theory of Political Accountability", *The Journal of Politics*, Vol.71, Issue 4, Ekim 2009, ss.1125-1237.
- Garber Otis, "The Use of the Recall in American Cities", *National Municipal Review*, Vol.15, Mayıs 1926, ss.259-261.
- Gardasevic Djordje, "Constitutional Interpretations of Direct Democracy in Croatia", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol.7, 2015, ss.1-50.
- Geissel Brigitte ve Stefan Jung, "Recall in Germany - The Puzzle of Its Use", 24th World Congress of Political Science, International Political Science Association, July 23-28, 2016, Polonya'da sunulan bildiri.
- Gilbertson H. S., "Popular Control Under the Recall", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.38, No.3, Commission Government in American Cities, Kasım 1911, ss.163-168.
- Greene Lee S., "Direct Legislation in the German Länder 1919-32", *American Political Science Review*, Vol.27, Issue 3, Haziran 1933, ss.445-454.
- Gündüzöz İlker, "Geri Çağırma Mekanizması ve Mahalli İdareler", *Türk İdare Dergisi*, Sayı:468, Eylül 2010, ss.49-61.
- Hall Arnold Bennett, *Popular Government: An Inquiry into the Nature and Methods of Representative Governments*, New York: The MacMillan Company, 1923.

- Hoar Roger Sherman, "Advantages of the Recall", İçinde: Julia E. Johnsen, Selected Articles on the Recall, Mineapolis: The H. W. Wilson Company, 1911, ss.22-23.
- International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Direct Democracy: The International IDEA Handbook, Stockholm: International IDEA, 2008.
- Jones Frank D., "Geri Çağırma Aleyhinde Görüş", İçinde: The Recall (Excluding Judges): A Debate, Chicago: The Delta Sigma Rho, 1912, ss.19-22.
- Kalaycıoğlu Ersin, "Türkiye'de Halkoylamaları: Katılma mı, Yürütme Vesayeti mi?", İçinde: İlker Gökhan Şen (Haz.), Demokrasi ve Siyasi Katılım, (Uluslararası Konferans 23-24 Haziran 2012), İstanbul: Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2013.
- Kaufmann Bruno, Rolf Büchi ve Nadja Braun, The Guidebook to Direct Democracy in Switzerland and Beyond, Bern: Initiative and Referendum Institute Europe, 2010.
- Kersting Norbert, "Local Political Participation in Europe: Elections and Referendums", İçinde: Ivan Koprić, Vedran Đulabić ve Romea Manojlović (ed.), *Croatian and Comparative Public Administration: A Journal for Theory and Practice of Public Administration*, Zagreb: Institute of Public Administration, 2015, ss.319-332.
- Kesler Charles R., "The Founders' Views of Direct Democracy and Representation", İçinde: Elliott Abrams (ed), Democracy: How Direct? – Views from Founding Era and the Polling Era, Oxford: Rowman&Littlefield Publishers, Inc., 2002, ss.1-18.
- Koprić Ivan ve Mirko Klarić, "New Developments in Local Democracy in Croatia", İçinde: Ivan Koprić, Vedran Đulabić ve Romea Manojlović (ed.), *Croatian and Comparative Public Administration: A Journal for Theory and Practice of Public Administration*, Zagreb: Institute of Public Administration, 2015, ss.389-412.
- Koprić Ivan, Romea Manojlović ve Petra Đurman, "Local Democracy Development in Croatia – From Experimental Self-Management to Weak Local Democracy", ECPR General Conference, Charles University in Prague, Prague, 7-10 Eylül 2016'da sunulan Bildiri.
- Láštík Erik, "Slovakia – Restricted Direct Democracy in Local Politics", İçinde: Theo Schiller (ed.), Local Direct Democracy in Europe, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, ss.237-244.
- Lijphart Arend, Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Çev: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Lupia Arthur ve John G. Matsusaka, "Direct Democracy: New Approches to Old Questions", *Annual Review Political Science*, Vol.7, 2004, ss.463-482.
- Marinescu Valentina, "Direct Democracy in Romania after 1989: Particularities of the Formal-Legal and Practical Aspects", *Revista de Ştiinţe Politice*, No.50, 2016, ss.66-76.
- Maskell Jack, "Recall of Legislators and the Removal of Members of Congress from Office", Congressional Research Service CRS Report for Congress, 5 Ocak 2012.
- Oberholtzer Ellis Paxson, The Referendum in America – Together with Some Chapters on the Initiative and the Recall, New York: Charles Scribner's Sons, 1912.

- Pack Timothy, "High Crimes and Misdemeanors: Removing Public Officials From Office in Utah and the Case For Recall", *Utah Law Review*, No.2, 2008, ss.665-696.
- Piasecki Andrzej K., "Twenty Years of Polish Direct Democracy at the Local Level", İçinde: Theo Schiller (ed.), *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, ss.126-137.
- Pitkin Hanna Fenichel, *Temsil Kavramı, ev: Seda Erko, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları*, 2014.
- Price Charles M., "Recalls at the Local Level: Dimensions and Implications", *National Civic Review*, Vol.72, Nisan 1983, ss.199-206.
- Rappard William E., "The Initiative, Referendum and Recall in Switzerland", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.43, Eylül 1912, ss.110-145.
- Qvortrup Matt, *Direct Democracy: A Comparative Study of the Theory and Practice of Government by the People*, 2.bası, Manchester and New York: Manchester University Press, 2005.
- Robinson J. W., "Geri ağırma Aleyhinde Grş", İçinde: *The Recall (Excluding Judges): A Debate*, Chicago: The Delta Sigma Rho University of Chicago Chapter, 1912, ss.6-10.
- Schiller Theo, "Local Direct Democracy in Europe – A Comparative Overview", İçinde: Theo Schiller (ed.), *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, ss.9-29.
- Schiller Theo, "Local Direct Democracy in Germany – Varieties in a Federal State", İçinde: Theo Schiller (ed.), *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, ss.54-74.
- Scott Charles F., "Representative Government", İçinde: Julia E. Johnsen, *Selected Articles on the Recall*, Mineapolis: The H. W. Wilson Company, 1911, ss.27-29.
- Serdült Uwe, "The History of a Dormant Institution: Legal Norms and the Practice of Recall in Switzerland", *Representation*, Vol.51, Sayı:2, 2015, ss.161-172.
- Serdült Uwe ve Yanina Welp, "The Levelling Up of A Political Institution. Perspectives on the Recall Referendum", İçinde: Saskia Ruth, Yanina Welp ve Laurence Whitehead (ed), *Let the People Rule? Direct Democracy in the Twenty-First Century*, Colchester: ECPR Press, 2017, ss.137-154.
- Setl Maija, "On The Problems of Responsibility and Accountability in Referendums", *European Journal of Political Research*, Vol. 45, 2006, ss.699-721.
- Siegel Zachary J., "Recall Me Maybe? The Corrosive Effect of Recall Elections on State Legislative Politics", *University of Colorado Law Review*, Vol.86, 2015, ss.307-350.
- Swan Herbert, "The Use of the Recall in the United States", İçinde: William Bennett Munro (ed.), *The Initiative, Referendum and Recall*, New York ve London: D. Appleton and Company, 1920, ss.298-312.
- Şen İlker Gökhan, *Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2013.
- Taft William Howard, *Popular Government: Its Essence, Its Permanence and Its Perils*, New Haven: Yale University Press, 1913.

- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 16.bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2013.
- Trechsel Alexander H. ve Hanspeter Kriesi, "Switzerland: The Referendum and Initiative as a Centrepiece of the Political System", İçinde: Michael Gallagher ve Pier Vincenzon Uleri (Ed.), *The Referendum Experience in Europe*, London: Macmillan Press Ltd., 1996.
- Twomey Anne, "The Recall of Members of Parliament and Citizens' Initiated Elections", *University of New South Wales Law Journal*, Vol.34 (1), 2011, ss.41-69.
- Twomey Anne, "The Recall and Citizens' Initiated Elections - Options for New South Wales", Sydney Law School Constitutional Reform Unit Report No 1, 4 Eylül 2011.
- Verhulst Jos ve Arjen Nijeboer, *Direct Democracy Facts and Arguments about the Introduction of Initiative and Referendum*, Brussels: Democracy International, 2007.
- Wells Roger H., "The Initiative, Referendum and Recall in German Cities", *National Municipal Review*, Ocak 1929, ss.29-36.
- Wollmann Hellmut, "The Directly-Elected Executive Mayor in German Local Government", İçinde: Rikke Berg ve Nirmala Rao (ed), *Transforming Local Political Leadership*, New York: Palgrave Macmillan, 2005, ss.29-41.
- Wollmann Hellmut, "The Directly-Elected Mayor in the German Länder—Introduction, Implementation an Impact", *Public Money & Management*, Eylül 2014, ss.331-337.
- Woods Ian, "Direct Democracy – An Idea Whose Time Has Come", *Global Outlook*, Special Edition on Direct Democracy, 1 Mayıs 2013.
- Wright Tony, "Recalling MPs: Accountable to Whom?", *The Political Quarterly*, Vol. 86, No.2, Nisan-Haziran 2015, ss.289-296.
- Zimmerman Joseph E., *The Recall: Tribunal of the People*, 2.bası, New York: Suny Press, 2013.

MODERN DEVLET VE UYUŞTURUCU ABD rneği üzerinden Bir İnceleme

THE MODERN STATE AND OPIUM An Inquiry in Light of the USA Case

Sezgin Seymen ÇEBİ*

Özet: Bu makalede uyuşturucu ve modern devlet ilişkisini, geç modern devletin niteliğini anlamak için kullanılan ve Fransız dŐnr M. Foucault tarafından geliştirilen biyopolitika ve yönetimsellik kavramları etrafında açıklamaya çalıŐacađım. Bunu yaparken bugün özellikle ABD merkezli olan ve diğer ülkeleri de etkileyen uyuŐturucuyla mücadele olgusunun, “güvenlik merkezli tıbbi bir disiplin ve cezalandırma rejimine” tabi kılınmasının kökenleri üzerine odaklanacağım. Bu bağlamda modern devlet yanında, Foucault’nun biyopolitika ve yönetimsellik kavramlarına teorik olarak kısaca değinip, yine Foucaultcu soykütüğü yöntemiyle, uyuşturucu ve bağımlılık kavramlarını da kısaca ele alacağım. Bunun ardından, özellikle ABD’de yirminci yüzyıl başında uyuşturucu ile mücadelede oluşan ve kimi etkileri günümüzde de devam eden tıbbi-cezai kurum, söylem, teknik, yorum ve pratiklerin üzerine eğilerek, bu dönemde ortaya çıkan tıbbi-cezai rejim temelinde, geç modern zamanlarda devletin modern politik toplumlardaki konum ve işleyişine ilişkin olarak spesifik bir politik toplum (ABD) ve spesifik bir zaman dilimi (erken yirminci yüzyıl) zerinden bir perspektif sunmaya çalıŐacađım.

Anahtar Kelimeler: Modern Devlet, Uyuşturucu, Bağımlılık, Soykütüğü, Biyoiktidar, Biyopolitika, Yönetimsellik, Güvenlik Merkezli Tıbbi-Cezai Rejim

Abstract: In this article, I will examine the relationship between opium and the modern state in light of the concepts of biopolitics and governmentality developed by the French thinker M. Foucault. While doing this, I will specifically focus on the roots of the security based discipline and punish regime established in the early twentieth century in the American society for narcotics, a regime which also have influenced other countries so far as well. After theoretically dealing with the concept of modern state and Foucauldian concepts of biopolitics and governmentality in short, I will briefly review the relevant concepts of opium and addiction by basically subscribing to the method of genealogy. Then, I will deal with this particular discipline and punish regime for narcotics constructed by

* Do. Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, sezgin.cebi@antalya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4660-3731, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.12.2018, Kabul Tarihi: 07.12.2018

the USA via examining medico-penal institutions, discourses, techniques, interpretations and practices. By specifically focusing on a particular society (the USA) and a particular time (the early twentieth century), I also aim to give a perspective on the modern state in late modern times.

Keywords: The Modern State, Opium, Addiction, Genealogy, Biopower, Biopolitics, Governmentality, the Security Based Medico-Penal Regime

I- Giriş

Modern Devlet ve Uyuşturucu başlıklı bir makalede çalışmanın metodolojisine ve bazı kavramlara açıklık getirmek gerekiyor. Öncelikle bu çalışmanın metodolojisini açıklamak istiyorum. Bu metodoloji yine M. Foucault tarafından geliştirilen ve bugün sosyal bilimsel çalışmalarda kullanılan soykütüğü (genealogy) araştırmasıdır.¹

Bir sosyal bilimsel metodoloji olarak soykütüğü nedir? Esasen soykütüğü insan yaşamına ilişkin bir hususun nasıl ortaya çıktığını anlatan tarihsel bir anlatıdır. Anlatı, olguların yanında, spekülatif unsurlar da içerebilir. Ancak bu anlatı her halükârda tarihseldir. Nietzsche'nin Ahlakın Soykütüğü² ve Foucault'un Hapishanenin Doğuşu³ eserleri bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Soykütüğü yöntemi, yaşamda var olan tesadüfleri de dikkate alıp, tarihsel olmayan veya gelişmeci perspektiflerin arkasında saklanan fikir ve pratikleri eleştirmektedir. Bu anlamda tarihte meydana gelen olaylar, kurum ve pratikler gelişmeci bir anlayışla, düz çizgisel, neden sonuç ilişkilerine dayalı, doğal bir süreçte oluşmazlar. Kavram, söylem, kurum ve pratikler tarihsel bir süreç içerisinde, inişli çıkışlı bir grafikte, güç/iktidar ilişkilerinin ve buna bağlı stratejik eylemlerin yer aldığı bir zeminde, çoğu zaman tesadüflerin de etkisiyle ortaya çıkarlar; bir 'telos'ları yoktur ve tarihsel süreç içerisinde ilk göründükleri halden bambaşka bir hale bürünebilirler.

¹ Genealogy (İngilizce) ve genealogie (Fransızca) terimleri Türkçeye soykütüğü veya soybilim olarak çevrilmektedir. Kelimenin Yunanca orijinalinin (genealogia) 'logos'la bitmesi nedeniyle ve kütüğün 'secere' manasına gelebileceği kaygısına rağmen, modern zamanların en yüklü terimlerinden birisi olan ve pozitivist referansların gölgesinden bir türlü kurtulamayan 'bilim'i kullanmak yerine yine de soykütüğü terimini kullanmayı tercih ediyorum. Soybilim kullanımı ve gerekçesi için bkz. <https://www.cafrande.org/michel-foucaultda-etik-ve-jeneoloji-soybilimi-kavramlari-ferda-keskin/> (Erişim tarihi 10.11.2018).

² Friedrich Nietzsche, Ahlakın Soykütüğü, Bir Polemik, Kabalcı Yayınları, İstanbul, 2011.

³ Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2017.

Şimdi eğer uyuşturucu ve modern devlet ilişkisi gibi tarihsel bir pratiğe ilişkin soykütüğü yöntemi kullanılacaksa, sadece tarihin determinist bir akışının, bir 'telos'unun olduğu yönündeki geleneksel tarihsel yaklaşım değil, bizim dışımızda var olan gerçekliğe ilişkin bilginin sadece "nesnel" bir gözlemlerle geliştirilebileceğine dair pozitivist yaklaşım da bir yana bırakılmalıdır; ki çoğu sosyal bilimsel çalışmada bu yaklaşım uzun süredir terk edilmiştir. Gerçeklik bir sosyal inşa sürecidir ve bilgiler, ideolojiler, faydalar ve iktidarın etkin olduğu bir süreç sonucunda inşa edilir.⁴

Makalemizin epistemolojik ve metodolojik yaklaşımını kısaca belirttikten sonra, ABD'de yirminci yüzyıl başında gerçekleşen ve etkileri günümüze kadar devam eden uyuşturucu madde ile mücadele kapsamında inşa edilen güvenlik merkezli tıbbi-cezai rejimin üzerinde durmadan önce, konumuza ilişkin bazı tarihsel kavram ve fenomenleri de açıklamakta yarar var ki bunların başında modern devlet gelmektedir.

II- Günümüzde Devleti Anlamak

Bugün gerek kamu hukukunda gerekse siyaset teorisinde bir ideoloji olarak politik liberalizmin bariz etkisini görüyoruz. Politik liberal kuramlar ve yaklaşımlar çekildiğinde Batı kökenli modern siyaset kuramının ve kamu hukukunun bir disiplin olarak çok zorlanacağı, belki de bu haliyle ayakta kalamayacağı dahi düşünülebilir. Oysaki çoğu zaman apolitik, tarih ve konteks dışı, soyut ve birey temelli, devlet-sivil toplum, kamusal alan-özel alan ayrımına teorik olarak sıkı sıkıya bağlı liberal politik kuramların modern devletin mahiyetini ve fonksiyonunu anlamamıza ve kavramamıza yardımcı olmaktan çok uzak oldukları kanaatindeyim. Bunun sıkıntılarını gerek teorik gerekse pratik açıdan günlük düzeyde yaşıyoruz. Buna göre, günümüzde kamu hukuku ve siyaset teorisi disiplinlerinde var olan ve devleti kamusal alanla sınırlayan ya da sadece orada gören, devletin sivil toplumdaki varlığını görmeyen veya görmezden gelen devlet teorileri yaklaşımlarında Kuhncu⁵ manada bir paradigma değişimine olan ihtiyaçtan da

⁴ Mats Alvesson & Kaj Sköldböck, *Reflexive Methodology: New Vistas for Qualitative Research*, Second Edition, SAGE Publications Ltd., London, 2009, s. 25.

⁵ T. Kuhn 1962 yılında basılan *The Structure of Scientific Revolutions* (Bilimsel Devrimlerin Yapısı) eserinde bilim felsefesine yepyeni bir bakış getirmiştir. Bilindiği üzere klasik bilim felsefesi bilimsel ilerlemenin kabul edilmiş bilimsel olgu

söz edilebilir. Bu disiplinlerde yaşanacak böylesi bir kuramsal deprem yalnızca ilgili disiplinleri değil, interdisipliner bir bakış aasıyla hukukun ve siyaset biliminin diğer alanlarını, insan hakları anlayışımızı, sosyolojiden antropolojiye değin birçok disiplini de derinden etkileyecektir. Bu bağlamda hakim liberal devlet teorilerinde belirtilen paradigma değişimine olan ihtiyaç da, makalemizin inceleme konusu çerçevesinde, kaçınılmaz olarak ortaya çıkacaktır görüşündeyim.

Uyuşturucu ve modern devlet ilişkisini ABD’de yirminci yüzyıl başında ortaya çıkan güvenlikçi tıbbi-cezai rejim özelinde incelerken yine Foucault’un biyopolitika ve yönetimsellik kavramlarından yararlanacağım. Bu kavramların modern devleti anlamak için en uygun kavramlar olduğu iddiasında değilim. Ancak mevcut liberal devlet paradigmasının günümüz modern devletini açıklama gücünün oldukça yetersiz olduğunu da bize, uyuşturucu fenomeni özelinde, gösterebilecek iki kavramın biyopolitika ve yönetimsellik olduğunu düşünüyorum.

A-Modern Devlet

Geç modern zamanlarda hukuka ait herhangi bir sorun alanını incelemek birçok anlamda araştırmacıyı modern devlet dediğimiz kamusal ve toplumsal gerçeklikle karşı karşıya bırakmaktadır. Bir başka deyişle, sadece hukuki sorunları değil, günümüzde kamu tüzel kişi-liklerinden özel hayata, kamusal mekânlardan aileye değin karşımıza

ve kuramların birikmesi (accumulation) ile gerçekleşen bir fenomen olduğundan hareket etmektedir. Kuhn, bilim tarihinde meydana gelen bu kavramsal devamlılığın bilimsel devrimlerle kesildiğini ileri sürmektedir. Buna göre, mevcut bilimsel paradigma devam ederken bu paradigma içerisinde o paradigmanın esaslarına deyim yerinde ise kafa tutan anomaliler (aykırılıklar) ortaya çıkmaya başlar. Bu anomaliler zamanla öyle bir noktaya ulaşır ki mevcut bilimsel paradigma bunlara cevap veremez hale gelir. Bu durum belirtilen anomalilere cevap verebilen yeni bir bilimsel paradigmanın doğuşunu da beraberinde getirir. Yeni bilimsel paradigma oyunun kurallarını değiştirir, yeni bir araştırma metodu benimser ve eski bilimsel bilgilere ilişkin yeni sorular sormaya başlar. Örneğin Kuhn astronomide dünya merkezli Batlamyus (Ptolemaios) sisteminden Güneş merkezli Kopernik sistemine geçişi bu anlamda bir bilimsel devrim ve yeni bir paradigmaya geçişe örnek olarak göstermiştir. (Bkz. Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago IL, 1962). Kuhn bu yaklaşımı doğa bilimleri için öngörmüş olsa da, bugün birçok sosyal bilimci aynı bakış açısının sosyal bilimler için de geçerli olduğunu ileri sürmektedir. (Bu konuda bkz. Barry Barnes, *T. S. Kuhn and Social Sciences*, Columbia University Press, New York NY, 1982, 135 s.).

çıkabilecek herhangi bir konunun modern devletin ne olduğunu ve günümüzde hangi ideolojik/politik alana tekabül ettiğini anlamadan kavranmasının neredeyse imkânsız hale geldiğini söyleyebiliriz. Bu neden böyle oldu sorusuna elbette farklı yanıtlar verilebilir. Modern devletin günümüz toplumlarında bu kadar hegemonik bir konuma yükselmesi tercih edilebilir bir şey midir sorusuna da farklı dünya görüşleri farklı cevaplar verebilirler. Bu ampirik olgulara dayalı olduğu kadar etik/politik değer yargılarına da sahip olması kaçınılmaz yanıtların ortak noktası, kanımca, modern devletin bu cevaplardaki merkezi konumu olacaktır. Kuşkusuz bu konum olması gerekenden çok olanı gösteren ampirik-olgusal bir gerçekliğe karşılık gelmektedir. Uyuşturucu ile ilgili bir makalenin bu gerçekliğe temas etmemesi elbette düşünülemez. İyi ama modern devlet nedir? Nasıl ortaya çıkmıştır? 1648 tarihli Westphalia Barış Antlaşması'ndan bu yana ulusal ve uluslararası alanda neden en önemli politik aktör konumuna yükselmiştir?

Bilindiği üzere modern devletin ortaya çıkışı ve gelişimi en fazla dört yüz yıllık tarihe sahiptir. Bu süreçte modern devlet bir dizi teorik ve pratik gelişim ile birlikte günümüzdeki haline gelmiştir. Kuşkusuz tüm devlet biçimleri gibi modern devlet de evrensel ve nesnel bir fenomen olmayıp, Batı tarihindeki spesifik tarihsel, politik, ekonomik, sosyal, kültürel vs. olgu ve olayların sonucudur. Makalemizde dayandığımız soykütüğü metodolojisini esas aldığımızda, modern devletin ortaya çıkışı neden-sonuç ilişkilerine dayalı doğrusal ve gelişmeci bir tarihsel akışın ürünü olarak görülemeyecektir. Modern devletin oluşumunda tesadüflerin, tarihsel sapmaların, aykırılıkların, şansların ve beklenmedik olayların rolünü de inkâr etmememiz gerekir. Konumuz açısından bunların ayrıntısına girmeye gerek yoktur. Kuşkusuz diğer birçok tarihsel olgu ve olayların yanında üretim biçiminde meydana gelen dönüşüm, şehir ile kırsal alan arasındaki ilişkilerin değişimi, ekonomik ve 'politik olan'ın farklılaşması, yeni iletişim ve gözetleme teknolojileri gibi hususlar modern devletin oluşumunda oldukça etkin olan unsurlar olarak göze çarpmaktadır.⁶ Modern devleti tarihteki diğer devlet oluşumlarından farklı kılan hususlar nelerdir denildiğinde ise meşru şiddet kullanma tekeli, bölgesellik (territoriality), egemenlik, anayasallık (constitutionality), kişisel olmayan güç (impersonal

⁶ Christopher Pierson, *The Modern State*, Routledge, New York NY, 1996, s. 37.

power), kamusal bürokrasi, otorite/meşruiyet ve vatandaşlık unsurlarının öne çıktığı görülmektedir.⁷ Batıdaki büyük tarihsel anlatı modern ulus devletin dünya sahnesine çıkışında otuz ve seksen yıllık din savaşları sonucunda imzalanan Westphalia Antlaşması'na (1648) büyük önem atfetmektedir. Bu tarihten sonra, zaman içerisinde, dünyada politik toplumun en yaygın biçimi 'modern (ulus) devlet' olmuş ve süreç günümüze kadar devam etmiştir.

Kuşkusuz kamu hukukuna ilişkin bir çalışma, modern devlet denilen fenomenin Batı'da feodal çok merkezliliğin ve yatay/dikey politik iktidar ağlarının süreç içerisinde ortadan kalkması sonucu ortaya çıkan bürokratik merkezleşmeye ve dikey iktidar ilişkilerinin ağırlığına dayalı olduğunu söyleyecektir. Bu merkezleşmenin ana arterlerini merkezi bir vergi ve ordu sistemi ile bürokrasinin oluşturduğu açıktır. Yine aynı merkezleşmenin ilk görünümü erken modern zamanlarda mutlak iktidar olarak ortaya çıkmıştır. Onsekizinci yüzyıl sonlarından itibaren ise yine batı kamu hukukunda ortaya çıkan iktidarın sınırlanması olgu ve kavramı ile zaman içerisinde bu bileşene bağlı kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi olgular ve kavramlar modern Anayasalcılık⁸ denilen ideolojik/politik bir hareketin doğuşunu, günümüze değin tartışılmasını ve modern devleti şekillendirmesini beraberinde getirmiştir. Anayasalcılık hareketi için ideolojik/politik hareket deyimini özellikle kullandım; çünkü sosyal bilimlerde ve kamu hukukunda ideolojiden ve/veya politikadan tümüyle bağımsız, hukuki veya başka tür, saf bir kavramın olamayacağı düşüncesindeyim. Ki ondokuzuncu yüzyılın naif, tarafsız, nötr kavramlar peşinde koşan pozitivist bilimsel yaklaşımlarının kendilerinin de bizatihi ideolojik olduğu, çağdaş sosyal kuramın geldiği noktada genelde kabul gören bir görüştür. Bu çerçeveden baktığımızda, Anayasalcılık hareketinin de on dokuzuncu yüzyılın tarihsel ve sosyo-politik koşullarında ortaya çıkan liberal ideolojinin bir alt kolu olduğu gerçekliğiyle karşı karşıya kalacağımız açıktır.

⁷ Ibid s. 8.

⁸ Literatürde Anayasalcılık yerine uzun süre Anayasacılık terimi kullanılmıştır. Ancak son dönemde kavramın içeriğine daha uygun olduğunu düşündüğümüz Anayasalcılık terimi kullanılmaya başlanmıştır. (Bu konuda bkz. Ergun Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015).

Bilindiği üzere kamu hukukunda bugün de hâkim ve kaçınılmaz olarak ideolojik olan bu konum kamusal alan/özel alan ikiliğine dayanmakta, devlet-sivil toplum ayırımından hareket etmektedir. Bu ayırım, temelinde modern devleti kamusal alanın bir unsuru olarak görmekte, temel insan hak ve özgürlüklerinin yanında sivil toplumda oluşan hukuki/politik güçlerle modern devletin sınırlandırılması gerektiği hukuki/politik ilkesine dayanmaktadır. Kanaatimce, modern devleti kamusal alana hapseden ve onun sivil toplumdaki politik/ideolojik varlığını ve hegemonik gücünü görmekten uzak bu yaklaşım gerçeklerden uzak olmanın yanında, yukarıda da belirttiğimiz gibi tarafsızlık, bilimsellik ve objektiflik görünümü altında kendisi bizatihi ve kaçınılmaz bir ideolojik tutumdur. Kuşkusuz modern devletin günümüzde büründüğü biçimi klasik Marksist kuram ışığında ele alıp onu bir üst yapı kurumu olarak gören veya A. Gramsci'nin kültürel hegemonya ve L. Althusser'in devletin ideolojik araçları kuramları ışığında yeni Marksist ve/veya yapısalcı Marksist bir zaviyeden değerlendiren ya da P. Bourdieu gibi devletin sınırları belirli bir bölgede sadece fiziksel değil, sembolik tekelinden⁹ söz eden, devletin monolitik, soyut ve ayrık bir varlık olmayıp, devlet düşüncesinin günlük yaşamımızın en ince ayrıntısına kadar sızdığından ve sosyal düzeni ve düşüncelerimizi yapılandırdığından bahseden liberal kuram dışı herhangi bir devlet kuramı ile de konumuzu ele alabilirdik. Tüm bu kuramsal yaklaşımlar konumuz açısından devlet-sivil toplum, kamusal alan-özel alan ayırımına dayalı ve devleti kamusal alan ile sınırlayıp soyut ve ayrık bir yapı gibi gören liberal kuramlardan çok daha açıklayıcı olurdu. Esasen bizim uyuşturucu ve modern devlet ilişkisini Foucault'un biyopolitika ve yönetimsellik kavramları çerçevesinde incelememiz, bu husustaki gerçekliğe yine kendi kuramsal sınırları ve eksiklikleri ile temas etmekten başka bir şey değildir. Öyle de olsa uyuşturucu gibi doğrudan beden politikalarıyla ve beden üzerindeki iktidar teknikleriyle ilişkili bir hususta, Foucault'nun yaklaşımının konumuz açısından çok daha açıklayıcı olacağını düşünüyorum.

⁹ Pierre Bourdieu, "Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field" in *Practical Reason: On the Theory of Action* by Pierre Bourdieu, Polity Press, Cambridge UK, 1998, pp. 35-64.

B-Biyoiktidar ve Biyopolitika

Esasen biyoiktidar biyopolitikaya için spesifik bir iktidar biçimidir. Biyopolitika ise Batı politik düşüncesinde antik dönemlere kadar takip edilebilecek bir fenomen ise de,¹⁰ bunu bir politik kavram olarak ilk dile getiren Fransız düşünür Michel Foucault olmuştur.¹¹ Şurası bir gerçektir ki modern devlete ilişkin politik liberal duruş, hukuktan ekonomiye tarihten sosyolojiye kadar birçok alanda etkisini devam ettirmiş ve ettirmektedir. Buna göre, devlet-sivil toplum ayırımına dayalı klasik politik liberal düşüncedeki devlet ile sivil toplum arasında kesin sınırlar olduğu ve devletin sivil toplum karşısında, özgürlükler açısından negatif bir konumda bulunduğu (ya da ideal olarak bulunması gerektiği), zarar ilkesi gereği bireye ve topluma yönelik zarar ya da zarar tehlikesi dışında, devletin topluma müdahale etmemesi gerektiği klasik liberal politik bakışın en esaslı unsurlarını oluşturmuştur. Bu bakış sosyal devlet ilkesi ile özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra devletin birey ve sivil toplum lehine pozitif müdahalelerde bulunması yönünde evrilmiştir. Bu evrim de ancak klasik liberal paradigma içerisinde anlam ifade etmektedir. Yani, sivil toplumun dışında bir devlet vardır ve bu devlet birey ve sivil toplum karşısında negatif ve pozitif yükümlülükler üstlenmektedir.

İşte biyopolitika bu liberal bakıştan oldukça farklı bir anlayışa tekabül etmektedir. Esasen biyoiktidar başta politik iktidar olmak üzere, iktidar fenomeninin sahip olduğu tüm araçlarla fiilen ve potansiyel olarak yaşamın kendisini belirlemek için harekete geçmesini ifade etmektedir. Bu noktada artık devletin klasik kuramda önemsenen öldürme yetkisi değil (ki modern devleti tanımlayan yasal şiddet tekeline sahip olmanın [M. Weber] en nihai sonucu kamu gücü kullanılarak sebep olunan ölüm halinin yasal bir ölüm olarak kabul edilebileceği gerçeğidir) yaşatma iradesi öne çıkmaktadır. Burada, gerek bireysel

¹⁰ Onur Kartal, "Giriş", Biopolitika, Platon'dan Arendt'e Biyopolitikanın Felsefi Kökenleri (Onur Kartal, ed.), NotaBene Yayınları, Cilt 1, Ankara, 2016. s.9.

¹¹ Biyopolitika ve Biyoiktidar kavramlarını ilk önce Foucault'nun Cinselliğin Tarihi eserinin ilk kitabının son bölümünde görüyoruz. (Bu konuda bkz. Michel Foucault, Cinselliğin Tarihi, çeviren Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016). Daha sonra bu terimler daha geniş bir kavramsal çerçevede içerisinde Foucault'nun Ecol de France de verdiği derslerde ele alınmıştır (Bu konuda bkz. M. Foucault, Toplumu Savunmak Gerekir, 3. baskı, çev. Şehsuvar Aktaş, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s.259 ve devamı).

gerekse bütünsel açıdan, artık genel olarak negatif unsurlar açısından tanımlanan bir iktidar değil, aksine üretken ve pozitif bir pratikler silsilesinin görülebileceği merkezsiz iktidar ilişkileri ağı söz konusudur.¹² Foucault, başka bir içerik ve bağlamda olsa da, C.Schmitt gibi¹³ politikayı devletten daha geniş bir çerçevede ele almakta ve onu devlete indirgememektedir.

Foucault'nun geleneksel yorumu, politik iktidarın 'egemenlik' anlayışından 'disiplin ve biyoiktidara' evrilişiyile birlikte politik iktidar anlayışında epistemolojik bir kırılmanın ortaya çıkışına odaklanmaktadır.¹⁴ Klasik iktidar anlayışında egemenlik, devlet ve yasa koyuculukla ilişkilendirilmiştir. Bu manada, iktidar "yasayı koyan, kısıtlayan, engelleyen, reddeden, yasaklayan ve sansürleyendir".¹⁵ Klasik egemenlik anlayışına dayalı bu bakış, politik iktidarın olumsuz (negatif) kavramsallaştırılmasıdır. Foucault bu konuda şöyle söylemektedir: " İktidarın iyi tutunmasını sağlayan, onu kabul edilir yapan, onun basitçe üstümüzde sadece hayır diyen bir güç olarak ağırlık yapmaması, fakat iktidarın karşı gelmesi ve üretken olması, hazzı ve bilgi formlarını teşvik etmesi, söylem üretmesidir. İktidar, işlevi baskı olan olumsuz bir durum olmaktan çok, toplumsal beden üzerinde hareket eden üretken bir ağ olarak değerlendirilmeli".¹⁶ Bu noktada şunu da belirtmemiz gerekmektedir: Foucault'nun iktidar anlayışı spesifik bir kurumda temsil edilen istikrarlı ve değişmez bir kavrama değil, dinamik, değişken ve ilişkisel bir kavrama tekabül etmektedir. İktidarı ve iktidar ilişkilerini bu nitelikleriyle devlet dışında aile, okul, hapisane gibi 'politik olmayan' alanlarda da her an görebiliriz.¹⁷ Kısaca, liberal

¹² Onur Kartal, " Giriş", Biyopolitika, s. 7.

¹³ Bilindiği üzere Carl Schmitt'e göre politika kavramı devletten önce gelmektedir. (Bu konuda bkz. C. Schmitt, *The Concept of Political*, The University of Chicago Press, Chicago IL, 2007).

¹⁴ Andrew Johnson, "Foucault: Critical Theory of the Police in a Neoliberal Age", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, Vol. 61, No. 141 (December 2014), pp. 5-24, s. 14.

¹⁵ Madan Sarup, *An Introductory Guide to Post-Structuralism and Postmodernism*, The University of Georgia Press, Athens GA, 1993, s.73; Kate Nash, *Contemporary Political Sociology*, Blackwell, Oxford UK, 2000, s.20.

¹⁶ Michel Foucault, "Truth and Power", in *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, C. Gordon (ed.) Pantheon Books, New York NY, 1980, s. 119.

¹⁷ Thomas Lemke, "An Indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory", *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, Vol 8, 2007 Issue 2, pp 43-

kuramın devlet anlayışında karşımıza belirgin olarak çıkan devlet-sivil toplum ayırımında sivil toplumun devlet müdahalesinden azade ve korunmuş bir alan olarak kavramsallaştırılması sorunludur. Bu noktada görülmesi gereken şey, sivil toplum ve özel alanın dahi çok farklı iktidar teknolojileri ve pratikleriyle bizatihi devlet iktidarının nesnesi haline gelmekte oluşudur.¹⁸

Foucault, devletin klasik modeldeki egemenlik anlayışından ve onunla birlikte gelen meşru şiddet kullanma tekelinden vazgeçmese de, yönetmenin nihai amacı (the ultimate telos)'nın nüfusun kontrolü haline geldiğini ileri sürmektedir. Bu gelişme yaşamın ve yaşama dair mekanizmaların açık bir şekilde hesaplanabildiği bir iktidar rejimi ile gerçekleşmektedir. Bu rejim bilgi-iktidar ikilisini insan yaşamını dönüştüren bir amil haline getirmiştir.¹⁹ Foucault'a göre biyopolitika, sözü edilen yeni alanların ve sorunların geleneksel siyasete eklenmesiyle ortaya çıkmamıştır. Söz konusu olan yeni alanlar ve sorunlar, siyasal egemenliğe ilişkin kavramları yeni bir bakışla formüle ederek, siyasi bilgiyi yeni biçimlere sokmak suretiyle, siyasetin çekirdeğinde bir değişimi anlatmaktadır. Bu T.Lemke'nin ifadesiyle başlı başına siyasetin nesnesinin değişmesidir.²⁰

Foucault'nun bu bakışı, iktidarın devlet gibi merkezdeki konumlarına odaklanmaktan çok onun yereldeki görünümüne, kılcal damarlarına odaklanmayı ve oradaki iktidar pratiklerini anlamayı gerektirir.²¹ İkinci olarak, bu bakış açısında artık iktidardaki egemenlerin, düşünce, amaç ve söylemleri yerine iktidarın devam etmekte olan tahakküm pratikleri ve bunlar üzerinden öznelerin nasıl inşa edildiği görülmelidir. Üçüncü olarak, iktidar tek elde toplanan bir meta ya da refah değil, bireyler tarafından taşınan ve uygulanan bir zincir gibi

64. s.48.

¹⁸ Ancak tartışmanın devamında da görüleceği üzere, modern devlet Foucault'nun yönetimsellik olarak nitelendirdiği modern iktidar biçiminin bir parçası haline gelmektedir.

¹⁹ Michel Foucault, "The politics of health in the eighteenth century", in *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-77*, C. Gordon (ed.), Panteon Books, New York NY, 1980 s. 175.

²⁰ Utku Özmaças, "Foucault: İktidardan Biyoiktidara," Foucault, *Cogito Dergi*, Sayı 70-71, Yaz 2012, s. 55.

²¹ Michel Foucault, *The History of Sexuality, An Introduction, Volume I*, Vintage Books, New York NY, 1990, s. 94-96.

tahayyül edilmelidir.²² Son olarak, iktidarı yukarıdan aşağıya uzanan ilişkiler ağı içerisinde arayan değil, en küçük noktalarda dahi iktidarın hangi mekanizmalar, teknikler ve pratikler üzerinden uygulandığını gözetleyen ve buralardan başlayarak onu inceleyip araştıran bir tutuma ihtiyaç vardır.²³

Foucault, bu yaklaşımıyla iktidar odağının sadece yaşama ve onun biyolojik yönüne odaklandığını iddia etmektedir. Böylelikle bugün biyopolitika ötenaziden ırkçılığa, kürtaj ve öjeniğe ilişkin sorunlardan, biyolojik ve toplumsal cinsiyet tartışmalarına, sağlık ve eğitim politikalarından gen araştırmalarına, hatta borçlandırma stratejilerinden esnek çalışma rejimlerine ve fikri emek alanlarından güvenlik rejimlerine değin birçok hususta tartışılan ve yararlanan bir kavram haline gelmiştir.²⁴ Böylelikle biyopolitik yaklaşım politik iktidara, yani devlete indirgenemeyecek kadar geniş bir alanda kendisini göstermektedir.

Foucault, biyoiktidarın yaşamımıza iki şekilde müdahale ettiğini söylemektedir. Buna göre, ilk olarak bu iktidar insan bedenini bir makine olarak görür ve disipline etmeye çalışır. Foucault'nun 'bedenin anatomo-politiği' olarak adlandırdığı bu iktidar biçiminin amacı, insan bedenini disipline etmenin yanında, insanın yeteneklerini geliştirmek, onu verimli, uysal kılmak ve ekonomik denetim sistemleri ile bütünleşmesini sağlamaktır.²⁵ İkinci halde ise, artık söz konusu olan nüfusun biyopolitiğidir. Burada bedene doğal bir tür olarak yaklaşılmakta ve beden üzerindeki denetimle nüfus politikaları düzenlenmektedir. Foucault'a göre, biyoiktidar burjuva toplumunun en büyük buluşlarından birisidir ve kapitalizmin gelişmesine büyük katkı sağlamıştır.²⁶

Foucault'nun biyopolitika ve biyoiktidar kavramına ilişkin konumuz çerçevesindeki örnekler bugün birçok modern devlette rastlayabiliriz. ABD'de eroin tedavisi için kullanılan metadon klinikleri bu örnekler arasındadır. Buna göre, bağımlılar mevzuat gereği her gün bu kliniğe gitmek zorundadırlar. ABD'de eroin tedavi kliniklerinde hastalara eroin tedavisinde kullanılan metadon, gerektiğinde zorla içi-

²² Ibid s. 98.

²³ Ibid s. 99.

²⁴ Onur Kartal, "Giriş", *Biyopolitika*, s. 8.

²⁵ M. Foucault, *The History of Sexuality*, Vol. I, s. 139.

²⁶ Ibid s.141.

rilebilmektedir. Çünkü pozitif hukuk buna izin vermektedir. Bu uygulama ile uyuşturucu bağımlısının suç topluluklarıyla ve sokak temelli madde bağımlısı topluluklarla bağı kopartılmak istenmektedir. Yapılan bilimsel çalışmalar ise bu tedbirin tam tersi sonuçlara yol açtığını göstermektedir. 1970'lerden bu yana metadon klinikleri üzerinde yapılan etnografik çalışmalar bu gerçekliği teyit eder niteliktedir.²⁷ Bu uygulama biyopolitikanın ve biyoiktidarın beden politikaları ve normalleşme rejimleri açısından işlevselliğini ortaya koyan milyonlarca örnekten sadece bir tanesidir. Biyoiktidarın normalleştirme rejimine dayalı beden politikaları kaçınılmaz olarak buna uygun bir legalleştirme ve politikleştirmeyi de beraberinde getirmektedir. Kuşkusuz buradaki legalleştirme ve politikleştirme söylem ve pratikleri biyoiktidarın normalleştirme rejiminin birer uzantısı niteliğindedir. Buna ilişkin olarak yine bilimsel söylem ve pratikler böylesi bir normalleştirme rejiminde bazı spesifik sorun alanlarının tıbbileştirilmesini de beraberinde getirmektedir. Uyuşturucu kullanımı bunun en çarpıcı örneklerinden birisidir.

C-Yönetimsellik

Foucault'nun 1978 ve 1979'da College de France'de verdiği dersler modern devletin soykütüğü üzerine odaklanmaktadır. Bu noktada Foucault, günümüzde devleti ve politik iktidar kavramını daha yakından anlayabileceğimiz başka bir kavram daha geliştirmiştir. Foucault bu yeni kavrama yönetimsellik (governmentality) demektedir. Foucault yönetimsellik kavramını modern devletin soykütüğü için bir rehber olarak kullanmaktadır.²⁸ Buna göre, modern devletin inşası insan bilimlerinin yükselişi ve nüfus ve bireylere ilişkin bilginin üretimi ile yakında ilişkilidir. Modern devletin inşasında ulusal sınırların fiziksel durumu, yabancı devletlerin güçlü ve zayıf yönlerine ilişkin diplomatik ve gizli bilgiler ve nesnelere görünür kılıp onları hesaplanabilir ve programlanabilir biçimlere dönüştüren diğer bilgi türleri etkin hale gelmektedir. Devlet görevlileri ve kurumları istatistiki hesapları, tıbbi uzmanlıkları, bilimsel raporları, mimari planları, bürokratik kural

²⁷ Philip Bourges, "Disciplining Addiction, the Biopolitics of Methadone and Heroin in the United States", *Culture, Medicine and Psychiatry* 24: 165-195, 2000, s. 180.

²⁸ Michel Foucault, *Security, Territory, Population. Lectures at the College de France, 1977-78*, Palgrave, New York NY, 2007, s.354.

ve rehberleri, saha çalışmalarını, grafikleri ve daha birçok şeyi politik eylem için kullanmaktadırlar.²⁹ Bu noktada modern devlete ilişkin kurum merkezli bakışın değişmesi gerekmektedir. Kurumlardan hareket etmek yerine artık kurumlarda maddileşen ve istikrar kazanan teknolojiler üzerine odaklanılmakta, kurumlar teknolojiler³⁰ olarak ele alınmaktadır.

Devleti yönetsel pratikler ağı olarak gören bu yaklaşım, modern zamanlarda devletin iktidar ilişkilerinde ikincil bir konumda olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Aksine devlet bu noktada stratejik bir konumdur. Devlet (politik) iktidar kullanan, iktidar ilişkilerine dâhil olan yegâne varlık değildir. Lakin diğer tüm iktidar biçimleri onu referans almak zorundadır. Bu diğer iktidar biçimlerinin devlet kaynaklı olduğunu değil, iktidar ilişkilerinin artan bir biçimde devlet kontrolünde olmasını ifade etmektedir. Böylece iktidar ilişkilerinin devlet kurumları biçiminde ya da bu kurumların gözetiminde giderek yönetselleştiği, yani detaylandırıldığı, rasyonalize edildiği ve merkezileştirildiği söylenebilecektir.³¹

Devlete yönelik stratejik bakış, Foucault'nun devlete ilişkin yukarıdan aşağıya doğru olan ve egemenliğe dayalı hukuki-söylemsel (juridico-discursive) devlet anlayışını reddetmesinin bir sonucudur. Hukuki-söylemsel iktidarda devlet iktidarı tıpkı bir mala sahip olmak gibi sahip olunabilecek bir şey olarak görülmektedir. Foucault'nun geleneksel devlet modeli olarak nitelendirdiği hukuki-söylemsel model egemenliğe dayalı bir yasa, yasaklama ve itaat modelini esas almaktadır. Oysaki yukarıda sözünü ettiğimiz biyoiktidar yukarıdan değil,

²⁹ Thomas Lemke, "An Indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory", s.48.

³⁰ Foucault'nun terminolojisinde teknoloji kelimesi spesifik manalarda kullanılan bir terimdir. Foucault, *Dicipline and Punish* (1977) ile *The History of Sexuality* vol 1 (1979) adlı çalışmalarında bedeni disipline eden veya nüfus süreçlerini düzenleyen teknolojiler üzerine eğilmiştir. Daha sonraki eserlerinde ise öz teknolojileri ve bireyin politik teknolojileri konularına da değinmiştir. Bunlardan ilki öz rehberlik (self-guidance) ve öznelerin birbirleriyle etik varlıklar olarak ilişki kurma biçimlerini anlatırken, ikincisi kendimizi sosyal varlığın, ulusun veya devletin bir parçası olarak görmemizi anlatmaktadır. ((Bu konuda bkz. Michel Foucault, "The political technology of individuals", in *Power, Essential Works of Michel Foucault, Vol III*, J.D. Faubion (ed.), Robert Hurley (trans.), The New Press, New York NY, 2000, pp.403-417, s.404)).

³¹ Thomas Lemke, "An Indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory", s.51.

aşağıdan gelen bir iktidar modellemesidir. Foucault bunu siyaset teorisinde, “kralın kafasının henüz kesilmediğini” söyleyerek bir metafor üzerinden açıklamıştır.³²

Foucault’a göre yönetim (government) kavramı bugün sadece politik bir anlam içermektedirken onsekizinci yüzyıla kadar yönetim kavramı çok daha genel bir manada kullanılıyordu. Nitekim politikanın yanında felsefi, dini, tıbbi ve pedagojik metinlerde de bu kavram yer almaktaydı. Devlet ya da idarenin yönetiminin yanında öz denetim (self control), çocukların ve ailenin idaresi, evin genel yönetimi, ruhun idaresi vs. gibi hususları da içeriyordu. İşte bu noktadan hareket eden Foucault, yönetim (government) kavramının kendi kendini idareden başkalarını yönetmeye kadar uzanan bir anlam içeriğine sahip olduğunu iddia etmektedir. Böylelikle günümüzün modern egemen devleti ile modern özerk bireyi karşılıklı olarak birbirlerini etkilemektedirler.³³ Foucault, yönetimsellik kavramını özerk bireyin kendi kendisi üzerindeki öz denetim kapasitesini araştırmak ve bunun siyasi yönetim ve ekonomik sömürü ile nasıl bir bağı olabileceği sorunsalını çözebilmek için ortaya koymuştur. Bu bağlamda Foucault, önceki çalışmalarında modern özne ve (modern) öznellik kavramını anlamaya çalışırken uysal bedenlere (docile bodies) ve buna dayalı olarak bu bedenlerin disipline edilmesine yönelik yaptığı vurguyu adeta düzeltmeye çalışmaktadır. Artık yönetim (government) kavramı özne teknolojileri ile tahakküm (domination) teknolojileri arasındaki ilişkiyi anlamak için kullanılmaktadır.³⁴ Bu noktada Foucault, önceki çalışmalarında ima ettiği iktidar (power) ile tahakküm (domination) arasındaki farklılığa da vurgu yapmaktadır. Foucault bu ayrımı şu şekilde ortaya koymaktadır: “Bizim serbest özneler (liberties) arasında stratejik bir oyun olarak iktidar ilişkileri ile -ki bu stratejik oyunda bazıları diğerlerinin eylemini belirlemeye çalışırlar- normalde iktidar olarak nitelendirdiğimiz

³² Michel Foucault, *Entelektüelin Siyasi İşlevi*, çev. Işık Ergüden-Osman Akınhay-Ferda Keskin, Ayrıntı, İstanbul, 2005. s. 57. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M.Foucault, *Toplumunu Savunmak Gerekir*, 3. baskı, çev. Şehsuvar Aktaş, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002).

³³ Michel Foucault, “The Subject and the Power”, an Afterword, in Michel Foucault: *Beyond Structuralism and Hermeneutics* by Hubert Dreyfus and Paul Rabinow, University of Chicago Press, Chicago IL, 1982, pp. 208-260. s. 208 vd.

³⁴ Bu konuda bkz. Michel Foucault, “Technologies of the Self ” in *Technologies of the Self A seminar with Michel Foucault*, L. H. Martin, H. Gutman, P. H. Hutton (eds.), University of Massachusetts Press, Amherst MA, 1988, pp. 16-50.

tahakküm hallerini birbirinden ayırmamız gerekmektedir. Ve bu ikisi arasında, serbest öznelerin stratejik oyunları ile tahakküm halleri arasında yönetimsel teknolojiler vardır".³⁵

Yönetim (government), az ya da çok sistematik, düzenlenmiş (regulated) ve kişiler arasındaki iktidar ilişkilerinin ötesine giden bir iktidar kullanımı demektir. Bu yönetim eylemin amacını (telos) veya bu amaca ulaşmak için gerekli araçları tanımlayan spesifik bir rasyonaliteyi takip etmektedir. Bu anlamda yönetim, "uygun teknik araçların az ya da çok rasyonel olarak kullanılması yoluyla eylemlerin nizama sokulmasıdır".³⁶

Tahakküm (domination), hem istikrarlı, hem de hiyerarşik olan spesifik bir iktidar biçimidir. Foucault bizim normalde iktidar olarak nitelendirdiğimiz fenomen için tahakküm kelimesini kullanmaktadır. Tahakküm asimetrik bir iktidar ilişkisidir ve burada tahakküm altındaki kişilerin özgürlük alanları oldukça sınırlı olduğu için manevra alanları çok dardır.³⁷ Lakin tahakküme yol açabilecek iktidar ilişkilerinin sistematize edilmesi, istikrarlaştırılması ve düzenlenmesi yönetim teknolojileri tarafından gerçekleştirilmektedir.

Yönetimsellik günümüz devlet yönetimini besleyen bir dizi kurum, pratiği ve tekniği içermektedir. Bu yönüyle yönetimsellik spesifik ve karmaşık bir iktidar yapılanmasına tekabül etmektedir.³⁸ Öte yandan yönetimsellik ve getirdiği iktidar yapılanması kurumların ve pratiklerin ötesine geçerek, liberal bir yönetimle ilişkili herkesin yönetime dair mantığına ve mentalitesine de hâkim olmaktadır.³⁹ Foucault, devletin yönetimselleşmesinden bahsederken, yönetimi devlet otoriteleri ya da kurumları tarafından kullanılan ya da uygulanan bir teknik olarak görmez. Aksine, devlet sosyal iktidar ilişkilerinin dinamik ve

³⁵ Michel Foucault, "The ethic of care for the self as a practice of freedom", in *The Final Foucault*, J. Bernauer and D. Rasmussen (eds.), MIT-Press, Boston MA, 1988, pp. 1-20. s. 19.

³⁶ Barry Hindess, *Discourses of Power: From Hobbes to Foucault*, Blackwell, Oxford UK, 1996, s.106.

³⁷ M. Foucault, "The ethic of care for the self as a practice of freedom", s. 12.

³⁸ M. Foucault, "Governmentality", in *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, G. Burchell, C. Gordon, & P. Miller (eds), University of Chicago Press, Chicago IL, 1991, s. 102.

³⁹ Saran Ghatak, "The Opium Wars: The Biopolitics of Narcotik Control in the United States 1914-1935", *Critical Criminology*, 18 (1): 41-56, March 2010, s. 43.

rastlantısal (contingent) bir formudur. Yönetimsellik ise hem devlete içkin hem de onun dışındadır. Çünkü yönetimsellik devletin yetkisine neyin dâhil olup neyin dâhil olmadığına, kamusal olan ile özel olanın vb. sürekli olarak tanımlanması ve yeniden tanımlanmasını mümkün kılan yönetim taktikleridir. Burada nesnelere yerine pratikler, işlevler yerine stratejiler ve kurumlar yerine teknolojiler söz konusudur.⁴⁰

Foucault açısından “güvenlik mekanizması”, liberal demokratik rejimlerde sosyal düzeni sağlayan teknikleri bize temin ederek, yönetimselliğin en önemli parçalarından birisi haline gelmektedir. Bu mekanizma gözetleme ve düzenleyici kontrollerle toplumu tehdit olarak görülen unsurlardan korumaya çalışmakta ve böylece sosyal dengeyi sağlamak istemektedir.⁴¹ Açıklanan nedenle modern toplum bir güvenlik toplumu olarak ortaya çıkmaktadır ve onun kamusal sağlığı ve zenginliği için modern topluma yönelik risklerin ve tehlikelerin belirlenip bertaraf edileceği bir disiplin ve regulasyon rejimi yönetimsellik anlayışına karşılık gelmektedir.⁴²

Bu genel açıklamalardan sonra konumuz bağlamında uyuşturucu ve bağımlılık kavramlarına yakından bakabiliriz.

III- Uyuşturucu ve Bağımlılık

Modern terminolojide uyuşturucu genel başlığı altında ele aldığımız materyallerin insanlık tarihinde kayıtlı 6000 yıllık toplumsal/kültürel bir tarihi mevcuttur. Sümerlerden kalma bazı eserlerde haşhaş bitkisini gösteren suretler bulunmaktadır. M.Ö 4000 yıllarına dayanan Sümer yazıtlarında (ideogram) afyon keyif bitkisi olarak betimlenmiştir. Afyon için benzer ifadeler M.Ö. yedinci yüzyıla dayanan Asur tabletlerinde ve M.Ö ikinci yüzyıla dayanan Mezopotamya, Mısır ve Pers metinlerinde de yer almaktadır. M.Ö 1550’li yıllara tekabül eden (antik Mısır) tıbbi terapiye ilişkin papirüslerde, veterinerlik ve jinekolojiye ilişkin papirüslerde, fragmanlar içinde afyondan söz edilmektedir. Theophratus ve Dioscorides’in *Materia Medica* (Tıbbi Materyaller) adlı

⁴⁰ Thomas Lemke, “An Indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory”, s. 57-58.

⁴¹ M. Foucault, *Society Must Be Defended Lectures at the College de France, 1975-1976*, Picador, New York NY, 2004, s. 246-249.

⁴² S. Ghatak, “The Opium Wars”, s. 42.

eserlerinde afyon (opium) ağrı dindirici ve uyku verici (sleep-inducing) olarak betimlenmektedir. Homeros, *Odyseia* adlı klasik eserinde, Helen'in kullandığı ve afyonla şarabın karışımı olduğu düşünülen nepenthe adlı uyuşturucu ilacı kötülüklerin unutulmasını ve Truva Savaşı'nın acılarının yanında Ulysses'in ölümünün acısını dindiren olarak anlatmaktadır. Yine, antik Yunan'da, Aesculapeius'un⁴³ rahip doktorlarının hastalarını afyon ile tedavi ederken hastalarının yattığı ve afyon etkisiyle uyudukları barınaklarda ilahi rüyalar görüp iyileşmelerini sağlamaya çalıştıkları düşünülmektedir. Romalılar da afyona ilişkin bilgileri Yunanlılardan almışlardır. Roma zamanında, M.S. ikinci yüzyılda, ünlü Yunan kökenli doktor (ve filozof ssc) Aelius Galenus (Galen)'un afyonu savunduğu ve elde kalan metinlerinin yüzyıllarca Avrupa'yı etkilediği bilinmektedir. Roma İmparatorluğunun gerilemesini takiben Arap tacirler afyonu İran'a (Persia), Hindistan'a, Çin'e, Mısır'a Kuzey Afrika'ya ve İspanya'ya taşıdılar. Müslümanların onuncu ve onbirinci yüzyıldaki fetihleriyle birlikte afyon ticareti Avrupa'ya yerleşmiş oldu.⁴⁴ Antik Yunanlılar bu bitkinin özüne opion demekteydiler ve bugün Batı dillerinde kullanılan opium sözcüğü de buradan gelmektedir. Bilinen tarihsel kayıtlara göre haşhaş bitkisinden elde edilen afyon sakızının içinde şeker, protein, kauçuk yağı gibi maddelerin yanında morfin, narkotin, kodein gibi sayıları yirmiyi aşkın alkaloid denilen zehir bulunmaktadır. Botanik olarak papaver somniferum (uyku getiren papaver bitkisi) olarak adlandırılan afyonun elde edildiği haşhaş bitkisinin anavatanının Doğu Akdeniz olduğu düşünülmektedir. Fakat antik dönemlerden bu yana Avrupa'da yaygın olarak yetiştirilip kullanılmıştır. Haşhaş uygun hava koşulları olduğunda tüm dünyada yetiştirilebilir bir bitkidir ve yetiştirilmektedir.

A-Modern Zamanlarda Uyuşturucu

Afyona ilişkin modern incelemelerin ilk örneklerinden birisi İngiliz Doktor John Jones tarafından 1700 yılında yapılmış ve Jones afyonu süt suyunun en şişkini (most turgid of milky juice) olarak nitelemiştir.⁴⁵

⁴³ Antik Yunan mitolojisinde hekimlik ve şifa tanrısı.

⁴⁴ Louise Foxcroft, *The Making of Addiction: The Use and Abuse of Opium in Nineteenth Century Britain*, Ashgate Publishing, Burlington VT USA, 2007, s. 9.

⁴⁵ *Ibid* s. 8.

Eczacı Friedrich Wilhelm Sertürner, Hannover’de 1807 yılında morfini ham afyondan ayırarak, antik Yunanın rüyalar tanrısı Morpheus’a atfen isimlendirmiş ve uyuşturucu (drug) konusundaki klasik makalesini yine aynı yıl yayımlamıştır. Eroin ise Londra’daki Aziz Mary Hastanesi’nde 1874 yılında yarı sentetik bir afyon olarak, doğal maddenin kimyasal yapısı modifiye edilmek suretiyle morfinden elde edilmiştir. Eroin 1890 yılında Almanya’da yeniden keşfedilmiş, Almanca tıbbi terminolojide büyük ve güçlü manasındaki “heroisch” kelimesinden esinlenerek ticari olarak heroin (eroïn) adıyla Bayer tarafından piyasaya sürülmüştür. Yine de bu dönemde en çok ve yaygın kullanıma sahip madde ham afyon olmuştur.⁴⁶

Ondokuzuncu yüzyıl, aynı zamanda uyuşturucu kaynaklı sorunların arttığı bir yüzyıldır. Birçok uzman belirtilen artışı moderniteyle bağlantılı bir kültürel kriz sorununun parçası olarak değerlendirmişlerdir. Uyuşturucu bağımlılığı Aydınlanmanın önemli düşünürü I.Kant’ın özerk, kendi kurallarını koyan burjuva birey idealinin de iniş geçişini sembolize eder hale gelmiştir. Bürokrasi ve şirketler tarafından yönetilen bir ekonomik düzende, rekabet, hız ve bununla birlikte gelen stres insanları intoksike maddelere karşı daha korumasız hale getirmiştir. İnsanlar kendi keşifleri olan bir şeyin kölesi haline gelmektedirler. Bu haliyle narkotik bağımlılığı modernitenin en kötü senaryosu gibi gözükmeye başlamıştır. Uyuşturucu kullanımına yönelik artan bu tehdide yasal düzenlemelerle karşı koyma, bir manada, modern kapitalizme ve teknolojiye karşı geliştirilen ilerici düzenlemelerin bir alt kümesi olarak da değerlendirilebilir.⁴⁷

Elbette için kültürel boyutu da unutulmamalıdır. Oscar Wilde, 1891 basımı *Dorian Gray’in Portresi* adlı eserinde, “Birinin unutmama ve kaygısızlık satın alabileceği batakhaneler vardı, o korku mekânları ki eski günahlara ilişkin hatıralar yeni günahların oluşturacağı delilik hali ile hafızadan silinebilirdi” diyerek Londra’da uyuşturucu içilen mekânları edebi bir dille ele almaktadır. İngiltere’de Viktoryen dönem

⁴⁶ Ibid s. 10.

⁴⁷ David T. Courtwright, Timothy A Hickman, “Modernity and Anti Modernity: Drug Policy and Political Culture in the United States and Europe in the Nineteenth and Twentieth Centuries,” in *Drugs and Culture Knowledge, Consumption and Policy*, Geoffrey Hunt, Maitena Milhet, and Henri Bergeron (ed.), Ashgate Publication, Burlington VT USA, pp. 213-225, s. 214.

edebiyatının ve popüler kültürünün birçok alanında uyuşturucu kullanımını yaygın şekilde işlenmiştir. Bu da, esasında, on dokuzuncu yüzyılda uyuşturucu kullanımının Batı kültürünün ve edebiyatının önemli bir parçası haline geldiğini göstermektedir.

B-Aydınlanma, Modernite ve Bağımlılık

1- Genel Olarak Bağımlılık

“Bağımlılık” kavramı terim olarak ilk kez I. Dünya Savaşı sonunda 1920’lerin başında kullanılmaya başlandı ise de, madde kullanımına dair çalışmalar, teşhis ve tedaviler erken on dokuzuncu yüzyıla kadar gitmektedir.

Bu çerçevede bağımlılık sözcüğünün günümüzdeki anlamına baktığımızda, Joseph Segen’in *Mevcut Tıbbi Lisan, Tıbbi Terimler, Argo ve Jargon Sözlüğü* (*Current Medical Talk: A Dictionary of Medical Terms, Slang and Jargon 1995*) günlük kullanımda bağımlılık, “bağlılık ve alınmadığında yoksunluk belirtileri gösterir bir şekilde bir maddeye fizyolojik, fiziksel ve psikolojik anlamda bağlı olma hali” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸

2- Aydınlanma ve Bağımlılık

Aydınlanma düşüncesi insan rasyonalitesi ve özgür iradeye dayalı bir iyimserliğe sahipti. Delilikten eşcinselliğe değin her şeyin tedavi edilebileceğine olan güven aydınlanma düşüncesinin ve onun yarattığı iyimserliğin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştı.⁴⁹ Aydınlanma düşüncesi bağlamında insanın günahkâr olduğu ve dünyanın şeytani güçlerce mahvedilebileceğine yönelik eski inanç ortadan kalkmış, insan rasyonalite ve özgür irade çerçevesinde tanımlanmaya başladığından herkesin kendi kendini kontrol edebileceği anlayışı ortaya çıkmış ve doktorların ise iradenin kontrol edemediği davranışlara odaklandığı bir süreç başlamıştı. Foucault’nun *Deliliğin Tarihi* adlı eserinde de ayrıntılı olarak incelediği üzere, kendi kendini kontrol deliliğine ilişkin bir çözüm haline geliyordu. Çünkü deliliğin temelinde öz kontrolün

⁴⁸ J.C Segen, *Current Med Talk: A Dictionary of Medical Terms, Slang&Jargon*, Applegon&Lange, MI, 1995.

⁴⁹ Peter Ferentzy, “Foucault and Addiction” *Telos: Critical Theory of Contemporary* 2002 (125): 167-191 (2002) 171.

kaybedilmesinin olduğu düşüncesi artık kabul görüyordu.⁵⁰ Bugün bağımlılara ilişkin yaygın bakışta olduğu gibi deliller de, acı ve ızdıraptan sorumlu tutulmasalar da, birlikte tedavi sürecinde sorumluluk kendilerine yükleniyordu.⁵¹

Bağımlılık dediğimiz kavram on dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren bir sosyal bilimsel sorun olarak görülmeye başlanmıştı. Geç modern zamanlarda meydana gelen bu gelişme geçmişle radikal bir kopuşa da tekabül etmekte, adeta “bilinçte bir devrim” olarak nitelenmekteydi. Bu gelişimin maddi temeli kokain, morfin, kodein ve afyon gibi maddelerin uluslararası kapitalist pazarda ulaşılabilir hale gelmesinin yanında, (modern) tıbbi amaçlarla da kullanılmasıydı. Bu gelişmeyle birlikte uyuşturucu kullanımı önce patolojik bir durum olarak nitelendirilmeye başlanmış, ardından suçun konusu haline getirilmişti. Yine bu dönemde, bağımlı olunan maddeye yönelik doyurulamaz tutku hali eski dönemlerde bu hususları açıklamak için kullanılan ruhani, şeytani ve mistik güçlerin yerini almaya başlamıştı. Böylece bu doyurulmaz tutkuya (craving) odaklanma, konuya ilişkin ampirik ve seküler bir açıklama getirmenin yanında, bağımlılığın kaynağını da mistik dış güçlerden alıyor ve alkoliğin ya da madde bağımlısının beynine yerleştiriyordu.⁵² Aydınlanma etkisindeki Batı düşüncesi bireyin özgür iradesini merkeze koyan bir felsefeden hareket ettiği için, her türlü bağımlılık hali özgür iradenin ihlali olarak değerlendirilmeye başlanmıştı. Bu bağlamda özgür iradenin kaybedilmesi ile birlikte bireyin düşüncesi ve davranışları üzerindeki kontrolünü kaybetmesi tüm psiko-davranışsal hastalıkların ortak yönüydü.⁵³

Genişletilmiş bağımlılık paradigmasında maddenin ve davranışların bağımlılıkla ya da bağımlı olmamakla ilişkilendirildiği düzlem bedenini kendisi haline gelmişti. Bu noktada artık söz konusu olan tarihsel, kültürel ve sosyo-politik alanın dışında atıl olarak duran bir (uyuşturucu) madde veya biyolojik varlık değil, bağımlı bir bedendi

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Foucault, *Deliliğin Tarihi, Akıl ve Akıl Bozukluğu, Klasik Çağda Deliliğin Tarihi*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara, 1992.

⁵¹ Peter Ferentzy, “Foucault and Addiction”, s. 171.

⁵² *Ibid* s. 173.

⁵³ *Ibid* s. 174. Bu bakış özellikle 1980’lerle birlikte yeniden ele alınıp günümüze uyarlanarak sex bağımlılığı, oyun bağımlılığı vs. gibi terimler türetilmiştir.

ve bağımlılığa ilişkin yeni anlayışın etkisiyle, artık her nasılsa, tam bir özgürlüğe sahip olmayan iradeyle (will), saf bir isteme sahip olmayan seçme (choice) vardı.⁵⁴

3- Modernite ve Bağımlılık

Modern zamanlarda bağımlılığa ilişkin ilk düşünceler alkol tüketimiyle ortaya çıkmıştı. Esasen on dokuzuncu yüzyıl ortalarında alkol bağımlılığı uyuşturucu bağımlılığına ilişkin adeta bir model oluşturmuştu. Önceden insanların istedikleri için sarhoş oldukları yönünde bir inanç var iken, on sekizinci yüzyıl sonunda Amerikalıların önemli bir kısmı karşı konulmaz bir içme isteğine ilişkin konuşmaya başlamışlardı.⁵⁵Konu oldukça ayrıntılı ve tartışmalıdır. Ancak konumuz bağlamında on dokuzuncu yüzyıl başlarında Amerika (aynı zamanda İngiltere’de) ortaya çıkan Ölçülülük Hareketine (The Temperance Movement) de değinmek gerekiyor. Alkol tüketimine yönelik bu toplumsal hareket alkol kullanımına yönelik tedbirler alınmasını savunmakta ve siyasiler üzerindeki politik etkilerini kullanarak, yasaklama da dâhil, alkole ilişkin yasal düzenlemeler yapılmasını sağlamaya çalışmaktaydı.⁵⁶

Esasen bu dönemde ölçülülük bir değer olarak öncelikle zenginler arasında kabul gördü. Hemen ardından ise orta sınıf bunu bir değer olarak kabul etti. Buradaki amaç toplumda iflah olmaz alkolikleri bu durumdan kurtarmaktan çok, akli başında insanları alkolizm

⁵⁴ Anna Alexander; Mark S. Roberts, “Introduction” in High Culture, Reflection on Addiction and Modernity, Anna Alexander and Marx S. Roberts (ed.), SUNY Press, Albany NY, 2003, s.2.

⁵⁵ Peter Ferentzy, “Foucault and Addiction”, s. 169.

⁵⁶ Christopher C.H. Cook, Alcohol, Addiction and Christian Addicts, Cambridge University Press, UK, 2006, s. 79. ABD’de 1826 yılında Amerikan Ölçülülük Derneği kuruldu. 1829 itibarıyla ise bu konuda binin üzerinde dernek faaliyete geçti ve üye sayısı 100.000’e ulaştı. Bu hareketi daha çok tıp doktorları ve din adamları destekliyorlardı. 1830’larda ise hareketin genel ilkeleri ortaya çıktı. Buna göre alkol doğası gereği alışkanlık yapan bir maddeydi ve düzenli kullanımı müzmin sarhoşluğun nedeniydi. Alkol kullanıcının kendi ahlaki eylemini kontrol gücünü zayıflatıyor, hayvani duyguları öne çıkartıyor, yoksulluğa ve suça neden oluyordu. Alkol bir zehirdi ve birçok hastalığa sebep oluyordu. 1846 yılında Main eyaleti alkol tüketimini yasaklayan ilk eyalet oldu. Bunun ardından diğer Amerikan eyaletlerinde üç dalga halinde yasaklamalar gelmeye başladı ve en sonunda 1919 yılında ABD Anayasası’nın on sekizinci ek maddesi ile ulusal düzeyde alkol yasağı getirildi.

batağından çekip çıkarmaktı. Burada Ölçülülük Hareketinin ve alkol yasaklarının sanayileşmekte olan İngiltere’de (ve Amerika’da) disiplinli işçilere olan ihtiyaçtan mı kaynaklandığına ilişkin olarak, neden-sonuç ilişkisine dayalı bir yargıya ulaşacak kadar elimizde veri bulunmamakta. Fakat şunu söyleyebiliriz ki orijinal amaç kesinlikle bu değildi.⁵⁷Kanaatimce daha sonra, özellikle sanayileşmenin hızlanmasıyla birlikte, ayık ve disiplinli bir işçi sınıfına sahip olma da pekâlâ Ölçülülük Hareketinin esaslı amaçlarından birisi haline gelmiş olabilir. Nitekim bu dönemde paralı sınıf tarafından aylak görünümlü işçi sınıfının düzene sokulmasına yönelik çabaların olduğu biliniyor. Bunun ötesinde, Methodist alt sınıfların kendilerine yönelik olarak ciddi ve akli başında olmaya yönelik çabaları oldukça iyi bir şekilde kayıt altına alınmıştır. Bu ise aşağı sınıflar arasında dahi kronik içki müptelalığının bir günah olmaktan çok, hastalık olarak görülmeye başlandığını göstermektedir.⁵⁸ Ölçülülük Hareketi alkol tüketimine karşı ortaya çıkmış olsa da, teşvik ettiği değerler açısından uyuşturucu kullanımına dair on dokuzuncu yüzyıl sonu ve yirminci yüzyıl başındaki politik/kültürel vasatın oluşumuna da katkıda bulunduğu açıktır.

Yine bu dönemde, ABD’nin birçok yerinde ve İngiltere’de alkol yasaklarının gündeme geldiğini görüyoruz. Bu noktada artık söz konusu olan negatif bir tavırla duygu ve tutkuların bastırılması değildi. Toplumsal açıdan bundan çok ama çok daha önemli ve köklü bir değişiklik meydana gelmişti. Ayıklık ve ölçülülük pozitif değerler olarak kabul görmeye başlamıştı.⁵⁹ Düşünceme göre, bu durum ilgili değerlerin geçmişte o toplumda yer etmediği anlamına gelmemektedir. M. Weber’in de ortaya koyduğu gibi⁶⁰ tutumluluk ve çalışmanın bir erdem olarak görüldüğü Protestan ahlakında bu erdemlerle ölçülülük ve ayıklık değerleri arasında organik bağ olduğuna ilişkin bir kuşku olmamak gerekir. Kanımca artık burada söz konusu olan dine dayalı olmayan seküler bir dünyadır ve onun değer anlayışında bahse konu değerlerin merkezi bir önem kazanmasıdır. Kötülük artık bizim dışımızdaki ruhani, şeytani, mistik güçlerin işi değildir. O doğrudan bi-

⁵⁷ Peter Ferentzy, “Foucault and Addiction” s. 186.

⁵⁸ Ibid s. 186-187.

⁵⁹ P. Ferentzy, “Foucault and Addiction”, s. 187.

⁶⁰ Bu konuda bkz. Max Weber, Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu, Bilgesu Yayıncılık, İstanbul, 2011.

reyin özgür iradesinin yitimiyle öz kontrolünü kaybettiği bir durumdan kendisini iblislerle değil, yine kendisiyle savaşıyor olarak kurtaracağı ve ayıklık ve ölçülülük değerlerine uygun yaşayacağı bir mücadele haline gelmiştir. Mücadele edilmesi gereken güçler dışarıda değil, içeridedir. Yine bu çerçevede bir Aydınlanma değeri olan bireysel özgürlük de dikkate alınmalıdır. Aydınlanmacı değerlerin etkisindeki geç modern devlet için bireyi bu özgürlük halinden alıkoyan davranış biçimleri de sadece yasaklamanın konusu olabilecektir.⁶¹ Bu nedenle, bağımlılık halinin toplumsal birçok sorunun (zaman zaman da tüm sorunların) temelindeki neden olarak görülmesi tesadüf değildir. ABD’de madde bağımlılığı sorunu son yüzyılda temel bir sorun olarak görülmüştür. Özgürlük gibi Amerikan politik düşünce ve yaşamının en temel unsuru olan bir değerden mahrum kalmaya yol açan bir bağımlılığa sahip olmak, bu spesifik politik toplumda bağımlılığa yönelik geliştirilen hukuki düzenlemelerin ve alınan politik kararların önemli bir nedenini de bizlere göstermektedir.

4- Bağımlılığın Psikolojikleştirilmesi ve Mevcut Durum

Yirminci yüzyılla birlikte bağımlılıkla ilişkilendirilen uyuşturucu maddelerin sayısında bir artış olmakla kalmamış, bunun dışında insana ilişkin belirli durum ve davranışlar da bu başlık altında incelenmeye başlanmıştı. Bristol’lü hekim James C. Prichard tarafından ‘ahlaki çılgınlık (moral insanity)’ olarak tanımlanan halde iken kişi aklını kaybetmemekle beraber, yaşamda edepli ve uygun davranma yetisini tamamen yitirdiği ahlaki bir bozulmaya uğruyordu. İşte yirminci yüzyıl başında yaygın olarak kullanılan bu terim Alman terimi psikopat kişilik (psychopatische Persönlichkeit) terimiyle adeta aşılacak suretiyle, belirtilen kişilik hali (ahlaki çılgınlık) belirli ölçülerde psikolojikleştirilmiştir. Bu kişiler hırsızlık, cinsel sapkınlık, cinayet gibi büyük suçları, neyi ihlal ettiğinin tümüyle farkında olsa dahi, tam bir kayıtsızlıkla işleyebiliyorlardı. Bu anlamda psikopat kişilik var olan ahlaki ve hukuki standartlardan hiçbir şekilde etkilenmeyen kişilik olarak tanımlanıyordu.⁶²

⁶¹ P. Ferentzy, “Foucault and Addiction”, s. 190.

⁶² David Courtwright, Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America, Harvard University Press, Cambridge MA, 2001. s. 129-130.

İşte tıbbi olmayan uyuşturucu kullanıcısı birçoğlarına göre bu kişiliğe uyuyordu. Onun bağımlılığı kendisini ve toplumu düşünmeyen sorumsuz ve hedonist bir arayışın sonucuydu. Bağımlı kişi hala akli dengesi bozuk bir kişi olarak niteleniyordu. Bu akli bozukluk spekülatif etiyolojileri çöken ayyaşlık kuramcılarının (inebriety theorists) söylediği manada değildi artık. Psikopat bağımlının ahlaki kişiliği daha başlangıçta umutsuz bir şekilde sapkın haldeydi. Pejoratif bir kullanım için öngörülme de psikopati terimi bağımlıya ve onun konumuna ilişkin daha ciddi ve pesimist bir kullanımı da beraberinde getiriyordu.⁶³

Her Şeyden önce Şunu kabul etmemiz gerekmektedir: Bağımlılık karmaşık bir kavramdır ve bu hususta son dönemlerde yapılan tıbbi ve sosyolojik araştırmalar bağımlılığa ilişkin toplumda genel olarak kabul edilen yargılarla çelişmektedir. Gerçekten uyuşturucu farklı kişilere farklı etkilerde bulunduğu gibi aynı kişilerde yaptığı etki de değişebilmektedir. Bu konuda yapılan bazı araştırmalar, kullanılan uyuşturucunun etkisinin içerdigi maddeden çok içinde kullanıldığı çevreden kaynaklandığını göstermektedir. Yapılan birçoğ çalışmaya rağmen, bağımlı olmadan uyuşturucu kullanma alışkanlığının kronik psikoz organik bir bozulmaya yol açtığı kanıtlanamamıştır. Foxford'a göre, modern bağımlı olmanın en zararlı sonuçları narkotik yasalarından kaynaklanmaktadır. Başka bir görüş uyarınca ise uyuşturucu kullanımından kaynaklanan somatik ya da psikolojik etkiler maddenin kendisinden çok, maddenin saflığını bozan katkılardan (kimyasallar gibi) ve çevreden kaynaklanmaktadır.⁶⁴

Şurası açıktır ki, bizim de etkisi altında olduğumuz Batı düşünce ve uygulamasında bağımlılık kavramı özgür irade ve insan rasyonalitesini esas alan bir normalite rejiminden esaslı bir sapmaya tekabül etmektedir. Bu sapma, insan rasyonalitesi ve özgür iradeye ilişkin ön kabuller, değerler, kurumlar ve inançlar tarafından beslenen Batı politik ve hukuki düşüncesi açısından da başlı başına bir tehdit unsuru haline gelmektedir.

Bugün tıbbın, kriminolojinin, politikanın, sosyal psikolojinin ve psikiyatrinin disipline edici diskurları bağımlılık ve bağımlılık pra-

⁶³ Ibid s. 130.

⁶⁴ Ibid s.7.

tikleri konusunda yapılan birçok araştırmayı şekillendirmektedir. Bu bağlamda bu hususta yapılan bilimsel çalışmalar ve üretilen söylemler uyuşturucu maddenin ve kullanımının kontrolüne odaklanmaktadır. Aynı şekilde bugün bağımlı kelimesi sosyal olarak aykırı, kabul edilemez ve her bakımdan korkulması, ortaya çıkarılması ve bastırılması gereken davranışlarla ilişkilendirilerek pejoratif bir mana kazanmıştır.⁶⁵ İşte, uyuşturucu kullanımına ilişkin olarak bugün ülkemiz dâhil birçok ülkeyi önemli ölçüde etkileyen tıbbi-cezai temelli güvenlikçi bakışın kökenlerinin yirminci yüzyıl başında ABD’de ortaya çıkan güvenlik merkezli tıbbi-cezai rejimde aranması gerektiğini düşünüyoruz. ABD’de yirminci yüzyıl başında inşa edilen sözü geçen güvenlik merkezli tıbbi-cezai rejime odaklanmadan önce, bu rejim öncesinde uyuşturucu kullanımına ve ‘bağımlılığa’ ilişkin olarak ortaya çıkan ve bahse konu rejimin oluşmasına büyük katkı sağlayan söylem ve pratiğe de kısaca bakmakta yarar var.

5- Göçmen Bir Toplumda İki Yeni Fenomen: Uyuşturucu ve Bağımlılık

ABD’de on dokuzuncu yüzyılda baskın bağımlı türü orta yaş, orta sınıf ya da orta üst sınıf kadındı. Bağımlılar tarafından yaygın olarak kullanılan uyuşturucular ise morfin ve afyonu. Bağımlılık vakaları ise tıp kökenliydi. 1940’larda ise baskın bağımlı türü genç, alt sınıf erkek ve bağımlılar tarafından yaygın olarak kullanılan uyuşturucular ise eroin ve morfindi artık. Bağımlılık vakalarının çoğu ise tıbbi değil, tıp dışı kullanımlara tekabül etmekteydi. ABD’de bu hususta meydana gelen radikal değişim için *junkie* sözcüğünün etimolojisine bakmak yeterli olabilir. New York’ta yaşayan uyuşturucu bağımlıları 1920’li yıllarda endüstriyel çöplüklerden topladıkları bakır, demir, kurşun ve çinko artıklarını satarak hayatta kalmaktaydılar. Yani *junkie* orijinal manada hurdacı demektir; fakat çok değil bir kuşak sonra uyuşturucu bağımlıları için kullanılmaya başlanmıştı.⁶⁶

Geç on dokuzuncu yüzyılda bağımlılığın tıbbi karakteri ortaya konulmak suretiyle büyük bir gelişme yaşanmıştı. Bu gelişmede önce, on

⁶⁵ A. Alexander, “Introduction” in High Culture, Reflection on Addiction and Modernity, s. 3.

⁶⁶ D. Courtwright, Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America, s.110.

dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında, bağımlıların tedavisini amaçlayan merkezler kurulmuştu. Bununla birlikte, bu dönemde uyuşturucu bağımlılığı ile alkol bağımlılığı arasında bir ayırım yapılmamış ve her ikisi de "sarhoşluk" ya da "ayyaşlık" genel başlığı altında ele alınmıştı.⁶⁷ Yirminci yüzyıl başında ise, bizatihi narkotik bağımlılığının teşhis ve tedavisine yönelik biyo-psikolojik yaklaşımın yeniden gündeme geldiği görölmektedir. Fizyolojik model narkotik maddenin bağımlılık yapıcı doğası üzerine eğilirken, psikolojik model önceliği bağımlı kişinin psikolojik yapısına vermekte ve belirli kişilerin var olan psikolojilerinin onları uyuşturucu madde kullanmaya yöneltme açısından çok daha elverişli bir durum yarattığını iddia etmekteydi.⁶⁸

ABD'de on dokuzuncu yüzyılda bağımlı popölyasyonunun büyük çoğunluğu tıbbi bağımlılar iken, bağımlıların bakımlarının kısılması veya başka tür bir zorlayıcı hukuki eylem için, afyon içimini önlemeye yönelik kararnameler hariç, yasal düzenleme yapılması yönünde çok az bir çaba vardı. Zaman içinde bağımlılık giderek yeraltına doğru çekilip, tıbbi olmayan bağımlıların sayısı arttıka bağımlılara yönelik tavır ve politikalar da değişti. Amerikalılar alt sınıf mensubu olarak gördükleri bu yeni tür bağımlıları sorumsuz ve nefesine düşkün insanlar olarak değerlendirip, gittikçe artan bu 'tıbbi olmayan bağımlı' çoğunluğu kızıyorlar, onları hiçbir şeye hakkı olmayan ve karşılarına yeni bir kisve ile çıkan fakirler olarak görüyorlardı. Aynı zamanda onlardan korkuyorlardı.⁶⁹

ABD'ye afyon ithalatına ilişkin ilk istatistikler başlangıç olarak 1840 tarihini göstermektedir. Bu tarihten sonra yayınlanan istatistiklerde sürekli bir artış trendi söz konusudur. Kişi başına düşen afyon ithalatı 1896 yılında tavan yapmıştı. İç Savaşta yer alan ve sayıları bilinmeyen bazı askerlerin savaş sonrası afyon kullanımını başkalarına da yaymış olabilecekleri düşünülmektedir. Morfin ise 1870'lere kadar büyük oranlarda ithal edilen bir narkotik değildi. Uyuşturucu kullanımının artışında diğer etken, bu kullanıma ilişkin çok az bir korkunun olduğu bir dönemde, afyonun hekimler ve patentli ilaç üreticileri tarafından yaygın olarak kullanılmasıydı. 1906 tarihli Saf Gıda ve

⁶⁷ S. Ghatak, "The Opium Wars", s. 48.

⁶⁸ Ibid s. 48

⁶⁹ D. Courtwright, Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America, s. 140.

İlaç Yasası'na kadar afyon içeren patentli ilaçların üzerinde buna ilişkin herhangi bir etiket bulunmamaktaydı. Morfin, kokain, lodanum ve hatta (1898'den sonra) eroin içeren birçok tescilli ilaç herhangi bir dükkândan ya da posta yoluyla temin edilebiliyordu. Bu yüzyılda bu hususta eyalet düzeyinde hukuki düzenleme yapılması yönündeki çabalar başarısızlıkla sonuçlanmıştı. Afyon tedavisi için dahi büyük oranda afyon kullanılırken, yüksek ateş tedavilerinde ise kokain içeren ilaçlar kullanılıyordu. Coca Cola dahi kafein kullanmaya başladığı 1903 yılına kadar üretimde kokain kullanmıştı.⁷⁰

Bu dönemde ABD'de uyuşturucu kullanımına yönelik oryantalist bir bakış açısı da hâkim durumdaydı. ABD'de uyuşturucu kullanımı Doğu ile özellikle de Çinlilerle ilişkilendiriliyor, uzak mesafelerden ithal edilen bu yabancı tehdidin çalışkan olsa da bu tür kötü alışkanlıklara yatkın Amerikan halkı için bir tehlike olduğu düşünülüyordu.⁷¹ Afyon tüketimi dışındaki uyuşturucu kullanımında 1896 sonrası göreceli bir azalma meydana gelmişti. Afyon kullanımı on dokuzuncu yüzyıl ortalarından itibaren Çinlilerle- ki o dönemde özellikle ABD'nin Batı kıyılarında eziyete uğrattılıyorlardı- ilişkilendirildiğinden ve bu kullanım Amerika'ya ve Batıya ait olmayan bir eylem olarak görüldüğünden 1909 yılı itibariyle ABD'de yasaklanmıştı. Afyon kullanımı ile Çinliler arasında kurulan bağ nedeniyle bu tarihten itibaren Çinli göçmenlerin hemen hemen tümüyle ABD'ye alınmasına son verilmişti.⁷²

Erken yirminci yüzyılda narkotiklere yönelik küresel yasaklama kampanyasını da ABD yürütmüştü. ABD, 1909 yılında uluslararası alanda afyon trafiğinin görüşülmesi için ilk milletlerarası toplantıya öncülük etti. Bu yolla ABD ham narkotiğin işleyici ülkelere ve sonrasında da marketlere akışını kontrol etmek istiyordu.⁷³

Göçmenler tarafından beslenen bir nüfus yapısına sahip ABD'de kalıtıma ilişkin konular (her zaman iyi niyetten de kaynaklanmayan) değişik biçimlerde ortaya çıkmıştır. Güçlü bir orta sınıf ethosu, vahşi

⁷⁰ David F. Musto, *The American Disease, Origins of Narkotik Control*, Oxford University Press, New York NY, 1999, s. 2-3.

⁷¹ Timothy Hickman, "Drugs and Race in American Culture: Orientalism in the Turn of the Century Discourse of Narcotic Addiction", *American Studies*, Vol. 41, No.1 (Spring 2000), pp. 71-91.

⁷² D. F. Musto, *The American Disease, Origins of Narkotik Control*, s 3-4.

⁷³ *Ibid* s. 3

sınırlar (wild frontiers), ilkel hatta hayvansı (siyahlar ve Kızılderililer gibi) olarak nitelendirilen ırklardan kaynaklanan korku gibi hususlar öz kontrol, özerklik ve özgürlüğün önemsenmesine yol açmıştı. Geç on sekizinci yüzyıldan günümüze değin, sarhoşluğa, eroine, ot, kumar ya da kişiye bağlılığa (codependency) dair olsun bağımlılık hali, tartışmalı da olsa, ABD’de psikoloji alanının en önemli konusu olmuştur. Suça yönelik savaş dahi alkol ve uyuşturucuya yönelik mücadele tarafından gölgelenmiştir.⁷⁴

ABD’de yirminci yüzyılın erken dönemlerinde afyon kullananların sayısı azalsa da bunların yerini eroin ve morfin kullanıcıları almıştı. 1895 ile 1915 yılları arasında tıbbi bağımlıların sayısında bir azalma olsa da, tıbbi olmayan bağımlıların sayısında fark edilebilir bir azalma gözlemlenmemiştir. 1915 sonrasında ise, özellikle şehirlerin varoş bölgelerinden genç kullanıcıların katılımıyla, tıbbi olmayan bağımlıların sayısı yükselmeye başlamıştı.⁷⁵ Tıp dışı uyuşturucu kullanımında 1939 Eylül’üne kadar inişler ve çıkışlar olmakla beraber, düzenli bir iniş trendi görülmektedir.⁷⁶

IV- ABD’de Yirminci Yüzyıl Başında Tıbbi-Cezai Kontrol Rejiminin Oluşması

ABD’de yirminci yüzyıl başında ortaya çıkan narkotik kontrol rejimi, yukarıda anlattığımız biyoiktidar ve yönetimsellik anlayışları içerisinde, toplumun sağlığına ve zenginliğine yönelik risk ve tehditlerden onu korumaya yönelik bir güvenlik mekanizmasına ve Foucaultcu manada bir iktidar rejimine tekabül etmektedir. Bu dönemde kolektif

⁷⁴ P. Ferentzy, “Foucault and Addiction”, s. 168. Bu durum hemen hemen on dokuzuncu yüzyıl boyunca geçerli olmuştur. Bu dönemde suça karşı mücadele dahi alkole karşı mücadele başlığı altında ele alındı ve birçok suçun sarhoşluk sonucu işlendiği iddia edildi. Aynı durum yasadışı ilan edilen eroin ve alkole karşı savaş yürütülen yirminci yüzyıl başında da devam etti. ABD’de ancak 1940’larla birlikte suç madde bağımlılığından ayrı olarak değerlendirilmeye başlandı. Lakin 1980’lerde Reagan yönetimi başlangıçta var olan bu eğilimi yeniden canlandırdı ve sosyal hastalıklara uyuşturucunun- özellikle ot içiminin- yol açtığı gerekçesiyle bu hususta yeni bir savaş başlattı. 1960 ve 70’lerde karşı- kültür (counter-culture) akımları da özellikle seks ve uyuşturucuya yönelik korkuları önemli ölçüde kökürlemişti. 1980’le birlikte ise uyuşturucu bağımlılığı, tıpkı on dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyıl başında olduğu gibi, popüler bir kaygı haline geldi.

⁷⁵ D. Courtwright, *Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America*, s: 111.

⁷⁶ *Ibid* 116.

bir bakış açısıyla uyuşturucu sorunu kamu sağlığına ve ulusal gelişmeye bir engel olarak görülmekteydi. Böylece narkotik kontrol politikası kamuyu ve ulusu bu tehlikeden korumak için bağımlılık yaratan maddelerin toplumda yaygınlaşmasını önlemeye dayalı bir kontrol ve gözetleme mekanizması şeklinde oluşturulmuştur. Bireysel düzeyde ise bağımlı kimse sapkın bir özne olarak nitelendirilmiş ve bağımlılığın psikolojik ve somatik nedenlerini anlamaya çalışan ve tıbbi-cezai (medico-penal) tekniklerden oluşan bir idare rejiminin tam ortasına konumlandırılmıştır. Kuşkusuz bu rejimin amacı bağımlı kişiyi normal bir özne haline getirmektir. Nitekim farklı söylem, düzenleme ve pratikler olmakla birlikte, bugüne kadar gelen Amerikan uyuşturucu politikası bir yönüyle polisiye düzenlemeleri içerirken, diğer yönüyle de tıbbi-cezai teknikleri ihtiva etmektedir. Bu disiplin ve kontrol rejiminin en önemli unsurları kuşkusuz gözetim ve kontrolü sağlayan polis gücü ile kamusal sağlık için oluşturulan (teknik, idari) mekanizmalardır. Yine bu dönemde uyuşturucu maddelerin ve uyuşturucu bağımlılarının kontrolü hükümet düzenlemelerinin ve suçu önleme politikalarının önemli bir parçası haline gelmiştir.⁷⁷

ABD’de tıbbi-cezai kontrol rejimi kurumlar, pratikler, söylemler ve yorumlarla (mahkeme kararları) kurulmuştur. Esasen uyuşturucu bağımlılığına ilişkin ahlaki söylem, on dokuzuncu yüzyıl sonu itibarıyla, Ölçülülük Hareketi (the Temperance Movement) ve ilerlemeci dönemin (progressive era) kötülüğe karşı mücadele akımlarıyla yetkin bir şekilde inşa edilmişti. Yirminci yüzyılda, bahsettiğimiz bu gelişmelerle birlikte, bu ahlaki söylemin ötesinde uyuşturucunun ekonomik ve epidemolojik anlamda sosyal tehlikelerine parmak basan bir bilimsel söylem yerleşmeye başlamıştır. ABD’de uyuşturucu ve bağımlılığa ilişkin oluşan söylem çözümün ağırlıklı olarak sert yasalarda, denetim ve kontrolde, polisiye tedbirlerde aranmasına yol açmıştır. Narkotik kontrol rejiminin diğer ucu ise tıbbi tedaviler ve disiplinler cezai yöntemlerle bağımlıların normalleştirilmesine hasredilmiştir.⁷⁸

Zaman içerisinde uyuşturucu kullanım pratiğinde meydana gelen dönüşüm tıbbi teoriyi ve pratiği de etkilemiştir. Tıp dışı kullanım baskın kullanım biçimi olarak ortaya çıktıktan sonra, artan sayıda doktor

⁷⁷ S. Ghatak, “The Opium Wars”, s. 42-43.

⁷⁸ Ibid s. 47

ve halk sağlığı görevlileri bağımlıların zorunlu kuruma kapatılmasını sağlamak ve özellikle tıbbi kaynaklı olmayan bağımlılara uyuşturucu verilmesini önlemek için bağımlılığı psikopatik veya başka bir tür ciddi kişilik bozukluğu olarak değerlendirmeye başlamışlardır.⁷⁹

Yirminci yüzyıl başında Amerikan Eczacılar Birliğinin oluşturduğu Uyuşturucu Alışkanlığının Kazanılması Komitesi bu alışkanlığın kazanılmasının Amerikan yaşamındaki birçok faktörle ilişkili olduğu yönünde bir rapor hazırladı. Rapora göre, hukukçular ve din adamları arasında daha uyanık ve canlı olmak için kokain kullananlar vardı. Bundan daha kötüsü tıp mesleğinin önde gelenleri kendisine karşı savaş vermeleri gereken bir “kötülüğün kölesi” olmuşlardı. Uyuşturucu içeren patentli ilaçlar hızlı bir rahatlama sağlıyorlar, lakin hastalığı ortadan kaldırmıyorlardı. Komite başkanı bu husustaki ihmalin bedelini Amerikan halkının çok yakın bir zamanda ağır bir şekilde ödeyeceğini söylüyor ve “bir kişinin bedenini yok edenlerin onun zihnini ve ruhunu yok edenlerin yanında melek gibi kaldığından” söz ediyordu. 1906 yılında çıkarılan ve başkent Washington D.C.’yi içeren Kolombiya Bölgesi Yasası (the District of Columbia Law) Kongre tarafından kabul edildi ve Amerikan Eczacılar Birliği tarafından birçok açıdan örnek bir yasa olarak nitelendirildi. Bu yasa alışkanlığa yol açan ilaçların yalnızca doktorlar tarafından reçetelendirilebileceğini belirtiyordu. Yine de doktorların iyi niyetle hareket ettiklerini ve bu ilacın hastanın iyileşmesi için gerekli olduğunu ispatlamaları gerekiyordu.⁸⁰

Hamilton Wright tarafından 1910’da yazılan bir raporda, Wright genel suçlu popülasyonunun %45.48’inin bağımlı olduğunu iddia etti. Bu oran genel nüfusta bağımlıların oranından 250 kat fazla idi. Başka yetkililer, kişilik bozukluğu terimi üzerinden giderek, bağımlılığın ve suçlu davranışının aynı kaynaktan beslendiğini iddia ettiler. O dönemde bir ara New York Şehri’nde komiser yardımcılığı da yapan Carleton Simon şöyle demektedir: “İster bir bağımlı suçlu haline gelsin, isterse bir suçlu bağımlı hale gelsin, gerçek şudur ki bunların ikisi de aynı kaynaktan beslenmektedir. Bu kaynak akli, ahlaki ve fiziksel olarak aşağı konumda olanlardan oluşan bir gruptur”. Narkotik yasaların sert uygulanmasının suçlu yarattığı yönündeki iddialara karşı duyarlı

⁷⁹ D. Courtwright, *Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America*, s. 123.

⁸⁰ D. Musto, *The American Disease*, s. 19-22.

olan Narkotik Bürosu ise soruşturdukları çoğu bağımlının uyuşturucu kullanmadan önce de suç işlediğini iddia etmekteydi.⁸¹

Kokain ve morfin kullanımındaki suiistimaller on dokuzuncu yüzyıl sonunda eyaletleri de bu konuda daha sert yasalar çıkarmaya yöneltmişti. 1900 yılının başında narkotik kullanımı ve tıbbi reçeteler yoluyla narkotik içeren ilaçların temini üzerinde federal kontrolün anayasaya aykırı olduğu düşünülüyordu. Zaman içinde federal ticaret ve verginin alanı Federal Yüksek Mahkeme kararlarıyla genişletildi. 1906 yılında Kongre tarafından çıkarılan ve alkol, uyuşturucu ve kokain içeren tüm ilaçlarda bunun belirtilmesi şartını koyan (federal) Saf Gıda ve İlaç Yasası'ndan sonra, Tarım Departmanı tarafından da desteklenen ve eczacılık alanındaki ticareti gerçekleştirenlerden oluşan bir grup, eyaletler arası ticaret hükümlerine dayalı bir anti narkotik yasanın çıkmasını desteklediler. 1912 itibariyle ise, Dışişleri Bakanlığı federal anti narkotik yasanın çıkması için büyük bir kampanya yürütüyordu ve bu yasanın savunucuları yasayla devletin vergi gelirlerinin de arttırılmasını istiyorlardı. Bu federal yasanın taslağının hazırlanması Kongre'ye toplumun ahlaki alanına müdahale anlamında da çok geniş olanaklar sunuyordu. İşte 1914 yılında Harrison Yasası adıyla çıkarılan (federal) Anti Narkotik Yasası 1919 tarihine kadar, genişletilmiş federal polis gücüne ilişkin olarak, bu hususta aleyhte mahkeme kararları da içeren, zorlu bir pratiğe tabi oldu. Federal Mahkeme ancak 1919 tarihi itibariyle yasanın genişletilmiş federal polis gücünü içerdiğini yoruma bağladı.⁸²

A-Harrison Yasası ve Etkileri

Aralık 1914 tarihinde kabul edilen (federal) Harrison Anti-Narkotik Yasası afyon ve kokain ticaretini kontrol altına almak suretiyle, uyuşturucu kontrol rejiminin yasal altyapısını oluşturmuştur.⁸³ Bu yasa narkotik muamelelerinin tümünü yasaklamadığı gibi ilk biçimiy-

⁸¹ D. Courtwright, Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America, s. 141-42.

⁸² D. Musto, The American Disease, s 10. 1937'de çıkarılan Marihuana Tax Act, bu hususta aleyhte mahkeme kararlarına engel olmak için Harrison Yasası'ndan ayrı tutuldu. 1970 tarihli Drug Abuse Act ise Harrison Yasası'nın vergi gelirlerine dayanan yapısını ortadan kaldırırken Kongre'nin eyaletler arası ticarete ilişkin gücüne dayandı. (Ibid s. 10).

⁸³ D.F.Musto, The American Disease, s. 61.

le bağımlılığı da kriminalize etmedi. Yine, ilgili yasa, ÷lke içindeki afyon ticaretini düzenlemenin yanında, buna ilişkin ticari muameleleri de Hazine Departmanının düzenleme alanına bıraktı. Harrison Yasası, meşru narkotik kullanımını sadece tıbbi ve bilimsel ihtiyaçlara hasretti ve lisanslı tıp insanların reçeteleri olmadan her türlü narkotik satışını da yasakladı. Aynı yasa meşru kullanımlar için ithal edilen, üretilen ve dağıtılan narkotik maddeleri vergilendirme yetkisi de verdi. Harrison Yasası'yla Hazine Departmanına bağlı Ulusal Gelirler Servisinde Narkotik Masası kuruldu.⁸⁴

Diğer yandan yasa tıbbi nedenlerle uyuşturucu alanlarda tedirginliğe yol açtı. Nitekim Kamu Sağlığı Departmanına mektup yazan bir kadın, tedavi için uzun yıllardır morfin aldığını belirtip, Harrison Yasası yüzünden bu tedavinin kesileceği yönünde şikâyette bulunmuş, bu şikâyete Mart 1915'te verilen yanıtta yasanın bilgi toplamak amaçlı olduğu ve kendisinin hekiminden morfin almaya devam edebileceği belirtilmişti. Bu tutumun aksine, Ulusal Gelirler Servisi bu konuda yasanın tıbbi amaçlar dışında uyuşturucu alımını yasaklayan normunun yorumuna aykırı davrandığını düşündüğu bağımlılara, tedarikçilerine ve hekimlere yönelik sert önlemler almaya yönelik hazırlıklara girişti. Aynı dönemde, Kongre dâhil, yapılan kamusal tartışmalarda uyuşturucu kullanan hekimlerin sayısının yüksekliğinden bahsediliyor- ki o dönemde yapılan bir araştırmaya göre bu oran %2'dir- ve eğer hekimlerin uyuşturucu kullanımını içeren reçeteleri üzerinde kısıtlama uygulanmaz ise az sayıda hekimin önemli sayıda bağımlıyı yasal kullanımları yapabileceği endişesi dile getiriliyordu. Yine bu dönemde hekimler tarafından yazılan reçetelere ve satılan uyuşturuculara ilişkin olarak detaylı raporlar yayınlanıyordu.⁸⁵

Esasen 1914 itibariyle önemli gazeteler, doktorlar, eczacılar ve Kongre üyelerinde afyon ve kokain kullanımının deliliğe ve suça yakınlığa yol açtığı yönünde bir kanaat oluşmuştu. Bu maddeler, geçmişte olduğu gibi, genellikle yabancılarla ve onların alt gruplarıyla ilişkilendiriliyordu. Buna göre, kokain vahşi bir zenciyi (Negro), afyon hilekâr bir Çinliyi, morfin varoş mahallelerindeki evsiz barksızları akla getiriyordu. Öte yandan uyuşturucu kullanımının yüksek sınıfla-

⁸⁴ S. Ghatak, "The Opium Wars", s. 44.

⁸⁵ D.F. Musto, The American Disease, s. 64-65.

ra doğru yayıldığı korkusu da hâkimdi. Artık uyuşturuculara ilişkin kamusal tartışmalarda sorun onların kontrol edilip edilmeyeceği değil, nasıl kontrol edileceğiydi.⁸⁶

1912 yılında Jacksonville Florida Kamu Sağlığı Direktörü Dr. Charles Terry uyuşturucu bağımlılarını tedavi etmek için bir klinik açmıştı. Bu açılış uyuşturucu bağımlılarının detoksifikasyonu ve bakımının klinikler yoluyla yapılmasına başlamasının ilk uygulamasıydı. Federal Yüksek Mahkemesi (FYM)'nin aşağıda değineceğimiz *Webb v. The United States* kararını takiben bir kısım hekim tarafından 44 bölgede morfin bakım klinikleri açılmış olmasına rağmen, bunların hepsi 1924 itibariyle yasal takip tehdidi altında kapandılar. Daha sonra bu hekimlerin birçoğu Harrison Yasası'nın dar yorumuna dayalı baskıların ve federal müdahalelerin en sert muhaliflerinden oldular.⁸⁷

Orijinal halinde Harrison Yasası sınırlı bir düzenleme getiriyordu. Fakat FYM yasal tıbbi kullanımda meydana gelen suiistimalleri içeren bir dizi olaya ilişkin verdiği seri kararlarla yasanın çerçevesini genişletti. Bu kararlardan en önemlilerinden birisi olan 1919 tarihli *Webb v. The United States*'de FYM, hekimlerin uyuşturucu bağımlı hastalarına kullanırmak için uyuşturucu bulundurmalarının tedavi amaçlı da olsa, Harrison Yasası'na göre suç teşkil edeceğini belirtti. Bir hesaba göre, 1919 ile 1935 tarihleri arasında 25.000 hekim hakkında Harrison Yasası'nı ihlal etmekten soruşturma açıldı ve bunların 2500'ü hapse girdi.⁸⁸ *Webb v. The United States* kararının verildiği yıl bağımlılara yönelik doktor kontrollü-topluluk merkezli tedavi için federal desteği içeren bir yasa teklifi Kongre'de kabul edilmedi. 1924 ile 1935 yılları arasında detoksifikasyon dışında uyuşturucu bağımlılarının tedavisi hemen hemen yok gibidir. Bunun dışında, FYM'nin Harrison Yasası'na ilişkin verdiği kararlar yasayla kurulan Federal Narkotik Bölümünün de otoritesini arttırmış ve yetki alanını genişletmiştir.

1919 tarihli *Birleşik Devletler v. Doremus* kararında FYM yasanın federal görevlilere illegal narkotik alışverişi yapan kişileri soruşturma

⁸⁶ Ibid s. 65.

⁸⁷ William White, "Addiction medicine in America: It's birth and early history (1750-1935) with a modern Postscript" in Principles of Addiction Medicine, 4th edition, R. Ries, D. Fiellin, S. Miller, & R. Saitz, (eds.) American Society of Addiction Medicine. Baltimore MD, 2009, s.92.

⁸⁸ Ibid, s.91.

yetkisi verdiğini ve bu çerçevede kullanılan gücün, eyalet düzeyinde polis gücünün kötüye kullanılması sayılamayacağına hükmetti. 1920 tarihli *Jin Fue Moy v. Birleşik Devletler* davasında ise FYM, hekimlerin ancak çok sıkı kılavuzlar eşliğinde narkotiği hastalarına verebileceklerini, bu sıkı çerçeve dışında kullanıcıların alışkanlıklarını devam ettirmelerine yol açacak şekilde bir narkotik verilmesinin suç teşkil edeceğini hükme bağladı.⁸⁹ Mahkemenin buna benzer kararları devam etti ve 1922 tarihli *Birleşik Devletler v. Behrman* davasında FYM doktorların afyonu reçetelendirebileceklerini, ancak bunun makul oranın üzerinde olmasının şüphe celbedeceğini belirtti. FYM'ye göre, bu durumda sözde reçeteler zarar verici uyuşturuculara ilişkin hastalıklı bir iştahın taltif edilmesi manasına gelebilecek veya Mahkemenin *Webb* ve *Jin* davasında ortaya koyduğu ilkeler doğrultusunda yorumlanacak yasanın ihlalini oluşturacaktı.⁹⁰ *Behrman* kararından sonra Narkotik Masası birçok medikal kliniğe baskın yaptı. FYM bunun akabinde 1925 yılında verdiği *Birleşik Devletler v. Linder* kararında önceki kararlarında kısmi bir değişikliğe gitti ve tıbbi pratiklerin doğrudan kontrolünü hukuk dışı bulmakla beraber, Harrison Yasası'nın gözetim (surveillance) ve bu hususta düzenleme yapmaya imkân verdiğini belirtti. Kimilerine göre FYM'nin bu kararı Narkotik Masasının sonrasında da devam eden doğrudan müdahalelerine engel olmamıştır.⁹¹

Harrison Yasası, daha sonra çıkarılan yasalarla, daha da geniş bir uygulama alanı kazanmıştır. Örneğin, 1922 tarihli Narkotik İlaçların İthal ve İhracı Yasası narkotik maddelerin illegal ithallerinde, bulundurmalarında, alım ve satımlarında vb. eylemlerde hapis cezasının üst sınırını 10 yıla çıkarttı. Yine bu dönemde çıkarılan Miller Yasası ise yasal afyon ve kakao ithalini denetlemek için Federal Narkotik Kontrol Kurulunu (FNCB) kurdu. Daha sonra bu Kurum 1930 yılında Narkotik Bölümüyle birleşmiş ve Federal Narkotik Büro adını almıştır. Kongre ise 1924 yılında eroin üretimini ve ithalini yasaklayan bir yasayı kabul etti. Diğer afyonların aksine, eroinin tıbbi ve bilimsel amaçlardan çok tamamıyla eğlence amaçlı olduğu düşünülüyordu.⁹²

⁸⁹ US Supreme Court. (1920). *Jin Fuey Moy v. United States*, 254 U.S. 189.

⁹⁰ US Supreme Court. (1922). *United States v. Behrman*, 258 U.S. 280.

⁹¹ Ghatak "The Opium Wars", s.44-45.

⁹² *Ibid* s. 45.

B- Uyuşturucuya İlişkin Kamusal ve Kurumsal Söylemin İnşası

Harrison Yasası sonrası bağımlılığa ilişkin demografi ve bağımlılara yönelik bakış ve davranış da değişime uğradı. Esasen Harrison Yasası öncesinde dahi tıbbi bağımlılar azalmaya ve onların yerini yeni tip bir bağımlı türü almaya başlamıştı. Yeni bağımlılar kentlerin varoş mahallerinde yaşayan ve uyuşturucuyu tıbbi gerekçelerle değil, zevk ve heyecan için alan genç erkeklerdi. Bağımlılığın psikiyatrik yönden açıklanmasının yaygınlaşmasıyla birlikte uyuşturucu ve uyuşturucu bağımlılığı sosyal düzensizlikle ilişkilendirilmeye başlandı. Bu noktada bağımlı iki yönden 'tehdit' haline geldi. İlk olarak, bağımlı sosyal rollere uyumu reddeden psikonerotik açıkları olan bir kişilik türü olarak görülmeye başlandı. İkinci olarak ise, bağımlı hale geldikten sonra kişinin tüm ahlaki erdemlerini kaybettiği ve medeni ve insani bir çabayla ulaşılması çok zor bir aşamaya geçtiği düşünölmeye başlandı.⁹³

Yine Harrison Yasası sonrası uyuşturucu üzerinde oluşan kamusal söylem uyuşturucuyu ahlaki, ekonomik ve epidemiyolojik yönlerden toplum için bir tehdit olarak görmeye başlamıştı. Buna göre, uyuşturucu bağımlılığı insanı köleleştirmekte ve aynı anda toplumun ahlaki çerçevesini de çökertmekteydi. New York Şehri Narkotik Kontrol Masasında komiser yardımcısı Sarah Graham Mulhall 1920'lerde afyon için şunları ifade etmiştir: "Afyon insan ruhunu dönüştürür; insan iradesini bozar; insan zihnini bulanıklaştırır; insanı enkaz haline getirir. Bağımlı iradi bir varlık olmaktan çıkar; o bir köle, bir araç, kendi zayıflığının bir kurbanı ve toplum için bir tehdit haline gelir." O dönemin bazı yazarları da uyuşturucu sorununun devlet hazinesine büyük bir yük getirdiğini ve bunun da kaçınılmaz olarak vergi mükellefleri için yük teşkil ettiğini iddia etmekteydi. Yine aynı dönemde, narkotik kullanımını bulaşıcı ve ölümcül bir hastalık olarak nitelendirmek suretiyle, bağımlıların toplumdan ayrılması ve izole edilmesi gerektiğini savunanlar bulunuyordu. Bağımlılar açısından geliştirilen bu kriminalize edici, hatta şeytanlaştırıcı söylem bu işin ağırlıklı olarak vergi polisiye yöntemlerle çözölmeye geçiğinin savunulmasına kadar vardı.⁹⁴

⁹³ Caroline Jean Acker, "From all purpose anodyne to marker of deviance: physicians's attitude towards opiates in the US from 1890 to 1940" in *Drugs and Narcotics in History*, Roy Porter and Mikulas Teich (eds.), Cambridge University Press NY, 1995, s. 123.

⁹⁴ Ghatak "The Opium Wars", s.46.

ABD, bu hususta oluşan ulusal söylemi o tarihlerde ulusal düzeyin ötesine taşıma gayreti de göstermiştir. Bu bağlamda, afyon üretimi ve ticareti konusunda sıkı bir kontrol talebinde bulunan ABD'nin bu talebi 1931 tarihli Cenevre Narkotik Konvansiyonu'nun toplanmasına yol açtı ve 2 yıl içinde ABD ile birlikte 40 devlet ilgili sözleşmeyi imzaladı. Cenevre Konvansiyonu imzacı devletlere afyon, morfin, kokain ve onların türevlerinin üretimi üzerine sıkı bir kontrol şartı getirmekteydi.⁹⁵

ABD'de 1920'lerde bağımlılığa ilişkin önemli çalışmalar yapılmıştır. Dr. Arthur B. Light ve Edward G. Torrance, Afyon Bağımlılığı Araştırmalarının Klinik Çalışmaları için Philadelphia Komitesi gözetiminde Philadelphia Devlet Hastanesi'nde afyon bağımlıları üzerinde bir araştırma yürüttü. Bu araştırma sonucunda, bağımlının afyondan mahrum bırakılmasının ölümcül bir tehlikeye yol açmayacağı ve genel olarak da tehlikeli olmadığı sonucuna varıldı. Bu sonuçlar bu hususta politika (policy) belirleyenler tarafından kötüye kullanılıp afyon bağımlıları tıbbi bakımdan mahrum bırakılmaya başlandı.⁹⁶ ABD'de yirminci yüzyılın bu ilk dönemi uyuşturucu ve alkol bağımlılığının tedavisine ilişkin terapilere yönelik çok güçlü bir kötümserliğin olduğu yıllardır. Bağımlılığa ilişkin biyolojik açıklamalar gözden düşmüş, bunun yerine bağımlılığın kaynağını bağımlının karakterinde gören ve bağımlının kontrolünü ve sekestrasyonunu öngören psikiyatrik ve kriminal açıklamalar almıştır.⁹⁷

Esasen, Harrison Yasası ve bunu takip eden FYM kararları narkotik arzının polisiye tedbirlerle düzenlenmesine karşılık gelirken, uyuşturucu bağımlılarının kontrol ve normalleşmesini amaç edinmemişti. 1917 yılından başlayarak bu sürecin hukuki olmaktan çok klinik bir süreç olduğu itirazları çeşitli platformlarda dile getirilmeye başlanmıştı.⁹⁸Fizyolojik görüşü savunanlar, narkotik maddenin ba-

⁹⁵ Ghatak "The Opium Wars", s.46.

⁹⁶ W. White, "Addiction medicine in America", s.327-334.

⁹⁷ Ibid s. 12. Esasen bağımlılık tıbbi (addiction medicine) yirminci yüzyılın ilk on yıllarında düşüşe geçmiş olsa da geç yirminci yüzyılda ve erken yirmi birinci yüzyılda daha profesyonel bir şekilde yeniden ortaya çıktı. (W. White, "Addiction medicine in America", s. 13-15).

⁹⁸ Örneğin nörolojist ve akıl hastalıkları uzmanı Alfred Gordon, 1917 yılında New York Sağlık Hukuku Derneği'nde (Medico-Legal Society of New York) yaptığı konuşmada yasal önlemlerin bağımlının tıbbi tedavisi unsuruyla tamamlanması gerektiğini belirtti. Yine Gordon bu konuşmada, tıbbi tedavinin amacının alışkanlığın temelindeki fizyolojik ve psikolojik faktörleri araştırmak olduğunu vurguladı.

ğımlılık tedavisinde kontrollü bir şekilde bağımlıya verilmesinin, yoksunluk sendromuna (withdrawal syndrome) ilişkin olarak tedavi edici özelliğine vurgu yapmaktaydılar. Bu dönemde, New York'taki ıslah evlerinde bağımlı mahkûmlara afyonun giderek azalan dozda verilmesi yanında bu tedavinin fiziksel egzersiz ve disiplinli bir çalışma ile tamamlanması uygulamaları sisteme dâhil edilmişti. 1910'lu yıllarda Harrison Yasası'nı takiben birçok büyük şehrin belediye sağlık departmanları tarafından uyuşturucu klinikleri kurulmuştu. Fizyolojik modeli esas olan birçok klinik de Harrison Yasası'nın ardından faaliyetlerine başlamıştı. Bu süreçte Dr. George E Petty'nin yaptığı bir açıklama oldukça ilginçtir: " Alışkanlık iradenin düzeltilmesi yoluyla tedavi edilebilir. Bu narkotik hastalıklarda geçerli değildir. Bu nedenle, o basit bir alışkanlık değildir ve öyle ifade edilmemelidir." Bu açıklamada, uyuşturucu kullanımına ilişkin olarak klasik söylemin terk edilmesi suretiyle olgunun tıbbileştirildiği ve hastalık olarak görülmeye başlandığı bir sürecin ifade edilmesi söz konusudur. Hatta daha da önemlisi söylemde alışkanlık değil, bağımlılık terimi kullanılmıştır. Buna göre bağımlılar ciddi bir hastalığın kurbanlarıydı ve hapsedilmek yerine tedaviye ihtiyaçları vardı.⁹⁹

O dönemde ABD genelinde hükümetin uyuşturucu kontrolüne ilişkin oluşturduğu idari-hukuki yapı üzerinde konsensüs sağlanmıştı. Yine bağımlılığın sıkı bir tedavi ve disiplin rejimi oluşmaksızın ortadan kaldırılmasına imkân bulunmadığı kanısı güçlendi. Bununla birlikte uyuşturucu tedavi kliniklerinin başına gelenler bağımlılık tedavisi söz konusu olduğunda suç kontrolü ve hukuki yaptırımın tıbbi görüşün önüne geçtiğini göstermektedir. Amerikan Tıp Derneği dahi ayakta tedavi merkezleri hakkında destek açıklaması yapmayıp, hatta 1920 yılında kınayıcı bir açıklamada bulundu. Bir görüşe göre, derneğin Sağlık ve Kamusal Talimatlar Komitesi'nin yaptığı bu kınayıcı açıklama bağımlıları kriminalize etmeye çalışan Narkotik Departmanı tarafından kullanıldı. Bu dönem, uyuşturucu kontrol politikalarına yönelik olarak ABD'de tıp ve ceza hukuku alanında günümüze kadar gelen

Şehirdeki uyuşturucu bağımlılığını araştıran New York Şehri Büyük Jüri Başkanı Alfred Weber ise uyuşturucu sorununun yasal olmaktan çok klinik bir problem olduğunu vurguladı. (S. Ghatak "The Opium Wars", s.46).

⁹⁹ S. Ghatak, "The Opium Wars", s.48.

bakış açısı farklılığının ortaya çıktığı bir dönemdir.¹⁰⁰ Birleşik Devletler Kamu Sağlığı Departmanı (The US Public Health Service) 1920'lerin başından itibaren uyuşturucu bağımlılığına ilişkin geniş çaplı araştırmalar yaptı ve bağımlılığın ayakta ya da klinikte tedavisine karşı çıktı. Amerikan Tıp Derneğinin Harrison Yasası'nı birçok yönden olumsuz tavrı ve beyanları da, o dönemde hekimlerin bağımlılığı bir hastalık olarak görmekten vazgeçmeye ne kadar hazır olduklarını da göstermektedir. 1920'lerde tıp doktorları daha önce ABD tarihinde görülmemiş bir güce sahiptiler. Amerikan Tıp Derneği tıp pratiğinin doğasının ve sınırlarının ne olduğuna ilişkin olarak hekimlerin tek söz sahibi olduğunu iddia etti ve bu iddiasını ısrarla savundu. Yine de dernek FYM'nin uyuşturucu bağımlılarının hukuken uygun olan ve olmayan tedavi biçimlerini ortaya koyan kararına karşı çıkmadı.¹⁰¹

Yine, bu dönemde, narkotik maddenin zehir ya da bağımlılık özelliğine dayalı analitik yaklaşımı temsil eden fizyolojik bakıştan farklı olarak, madde bağımlısı üzerine eğilen ve onu bağımlılığa sürükleyen psikopatolojik unsurları araştıran başka bir yaklaşımın geliştiğinden söz etmiştik. Psikolojik yaklaşım hem bilim çevrelerinde geniş bir kabul gördü hem de bu husustaki araştırmalara ilişkin devlet desteği arttı. Bağımlıları bu terim ile ilk kez nitelendirmeye başlayanlardan birisi olan Harry Drysdale, Cleveland'da kendisinin şahit olduğu tüm vakıaların psikopatik vakıalar olduğunu belirtiyordu. Brooklyn'den Sylvester Leahy, ikisi dışında tüm hastalarının ya aşağı ya da psikopatik yaradılışa sahip olduğunu rapor etmişti. Philadelphia'dan John H.W.Rhein ise, bağımlının alışkanlığı elde etmeden önce psikopat olduğu sonucuna varıyordu. Lawrence Kolb tüm bu görüşleri sistematize etmek suretiyle popüler hale getirdi ve bağımlıların tümüyle fizyolojik bozukluklara maruz kalan normal kişiler olduğu tezini itibardan düşürdü.¹⁰² Dr. Charles C. Wholey, uyuşturucu kullananlardaki kalıtsal nevrozlara dikkat çekti ve doğuştan manik depressif olanların uyuşturucu kullanmaya eğilimli olduklarını belirtti. Yine Wholey, bağımlıların yaftalanmaması gerektiğini ve insani bir tedaviye olan ihtiyacı da vurguladı. 1923 yılı itibarıyla Kolb, ABD Halk Sağlığı Servisi Hijyenik Laboratuvarında tüm narkotik vakıaları incelemekle görevlendirildi.

¹⁰⁰ Ibid s.49.

¹⁰¹ C. J. Acker, "From all purpose anodyne to marker of deviance", s. 122-123.

¹⁰² D. Courtwright, Dark Paradise, s. 130.

Kolb, bağımlıların sınırsız tedavilerine olduğu kadar hemen hapse atılmalarına da karşıydı. En sonunda Kolb, bağımlının uzman bir kurumda uzun süre tedavi edilmesinin en az karşı çıkılabilir yöntem olduğu sonucuna vardı. Ona göre, bağımlılar baskı altında tutulmak yerine gözetlenmeliydiler. Kolb, uyuşturucu bağımlılığı üzerinde çalışmak amacıyla ve aynı zamanda tedavi için kurulan ilk ulusal merkez olan Lexington Hastanesinin başına getirildiğinde, hastanenin fiziksel yapısının hapisane mimarisine göre oluşturulmuş olduğunu görmekten rahatsız olmuştu. Buna derhal bağımlıları hücrelerden çıkarmak suretiyle yanıt verdi. Ayrıca bağımlıları tehlikeli suçlular, bağımlılığı ise yaygın ve kötüye giden bir durum olarak görenlere şiddetle karşı çıktı. Aşırıların bağımlıların kafalarına kurşun sıkılmak suretiyle ortadan kaldırılması gerektiğini savunduğu bir dönemde Kolb makaleler yazarak, radyo programlarına katılarak bağımlı kişilerin zihinsel olarak hasta kişiler olduğunu ve yardıma ihtiyaçları bulduklarını anlattı. Kolb sorunun psikolojik yönüne vurgu yaptığı için bağımlıların hasta olarak görülmesini, tıbbi tedaviye ihtiyaçları olduğunu ve ceza verilmemesini savundu. Ona göre hapisane koşullarında bu hastalar uygun tedaviden mahrum kalacaklar ve hissettikleri haksızlık duygusu da iyileşmeye engel olacaktı. Öte yandan her halükarda bu kişiler yasaları ihlal ettikleri için kendilerine bir şekilde müeyyide uygulanması da gerekecekti. Bu nedenle Kolb, uyuşturucu kullanıcılarının tedavisi için hem tedavi hem de kurumsal disiplin sağlayacak özel tıbbi-cezai (medico-penal) kurumların oluşturulması gerektiğini savundu.¹⁰³

Kolb, ABD’de bağımlılığın aslen tıbbi bir konu olduğu görüşünün ayakta kalmasına büyük katkılar sağladı. 1930 itibariyle psikopati kuramı, terminolojisinin zayıflığına rağmen, bağımlılık literatüründe gerçek bir klişe oldu. Kolb ve Kamu Sağlığı Servisi’ndeki çalışma arkadaşları sayesinde psikopati ve benzer kişisel bozukluklar afyon bağımlılığının resmi açıklamaları haline geldi.¹⁰⁴ Lakin cadde köşesinde eroin alan genç dominant bağımlı türü haline geldikçe bu hususta yeni yaklaşımlara ihtiyaç olduğu da açıldı.¹⁰⁵

¹⁰³ S. Ghatak, “The Opium Wars”, s.49-50.

¹⁰⁴ D. Courtright, Dark Paradise, s.130-132. Daha sonra Birleşik Devletler Sağlık Bakan Yardımcısı da olan Kolb’ün bu konumu onun açıklamalarının hükümet çevrelerince kabul edilmesinde etkili olmuştu. (Ghatak, ibid s. 49).

¹⁰⁵ Ibid s. 132.

C-Narkotik Çiftlikleri

1930'lar itibariyle doktorların çoğunluğu, bağımlıların bakım ve tedavisi için uzman hastanelerin yokluğunda dahi- ki bu tür hastaneler henüz yeterli sayıda değildi- bir tür zorunlu kuruma kapatmayı gerekli görmeye başlamıştı. Bu hususta yapılan planlarda ortak nokta bağımlıların, özellikle tıbbi olmayan bağımlıların, gönüllü olmayan kapatmalar için uygun olduğu, onların bir hapishaneye, akıl hastanesine ya da şehirde uzak kapsamlı bir narkotik çiftliğe kapatılabileceği yönündeydi.¹⁰⁶ Bazı doktorlar ve polisler tek alternatif hapishane veya karaborsa olduğu bağımlının tedarikini kesme konusunda duraksalsalar da, uzman bakım kurumlarının varlığunda, eğer bağımlıların tedavi edilemez bir hastalıkları yoksa bu tereddütleri ortadan kalkıyordu.¹⁰⁷ Bağımlıların suç işlemeye eğilimli, tehlikeli ve kompulsif kişilikler oldukları yönündeki görüş, Kongre'de, 1928 yılı sonrasında Lexington ve Fort Worth hastaneleri olacak iki narkotik çiftliğin kurulması konusunda yapılan tartışmalara da hükmetti. Narkotik çiftlikler gönüllü hasta kabul etseler de, bu yerler asıl olarak diğer federal ışlah evlerine sığmayan ve bağımlı olmayanları da uyuşturucuya alıştırmasından korkulan çok sayıda bağımlıyı çekmek için kurulmuş uzman hapishaneler olarak görölüyordu. Yasanın destekçisi Temsilciler Meclisi üyesi Pensilvanya'dan Stephen G. Porter bağımlıların toplum için "ciddi bir tehdit" olarak görüyor ve onların "bir deliden daha tehlikeli olduklarını" iddia ediyordu. Narkotik Çiftlikler uyuşturucu bağımlıların cadde-lerden temizleyecekti. Akıl hastaları ile uyuşturucu bağımlıların arasında mukayese yapan kongre üyesi, uzun zaman önce meczuplar, deliler ve geri zekâlılar hakkında da bir düzenleme olmadığını, ancak zamanla insanlığın akıl hastanelerini kurduğunu ve bu insanların kendi iyilikleri ve toplumun korunması için bu kurumlara konulduğunu vurguluyordu. Bununla birlikte, bu mukayesenin görünüşte bir bilimsel temeli de bulunuyordu; çünkü narkotik görevlileri ve tıbbi müesses nizam bağımlılığın temelinde kişilik bozukluğu olduğu konusunda mutabakata varmıştı. Porter'ın arkadaşı ve Temsilciler Meclisinin New York milletvekili John Joseph Kindred ise Meclis Adalet Komisyonu önünde verdiği ifadede bağımlıların alt sınıf olarak psikopatik bir doğalarının

¹⁰⁶ D.Courtwright, *Dark Paradise*, s. 132. 134.

¹⁰⁷ *Ibid* s. 137.

olduğunu söyledi. Sinir ve akıl hastalıkları uzmanı olan Kindred, bu sonuca bulgular yanında kişisel deneyimlerini de resmi kayıtlara giren Lawrence Kolb ile yaptığı görüşmeler sonucunda vardığını belirtti. Yine Kindred'a göre psikopatik bir doğaya sahip olmayan üst sınıflara mensup kişiler de vardı. Bu kişiler, yasal kapatılma zorunluluğu yoksa kanuni sürecin aleniyetine maruz kalmaksızın, kamusal kurumların dışında uygun bir tıbbi tedavi görmeliydiler. Rahatlıkla görüleceği üzere, bu yaklaşımda tam anlamıyla bir çifte standart vardı: Üst sınıflara mensup bağımlılar için özel bakım ve tedavi önerilirken, diğerleri için aleni bir kamusal kapatılma dayatılıyordu.¹⁰⁸

Psikolojik yaklaşımlar 1920'lerde ortaya çıktığında Harrison Yasası'nın da etkisiyle oluşan cezai yaklaşım sorgulanmaya başlamıştı. Sorunun aynı zamanda tıbbi olduğu ve bir tedavi sürecine gerek duyulduğu artık ifade ediliyordu. Nihayet, 1929 tarihli Narkotik Çiftlik Yasası (The Narcotics Farm Act) uyuşturucu kullanıcılarının kapatılıp tedavi edilecekleri kurumların oluşturulmasını yasal bir düzene bağladı. Yasaya göre, bu kurumlar uyuşturucu bağımlılarını rehabilite edecek, sağlıklarına kavuşturacak ve kendi kendilerine yetmelerini sağlayacak bir eğitmeden geçecekleri şekilde tasarlanacaktı. Bu yerler aynı zamanda araştırma laboratuvarları, tedavi merkezleri ve ceza kurumları olarak işlev görmeye başladı. Kimilerine göre bu yolla hem bağımlı kişi tedavi edilmiş olacak, hem de bu kişiler toplumdan ayrılıp bir kuruma kapatıldıklarından kamunun güvenliği de sağlanacaktı.¹⁰⁹

1928 yılında gazeteci Winifred Black, Narkotik Çiftlik Yasası'na destek için *Uyuşturucu, Yaşayan Ölüünün Hikâyesi* adlı bir makale yayınladı. Black makalede uyuşturucu bağımlısının bir hastalık kariyerine sahip olduğunu vurguluyor ve bu hastalığın çiçek hastalığından daha kötü, cüzam hastalığından daha feci olduğundan bahsediyordu. Ve tıpkı bir cüzamlı gibi uyuşturucu bağımlısının da tecrit edilmesini öneriyordu. Bir kuşak önce uyuşturucu bağımlıları uysal, ayrık ve ağırlıklı olarak kadın iken böylesi bir öneri düşünülemezdi bile. Fakat bağımlı popülasyonunun değişen niteliği halkı korkutarak bağımlılara yönelik daha kısıtlayıcı tedbirlerin alınmasını mümkün kılıyordu.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ibid s. 138-139.

¹⁰⁹ Ghatak, "The Opium Wars", s. 50.

¹¹⁰ D. Courtwright, Dark Paradise, s. 140.

Narkotik Çiftlik Yasası ile birlikte müzmin madde kullanıcıları, işledikleri suç hem tıbbi- Kolb ve destekçilerinin katkısı- hem de yasal bir söylemle-Harrison Yasası ve buna ilişkin Yüksek Mahkeme yorumları- açıklanabildiği için, diğer suçlulardan farklı bir kategoriye konuldu. Bağımlı artık hem cezai hem de tıbbi müdahalenin konusu haline gelmişti. Tıbbi ve cezai unsurların birlikteliği terapi rejiminin esasını oluşturmaktaydı. Narkotik çiftlikler normal hapishanelerden daha az cezalandırıcı kurumlardı. Bununla birlikte, kapatılma ve otoriter disiplin uygulamaları bu tedavinin de ethosunu teşkil etmekteydi. Bu kurumlardaki terapi rejimi hasta suçluları yeniden akli sağlığı yerinde insanlar haline getirip, onların kendi davranışlarını kontrol etmelerini, kendilerini yönetebilmelerini, sağlıksız ilişkilerden kaçınabilmelerini, uyuşturucu kullanımının cazibesiyile mücadele edebilmelerini ve toplumsal yaşama geri döndüklerinde normal bir hayat sürebilmelerini amaçlamaktaydı. Bu anlamda, psikoterapi tedavisi bağımlılığın panzehiri olarak, hasta suçluyu özgürlüğünden ettiği bir tedavi rejimi sonucunda onun özgür iradesini yeniden tesis edecekti. Buna göre, bu kurumlarda kullanılan tıbbi-cezai iktidar hasta-suçluyu nesneleştirmemekte, onu tedavi ederek 'özgür iradeli (normal)' bir birey haline getirmektedir.

Psikoterapik rejimin en şiddetli eleştirilerinden birisi sosyolojist Alfred Lindesmith tarafından yapılmıştır. Lindesmith'e göre psikoterapik rejimin savunucuları (Kolb, Schutz) araştırmalarında hatalı veriler kullanmışlardı. Lindesmith uyuşturucu bağımlısının toplum tarafından bağımlı olarak yaftalanmasının (dope fiend) ve onun bu bağımlılığı içselleştirmesinin, bağımlıda kullanımdan önce var olabilecek zihni-patolojik bir durumdan daha etkili olabileceğini savunuyordu. O dönem Lindesmith'in yaklaşımı az sayıda bilim adamı tarafından savunuluyordu ve onların eleştirisi Amerika'nın uyuşturucu politikasında büyük bir değişikliğe yol açmadı. Yine de bazı itirazlar vardı. August Vollmer (Kaliforniya Berkeley polis amiri) mevcut uyuşturucu politikasının büyük ölçüde başarısız olduğunu, bu politikanın uyuşturucu arzını, kullanımını azaltmadığını, aksine bu hususta bir yeraltı ekonomisi yarattığını ve binlerce çaresiz uyuşturucu kullanıcıyı suçlular haline getirdiğini belirtmişti.¹¹¹

¹¹¹ S. Ghatak "The Opium Wars", s.51-52.

Esasen 1920'li yıllarda ABD'de bu hususta bir tane değil iki tane yasaklama söz konusu idi: Alkol ve uyuşturucu yasağı. Bu yasaklar birçok yönden benzerdi. Her iki yasa da bu maddelerin birey ve toplum yapısı üzerindeki zararlı etkilerini önlemek için reform çabalarının ürünüydü. Sonuçta ikisi de başarısız oldu ve bu alanlarda suçluların beslendiği büyük ve reklamı iyi yapılan karaborsalar oluştu. Peki, neden halk alkol yasağından desteğini çekmesine rağmen uyuşturucu yasağından desteğini çekmedi, hatta bu desteği arttırdı? Ekonomik ve politik değerlendirmeler dışında bunun en önemli nedenlerinden birisi alkolün uyuşturucuya oranla çok daha geniş bir halk tarafından ve sınıf farkı gözetilmeksizin tüketiliyor olması olabilir. 1930'lar itibariyle ise uyuşturucu bağımlılığı küçük ve 'suça eğilimli' bir alt kültürle ilişkilendiriliyordu. Bu nedenle, Porter'ın desteklediği Narkotik Çiftlik Yasası uyuşturucuya ilişkin gözetimi Hazine Departmanı Yasaklama Bölümü eliyle sürdürmek yerine yeni bir Narkotik Bürosu oluşturuyordu. Stephen G. Porter uyuşturucu yasağını alkol yasağından ayırma konusunda tümüyle ikna olduklarını, çünkü ikisi arasında ilişki olmadığını söylüyordu. Alkol yasağı tartışmalıydı; ancak uyuşturucu yasağı konusunda tartışma yoktu.¹¹² Hükümetin bakım ve tedavi karşıtı politikasını eleştirenler ise bağımlıların suç işleminin sebebinin yasaklayıcı yasalar olduğunu savunuyorlardı.¹¹³

1940'lar itibariyle uyuşturucu bağımlısı popülasyon gözle görülür bir niteliksel değişikliğe uğramıştı. Artık söz konusu olanlar gizli, morfin bağımlısı kadınlar değil, dolandırıcı, damardan uyuşturucu alan erkek keşler (junkies) idi. Buna karşın tıbbi bağımlılık az da olsa devam ediyordu. Tıbbi olmayan uyuşturucu bağımlılarına ilişkin yargılar ise çok ağırdı. Bu kişiler psikopat ya da diğer kişilik bozukluklarıyla ilişkilendiriliyordu. Yine bu bağımlılar yasal uyuşturucu alımından men edilmişlerdi ve kendi istemleri dışında hapisanelere ya da yarı cezai nitelikteki tedavi merkezlerine kapatılıyorlardı. Uyuşturucuya ilişkin daha toleranslı yaklaşımlar ondokuzuncu ve erken yirminci yüzyıl başında kalmıştı. Bağımlı popülasyonunun niteliği değiştikçe bu tolerans da ortadan kalkmıştı. Hükümetin bakım ve tedavi karşıtı politikaları zaten sorunlu olan vaziyeti daha da kötüleştiriyordu. Artık suç eylem-

¹¹² D. Courtwright, *Dark Paradise*, s. 140-141.

¹¹³ *Ibid* s. 141.

leri kısmen de olsa karaborsa fiyatlarının sonucunda ortaya çıkıyordu. Bir görüşe göre, bağımlı popülasyonunun niteliğinde meydana gelen değişim yalnızca (hatta öncelikle) bu husustaki yasal değişikliklerin bir sonucu değildi. O değişim bu yasal değişikliklerden çok önce o bilinmeyen hekimin bilinçli bir şekilde elindeki enjektörü bir yana bırakmasıyla başlamıştı.¹¹⁴

D- Yeniden Foucault

Foucault'a dönersek, Foucault modern zamanların karakteristik iktidar biçimlerinin en önde geleni olan 'disipline edici iktidarın' modern bilimler olan tıp, psikiyatri ve penolojinin (ceza bilimi) gelişimiyle yakından ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Bu manada bahsedilen modern disiplinler iktidar biçimlerini ve normleştirme rejimlerini üretmişler, modern özne de oldukça karmaşık olan bu iktidar biçimlerinin ve normleştirme rejimlerinin disiplinler tedbirleri ve kurumsal kontrolleriyle şekillenmiştir.¹¹⁵ Yine, bu teknikler yoluyla "sapkın" kişilerin sosyal kontrolü rasyonelleştirilmiş, bir anlamda toplumun normal olarak nitelendirdiği bireylerin üretimi hedeflenmiştir. Biyotıp ve tıbbi-idari bilginin yükselmeye başlamasıyla discipline edici iktidarın en temel modülü tıbbi iktidar haline gelmiştir. Foucault'ya göre tıbbi iktidar toplumun normleştirilmesinin merkezinde yer alır. Onun etkileri her yerde görülebilir; ailede, okulda, fabrikalarda, mahkemelerde, cinsellikte, eğitimde, işte ve suçta. Tıp sosyal bir fonksiyon üstlenmiştir artık, bu yönüyle hukuka sızar, bir elektrik prizi gibidir ve takıldığında onu işletmeye başlar. Bir tür yargısal-tıbbi çok parçalı yapı halen inşa edilmektedir ve bu yapı (günümüz) iktidarının önemli bir biçimidir."¹¹⁶

V- Sonuç Yerine

Bütün bu açıklamalar ışığında, ABD'de yirminci yüzyıl başında uyuşturucu karşıtı kampanyanın iki alanda yürütüldüğü gözlenmektedir. Bir yönüyle biyoiktidarın kullanılması ya da daha spesifik olarak

¹¹⁴ Ibid s. 144.

¹¹⁵ Bu konuda bkz M. Foucault, *Discipline and Punish*, Vintage Books. New York NY, 1977.

¹¹⁶ Bu konuda bkz M. Foucault, *Birth of the Clinic: Archeology of the Medical Perception*. Routledge, New York NY, 2003. Yine bkz. M. Foucault, *Discipline and Punish*, Vintage Books. New York NY, 1977.

bir güvenlik mekanizmasının oluşturulması suretiyle, uyuşturucu politikaları yasal düzenlemeleri hayata geçirirken, uyuşturucu kontrolü idaresi de uyuşturucu dolaşımını gözetim ve infaz yoluyla kontrol altına almaya çalışmıştır. Uyuşturucu sorunu ulusun sağlığına, maddi zenginliğine ve ahlakına ölümcül bir tehdit olarak görüldüğünden, demokratik bir yönetimde benzeri görülmeyecek ölçüde gözetim ve müdahaleler meşru görülmüştür. Yine uyuşturucu sorunu genel olarak bir kolektif güvenlik çerçevesi içerisinde değerlendirildiğinden bu yönde alınan tedbirler de liberal bir hükümet anlayışına aykırı görülmemiştir. Bu güvenlikçi bakış devam eden on yıllarda da (günümüze değin) hâkim olmaya devam etmiştir.¹¹⁷

Diğer yandan, uyuşturucu politikası aynı zamanda bireyselleştirici ve normalleştirici iktidar kullanımını da içermektedir.¹¹⁸ Bu da sorunun cezai olduğu kadar tıbbi bir sorun olarak nitelendirilmesinin ve kurumsal politikaların bu anlayışla oluşturulup uygulanmasının bir sonucudur. Narkotik kontrol rejimi yirminci yüzyıl başında devletin de, Foucaultcu anlamda, tarihsel olarak yönetimselleştirilmesine katkı sağlamıştır.¹¹⁹ Böylelikle aynı dönemde, ilerici dönemin (the Progressive Era) bilimsel uzmanlığın yönetimde kullanılması gerektiği inancının etkisiyle, devlet kurumları ve pratikleri konsolide edilmiş, modernleştirilmiş ve rasyonelleştirilmiştir.¹²⁰ Yine bu rejim federal hükümetin otoritesinin ve yargı yetkisinin genişlemesini de beraberinde getirmiştir.

1920'li yılların uyuşturucu sorununun kolektif güvenlik çerçevesi içerisinde görülmesi ve polisin ve kamu sağlığı kurumlarının gücünün narkotik akışını engellemek için kullanılması anlayışı farklı boyutlarda günümüze kadar devam etmiştir. ABD'nin güvenlikçi sıkı uyuşturucu politikası uyuşturucuya ilişkin multi-milyar dolarlık bir yeraltı ekonomisi oluşmasına neden olmuştur. Foucault'nun deyişyle bu "illegal pratikler alanı" veya yasaklamaya dayalı suç ekonomisidir.¹²¹ Bu du-

¹¹⁷ Ghatak "The Opium Wars", s. 52.

¹¹⁸ Ibid s. 52.

¹¹⁹ Bu hususta bkz Theda Skocpol, Protecting Soldiers and Mothers: The Politics of Social Provision in the United States, Harvard University Press, Cambridge MA, 1995. Yine bkz Stephen Skowronek, Building the New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920, Cambridge University Press, Cambridge UK, 1982.

¹²⁰ Ghatak, "The Opium Wars", s. 52.

¹²¹ M. Foucault, Discipline and Punish, s.273.

rum, günümüzde modern devletin ana fonksiyonlarından birisi haline gelen toplumun marjinal gruplarının meşru bir şekilde gözetlenmesine ve sosyal olarak kontrol edilmesine imkan vermektedir. Harrison Yasası'ndan bu yana ABD'deki uyuşturucu kökenli yaptırımlar tarihi yirminci yüzyıl başında Siyahlar, Çinliler ve Meksika göçmenlerinin, yüzyıl sonunda ise Latin Amerika ve Karayip göçmenleri gibi toplumun marjinal kesimlerinin orantısız bir biçimde kriminalize edilmesine yol açmıştır.¹²² Suç karşıtı kampanyalar, uyuşturucu kaynaklı olsun olmasın, gözetleme ve sosyal kontrol uygulamalarını liberal bir demokrasi içerisinde dahi hukuki açıdan meşrulaştırmaktadır.¹²³

Bugün ABD'de uyuşturucuyla mücadele 1970 ile 1990 arasında çıkan yasalarla ulusal güvenlik politikalarının parçası haline getirilmiştir. Bu konuda dikkat çekici olan husus uyuşturucuya karşı hukuki mücadelede askeri strateji ve taktiklerin kullanılmasıdır. Bir başka deyişle uyuşturucu ile mücadelede militer bir paradigma etkindir ve hatta söylemde de bu militer etkiyi hissetmek mümkündür: 1970'lerle birlikte suç oranının artmasının ardından bu militer etki kendisini göstermeye başlamıştır. Artık 'uyuşturucuyla savaş' terimi kullanılmaktadır. Bu nedenle terapi rejimi kademeli olarak terkedilmiş ve suçluların toplu olarak hapsedildikleri bir suç önleme politikası hâkim olmuştur. Nitekim uyuşturucu bağımlılarının tedavisi için yapılan yatırımlar uyuşturucu sorununu zorlayıcı yöntemlerle çözmek için yapılan yatırımların çok gerisinde kalmıştır. Bu politikanın başarısı ise şüphelidir. Çoğu kimse, bu politikayla tedavi ihtiyacı içerisinde olan insanların hapisanelere doldurulduğu, kurumsal çaba ve paranın boşa gittiği görüşüne sahiptir.¹²⁴

Spesifik olarak yoğunlaştığı bir husus olmasa da, bu makale, geç modern zamanlarda kamu hukukunun ve siyaset kuramının son derece çetrefilli, hakkında en çok fikir yürütölen, tanımlamalar yapılan ve manalandırılmaya çalışılan en tartışmalı olgusu olan modern devleti, uyuşturucu gibi spesifik bir konu üzerinden, biraz olsun anlama girişimi olarak da okunabilir. Kuşkusuz makalede modern devlete ilişkin genel, evrensel ve objektif bir tanıma ulaşmak gibi gerçekteşmesinin

¹²² Craig Reinerman, C., & Harry G. Levine, "Crack in Context: America's Latest Demon Drug", in *Crack in America: Demon Drugs and Social Justice*, C. Reinerman & H.G. Levine (eds.), University of California Press, Berkeley CA, 1997, s 8 vd.

¹²³ Ghatak, "The Opium Wars", s. 53.

¹²⁴ Ghatak, "The Opium Wars", s. 53.

imkânsız olduğunu düşündüğümüz bir çaba içinde olunmadı. Yine konunun ziyadesiyle tarihsel ve kültürel bir fenomene ilişkin olması makalede kaçınılmaz olarak spesifik zaman ve mekanlara odaklanılmasını gerektirmiştir. Bunun dışında, uyuşturucu kavram ve fenomeninin de tıpkı modern devlet gibi tarihsel-politik bir zemine sahip olması ve mevcut haliyle son derece modern oluşu da, konunun ele alınışında, modern uyuşturucu kavramının ortaya çıkışında kritik öneme sahip felsefi, politik, hukuki, bilimsel, edebi ve kültürel söylem ve pratiklerin önemli gördüğümüz bazıları üzerine yoğunlaşmayı gerektirmiştir. Modern bir fenomenin ne olduğunu anlamanın en iyi yollarından birisi de kuşkusuz tarihsel bir karşılaştırma yapmaya imkân verecek ölçüde onun modern öncesi hallerine kısmen de olsa eğilmektir. Makalemizin asıl amacı ABD’de özellikle 1910’lardan sonra ortaya çıkıp 1930’lara kadar sürmekle beraber, ABD’de dahil bir çok ülkede etkisini bugün de gördüğümüz, uyuşturucuya ilişkin güvenlik merkezli disiplin ve tedavi rejiminin ortaya çıkışını sağlayan spesifik tarihsel, mekansal ve kültürel söylem ve pratiklerin nasıl inşa edildiğini ve bu hususta modern devletin kullandığı söylem, teknik ve pratiklerin etkisini göstermektir. Bunun yapılabilmesi ise hem modern devletin hem de uyuşturucunun tarihselliğinin ve modern öncesi bazı spesifik görünümünün vurgulanmasıyla mümkün olabilecekti. Dolayısıyla makalenin metodolojik gelişiminde ilgilendiğimiz kavramların kısa da olsa konumuz açısından önemli gördüğümüz öncesi, inşası, gelişimi ve dönüşümüne ayrılan yerin gerekliliğine inanıyoruz.

Bir diğer perspektiften, bu makalenin modern devletin ve uygulamalarının, spesifik bir zaman (erken yirminci yüzyıl) ve mekan (ABD) üzerinden, M. Foucault tarafından geliştirilen biyoiktidar ve biyopolitika ve yönetimsellik kavramları üzerinden görüntülenmesi olarak da okunabileceğini belirtmiştik. Bu görüntü bize ABD’de sözü edilen dönemde uyuşturucu rejiminin hiç de neden sonuç ilişkilerine dayalı bir determinist çerçevede gerçekleşmediğini netlikle göstermektedir. Esasen Foucaultcu soykütüğü yöntemi tam da tarihe ilişkin bu determinist bakışa karşı çıkmaktadır. Uyuşturucuya ilişkin oluşan güvenlik merkezli tıbbi-cezai kontrol rejimi Amerikan Doktorlar Derneği, Amerikan Eczacılar Birliği gibi kuruluşların yanında hastanelerde, hapishanelerde, kliniklerde, güvenlik teşkilatında, karakollarda, laboratuvarlarda, Amerikan Kongresi’nde, eyalet yönetim ve uygulamalarında, hatta uluslararası toplantılarda ortaya çıkan söylemlerin, pratiklerin,

kullanılan tekniklerin ve tesadüfi (contingent) birtakım gelişmelerin de katkı sağladığı bir rejimdir. Bu rejim incelenen spesifik dönemde dahi homojen bir niteliğe sahip değildir. Yine de Amerikan modern devletinin uyuşturucu fenomenine yönelik olarak günümüze kadar devam eden bir takım yorum, politika ve uygulamalarında oldukça etkin olan güvenlik merkezli bir ceza-tedavi rejiminin kökleri ve kodları yapılacak bir soykütüğü çalışmasıyla bu dönemde bulunabilecektir.

Makaleye konu dönemde karakollardan laboratuvarlara, bilim dünyasından Kongre tartışmalarına ve mahkeme yorumlarına kadar uzanan geniş bir yelpazede üretilen tekniklerin, 'bilimsel' ve 'rasyonel' söylemlerin, devlet yönetiminin hukuki ve politik söylem ve uygulamalarını nasıl etkilediği Foucaultcu yönetimsellik kavramı ışığında ve uyuşturucu örneğinde aşikâr bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz, modern devlet iktidarını da içeren yönetimsellik artık öldürmeye değil, yaşatmaya, ancak disiplin ve normallik içeren spesifik bir yaşatma biçimine dayalı bir biyopolitik iklimde hayat bulmaktadır.

Yine bu makalede ortaya çıkan resim modern devleti tümüyle kavramamıza yetecek bir hacimde ve netlikte olamayacağı gibi makalemizin böylesine büyük bir iddiası da yoktur. Kaldı ki, M. Foucault biyoiktidar ve biyopolitika kavramlarını spesifik olarak modern devleti anlamamız için ortaya atmış da değildir. Foucault'nun genel düşünce hattını elden geldiğince takip edebildiğimizde, bu iki kavramın Foucault'nun öncelikle modern özneyi anlama gayretinin bir ürünü olduğunu görebiliriz. Kuşkusuz modern özneyi anlama çabası kaçınılmaz olarak onun inşasında rol alan kurum, söylem ve pratikleri anlama çabasını da bir gereklilik olarak önümüze koyacaktır. Modern devletin, modern öznenin inşasında merkezi bir öneme sahip olduğu ise, en azından Foucaultcu bir bakış açısıyla, tartışılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern devletin egemenliğe dayalı öldürme gücünden biyopolitika temelli disipline edici spesifik bir normallik rejimi içerisinde yaşatma pratiğine evrilmesi, modern öznenin şekillenmesinde kritik değişikliklerin ve dönüşümlerin tetikleyicisi olmuştur. İşte uyuşturucu kullanımına yönelik yirminci yüzyıl başında ABD'de oluşan güvenlik merkezli tıbbi-cezai rejim de sadece modern devletin içerisinde hatta merkezinde yer aldığı bir söylemler, teknikler ve pratikler bütünü ve buna yönelik politikaları değil, modern özneyi ve onun değişim ve dönüşümünü de içeren ve yansıtan bir rejimi ifade etmektedir.

Son olarak, bu makalenin alt metninden de anlaşılabilceği üzere, devlet-sivil toplum, kamusal alan-özel alan ayırımına dayalı ve bugün kamu hukukuna hâkim liberal devlet teorilerinin oluşturduğu kuramsal paradigmanın, günümüze ilişkin olan ve modern devletle doğrudan bağlantılı birçok sorun alanını anlama ve değerlendirme kapasitemizi oldukça kısıtladığı iddiasının ciddi bir iddia olduğunu düşünüyorum. Bu iddiaya verilecek yanıt bir makalenin hatta hacimli bir kitabın sınırlarını oldukça aşacaktır. Makalemizin de böyle bir iddiası yoktur. Bu makale, ABD’de yirminci yüzyıl başında uyuşturucu kullanımına ilişkin olarak ortaya çıkan ve etkileri günümüze kadar gelen güvenlikçi bir tıbbi-cezai rejimin nasıl inşa olduğunu göstermek istemiştir. Bu spesifik rejimin inşası incelendiğinde bugün kamu hukuku düşüncesine hâkim liberal devlet teorilerine ilişkin bir kuşku da kaçınılmaz olarak zihinlerde oluşacaktır düşüncesindeyim. Bu durumda hâkim liberal devlet teorilerinin beslendiği egemenlik anlayışına, kurumlara ve hukuki-söylemsel anlatıya dayanılarak, hem merkez ve hem de yerelde ortaya çıkan iktidar ilişkilerinin, bunlara ilişkin söylem, pratik ve tekniklerin dikkate alınmadığı bir incelemenin günümüz modern devletini anlama açısından yeterli olamayacağı da bir ölçüde görülebilecek ya da sezilebilecektir kanaatindeyim.

Modern devletin bedene yönelik disipline edici ve normalleştirici söylemler, teknikler ve pratikler bütünündeki konumu dikkate alındığında, uyuşturucu gibi hâkim devlet teorileri tarafından burun kıvrılıp, sadece modern devletin egemenliğinin, buna bağlı kurumlarının ve düzenleme yetkisinin nesnesi olarak göreceği bir fenomenin, ironik bir şekilde, bizatihi modern devlet denilen bu büyük bilinmezi deşifre etmede ve onun en gizli odalarını açmada nasıl hayatı öneme sahip bir anahtar kavram olduğu da anlaşılabilir. İşin ilginç yanı hâkim liberal devlet kuramlarının modern devleti anlamada uyuşturucu dışında burun kıvrıldığı, görmediği ve mevcut devlet paradigması ile de görmesinin mümkün olmadığı, bundan ötürü ilgi ve inceleme bekleyen daha birçok olgu ve pratiğin olduğundan da kuşku duymamak gerekir. Şüphesiz modern devlet şatosunun tüm odalarını uyuşturucu ya da benzeri türde kavramsal ya da olgusal bir anahtarla açmak mümkün değildir. Lakin açılan bazı odalar bize en azından diğer odaların içeriği ve mahiyeti hakkında fikir verebilecektir diye düşünüyorum.

Kaynakça

- Acker Caroline Jean, "From all purpose anodyne to marker of deviance: physicians's attitude towards opiates in the US from 1890 to 1940" in *Drugs and Narcotics in History*, Roy Porter and Mikulas Teich (eds.), Cambridge University Press, New York NY, 1995.
- Acker C. J., *Creating the American Junkie: Addiction Research in the Classic Era of Narcotic Control*, Johns Hopkins University Press, Baltimore MD, 2002.
- Alvesson Mats/Sköldberg Kaj, *Reflexive Methodology: New Vistas for Qualitative Research*, Second Edition, SAGE Publications Ltd, London, 2009.
- Alexander Anna/Roberts Mark S., "Introduction" in *High Culture, Reflection on Addiction and Modernity*, Anna Alexander and Marx S. Roberts (eds.), Suny Press, Albany NY, 2003.
- Barnes Barry, T. S. Kuhn and Social Sciences, Columbia University Press, New York NY, 1982.
- Bourdieu, Pierre. 'Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field' in *Practical Reason: On the Theory of Action by Pierre Bourdieu*, Polity Press, Cambridge UK, 1998.
- Bourges Philip, "Disciplining Addiction, the Biopolitics of Methadone and Heroin in the Unatied States", *Culture, Medicine and Psychiatry* 24: 165-195, 2000.
- Cook Christopher C.H., *Alcohol, Addiction and Christian Addicts*, Cambridge University Press, UK, 2006.
- Courtwright David.T./Hickman, Timothy A., "Modernity and Anti Modernity: Drug Policy and Political Culture in the United States and Europe in the Nineteenth and Twentieth Centuries," in *Drugs and Culture Knowledge, Consumption and Policy*, Geoffrey Hunt, Maitena Milhet, and Henri Bergeron (eds.), Ashgate Publication, Burlington VT USA, 2011.
- Courtwright David, *Dark Paradise, A History of Opiate Addiction in America*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2001.
- Ferentzy Peter, "Foucault and Addiction" *Telos: Critical Theory of Contemporary* 2002 (125): 167-191 (2002) 171.
- Foucault Michel, *Hapishanenin Doğuşu*, İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2017.
- Foucault Michel, *Toplumunu Savunmak Gerekir*, çev. Şehsuvar Aktaş, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.
- Foucault Michel, "Truth and Power", in *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, C. Gordon (ed.), Pantheon Books, New York NY, 1980.
- Foucault Michel, *Deliliğin Tarihi Akıl ve Akıl Bozukluğu- Klasik Çağda Deliliğin Tarihi*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara, 1992.
- Foucault Michel, "The politics of health in the eighteenth century", in *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-77*, C. Gordon (ed.), Pantheon Books, New York NY, 1980.
- Foucault Michel, *The History of Sexuality, An Introduction, Volume I*, Vintage Books, New York NY, 1990.
- Foucault Michel, *Discipline and Punish*, Vintage Books. New York NY, 1977.

- Foucault Michel, *Security, Territory, Population. Lectures at the College de France, 1977-78*, Palgrave, New York NY, 2007.
- Foucault Michel, "The political technology of individuals," in *Power, Essential Works of Michel Foucault, Vol III*, J.D. Faubion (ed.), Robert Hurley (trans.), The New Press, New York NY, 2000, pp.403-417.
- Foucault Michel, "Technologies of the Self" in *Technologies of the Self, A seminar with Michel Foucault, L.H. Martin, H. Gutman, P.H. Hutton (eds.)*, University of Massachusetts Press, Amherst MA, 1988, pp. 16-50.
- Foucault Michel, "The Subject and the Power", an Afterword, in *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics* by Hubert Dreyfus and Paul Rabinow, University of Chicago Press, Chicago, 1982, pp. 208-260.
- Foucault Michel, "The ethic of care for the self as a practice of freedom", in *The Final Foucault*, J. Bernauer and D. Rasmussen (eds.), MIT-Press, Boston MA, 1988.
- Foucault Michel, "Governmentality", in *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, G. Burchell, C. Gordon, & P. Miller (eds), University of Chicago Press, Chicago IL, 1991.
- Foucault Michel, *Society Must Be Defended*", Lectures at the College de France, 1975-1976, Picador, New York NY, 2004.
- Foucault Michel, *Birth of the Clinic: Archeology of the Medical Perception*, Routledge, New York NY, 2003.
- Foucault Michel, *Entelektüelin Siyasi İşlevi*, çev. Işık Ergüden-Osman Akınhay-Ferda Keskin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005.
- Foucault Michel, *Cinselliğin Tarihi*, çeviren Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016.
- Foxcroft Louise, *The Making of Addiction: The Use and Abuse of Opium in Nineteenth Century Britain*, Ashgate Publishing, Burlington VT USA, 2007.
- Ghatak Saran, "The Opium Wars: The Biopolitics of Narcotik Control in the United States", 1914-1935, in *Critical Criminology*, 18 (1): 41-56, March 2010.
- Hickman Timothy, "Drugs and Race in American Culture: Orientalism in the Turn of the Century Discourse of Narcotic Addiction", *American Studies*, Vol. 41. ,No.1 (Spring 2000).
- Hindess Barry, *Discourses of Power: From Hobbes to Foucault*, Blackwell, Oxford UK, 1996.
- Johnson Andrew, "Foucault: Critical Theory of the Police in a Neoliberal Age", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, Vol. 61, No. 141, (December 2014), pp. 5-24.
- Kartal Onur, "Giriş", *Biopolitika*, Onur Kartal (ed.), Platon'dan Arendt'e Biyopolitika'nın Felsefi Kökenleri, NotaBene Yayınları, Cilt 1, Ankara, 2016.
- Kuhn Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago IL, 1962.
- Lemke Thomas, "An Indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory", *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, Vol 8, Issue 2, 2007.
- Musto F. David, *The American Disease, Origins of Narkotik Control*, Oxford Univer-

- sity Press, New York NY, 1999.
- Nash Kate, *Contemporary Political Sociology*, Blackwell, Oxford UK, 2000.
- Nietzsche Friedrich, *Ahlakın Soykütüğü Bir Polemik*, Kabalcı Yayınları, İstanbul, 2011.
- Özbudun Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- Özmkas Utku, "Foucault: İktidardan Biyoiktidara," Foucault, *Cogito Dergi*, Sayı 70-71, Yaz 2012.
- Pierson Christopher, *The Modern State*, New York, NY, 1996.
- Reinarman Craig/Levine, Harry G., "Crack in Context: America's Latest Demon Drug", in *Crack in America: Demon Drugs and Social Justice*, C. Reinarman & H.G.Levine (eds.), University of California Press, Berkeley CA, 1997.
- Sarup Madan, *An Introductory Guide to Post-Structuralism and Postmodernism*, The University of Georgia Press, Athens GA, 1993.
- Schmitt Carl, *The Concept of Political*, The University of Chicago Press, Chicago IL, 2007.
- Segen J.C., *Current Med Talk: A Dictionary of Medical Terms, Slang&Jargon*, Applegon&Lange, MI, 1995.
- Skocpol Theda, *Protecting Soldiers and Mothers: The Politics of Social Provision in the United States*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1995.
- Skowronek Stephen, *Building the New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge University Press. Cambridge UK, 1982.
- Weber Max, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, Bilgesu Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- White L. William, "Addiction medicine in America: It's birth and early history (1750-1935) with a modern Postscript" in *Principles of Addiction Medicine*, 4th edition, R. Ries, D. Fiellin, S. Miller, & R. Saitz, (eds.) American Society of Addiction Medicine, Baltimore MD, 2009.
- White L. William, "History of Drug Policy, Treatment and Recovery" in *Addiction Counseling Review*, Robert Holman Coombas (ed.), Routledge Publishing, New York NY, 2005.

Mahkeme Kararları

US Supreme Court. (1920). *Jin Fuey Moy v. United States*, 254 U.S. 189.

US Supreme Court. (1922). *United States v. Behrman*, 258 U.S. 280.

İnternet Kaynakları

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.hwh22g;view=1up;seq=5>(ErişimTarihi: 11.09.2018)

<https://www.cafrande.org/michel-foucaultda-etik-ve-jeneoloji-soy-bilimi-kavramlari-ferda-keskin/>(Erişim tarihi 10.11.2018).

YABANCI ÜLKE CEZA MAHKEMELERİNCE VERİLMİŞ MAHKÛMİYET KARARLARININ HAK YOKSUNLUKLARI BAKIMINDAN TÜRK HUKUKUNDAKİ DEĞERİ

THE VALUE OF CONDEMNATION JUDGMENTS OF FOREIGN COURTS IN REGARD TO DISQUALIFICATION FROM RIGHTS IN TURKISH LAW

Hasan ELMALICA*

Özet: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Hak yoksunlukları" başlıklı 17. maddesinde hak mahrumiyeti doğuran yabancı mahkeme kararlarının Türk hukuku bakımından sonuçlarının nasıl geçerlilik kazanacağına dair usul belirlenmiştir. Diğer bir ifadeyle 17. maddede yurt dışında işlenen suçlara ilişkin olarak, suçun işlendiği ülkede verilen hükmün Türk hukukunda bir hak yoksunluğu gerektirmesi durumunda, bu hükmün "tanıma" usulünün nasıl gerçekleştirileceği düzenleme altına alınmıştır. Ancak ceza hukuku alanında tanıma usulüne ilişkin olarak yasal düzenlemelerdeki eksikliklerin yanı sıra mevcut düzenlemelerin uygulanması noktasında da birtakım belirsizlik ve sorunlar mevcuttur. Çalışmamızda TCK'nin 17. maddesinden hareketle konuyla ilgili mevzuattaki diğer düzenlemelere bakılacak; söz konusu eksiklik ve sorunlara değinilecek ve çözüme yönelik önerilere yer verilecektir. Bu bağlamda özellikle yabancı mahkeme ilamının Türk makamlarına bildirilmesi, bildirim içeriğinin nasıl olacağı/olması gerektiği, Türk makamları tarafından söz konusu ilamlar üzerinde inceleme yapmaya, tanıma kararını vermeye yetkili merciin neresi olduğu konuları ve mevcut kanuni düzenlemeler ile uygulama arasında süregelen çelişkili durum detaylı bir şekilde incelenecektir. Kısacası çalışmanın nihai amacını özel hukuka dair bir kavram olan tanımanın ceza hukukuna bakan yönü itibarıyla incelenmesi; uygulamadaki tatbik edilme şeklinin tartışılması oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Ceza Mahkemesi İlamı, Hak Yoksunluğu, Tanıma, Adli Sicil

Abstract: Under the title of "Disqualification from Certain Rights", Article 17 of the Turkish Penal Code, Law No. 5237 provides the procedure for the recognition of the legal consequences of judgments of the foreign court, which seek disqualification of a certain right, in Turkish law. In other words, in relation to the crimes committed abroad, Article 17 details the "recognition" procedure

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-4015-8844, hasanelmalica33@gmail.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.01.2019, Kabul Tarihi: 08.01.2019

for the cases in which a judgment delivered by a foreign court seeks disqualification of a certain right according to Turkish law. However, in addition to the gaps in the law on the recognition procedure, there are also vagueness and problems in the application of this law. Beginning with Article 17 of the Turkish Penal Code, this study will focus on other provisions; touching upon the problems and deficiencies; and proposing specific solutions. In this regard, this study will discuss the following topics in detail: (1) the notification of the foreign court orders to Turkish authorities; (2) the content of this notification (how it will/ought to be); (3) the identification of the Turkish authorities which can examine the foreign court orders and give rulings on the recognition; (4) the inconsistencies between the existing legislation and practice. In brief, the purposes of this study are to examine the criminal law perspectives of the 'recognition' which is mainly defined in the realm of civil law and to discuss the application of this law in practice.

Keywords: Foreign Criminal Court Orders, Disqualification of a Right, Recognition, Criminal Records

GİRİŞ

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının tanınması konusuna başlamadan önce, öncelikle ifade etmemiz gereken husus, tanınmanın özel hukuka ait bir kavram olduğudur. Özel hukukta kullanılan bir kavram olması nedeniyle bu alandaki kullanımının ne şekilde olduğunu belirlememiz gerekmektedir. Yabancı ülke mahkemelerince verilen kararların verildiği devlet ülkesi dışında etkilerini doğurması milletlerarası özel hukukta tanıma ve tenfiz kavramları ile ifade edilmektedir. Diğer bir anlatımla yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen özel hukuka ilişkin kararların Türkiye’de sonuç doğurabilmesi “tanıma” ve “tenfiz” olarak adlandırılan usullerin takip edilmesiyle sağlanmaktadır.¹ Bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği konusuna gelecek olursak; tanıma kavramından maksat; bir mahkeme hükmünün kesin hüküm etkisinin yabancı bir devlet ülkesinde kabul edilmesidir.² Tenfiz kavramından maksat ise, bir mahkeme hükmünün zorla icra etkisini verildiği devlet ülkesinden başka bir devlet ülkesinde göstermesidir.³ Milletlerarası özel hukukta, söz konusu kurumların nasıl

¹ Bu konudaki temel hükümler 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (RG, 12.12.2007/26728) 50-59. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır.

² Tuğrul Arat, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, *AÜHF Dergisi*, C. 21 (1964), Sa. 1-4, s. 426.

³ Arat, s. 426.

işletileceğine dair usul ve esaslar detaylı olarak belirlenmişken; ceza hukuku alanında aynı belirliliğin var olduğu söylenemez.

Özel hukuk alanında yabancı mahkeme kararlarının sonuç doğurabilmesi bakımından öngörülen tanıma ve tenfiz usulünün benzeri bir usul ceza hukuku alanında açık bir biçimde benimsenmemiştir. Ceza hukuku alanındaki düzenlemelere baktığımızda temel düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda⁴ (TCK) yer aldığı; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda⁵ ise bu düzenlemeyle bağlantılı sayılabilecek bazı hükümlere yer verildiği görülmektedir.

I. KANUNİ DÜZENLEME

Yabancı mahkeme ilamlarının Türk hukukunda tanınması, Türk hukukunda sonuç doğurması bakımından incelememiz gereken ilk hüküm 5237 sayılı TCK'da yer almaktadır. 5237 sayılı TCK'nın Birinci Kitabının "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kısımının "Kanunun Uygulama Alanı" alt başlıklı İkinci Bölümünün "Hak yoksunlukları" başlıklı 17. maddesinde hak mahrumiyeti doğuran yabancı mahkeme kararlarının Türk hukuku bakımından sonuç doğurabilmesi bakımından izlenmesi gereken usul hüküm altına alınmıştır (765 sayılı mülga TCK m. 8).⁶ Bu düzenlemeye göre "Yukarıdaki maddelerde açıklanan hallerde mahkeme, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir". Bu hüküm özel hukuktaki tanıma müessesesinin ceza hukuku alanındaki karşılığı olarak kabul edilebilir.⁷ Söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için birtakım

⁴ RG, 12.10.2004/25611.

⁵ RG, 1.6.2005/25832

⁶ Madde 8- Bundan evvelki maddelerde beyan olunan ahvalde ecnebi mahkemeden verilen ve gerek fer'i olarak hidematı ammeden memnuiyeti veya sair güna iskati ehliyeti mucip bir cezayı mutazammın olduğu takdirde müdeiumuminin talebi üzerine ecnebi memlekette hüküm olunan mahrumiyet ve iskati ehliyet cezaları netayicinin Türkiye'de dahi cari olacağına mahkeme karar verebilir. Müdeiumuminin talebi üzerine mahkemece bir muamele yapılmazdan evvel mahküm dahi ecnebi mahkemesinden verilen hükmün Türkiye mahkemesince yeniden tetkikini talep etmek hakkını haizdir.

⁷ Durmuş Tezcan, "Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanunu'nun Değeri Sorunu", *AÜSBF Dergisi*, Y. 1984, C. 39, Sa. 1-2, s.

şartların gerçekleşmesi gerekli olup bu konuda aşağıda detaylı açıklamalar yapılacaktır.

İkinci olarak üzerinde durmamız gereken düzenleme ise 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda yer almaktadır. 5352 sayılı Kanun'un "Adli Sicil Kayıtlarının tutulması" başlıklı 2. maddesine göre "*Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dâhil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adli Sicilde tutulur*". Bu düzenlemenin konumuzu ilgilendiren kısmı, hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilip kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşlarının adli sicil bilgilerinin merkezi adli sicilde tutulacağına ilişkin bölümüdür.

Bu noktada değinilmesi gereken diğer hüküm ise 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "Adli sicile kaydedilecek bilgiler" başlıklı 4. maddenin⁸ 1. fıkrasının (f) bendine yer almaktadır. İlgili bentte, Türk va-

143; Zekeriya Yılmaz, "Ceza Kanunumuzda Mahkûmiyete Bağlı Hak Yoksunlukları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2006/2, s. 44.

8 Adli sicile kaydedilecek bilgiler
Madde 4- (1) Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Bu bağlamda;
a) Hapis cezaları ile ilgili olarak;
1. Hapis cezasına mahkûmiyet kararı,
2. Koşullu salıverilme kararı,
3. Koşullu salıverilmede denetim süresinin uzatılmasına ilişkin karar,
4. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına dair karar,
5. Hapis cezasının infazının tamamlandığı hususu,
b) Hapis cezasının ertelenmesi halinde;
1. Denetim süresi,
2. Denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi dolayısıyla cezanın infaz edilmiş sayıldığı hususu,
3. Ertelenen hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin karar,
c) Adli para cezası ile ilgili olarak;
1. Adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmü,
2. Adli para cezasının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu,
3. Adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu,
4. Adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu,
d) Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımı mahkûmiyet halinde;
1. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak, adli para cezasına

tandaşı hakkında yabancı mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen kararların adli sicile kaydedileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme TCK'nın 17. maddesi doğrultusunda verilecek kararların da adli sicile kaydedileceğinin ifadesidir. Buna göre Türk mahkemesinin yabancı mahkemece verilmiş bir mahkûmiyet kararının Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olması yönündeki vereceği karar da adli sicile kaydedilecektir.

Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde anlaşılacağı üzere, yabancı mahkemelerce verilmiş bir kararın Türk hukuku bakımından değer taşıyabilmesi ve bu bağlamda adli sicile kaydedilebilmesi için tanınması iktiza etmektedir. Ceza hukuku alanında tanıma kurumundan ne anlaşılması gerektiğini ve bu kurumun uygulanabilmesi için gerekli olan şartların neler olduğunu belirleyebilmek için TCK'nın 17. maddesinin etraflıca incelenmesi gerekmektedir.

mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri uygulanması hükmü,

2. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar,

3. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin değiştirilmesine ilişkin karar,

e) Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ile ilgili olarak;

1. Kasten işlenen bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkûmiyetin kanunî sonucu olarak yoksun kalınan haklara cezanın ertelenmesi dolayısıyla getirilen istisnaya ilişkin karar,

2. Mahkûmiyet hükmüyle bağlantılı olarak verilen, belli bir hak ve yetkinin kullanılmasının veya belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin karar,

f) Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen karar,

g) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık dolayısıyla verilen karar,

h) Ceza zamanasının dolduğunun tespitine ilişkin karar,

i) Genel veya özel affa ilişkin kanun, özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı,

j) Askerî Ceza Kanununa göre verilmiş mahkûmiyet kararlarındaki ferî cezalar,

k) Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar, Adli sicile kaydedilir.

(2) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen mahkûmiyet hükmü ya da eski hükümde değişiklik yapan tüm hüküm ve kararlar açısından da birinci fıkraya hükümleri uygulanır.

(3) Kanun gereği olarak gerçek kimliği saklı tutulan kişilerin adli sicil ve arşiv kayıtlarına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

A. TCK'NIN 17. MADDESİNİN UYGULABİLME ŞARTLARI

1. Yabancı Mahkeme Tarafından Verilmiş Bir Kararın Bulunması

Kanuni düzenlemeye baktığımızda, TCK'nın 17. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle ortada yabancı ülkede işlenen suç nedeniyle yabancı mahkeme tarafından verilmiş bir kararın bulunması ve bu nedenle Türkiye'de yeniden yargılamanın yapılamaması şartı aranmıştır. Diğer bir ifadeyle yabancı ülkede işlenen suç nedeniyle Türkiye'de yargılama yapılması mümkünse TCK'nın 17. maddesinin uygulanma kabiliyeti olmayacaktır. Zira yurt dışında işlenen suç nedeniyle Türkiye'de yargılama yapılmasının mümkün olduğu durumlarda yapılacak yargılama nedeniyle verilecek karar bir Türk mahkemesi kararı olacağından yabancı mahkeme kararı şartı sağlanamamış olacaktır.

17. maddede yer alan "Yukarıdaki maddelerde açıklanan hallerde" ifadesinden anlaşılması gereken TCK'nın 9, 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde hüküm altına alınan durumlardır. Zira anılan maddelerde söz konusu olan durumlarda, var olan yabancılık unsuru nedeniyle yabancı mahkemeler tarafından da hüküm verilebilecektir. Ancak yabancılık unsuru taşınmasına rağmen Türk mahkemelerinin yargılama yapmasının mümkün olduğu durumlarda Türk mahkemelerinin kararıyla birlikte hak yoksunlukları da doğacağından 17. maddenin uygulanması gündeme gelmeyecektir. Örneğin yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile Türkiye'de yeniden yargılanacağından (m. 10) hukukumuz bakımından Türk mahkemelerinin verdiği karar ve buna bağlı olarak hak yoksunlukları geçerli olacaktır. Dolayısıyla bu durumda 17. madde uygulama alanı bulamayacaktır. Görüleceği üzere bir yabancı mahkeme hükmünün mevcut olması halinde öncelikle Türkiye'de yeniden yargılama yapıp yapılamayacağı incelenecek; yargılamanın yapılmasının mümkün olduğu durumda hukuk düzenimizde Türk mahkemelerince verilen karar geçerli olacağından 17. maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Türk hukukunda yargılama yapılmasının mümkün olduğu ve fakat bir şarta bağlı olduğu (Adalet Bakanının talepte bulunması veya yabancı devle-

tin ya da zarar görenin şikâyet şartı gibi) durumlarda ise söz konusu şart sağlanamıyorsa Türkiye’de yargılama yapılamadığından yabancı mahkeme kararıyla ilgili 17. maddenin uygulanması gündeme gelecektir.

2. Yabancı Mahkeme Tarafından Verilmiş Kararın Türk Hukuku Bakımından Bir Hak Yoksunluğu Gerektirmesi

TCK’nın 17. maddesinin uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ise yabancı mahkemece verilen kararın Türk hukuku bakımından bir hak yoksunluğu gerektirmesidir. Türk mahkemelerinin inceleme konusunu yabancı mahkemece verilen kararın hak yoksunluğu doğurup doğurmaması hususu oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla yurt dışında işlenen suç nedeniyle Türkiye’de yeniden esas yönünden yargılama yapılmamakta, sadece yabancı mahkemece verilen mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından bir hak yoksunluğu gerektirip gerektirmediği araştırılmaktadır. Eğer yabancı mahkemece verilen karar Türk hukuku bakımından bir hak yoksunluğu doğuracak nitelikte değilse TCK’nın 17. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

Bu noktada yabancı mahkemece verilen kararda hak yoksunluğuyla ilgili bir karar verilip verilmediği veya ilgili hukuk düzeninde birtakım hak yoksunluklarına karar verilmese bile hükme bağlı olarak hak yoksunluklarının doğup doğmayacağı hususunun Türk hukuku açısından bir öneminin bulunmadığını belirtmemizde fayda vardır.⁹ Zira Türk mahkemeleri, yabancı mahkemece verilen kararda hak yoksunluğuna dair bir hükmün bulunup bulunmadığıyla değil, Türk hukuku bakımından hak yoksunluğu gerektirip gerektirmediğiyle ilgilenmektedir. Bu husus 17. maddenin gerekçesinde “*yabancı bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olan cezaların, doğurduğu hak yoksunlukları bakımından ülkemiz hukukunun dikkate alınması*” gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Bu hususun gerekçede ifade edilmesinin altında ise 765 sayılı TCK’da bu konuyla ilgili yer alan düzenleme yatmaktadır.

765 sayılı TCK’nın 8. maddesinde yer alan “...*ecnebi memlekette hüküm olunan mahrumiyet ve iskatî ehliyet cezaları netayicinin Türkiye’de dahi cari olacağı...*” şeklindeki düzenleme, yabancı mahkeme hükmünde

⁹ Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (m. 1-146), Vedat Kitapçılık, C. 1, İstanbul 2006, s. 52

hak yoksunluklarının ifade edildiği hallerde bu hak yoksunluklarına Türk hukukunda doğrudan geçerlilik tanınması şeklinde bir anlam taşımaktadır. Yabancı devlet mahkemelerince hükmedilen bir hak yoksunluğunun Türk hukukunda aynen tatbik edilmesi şeklinde bir sonuca gebe olan bu düzenlemenin Türk kamu düzeniyle bağdaşmayan birtakım hak yoksunluklarına geçerlilik tanınması gibi bazı sonuçlar doğurması da muhtemel olacaktır. Bunun yanında bazı devletlerde hak yoksunluklarına mahkeme ilamında ayrıca yer verilmemesi nedeniyle yabancı ilamı dikkate alan ülke içerisinde istikrarsız uygulamaların doğması da muhtemel olacaktır. Bu sakıncaları öngören kanun koyucu 5237 sayılı TCK'da mülga kanundaki düzenleme şeklinden vazgeçmiş; söz konusu sakıncaları da maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade etmiştir: *Hükûmet Tasarısının 16 ncı maddesinde yabancı ülkede verilmiş mahkûmiyet kararına bağlı hak yoksunluklarının Türkiye'deki etkisi düzenlenmiştir. Yürürlükteki kanununun 8 inci maddesinin tekrarı olan bu hüküm, düzenlemesi itibarıyla adalet esasına göre uygulanabilirliği olan bir hüküm değildir. Gerçekten yabancı bir mahkeme tarafından hükümlenmiş olan cezaya, bu kararın verildiği ülke hukukunda bağlanmış olan hak yoksunluklarını esas alan düzenlemeler, sağlıklı bir sonuç vermekten uzaktır. Özellikle her ülkedeki mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarının kapsamının farklı olması çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Nitekim bazı ülkelerde hak yoksunluklarına ayrıca hükmedilmediğinden, bunlar mahkeme kararında belirtilmezler. Bu durum da göstermektedir ki, hak yoksunlukları bakımından yabancı ülke hukukunun esas alınması ülke içinde yeknesak ve adil bir uygulamaya imkân vermemektedir. İşte bu nedenlerdir ki, madde metninde, eşitlik ilkesi gereği olarak, yabancı bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olan cezaların, doğrudan hak yoksunlukları bakımından ülkemiz hukukunun dikkate alınması kabul edilmiştir”¹⁰*

Öğretide, 17. maddede ifade edilen “hak yoksunluğu” ibaresinden Kanun’un 53. maddesinde düzenlenen “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” hükümlerinin kastedildiği öne sürülmüştür.¹¹ Hak

¹⁰ Özbek, yabancı ülkede işlenen suç dolayısıyla yabancı mahkûmiyetin dikkate alınmamasını söz konusu gerekçelerle açıklamanın mümkün olmadığı kanaatinde. Ayrıca fail ülke içinde suç işleseydi bu yoksunluğa tabi tutulacaktı şeklindeki bir yaklaşımın da kabul edilebilir olmadığı görüşündedir (Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C. 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2005, s. 224).

¹¹ Özbek, s. 224.

yoksunlukları temel olarak TCK'nın 53. maddesinin¹² 1. fıkrasında düzenlenmişse de diğer bazı özel kanunlarda¹³ işlenen suçun niteliği ve hükmedilen cezanın türüne göre, TCK'nın 53. maddesinde yer alan hak yoksunluklarına ek olarak birtakım hak yoksunluklarına da

¹² Madde 53- (1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;
 a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,
 b) Seçme ve seçilme ehliyetinden,
 c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,
 d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,
 e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,
 Yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkra da sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.

¹³ Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun (RG, 10.9.1983/18161) 85/4. maddesinde "Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının Üçüncü Babının Üçüncü Faslında yer alan rüşvet verme suçu ile 339, 340 ve 342 nci maddelerine göre, bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekrerrü hükümleri uygulananlar, mesleklerini icradan men olunurlar..." şeklinde bir hak yoksunluğu hüküm altına alınmıştır.

hükmedilmesi öngörülmüştür.¹⁴ Ayrıca maddenin lafzına baktığımızda 17. maddenin uygulanabilmesi için yabancı ilamın “*Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi*” şartının arandığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle madde hak yoksunluklarını sadece Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenenlerde sınırlanmamış; özel kanunlarda düzenlenen hak yoksunlarının uygulanabilmesinin önüne bir engel konulmamıştır. Dolayısıyla yabancı mahkemece verilmiş kararın hak yoksunluğu gerektirmesi durumunda Türk mahkemesince hak yoksunlukları bakımından hem TCK’nın 53. maddesi hem de özel kanunlardaki düzenlemelerin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Cumhuriyet Savcısının İstemi

TCK’nın 17. maddesinin uygulanabilmesi için aranan diğer bir şart ise, tali dava niteliğindeki davanın cumhuriyet savcısının istemi üzerine açılabilir olmasıdır. Davasız bir yargılama olmayacağından savcının istemi olmaksızın da mahkemenin bu yönde bir karar alması, hak yoksunluğuna karar vermesi mümkün değildir. Bu nedenle 17. maddenin uygulanabilmesi için mutlaka Cumhuriyet Savcısının talebi olmalıdır. Savcının istemi üzerine mahkemece yapılacak olan yargılama davanın esasına ilişkin olmadığından tali dava olarak nitelendirilmiştir.¹⁵ Böyle bir nitelendirmede bulunulmasının sebebi ise davanın esasına ilişkin olmamakla birlikte yargılama yapılabilmesi için savcının istemde bulunmasının gerekliliğidir.¹⁶

4. Mahkeme Kararı

Savcının istemi üzerine mahkemece yapılacak incelemede yukarıda anılan şartların sağlanıp sağlanmadığına bakılacak, şartlardan herhangi birinin sağlanamaması durumunda savcının istemi reddedilerek hak yoksunluklarına karar verilmeyecektir. Eğer anılan şartlar

¹⁴ Cengiz Otacı, “Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 2, Y. 2, Sa. 4, s. 459.

¹⁵ Öğretide, Türk mahkemelerince yapılacak incelemenin kısa da olsa bir yargılamayı gerekli kıldığı gerekçesiyle hükmün “non bis in idem” ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür (Özbek, s. 224).

¹⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, Eylül 2015, s. 740.

sağlanıyorsa Türk mahkemeleri, yabancı mahkeme tarafından verilen hükme Türk hukukunda karşılık gelen hak yoksunluklarına karar verecektir. 765 sayılı TCK'da yer alan "... mahkeme karar verebilir" şeklindeki ifade biçimi hak yoksunluğuna karar verme noktasında mahkemelere bir takdir hakkı tanımışken 5237 sayılı TCK'daki emredici hüküm nedeniyle mahkemelerin takdir hakkı yoktur. Yani yapılacak incelemenin neticesinde anılan şartların sağlandığı görülüyorsa mahkemece, yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verilecektir.

5. Hakkında Yabancı Ülkede Mahkûmiyet Kararı Verilen Kişinin Türkiye'de Bulunması Şartının Gerekip Gerekmediği Sorunu

Öğreti¹⁷ ve uygulamada,¹⁸ yabancı mahkeme ilamına bağlı olarak Türkiye'de hak yoksunluğuna karar verilebilmesi için hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet kararı verilen kişinin Türkiye'de bulunması şartının da mahkemece incelenmesi gerektiği yönünde bazı görüşler vardır. Bu görüşler bağlamında eğer kişi Türkiye'de bulunmuyorsa Türk kamu düzenini ilgilendiren bir durum olmadığından ve yargılama da yabancı ülkede gerçekleştirildiğinden TCK'nın 17. maddesi bağlamında bir karar verilmesi ihtiyacının olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce madde metninde bu yönde bir açıklık olmadığı için kanunilik ilkesi gereği bu şartın bulunmasının 17. maddenin uygulanabilmesi açısından zorunlu olduğu ileri sürülemeye-

¹⁷ Hasan İsmet Bıyıklı, "Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, 1974, s. 444; Hakkı Yaşar, "Yabancı Memlekette İşlenen Suçlar ve Yabancı Mahkeme İlamları Muvacehesinde Uygulama", *Adalet Dergisi*, 1969, Sa. 4, s. 200.

¹⁸ "Türk C. Y. 8. maddesi gereğince medeni haklardan mahrumiyet cezasının Türkiye'de cari olmasına karar verebilmek bu maddenin ilk fıkrasındaki "bundan evvelki maddelerde beyan olunan ahvalde" kaydı ile atıfta bulunulan 5. maddede yazılı şartların bu arada, kendisinin Türkiye'de bulunması şartının tahakkukuna bağlı olduğu ve hâlbuki adı geçen T.Y.'nin Türkiye'de bulunmadığı nazara alınmaksızın İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nce, London Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.7.1966 tarihli hükmünde yazılı üç sene müddetle medeni haklardan mahrumiyet cezasının Türkiye'de cari olmasına karar verilmesi, yolsuzdur". Yargıtay 1. C.D. 869/2915, 26.2.1968; Aynı mahiyette Yargıtay 1. C.D., 24/2/1970 333/532; Yargıtay 1. C.D. 26.11.1968, 2915/3198; Yargıtay 6. C.D., 20.11.1968, 6421/6443 (Bıyıklı, s. 444, dn. 14; Yaşar, s. 200).

cektir.¹⁹ Söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için hakkında karar verilecek olan kişinin Türkiye’de bulunması şartının aranması suç işlemesi nedeniyle birtakım hakları kullanmaktan yasaklanması gereken kişinin Türkiye dışında bulunurken Türk kamu düzeniyle ilgili haklarını kullanabilmesinin yolunu açacaktır. Türk kamu düzeniyle ilgili hakların kullanım alanı Türkiye coğrafyasıyla sınırlandırılmaz. Örneğin yurt dışında yaşayan bir Türk vatandaşı Türkiye’de bulunmasa bile seçme hakkını yut dışında kullanmaya devam edebilmektedir. Dolayısıyla işlediği suç nedeniyle kişinin belli hakları kullanmaktan yasaklanmasına karar verirken kişinin bulunduğu ülke önem taşımayacaktır. Bu konuda yurt dışında bulunan bir kişinin belli hakları kullanmaktan nasıl yasaklanacağı konusu gündeme gelebilir. Ancak burada asıl önemli olan, kişinin, hakkındaki hak yoksunluğuna karar veren ülkenin kamu düzeniyle ilgili birtakım hakları (seçme, seçilme, velayet) kullanmak istemesi durumudur.

Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece hak yoksunluklarına karar verilmesine karşın savcının böyle bir istemde bulunabilmesi için öncelikle böyle bir yabancı mahkeme kararının varlığından haberdar olması gerekir. Bunun nasıl olacağı ise adli sicil kayıtlarının tutulması, yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararlarının adli sicile kaydıyla ilgili bir husustur. Bu noktada usulün nasıl olduğunu anlamayabilmek için Adli Sicil Kanunu’ndaki düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir. Bu konuda yürürlükteki 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’yla mülga adli sicil kanunları arasında düzenleme farklılıkları vardır. Çalışmamızda yeri geldikçe bu farklılıklara değinilecektir.

B. ADLİ SİCİL KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mevcut uygulamayı anlayabilmek için öncelikle mülga adli sicil kanunlarında yer alan hükümlere bakmamızda fayda vardır. 1944 tarih ve 4664 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun²⁰ 2. maddesinin (B) bendinde Türk kanunlarına göre suç teşkil eden bir fiilden dolayı Türk vatan-

¹⁹ Aynı yönde bkz. Murat Aksan, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s. 330.

²⁰ RG, 12.09.1944/5806

daşları hakkında yabancı bir devlet mahkemesince verilip kat'ileşen ve resmen Türkiye hükümetine bildirilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile geçirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kanunu kaldıran 1990 tarih ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun²¹ 4. maddesinin (C) bendinde de önceki düzenlemeyle paralel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre yabancı ülke mahkemelerince verilip, kesinleşen ve Türk Hükümeti'ne bildirilen; Türk kanunlarına göre suç sayılan fiillerden dolayı, Türk vatandaşları hakkında tesis olunan kararlar adli sicile geçirilecektir. Benzer nitelikteki bu düzenlemelere karşın 4664 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen "*yabancı bir devlet tarafından Türkiye Hükümetine resmen bildirilen mahkûmiyet hükümlerinin aynen adli sicil dairesine tevdi olunacağı*" şeklindeki bir hükme 3682 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir.

Her iki kanunda, yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydedilmesi için yukarıda ifade ettiğimiz şartların denetiminin kim tarafından, nasıl yapılacağına ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir.²² Bu nedenle şartları taşıyan bir yabancı mahkûmiyet hükmünün adli sicile kaydı için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamıştır. Bu denetimin adli sicil yetkililerince yapılacağı kabul edilmiş ve uygulama da bu yönde gerçekleşmiştir. Bu yönde bir uygulamanın gelişmesinde yabancı devlet tarafından bildirilen mahkûmiyet hükümlerinin aynen adli sicil dairesine tevdi olunacağı şeklindeki 4664 sayılı Kanun'un 4. maddesinin etkili olduğu kanaatindeyiz.

2005 tarih ve 5352 sayılı Kanun, yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararlarının adli sicile kaydı bakımından kanun koyucunun mülga kanunlardan farklı bir usul benimsediğini açıkça göstermektedir. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "Adli Sicil Kayıtlarının Tutulması" başlıklı 2. maddesinde, hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilip kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşlarının adli sicil bilgilerinin merkezi adli sicilde tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm önceki Kanunlardan farklı olarak ilk kez "tanıma" kavramına yer ve-

²¹ RG, 29.11.1990/20710

²² Bıyıklı, s. 443, dn. 11.

rerek önemli bir değişiklik getirmiştir. Bu hükme göre yabancı mahkemece verilmiş bir kararın adli sicile kaydedilebilmesi için iki şartın konulduğu görülecektir.

İlk şart yabancı mahkemelerce verilen kararın kesinleşmiş olması; ikinci şart ise söz konusu kararın tanınmasıdır. Kesinleşme şartı bakımından ortada bir sorun yoktur. Zira bir mahkeme ilamının diğer bir devlete bildirilebilmesi için verildiği ülkedeki yasal süreçlerin tamamlanıp kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Yabancı ülke tarafından kesinleşmiş bir ceza mahkemesi ilamının bildirilmesi üzerine söz konusu kararın tanıma işlemine konu olup olamayacağına karar verme yetkisinin kimde olduğu, söz konusu usulün ne şekilde işleteceği konusunda 5352 sayılı Kanun'da bir hüküm yer almamıştır. Kanun'da bu yönde bir düzenlemenin olmayışı uygulayıcıların 4464 sayılı Kanun'dan beri süregelen usulü takip etmesi gibi bir sonucu doğurmuştur. Diğer bir anlatımla, 5352 sayılı Kanun döneminde de yabancı devletten bildirilen mahkeme ilamlarının incelenmesi ve adli sicile kaydı bakımından görev ve yetkiyi kullanan mercii Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü olmuştur.

II. TANIMA

Yabancı devlet mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarının Türk hukukunda sonuç doğurması bakımından "tanıma" kavramı ceza hukuku mevzuatımıza ilk kez 5352 sayılı Kanun'la girmiştir. Bu kanundan önce de yabancı ceza ilamları Türk hukukunda sonuç doğurmuşsa özel hukuk terimi olan "tanıma"nın ceza hukuku alanına kazandırılması bakımından 5352 sayılı Kanun'un önemli bir yenilik getirdiği söylenebilir. Ancak söz konusu tanıma işleminin nasıl yapılacağı, bu konuda görevli ve yetkili merciiin neresi olacağı, hangi usuller takip edilerek söz konusu işlemin gerçekleştirileceğine ilişkin Adli Sicil Kanunu ve diğer kanunlarda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle yabancı mahkûmiyet kararları bakımından tanıma işleminin yapılması konusunda kanuni bir eksiklik bulunmaktadır. Bu eksikliğe karşın yabancı ceza ilamlarının Türk hukukunda sonuç doğurmasıyla ilgili uygulamada bir usul takip edilmekte olup bu usulde nelerin önemli olduğu üzerinde duracağız.

A. BİLDİRİMDE BULUNMA

Suçun işlendiği ülkedeki yasal sürecin tamamlanıp kararın kesinleşmesinden sonra söz konusu karar iki veya çok taraflı anlaşmalar gereğince suçun faili olan kimsenin vatandaşı olduğu diğer ülkeye bildirilmektedir. Söz konusu bildirimlerle ilgili olarak ülkenin taraf olduğu sözleşmelere bakmak gerekmektedir. Türk hukuku açısından adli sicil kayıtlarının bildirilmesi bakımından en önemli dönüm noktalarından birisini 20 Eylül 1959 tarihli Avrupa Konseyi'nin Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin (CİKAYAS) imzalanması oluşturmaktadır.²³ Söz konusu sözleşmeden önce yabancı devletlerle sicil bilgilerinin bildirilmesi konusu ikili sözleşmelere bağlı olarak gerçekleştirilmekteydi.²⁴ Bu sözleşmenin imzalanması ile sözleşmeye taraf olan devletlerin diğer bir taraf devletle daha önce arasında akdetmiş olduğu cezai konularda yardımlaşmayı içeren ikili anlaşmalar zımnen ilga edilmiştir.²⁵ Bu sözleşmeyle akit taraflardan her biri,²⁶ diğer taraf uyruklarına ilişkin olup adli sicile kaydedilmiş bulunan cezai hükümler ve sonraki tedbirler hakkında ilgili tarafa bilgi vermekle yükümlü kılınmıştır (m. 22). Ancak CİKAYAS hükümleri belli devletlerarasında geçerli olduğundan sözleşmeye taraf olmayan ve Türk vatandaşlarının yaşadığı diğer ülkelerle ilişkisinin nasıl sağlanacağı konusu gündeme gelmektedir. Buralarda ise Türkiye ile ilgili devlet arasında öncelikle ikili anlaşma²⁷ olup olmadığına bakılacak;

²³ RG, 23.3.1968/12856

²⁴ Bu konudaki ikili anlaşmalara "1800 sayılı Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Hükümeti Arasında Münakit İadei Mücrimin Muahedenamesi" (RG, 6.4.1931/1767) örnek gösterilebilir.

²⁵ CİKAYAS'ın iç hukukta yürürlük kazanmasıyla birlikte zımnen ilga olunan sözleşmelere 1800 sayılı Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Hükümeti Arasında Münakit İadei Mücrimin Muahedenamesi örnek gösterilebilir.

²⁶ CİKAYAS'a Taraf Devletler: Almanya, Andora, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere (Birleşik Krallık), İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Karadağ, Letonya, Litvanya, Lihtenştayn, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna, Yunanistan.

²⁷ İkili anlaşmalara "Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Antlaşması" (RG, 11.10.1980/17132), "Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî Konularda Adli İşbirliği Anlaşması" (RG, 05.07.2011/1895) örnek gösterilebilir.

eğer böyle bir anlaşma yoksa mütekabiliyet esasına göre bildirim sağlanacaktır. Söz konusu bildirim hangi aşamada yapılacağına dair CİKAYAS ve ikili anlaşma hükümlerinde genel olarak kesin bir koşul bulunmamakla birlikte uygulamada kimi ülkeler kendi ülkelerinde cezai mahkûmiyeti kesinleşmiş Türk vatandaşlarının adli sicil kayıtlarını yıllık olarak gönderirken kimi ülkeler her olayda kararın kesinleşme üzerine ayrı ayrı bildirimde bulunmaktadır.

B. BİLDİRİMİN İÇERİĞİ

Yabancı ülke makamlarının yaptığı bildirimlerdeki fişin ne şekilde olması gerektiği bildirimde bulunan ülkenin iç hukukuna göre değişebilmektedir. Bu nedenle her ülkenin kullandığı tek bir bildirim yöntemi bulunmamaktadır. Buna karşın, bildirime esas bilgiler bildirilen devlet tarafından yeterli görülmediği takdirde ilgili ülkeden ek bilgi talebinde bulunulabilmektedir. Türkiye'ye gönderilen bildirim fişlerinde genel olarak tek bir sayfada kararın kısa özeti, suçun kesinleşme tarihi ve şahsın yeterli kimlik bilgilerine (ad, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, anne-baba adı gibi) yer verilmektedir.

Söz konusu bildirimde mahkemenin gerekçeli kararının gönderilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamakla birlikte suçun niteliğinin ne olduğunun ve bildirilen devlette suç oluşturup oluşturmadığının gelen belgelerden anlaşılabilmesi gerekmektedir. Zira bildirilen devlette suç oluşturmayan fiiller adli sicile kaydedilemeyecektir. Bu konuda tereddüt oluşursa ilgili ülkeden yetkili makamlar (örneğin Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğü (UHDİGM)) aracılığıyla ek bilgi talep edilebilmektedir.

Bildirim fişinin olaya dair bilgi içerme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bildirim yapan ülkede işlenen suça konu eylemin bildirilen ülkede de suç oluşturup oluşturmadığını tespiti yetecek bilgi mevcut olduğu takdirde yabancı mahkemece verilmiş mahkûmiyet kararı adli sicil kayıtlarına işlenebilecektir. Bu bağlamda TCK'nın 8. ve 13. maddeleri gereğince anılan eylemin ülkemizde de soruşturulması veya kovuşturulması gerekiyorsa UHDİGM aracılığıyla suça konu eylemin detayları incelenecek, gerekli görülen ek bilgiler ilgili ülkeden istenebilecek ve anılan maddeler kapsamında gerekli görülürse suç duyurusunda bulunulabilecektir. Bu durumda eylem hem adli sicile kaydedilmiş

olacak hem de ülkemizde soruşturulabilecektir. Buna karşın TCK'nın 16. maddesi gereği yabancı ülkede verilen ceza ülkemizde verilen cezadan mahsup edilecektir. Ülkemizde verilen kesinleşmiş hüküm de bu durumda adli sicile kaydedilmektedir.

Mevcut uygulamada bildirim fişinden cezanın infazına geçilip geçilmediği, infazın ne aşamada olduğu konularında bilgi sahibi olunup olunamayacağı konusuna gelecek olursak, infazın hangi aşamada olduğu veya tamamlanıp tamamlanmadığı sorunu adli sicile kayıt bakımından gündeme gelmemektedir. Zira yabancı adli sicil kayıtlarının bildirim ve Türk adli siciline kayıt edilebilmesi için kararın kesinleşmesi zorunlu ve fakat infaz edilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla infazdan önce veya sonra bildirim yapılabilir. Bu husus bildiren devletin iç hukuk düzeniyle ilgili bir durumdur. Uygulamada da devletler bildirim fişlerinde infaza ilişkin bir ibareye yer vermemektedir.

C. İÇERİĞİN NASIL OLMASI GEREKTİĞİ SORUNU

Yabancı devlet tarafından yapılan bildirim içeriğinde ne tür bilgilere yer verileceği "tanıma"dan beklenen hukuki güvencenin sağlanabilmesi adına son derece önem taşımaktadır. Uygulamada yukarıda saydığımız sınırlı ve yetersiz bilgilerle bildirim fişi düzenlenmektedir. Gönderilen sınırlı birtakım bilgilere göre yabancı mahkeme ilamının Türk Hukukuna uygunluğunun yeterince denetlenmesi mümkün olmayacağından yeterli bir denetimden geçirilmeden kaydedilecek bilgiler haksız bir şekilde, bazı hak mahrumiyetlerinin doğmasına neden olabilecektir. Zira diğer ülke kanunlarında suç olarak düzenlenen fiil Türk hukukunda suç sayılmayabileceği gibi farklı nitelikte bir suça vücut verebilecektir. Bu durumda Türk Hukukuna göre suç olmayan bir fiilin adli sicile kaydedilmesi ve bu kayıt nedeniyle birtakım hak mahrumiyetlerinin ortaya çıkması mümkün görünmektedir. Bu sebeple tanıma kurumundan beklenen amacın gerçekleşebilmesi için yapılacak bildirim içeriğinin nasıl olduğunu belirlememiz gerekmektedir.

Kanaatimizce tanıma kurumundan beklenen amacın gerçekleşebilmesi için yapılacak bildirim içeriğinde yukarıda saydığımız hususlara (kararın kısa özeti, suçun kesinleşme tarihi ve şahsın yeterli kimlik bilgileri) ek olarak şu hususlara da yer verilmesi isabetli olacaktır:

- Mahkemenin Gerekçeli Kararı
- İnfaza Başlanıp Başlanmadığına Dair Belge
- İnfazın Tamamlanıp Tamamlanmadığına Dair Belge

Gerekirse bu belgelerin istenmesindeki amacın ne olduğu (TCK'nın 17. maddesinin uygulanma amacı) yabancı mahkemeye gönderilecek talimatta belirtilmelidir.²⁸

Türk hukuku açısından inceleme yapılırken yetkili makam tarafından yabancı ülkede işlenen fiilin/gerçekleşen olayın tam olarak anlaşılabilmesi ve bu bağlamda söz konusu fiilin Türk hukukunda suç oluşturup oluşturmadığına, suç oluşturuyorsa ne tür bir hak yoksunluğunu gerektirdiğine karar verebilmek açısından yabancı mahkemenin gerekçeli kararının istenmesinin son derece elzemedir. Zira ülkelerde ortak bazı suç tipleri olsa da bazı fiiller bir ülkede suç olarak kabul edilirken diğer bir ülkede hukuka uygun bir fiil olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla yabancı ilamı değerlendiren makamın olaya/fiile tam anlamıyla vakıf olabilmesi için yabancı mahkeme ilamının gerekçeli bir şekilde önünde bulunması gerekir.

İnfaza başlanıp başlanmadığına ve infazın tamamlanıp tamamlanmadığına dair bilgi veya belgelerin de bildirim fişinde belirtilmesi son derece gerekli ve önemlidir. Erteleme, tekerrür, mahsup, yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumlarının tatbiki açısından kişi hakkındaki verilen mahkûmiyet kararlarının infazının ne aşamada olduğunun bilinmesi son derece önemlidir. Yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesince tanınmasıyla birlikte artık ortada bir Türk mahkemesi kararı bulunacağından bu kararlar ilgili olarak erteleme, tekerrür, mahsup, yasaklanmış hakların geri verilmesi²⁹ kurumlarının tartışılması ve değerlendirilmesi gerekecektir. Bunun için de öncelikle yabancı mahkeme kararının infazının sağlanıp sağlanmadığı yahut infazın ne

²⁸ Aynı yönde bkz. Yaşar, s. 205

²⁹ Yabancı mahkeme hükümlerinin hak yoksunlukları yönünden geçerli olmasına karar verilmesi halinde ortada bir Türk mahkemesi kararı bulunduğundan artık hak yoksunlukları da yasaklanmış hakların geri verilmesine konu olabilecektir (Çetin Arslan, Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A), *AÜHF Dergisi*, Y. 2007, C. 56, Sa. 4, s. 19).

aşamada olduğunun öğrenilebilmesi gerekir. Bildirim fişinde bu hususlara yer verilmediği için uygulamada ihtiyaç olan hallerde adli yardımlaşma yoluyla gerekli bilgi ve belgeler talep edilerek her somut olayda ayrı çözümler aranmaktadır.

Uygulamada, yabancı ilamlarda hükmolunan hapis cezaları bakımından kesinleşme tarihi üzerine hapis cezasının miktarı kadar süre eklenerek bulunacak tarih adli sicile yerine getirme tarihi olarak kaydedilmektedir. Dolayısıyla yabancı ülkeden bildirilen kararda öngörülen ceza süresi henüz tamamlanmamış (tamamen infaz edilmiş) ise Türk makamları yabancı ülkeden cezanın ne kadarının infaz edildiği veya infaza başlanıp başlanmadığı konusunda bilgi ve belge talep etme durumuyla karşı karşıya kalmaktadır. Eğer infaz tamamlanmamış ise buna dair bildirim müteakiben infazın devri kurumu gündeme gelecektir. Ancak kesinleşme tarihine ek olarak kararda öngörülen süre geçirilmişse infazın tamamlandığı varsayılarak herhangi bir araştırma yoluna gidilmeyecektir. Ancak bu usul pratik görünse de her zaman adaletli sonuçlar vermeyebilir. Zira kişinin cezası kesinleşmişse de kesinleşmeden önce gözaltında veya tutuklulukta geçirilen süreler infaz aşamasında cezadan mahsup edileceğinden kesinleşme tarihine ek olarak ceza süresinin eklenip bunun yerine getirme tarihi olarak kabul edilmesi doğru sonuçlar vermeyecektir. Yine kişinin, ceza infaz edilmeden bulunduğu ülkeden ayrılması durumunda doğrudan kesinleşme tarihinin sonuna ceza süresinin eklenmesi ve bunun, yerine getirme tarihi olarak kabul edilmesi işlediği suç nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmayan kimselerin toplum içerisinde özgürce dolaşmasına imkân tanıyacaktır. Bu nedenle bahsedilen sorunların önüne geçilebilmesi adına kesinleşme şerhine müteakiben cezanın infazına başlanıp başlanmadığı yahut infazın devam edip etmediği veya infazın ne zaman tamamlanacağı konularının açık bir şekilde bildirme konu edilmesi gerekir.

Türkiye'nin tarafı olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalarda bu belgelerin istenmesine dair bir hüküm olmadığından mevcut sorunun çözümünün nasıl sağlanacağına belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda ya adli sicil kayıtlarını paylaşılmasına dair bahsedilen hususları içeren ikili veya çok taraflı anlaşmalar akdedilmeli yahut uygulama içerisinde bu soruna çözüm önerileri getirilmelidir. İkili veya çok taraflı anlaşmalar akdedilmesinin belli bir zaman gerektirmesi ve mevzu-

atta yer alan söz konusu eksiklik nedeniyle bazı patik çözüm yollarına başvurulabilecektir. Örneğin devletlerarasındaki adli yardımlaşmaya konu işlemlerde bildirim yapılan devlet, gönderilen bilgiler konusunda bildirimde bulunan devletten sürekli biçimde, belli bir formatta bilgilerin gönderilmesini ister ve bu konuda istikrarlı bir politika izlerse bildirimde bulunan devlet adli yardımlaşmanın sağlanabilmesi adına bildirimlerini istenilen formata uyduracaktır. Bu konuda ortaya çıkacak uygulama da zamanla taraf devletlerarasında akdedilecek anlaşmalar için yol gösterici bir nitelik taşıyacaktır.

D. BİLDİRİM SONRASI İÇ HUKUKTAKİ USUL

Uygulamada, bildirimler ilgili ülkenin Adalet Bakanlığı tarafından Dışişleri Bakanlığı'na ya da doğrudan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne (UHDİGM) yapılmakta, UHDİGM tarafından da Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne (ASGM) bildirilmekte ve yabancı mahkeme ilamları ASGM tarafından belli kıstaslara göre kayıtlara işlenmektedir. Mevcut uygulamadaki yabancı devlet tarafından bildirilen mahkeme ilamlarının adli sicil kurumuna bildirilmesi durumunda adli sicil kurumu görevlileri tarafından gerçekleştirilen kayıt işlemleri söz konusu kararın Türk hukuku bakımından tanınması niteliğinde olmaktadır. Bu kayıtla birlikte söz konusu yabancı ilam Türk hukukunda sonuç doğurucu nitelik taşımaya başlamaktadır. Ancak uygulamada takip edilen bu usulün Adli Sicil Kanunu'nun 2. maddesindeki anlamıyla tanıma işlemi olarak kabul edileceğine dair yasada herhangi bir ibare yoktur. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu konuda boşluk bulunmaktadır. 4664 sayılı Adli Sicil Kanunu döneminden beri süregelen uygulama yabancı mahkeme ilamlarının doğrudan adli sicil kurumunca tutulması şeklinde olup bu ilamların kaydı bakımından herhangi bir mahkeme kararı şartı aranmamaktadır. Yine süregelen uygulamada hak yoksunlukları yabancı mahkeme ilamlarının adli sicile kaydıyla birlikte ortaya çıkmakta olup herhangi bir mahkeme kararı şartına bakılmamaktadır.

Kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen mevcut uygulama yargı kararlarına da konu olmuştur. Örneğin Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 18.01.2012 tarih, 2011/1591 E., 2012/23 K. sayılı kararında, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'deki adli sicil kayıtlarına işlenebilmesi için Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece karar verilmesi

gerekirken bu yol izlenmeksizin doğrudan adli sicile kaydedilmesinin hukuka uygun olmadığı yönünde karar verilerek, adli sicile kayıt işlemi iptal edilmiştir.³⁰ Yüksek mahkemece onanan bu karara rağmen uygulamada, süregelen anlayış halen devam ettirilmekte olup kanuni boşluktan kaynaklanan fiili bir durum yaratılmaktadır.

Söz konusu usul bu şekilde olsa da bu usulün TCK'nın 17. maddesiyle bağdaştığı söylenemez. Zira kanundaki düzenleme gereği hak mahrumiyetine karar verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının talepte bulunması ve mahkeme kararı şartı aranmaktadır. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde 17. maddenin uygulanabilmesi için yabancı mahkeme kararlarının Adalet Bakanlığı tarafından doğrudan savcılığa bildirilmesi söz konusu olabileceği gibi savcılık makamının adli sicil kayıtlarına bakması suretiyle de bu bilgilerden haberdar olması mümkündür. Usul ekonomisi açısından uygun olan yol ise yurt dışından gelen bildirim fişi ve eklerinin doğrudan yetkili savcılığa gönderilmesidir. Yabancı devlet tarafından bildirilen mahkeme kayıtlarının doğrudan adli sicil kurumuna değil; öncelikle yetkili savcılığa iletilmesi halinde bu kayıtlar üzerinde inceleme ve değerlendirme yapan savcı kararın tanınmasının yanında bu tanımaya bağlı olarak hak mahrumiyetinin doğması gerektiği kanısındaysa bu konuda karar verilmek üzere mahkemeden talepte bulunacaktır. Bu usulde savcının talebi üzerine mahkeme hem kararın tanınmasına hem de hak yoksunluğuna karar verecektir.

III. TANIMA İŞLEMİNİN ADLİ MAKAMLAR YERİNE İDARİ MERCİLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ SORUNU

Adli Sicil Kanunu'nda öngörülen tanıma işleminin adli makamlar yerine idari merciler tarafından gerçekleştirilmesi ve buna bağlı olarak birtakım hak yoksunluklarının ortaya çıkması hukuk devleti ilkesini belli açılardan zedelemektedir. Zira kişilerin hayatı ve özgürlükleri üzerindeki doğrudan etkisi (kamu hizmetine girme, seçme ve seçil-

³⁰ Söz konusu karar, Danıştay 10. Dairesi'nin 31.12.2012 tarihli ve 2012/2620 E. 2012/7162 K. sayılı kararıyla da onanmıştır. Ekrem Çetintürk, "Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi ve Hak Mahrumiyeti Doğurması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, Sa. 14, Temmuz 2013, s. 545.

me ehliyetini kullanabilme, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra edebilme ve benzeri konulara etkisi) nedeniyle hak yoksunluklarına adli makamların denetiminin sonucunda karar verilmesinin kişilere daha çok hukuki güvence sunacağı muhakkaktır. Ayrıca yabancı mahkemenin ilamına konu olan fiilin Türk hukukuna göre suç oluşturmaması veya farklı nitelikte bir suçu oluşturması konuları vardır. Bu konularda bir yargılama mekanizması işletilmeksizin, karar verme yetkisini idari mercilere tanımak uygulamada çok ciddi problemlerin doğmasına neden olabilecektir.

Bunun yanında ülke içerisinde uygulama bütünlüğünün sağlanabilmesi adına hak yoksunluklarına karar verme yetkisini idari mercilere bırakmamak gerekir. Aksi halde yurt dışında suç işleyen bir kimse hakkında Türkiye'deki hak mahrumiyetleri idari mercilerin kararı neticesinde ortaya çıkarken ülke içerisinde suç işleyen bir kimse hakkında adli makamların kararı neticesinde birtakım hak mahrumiyetleri doğacaktır. Bu ise açık bir şekilde eşitlik ilkesine aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

SONUÇ

Yurt dışında işlenen suçlara ilişkin olarak, suçun işlendiği ülkede verilen hüküm Türk hukukunda bir hak yoksunluğu gerektiriyorsa bu hükmün "tanıma" usulünün nasıl gerçekleştirileceği TCK'nın 17. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Kanunda açık bir şekilde tanımadan bahsedilmese de 17. madde sonuçları itibarıyla özel hukuktaki tanıma ve tenfiz kavramlarının ceza hukuku alanındaki karşılığı olarak kabul edilebilir. Ancak bu hüküm tanıma usulüne ilişkin olarak tek başına yeterli bir düzenleme değildir.

Yabancı devlet mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarının Türk hukukunda sonuç doğurması bakımından "tanıma" kavramı ceza hukuku mevzuatımıza ilk kez 5352 sayılı Kanun'la girmiştir. Bu kanundan önce de yabancı ceza ilamları Türk hukukunda sonuç doğurmuşsa özel hukuk terimi olan "tanıma"nın ceza hukuku alanına kazandırılması bakımından 5352 sayılı Kanun'un önemli bir yenilik getirdiği söylenebilir. Ancak söz konusu tanıma işleminin nasıl ya-

pılacağı, bu konuda görevli ve yetkili mercii neresi olacağı, hangi usuller takip edilerek söz konusu işlemin gerçekleştirileceğine ilişkin Adli Sicil Kanunu ve diğer kanunlarda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle yabancı mahkûmiyet kararları bakımından tanıma işleminin yapılması konusunda kanuni bir eksiklik bulunmaktadır. Bu eksiklik nedeniyle yabancı devlet tarafından bildirilen mahkeme kayıtlarının doğrudan adli sicil kurumunca kaydedilmesi ve hak yoksunluklarının da kayıtla birlikte doğması gibi bazı sakıncalı sonuçlar uygulamada cereyan etmektedir. Bir suçla bağlantılı olarak hak yoksunluğuna karar verilmesi noktasında yetkinin idari bir mercii olan Adli Sicil Kurumu'na tanınması hukuk devleti ve eşitlik ilkelerini temelden sarsmaktadır. Tanıma kurumunun amacı gözetildiğinde yabancı mahkeme ilamlarıyla ilgili olarak Türk hukukundaki hak yoksunluklarının geçerli olmasına adli makamların karar vermesi daha doğru ve isabetli olacaktır. Ayrıca tanıma kurumundan beklenen amacın tam olarak gerçekleştirilebilmesi için yabancı ülkelerden gönderilen bildirim fişlerinin içeriğinin adli makamlarca incelemeye ve ilgili olduğu olayı/fiili anlamaya yetecek nitelikte olması gerekir. Bunun için ise kararın kısa özeti, suçun kesinleşme tarihi ve şahsın yeterli kimlik bilgilerinin yanında mahkemenin gerekçeli kararının, infaza başlanıp başlanmadığına ve infazın tamamlanıp tamamlanmadığına dair belgenin yetkili makamların önüne getirilmesi gerekmektedir. Ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri bu açıdan yeterli olmadığı için kısa vadede uygulama içerisinden bazı çözüm önerileri (yabancı devletten anılan belgelerin gönderilmesini zorunlu kılan bir uygulama geliştirilmesi gibi) getirilerek kanun koyucuya yol gösterilebilir.

Kaynakça

- Aksan Murat, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- Arat Tuğrul, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", *AÜHF Dergisi*, C. 21 (1964), Sa. 1-4, s. 421-524.
- Arslan Çetin, "Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)", *AÜHF Dergisi*, Y. 2007, C.56, Sa.4, s. 1-53.
- Bıyıklı Hasan İsmet, "Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, 1974, s. 439-452.

- Çetintürk Ekrem, "Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi Ve Hak Mahrumiyeti Doğurması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, Sa. 14, Temmuz 2013, s. 529-557.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, Eylül 2015.
- Otacı Cengiz, "Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 2, Y. 2, Sa. 4, Ocak 2011.
- Özbek Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı*, C. 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2005.
- Şen Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (m. 1-146)*, Vedat Kitapçılık, C. 1, İstanbul 2006.
- Tezcan Durmuş, "Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu", *AÜSBF Dergisi*, Y. 1984, C. 39, Sa. 1-2, s. 111-156.
- Yaşar Hakkı, "Yabancı Memlekette İşlenen Suçlar ve Yabancı Mahkeme İlamları Muvacesinde Uygulama", *Adalet Dergisi*, 1969, Sa. 4, s. 192-205.
- Yılmaz Zekeriya, "Ceza Kanunumuzda Mahkûmiyete Bağlı Hak Yoksunlukları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2006/2, s. 21-44.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA TEFECİLİK SUÇU* CRIME OF USURY IN TURKISH CRIMINAL CODE

Tayfun GÜN**

Özet: Para ve ekonomik ilişkilerin ilk olarak ortaya çıktığı tarihlerden itibaren para ve faizle yakından bağlantılı olan tefeciliğin toplumsal ve ekonomik sonuçları her zaman tartışma konusu olmuştur. Tarihsel süreç içerisinde faizle ilgili tartışmalar, ilk defa faizin meşruluğu noktasında toplanmışken; günümüzde ekonomik gelişmeler kapsamında en güncel tartışmalar, faizin meşruluğundan ziyade borç ilişkilerinde belirlenecek olan faiz oranları odaklı yürütülmektedir. Ödünç para alan şahısların mali açıdan zor durumlara düşmesine neden olan ve ekonomik açıdan güçlü kişinin ölçsüz kazanç elde etmesi şeklinde gerçekleştirilen tefecilik, birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yasaklanmıştır. Bu kapsamda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 241. maddesinde kazanç sağlamak amacıyla başkasına ödünç para veren kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Hukuk devletinde kişilerin içinde buldukları zor durum ve çaresizlik, kayıt dışı bir kazanç kapısı olmamalı ve bu duruma olanak tanınmamalıdır. Ayrıca, tefecilik suçunda diğer mali suçlarda olduğu gibi devlet, vergi gelirlerinden yoksun kaldığı için suç sonucunda meydana gelen mağduriyet kamusal alanda ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda tefecilik suçunun unsurları incelenmiş, hukuki açıdan verilecek mücadelenin isabetli ve başarılı olabilmesi bakımından mevcut eksikliklerin giderilmesi yönünde çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku, Tefecilik, Faiz, Ekonomik Suç, Müsadere

Abstract: Since the very first times money and economical relations emerged, social and economical outcomes of usury, which is closely related to money and interest, has always been a matter of debate. While the first discussions through historic process, concerning interest, accumulated in relation with legitimacy of interest; today, the most up-to-date discussions about economical advances are carried out centered on the interest rates which are to be deter-

* Bu çalışma Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Yüksek Lisansı kapsamında yazılan Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçu tezinin makale olarak düzenlenmiş halidir.

** Sivas 3. Ağır Ceza Mahkemesi Üye Hâkimi, tayfungun@outlook.com, ORCID: 0000-0002-6593-2656, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.11.2018, Kabul Tarihi: 05.11.2018

mined in debtor-creditor relationships rather than the legitimacy of usury. Usury, which enables the wealthy to earn beyond measure and pushes debtors into financially tough situations, is prohibited in our country, as well as in many others. Within this scope, in the article 241 of the law no. 5237 Turkish Criminal Code, it is issued that any person who lends money to another person with the intension of earning money will be penalized. In a state of law, the plight and misery of people should not enable any means of informal profit, and this shall never be made possible. In addition to that, because the state lacks the tax income when usury occurs, just like any other financial crimes do; unjust treatment, which happens to take place after the crime, emerges in public realm. In our work, the elements of the usury are examined; solution offers are presented in order to eliminate current flaws and to make the legal campaign accurate and successful.

Keywords: Penal Law, Usury, Interest, Economic Offence, Confiscation

GİRİŞ

Günümüzde yasal açıdan faiz geliri elde edebilecek kişi ya da kurumların belirlenebilmesi ve sınırlandırılması ayrı bir önemi haiz hale gelmiştir.¹ Tefecilik sonucunda elde edilen kazanç, faiz ya da başka bir çeşit ivaz yani paranın kullanım bedeli şeklinde ifade edilebilir. Ancak, günümüzde sadece faiz ya da başka bir ad altında kazanç elde edilmesi yürütülen faaliyetin tefecilik olarak nitelendirilmesi için tek başına yeterli olmamakla birlikte, bunun yanında kişinin faiz ya da başka bir ad altında elde etmeye çalıştığı bu kazancı yasal açıdan elde etmeye yetkili olmaması gerekir. Bu bakımdan tefecilik, ülkemizde bir süre yasal bir faaliyet olan ikrazatçılığın kanunda öngörülen şartlarına sahip olmadan, yetkili makamlardan izin alınmadan ve kanuna aykırı şekilde yapılması şeklinde tanımlanabilir.²

Kamu düzenini ve toplumsal yaşamı olumsuz yönde etkileyen tefecilik fiilinin suç olarak düzenlenmesi ihtiyacı Türk hukukunda ilk kez 1933 yılında yasal karşılığını bulmuştur. Fakat 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde tefecilik fiili esas itibariyle ödünç verme niteliğinde kabul edildiğinden 08.06.1933 tarihli 2279 sayılı Ödünç Para

¹ Abdulbaki Giyik, *Türk Hukukunda Tefecilik Suçu*, Adalet Yayınevi, 1. B. , Ankara 2014, s. 6.

² Ahmet Caner Yenidünya, "Tefecilik Suçu (TCK. m. 241)". *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. II, S. 6, Y. 2013, s. 4.

Verme İşleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Tefecilik fiilinin ilk kez 2279 sayılı Kanun ile düzenlenmesinin ardından 06.10.1983 tarihinde kabul edilen 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile tefeciliği oluşturan fiiller tanımlanmıştır. 90 sayılı KHK'nin 15. maddesinde tefecilik suçunun yaptırımı da mevcut olmasına rağmen ilgili bu madde kanunlaşmadığından dolayı tefecilik suçunun yaptırımı 2279 sayılı Kanun çerçevesinde belirlenmiştir. Bu bakımdan, 2005 yılı öncesinde tefecilik suçunun unsurlarının 90 sayılı KHK'da yer aldığı, cezai yaptırımının ise 2279 sayılı Kanun'la tespit edildiği bir uygulama söz konusu olmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, m. 241'de günümüzde de uygulanan tefecilik suçu düzenlenmiştir.

1. Tefecilik Suçuyla Korunan Hukuki Değer

Tefecilik suçu, TCK'nın Özel Hükümlere ilişkin İkinci Kitabının Topluma Karşı Suçlar'a ilişkin Üçüncü Kısımında Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı Dokuzuncu Bölümünde düzenlenmiştir. Tefeciliğin suç olarak kabul edilmesinin temelinde, kamu otoritesinin kontrolü dışında faizli işlemlerin yapılmasının önlenmesi suretiyle ekonomik sistemin güvenliğinin sağlanması yer almaktadır.³

2. Tefecilik Suçunun Unsurları

2. 1. Fail

Tefecilik suçunun faili, herkes olabilir. Suçun faili olabilmek için maddede herhangi bir özelliği haiz olmak aranmamıştır. Madde metninde kişi nitelendirmesi yapılmakla birlikte, bu kişinin hangi kişi olması gerektiği konusuna açıklık getirilmemiştir. Ödünç para veren ve ödünç para alan iki kişinin varlığının aranması bu suçu niteliği itibarıyla çok failli suç haline getirmektedir. Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, bu suçun cezalandırılan failidir.⁴ Yasal zeminden ayrılarak tefeciye başvuran ödünç para alan kişi ise, suçtan zarar gören ya da suçun mağduru konumunda olmayıp, izlenen

³ İzzet Özgenc, "Tefecilik Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, Y. 2010, s. 543-544.

⁴ Çetin Akkaya, *Teori ve Uygulamada Tefecilik Suçu*, Adalet Yayınevi, 1. B. , Ankara 2013, s. 17-18.

suç politikası gereği suçun cezalandırılmayan failidir.⁵ Bu kapsamda, madde gerekçesinde: “İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır” denilmek suretiyle bu duruma dikkat çekilmiştir.

2. 2. Mağdur

TCK'nın Toplumla Karşı Suçlar kısmında düzenlenen tefecilik suçunun mağduru, mali durumunun kötülüğü nedeniyle ödünç para alan ve bu nedenle iktisadi açıdan sömürülen bireyler değil, ödünç para verme işleminin ilgili mevzuatta öngörülen kurallarına uyulmaması nedeniyle menfaatleri ihlal edilen toplumun tüm bireyleri,⁶ istikrarlı makro ekonomide faydası bulunan herkestir.

2. 3. Suçun Konusu

TCK'nın 241. maddesinde, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek şeklinde tanımlanan tefecilik suçunun konusu, paradır. Yasa metninde açık şekilde belirtildiği gibi yalnızca para, tefecilik suçunun konusunu oluşturur.⁷ Para, Türk parası olabileceği gibi yabancı para da olabilir.⁸ Yargıtay da istikrarlı içtihatlarında te-

⁵ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 552; Veli Özer Özbek, “Tefecilik Suçu (TCK m. 241)” , *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 14, Y. 2010, s. 32.

⁶ Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar, Bilge Yayınevi, 2. B. , Ankara 2015, s. 20; Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 553; Elif Bekar, “Tefecilik Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 514. Bir diğer görüşe göre ise: “mağdur-suçtan zarar gören kavramlarına verilecek olan anlam bağlamında tefecilik suçunun mağdurunu belirlemek mümkündür. Suçun icra hareketlerinin üzerinde gerçekleştiği kişi, mağdurdur. Buna karşılık, böyle olmasa da haklı çıkarı bir şekilde zedelenen kişi, suçtan zarar görendir. Suçun düzenlendiği yer itibariyle mağdurun kamu olduğu söylenebilirse de suçla birlikte bireysel menfaatler de korunduğuna ve her zaman yüksek faizlerle para alan gerçek kişiler de mevcut olduğuna göre tefecilik suçunun mağduru gerçek kişiler, suçtan zarar göreni ise kamudur. Bu değerlendirmeler ışığında bu suçun mağduru herkes olabilir. Bu suç yönünden mağdur, genel itibariyle acil ekonomik kaynağa gereksinim duyan ve bunu banka ve sair kredi kurumlarından karşılayamayan veya bu kurumlara yasal nedenlerden dolayı başvuramayan ve sonuç itibariyle mali yönden zor durumda bulunan kişilerdir”. Özbek, s. 32.

⁷ Akkaya, s. 29; Parlar, s. 19; Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 545-546; Bekar, s. 506-507; Necati Meran, Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınevi, 3. B. , Ankara 2013, s. 27.

⁸ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 545; Çetin Arslan, “Tefecilik Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Y. 2014, s. 30-31; Zekiye Özen İnci, Tefecilik, Seçkin Yayınevi, 1. B. , Ankara

fecilik suçlamasından kurtulmak için ödünç para alan kişi ile ödünç para veren kişi arasındaki işlemin konusunun görünüşte para dışında başka bir maddi değer gibi gösterildiği durumlarda, iş ilişkisi ya da akrabalık bağı bulunmayan kişiler arasındaki bu işlemin özü itibariyle kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme işlemi olup olmadığının saptanması gerektiğine vurgu yapmaktadır.⁹

2. 4. Fiil

Tefecilik suçunu oluşturan fiil, bir başkasına kazanç sağlamak amacıyla ödünç para vermektir.¹⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinde,¹¹ tüketim ödünç sözleşmesi tanımlanmıştır. Tüketim ödünç sözleşmesinin yapılmasıyla ödünç veren, sözleşmeye konu olan şeyin mülkiyetini, ödünç alana devretmek borcu altına girer. Tüketim ödünçünde, ödünç para veren ile ödünç para alan arasında bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Tüketim ödünçü ivazlı olabileceği gibi, ivazsız da olabilir. İvazsız tüketim ödünçü, kamu otoritesinin iznine bağlı değildir. Ancak, ivazlı ödünç para verme işlemleri kamu otoritesinin iznine bağlıdır ve ilgili mevzuatta aranan koşullar çerçevesinde yapılabilir. Gerekli izinler alındıktan sonra ya da yasal şartlara uygun şekilde faiz karşılığında ödünç para verilmesi durumunda, bu fiil, tefecilik suçunu oluşturmaz. Tefecilik suçunun maddede yazılı tipik hareketinin bir kez işlenmesi, suçun oluşumu bakımından yeterli görüldüğü için uygulamada bu suçun sırf hareket suçu niteliğinde olduğu ve kazanç sağlamak amacıyla ödünç paranın borç alan kişiye verilmesiyle, yani ivaz karşılığı ödünç verilen paranın mülkiyetinin borç alan kişiye geçmesiyle birlikte suçun tamamlandığı kabul edilmektedir.¹² Suçun tamamlanması açısından ivazın temin edilmiş olması gerekli olmayıp, ödünç paranın iade edilip edilmemesi ya da ivazın ödenmiş olup olması, suçun oluşumu bakımından herhangi bir öneme sahip değildir.

2014, s. 111; Akkaya, s. 28; Meran, s. 27.

⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 04.07.2018 tarihli 2017/702- 2018/5078; 19.06.2018 tarihli 2014/11573- 2018/4508; 05.06.2018 tarihli 2014/11110- 2018/4245 sayılı kararları.

¹⁰ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 546; Bekar, s. 508.

¹¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: "Tüketim ödünçü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir".

¹² Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 547; Akkaya, s. 41.

2. 4. 1. Tefecilik Suçunun Fiil Unsuru Açısından Özel Durumlar

Tefecilik suçunun fiil unsuru bakımından özellikle belirtilmesi gereken iki özel durum bulunmaktadır. Tefecilik suçunun madde gerekçesinde: *“Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, ‘senet kırdırma’ denen usulle de işlenebilir. Örneğin, henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır”* şeklindeki açıklama karşısında senet kırdırma suretiyle ve alışveriş yapılmış gibi kredi kartı kullanılarak, kart sahibine çekim bedelinden daha az paranın ödenmesi suretiyle gerçekleştirilen fiillerin kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme sayılıp sayılmayacağı hususlarının tartışılması gerekmektedir.¹³ Bu ve bu gibi yöntemler, ticari yaşamın olağan kabul edilmeyen hastalıklı ilişkilerinin göstergesidir ve ticari yaşamın sağladığı kolaylıkların kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmektedir.¹⁴ Bu nedenle senet kırdırma veya pos tefeciliği denilen yöntemle de tefecilik suçu işlenebilir.

2. 4. 1. 1. Senet Kırdırma Suretiyle Tefecilik

İktisadi ilişkilerde, senet kırdırma usulüyle tefecilik şeklindeki yönetime başvurulduğu görülmektedir. Senet kırdırmak suretiyle tefecilik suçunun işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Aslında bu gibi hallerde, bir bono veya çeke bağlanmış olan bir alacağın temlik söz konusudur. Alacağın temlikinin bir türü olan rızai temlik halinde, borçlunun muvafakati ve rızası olmaksızın devreden eski alacaklı ile devralan yeni alacaklı arasında kanunda bahsedilen şekle uygun bir temlik sözleşmesinin yapılmasıyla alacak hakkı devredilmektedir.¹⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun 183/1. maddesindeki¹⁶

¹³ Akkaya, s. 45.

¹⁴ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 549; Bekar, s. 510; Giyik, s 93-94; Parlar, s 21; Meran, s. 33; Yenidünya, s. 12-13.

¹⁵ Mustafa Arıkan, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temlik”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, Y. 2005, s. 133.

¹⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 183/1. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: “Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir”.

düzenleme çerçevesinde uygulamada bono ya da çeke bağlanmış bir alacak, alacaklı tarafından nakit para ihtiyacını karşılamak amacıyla bononun vadesinden, çekin ise üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce üçüncü bir kişiye ciro edilmesi suretiyle veya hukuki yönden tahsilinde zorlukla karşılaşılması nedeniyle bir üçüncü kişiye devredilebilmektedir. Üçüncü kişi, kendisine devredilen bu alacağın karşılığında alacaklıya bono ya da çek üzerinde yazılı olan meblağdan daha az miktarda para ödemektedir. Bu yöntemlerle tefecilik yasağına ilişkin kanun hükümleri dolanılmaktadır. Bu gibi hallerde, bono ya da çekin hamili olan kişi ile üçüncü kişi arasında ticari ilişkiye dayanan bir borç yoktur. Yalnızca, bono veya çekin hamili değişmekte, alacaklı sıfatı bir üçüncü kişiye geçmekte ve alacak kambiyo senedine bağlanmış olduğundan cironun ticari yaşamda sağladığı kolaylık kötüye kullanılmaktadır.¹⁷

Uygulamada, yalnızca senet kırma suretiyle tefecilikten bahsedilse de alacağın senede bağlanmamış olduğu durumlarda da işlemin içeriğine bakılarak tefecilik suçunun oluşup oluşmadığı saptanmalıdır. Senede bağlanmış olsun ya da olmasın kişinin alacağını daha düşük bir bedelle ödünç verene devrettiği durumlarda diğer şartların da mevcudiyeti halinde, tefecilik suçu oluşacaktır.¹⁸ Alacağın temlikinin sebebe bağlı bir işlem olduğu ve alacağın temlikine temel olan işlemin geçersiz olmasının temlik işlemi de geçersiz hale getireceği yönünde fikir¹⁹ ile birlikte alacağın temlikinde cirodan farklı şekilde devredenin garanti borcunun olmayışı²⁰ da bu görüşü savunmaya engel teşkil etmeyecektir. Çünkü tefecilik suçunun kazanç sağlamak amacıyla yapılmış olması yeterli olup, amaçlanan kazancın elde edilmiş olması gerekli değildir. Yine, senet kırma suretiyle tefecilik fiili işlerirken ödünç alanın ödünç aldığı para üzerinde tasarruf etme imkânı sağlaması, ödünç para verenin bu fiili kazanç sağlamak amacına yönelik işlemi ve işlemin konusunun para olması göz önüne alındığında gerekçede bu doğrultuda açıklama bulunmasaydı dahi tefecilik suçunun oluştu-

¹⁷ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 549; Bekar, s. 510.

¹⁸ Giyık, s. 90-91. Bir diğer görüşe göre ise: "bu fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için tefecilik suçunun düzenlendiği madde metninde ayrıca ve açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir" İnci, s. 147; Özbek, s. 37; Arslan, s. 38; Akkaya, s. 47.

¹⁹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. B. , Ankara 2017, s. 1266.

²⁰ Tamer Bozkurt, Ticaret Hukuku, Kuram Yayınları, 1. B. , Ankara 2017, s. 385-387.

ğu söylenebilirdi. Ayrıca, iktisadi yaşamda kıymetli evrakı devralanın kazanç elde etme amacına ulaşması daha kolay olduğundan dolayı yapılacak bir kanun değişikliği ile senet kırdırma suretiyle tefecilik suçunun işlenmesinin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmesi gereklidir.²¹

2. 4. 1. 2. Kredi Kartı (POS) Tefeciliği

Tefecilik suçunun kredi kartı kullanılmak suretiyle işlenmesi de mümkündür. Kredi kartları, ticari yaşam içinde yapılan alışverişlerde sık olarak kullanılmaları nedeniyle değişim araçları olan nakit veya kıymetli evrakların yerini alarak, çağımızda çok önemli bir yere sahip duruma gelmiştir. Tüketicilerin mal ve hizmet alımı sırasında yanlarında sürekli nakit bulundurma zorunluluklarını önemli ölçüde azaltan kredi kartları, kullanım tarzları açısından günümüzde suç konusu teşkil edebilecek birçok farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır.²²

Kredi kartı, bankalar ya da kart çıkarmaya yetkili kuruluşların müşterilerine belirli limitler çerçevesinde açtıkları kredilerle, nakit kullanılmadan mal ya da hizmet alımı veya nakit kredi çekme olanağı sağlamak için verdikleri ödeme aracıdır. Bu sistemin mal ve hizmet alımı için kullanılması durumunda kredi kartını çıkaran banka ya da kuruluş, kart hamili ve üye işyerinden oluşan üç taraf bulunmaktadır. Kart hamili, anlaşmalı işyerinden mal ya da hizmet şeklindeki ihtiyaçlarını karşılarken bedeli nakit olarak değil, ilgili satış belgesini imzalayarak veya şifresini girerek ödemiş sayılır. Satıcı ise, sattığı mal ya da hizmetin bedelini kredi kartını çıkartan kuruluş veya bankadan tahsil eder. Kredi kartı hamili de anlaşma şartlarına uygun olarak mal ya da hizmet bedelini daha sonrasında kartı çıkartan kuruluş veya bankaya ödeyerek kart sistemindeki işleyişi tamamlar. Uygulamada, çoğunlukla kredi kartı borçlarının kapatılması veya nakit para temini amacıyla iki ayrı yöntem uygulanmaktadır.²³ Birinci ihtimalde, kredi kartı borcunu ödeyemeyen kişinin borcu tefeci tarafından ödenir ve ödenen kısma belirli bir miktar komisyon eklenerek pos cihazından

²¹ Parlar, s. 20; Bekar, s. 512.

²² Onur Utku Sevim, "Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu", *Adalet Dergisi*, S. 42, Y. 2012, s. 161-162.

²³ Akkaya, s. 53.

satış yapılmış gibi çekilir, bu bedel de tefeci tarafından taksitli satış gibi gösterilir. İkinci ihtimalde ise, tefeci kendisine başvuran kişiye belli bir miktar ödünç para verir, ardından verdiği bu ödünç paraya belirli bir miktar komisyon ekler ve bu bedeli de ödünç para alanın kredi kartından satış yapılmış gibi pos cihazı aracılığıyla taksitlendirerek ya da nakit olarak çeker.

Kredi kartı ile tefecilik usulü denilen bu hallerde, gerçekte bir mal satışı yapılmamasına karşılık bir mal satışı yapılmış ve satış yapılmayan malın bedeli kadar para da kredi kartı kullanılarak ödenmiş gibi gösterilmektedir. Satıcı konumunda olan kişi de kredi kartı sahibi olan alıcı konumundaki kişiye, mal bedeli olarak gösterilen miktarın altındaki bir parayı nakit olarak ödemektedir.²⁴ Pos tefeciliği de denilen bu yöntemde gerçekte mal satışı yapılmadığı halde, görünüşte mal bedeli şeklinde tahsil edilen bedelin bir kısmının borçluya nakit verilmesi ile tefecilik suçu işlenmektedir. Tefeci, borçluya nakit olarak ödediği miktar ile kazancını oluşturan komisyonu daha sonrasında bankadan tahsil etmektedir.²⁵ Ticari faaliyet kapsamında bir ticari işletmede satışı yapılan mallarla ilgili satış işlemlerinde ise, ticaret ve vergi mevzuatı hükümleri uyarınca belgelendirildikten sonra satış bedelinin kredi kartı kullanılmak suretiyle tahsil edilmesinde hukuki yönden bir sakınca bulunmamaktadır. Bu şekilde satışı yapılan malın, daha sonrasında aynı ticari işletme tarafından ticaret ve vergi mevzuatı hükümleri çerçevesinde belgelenmek suretiyle tekrar satın alınması ve bunun karşılığında nakit para ödenmesi hukuka aykırılık oluşturmaz. Her iki halde de satış ve satın alma işlemleri usulüne uygun olarak muhasebeleştirilmiş, KDV gibi gerekli vergi tarh ve tahakkuk işlemleri de belgelenmiştir. Bu ticari ilişkilerde ticari işletmenin sorumluları yönünden usulüne uygun olarak icra edilmiş bir ticari faaliyetin varlığı söz konusudur.²⁶ Tacir yönünden ticari faaliyet yürütmek amacıyla hareket edildiği sürece müşterinin mal satın alırken gerçekte mala ihtiyacı olmadığı halde, sadece ödemeleri için ihtiyaç duyduğu nakit parayı temin edebilmek amacıyla önce kredi kartını kullanmak suretiyle

²⁴ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 550; Bekar, s. 511.

²⁵ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 550; Bekar, s. 512; Samet Can Olgaç/A. Cemal Ruhi, Tefecilik Suçu, Seçkin Yayınevi, 1. B. , Ankara 2016, s. 20; Akkaya, s. 57; Meran s. 33; Parlar, s. 21.

²⁶ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 551; Yenidünya, s. 14.

mal satın alması, daha sonrasında bu malı satın aldığı bedelden daha düşük bedelle mevzuatta öngörüldüğü şekilde faaliyetini yürüten işletmeye ya da aynı konuda faaliyet yürüten bir başka işletmeye nakit para karşılığında satması, satın alan tacir yönünden tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu ticari işlemlerde muvazaa olmadığı gibi, hayatın olağan akışına uygun bir ticari faaliyet yürütülmektedir. Örneğin, kuyumcu gibi ticari faaliyet kapsamında piyasadaki satış fiyatlarını temel alarak ve kredi kartı ile taksitlendirerek altın satan kişilerin sattığı bu altınları, tekrar piyasadaki altın alış fiyatından geri alması halinde, mal alım ve satımına ilişkin ticari yaşam döngüsü içinde kazanç elde etme amacı işin doğası gereği kabul edilmelidir. Bu işlemlerde, piyasadaki alış ve satış değerinin farkı dışında başka bir kazanç elde edilmemişse, müşterinin mal satın alırken güttüğü amacın bir önemi olmayacak ve ticari saiklerle hareket eden tacir bakımından tefecilik suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

Buna karşılık, işyerinde herhangi bir alışveriş yapılmamasına rağmen alışveriş yapılmış gibi göstererek işyeri sahibinin, acil nakit ihtiyacı nedeniyle kendisine başvuran kişiye ait kredi kartından pos cihazı aracılığıyla işlem yapması, gerçek olmayan bu alışveriş tutarından belirli bir komisyon keserek geriye kalan kısmı nakit olarak ödemesi veya komisyonunu verdiği paranın üzerine ilave ederek başvuran kişinin kredi kartından çekmesi şeklindeki fiilleri, bankaya bu işlemlerden ötürü komisyon ödenmemesi ya da kredi kartı sahiplerinden alınan komisyondan daha az ödenmesi nedeniyle kazanç elde etmek amacıyla yönelik başkasına ödünç para verme niteliğinde olup, tefecilik suçu kapsamında değerlendirilecektir.

2. 5. Tipikliğin Manevi Unsuru

Tefecilik suçu, kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Zira kişilerin taksirlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu konuda ilgili kanun hükmünde açık bir düzenleme bulunması gerekir.²⁷ TCK'nın 241. maddesinde de taksirle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmadığından dolayı tefecilik suçu kasten işlenebilir. Ancak, suçun oluşması için tefecinin kazanç elde et-

²⁷ Cengiz Topel Çiftcioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 2013 s. 324-325.

mek amacıyla bir başkasına ödünç para vermesi gerekir. Bu bakımdan tefecilik suçunda yapısal unsur olarak kast genel sübjektif unsuru yanında, tipikliğin özel sübjektif unsuru olarak “kazanç elde etmek amacı” şeklinde özel bir maksat aranmaktadır.²⁸ Tefecilik suçunun oluşması bakımından tefecinin kazanç elde etmek amacıyla para vermesi gerekli ise de elde edilmesi amaçlanan kazancın elde edilmiş olması şart değildir. Bu kazancın faiz olarak ifade edilmesi gerekmediği gibi, suçun konusundan farklı olarak kazancın para cinsinden olması da gerekli değildir.²⁹

2. 6. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Tefecilik suçunu tanımlayan TCK'nın 241. maddesinde öngörülen tipe uygun fiilin işlenmesiyle birlikte, tefecilik suçunun hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşir. Çünkü tefecilik suçu yönünden kanuni tanımında ve devamı maddelerinde herhangi bir hukuka uygunluk nedeni yer almamaktadır.³⁰ Ancak, ivaz karşılığında ödünç para verme işlemi yönünden ilgili mevzuatta belirlenen şartlar çerçevesinde yetkili kılınan hallerde, gerçekleştirilen ödünç para verme işleminin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir.³¹

2. 6. 1. Yasal İzin İçeren Hükümler

Tefecilik suçu, ivaz karşılığında kazanç sağlamak amacıyla para verilmesi sonucunda oluştuğu için izne dayalı şekilde yapılan ödünç para verme faaliyetlerinde alınmış olan yasal izin, suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.³² Bu durumda ödünç para verilmesine ilişkin faaliyet hukuka uygun olarak icra edilmektedir. Zira 5237 sayılı TCK m. 26/1 uyarınca, hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Çünkü hukuk düzeni, bir kimseye belirli bir hakkı vermek suretiyle o hakkın kullanılmasını hukuka uygun saymış olmaktadır.

²⁸ Özgeç, Tefecilik Suçu, s. 553; Bekar, s. 515; Giyik, s. 100; Akkaya, s. 61; Yenidünya, s. 20.

²⁹ Özgeç, Tefecilik Suçu, s. 553; Bekar, s. 515.

³⁰ Parlar, s. 23; Erhan Günay, Öğreti Görüşü ve Yargıtay Kararları Eşliğinde Örnekli ve Uygulamalı Tefecilik Suçu, Seçkin Yayınevi, 2. B., Ankara 2014, s. 59; Özbek, s. 30.

³¹ Özgeç, Tefecilik Suçu, s. 553; Bekar, s. 516-517; Arslan, s. 39-40.

³² Günay, s. 59-60.

2. 6. 1. 1. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda Öngörülen İşlemler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun faaliyet konuları başlıklı 4/1-c maddesinde, bankaların nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri yapma yetkisini haiz olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, tefecilik suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.³³

2. 6. 1. 2. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Öngörülen Faaliyetler

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun yan hizmetler başlıklı 38/1-b maddesinde, yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketlerinin yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verilmesi yetkisini haiz olduğu düzenlenmiştir. Bu şekilde yürütülen faaliyetler ve yapılan işlemler, hukuka uygun kabul edildikleri için tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir.³⁴

2. 6. 1. 3. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda Öngörülen Faaliyetler

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 38/1. maddesinde faktoring sözleşmesi,³⁵ 39. maddesinde de finansman sözleşmesi düzenlenmiştir.³⁶ İfade biçiminden de anlaşıldığı üzere finansman sözleşmesi özü itibariyle ödünç verme niteliğini haizdir. Başkası adına mal ya da hizmet alan finansman şirketinin, ödediği bedeli kredilendirmek suretiyle karşı taraftan tahsil etme

³³ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 553; Giyik, s. 110.

³⁴ Giyik, s. 111.

³⁵ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 38/1. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: "Mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir".

³⁶ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 39. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: "Her türlü mal veya hizmet alınun, malı veya hizmeti satın alan gerçek veya tüzel kişinin nam ve hesabına mal veya hizmetin teslim veya temini ile birlikte doğrudan satıcıya ödeme yapılması suretiyle kredilendirilmesini öngören sözleşmedir. Kredi geri ödemeleri, adına kredi açılanlar tarafından finansman şirketlerine yapılır".

hakkına sahip olduğu tanımlanmıştır. Finansman şirketi ile mal veya hizmet ihtiyacı olan kişi arasında kazanç elde etme amacına yönelik bir ödünç sözleşmesi söz konusu olacaksa da 6361 sayılı Kanun'un 39. maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedeninden dolayı tefecilik suçu oluşmaz.³⁷

Factoring işlemi ise, ülke içi ya da dışına kredili satış yapan işletmelerin nakit devamlılığını sağlamak amacıyla alacak risklerini faktor adı verilen finansal kuruluşlara devretmesidir. Factoring işlemiyle satıcı işletme vadeli alacaklarını, belli bir gider karşılığında vadesinden önce tahsil etme olanağına sahiptir. Bu yönden factoring, kredili satış yapan işletmeler bakımından bir tedarikçi finansmanı şeklinde tanımlanabilir.³⁸ Faktor olarak da ifade edilen banka ya da factoring şirketi, müşterisinin başka bir borçludan olan ve vadesi gelmemiş alacağının büyük bir bölümünü avans olarak öder ve bunun sonucunda müşteri de alacağını faktora devreder. Vadesi geldiğinde faktor, borçludan alacağın tamamını tahsil eder ve peşin ödediği bölümle alacağı tahsil etmek için yaptığı masrafları düşükten sonra kalan bölümü tekrar müşterisine devreder. Ayrıca faktor, tahsil ettiği bedeli devretmeden önce, avans verdiği tarih ile vade tarihi arasında geçen süre nedeniyle cari hesap faizi oranında hak ettiği faizi de düşer.³⁹ Factoring sözleşmesinde de faktor tarafından peşin olarak ödenen avans için faiz talep edilmektedir. 6361 sayılı Kanun m. 38'de yer alan hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde kazanç sağlama amacına matuf şekilde peşin ödenen avans için faiz talep edilmiş olsa da tefecilik suçu oluşmaz.⁴⁰

2. 6. 1. 4. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'da Düzenlenen Faiz Oranları

Finansal gereksinimler sonucunda kişiler arasında borç ilişkileri, 6098 sayılı TBK'nın 386. maddesinde düzenlenen tüketim ödünçü

³⁷ Giyik, s. 112-113; Yenidünya, s. 20.

³⁸ Uğur Kaya/Bilal Gerekan, "Factoring Şirketi ve Satıcı İşletme Açısından Factoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. XIII, S. 2, Y. 2011, s. 75.

³⁹ Betül Tiryaki, "Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 2, Y. 2006, s. 189-190.

⁴⁰ Giyik, s. 113-114; Yenidünya, s. 20.

sözleşmesi kapsamında kurulabilir. Bu kapsamda TBK'nın 387, 388 ve 88. maddeleri ile 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesine uygun şekilde taraflar arasındaki tüketim ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılmış olması durumunda, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni mevcut olacağı için kanunda öngörülen belirli oranları aşmayan faizin kararlaştırılmış olması, tefecilik suçunu oluşturmayacaktır.⁴¹ Bu hükümlerde düzenlenen faiz oranlarının talep edilmesi, bir nevi paranın uğramış olduğu değer kaybına yönelik ve hukuka uygun olup, tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmemelidir.

3. Suçun Nitelikli Unsuru

Tefecilik suçu yönünden kanuni tanımında ya da TCK'da ayrı bir madde şeklinde nitelikli unsura yer verilmemiştir. Ancak, iktisadi hayatta kıymetli evrakı devralanın kazanç elde etme amacına ulaşması daha kolay olduğundan dolayı yapılacak bir kanun değişikliği ile senet kırdırma suretiyle tefecilik suçunun işlenmesi, fiilin işleniş şekli itibarıyla daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmelidir.⁴²

4. Kusurluluk

Kusurluluk, failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olup, suçun unsuru değil, fiilin cezalandırılabilmesi için zorunlu bir koşuldur.⁴³ Tefecilik suçunda ödünç para alan kişi, kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği suçun cezalandırılmayan failidir.⁴⁴ Bu nedenle ekonomik bakımdan çektiği güçlük nedeniyle tefeciye başvuran kişi açısından zorunluluk halini değerlendirmenin bir önemi bulunmamaktadır. Zira kanun zaten bu kişiyi cezalandırmaktadır. Tefecilik fiilinin mağduru, toplum olduğu için haksız tahrik hükümleri de bu suç yönünden uygulanamaz. Ancak, diğer şartların da varlığı halinde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, hata gibi kusurluluğu etkileyen nedenler, tefecilik suçunun cezalandırılan failinin, yani ödünç para veren gerçek kişinin cezai sorumluluğunda değerlendirilebilir.

⁴¹ Giyik, s. 115.

⁴² Parlar, s. 20; Bekar, s. 512.

⁴³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 13. B. , Ankara 2017, s. 383.

⁴⁴ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 552; Özbek, s. 32; İnci, s. 129; Bekar, s. 512.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

5. 1. Teşebbüs

Tefecilik suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, öncelikle tefecilik suçunun tamamlanma anı belirlenmelidir. Tefecilik suçu yönünden tamamlanma anı, tefecinin kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermesi anıdır. Kazancın elde edilmiş olması, suçun tamamlanmış olması bakımından şart değildir. Tefecilik suçu, sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan dolayı kural olarak teşebbüse elverişli değildir.⁴⁵ Ancak, sırf hareket suçlarında hareketin bir oluşum sürecine sahip olduğu ve parçalara bölünebildiği hallerde,⁴⁶ icra hareketleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamazsa teşebbüs hali söz konusu olabilir. Örneğin, taraflarca anlaşma yapıldıktan sonra henüz paranın teslimi sağlanmadan ödünç para veren, parayı vereceği sırada ya da bu para, posta yoluyla gönderilirken yakalanırsa tefecilik suçuna teşebbüs hali değerlendirilebilir. Fakat bu gibi hallerde, kazanç elde etme saikinin belirlenmesinde ve kazanç elde etme amacıyla bu paranın verildiğinin ispatında zorluklar yaşanacağı açıktır.⁴⁷

5. 2. İştirak

Tefecilik suçu, çok failli bir suçtur. Çok failli suçlar bakımından suça katılan birden çok kişinin bulunması, suçun unsurudur. Bu nedenle, çok failli suça iştirak halinde suç tipinde yer alan zorunlu kişiler dışında kalan kişiler, iştirak hükümleri kapsamında suça katılabilir. Tefecilik suçu da çok failli suçlardan karşılaşma suçu niteliğinde olduğu için azmettiren ya da yardım eden şeklinde bu suça iştirak edilebilir.⁴⁸ Kredi kartı çekim cihazı olmayan bir tefeciye kendi cihazını kullandırmak suretiyle, paraya ihtiyacı olan kimselerle tefeci arasında irtibat kurmak suretiyle ya da ödünç paranın ödünç alan kişiye ulaştırılmasında aracı olmak suretiyle yardım eden şeklinde tefecilik

⁴⁵ Akkaya, s. 64; Parlar, s. 23; Özbek, s. 38; Yenidünya, s. 21; Arslan, s. 41; İnci, s. 180. Bir diğer görüşe göre ise: "tefecilik suçu mesafe suçu niteliğinde olup, teşebbüse elverişlidir". Günay, s. 60.

⁴⁶ Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, 1. B. , Ankara 2015, s. 228-229.

⁴⁷ Bekar, s. 517-518; Meran, s. 34.

⁴⁸ Bekar, s. 518; İnci, s. 182; Parlar, s. 24; Olgaç/Ruhi, s. 123; Meran, s. 34; Günay, s. 66; Akkaya, s. 65; Yenidünya, s. 21; Özbek, s. 38.

suçuna iştirak edilebilir. Bu hallerde, aracının faaliyetinin ödünç para veren tefecinin fiiline katkısı göz önünde bulundurularak, faillik veya şeriklik niteliğinde olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilecektir.⁴⁹

Bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında tefecilik fiillerinin icra edildiği durumlarda, tüzel kişide çalışanların tamamının değil, icrai karar alma yetkisini haiz tüzel kişiyi temsil ehliyeti bulunan gerçek kişilerin suç faili olarak tespiti gerekir. Ancak, tüzel kişi bünyesinde çalışan diğer kişilerin bilgileri ve fiile katkıları çerçevesinde sorumlulukları söz konusu olabilecektir. Tüzel kişinin bünyesinde çalışanların tefecilik suçundan sorumlulukları açısından; tefecilik fiilinin gerçekleştirilmesinde birlikte suç işleme kararıyla ortak egemenlik kuranlar fail, suç işleme kararını telkinleriyle ilk defa oluşturanlar azmettiren, bunların dışında maddi veya manevi yardımda bulunanlar katkılarının niteliğine göre, yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.⁵⁰ Zira bu hallerde, faaliyet yürüten tüzel kişiye güvenlik tedbirlerinin uygulanması açısından gerçekleştirilen fiillerin tüzel kişi yararına olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.

5. 3. İçtima

Tefecilik suçunun madde metninde (TCK m. 241), özel bir içtima hali öngörülmediği için bu suçun işlenme şekliyle bağdaşması şartıyla içtima hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür.

5. 3. 1. Tefecilik Suçu Bakımından TCK m. 43/1'de Düzenlenen Zincirleme Suç Hükümünün Uygulanabilirliği

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle, tefecilik suçu bakımından tartışmalı konulardan birisi de zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı olmuştur. 90 sayılı KHK hükümleri gereği tefecilik suçundan bahsedebilmek için fiilin süreklilik taşıması gerekiyordu. Buna karşılık, TCK m. 241'de bir kez dahi olsa kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verilmesi, tefecilik suçunun oluşumu açısından yeterli görülmüştür. Tefecilik suçunun mağduru da toplum olup, mağduru belirli bir kişi olmayan suçlarda TCK'nın 43. maddesinin 1. fık-

⁴⁹ Bekar, s. 518; Akkaya, s. 65.

⁵⁰ Yenidünya, s. 22; Günay, s. 66-67.

rasının son cümlesinin⁵¹ uygulanması mümkün olduğu için tefecilik suçu zincirleme şekilde işlenebilecektir.⁵²

5. 3. 2. Tefecilik Suçu Bakımından Görünüşte İçtima Halleri ve TCK'nın 44. maddesinde Düzenlenen Farklı Neviden Fikri İçtima Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Farklı neviden fikri içtima⁵³ halinde, bir fiille kanunda tanımlanan birden fazla farklı suç işlenmektedir. Kanun koyucu, bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırma yerine, faili bu suçlardan erime sistemi kapsamında en ağır olanından sorumlu tutmuştur.⁵⁴ Tefecilik suçu yönünden farklı neviden fikri içtima kuralının gerçekleşmesi mümkün görülmemektedir.⁵⁵ Ancak, TCK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte suçların görünüşte içtima ettikleri çeşitli haller de bulunmaktadır. Özel normun önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ve yardımcı normun sonralığı şeklinde ifade edilen bu hallerde, suçların çokluğu sadece görünüşte olup, ortada fiile uygulanabilecek tek bir norm bulunmaktadır. Bunlardan tefecilik suçu yönünden değerlendirilmesi gereken özel-genel norm ilişkisi şeklindeki görünüşte içtima durumunda bir fiile uygulanacak hem genel hem de özel ceza hükmü bulunmakla beraber, esasında özel normun önceliği ilkesi gereği genel norm deyim yerindeyse geriye çekilmekte ve fiile uygulanacak gerçekte tek bir özel norm kalmaktadır. Özel norm, genel normun tüm unsurlarını kapsamamasının yanında bazı özel unsurları da bünyesinde bulundurmaktadır. Ayrıca, özel norm ve genel norm aynı hukuki de-

⁵¹ 5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır".

⁵² Akkaya, s. 71; İnci, s. 186. Bir diğer görüşe göre ise: "mağdurun ödünç para alan kişi olduğu ön kabulünden hareketle farklı mağdurlara karşı kazanç sağlama amacına matuf ödünç para verme işlemlerinde her bir ödünç verme işlemi açısından ayrı bir tefecilik suçunun olduğu da ileri sürülmektedir". Özbek, s. 39; Parlar, s. 24.

⁵³ 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde farklı neviden fikri içtima için öngörülen düzenleme şu şekildedir. "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır".

⁵⁴ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 554.

⁵⁵ Günay, s. 82.

ğerleri korumaktadır.⁵⁶ Tefecilik suçunun işlendiği hallerde, TCK'nın ve diğer kanunların hükümlerinin de ihlali söz konusu olabildiği için bazı suç tipleri ile tefecilik suçu arasındaki ilişkiyi belirlemek gerekir.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda öngörülen şartlar sağlamadan ve gerekli izinler alınmadan finansal kiralama, faktoring ve finansman faaliyetinde bulunulması durumunda 6361 sayılı Kanun'un 46. maddesinde düzenlenen cezai hükümler uygulanacaktır. Yine, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38/1-b maddesinde, yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketlerinin yapabilecekleri yan hizmetler: *"Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verilmesi ve döviz hizmetleri sunulması"* şeklinde düzenlenmiş olup, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan gereken izinler alınmadan ve 6362 sayılı Kanun'da öngörülen şartlar sağlanmadan sermaye piyasasında izinsiz şekilde kredi ya da ödünç verilmesi şeklinde faaliyette bulunulması halinde, 6362 sayılı Kanun'un 109/2. maddesinde düzenlenen cezai hükümler uygulanacaktır. Bahsi geçen şirketlerin uğraş konuları ödünç ilişkileri ile sınırlı olmadığından dolayı TCK'nın 241. maddesi ile içtima ilişkisinin belirlenmesi açısından yapılacak değerlendirmede öncelikle, icra edilen faaliyetin türü dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda, 6361 sayılı Kanun ve 6362 sayılı Kanun'a aykırı olarak faaliyet yürüten şirketlerin gerçekleştirdiği faaliyetler arasında ödünç verme fiili bulunmuyorsa, TCK'nın 241. maddesi ile herhangi bir içtima sorunu ortaya çıkmayacak ve şartları dahilinde 6361 sayılı Kanun m. 46/1 ve 6362 sayılı Kanun m. 109/2 uygulanacaktır. Ancak, bahsi geçen kanunlara aykırı olarak faaliyet yürüten ve şirket gibi davranan kişilerin gerçekleştirdiği faaliyetler arasında ödünç verme işlemleri de mevcutsa iki farklı değerlendirme yapılmalıdır.⁵⁷ Eğer ödünç sözleşmesinde belirlenen faiz oranı, tefecilik suçunun oluşması açısından gereken orana ulaşmamışsa, yani paranın değer kaybından ibaretse, yalnızca şartları dahilinde 6361 sayılı Kanun m. 46/1 ve 6362 sayılı Kanun m. 109/2 uygulanacaktır. Fakat talep edilen faiz oranının tefecilik suçunu oluşturacak nitelikte yüksek olması halinde ise, hem TCK m. 241 hem de ilgisine göre, 6361 sayılı Kanun'un 46/1. maddesi ya da 6362 sayılı Kanun'un 109/2. maddesi

⁵⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 10. B. , Ankara 2017, s. 541-542.

⁵⁷ Giyik, s. 145.

ihlal edilmiş olacağı için özel norm-genel norm ilişkisi nedeniyle⁵⁸ TCK'nın 241. maddesi değil, şartları dahilinde faaliyetin ve ihlalin niteliğine göre, 6361 sayılı Kanun ya da 6362 sayılı Kanun'un bahsi geçen cezai hükümleri uygulanacaktır.

Tefecilik suçu ile içtima ilişkisi açısından değerlendirilmesi gereken bir başka suç ise, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesinde düzenlenen izinsiz faaliyette bulunma suçudur. 5411 sayılı Kanun'un 4/1-c hükmü çerçevesinde bankaların kredi verme işlemlerini gerçekleştirebilecekleri düzenlenmiş ancak bu faaliyetin icra edilmesi, aynı Kanun'un 6. ve 10. maddelerinin öngördüğü şekilde kuruluş ve faaliyet izni şartına bağlanmıştır. Gerekli izinler alınmadan bankacılık faaliyetlerinin yürütülmesi ve dolayısıyla kredi verme işlemlerinin gerçekleştirilmesi, 5411 sayılı Kanun'un 150. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. 5411 sayılı Kanun'un 4/1-c hükmü aynı zamanda tefecilik suçu açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Fakat bankacılık faaliyetinde bulunma suçu, yalnızca bir ya da birkaç bankacılık faaliyetinin yapılmasıyla oluşmaz. Bu suçun oluşması bakımından gerçekleştirilen bankacılık işlemlerinin nicelik ve nitelik yani yoğunluk itibarıyla banka gibi faaliyet gösterme boyutuna gelip gelmediği her somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Zira tefecilik suçu ile izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu arasındaki fark, fiilin sayı ve nitelik yönünden yoğunluğuyla ilgilidir. Bu kapsamda, kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme fiilleri, bankacılık faaliyetinde bulunma yoğunluğuna ulaştı ise, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu; aksi halde, tefecilik suçu oluşacaktır.⁵⁹

⁵⁸ Giyik, s. 146.

⁵⁹ Hakan Karakehya, "İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008, s. 77-83; Selman Dursun, *Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, 1. B. , Ankara 2006, s. 196-214; İnci, s. 49-50. Bir başka görüşe göre ise: "30.09.1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 2279 sayılı Kanun'un 17. maddesi hariç olmak üzere yürürlükten kaldırılması, yine 13.12.2012 tarih ve 28496 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketleri Kanunu'nun 52. maddesiyle 10.06.1985 tarihli 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun ve 30.09.1983 tarihli 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ekleriyle beraber yürürlükten kaldırılmış olması, Bankacılık Kanunu'nun m. 150/f.1'de de: "Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden ... cezalandırılır" şeklinde düzenlemenin mevcudiyeti ve kazanç elde

5. 3. 3. Tefecilik Suçu Yönünden Gerçek İçtima

Birden fazla fiille birden fazla hukuki yararın ihlal edildiği durumlarda suçların çokluğu ve içtimaı değil, genel kural olan cezaların içtimaı, yani gerçek içtima hali söz konusu olacaktır. Tefecilik suçunun yasal tanımına uyan fiiller dışında başka suçlar da işlenirse, failin bu suçlardan da sorumluluğundan bahsedilecektir. Örneğin, tefecinin alacaklarını kıymetli evrakla teminat altına almasının ve borç ödenmediğinde söz konusu senedi icra takibine koymasının bedelsiz senedi kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Zira tefecinin tahsil edeceği bedel, ödünç verdiği bedelden daha yüksek olacaktır.⁶⁰ TCK m. 156 kapsamında bedelsiz senetten bahsedilebilmesi için senette yazılı bulunan meblağın ödeme, ibra, takas, taraflar arasında yeni bir hukuki işlem tesisi ya da ödeme yerine geçen herhangi bir işlem nedeniyle kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması gereklidir. Yukarıdaki örnekte bu çeşit bir işlem olmadığından dolayı bedelsiz senedi kullanma suçunun varlığından söz edilemez. Ancak, ödünç para alan kişinin senetteki miktarı ödemesine rağmen tefeci, senedi kullanır ve tahsili için işlem ifası yoluna giderse, tefecilik suçunun yanında bedelsiz senedi kullanma suçu da oluşur.⁶¹ Yine, tefecinin ödünç verdiği parayı tehdit veya cebir kullanarak geri alması halinde, TCK m. 148 anlamında yağma suçunun oluşacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu halde, TCK m. 150 hükmünde düzenlenen suçun hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek amacıyla işlenmesi halinin uygulanıp uygulanmayacağı da değerlendirilmelidir. Hukuki ilişki kavramı, hukuk düzeni tarafından korunan, geçerli kabul edilen hukuka uygun ilişkileri ifade ettiğinden ve tefecilik suçu kapsamında ödünç alan ile ödünç veren kişiler arasında kurulan ilişki bu kapsamda sayılamayacağından dolayı TCK m. 150'nin uygulanmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.⁶² Ayrıca, ödünç verildiği anda senet düzenlenmemiş olmasına rağmen tefeci, borcun ödenmemesi üzeri-

etmek amacıyla ödünç para verilmesinin Bankacılık Kanunu m. 4 uyarınca kredi verme şeklinde bankacılık faaliyeti olması birlikte gözetildiğinde 13.12.2012 tarihinden itibaren kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verme fiillerinin özel düzenleme olan Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesine muhalefet suçunu oluşturacağı, bu nedenle 13.12.2012 tarihi itibarıyla TCK m. 241'in uygulanma kabiliyeti kalmadığı da ileri sürülmektedir". Akkaya, s. 83-84.

⁶⁰ Giyik, s. 147.

⁶¹ Akkaya, s. 80-81; Giyik, s. 148.

⁶² Giyik, s. 148-149.

ne ödünç alandan senet almış olabilir. Bu durumda tehdit veya cebir kullanılmışsa, TCK m. 148/2'de düzenlenen senedin yağması suçu da işlenmiş olacak ve gerçek içtima kuralları gereği fail, tefecilik suçu yanında senedin yağması suçundan da sorumlu olacaktır.⁶³

Benzer şekilde, tefecilik suçunun işlenmesi esnasında gerçeğe aykırı kıymetli evrak düzenlenmesi halinde, TCK m. 210 ve m. 204 uyarınca resmi belgede sahtecilik suçu da oluşacak ve tefecilik suçu ile bu suç arasında gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.⁶⁴ Ödünç para alan kişinin kazanç sağlamak amacıyla ödünç para veren kişiye teminat için verdiği senedin, ödünç para veren kişi tarafından verilme nedeninden farklı bir şekilde doldurulması durumunda TCK m. 209 kapsamında açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu ve son olarak kredi kartı kullanmak suretiyle gerçekleştirilen tefecilik suçunu gizlemek amacıyla matuf şekilde aradaki ilişki muvazaalı olarak faturalandırılırsa,⁶⁵ 213 sayılı VUK'nun 359-b maddesinde düzenlenen suç da işlenmiş olacaktır.

6. Soruşturma ile Kovuşturma Usulü

Tefecilik suçunun soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümler çerçevesinde resen yapılır, takibi şikayete tabi suçlardan değildir. İhbar veya öğrenme suretiyle savcılığın soruşturmaya başlaması mümkündür.⁶⁶ Suçun cezalandırılmayan faili konumunda olan ödünç para alan kişi, mağdur ya da müşteki sıfatını haiz olmayıp, ihbar eden olabilir. Bu nedenle, ödünç para alan kişinin daha sonradan şikayetinden vazgeçtiğini belirtmesi, soruşturmanın ya da kovuşturmanın ilerlemesine herhangi bir etkide bulunmayacaktır.⁶⁷

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği tefecilik suçunu yargılamada görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. 5271 sayılı CMK m. 12/1 uyarınca davaya bakma yetkisi suçun işlendiği, yani ödünç paranın verildiği yer mahkemesine

⁶³ Bekar, s. 518; İnci, s. 188.

⁶⁴ Bekar, s. 518.

⁶⁵ Yenidünya, s. 23.

⁶⁶ Bekar, s. 519.

⁶⁷ Bekar, s. 518-519; Yenidünya, s. 23.

aittir.⁶⁸ Yasal düzenleme kapsamında tefecilik suçunun yaptırımının alt sınırı beş yıl hapis cezasından fazla olmadığı için tefecilik suçundan yargılanan sanığın savunması istinabe yoluyla alınabilir (5271 sayılı CMK'nın 196/2. maddesi). Aynı nedenle, sanık yönünden zorunlu müdafii atanması gerekmez (5271 sayılı CMK'nın 150/3. maddesi).

7. Yaptırım

Tefecilik suçunun düzenlendiği TCK m. 241'de failin, 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.

7.1. Gerçek Kişiler Yönünden Tefecilik Suçunun Yaptırımı

Tefecilik suçunun yaptırımı, 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesi gereği iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Bu düzenleme incelendiğinde, faile hem hapis hem de adli para cezası verilecek ve ceza bireyselleştirilirken öngörülen ceza aralığında TCK'nın 61. maddesindeki ilkeler göz önünde bulundurulacaktır. Örneğin, çok yüksek miktarlarda ve yüksek faizlerle ödünç para vermeyi meslek haline getiren faille, bir defaya mahsus ödünç para veren ve fahiş miktarda kazanç elde etmeyen failin durumu aynı olmadığı için suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zararın ağırlığı, failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı ile amaç ve saiki göz önünde bulundurulurken hükmedilecek olan ceza, ceza adaletine uygun olacak şekilde takdir edilecektir. Kanun maddesinde adli para cezasının alt sınırı belirtilmemekle birlikte, üst sınırı beş bin gün hapis cezası olarak belirlenmiştir. TCK m. 52/1 ve m. 241 birlikte değerlendirildiğinde, tefecilik suçunu işleyen kişiye 5 günden⁶⁹ 5000 güne kadar adli para cezası verilebilecektir. 5237 sayılı TCK'da adli para cezası bakımından kural olarak gün para sistemi⁷⁰ öngörüldüğü için yargılamayı yürüten mahkemece öncelikle, 5 gün ile 5000 gün arasında gün sayısının tespiti yapılacak, ardından TCK

⁶⁸ Akkaya, s. 90.

⁶⁹ Akkaya, s. 85; Haluk Çolak/Uğurtan Altun, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, Y. 2007, s. 304-305.

⁷⁰ Soner Hamza Çetin, *Türk Ceza Kanunu'nda Adli Para Cezası, Adalet Yayınevi*, 1. B. , Ankara 2012, s. 84.

m. 52/2 gereği failin ekonomik durumu gözetilerek her günün değeri 20 ile 100 TL arasında belirlenmek suretiyle toplam adli para cezası hesaplanacaktır.

7. 2. Tüzel Kişiler Yönünden Tefecilik Suçunun Yaptırımı

Tefecilik suçunun faili olan gerçek kişiye uygulanacak cezai yaptırım, TCK m. 241’te düzenlenmişken; tüzel kişiler yönünden uygulanacak yaptırım, TCK m. 242’de⁷¹ düzenlenmiştir. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri ise, TCK’nın 60. maddesinde iznin iptali ve müsadere olarak öngörülmüştür.⁷² İşlenen tefecilik suçu sonucunda lehine menfaat sağlanan tüzel kişi hakkında iznin iptali ve şartları mevcutsa müsadere hükümleri uygulanacaktır.⁷³ Bu halde, ilk olarak bir kamu kurumunun verdiği izin çerçevesinde faaliyet yürüten özel hukuk tüzel kişininin organ ya da temsilcisinin iştirak etmesiyle ve verilen izne dayalı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle ilgili tüzel kişinin yararına tefecilik suçu işlendiğinde, TCK’nın 60. maddesi kapsamında iznin iptaline karar verilebilir.⁷⁴ Yine, özel hukuk tüzel kişisi yönünden izne dayalı faaliyet gösterme durumu önem arz etmeksizin yararına işlenen tefecilik suçu nedeniyle TCK m. 54 gereği eşya müsadere veya TCK m. 55 gereği kazanç müsadere hükümleri ayrıca değerlendirilecektir.⁷⁵

⁷¹ 5237 sayılı TCK’nın 242. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: “Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”.

⁷² TCK’nın 60. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: “(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişininin 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”.

⁷³ Bekar, s. 513; Meran, s. 45; İnci, s. 208-209; Parlar, s. 24; Akkaya, s. 121; Özbek, s. 32; Yenidünya, s. 24; Giyik, s. 158-159.

⁷⁴ Yenidünya, s. 24.

⁷⁵ TCK’nın 54. maddesinde eşya müsadere için öngörülen düzenleme şu şekildedir: “(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24.11.2016-6763/11 md.)

Tüzel kişiler hakkında TCK m. 242'nin uygulanması açısından önemli olan, ilgili tüzel kişinin tefecilik suçunun işlenmesinde kullanılması değil, suç sonucunda tüzel kişi tarafından haksız bir menfaat sağlanmasıdır. Zira müsadere konusu, tefecilik suçunun işlenmesinde kullanılan para olmayıp, tüzel kişinin suç nedeniyle elde ettiği haksız kazançtır. Bu nedenle, tüzel kişi tefecilik suçunun işlenmesinde kullanılsa dahi suç sonucunda lehine haksız bir menfaat sağlanmışsa, hakkında TCK m. 242 uygulanacaktır.

7. 3. Müsadere

Müsadere, 765 sayılı TCK'da, "*Ceza Mahkumiyetlerinin Neticeleri ve Tarzı İcraları*" başlığı altında düzenlenmişken, 5237 sayılı yeni TCK'da eşya müsaderesi ile kazanç müsaderesi şeklinde ayrı maddelerde (m. 54 ve 55, tüzel kişiler yönünden m. 60) düzenlenmiş ve her iki durum için de müsaderenin bir güvenlik tedbiri olduğu kabul edilmiştir.⁷⁶ Te-

Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir. (4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. (5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükümlenir".

TCK'nın 55. maddesinde kazanç müsaderesi için öngörülen düzenleme şu şekildedir: "(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. (2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiene teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir. (3) (Ek: 26.6.2009 - 5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanmıyor olması gerekir". Özgenç, *Tefecilik Suçu*, s. 553; Yenidünya, s. 24-25; Ahmet Vedat Dilberoğlu, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXV, S. 4, Y. 2016, s. 1537.

⁷⁶ Kemal Günler, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, Y. 2014 s. 854.

fecilik suçuyla ilgili müsadere hükümlerinin uygulanacağı kısım konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Müsadereyle ilgili bu tartışmaların temelinde, ödünç para alanın tefecilik suçu karşısındaki konumu bulunmaktadır. Doktrinde tefecilik suçunun mağdurunun kim olduğu konusunda görüş birliği olmayıp, suçun mağdurunun ödünç para alan kişi mi yahut Maliye Hazinesi'nin uğradığı vergi kaybı nedeniyle toplum mu olduğu kabulüne göre farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, tefecilik suçu açısından müsadere hükümlerinin uygulanmasına ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, ödünç para alanın mağdur kişi olduğu ön kabulüyle öncelikle mağdur kişinin yüksek faiz nedeniyle uğradığı zararı karşılanmalı, söz konusu ödünç para yasal şekilde alınmış olsaydı ödenmesi gereken miktar ise müsadereye tabi tutulmalıdır. Mahkeme tarafından bu uygulama yapılırken, TCK m. 55 gereği kazanç müsaderesine ilişkin hükümler doğrultusunda bir karar verilmelidir.⁷⁷ Bir diğer görüşe göre, ödünç konusu olan anapara müsadere edilmelidir. Failin yüksek faiz nedeniyle elde ettiği kazanç ise, TCK m. 55/1 gereği mağdura iade edilemediği durumlarda müsadere olunmalıdır.⁷⁸ Bir başka görüşe göre, tefecilik suçu sonucunda elde edilen kazanç müsadere edilmeli, ancak ödünç konusu anaparanın müsaderesine karar verilmemelidir.⁷⁹

Kanaatimizce, tefecilik suçu işlendiğinde müsadere edilmesi gereken miktar, anapara ve ödünç para verilmesi sonucunda elde edilen

⁷⁷ Meran, (2013), 43.

⁷⁸ Parlar, (2015), 24; Giyik, (2014), 160.

⁷⁹ İnci, (2014), 206-208; Akkaya, (2013), 119-120. Yazarlar aynı sonuca farklı gerekçelerle varmaktadır. İnci'ye göre, para eşya sayılamayacağından tefecilik suçunda eşya müsaderesine ilişkin hükümler uygulanamaz. Yine, anapara suç işlenmeden önce de mevcut olduğundan ve suç sonucunda elde edilmediğinden anapara hakkında kazanç müsaderesine ilişkin hükümler de uygulanamaz. Ayrıca, faile adli para cezası verilmiş olduğu için anaparanın müsaderesine karar verilmesi orantılılık ilkesine de aykırı olacaktır. Akkaya'ya göre, kazanç müsaderesini düzenleyen m. 55 gerekçesinde yer alan: "maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsaderesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereyi kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesi olanaklı hale getirilmiştir" şeklindeki ifade karşısında yalnızca faiz gelirinin müsaderesine hükümlenmemelidir. Aksi halde, kanunun temel mantığına aykırı davranılmış olacağı gibi kıyasen uygulama da söz konusu olacaktır.

faizin tamamıdır.⁸⁰ Çünkü tefecilik suçunun konusunu oluşturan miktar, yalnızca ödünç para faizi olarak belirlenen miktar değil, anapara ve elde edilen faizin tamamıdır. TCK m. 55/1'deki kazanç müsaderesine ilişkin düzenleme de bizi bu sonuca götürmektedir.

7. 4. Zamanaşımı

01.06.2005 tarihinden önce işlenen ve yargılaması devam eden tefecilik suçları bakımından 2279 sayılı Kanun'un 17. maddesinden açılmış olan davalarda 765 sayılı TCK m. 102/4 ve 104/2 kapsamında olağan zamanaşımı 5 yıl, olağanüstü zamanaşımı süresi 7 yıl 6 ay olarak uygulanmalıdır. 5237 sayılı yeni TCK'da ise, "*Genel Hükümler*" isimli birinci kitabın, "*Yaptırımlar*" başlıklı üçüncü kısmının, "*Dava ve Ceza- nın Düşürülmesi*" alt başlıklı dördüncü bölümünde (66. ila 72. maddeler aralığında) zamanaşımına ilişkin hükümler yer almaktadır. Tefecilik suçunda öngörülen ceza miktarı gözetildiğinde TCK m. 66/1-e'de olağan dava zamanaşımı süresi 8 yıl, uzamış zamanaşımı süresi ise m. 67/4 gereği 12 yıldır. Tefecilik suçunda suç tarihi, ödünç para verme tarihi olduğu için zamanaşımı da ödünç para verme anından itibaren başlar. Birden fazla ödünç para verme fiili söz konusu ise, son ödünç paranın verildiği tarih itibariyle zamanaşımı süresinin gerçekleşip gerçekleşmediği hesaplanacaktır.⁸¹

SONUÇ

TCK'nın 241. maddesi kapsamında kamu gücünün kontrolü dışında kazanç sağlamak amacıyla ödünç para veren kişi cezalandırılacaktır. Ancak, TCK m. 241'in düzenlenme şekli, uygulamada neden olduğu bazı tereddütlerden dolayı eleştirilmektedir.

Tefecilik suçunun oluşması, kazanç sağlamak amacıyla para verilmesi koşuluna bağlanmış olduğu için taraflar arasında kararlaştırılan faizin, kanuni faizden ziyade ekonomik faiz niteliğini haiz olarak ka-

⁸⁰ Özgenç, s. 553; Yenidünya, s. 26.

⁸¹ 5237 sayılı TCK'nın 66/6. maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: "tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar".

zanç sağlama amacına yönelmiş olması gereklidir. Madde metninde, kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi yeterli görülmüş ve kazancın miktarına ilişkin herhangi bir tespitte bulunulmamıştır. Bu bakımdan, paranın uğradığı değer kaybı ile kazanç arasındaki sınır çizilirken hukukun bütünlüğü ilkesi çerçevesinde 6098 sayılı TBK m. 88 ve bu maddenin yollamasıyla 3095 sayılı Kanun m. 1 göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı şekilde, tefecilik suçunun oluşup oluşmadığı değerlendirilmesinde yapılırken, TBK m. 387 ve m. 388 hükümleri de dikkate alınmalıdır.

Tefecilik suçu yönünden kanuni tanımında ya da TCK'da ayrı bir madde şeklinde nitelikli unsura yer verilmemiştir. Ancak, iktisadi hayatta kıymetli evrakı devralanın kazanç elde etme amacına ulaşması daha kolay olduğundan dolayı yapılacak bir kanun değişikliği ile senet kırdırma suretiyle tefecilik suçunun işlenmesi, fiilin işleniş şekli itibarıyla daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmelidir.

Tefecilik suçunun senet kırdırmak suretiyle işlenmesi mümkündür. Burada esasında fiilin konusu kırdırılan senet olmayıp, paradır. Tefecilik suçunun kredi kartı kullanılması suretiyle de işlenmesi mümkündür. İşyeri sahibinin herhangi bir alışveriş yapılmamasına rağmen alışveriş yapılmış gibi göstererek, kendisine acil nakit ihtiyacı nedeniyle başvuran kişilere ait kredi kartından pos cihazı aracılığıyla işlem yapması, gerçek olmayan bu alışveriş tutarından belirli bir komisyon kesmek suretiyle geriye kalan kısmı nakit olarak ödemesi veya verdiği paranın üzerine komisyonunu ilave ederek, başvuran kişinin kredi kartından bu miktarı çekmesi şeklindeki fiilleri, bankaya bu işlemlerden dolayı komisyon ödenmemesi ya da kredi kartı sahiplerinden alınan komisyondan daha az ödenmesi durumunda kazanç elde etme amacına yönelik başkasına ödünç para verme niteliğini haizdir. Bu şekilde işlem yapan kişilerin hukuka aykırı şekilde elde ettikleri kazanç, tefecilik suçu kapsamında kalacaktır.

Tefecilik suçunda müsadere hükümlerinin ne şekilde uygulanabileceği ve kapsamının ne olacağı konusunda tereddütler mevcuttur. Zira tefecilik suçunda müsadere hükümleri uygulanırken, suça konu paranın tamamının mı yahut alacak faizi olarak belirlenen tutarın mı müsadere edileceği hususu düzenlenmemiştir. Ancak, tefecilik suçu-

nun işlenmesinde kullanıldıkları için anapara ve ödünç para verilmesi sonucunda elde edilen faizin tamamının müsaderesine karar verilmektedir. Tereddütlere son vermek amacıyla müsaderenin şekli ve kapsamı yasal düzenleme altına alınmalıdır.

Tefecilik suçunda diğer mali suçlarda olduğu gibi devlet, vergi gelirlerinden yoksun kaldığı için suç sonucunda ortaya çıkan mağduriyet, kamusal alanda meydana gelmektedir. Bu kapsamda, hukuki açıdan verilecek mücadelenin isabetli ve başarılı olabilmesi için uygulamadaki duraksamalar gözetilerek mevcut eksiklikler giderilmelidir.

Kaynakça

- Akkaya Çetin, Teori ve Uygulamada Tefecilik Suçu, Adalet Yayınevi, 1. B. , Ankara 2013.
- Arıkan Mustafa, "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, Y. 2005.
- Arslan Çetin, "Tefecilik Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Y. 2014.
- Bekar Elif, "Tefecilik Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 2, Y. 2013.
- Bozkurt Tamer, Ticaret Hukuku, Kuram Yayınları, 1. B. , Ankara 2017.
- Çetin Soner Hamza, Türk Ceza Kanunu'nda Adli Para Cezası, Adalet Yayınevi, 1. B., Ankara 2012.
- Çiftcioğlu Cengiz Topel, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 2013.
- Çolak Haluk/Altun Uğurtan, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, Y. 2007.
- Dilberoğlu Ahmet Vedat, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXV, S. 4, Y. 2016.
- Dursun Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, 1. B. , Ankara 2006.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. B. , Ankara 2017.
- Giyik Abdulkaki, Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, Adalet Yayınevi, 1. B. , Ankara 2014.
- Günay Erhan, Öğreti Görüşü ve Yargıtay Kararları Eşliğinde Örnekli ve Uygulamalı Tefecilik Suçu, Seçkin Yayınevi, 2. B. , Ankara 2014.
- Günler Kemal, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, Y. 2014.
- İnci Zekiye Özen, Tefecilik, Seçkin Yayınevi, 1. B. , Ankara 2014.
- Karakehya Hakan, "İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008.

- Kaya Uğur/Gerekan Bilal, "Faktoring Şirketi ve Satıcı İşletme Açısından Faktoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. XIII, S. 2, Y. 2011.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 10. B. , Ankara 2017.
- Meran Necati, *Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, Seçkin Yayınevi, 3. B. , Ankara 2013.
- Olgaç Samet Can/Ruhi Ahmet Cemal, *Tefecilik Suçu*, Seçkin Yayınevi, 1. B. , Ankara 2016.
- Parlar Ali, *Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar*, Bilge Yayınevi, 2. B. , Ankara 2015.
- Özbek Veli Özer, "Tefecilik Suçu (TCK m. 241)", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 14, Y. 2010.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 13. B. , Ankara 2017.
- Özgenç İzzet, "Tefecilik Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, Y. 2010.
- Sevim Onur Utku, "Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu", *Adalet Dergisi*, S. 42, Y. 2012.
- Tiryaki Betül "Faktoring İşlemi ve Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 2, Y. 2006.
- Tozman Önder, *Suçla Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, 1. B. , Ankara 2015.
- Yenidünya Ahmet Caner, "Tefecilik Suçu (TCK. m. 241)", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. II, S. 6, Y. 2013.

İRTİKÂP VE RÜŞVET SUÇLARI BAKIMINDAN İCBAR KARİNESİNİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ*

IMPACT OF THE PRESUMPTION OF COMPELSION ON CRIMINAL RESPONSIBILITY IN TERMS OF EXTORTION AND BRIBERY

Recep KAHRAMAN**

Özet: Kamu idaresinin işleyişinin ve tarafsızlığının hedef alındığı irtikâp ve rüşvet suçlarının her ikisinde de kamu görevlisi, göreviyle bağlantılı olarak haksız menfaat elde etmektedir. Eylemin irtikâp ya da rüşvet suçu olup olmadığının ayrımı haksız menfaat sağlayan bireyin iradesine göre belirlenmektedir. Bireyin iradesinin hür olması halinde rüşvet suçu oluşurken kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin iradeyi baskı altına alması halinde ise irtikâp suçu oluşur.

Anahtar Kelimeler: İrtikâp, İcbar, İrade, Haksız Menfaat

Abstract: In both the extortion and bribery, where the functioning and impartiality of the public administration is targeted, the public official obtains unfair advantage in connection with his / her duty. The distinction of whether the act is extortion or bribery is determined by the will of the individual who gives unfair advantage. In case the individual's will is free, bribery occurs, and if the acts and actions of a public official put pressure on the individual's will, extortion occurs.

Keywords: Extortion, Compulsion, Will, Unfair Advantage

Giriş

Devlet yapılanmasının oluşmasına bağlı olarak tarihsel süreçte hemen hemen tüm ceza kanunlarında kamu idaresi yasa koyucu tarafından özel olarak korunmuştur. Korunan hukuki değer ya da faillerin kusurluluğundan yola çıkılarak birçok eylem suç olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin kamu idaresine karşı dürüst, işi gördürecek olan kişilere karşı ise tarafsız davranmasının sağlanması amacıyla fiiller yaptırıma bağlanmıştır.

* Bu çalışma, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Rüşvet Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr., Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF, recepkehrmn@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0991-9692, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.01.2019, Kabul Tarihi: 09.01.2019

Kamu idaresiyle etkileşim arttıkça bireyler hakkı olan veya olmayan iş ya da eylemi kamu idaresinin gücünü kendi yanına çekerek elde etmeye çalışmakta ya da kamu idaresini temsil eden kamu görevlisi, sahip olduğu üstün ve ayrıcalıklı sıfatını kullanarak haksız menfaat elde etmeye çalışmaktadır. Haksız menfaat sağlayan bireyin ya da haksız menfaati elde eden kamu görevlisinin iradesinin öne çıkmasına göre ceza kanunlarında rüşvet ve irtikâp suçları oluşturulmuştur.

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar içerisinde kamu görevlisinin genellikle suçlanmasının temel sebebi görevinin ifası kapsamında yapılması ya da yapılmaması gereken belli bir işin karşılığında kendisi veya üçüncü kişi lehine haksız menfaat elde etmesidir. Kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesine bağlı olarak yapısal unsurları açısından birbirine en yakın suç tipleri irtikâp ve rüşvet suçlarıdır. İcbar suretiyle irtikâp suçunda kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bireyi icbar ederek menfaat elde etmekte iken rüşvet suçunda ise kamu görevlisi bireyin hür iradesi ile menfaat elde etmektedir. Görüldüğü gibi rüşvet ve irtikâp suçlarının ayırt edilebilmesi için bireyin menfaati nasıl sağladığının ortaya çıkartılması gerekir.

İrtikâp suçunun ayırt edici unsuru olan icbar kavramı, kamu görevlisinin menfaat elde etmek amacıyla bireyi zorlaması olarak tanımlanmaktadır. Kamu görevlisinin zorlaması açık olabileceği gibi hal ve hareketlerine bağlı olarak örtülü de olabilmektedir. Doktrin ve yargı kararlarında açık yani sözlü olarak yapılan zorlama, icbar olarak kabul edilmekle birlikte hal ve hareketlere bağlı olarak gerçekleşen işin görülmesi konusundaki isteksizlik hali de icbar sayılmaktadır. Son durum 6352 sayılı kanun değişikliğiyle birlikte 5237 sayılı kanun md. 250/1'e eklenmiştir.

Kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin haksız menfaat elde etmek amacıyla bireyi baskı altına alması halinin irtikâp sayılmasının doktrinde lehine ve aleyhine görüşler bulunmaktadır. Ayrıca hal ve hareketlerin somut olayda bireyi baskı altına almadığı durumlarda sağlanan haksız menfaatin rüşvet suçunu oluşturduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur.

1. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı İşlenen Suçların Genel Prensipleri

Ceza kanunlarında yer alan bazı suçlarda idarenin işleyişi ve tarafsızlığının ihlali hedef alınmaktadır. Bu suçlarda idare kavramı, Kamu ve Devlet kavramlarıyla birlikte kullanılmaktadır. Özünde belli bir teşkilat yapısı tanımlanmış olsa bile Devlet idaresi ve Kamu idaresi kavramları birbiriyle örtüşmemektedir. Kamu idaresi toplumsal ihtiyaçların yerine getirildiği yapıyı karşılarken Devlet idaresi ise yasama - yürütme ve yargı faaliyetlerinin tamamını kapsamaktadır.¹

Kamu idaresine karşı işlenen suçlar, toplumsal faaliyet ve ihtiyaçların yerine getirilmesine doğrudan zarar verdiği için bu suçların toplum aleyhine negatif sonuçları ortaya çıkmaktadır. Bu suçların işlenme sebepleri ve sonuçları birbirine yakın olduğundan suçların ayırımının ve faillerin kusurunun doğru belirlenmesi için belli bir sistem ilk defa 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda Amme İdaresi Aleyhinde Cürümler başlığıyla oluşturulmuştur.²

2. Sıfat, Nüfuz ve Görevin Kötüye Kullanılmasına Göre Suçların Ayrılması

Kamu görevlisi, kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde kamu idaresinin temsilcisi sıfatına sahiptir. Bu sıfatın özel niteliği gereğince kamu idaresine karşı işlenen suçlarda kamu görevlisi olma hali, suçların tamamında suçun maddi unsuruna dâhildir. Bu nedenle sığa sahip olmayan kişinin kamu idaresinin tarafsızlığına ve işleyişine zarar vermesi mümkün olmaz.³

¹ Duygun Yarsuvat, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, *İÜHFİM*, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 666; Benzer görüş için ayrıca bkz. Sahir Erman/Çetin Özek, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul, 1992, s.1; Birleştiren ve yöneten sıfatıyla üst kavram olan Devlet idaresinin, toplum için gereken faaliyet ve hizmetleri yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu aktörler Kamu idaresini oluşturmaktadır. Nevzat Gürelli, İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954, s. 3; Benzer görüş için ayrıca bkz. Guiseppa Maggiore, *Diritto Penale: Parte Speciale, Delitti e Contravvenzione*, Bologna, 1948, s. 100.

² Yarsuvat, s. 674; Kamu idaresine karşı suçlarda suçların işlenme amacı ile kamu görevlisinin ve ona haksız menfaat sağlayan bireyin kusurluluğu farklı olduğundan bu suçların bir bütün olarak ele alınması mümkün olmaz. Edmund Mezger, *Strafrecht II. Besonderer Teil: Ein Studienbuch*, Münih, 1954, s. 268.

³ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 934.

Kamusal faaliyeti yerine getirmekle yükümlü olan kamu görevlisi görevini, mevzuata ve talimatlara uygun şekilde ifa etmelidir. Görevini hukuka uygun şekilde yerine getirme yükümlülüğü olan kamu görevlisi, kamu idaresine ait faaliyetin satın alınmaz olduğu - eşitlik ve tarafsızlık altında icra edildiğine dair toplumda var olan güvenin sorumluluğunu taşımaktadır. Kamu idaresine karşı işlenen suçlar, kamu görevlisine ait olan bu yükümlülüğün ihlaliyle birlikte işlenmektedir.⁴ Yükümlülüğün ihlali kamu görevlisinin, sıfatını, nüfuzunu ve görevini kötüye kullanması olarak ortaya çıkmaktadır.⁵

Kamusal faaliyeti yerine getiren kamu görevlisinin kamu idaresinden aldığı güç, nüfuz olarak ifade edilmektedir. Görevini yerine getiren görevlinin, kamu görevlisi olmanın üstün ve ayrıcalıklı niteliklerini kullanması nüfuzu kullanmak olarak kabul edilmesine karşılık sahip olduğu bu gücü kamunun menfaatlerine aykırı şekilde kişisel çıkarı için kullanması nüfuzunu kötüye kullanmasıdır.⁶ Görevlinin nüfuzunu kötüye kullanması kendi görev alanına giren bir işi yaparken bireyi yetkisini kötüye kullanacağı tehdidiyle zorlamaktır; objektif olarak görevin sübjektif olarak sıfatın kötüye kullanılması halidir.⁷

Kamu görevlisi olma hali sübjektif niteliği gereğince sıfat olarak ifade edilmektedir. Sıfatın kötüye kullanılması ise göreviyle doğrudan bağlantılı olmasa bile kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmek için bireyi zorlamasıdır.⁸ Sıfat ve nüfuz kavramları karşılaştırıldığında kamu görevlisi sıfatının baskı unsuru olarak kullanıldığı görülmekte-

⁴ Mezger, s. 268.

⁵ İlhan Üzülmöz, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu", *SÜHFD*. C.14, 2006, S.2, s. 279; Benzer görüş için ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1015; Maggiore, s. 145.

⁶ Mustafa Özen, *İrtikâp ve Rüşvet Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 51; Benzer görüş için ayrıca bkz. Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7546; İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 2839; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millele ve Devlete Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 23.

⁷ Özen, s. 51; Benzer görüş için ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1015; Şahbaz, s. 2839; Hafızoğulları/Özen, s. 23; Selami Turabi, *İrtikâp Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 81; Üzülmöz, s. 279; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7546.

⁸ Vincenzo Manzini, *Trattato Di Diritto Penale Italiano: Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione e L'Amministrazione Della Giustizia*, Torino, 1986, s. 195; Benzer görüş için ayrıca bkz. Özen, s. 54; Maggiore, s. 145.

dir. Kavramlar sübjektif açıdan benzerdir. Ancak objektif açıdan bakıldığında kavramların farklı olduğu görülmektedir. Nüfuzun kötüye kullanılmasında kamu görevlisi, sıfatını görevine dâhil bir iş ya da eylemle ilgili olarak kullanırken sıfatın kötüye kullanılmasında ise iş ya da eylemle illiyet bağının kurulması gerekli değildir.⁹

Görev, yetkilendirilen iş ya da eylemin yerine getirilmesi hali olup mevzuat ve talimatlarla belirlenmektedir.¹⁰ Toplum oluşturulan bireyler adına yürütülen faaliyetlerin kamusal faaliyet olması bu faaliyetlerin kamu gücü adına yerine getirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır.¹¹ Bireyler adına yürütülen faaliyetin icrasına belli usul ve esaslar çerçevesinde katılan kişiler kamu görevlisi sayılır. Bu kişiler kamu idaresine ait olan yetkinin kullanılmasında kamu otoritesine bağlı olduklarından bu yetkinin kullanılması sırasında kamu görevlisi olan kişi, faaliyetin gereklerine uygun hareket etmelidir. İşte görevi kötüye kullanma hali bu yükümlülüğün ihlali halinde ortaya çıkmaktadır.¹²

Sıfat, kamu görevlisinin özel niteliği iken görev ise yükümlü olduğu iş ya da eylemin yerine getirilmesidir. Bu halde sıfatın kötüye kullanılmasının sübjektifliği, görevin kötüye kullanılmasının ise objektifliği öne çıkmaktadır. Sıfatın kötüye kullanılması ile görevin kötüye kullanılmasını ayırt eden husus, sıfatın kötüye kullanılmasında doğrudan göreviyle bağlantılı olmasa da kamu görevlisi, görevli sıfatını kötüye kullanmaktadır. Bunu kötüye kullanmasının sebebi ise sıfatıyla bireyi korkutmasından kaynaklanmaktadır. Nüfuz ve görevi kötüye kullanma hallerini karşılaştırdığımızda ise nüfuzu kötüye kullanmanın her ne kadar sübjektifliği öne çıksa bile kamu görevlisi yerine getirdiği görevden kendisini soyutlamamaktadır. Diğer ifadeyle görevini yerine

⁹ Faruk Erem, İrtikâp Cürmü, Ajan Türk Matbaası, 1964, s. 4; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre nüfuzun kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılmasında görevine dâhil olan işle illiyet bağı bulunmalıdır. "Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi ya da başkasına yarar sağlaması olup, kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır". (CGK. 29.01.2013, 5-1269/26).

¹⁰ Manzini, s. 239.

¹¹ İzzet Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 153.

¹² Yaşar/Gökcan/Arıuç, s. 7542; Benzer görüş için ayrıca bkz. Şahbaz, s. 2840; Maggioro, s. 145.

getirirken kamu görevlisi olmanın gücünü baskı unsuru olarak kullanmaktadır. Oysa görevin kötüye kullanılmasında kamu görevlisinin mevzuata ya da talimatlara aykırı davranması yeterlidir.¹³

Rüşvet ve irtikâp suçlarının yukarıda yer alan niteliklere göre ayrılması gerekir. Rüşvet suçu, rüşvet veren ve rüşvet alan kişiler arasında kazanç elde etme amacıyla yapılan bir anlaşma olup kamu görevlisi haksız menfaat elde etmek için bireye baskı uygulamamaktadır.¹⁴ Bu nedenle rüşvet suçu sıfatın ya da nüfuzun kötüye kullanılması hali değildir. Oysa irtikâp suçunda kamu görevlisi göreviyle doğrudan bağlantılı olarak haksız menfaat elde etmek adına bireyi zorlamakta icbar etmektedir. Bu nedenle irtikâp suçunda kamu görevlisi nüfuzunu kötüye kullanmaktadır. İrtikâp suçunda kamu görevlisinin elde ettiği haksız menfaat ile yerine getirdiği görev arasında doğrudan illiyet bağı olduğundan irtikâp suçu sıfatın kötüye kullanması olarak kabul edilemez.¹⁵

3. İcbar Kavramı ve Özellikleri

Kamu görevlisine sağlanan menfaat, görevin kapsamında ifa edilen işin niteliği vb. unsurlar kamu idaresine karşı işlenen suçlar içerisinde irtikâp suçunun ayırt edici özelliği değildir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun ayırt edici özelliği icbar unsurudur. Kamu görevlisinin suçun aktif süjesi, ona menfaat sağlayan bireyin suçun pasif süjesi olmasının sebebi kamu görevlisinin bireyin iradesini baskı altına almasıdır.¹⁶

Kamu görevlisinin, kendisine menfaat sağlayan bireyin iradesine yönelik olarak zor kullanma haline icbar etmek denir. Bireyin icbar edilmesi şekle tabi olmayıp gerçek ya da sözlü, doğrudan ya da dolaylı, açık ya da örtülü olabilir.¹⁷

¹³ Luca Carboni, "La Concussione In: Le Disposizioni Penali della Legge Anticorruzione Numero 190 del 2012", Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2013, s. 29.

¹⁴ Francesco Carrara, Programma dei Corso di Diritto Criminale, C.5, Lucca, 1877, s. 116.

¹⁵ Francesco Antolisei, Manuale di Dritto Penale, Parte Speciale II, Milano, 1986, s. 778; Benzer görüş için ayrıca bkz. E. Mattevi, "Il Reato Di Concussione: Esperienza di Tangentopoli ed Esigenze di Riforma", In Il Margine, n. 7, 2002, s. 15.

¹⁶ Carboni, s. 33.

¹⁷ Antolisei, s. 780; Benzer görüş için ayrıca bkz. Turabi, s. 5; İrtikâp suçunun düzenlendiği ceza normunda icbar kavramı açıklanmamakla birlikte zorlamanın

İcbar etmeye bağlı olarak kamu görevlisi, bireyin iradesini ve malvarlığını gaspetmektedir. Mağdurun psikolojik durumunu etkilemektedir. Manevi şiddet olan icbarın etkili olmasının sebebi bireyin haksızlığa uğrama korkusudur.¹⁸ Bireyin hakkı olanı elde edememe ya da geç elde etme korkusu birey iradesinin etkilenmesinin temel sebebidir. Bu sebeple irtikâp suçunda icbarın hedefi bireyin meşru hakkıdır. Diğer ifadeyle görevin gereklerine uygun davranmak için irtikâp suçu işlenebilir. Görevin gereklerine aykırı ya da meşru olmayan bir işin yapılmasının karşılığında menfaat sağlanması irtikâp suçunu oluşturmayıp anlaşma varsa rüşvet suçu oluşmaktadır.¹⁹ Örneğin suç işleyen kişiyi serbest bırakmanın karşılığında ya da kaçak elektrik kullanan kişiye ceza kesilmemesinin karşılığında menfaat talep edilmesi irtikâp suçunu oluşturmaz. Sayılan durumlarda menfaat sağlamadığı takdirde bireyin meşru hakkını kaybetme korkusu bulunmadığı için “menfaat sağlamak zorunda kaldım” savunması tutarlı olmaz ve örtülü rüşvet anlaşmasının yapıldığı kabul edilir.²⁰

sınırının belirlenebilmesi mümkündür. Şöyle ki icbarın maddi cebir ya da tehdit boyutunda olmaması gerekir. Diğer ifadeyle icbarın sadece manevi cebiri içermesi gerekir. Tehditle manevi cebirin karıştırılma ihtimali vardır. Tehdit ile birlikte kişinin malına, canına, bedenine, ırzına yönelik bir kötülüğün gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. Oysa haksız menfaat sağlanmadığı takdirde bireyin haklı işinin görülmeyeceği korkusu manevi cebir olarak kabul edilmelidir. Erem, s. 15; Benzer görüş için ayrıca bkz. Carboni, s. 29; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. “İcbar sözcüğünün sözlük anlamı, “zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak” şeklindedir. İcbar kelimesi manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır”. (CGK. 30.03.2010, 2009/5-167, 2010/70).

¹⁸ Gürelli, s. 80.

¹⁹ Aksi düşünce için bkz. Özen, s. 66; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1006.

²⁰ Antolisei, s. 788; Benzer görüş için ayrıca bkz. Manzini, s. 215; Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 36; Hafizoğulları/Özen, s. 82; Gürelli, s. 105; Yargıtay çoğu kararında irtikâp suçunda bireyin meşru zeminde olmasını aramıştır. Yargıtay’a göre kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları nedeniyle zorunluluktan kaynaklı olarak kamu görevlisine menfaat sağlanmaz menfaat sağlanmak zorunda kalınır. (5.CD. 14.11.1991, 4222/4990). “Rüşvet suçu 5237 sayılı TCK’nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 252. maddesine göre kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşur. Her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekir. Taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelir. Cebri irtikâp suçu ise kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp bu sıkıştırma karşısında mağdurun da memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi

İcbar sonucunda bireyin iradesinin ortadan kaldırılmasının sebebi, kamu görevlisinin haksız menfaat talebini geri çevirmesinin olumsuz sonuçlarına bireyin katlanma korkusudur.²¹ İcbar neticesinde bireyin kendi iradesini belirleyebilme ve kontrol edebilme özgürlüğü ortadan kaldırıldığı için kamu görevlisinin menfaat talebi birey tarafından kabul edilmektedir.²²

İrtikâp suçunda icbarın teşvik, telkin boyutunda olmaması, bireyi etkileyebilecek elverişlilikte olması gerekir.²³ Elverişliliğin ne olduğu tanımlanmamış olsa da birey, kamu görevlisine menfaati sağlarken baskıdan kolayca kurtulamayacağı iradesiyle hareket etmeli, kendisini menfaat sağlamaya mecbur hissetmelidir.²⁴ Zımni icbar olan kamu gö-

ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte ya da vaat etmektedir. Burada mağdur meşru zeminde bulunmaktadır". (CGK. 30.03.2010, 2009/5-167-2010/70)

²¹ Antolisei, s. 780.

²² Massimo Luigi Ferrante, "I Confini Tra Concussione, Induzione Indebita e Corruzione: Un'ardua Mappatura", Università Degli Studi Di Cassino E Del Lazio Meridionale, 2/2015. s. 11; Benzer görüş için ayrıca bkz. Mattevi, s. 18.

²³ Carboni, s. 28; Kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak ortaya çıkan icbarın bireyi düşündürücü ve sonunda ikna edici olması gerekir. Aksi halde iradesinin kısıtlanması söz konusu olamaz. Ferrante, s. 13; Benzer görüş için ayrıca bkz. Mattevi, s. 18; Söze bağlı açık icbarın belirlenebilmesi kolay olmasına karşın ima ve telkinle karıştırılabilecek hal ve hareketlere bağlı olan icbarın ispatı oldukça zordur. Ancak açık icbar için aranılan yoğunluğun - elverişliliğin örtülü icbar için de somut olayda bulunması gerekir. Antolisei, s. 780; Benzer görüş için ayrıca bkz. Giuseppe Amato, "La Riforma Della Concussione: Concussione e Corruzione Nuovi Ambiti di Responsabilità", In Gnosis, 4/2012, s. 50; Yargıtay' da benzer görüşü savunmaktadır. "Manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dâhildir". (CGK. 30.03.2010, 2009/5-167, 2010/70). "Kamu görevlisi, haksız tutum ve davranışlara başvurarak karşı tarafın kendisine ya da yönlendireceği kişilere yarar sağlaması konusunda kendini mecbur hissetmesine yol açmış ise, eylemi icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturabilecektir. İrtikâp suçundan söz edebilmek için mağdurun iradesinin baskı altına alınması gerektiği göz önünde tutulacak, icbar boyutuna varan bir baskı söz konusu olmayıp görevlinin yalnızca telkin, öneri ve teşvik niteliğindeki davranışlarına dayanarak yarar sağlanması durumunda rüşvet suçu gündeme gelecektir". (CGK. 29.01.2013, 5-1269/26).

²⁴ Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 25; Benzer görüş için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7548; Turabi, s. 82; Benzer görüşü savu-

revlisinin hal ve hareketlerine bağlı olan zorlamanın, bireyin çekingen ruh hali gibi kişisel durumundan bağımsız şekilde objektif kriterlerle belirlenmesi gerekir.²⁵ Mevcut yasal ve idari işleyiş içinde kamu görevlisine yarar sağlamadığında hakkı olanı elde edemeyeceği veya geç elde edeceği ya da daha büyük zararlar göreceği endişesini taşımaktadır. Bireyi bu endişeye sokan icbarın boyutunun tespitinde kamu idaresinin işleyiş düzeni, mevzuatı, söz konusu işin özelliği ve hayatın olağan tecrübeleri somut olayda hâkim tarafından dikkate alınmalıdır.²⁶

4. 6352 sayılı Kanun'la Birlikte Düzenlenen İcbar Kavramı

4.1. Genel Açıklamalar

İrtikâp suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanun md. 250/1'de suçun unsuru olan icbar kavramı açıkça ifade edilmesine karşın kavramın ne olduğuna ve sınırına ilişkin olarak açıklama yapılmamıştır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere icbar, açık ya da örtülü olabilir. Bu nedenle kamu görevlisinin sözlü beyanının yanında hal ve hareketleri de bireyi zorlayabilmektedir. Kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin haksız menfaat elde etmek adına bireyi zorlaması ihtimali 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun'la birlikte 5237 sayılı Kanun md. 250/1'e eklenmiştir. Buna göre *"kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir"*.²⁷

nan İtalyan Yargıtayı'na göre meşru hakkını elde edememe korkusunu yaşayan bireyin kamu görevlisinin talebine boyun eğmesinin önemli bir sebebi olmalıdır. Bu önemli sebep ise kamu görevlisinin uyguladığı baskıdır. Bu baskının sıradan, basit olmaması gerekir. Aksi halde hakkı olanı bireyin hukuk yoluyla elde etme hakkı olduğundan bunu kolayca geri çevirebilecektir. Bu nedenle baskının kamu görevlisini çaresiz bırakması gerekir. (Cass., 24.10.2013, n. 1551) Ferrante, s. 12.

²⁵ Amato, s. 50.

²⁶ Turabi, s. 86.

²⁷ İrtikâp suçunun düzenlendiği md. 250/1'de icbar kavramı yer almasına karşın 6352 sayılı Kanun'la birlikte birinci fıkranın devamına kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de icbar sayılmasına ilişkin hükmün eklenmesinin amacı yine 6352 sayılı Kanun'la birlikte kaldırılan görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği md. 257/3'te aramak gerekir. Kanun koyucu, görevin gereklerine uygun harekete bağlı olarak işlenen görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen üçüncü

Somut olayda bireyin aslında menfaat sağlama iradesi bulunmakla birlikte kamu görevlisinin hal ve hareketleri menfaat elde etmeden işi yapmayacağını göstermiş olabilir. Kamu görevlisi açıkça talepte bulunmamakta, açıkça icbar etmemekte (zorlamamakta) ancak işi yapmayacağını düşündüren hareketler sergilemektedir. Gerçekten menfaat sağlama düşüncesi olmamasına rağmen zorunluluk dolayısıyla birey, kamu görevlisinin teklifini kabul eder. Bu durumda kamu görevlisinin hareketleri bireyi icbar etmiş sayılır. Bu durum icbar karinesi olarak ifade edilmektedir.²⁸

4.2. Düzenlemenin Lehine Olan Görüşler

İcbar karinesinde kamu görevlisinin hareketleri nedeniyle meşru bir işinin yapılmayacağı endişesine kapılan birey haklı görülmektedir.²⁹ Kamu görevlisine haksız menfaat sağlayan bireyin iradesinin serbest olup olmadığını belirlemek amacıyla irtikâp suçunun unsuru olan icbarın tespit edilmesi gerekir. Eklenen icbar kavramı kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin tespitinin yapılmasına yardımcı olabilir.³⁰

Kamu görevlisi menfaat sağlama konusunda karşı tarafı zorlamak amacıyla dolaylı hareketlere başvurmaktadır. Bu durum irtikâp suçunda sorumluluk alanını genişlettiği gibi görevinin gereklerine uygun hareket etmek suretiyle işlenen rüşvet suçunun alanını da daraltmış olup rüşvet suçunda bireyin gerçek anlamda cezalandırılmasının nedeni olarak serbest iradesi olduğunu ortaya çıkarmıştır.³¹

İcbarın tanımına göre birey kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarına muhatap olmaktadır. Metne göre kamu görevlisinin davranışlarının haksızlığı yasa kapsamında belirlenir. Bu durumda

fıkayı kaldırmıştır. Kanun koyucu görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında işlenen irtikâp suçunda icbar kavramı yer almasına karşın ikinci cümlede kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de icbar sayıldığını belirtmektedir. Bu iki durum karşılaştırıldığında görülmektedir ki kanun koyucu, görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaati rüşvet suçu olarak değil irtikâp suçu olarak görmektedir. Bu nedenle icbar karinesinin irtikâp suçuna eklenmesinin amacı rüşvet ve irtikâp suçlarındaki ayrımı netleştirmektir. İzzet Özgenç, *TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi*, 24 (2), 31.05.2012, s. 17.

²⁸ Domenico Carcano, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, 2010, Milano, s. 165.

²⁹ Üzülmöz, s. 285.

³⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 21; Benzer görüş için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7550.

³¹ Özen, s. 60.

kamu görevlisi yasalarla çizilmiş görev alanının dışına çıkarken hukuka aykırı - haksız davranmaktadır. Kanun metnine, icbar tanımının eklenmesinin ana sebebi ise uygulamada icbarın var olup olmadığı konusunda yapılan değerlendirmelerden kanun koyucunun endişe etmesi olup yerinde bir düzenlemedir.³²

4.3. Düzenlemeye Yönelik Olarak Doktrinde Yapılan Eleştiriler

6352 sayılı Kanun'la birlikte 5237 sayılı Kanun md. 250/1'e eklenen icbar karinesine yönelik olarak doktrinde farklı eleştiriler yapılmaktadır.

Birinci eleştiriye göre 6352 sayılı Kanun'la birlikte kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin icbar kabul edilmesinin amacı belirsizdir. Doktrinde bir görüşe göre kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin bireyi baskı altına aldığı kanun koyucu tarafından açıkça vurgulandığı için kanun koyucu açıkça icbarın tanımını yapmaktadır.³³ Diğer görüşe göre ise irtikâp suçunu düzenleyen normun içerisinde icbar kavramı kullanılmasına karşın devamında hal ve hareketlerin de açıkça icbar sayılması icbar kavramını ve sonucunda irtikâp suçunun alanını genişletmektedir.³⁴

İkinci eleştiriye göre ceza yasaları temel hak ve hürriyetleri doğrudan etkilediğinden suça ilişkin tanımların açık yapılması gerekir. Oysa icbar kavramının içerdiği "kamu görevlisinin hal ve hareketleri" ifadesinin muğlaklığı nedeniyle eklenen fıkra irtikâp ve rüşvet suçunun kolayca ayrılabilmesine hizmet etmemekte iki suçun somut olayda karıştırılmasına sebep olabilmektedir.³⁵

Üçüncü eleştiriye göre esasen kamu görevlisine haksız menfaati kendi iradesiyle sağlayan birey, sorumluluktan kurtulmak amacıyla, kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak "kendimi menfaat sağlamak zorunda hissettim" savunmasını yaparak rüşvet veren olmaktan kurtulabilmektedir. Diğer ifadeyle bireyin tek başına savun-

³² Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Zimmet - Rüşvet - İrtikâp - Görevi Kötüye Kullanma, Adalet Yayınevi, 2015, s. 28.

³³ Hafizoğulları/Özen, s. 21.

³⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 1062.

³⁵ Ersan Şen, Yorumluyorum II: Yeni Düzenlemede İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 464.

ması, kamu görevlisinin eyleminin irtikâp suçunu oluşturması için yeterli görülmektedir.³⁶

Dördüncü eleştiriye göre görevin gereklerine uygun davranması için kamu görevlisine menfaat sağlanması halinde bireyin bunu mecbur kaldığı için yaptığının ispatı zordur. Bu durumda icbarın varlığı tespit edilemediğinde birey rüşvet suçundan dolayı sorumlu tutulabilmektedir.³⁷

Beşinci eleştiriye göre 6352 s. Kanun değişikliği ile birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesi, “masumiyet karinesine” zarar vermektedir. Şöyle ki kamu görevlisine haksız menfaat sağlayan bireyin sosyal, kültürel ve öznel durumu, somut olayda icbarın varlığının değerlendirilmesi sırasında dikkate alınmaktadır. Bu durumda sanık kamu görevlisi, kendisine haksız menfaati sağlayan bireyin sübjektif durumu nedeniyle cezalandırılmaktadır. Mağdur olarak görülen bireyin “para vermezsem işimin yapılmayacağını hissettim” cümlesinden sonra kamu görevlisinin somut olaydaki hal ve hareketlerinin icbar olmadığını ispatlama yükü sanık kamu görevlisine yüklenmiş olmaktadır.³⁸

Altıncı eleştiriye göre kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak zorlamanın açıkça irtikâp suçunu oluşturduğuna yönelik düzenlemeden sonra görevin gereklerine uygun davranmanın karşılığında kamu görevlisi haksız menfaat elde ettiğinde uygulamada öncelikli olarak rüşvet suçu değil irtikâp suçu değerlendirilmektedir. Somut olayda önce irtikâp suçunun işlenmesi olasılığı değerlendirilir ve kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin icbar sayılmadığı anlaşıldığında rüşvet suçundan dolayı hüküm kurulur. Görüldüğü gibi kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak zorlamanın kanuna eklenmesiyle birlikte rüşvet suçu ikame suç olarak değerlendirilmektedir. İrtikâp suçuna nazaran tarihsel derinliği daha fazla olan rüşvet suçunun boşluk olması halinde değerlendirmeye alınması rüşvetin özel suç tipi niteliğini ortadan kaldırmakta görevi kötüye kullanma suçu gibi genel ve tamamlayıcı bir suçu tipine dönüştürmektedir.³⁹

³⁶ Koray Doğan, “Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, 2015, s. 345; Benzer görüş için ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1000.

³⁷ Ahmet Ceylani Tuğrul, *Zimmet - Banka Zimmeti - Rüşvet ve İrtikâp Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1158.

³⁸ Şen, s. 463.

³⁹ İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet - İrtikâp - Rüşvet Suçları*, Ankara, 2010, s. 317.

6352 sayılı Kanun'la birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesi, rüşvet suçu ile irtikâp suçunun ayırımının yapılmasına hizmet etmekte hatta ayırımı daha da çelişkili hale getirmektedir. Açık icbarın yanında kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de kanun metninde yer almasıyla birlikte icbarın şiddeti azaltılmış ve irtikâp suçunun alanı oldukça genişletilmiştir. Özellikle görevin gereklerine uygun iş ya da eylemin karşılığında haksız menfaat elde edilmesi, birey ile kamu görevlisinin hür iradesine bağlı anlaşmanın sonucu olsa bile irtikâp suçundan dolayı hüküm kurulması ihtimali artmaktadır.

4.4. 6352 sayılı Kanun'la Birlikte Düzenlenen İcbar Karinesinin Suçun Niteliğine Etkisi

Rüşvet suçu yapısı gereği ortak karar ve irade birliğinin sonucu olarak işlenir. Bu durum rüşvet anlaşmasının gereğini açıklar. Rüşvetin çok failli suç olması rüşvet anlaşması çerçevesinde oluşmasıyla doğrudan ilgilidir. Oysa irtikâp suçunda icbar edilen birey suçun mağduru olduğundan irtikâp suçu çok failli suç değildir. İrtikâp suçunun çok failli suç olmasını engelleyen bireyin icbar edilmesi olduğundan somut olayda kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin doğru değerlendirilmesi halinde suçun niteliğinde hata yapılması olasılığı fazladır.⁴⁰

İrtikâp suçu ile rüşvet suçunun unsurlarının benzerliğinden dolayı fiilin rüşvet suçunu oluşturup oluşturmadığı belirlenirken özellikle irtikâp suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığının doğru tespit edilmesi gerekir. Göreve dâhil olan işin yapılmasının karşılığında haksız menfaat elde edilmesine bakılarak yapılan ayırım tek başına rüşvet ve irtikâp suçlarının ayrılabilmesi için yeterli olmaz. Sonuçta her iki suçta da kamu görevlisi haksız menfaat amacını taşımaktadır. Tespitin yapılabilmesi için fiilin, zorlama unsurunu taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.⁴¹

⁴⁰ Manzini, s. 212.

⁴¹ Manzini, s. 210; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. "Devlet hastanesinde ortopedi uzmanı olarak görevli doktor katılanın kardeşlerinden ameliyatı yapmak için para istemiştir. Olayda katılanın hayati tehlikesinin bulunmaması, aynı hastanede birden fazla ortopedi uzmanının bulunması gözetildiğinde irtikabın icbar unsurunun bulunmadığı, sanığın teklifinin katılanın kardeşleri tarafından kabul edilmesi üzerine ameliyatı yaptığı ve eylemlerinin 765 sayılı Yasa'nın 212/1. maddesine göre basit rüşvet suçuna vücut vereceği....." (5. CD. 17.02.2011, 2010/11226, 2011/942). "Suç tarihinde zabıt katibi olarak görev yapan sanığın, Ahmet Saraç'tan 1232 lira adli para cezası alıp Yargıtay Başsavcılığı'na 5326 sayılı

6352 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesinin somut olayda bulunması halinde suçun niteliğine etkisi konusunda doktrinde değişik görüşler bulunur.

Birinci görüşe göre somut olayda icbarın varlığı durumunda ya da hal ve hareketlerin icbar sayıldığıнын kesin olması durumunda icbarın elverişli olduğu kabul edilir ve irtikâp suçu oluşur. Aksi halde icbarın olmaması ya da tespit edilememesi halinde rüşvet suçu oluşur.⁴² İkinci görüşe göre icbarın elverişli olmaması durumunda kamu görevlisine yarar sağlandığında rüşvet suçu oluşur. Bu durumda birey elverişsiz icbardan kolayca kurtulabilme imkânına sahip olmasına karşın bunu

Yasa yönünden yeniden değerlendirilme yapılmak üzere dönen dosyasını arşive kaldırma veya yok etme karşılığında 785 lira istemesi ve bunun Ahmet tarafından kabul edilmesi biçiminde gerçekleşen olayda ikna edici, hileli ya da icbar içerikli söz ya da eylemi olmayan sanığın para isteğinin Ahmet Saraç tarafından kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren eylemin rüşvet alma suçu olarak kabul edilmesi gerektiği.....” (5. CD. 02.05.2013, 2012/7223, 2013/4388); “Malatya 1. Bölge Müdürlüğü’nde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak görev yapan sanığın, murisinden intikal eden gayrimenkullerin ifrazını yaptırıp tapusunu almak isteyen şikâyetçiden “senin için çok” diyerek yapmak zorunda olduğu işi yapmak için 35.000.000 lira istediği, para vermek istemeyen şikâyetçinin önce müdürü aradığı, bulamaması üzerine müdüre vekalet edene giderek durumu bildirdiği, bunun üzerine vekilin işini yapması konusunda sanığı uyardığı, sanığın bu uyarıdan sonra şikâyetçiyi yine arayarak işini yapmak için bu sefer 25.000.000 lira istediği....teklifin kabul edilmemesi nedeniyle eylemin rüşvet almaya eksik teşebbüs olarak nitelendirilmesi...” (5. CD. 2001/3037, 2001/4857).

⁴² Güreli, s. 105; Benzer görüş için ayrıca bkz. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 89; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. “İcbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerektiği, ... Orman İşletme Müdürlüğü’nde orman muhafaza memuru olarak görev yapan sanığın, sorumluluğundaki bölgede ağaç kesim işçisi olarak çalışan katılan ...’ın kardeşi olan ve yine aynı bölgede kesim ve nakliye işi yapan ...’a kesimini yaptıkları ağaçlar için görevi dâhilinde düzenlemesi gereken sevk irsalıyesi ve istihkaka karşılık kendisine menfaat sağlanmadığı takdirde bahsi geçen belgeleri vermeyeceğini söylemesi ve ...’ın da kardeşi olan katılıandan bu işi halletmesini istemesi üzerine katılanın suçüstü yapılmasını sağlamak amacıyla önceden kolluk ve Cumhuriyet Savcılığını haberdar ederek sanığa 5.000 TL’yi teslim etmesi sonrasında bu şahsın suçüstü yakalanması şeklinde gelişen davaya konu somut olayda, katılanın önceden sanığın çalıştığı kuruma şikâyetle bulunması, kolluk ve Cumhuriyet Savcılığını da haberdar etmek suretiyle sanığın yakalanmasını sağlaması karşısında, sanığın, öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere Kanun’un öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan davranışlarının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı...”. (5. CD. 26.09.2018, 2014/10954, 2018/6249).

yapmamıştır.⁴³ Üçüncü görüşe göre somut olayda icbar elverişli olmasına karşın cesaretinden dolayı bu durum bireyi etkilememiştir. İcbarın objektif değerlendirme sonucunda elverişli yoğunluğa ulaşmasına karşın bireyin çekinmemesi durumunda icbarın varlığı kabul edilir ve irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalır.⁴⁴

Kamu görevlisine haksız menfaatin sağlandığı somut olayda kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olan icbarın bulunması veya bulunmamasına göre irtikâp ya da rüşvet suçundan dolayı sorumluluğun doğması mümkündür. Bu sonuçların gerçekleşmesine ilişkin olarak üç farklı ihtimal bulunur: Birinci ihtimale göre icbarın somut olayda bulunmaması halinde bireyin iradesi sakatlanmadığı için kamu görevlisine sağladığı haksız menfaat rüşvet suçunu oluşturur. Bu durumda birey, işinin yapılmayacağı endişesini taşımadan kamu görevlisine haksız menfaat sağlamış olur. Kamu görevlisi ile görevde dâhil olan belli bir işin yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşmış kabul edilir. İkinci ihtimale göre somut olayda icbarın varlığına rağmen icbar elverişsizdir. Bu durumda iki olasılık ortaya çıkmaktadır: Birinci olasılığa göre birey elverişsiz icbardan etkilenmeden menfaat sağlamış ise rüşvet suçu oluşur. İkinci olasılığa göre ise icbar elverişsiz olmasına karşın birey bu durumdan etkilenerek kamu görevlisine menfaat sağlamıştır. Önemli olan icbarın nesnel olarak varlığı olup bireyin sübjektif durumu icbarın varlığının değerlendirilmesinde dikkate alınmadığından birey iradesi sakatlanmamış kabul edilir rüşvet suçu oluşur. Üçüncü ihtimale göre somut olayda icbar elverişli olmasına rağmen birey kamu görevlisinin icbarından etkilenmemiştir. İcbarın etkilenmemiş bireyin işinin vaktinde görülmeyeceği endişesi taşınamaması cesaretinden kaynaklanmış olabilir. Bu durumda menfaati sarih iradesiyle sağlamış olur ki yapılan zımnî rüşvet anlaşması gereğince rüşvet suçu işlenmiş olur.

⁴³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 998; Benzer görüş için ayrıca bkz. Üzülmez, s. 287; Benzer görüşü savunan İtalyan Yargıtay'na göre irtikâp suçunun aksine rüşvet anlaşmasını kuran taraf iradelerinin samimi olması gerekir. Kamu görevlisinin icbarından bireyin kolayca kurtulma imkânı varken bunu yapmayarak menfaat sağlaması irtikâp suçunu oluşturmayıp rüşvet suçu sayılmalıdır. (Cass. 1972, n. 830) bkz. Carcano, s. 140.

⁴⁴ Üzülmez, s. 287; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre somut olayda icbar elverişli olmasına karşın bireyin cesareti yani sübjektif durumu nedeniyle endişeye kapılmaması halinde irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalır. (5. CD. 19.04.2000, 226/1290).

Sonuç

Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, kamu görevlisinin görevine giren bir iş dolayısıyla hareket etmesinden çok daha geniş bir ifadedir. Bu durumda kamu görevlisi görevine giren bir iş dolayısıyla haksız menfaat sağlarken kamu görevlisinin memuriyet sıfatından dolayı birey baskı altına alınmaktadır.

6352 sayılı Kanun değişikliğinden önce görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen md. 257'ye göre görevi kötüye kullanma suçu üç farklı şekilde işlenebilmekteydi: 1) Görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama; 2) görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama; 3) görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama. Değişiklikle birlikte üçüncü fıkra hükümden çıkartılmıştır. Görevin gereklerine uygun davranmak için haksız menfaat sağlanması artık görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. Görevin gereklerine uygun davranmanın karşılığında haksız menfaat birey ve kamu görevlisinin anlaşmasıyla elde edilmişse rüşvet suçu, kamu görevlisinin zorlamasıyla elde edilmişse irtikâp suçu oluşmaktadır. 6352 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte üçüncü fıkranın kaldırılması ve aynı zamanda irtikâp suçunun düzenlendiği md. 250/1'e kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de icbar sayılmasına dair hükmün eklenmesi arasında bir bağ kurmak gerekir. Şöyle ki kanun koyucu kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun bir iş ya da eylemi yapması ya da yapmamasının karşılığında haksız menfaat elde etmesini rüşvet suçu olarak değil irtikâp suçu olarak görmek arzusundadır. Bu durumu pekiştirmek amacıyla kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı zorlama hali açık norm olarak irtikâp suçuna eklenerek irtikâp suçunun alanı genişletilmiştir.

Kamu görevlisinin görevine giren belli bir işin yapılması ya da yapılmamasının karşılığında bireyin haksız menfaat sağlamanın irtikâp suçu sayılmasının koşulu somut olayda icbarın varlığının belirlenmesidir. Aksi halde menfaat bireyin hür iradesine bağlı olarak sağlanmış olacağından rüşvet suçu oluşur. 6352 sayılı Kanun değişik-

liğiyle kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak bireyin, işinin görülmeyeceği endişesi taşınmasının da icbar sayılmasıyla birlikte rüşvet ve irtikâp suçunun ayırımında kullanılan icbar kavramı belirsiz hale gelmiştir.

6352 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesi, kamu görevlisinin hal ve hareketlerini bireyin baskı altına alınmasının sebebi olarak kabul ettiğinden irtikâp suçunda icbarın şiddeti azaltılmaktadır. Bu durumda kamu görevlisine haksız menfaat sağlayan bireyin iradesinin sarih olup olmadığı konusunda somut olayda çelişki artmaktadır. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak adına somut olayda icbarın varlığının irtikâp ve rüşvet suçlarına etkisinin değerlendirilebilmesi için kamu görevlisinin hal ve hareketleri ile bireyin iradesi arasındaki illiyet bağına bakılmalıdır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle menfaat sağlama konusunda kendisini mecbur hissetmesi gerekir. Aksi halde sadece kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bakılarak yorumlanan icbarın somut olayda değerlendirilmesi kamu görevlisi aleyhine haksız ceza yaptırımına yol açabilirken haksız menfaat sağlayan bireyin de cezasız bırakılmasına neden olabilir.

Kaynakça

- Amato Giuseppe, “La Riforma Della Concussione: Concussione e Corruzione Nuovi Ambiti di Responsabilità”, *În Gnosis*, 4/2012, s. 49-55.
- Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II*, Milano, 1986.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Carboni Luca, “La Concussione În: Le Disposizioni Penali della Legge Anticorruzione Numero 190 del 2012”, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2013, s. 23-35.
- Carcano Domenico, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, 2010, Milano
- Carrara Francesco, *Programma dei Corso di Diritto Criminale, C.5*, Lucca, 1877.
- Doğan Koray, “Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, *Nevzat Toroslu’ya Armağan*, 2015, s. 337-361.
- Yurtcan Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Zimmet- Rüşvet- İrtikâp- Görevi Kötüye Kullanma*, Adalet Yayınevi, 2015.
- Erem Faruk, *İrtikâp Cürmü*, Ajan Türk Matbaası, 1964.
- Erman Sahir/Özek Çetin, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, İstanbul, 1992.

- Ferrante Massimo Luigi, "I Confini Tra Concussione, Induzione Indebita e Corruzione: Un'ardua Mappatura", Università Degli Studi Di Cassino E Del Lazio Meridionale, 2/2015. s. 1-36.
- Gürelli Nevzat; İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Maggiore Guiseppe, Diritto Penale: Parte Speciale, Delitti e Contravvenzione, Bologna, 1948.
- Malkoç İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet- İrtikâp- Rüşvet Suçları, Ankara, 2010.
- Manzini Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano: Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione e L'Amministrazione della Giustizia, Torino, 1986.
- Mattevi E., "Il Reato Di Concussione: Esperienza di Tangentopoli ed Esigenze di Riforma", İn İl Margine, n. 7, 2002, s. 14-23.
- Mezger Edmund, Strafrecht II. Besonderer Teil: Ein Studienbuch, Münih, 1954.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar-Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özen Mustafa, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özgenç İzzet, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Özgenç İzzet, *TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi*, 24 (2), 31.05.2012, s. 16-20.
- Şahbaz İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Şen Ersan, Yorumluyorum II: Yeni Düzenlemede İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tuğrul Ahmet Ceylani, Zimmet-Banka Zimmeti-Rüşvet ve İrtikâp Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Turabi Selami, İrtikâp Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Üzülmez İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu", *SÜHFD*. C.14, 2006, S.2, s. 273-298.
- Yarsuvat Duygun, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", *İÜHFM*, C. 30, S. 3-4, 1964.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

**KONKORDATO MÜHLETİNİN ALACAKLILAR
BAKIMINDAN SONUÇLARI
(28.02.2018 TARİH VE 7101 SAYILI KANUNLA
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE GÖRE)**
THE RESULTS OF CONCORDAT TERM WITH REGARDS TO
CREDITORS AS PER TO THE AMENDMENTS WITH THE LAW
NUMBERED 7101 AND DATED 28.02.2018

Cenk AKİL*

Özet: Borçluya konkordato mühleti verilmesi, alacaklı bakımından önemli bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Bunlardan en önemlisi borçluya karşı kural olarak takip yapılamaması ve derdest takiplerin durmasıdır. Bunun yanı sıra konkordato mühleti boyunca zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez. Konkordato mühleti verilmesinden önce müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak da konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise bu devir hükümsüz hale gelir; rehinli alacaklar dışında kalan alacaklar için faiz işlemesi durur.

Anahtar Kelimeler: İflâs Hukuku, Konkordato, İyileşme, Konkordato Mühleti, Takip Yasağı

Abstract: The concordat term has fundemantal consequences for creditors. The most important consequence among them is, as a rule, no execution proceedings shall be commenced against the deptors and the pending proceedings shall be hold. Besides, the statutes of limitation and period of prescription have not been proceed during the concordat term. If an agreement regarding the assignment of future receivables has been signed before the cocordat term is given and if the receivable exists after the concordat time has been given, then this assignment becomes null; the interest shall not be acrued for the receivables except those whom are pledged.

Keywords: Laws of Bankruptcy, Concordatum, Restructuring

* Doç. Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akilcenk@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3662-0124 Makalenin Gönderim Tarihi: 01.12.2018, Kabul Tarihi: 03.12.2018

GİRİŞ

Konkordato talebinin başarıya ulaşması için borçluya rahatsız edilmeden gerekli hazırlıkları yapabileceği uygun bir ortamın sağlanması gerekir. İşte bu amaçla borçluya konkordato mühleti verilmesi öngörülmüş¹ ve borçlunun malvarlığının koruma altına alındığı² bu zaman zarfında alacaklılar bir takım kısıtlamalara tâbi tutulmuştur. 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³ ile yapılan değişiklikler⁴ ile mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda (İsvİİK) 2013'te yapılan reform⁵ örnek alınarak bahsi geçen kısıtlamaların kapsamı genişletilmiştir. Konkordato mühleti geçici ve kesin mühlet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İnceleme konumuzu oluşturan kesin mühletlin alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlar İİK m. 294 ve 295'te düzenlenmiştir.⁶ Bu sonuçlardan en önemlisi takip yasağı olup, konkordato mühletinin verilmesiyle birlikte borçluya karşı takip yapılması kural olarak yasaklanmıştır. Bunun yanı sıra zamanaşımı ve hak düşürücü süreler ile rehinli alacaklar dışında faizlerin işlememesi, takasın ise belli şartlar dairesinde gerçekleştirilmesi kabul edilmiştir. Ayrıca, müstakbel alacakların devrine kısıtlama getirilmiş, konusu para olmayan alacakların

¹ Bununla birlikte, konkordato mühleti verilen her halde işin konkordato anlaşmasıyla sonuçlanacağı düşünülmemelidir. Bazen konkordato anlaşması olmaksızın da iyileşmenin gerçekleşmesi mümkün olabilir. Nitekim bu sebeple doktrinde konkordato mühletinin -konkordato anlaşması olmaksızın- moratoryum (cebri icra yasağı) ile de sonuçlanabileceği dile getirilmiştir. Bkz. Claudia Wyss, Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren, 2013, s. 157.

² Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 34.

³ RG 15.03.2018, S. 30361

⁴ Söz konusu değişiklikler hakkında bkz. Yavuz Akbulak, "İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler", *LHD*, S. 184, Nisan 2018, s. 1691 vd.

⁵ İsvİİK'de 2013'te konkordato hükümlerine ilişkin olarak yapılan reformun gerekçesinde konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarının iflâsın sonuçlarına yaklaştırıldığı ve böylelikle konkordatonun başarı şansının artırılmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Bkz. BBl 2010, s. 6486. İsvİİK'de yapılan reform hakkında geniş bilgi için bkz. Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, "İflâs, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Değişiklikleri", *MİHDER*, 2015/2, s. 19 vd. Ayrıca bkz. Serdar Kale, "İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bakış", *MÜHFD*, 2017/2, s. 160 vd.

⁶ Söz konusu sonuçlar İİK m. 288, f.1 uyarınca geçici mühlet bakımından da geçerlidir.

ise para alacağına çevrilmesine cevaz verilmiştir. Aşağıda takip yasağından başlamak üzere bu hususlar üzerinde durulacaktır.

I. TAKİP YASAĞININ BAŞLAMASI

1) Genel Bilgi

Takip yasağı İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) iki maddesinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki tatil hallerini düzenleyen 51 inci maddedir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre konkordato mühleti verilen borçlu hakkında takip yapılamaz (İİK m. 51, II). Doktrinde bu düzenleme özel talik hallerinden biri olarak nitelendirilmektedir.⁷ Takip yasağı ayrıca İİK m. 294'te düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddenin birinci fıkrasına göre, mühlet içinde borçlu aleyhine 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur.

2) Takip Yapılamaması ve Mevcut Takiplerin Durmasının Anlamı

Yukarıda da belirtildiği gibi, konkordato mühleti içinde takip yasağı getirilmek suretiyle, borçlunun rahatsız edilmeden konkordato için gerekli hazırlıkları yapabilmesi amaçlanmıştır.⁸ Sözü geçen yasağı getirilmemesi yapılacak takiplerle konkordato mühleti içinde borçlunun malvarlığı tasfiye edilecek ve mali bakımdan iyileşmesi olanaksız hale gelebilecekti.⁹ Hâlbuki bir cebri icra kurumu olan¹⁰ (adî) konkordatonun temel özelliği borçlunun işletmesinin başında bulunarak¹¹ mali açıdan iyileşmeyi sağlayabilecek tedbirleri alabilmesidir.¹²

⁷ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. B., Ankara 2018, s. 122.

⁸ Necmeddin Berkin, İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul 1948, s. 66.

⁹ Sümer Altay/Alı Eskiocak, Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. B., İstanbul 2018, s. 101.

¹⁰ Karl Spühler/Anette Dolge, Schuldbetreibungs und Konkursrecht II, 6. B., 2014, s. 129.

¹¹ Josef Studer/Markus Zöbeli, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. B., 2015, s. 192.

¹² Altay/Eskiocak, s. 194.

Takip yasağı geçici konkordato mühletinin verilmesiyle¹³ başlar.¹⁴ Konkordato mühletinin verildiği tarih itibarıyla (varsa) derdest takipler durur. Bunun için mühlet kararının ilânına gerek yoktur.¹⁵ Takipler durduğu için -aşağıda da belirtileceği üzere- mevcut hacizler korunacaktır. Söz konusu hacizler daha sonra konkordatonun tasdik edilmesi durumunda düşecektir.¹⁶

Yasak, mühlet kararının verilmesiyle başladığından mühlet talebi incelendiği sırada borçlu aleyhine takip yapılabileceği gibi, mühlet kararından önce yapılan işlemler de geçerliliğini korur.¹⁷ Meselâ mühlet verilmemesinden önce vezneye giren para alacaklıya ödenir.¹⁸ Zira paranın ödenmesi icra takip işlemi değildir. Keza -mallar henüz paraya çevrilmemişse- konulan hacizler konkordato mühleti verilmesiyle düşmez; bâki kalır.¹⁹

Takip yasağından bahsedilebilmesi için konkordato mühletinin borçlu hakkında verilmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, konkordato mühleti borçlu değil de, üçüncü bir kişi hakkında verilmişse, borçluya karşı takip yasağından bahsedilemez.²⁰

¹³ Hakkında iflâs kararı verilmiş olan borçluya konkordato mühleti verilemez. Zira iflâs kararından sonra verilecek mühlet, iflâs kararını sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıramaz yahut sonuçların meydana gelmesini durduramaz (Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 1955, s. 500; Kemal Arar, İcra ve İflâs Hükümleri, C. II, s. 334; Berkin, Konkordato, s. 63; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 1532).

¹⁴ Altay/Eskiocak, s. 104. Söz konusu yasak kesin mühlet verilmesiyle birlikte bir yıl daha uzar (Pekcanitez/Erdönmez, s. 58).

¹⁵ İlhan Postacıoğlu, Konkordato, 2. B., İstanbul 1965, s. 53; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1. B., Ankara 2016, s. 1264. Örneğin bkz. 12. HD, 08.11.2005, 17059/21568 (e-uyar.com, e.t.: 14.07.2018).

¹⁶ Bkz. aşa. 5) no'lu başlık altındaki açıklamalar.

¹⁷ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. B., İstanbul 1997, s. 3643.

¹⁸ Yılmaz, s. 1265. Örneğin: 12. HD, 18.06.2002, 12184/13107 (yargitaykarar.wordpress.com, e.t.: 14.07.2018). Aynı yönde: 12. HD, 21.01.1998, 1997/14528, 1998/292 (Uyar, İİK C. 12, s. 20255).

¹⁹ Kuru, İcra IV, s. 3637.

²⁰ Örneğin: "Konkordato mühleti içinde takip yasağı getiren İİK m. 289 hükmü takip borçlusu hakkındadır. Olayımızda konkordato mehli alan takip borçlusu olmayıp bu borçludan hacizli ve satışa konu olan taşınmazı satın alan 3. kişidir. Dolayısıyla yukarıda sözü edilen maddede öngörülen takip yasağı satışa konu malı ve takip borçlusunu etkilemez..." 12. HD, 23.03.1995, 3771/4236 (Pekcanitez/Atalay/Sunurtekin Özkan/Özekes, s. 787, dn. 8).

Diğer yandan, takip yasağı sadece hakkında konkordato mühleti verilmiş olan borçluya karşı takip yapılmasını önler. Buna karşılık, alacaklı, müşterek borçlular yahut kefillere karşı takip yapabilir.²¹

Keza, konkordato, geçici konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş bulunan alacaklar bakımından mecburi olduğundan konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğan alacaklar için takip yapılmasına kural olarak bir engel yoktur.²² Zira bunlar kural olarak konkordato denetimi altında girilen hukuki ilişkilerden (İİK m. 297, I, c.1) kaynaklanacaktır.

Hangi işlemlerin takip yasağının kapsamına girdiği belirlenirken o işlemin “icra takip işlemi” işlemi olup olmadığı tespit edilmelidir. Zira konkordato mühleti içinde her türlü “takip işlemi” değil, “icra takip işlemleri” yasaklanmıştır.²³ Zira icra takip işlemleri cebri icranın borçlunun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli bir biçimde ilerlemesini sağlamaktadır.²⁴

İcra takip işlemlerinden kasıt icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, onun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli olan ve cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelmiş bulunan işlemlerdir.²⁵ Bu itibarla, konkordato mühleti içinde takip başlatılabılır.²⁶ Zira takip talebinde bulunulması icra takip işlemi değildir.²⁷ Keza, konkordato mühleti içinde alacaklının itirazın iptali davası (İİK m. 67) açması yahut daha önce açılan bu davaya devam edilmesi mümkün-

²¹ Kuru, İcra IV, s. 3633, dn. 175; Kuru, El Kitabı, s. 1460.

²² “... Konkordato, konkordato mühletinden önce doğan alacaklar için mecburidir. Hâl böyle olunca tasdik edilen konkordato, kendisi için mecburi olmayan (alacağı konkordato mühletinden sonra doğmuş olan) bir alacaklı, konkordato mühletine öncelikle tâbi değildir ve böyle bir alacaklının borçlu aleyhine takip yapılmasına konkordato mühleti engel olmaz...” 12. HD, 23.03.1999, 741/3667 (Uyar, İİK C. 12, s. 20254).

²³ Berkin, Konkordato, s. 65.

²⁴ Kuru, El Kitabı, s. 147.

²⁵ Bkz. İlhan Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul 1982, s. 233-234; Berkin, Konkordato, s. 59, dn. 20; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. B., İstanbul 1988, 136 vd.; Kuru, El Kitabı, s. 148; Saim Üstündağ, İcra Hukuku, 8. B., İstanbul 2004, s. 32; Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku, 7. B., İstanbul 2016, s. 25.

²⁶ Pekcanitez/Erdönmez, s. 93.

²⁷ Karş. BGE 84 I 39. Kararda alacaklının konkordato mühleti içinde itirazın kaldırılmasını isteyebileceği ifade edilmiştir.

dür.²⁸ Bu sayede ileride konkordato nisabının hesabında itirazın iptaline ilişkin hükümden yararlanılması mümkün olabilecektir.²⁹

Buna karşılık, konkordato mühleti içinde borçluya ödeme emri gönderilemez, haciz konulamaz,³⁰ satış³¹ yapılamaz. Zira zikredilen işlemler hukuki nitelikleri itibarıyla birer icra takip işlemidirler.³²

Konkordato mühleti içinde geçerli olarak yapılan takip işlemleri daha sonra da geçerliliğini korur. Bu itibarla, alacaklı, ileride konkordatonun tasdik³³ edilmemesi durumunda daha evvel yapılmış işlemleri tekrarlamak zorunda değildir.³⁴

Yukarıda da belirtildiği gibi takip yasağı, konkordato mühletinin verilmesiyle başlayacaktır; derdest takipler ise olduğu yerde duracaktır.³⁵ Bu itibarla, söz gelimi, takip kesinleşmiş dahi olsa borçlunun mallarına haciz konulamayacaktır.³⁶ Acaba takip yasağına rağmen yapılan takip işlemlerinin akıbetinin ne olacaktır? Doktrinde yasağa rağmen yapılan işlemlerin geçersiz (batıl) olduğu kabul edilmektedir.³⁷ Geçersizliğin şikâyet yolu ile (İİK m. 16 vd.) icra mahkemesi tarafından

²⁸ Kuru, El Kitabı, s. 1462.

²⁹ Pekcanitez/Erdönmez, s. 96.

³⁰ Alacaklının daha önce yapmış olduğu takip nedeniyle haczedilmiş bulunan mal, konkordato mühleti verilmesinden önce paraya çevrilmişse, satış bedeli alacaklıya ödenir. Zira konkordatonun taraflar için bağlayıcı hale gelmesi sadece konkordato mühletinden önce paraya çevrilmemiş hacizleri hükümden düşürür. Bkz. İİK m. 308/ç.

³¹ "Borçluya ... konkordato mühleti verildiği, bu süre devam ederken şikâyet konu satışın 31.05.1990 tarihinde yapıldığı çekişmesizdir. İİK 289. maddesine göre rehlinli alacaklar müstesna olmak üzere mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur. İcra satışı da bir takip işlemi olduğundan, mehil içinde satışın yapılmaması gerekir... Şikâyetin kabulü ve satış işleminin iptali gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir". 12. HD, 11.07.1991, 1610/8756 (Uyar, İİK C. 12, s. 20271).

³² BGE 84 I 39

³³ Konkordatonun tasdiki şartları hakkında geniş bilgi için bkz. Süha Tanrıver/Adnan Deynekli, Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996, s. 75 vd.

³⁴ Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar, 19. B., 2016, s. 680.

³⁵ Pekcanitez/Erdönmez, s. 94.

³⁶ Ayrıca bkz. aşa. 5 no'lu başlık altındaki açıklamalar.

³⁷ Kuru, El Kitabı, s. 1462; Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 8. Karş. Pekcanitez/Erdönmez, s. 94. Yazarlar yapılan işlemlerin "yok" hükmünde olduğunu belirtmektedirler.

tespiti gerekir.^{38,39} Şikâyet süreye tâbi değildir.⁴⁰ Buradaki geçersizlik sonradan düzelebilir nitelikte olmadığından konkordato talebi daha sonra mahkeme tarafından reddedilse dahi konkordato mühleti içinde yapılan işlemler geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) geçerli hale gelmeyecektir.⁴¹ Şikâyet başvurusu üzerine icra mahkemesi tarafından verilen karar inşai nitelikte olmayıp geçersizliğin tespitine yöneliktir. Geçersizlik herhangi bir ilgili tarafından ileri sürülebileceği gibi, icra mahkemesi de bu durumu re'sen göz önünde bulundurur.⁴²

3) Takip Yasağının İstisnaları ve Tartışmalı Durumlar

Takip yasağı mutlak olmayıp çeşitli istisnaları vardır. Bunlardan biri rehlin⁴³ paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplerdir. İİK m. 295 uyarınca mühlet sırasında rehinle temin edilmiş⁴⁴ alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlatılmış olan takiplere devam edilebilir; ancak muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehlinli mal satılamaz. Görüldüğü üzere kanun koyucu rehlin pa-

³⁸ Karş. Berkin, Konkordato, s. 64: "Mühletten nasılsa haberdar olmayan herhangi bir alacaklının konkordato mühleti içerisinde yaptırdığı takip muameleleri, mesela koydurduğu haciz hüküm ifade etmez, kendiliğinden batıldır." Postacıoğlu, Konkordato, s. 54: Bu yasak kendiliğinden hüküm ifade eder. Yani bu yasağa rağmen yapılmış icra takibinin butlanının ayrıca bir def'i şeklinde ileri sürülmesi gerekmiyor, kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

³⁹ Bunun yerine "durdurma" kararı verilmesi hatalıdır. "Konkordato mehli 14.04.1993 tarihinde verilmiş, alacaklı 16.04.1993 tarihinde ihtiyati haciz kararı alarak uygulatmış ve 06.05.1993 tarihinde takip yapmıştır. İİK'nun 289/1. maddesine göre konkordato mehli içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur. Takip, konkordato mehlinden sonra yapılmış olduğundan, takibin iptaline karar vermek gerekirken, durdurulmasına karar verilmiş olması isabetsizdir..." 12. HD, 13.09.1993, 9361/13177 (Uyar, İİK C. 12, s. 20267).

⁴⁰ Kuru, İcra IV, s. 3636. Karş. Postacıoğlu, Konkordato, s. 54; Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. B., Ankara 1960, s. 117.

⁴¹ Örneğin: 12. HD, 26.09.1985, 1586/7531 (Kuru, İcra IV, s. 3635).

⁴² Altay/Eskiocak, s. 104.

⁴³ Takip hukukunda "rehin" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda İİK m. 23 dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleri, taşınmaz mükellefiyetleri, teslim bağli rehinler, ticari işletme rehni, hapis hakkı, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinler rehlin paraya çevrilmesi yoluna konu edilebilecektir. Karş. Kale Serdar, Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017, s. 20.

⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurulabilmesi için rehlin mutlakla kendisine konkordato mühleti verilen borçlu tarafından gösterilmesi gerekmez; rehin üçüncü bir kişi tarafından da gösterilmiş olabilir. Bkz. Burhan Gürdoğan, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s. 110-111.

raya çevrilmesi yoluyla takibi takip yasağından muaf tutarak rehinli alacaklıları korumuştur. Bununla birlikte, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibin sonuna kadar götürülmesine de müsaade edilmeyerek borçlunun menfaatleri de korunmuş ve konkordatonun başarı şansı artırılmak istenmiştir.⁴⁵

Az önce belirtildiği gibi konkordato mühleti verilmiş olması rehinin paraya çevrilmesi yoluna başvurulmasını önlemeyeceği gibi, konkordatonun tasdik edilmiş olması (İİK m. 305) dahi bu yola başvurulmasını önlemez. Zira tasdik edilen konkordato rehinli alacaklar için rehinle güvence altına alınan meblağ nispetinde- mecburi değildir.⁴⁶

Bilindiği üzere hukukumuzda alacaklı kural olarak alacağını öncelikle gösterilen rehinden karşılamak zorundadır. "Önce rehne müracaat kuralı" olarak bilinen bu kuralın istisnası olan hallerde ise alacaklı rehinin paraya çevrilmesi yoluna başvurmadan haciz veya iflâs yollarına başvurabilmektedir.⁴⁷ Konkordato mühleti verilmesi durumunda takip yasağı başladığından alacaklılar işte bu istisnai yollara dahi başvuramayacaklardır.⁴⁸

Takip yasağının bir diğer istisnası ise 206'ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklardır.⁴⁹ Bununla kastedilen esas olarak

⁴⁵ Rehinli alacaklara tanınan imtiyazların konkordatonun başarıya ulaşması bakımından ortaya çıkarabileceği güçlükler hakkında bkz. Bkz. Ali Cem Budak, Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 81-83. Karş. Sema Taşpınar Ayvaz, İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2006, s. 364.

⁴⁶ Bkz. İİK m. 308/c, III

⁴⁷ Bkz. İİK m. 45, II, III; m. 167, I

⁴⁸ Kuru, İcra IV, s. 3655. Doktrinde konkordato mühletinin verilmesinden önce anılan istisnai hallerden birine istinaden haciz veya iflâs yoluna başvurmuş olan alacaklının konkordato mühleti içinde takibi devam ettiremeyeceğinden, başvurduğu (haciz veya iflâs) yoluyla takibi değiştirerek yeniden harç ödmeden eski takip dosyası üzerinden borçlu aleyhine rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmelidir (İİK m. 43, II kıyasen) kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, bu halde, takip yasağı değiştirme yasağı geçerli olmamalıdır. Zira burada rehin alacaklısının takip yolunu değiştirmesi, kendi iradesine dayanmamakta, rehin alacaklısı adeta buna zorlanmaktadır (Kuru, İcra IV, s. 3655).

⁴⁹ İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda imtiyazlı alacaklılara bu şekilde bir ayrıcalık tanınmamıştır. Bu husus Kanunun gerekçesinde borçlunun imtiyazlı alacaklılara ve mühlet sırasında konkordato komiserinin onayıyla doğan borçlara teminat gösterme zorunluluğu ile açıklanmaktadır (Pekcanitez/Erdönmez, s. 93; Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No.10). Karş. Kren Kostkiewicz, Şerh, s. 680.

işçilerin ihbar ve kıdem tazminatları⁵⁰, işverenlerin iş hukukundan kaynaklanan bir takım borçları ile nafaka alacaklarıdır. İflâs prosedürü bakımından 206'ncı maddede birinci sırasında yazılı alacaklar bakımından bir yıllık süre öngörülmüş ve sürenin iflâsın açılmasından önceki bir yıl olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kanımızca 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile de bu hususa açıklık getirilmesi ve İİK m. 294 bakımından bir yıllık süre ile geçici mühletten verildiği tarihten önceki bir yılın kastedildiğinin belirtilmesi uygun olurdu. Nitekim aşağıda görüleceği üzere takas hakkının kullanımının sınırlanmasında bu husus açıkça hükme bağlanmıştır.

İİK m. 206'nın birinci sırasındaki alacaklar bakımından kabul edilen istisna sadece "haciz" yoluyla yapılan takipler bakımından geçerlidir. Bu husus Kanunda (m. 294,I) "haciz yoluyla takip yapılabilir" denilerek açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla anılan maddede zikredilen alacaklar hakkında iflâs yoluyla takip yapılamaz.⁵¹

Takip yasağının diğer bir istisnası ise konkordato mühleti içinde konkordato komiserinin izniyle yapılan hukuki işlemlerden mütevellit alacaklardır. Bu nedenle borçluyla işlem yapan üçüncü kişi dahi borçludan konkordato komiserinden izin almasını isteyebilir.⁵²

Konkordato mühletinin verilmesiyle başlayan yasak⁵³ borçlunun malvarlığına ilişkin takipler bakımından geçerlidir. Dolayısıyla, alacaklı konusu malvarlığı olmayan bir takip başlatabilir yahut takibi devam ettirebilir. Meselâ, alacaklı, konkordato mühleti içinde çocuk teslimi hakkındaki bir ilâmı icraya koyabilir.⁵⁴ Keza, bir şeyin yapılması hakkındaki ilâmların (İİK m. 30, III) konusunun malvarlığına iliş-

⁵⁰ Örneğin bkz. 12. HD, 29.04.1992, 1991/12800, 1992/5776 (e-uyar.com, e.t.: 14.07.2018)

⁵¹ Kuru, İcra IV, s. 3657. Doktrinde İİK m. 206'nın birinci sırasındaki alacaklar bakımından daha önce başlatılmış bulunan iflâs yoluyla takiplerden vazgeçilerek konkordato mühleti içinde yeniden harç ödemedi borçlu aleyhine takip yapılabileceği (İİK m. 43, II; m. 294, II) ifade edilmiştir. Bu görüşe göre alacaklı daha evvel İİK m. 43, II ile kendisine tanınmış yetkiyi kullanmış dahi olsa konkordato mühleti içinde iflâs yoluyla takibi bırakarak borçlu aleyhine harç ödemedi tekrar haciz yoluyla takip yapabilmelidir (İİK m. 43, II kıyasen). Çünkü alacaklının bu ihtimalde takip yolunu değiştirmesi kendi iradesinden değil, İİK m. 294, I'deki yasaktan kaynaklanmaktadır (Kuru, İcra IV, s. 3657).

⁵² Pekcanitez/Erdönmez, s. 86.

⁵³ Konkordato mühletinin yetkisiz bir mahkeme tarafından verilmesi durumunda dahi takip yasağının başlayacağı hakkında bkz. BGE 98 III 37

⁵⁴ Kuru, İcra IV, s. 3635; Kuru, El Kitabı, s. 1461; Altay/Eskiocak, s. 205.

kin olmaması durumunda bu ilâma dayanılarak konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine ilâmlı takip yapılabilir. Buna karşılık, konusu taşınır malın teslimi (İİK m. 24), bir şeyin yapılması (İİK m. 30, I, II) yahut para (İİK m. 32) olan ilâmlara dayanarak konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine ilâmlı takip yapılamaz yahut derdest takibe devam edilemez.⁵⁵ Zira zikredilen hallerde ilâmların icrası sonuçları itibarıyla borçlunun malvarlığının azalmasına yol açabilir.

Yasağın kapsamına giren takipler belirlenirken taşınmazların icra yoluyla tahliye edilip edilemeyeceği meselesine de değinmek gerekir. Doktrinde bu konuda bir ayırıma gidilmektedir. Buna göre, konkordato mühleti içinde İİK m. 272-275 uyarınca tahliye takibi başlatılabilir yahut devam ettirilebilir. Çünkü burada tahliye takibinin konusu borçlunun malvarlığı değildir. Buna karşılık, konkordato mühleti içinde borçluya karşı İİK m. 269-269d hükümleri uyarınca ilâmsız tahliye takibi yapılamaz yahut daha önce başlatılmış bulunan takiplere devam edilemez. Çünkü söz konusu takibin bir bölümünün (kira alacağı) konusu borçlunun malvarlığıdır.⁵⁶

Diğer bir görüşe göre, tahliye ilâmları ister para alacağına ilişkin olsun ister olmasın mühlet içinde icrası talep edilebilir.⁵⁷

Üçüncü bir görüşe göre ise bu soruya cevap ararken Yargıtay'ın daha önce vermiş olduğu konkordato mühleti içinde kira borcundan dolayı takip yapılabileceğine ilişkin kararları ile iflâsın ertelenmesi kararı verilen hallerde borçluya karşı hiçbir takip yapılamayacağını öngören Kanun hükümden⁵⁸ hareketle takip yapılmasına izin vermeyen kararları birlikte değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre, şayet Yargıtay konkordato mühleti içinde borçluya karşı takip yasağını düzenleyen 7101 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 294/1 hükmünü de aynı şekilde yorumlanıp, kira ilişkisine dayanan takiplerin de yapılamayacağı sonucuna varacak olursa, en azından İİK m. 308/c, IV uyarınca alacaklı (kiralayan) ile borçlu (kiracı) arasında yeni bir kira sözleşmesi yapılmasına cevaz verilerek işleyecek kira bedellerinin konkordato şartlarına tâbi olmadan tümüyle ödenmesi güvence altına alınmalıdır.⁵⁹

⁵⁵ Kuru, El Kitabı, s. 1462.

⁵⁶ Kuru, El Kitabı, s. 1461.

⁵⁷ Altay/Eskiocak, s. 111-112.

⁵⁸ Bkz. İİK mülga m. 179/b/1

⁵⁹ Talih Uyar, "Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri", *İBD* 2018/4, s. 59.

Konkordato mühleti verilmesiyle başlayan yasak borçlunun malvarlığına ilişkin takipler bakımından geçerli olduğundan kira süresinin bitmesi nedeniyle yapılan takipler bakımından borçluya karşı takip yapılabilir ve borçlunun tahliyesi istenebilir.

Kanımızca olması gereken hukuk bakımından konkordato mühleti boyunca kiracının işletme olarak kullandığı taşınmazdan tahliye edilemeyeceğini öngören bir düzenlemeye gidilmelidir. Gerçekten de kiracının gerek kira bedelinin ödenmemesi gerekse kira süresinin dolması nedeniyle konkordato mühleti içinde işletme olarak kullandığı taşınmazdan tahliye edilmesi konkordatonun başarıya ulaşmasını büyük ölçüde sekteye uğratabilir.⁶⁰ Bununla birlikte böyle bir durumda kiralayanın (alacaklının) konkordato mühleti boyunca kira alacağı bakımından tümüyle korumasız bırakılması da doğru olmayacaktır. Bu nedenle kanımızca yukarıda *Uyar* tarafından da haklı olarak belirtildiği gibi, İİK m. 308/c, IV uyarınca alacaklı ile borçlu arasında komiserin izniyle yeni bir kira sözleşmesine cevaz verilerek işleyecek kira bedellerinin konkordato şartlarına tâbi olmadan tümüyle ödenmesi güvence altına alınmalıdır.

4) Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı

Takip yasağı konkordato mühleti ile sınırlı olduğundan kural olarak konkordato mühletinin sona ermesiyle borçlu aleyhine yeniden takip yapılabilecektir. Buna karşılık, konkordato hakkında yapılan yargılamada, kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa, mahkeme kanundaki şartlar dairesinde karar verinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir (İİK m. 304, II, c.1) yahut tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale geleceği kararlaştırılmışsa mühletin etkileri de kural olarak bu tarihe kadar devam eder (İİK m. 308/c, I, c.2). Bu ihtimallerin dışında konkordato mühleti içinde iyileşmenin (İİK m. 291) ya da konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren diğer hallerin (İİK m. 292) gerçekleşmesi durumunda da takip yasağı ortadan kalkacaktır.

⁶⁰ Aynı yönde: Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, Ankara 2018, s. 63, dn. 49. Karş. Kale, *Makale*, s. 231; Kale, *ztek-Konkordato şerhi*, Ankara 2018, m. 294, No. 6.

5) Hacizler Bakımından Özel Durumlar

Konkordato mühleti verilmesinin hacizlere etkisi 294 üncü maddede 186 ncı maddeye atfı yapılmak suretiyle düzenlenmiş ve hacizli mallar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde anılan maddenin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Gerekçede, bu atfı ile konkordato mühleti ile mevcut hacizlerin düşmeyeceğinin kastedildiği ifade edilmiştir. Kanımızca İİK m. 294'e böyle bir hüküm konulmasaydı da aynı sonuca ulaşılabilirdi. Zira konkordato mühleti verilmesinin mevcut hacizleri ortadan kaldırmayacağı Kanunun başka bir maddesinin yorumundan da anlaşılmaktadır. Şöyle ki; İİK m. 308/ç, I' de konkordatonun "tasdikinin" "henüz paraya çevrilmemiş hacizleri" hükümden düşüreceği ifade edilmiştir. Konkordato mühleti verilmesiyle duran takiplere istinaden daha önce borçlunun mallarına haciz konulmuş ve fakat bunlar henüz paraya çevrilmemiş ise anılan malların akıbeti de konkordato prosedürünün sonraki aşamalarına göre şekillenecektir. Konkordato mühletinin kronolojik olarak daima tasdik kararından daha önceki bir tarihte verildiği nazara alındığında, konkordato mühletinin verilmesiyle birlikte mevcut hacizlerin düşmesi de söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyişle, başarıyla sonuçlanan konkordato prosedürü içerisinde henüz paraya çevrilmemiş mallar üzerindeki haciz en erken "konkordatonun tasdiki" ile düştüğüne göre, ondan daha önceki bir aşamada "konkordato mühleti verilmesi" ile hacizler düşmeyecektir.

Bu noktada borçlunun mahcuz malları kullanıp kullanamayacağı üzerinden durmak gerekir. Doktrinde mahcuz malların borçlu tarafından kullanımı konkordatonun daha sonra tasdik edilmesi durumunda sorun yaratmayacağı; buna karşılık, konkordato mühletinin kaldırıldığı hallerde alacaklılar duran takiplere devam edebileceğinden o zamana kadar kullanılmış olan mahcuz malların değer kaybetmiş olabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, borçluya tasarruf yetkisi tanınmasının mahcuz malların kaçırılmasına, tahrip edilmesine uygun ortam sağlamak gibi sakıncaları beraberinde getirebileceğinden anılan risklerin ortadan kaldırılabilmesi için konkordato komiseri görevlendirilebilir.⁶¹

Konkordato komiserinin esasen borçlunun tasarruflarını denetlemek için görevlendirildiği (İİK m. 290/2), borçlunun "komiserin nezareti altında" işlerine devam edebileceği (İİK m. 297/1, c.1), mahkeme tarafından, borçlunun mühlet içinde bazı işlemleri geçerli olarak ancak

⁶¹ Pekcanitez/Erdönmez, s. 98.

komiserin izniyle yapılmasına karar verilebileceği (İİK m. 297/1, c.2) ve borçlunun bazı tasarruflarının tümüyle yasaklanmış olduğu (İİK m. 297/2) nazara alındığında kanımızca mahcuz malların borçlu tarafından kullanımına prensip olarak izin vermek gerekir. Aksi takdirde özellikle işletmenin yeniden yapılandırılması amacıyla başvuru konkordatonun başarıya ulaşması güçleşecektir.⁶²

Doktrinde mevcut hacizlerin hukuki durumu incelenirken borçlunun üçüncü kişilerdeki para alacaklarının haczi üzerinde de durulmuştur. Mahcuz paranın paraya çevrilmesi (satılması) söz konusu olamayacağından alacaklıların, borçlunun, üçüncü kişilerdeki para alacağını haczettirmeleri ve üçüncü kişiye gönderilen ihbarname ile paranın ödenmesinin istenmesi durumunda söz konusu alacakların alacaklıya ödenmesi gerekir. Zira üçüncü kişilerdeki alacakların haczi icra müdürünün bu konudaki iradesini dışa yansıtmasıyla gerçekleşmekte ve üçüncü kişiye gönderilen ihbarname “haciz” değil, “muhafaza tedbiri” sayılmaktadır.⁶³ Başka bir deyişle, haciz işlemi ihbarname gönderilmeden önce gerçekleşmektedir.⁶⁴

6) Yasağın Davalara Etkisi

Belirtmek gerekir ki, “takip yasağı” adından da anlaşılacağı üzere sadece “takip”ler bakımından geçerlidir. Buna karşılık, konkordato mühleti içinde kural olarak borçluya karşı dava açılabilir.^{65,66} Bununla

⁶² Karş. Kale, Özet-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 21. Benzer bir tartışma borçlunun elinde haczedilen yahut üçüncü kişi nezdinde haczedilmekle birlikte borçluya verilmesi gereken para bakımından da yapılmaktadır. Bkz. Pekcanitez/Erdönmez, s. 100-101. Bu ihtimalde de prensip olarak borçlunun bu parayı konkordato komiserinin nezaretinde altında kullanabilmesi gerekir. Ancak, konkordatoya borçlunun mali durumunun iyileştirilmesi ve bu suretle borçlarını ödemesi için değil de, salt borçların tasfiyesi amacıyla başvurulmuş ise, nakit paranın komiserin nezaretinde dahi borçluya kullandırılmaması uygun olur (Pekcanitez/Erdönmez, s. 101).

⁶³ Kale, Özet-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 23.

⁶⁴ Pekcanitez/Erdönmez, s. 100.

⁶⁵ Postacıoğlu, Konkordato, s. 54; Kuru, İcra IV, s. 3659; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 789; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, C. II, 6. B., Ankara 2013, s. 1683. Dolayısıyla konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine itirazın iptali davası açılabilir veya daha önce açılmış bulunan itirazın iptali davasına devam edilebilir. Örneğin: “... (İ)tirazın iptaline dair dava açılmasından sonra davalıya konkordato mehli verilmesinin bu davanın görülmesine engel teşkil etmemesine...” 11. HD, 14.05.1990, 3647/3861 (e-uyar.com, e.t.: 14.07.2018).

⁶⁶ İİK m. 294 hükmü sevk edilirken kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’ndan büyük ölçüde yararlanılmıştır. Bununla birlikte İsviçre İİK m. 294/5’te konkordato mühleti içinde acele haller dışında hukuk davaları ile konkordato alacağına ilişkin

birlikte, bu noktada, “iflâs davası” üzerinde kısaca durmak gerekir. Zira iflâs davası icra takibinden bağımsız alelâde bir dava olmayıp, iflâs takibinin devamı olduğundan⁶⁷ bu davanın konkordato mühleti içinde açılmayacağı⁶⁸ yahut açılmış idi ise duracağı⁶⁹ kabul edilmektedir.⁷⁰

idari davaların da duracağı hükme bağlanmıştır. Anılan düzenleme 7101 sayılı Kanun’un Hükümet Tasarısında yer almasına karşın daha sonra ülkemizde davaların hâlihazırda uzun sürdüğü gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkartılmıştır. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf> (e.t.: 10.07.2018).

⁶⁷ Ansay, s. 340; Kuru, İcra IV, s. 3646; Altay/Eskiocak, s. 200; Serhat Sarısözen, 7101 sayılı Kanun Kapsamında İcra İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2018, s. 67; “... Davacı vekili, müvekkili kurumun davalı şirkete prim vs. alacağı bulunduğunu, bunun için yaptıkları iflâs yoluyla takiplerin kesinleştiğini ileri sürerek davalının iflâsına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili ise, müvekkiline icra tetkik mercince (icra mahkemesince) konkordato mehli verildiğini, bunun bekletici mesele sayılması gerektiğini bildirmiştir... İflâs davası da, iflâs takibinin bir devamı olduğundan konkordato mühletinden önce açılmış iflâs davalarının da durması gerekir...” 11. HD, 11.05.1989, 2450/3214 (Kuru, İcra IV, s. 3647). Aynı yönde: 11. HD, 28.09.1990, 5043/5858 (Uyar, İİK C. 12, s. 20275).

⁶⁸ Serdar Kale, Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017, s. 21. Sadece özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklar için değil, kamu alacakları için de iflâs davası açılmayacaktır. Örneğin: “...Konkordato mühleti içinde borçluya karşı kural olarak hiçbir icra ve iflas takibi yapılamaz (İİK m. 289). Her ne kadar İİK.’nun 289’uncu maddesinin son fıkrasında bazı alacaklar için bu kuralın uygulanmayacağı öngörülmüş ise de, davalı borçlunun aleyhine haciz yolu ile değil, iflas istemli bir takip yapıldığına göre, bu son fıkranın olayda uygulama olanağı yoktur. Başka bir deyişle, konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine icra takibi yapılamayacağı yasağı, iflâs takipleri için mutlaktır. Öte yandan, kamu alacakları için de ayrıca bir istisna tanınmamıştır. Davacı kurum borçlu aleyhine iflas istemli icra takibi yapıldığına ve iflas davası da, iflas takibinin bir devamı olduğundan konkordato mühletinden önce açılmış iflas davalarının da durması gerekir...” 11. HD, 11.05.1989, 2450/3214 (Altay/Eskiocak, s. 243).

⁶⁹ Durdurulan iflâs yargılamasına ne zaman devam edilebileceği konusunda bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, konkordato komiseri, konkordato mühleti içinde konkordato dosyasını ticaret mahkemesine tevdi (İİK m. 302, son f.) etmezse konkordato mühletinin bitmesinden sonra duran iflâs davalarına devam edilir. Buna karşılık, konkordato komiseri, konkordato dosyasını ticaret mahkemesine tevdi etmiş ve borçlu, iflâs davasını açan alacaklının alacağını kabul etmişse (İİK m. 300) iflâs davasının ticaret mahkemesinin konkordato hakkındaki kararına kadar bekletilmesi uygun olur. İflâs davasını açan alacaklının alacağının borçlu tarafından kabul edilmemesi (İİK m. 300, m. 308/b) durumunda ise konkordato mühleti bittikten sonra, alacaklı, iflâs davasına devam edilmesini isteyebilir. İflâs davasını gören mahkeme, iflâs davasını açan alacaklının alacağının mevcut olduğu kanısına varırsa, konkordatonun tasdik talebini inceleyen ticaret mahkemesinin konkordatonun tasdikine veya tasdiki talebinin reddine ilişkin kararının kesinleşmesinden önce, borçlunun iflâsına karar vermemelidir (Kuru, İcra IV, s. 3649-3650).

⁷⁰ Aynı şey konkordato mühletinin verildiği anda derdest olan doğrudan doğruya iflâs davaları bakımından da geçerli olup bu davalar da durur (Kuru, İcra IV, s.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre “konkordato mühleti içinde” iflâs kararı verilmişse, bu kararın geçersiz olduğunun bizzat kararı veren asliye ticaret mahkemesi tarafından tespiti talep edilmelidir; kararın kesinleşmesi dahi buna engel değildir. Bu görüşe göre, her ne kadar hâkimin verdiği kararı geri alması caiz değilse de, bu varsayımda söz konusu ilkeye istisna tanınmalıdır. Çünkü ortada hukuki sonuç doğurmeyen bir karar vardır ve hukuka aykırılığın giderilmesi için kanun yollarına başvurulması mümkün ise de zorunlu değildir.⁷¹ Kanımızca ticaret mahkemesinin vermiş olduğu kararı bu şekilde geri alması caiz değildir. Bu nedenle, böyle bir durumda, ilgililerin üst mahkemeye (kanun yoluna) başvurusu gerekir.

Konkordato mühletinin verilmesiyle derdest takiplerin duracağına yukarıda değinmiştik. Acaba duran bu takiplerin akıbeti ne olacaktır? Bu noktada İİK m. 308/ç, I üzerinde durmak gerekir. Bahsi geçen hükme göre, konkordatonun taraflar için bağlayıcı hale gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takipler vesilesiyle konulan ve fakat henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürür.^{72,73} Dikkat edilirse hükümden “haczin” düşeceğinden bahsedilmiş, duran takiplerin akıbeti hakkında ise herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, konu, 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de doktrinde tartışmalı idi. Bir görüşe göre, konkordatonun tasdikiyle sadece hacizler değil, takipler de düşer.⁷⁴ Diğer bir

3648; Altay/Eskiocak, s. 108). Zira bu davalarda verilecek iflâs kararı da takipli iflâs yolundaki iflâs kararı gibi borçlunun haczi kabil tüm malvarlığının tasfiyesine yol açabilir. Bu ise konkordatonun başarıya ulaşmasını neredeyse imkânsız hale getirir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 788.

⁷¹ Altay/Eskiocak, s. 197.

⁷² Söz konusu hüküm, 206'ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacakların rehnin kıymetini karşılayan kısmı ve 6183 sayılı Kanun kapsamındaki kamu alacakları hakkında uygulanmayacaktır (İİK m. 308/ç, II ve m. 308/c, III).

⁷³ Buna karşılık, mahcuz mal paraya çevrilmiş ise, alacaklı satış tutarından yararlanacaktır. Fakat satış tutarı alacaklının alacağını karşılamamış ise bakiye alacak da konkordato şartlarına tâbi olacaktır. Bkz. Postacıoğlu, Konkordato, s. 122; Altay/Eskiocak, s. 108.

⁷⁴ Postacıoğlu, Konkordato, s. 111; Gürdoğan, s. 206. Belirtmek gerekir ki, tasdik edilen konkordatonun daha sonra şu veya bu nedenle ortadan kalkması durumunda düşen hacizler canlanmaz. Zira burada esasen düşen sadece haciz değil, hacze önce gelen bütün takip işlemleridir. Bu nedenle, konkordato ileride herhangi bir nedenden dolayı ortadan kalktıktan sonra alacaklı haciz yoluna gitmek isterse yeniden takip başlatması ve borçluya yeni bir ödeme emri tebliğ edilmesi gerekir

görüşe göre ise, takipler düşmez; durmakta devam eder.⁷⁵ Kanımızca ikinci görüş isabetlidir. Zira Kanun'da takiplerin düşeceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, ileride borçlunun konkordato gereğince üzerine düşen borçları yerine getirmemesi durumunda alacaklılar konkordatonun feshini (İİK m. 308/e, m. 308/f) talep etmek zorunda olmaksızın takibin devamını isteyebilmelidir.⁷⁶

Yukarıda ifade edildiği üzere, takip yasağı ticaret mahkemesinin konkordato mühleti vermesiyle başlamaktadır. Konkordato mühleti verilmesiyle başlayan bu yasağın içinde borçlunun mali bakımdan iyileşmesi, mühletin mahkeme kararıyla kaldırılması, borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması, konkordatonun başarıya ulaşamayacağına anlaşılması, mühletin dolması gibi sebeplerle ortadan kalkar.

Öte yandan, konkordato projesinde konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale geleceği kararlaştırılmışsa mühletin etkileri -Kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla- bu kararın kesinleşme tarihine kadar devam edecektir (İİK m. 308/c,I). Dolayısıyla takip yasağı da bu tarihe kadar sürecektir. Böyle bir durumda az önce belirtildiği üzere mühletten önce başlatılmış takipler durmakta devam edecektir.

II. İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ KARARLARI UYGULANAMAZ

Konkordato mühletinin verilmesi takip yapılmasının yanı sıra ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz⁷⁷ kararlarının uygulanmasını da engellemektedir. Bu husus İİK m. 294, I'de "Mühlet içinde... ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz" denilerek açıkça hükme bağ-

(Postacıoğlu, Konkordato, s. 121).

⁷⁵ Bkz. Kuru, El Kitabı, s. 1514; Kuru, İcra IV, s. 3804; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 812 Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 12.

⁷⁶ Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C., Şerh III, s. 4685.

⁷⁷ 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun'un 71. maddesi ile yapılan değişiklik ile mühlet içinde ihtiyati haczin uygulanamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu değişiklikten önce bu konuda gerek doktrinde gerekse yargı içtihatlarında farklı yönde görüşler ileri sürülmüştü. Bu konuda bkz. Ansay, s. 343; Belgesay, s. 500; Postacıoğlu, Konkordato, s. 55-57; Gürdoğan, s. 174; Buruloğlu/Reyna, s. 30-31; Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 257-259.

lanmıştır. Dikkat edilmelidir ki, ilgili hükümde mühlet içinde ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararı “verilememesinden” değil, verilen kararların “uygulanamamasından” bahsedilmektedir.

7101 sayılı Kanun ile İİK’de yapılan değişiklikten önce konkordato mühleti içinde sadece “ihtiyati haciz” kararlarının uygulanamayacağından bahsedilmekte idi⁷⁸ ve bu nedenle konkordato mühlet içinde “ihtiyati tedbir” kararlarının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görüş birliği sağlanamamıştı.⁷⁹ 7101 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte gerek “ihtiyati haciz” gerekse “ihtiyati tedbir” kararlarının uygulanamayacağından açıkça bahsedilmek suretiyle bu konuda yaşanan tartışmalara da son verilmiştir. Konkordato mühleti içinde ihtiyati tedbir kararlarının uygulanması da konkordatonun başarıya ulaşmasını olumsuz yönde etkileyebileceğinden kanımızca söz konusu değişiklik ile kabul edilen bu düzenleme isabetli olmuştur.⁸⁰

Yasağa rağmen ihtiyati haciz yahut ihtiyati tedbir kararı uygulanırsa uygulanan tedbirler geçersiz (batıl) olacaktır.⁸¹

Bilindiği üzere, sadece kişisel haklara ilişkin olarak değil, aynı hakların korunmasına ve elde edilmesine yönelik davalar bakımından da ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Ancak aynı haklara ilişkin davalar konkordato mühletinden etkilenmediğinden İİK m. 294/1 hükmü bu tip davalar bakımından uygulanmayacaktır.⁸² Söz gelimi, tapu iptal ve tescil davasında alınan ihtiyati tedbir kararı uygulanarak taşınmazın devri engellenebilmelidir. Buna karşılık, örneğin bir satım sözleşmesinden kaynaklanan taşınır alacağı için ihtiyati tedbir kararı uygulanamayacaktır.

⁷⁸ Bkz. İİK m. 289, I

⁷⁹ Örneğin bkz. Ansay, s. 343; Postacıoğlu, Konkordato, s. 57-58; Kuru, İcra IV, s. 3634-3635; Buruloğlu/Reyna, s. 30-31.

⁸⁰ Kaynak İsvİİK’nin (İİK m. 294’e denk gelen) 297. maddesinde “ihtiyati tedbir” kavramı yerine “diğer geçici hukuki himaye tedbirlerinden” bahsedilerek yasağın sınırları hukukumuzda nazaran çok daha geniş biçimde çizilmiş ve borçlu mallarının defterinin tutulması (İİK m. 162), iflâs talebi üzerine mahkeme tarafından alınması zorunlu görülen muhafaza tedbirleri (İİK m. 159), kiralayanın sahip olduğu hapis hakkının korunması için defter tutulması (İİK m. 270) gibi tedbirler doktrinde diğer geçici hukuki himaye tedbirlerine örnek gösterilmiştir. Bkz. ve karşı. Hunkeler, s. 1428; Kren Kostkiewicz, Kitap, s. 449.

⁸¹ Bkz. yuk. dn. 37 civarı. Karş. Pekcanitez/Erdönmez, s. 94.

⁸² Altay/Eskiocak, s. 198-199.

İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmayacağına ilişkin yasak sadece konkordato mühletinden etkilenen alacaklar bakımından geçerli olup, mühlet içinde konkordato komiserinin izniyle akdedilen sözleşmelerden doğan alacaklar ile 294 üncü maddenin ikinci fıkrasında istisna tutulan alacaklar bakımından ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararları uygulanabilecektir.⁸³

III. ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELER İŞLEMEZ

Konkordato mühleti verilmesinin bir diğer etkisi ise konkordato mühleti verilmesiyle bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesidir (İİK m. 294, I). Bununla kastedilen zamanaşımı süresinin durması, hak düşürücü sürenin ise korunmasıdır.

Konkordato mühleti içinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi her şeyden önce alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.⁸⁴ Gerçekten de bir yandan alacaklıların takip yapması kanun hükmü ile yasaklanırken diğer yandan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işleyeceğinin kabul edilmesi kendi içinde çelişki teşkil ederdi. Maddede geçen hak düşürücü süreler kanun yoluna (istinaf, temyiz) başvuru süreleri ile tasarrufun iptali davası açma için öngörülmuş bulunan süreler (İİK m. 284) örnek gösterilebilir. Buna karşılık, konkordato mühleti içinde yapılmasına cevaz verilen işlemler için söz konusu kural uygulanmayacak ve ilgili süreler işlemeye devam edecektir. Meselâ, konkordato mühleti içinde mahcuz malın satışı talep edilebileceğinden, satış isteme süresi durmayacaktır. Böyle bir durumda satış talebi tutanağa geçirilecek ve fakat satış işlemi gerçekleştirilmeyecektir.⁸⁵

Zamanaşımının yahut hak düşürücü sürelerin işlememesi konkordato mühleti ile sınırlı olduğundan, takip konusu alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı belirlenirken konkordato mühleti bakiye zamanaşımı süresine ve hak düşürücü süreye ilave edilecektir.⁸⁶

⁸³ Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 14.

⁸⁴ Hunkeler, s. 1435.

⁸⁵ Bkz. Hunkeler, s. 1435.

⁸⁶ Karş. Kuru, İcra IV, s. 3645; Altay/Eskiocak, s. 208. "... Senetlerin vadeleri ile konkordato mehil süresi ve 14.06.1976 olan takip tarihi nazara alınarak takip konusu muhtelif vadeleri senetlerden hangilerinin zamanaşımına uğradığı tespit edilip

Doktrinde hükmün lafzının mutlaklığına dikkat çekilerek dava açma imkânının bulunduğu ve bu suretle zamanaşımını kesmenin mümkün olduğu hallerde dahi hak düşürücü süreler ile zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceği ifade edilmiştir.⁸⁷

IV. FAİZ İŞLEMESİ DURUR

Konkordato mühletinin verilmesinin faizlere etkisi İİK m. 294, III'te düzenlenmiştir. Buna göre, tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur.

Bu düzenleme ile de bir yandan borçluya kendini toparlama imkânı verilmek istenmiş, öte yandan faizlerin işlemeye devam etmesi durumunda alacak çoğunluğunu belirleyecek olan konkordato komiserinin hesap yaparken karşılaşıcağı muhtemel güçlüklerin önüne geçilmiştir.⁸⁸

Kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere konkordato mühletinin verilmesi ile faiz işlemesi her halükârda duracak değildir. Kanun koyucu faiz işlemesinin durup durmayacağını borçlu ile alacaklıların takdirine bırakmıştır. Başka bir deyişle, konkordato mühleti verilmesine rağmen faizlerin işlemeye devam edeceği kararlaştırılabilir. Öte yandan, Kanunda rehinle temin edilmiş alacaklar istisna tutulduğundan rehinle temin edilmiş alacaklar bakımından kural olarak konkordato mühleti içinde de faiz işlemeye devam edecektir.⁸⁹

Borçlunun borcu için üçüncü kişinin rehin göstermesi durumunda borç ödenmez ve bu nedenle rehin paraya çevrilirse, rehin sahibi üçüncü kişi, borçluya rücu edebilecektir. Ayrıca rehinle temin edilmiş ise rücu alacağı için de faiz işlemeyecektir.⁹⁰

Yukarıda da belirtildiği gibi, rehinle temin edilmemiş olan alacaklar bakımından kural olarak konkordato mühleti boyunca faiz işleme-

sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..." 12. HD, 14.12.1976, 11016/12696 (Uyar, İİK C. 12, s. 20282).

⁸⁷ Postacıoğlu, Konkordato, s. 53.

⁸⁸ Sema Taşpınar, "Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler", *BATİDER*, 2003/2, s. 65.

⁸⁹ Fakat bkz. İİK m. 308/h, III

⁹⁰ Hunkeler, s. 1435.

yecektir. Ancak, konkordato prosedürü ileride -tasdik dışında- sona ererse faizlerin işlenmesi konkordato prosedürünün başarıya ulaşması maksadıyla durdurulduğundan faizlerin geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) hesaplanması gerekir.⁹¹

V. TAKAS HAKKININ KULLANIMI SINIRLANIR

Prensip olarak konkordato mühleti içinde de takas hakkı kullanılabilir. Bununla birlikte takas hakkının kullanımı bir takım sınırlamalara tâbi tutulmuştur. İİK m. 294, III uyarınca takas hakkının konkordato mühleti içinde kullanılması İİK m. 200 ve 201 nci maddelerdeki koşullar çerçevesinde mümkün olduğu belirtilerek iflâsta takasa ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır.⁹² Söz konusu maddelerin uygulanmasında geçici mühletin ilân edildiği tarih (İİK m. 288) esas alınacaktır. Bu itibarla, alacaklı, geçici mühletin ilânından sonra kendisine mühlet verilen borçlunun alacaklısı olursa ya da alacaklı geçici mühletin ilân tarihinden sonra borçlu sıfatını iktisap ederse ve alacaklının alacağı hamiline yazılı bir senetten doğmaktaysa takas yapılamayacaktır. Keza anonim, limited ve kooperatif ortaklıkların konkordato mühleti alması durumunda esas sözleşme gereğince verilmesi lazım gelen pay senedi bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısımları veya konması taahhüt edilen ve fakat konmamış olan sermayeler, bu şirketlerin borçlarıyla takas edilemez (İİK m. 200/2).

İsviçre hukukunda ise takasın geçerli olup olmadığı daha evvel konkordatonun ilân edildiği tarihe göre belirlenmekteyken 2013 yılında yapılan değişiklikle mühletin verildiği tarih esas alınmaya başlanmıştır.⁹³ Kanımızca da takasın caiz olup olmadığı belirlenirken konkordatonun ilân tarihi değil, mühlet tarihinin esas alınması alacaklıların haklarının korunması bakımından daha doğru olacaktır.

Nihayet, takas hakkının kullanımı diğer alacaklıların durumunu da etkilediğinden, konkordato mühleti verilen borçlunun alacaklısı, geçici mühletin ilânından önce borçlunun aciz halinde bulunduğunu bilerek kendisine veya üçüncü bir kişiye takas suretiyle menfaat temin

⁹¹ Hunkeler, s. 1436; Kale, Kitap, s. 23; Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No.15.

⁹² İflâsta takasın şartları için bkz. Hamide Özden Özkaya Ferendeci, İflâs Hukukunda Takas, İstanbul 2013, s. 95 vd.

⁹³ Pekcanitez/Erdönmez, s. 97, dn. 201.

etmek için borçluya karşı bir alacak ihdas etmiş idi ise takasa itiraz davası açılabilecektir (İİK m. 294, IV; m. 201).

VI. MÜSTAKBEL ALACAĞIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMSÜZ HÂLE GELİR

Konun koyucu konkordato prosedürü çerçevesinde alacaklıların korunması amacıyla müstakbel alacakların devrine ilişkin sözleşmele- re de bir takım sınırlamalar getirilmiştir. İİK m. 294, VI uyarınca konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise bu devir hükümsüzdür.

Kanunun gerekçesinde; bu düzenleme ile elde edilmek istenen amaca tasarrufun iptali davası (İİK m. 277-284) ile de ulaşılabileceği, bununla birlikte, anılan davanın şartlarının pek çok olayda gerçekleşmeyebileceği dikkate alınarak böyle bir kuralın sevk edildiği ifade edilmiştir.

Maddede (İİK m. 294, IV) geçen “müstakbel alacak”tan kasıt devredildiği anda henüz hazır olmayan ve fakat ileride doğacak alacaklardır.⁹⁴

Söz gelimi, borçlu kazanmış olduğu ihaleden doğan alacağını alacaklısına devretmesinden (TBK m. 183 vd.) sonra konkordato mühleti almışsa, konkordato mühleti verilmesinden sonra borçlunun ihalenin konusu olan işleri yapmasından doğacak alacakların devri hükümsüz sayılacaktır.⁹⁵

Borçlu tarafından devredilen alacak mühlet verildikten sonra doğarsa devir sözleşmesi geçersiz olacak; sözleşmeye konu edilen alacak devralan alacaklıya değil, borçluya ait sayılacak ve konkordatoya onay veren alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis edilecektir. Buna karşılık, alacak, konkordato mühletinin verilmesinden sonra muaccel hale gelirse devir geçerliliğini koruyacaktır. Dolayısıyla devralınan alacak konkordato kapsamına girmeyecektir.

Şu halde, müstakbel alacağın devrini konu alan sözleşmenin geçerli olup olmayacağı konkordato mühletinin verildiği tarih ile alacağın

⁹⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Ankara 2017, s. 1259.

⁹⁵ Sarısözen, s. 68.

doğum⁹⁶ tarihinin karşılaştırılması suretiyle belirlenecektir. Alacağın ne zaman doğduğunun tespiti için Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre alacağın doğumuna yol açan hukuki ilişkinin incelenmesi gerekir.⁹⁷

Şayet konkordato mühleti bitmeden mali açıdan iyileşme gerçekleşirse ve bu nedenle konkordato mühleti kaldırılırsa mühletin verilmesinden önce akdedilen devir sözleşmesi yeni doğacak alacaklar bakımından tekrar geçerlilik kazanır. Meğerki devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olsun.⁹⁸

Konkordato mühleti verilen borçlu ile alacaklı devir sözleşmesine bir hüküm koymak suretiyle sözleşmenin, müstakbel alacağın, konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması durumunda dahi geçerli olacağını kararlaştıramazlar. Çünkü İİK m. 294, VI hükmü emredici mahiyette olup maddi hukuk hükümlerinden önce gelir.⁹⁹

Müstakbel alacakların devrine kısıtlama getiren bu hüküm esasen mali açıdan iyileşmenin gerçekleşmesini kolaylaştırmaktadır.¹⁰⁰ Zira böylelikle borçlu müstakbel alacakların devrinin geçerliliğinden kurtulmakta ve konkordato mühleti içinde likiditeye kavuşmaktadır. Bahsi geçen hükmün uygulanması bakımından müstakbel alacağın hangi amaçla devredildiğinin bir önemi yoktur.¹⁰¹

Doktrinde bir görüşe göre, konkordatonun başarıyla ulaşmasını kolaylaştırmak için kabul edilen bu hüküm alacağı devralan kişiler bakımından ciddi bir risk teşkil etmektedir.¹⁰²

VII. KONUSU PARA OLMAYAN ALACAKLAR PARA ALACAĞINA ÇEVİRİLEBİLİR

Bilindiği üzere iflâta konusu para olmayan alacaklar ona eş kıymette para alacağına çevrilir.¹⁰³ İİK m. 294, VII hükmü ile konkorda-

⁹⁶ Dikkat edilmelidir ki, İİK m. 294, f. 6'nın uygulanması bakımından önemli olan alacağın "muaccel olduğu tarih" değil, "doğduğu tarih"tir (Hunkeler, s. 1429).

⁹⁷ Pekcanitez/Erdönmez, s. 102.

⁹⁸ Hunkeler, s. 1430.

⁹⁹ Hunkeler, s. 1430.

¹⁰⁰ Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 25.

¹⁰¹ Hunkeler, s. 1429.

¹⁰² Altay/Eskiocak, s. 110.

¹⁰³ Bkz. İİK m. 198, I

to açısından da benzer bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, konusu para olmayan alacaklar, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komiserine bildirilir. Borçlu, komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını üstlenmekte serbesttir.

Konusu para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesine cevaz veren bu hükümle bir yandan alacaklılar arasında eşitliği sağlamak¹⁰⁴ öte yandan konkordatonun başarı şansını artırmak amaçlanmıştır. Gerçekten de, söz konusu düzenleme sayesinde borçlu kendisi açısından “aynen” ifası uygun olmayan borcunu para olarak ifa etme imkânına kavuşmaktadır.

Şüphesiz paraya çevirme konusunda yaşanabilecek uyuşmazlık alacaklı tarafından bildirilen meblağa ilişkin olacaktır. İflâs prosedüründe iflâs idaresi böyle bir durumla karşılaştığında söz konusu meblağın bir kısmını reddedebilecek ve alacaklı da buna karşı mahkemede dava açabilecektir. Konkordatoda ise alacağı çekişmeli hale getirecek olan borçludur. Borçlunun şu veya bu sebeple buna yanaşmaması durumunda ise komiser bu hâli raporunda belirtir ve diğer alacaklılar bunu mahkemede ileri sürebilirler. Hukukumuzdaki düzenleme bazı alacaklıların borçlu ile diğer alacaklıların zararına anlaşmalarına ve böylelikle konkordatonun kabulü için gerekli çoğunluğun sun’i olarak sağlanmasını kolaylaştırabilir. Bu nedenle, konusu para olmayan alacakların alacaklı tarafından değil de, aynı anda hem borçlunun hem de alacaklıların menfaatlerini gözetmekle yükümlü olan¹⁰⁵ konkordato komiseri tarafından paraya çevrileceğinin kabul edilmesi daha doğru olurdu.¹⁰⁶

İsviçre hukukunda -hukukumuzdan farklı olarak- borç konusunun değişimi ancak konkordato komiserinin¹⁰⁷ karşı tarafa yaptığı bildirimle gerçekleşmektedir. Konkordato komiseri borçlunun borcun aynen ifa edip etmeyeceğine ya da alacaklının alacağına konkordato şartlarına tâbi bir para alacağı olarak ödenip ödenmeyeceğine karar vermektedir. Hukukumuzda ise aynen ifa konkordato komiserinin

¹⁰⁴ Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 28.

¹⁰⁵ Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 155.

¹⁰⁶ Pekcanitez/Erdönmez, s. 104.

¹⁰⁷ Konkordato komiserinin görevleri hakkında geniş bilgi için bkz. Tanrıver, Komiser, s. 163 vd.

onayına tâbi tutulduğundan borçlu bu onayı almaksızın aynen ifayı taahhüt ederse, konkordato komiseri, mahkemeden, konkordato mühletinin kaldırılmasını isteyebilecektir.¹⁰⁸

İsviçre hukuk doktrininde konusu para olmayan alacak paraya çevrilirken esas alınacak kriterin alacaklının ifaya yönelik menfaati olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁹

SONUÇ

Ulaştığımız sonuçları aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Kanun değişikliğine gidilirken konkordato mühleti boyunca ce-reyan eden takip yasağı bağlamında tartışma konusu olan kira ilişkisine istinaden başlatılan takiplerin durumunun açıklığa kavuşturulması uygun olurdu. Bu itibarla olması gereken hukuk bakımından bir yandan işletme olarak kullanılan taşınmazların konkordato mühleti boyunca takip yoluyla tahliyesinin istenemeyeceğine diğer yandan kiralayanın (alacaklının) aynı zaman zarfında işleyecek kira alacağının güvence altına alınmasına ilişkin bir kural sevk edilmesi kanımızca uygun olurdu.
- İİK m. 294, I'de konkordato mühleti içinde gerek ihtiyati haciz gerekse ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmayacağına açıkça hükme bağlanması suretiyle bu konuda geçmiş dönemde gerek doktrin gerekse yargı kararlarında yaşanan tartışmalara son verilmesi isabetli olmuştur. Ancak bu düzenleme sevk edilirken kaynak İsvİİK'de olduğu gibi konkordato mühleti boyunca ihtiyati haciz ve "diğer geçici hukuki himaye tedbirleri"nin uygulanmayacağına hükme bağlanması konkordatonun başarıya ulaşmasına daha fazla katkı sağlayabilirdi.
- 206 ncı maddenin birinci sırasındaki alacaklar bakımından imtiyazlı alacaklar için yapılacak takiplerde bir yıllık sürenin başlangıcının takasta olduğu gibi açıkça düzenlenmesi kanımızca daha doğru olurdu.
- Konusu para olmayan alacakların paraya çevrilmesi yetkisinin

¹⁰⁸ Karş. Kale, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 28.

¹⁰⁹ Hunkeler, s. 1438-1439.

alacaklıya değil, kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörüldüğü gibi konkordato komiserine verilmesi konkordatonun başarı şansını daha da artırabilirdi.

- İsviçre'den esinlenilerek Tasarıda yer verilen konkordatoya tâbi alacaklılara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarının mühlet içinde durmasına ilişkin hükümlerin daha sonra Tasarıdan çıkartılması kanımızca doğru olmamıştır.

Kaynakça

- Akbulak Yavuz, İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler, *LHD*, S. 184, Nisan 2018, s. 1691 vd.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. B., Ankara 1960
- Belgesay Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 1955.
- Budak Ali Cem, Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 69 vd.
- Budak Ali/Tunç Yücel Müjgan, İflâs, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Değişiklikleri, *MİHDER*, 2015/2, s. 19 vd.
- Buruloğlu Enver/Reyna Yuda, Konkordato Hukuku ve Tatbikat, İstanbul 1968.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Ankara 2017.
- Eroğlu Orhan, Uygulamada Konkordato, Ankara 2018.
- Gürdoğan Burhan, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966.
- Hunkeler Daniel, Kurzkomentar SchKG, Basel 2014.
- Kale Serdar, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bakış, *MÜHFD*, 2017/2, s. 160 vd., (Kale, Makale).
- Kale Serdar, Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017.
- Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. B., 2014, (Kren Kostkiewicz, Kitap).
- Kren Kostkiewicz, Jolanta: SchKG Kommentar, 19. B., 2016, (Kren Kostkiewicz, Şerh).
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, (Kuru, El Kitabı).
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, Ankara 1997, (Kuru, İcra IV).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, C. II, 6. B., Ankara 2013.
- Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Kale Serdar/Öztek Selçuk, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. B., Ankara 2018.

- Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- Postacıoğlu İlhan, İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul 1982.
- Postacıoğlu İlhan, Konkordato Hukuku, 2. B., İstanbul 1965, (Postacıoğlu, Konkordato).
- Sarısözen Serhat, 7101 sayılı Kanun Kapsamında İcra İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2018.
- Spühler Karl/Dolge Anette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 6. B., 2014.
- Studer Josef/Zöbeli Markus, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. B., 2015.
- Tanrıver Süha, Konkordato Komiseri, Ankara 1993.
- Tanrıver Süha/Deynekli Adnan, Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996.
- Taşpınar Sema, Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, 2003/2, s. 49 vd.)
- Uyar Talih, "Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri", İBD 2018/4, s. 15 vd.
- Uyar Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 12, 2. B., Ankara 2009, (Uyar, İİK C. 12).
- Üstündağ Saim, İcra Hukuku, 8. B., İstanbul 2004, (Üstündağ, İcra).
- Üstündağ Saim, İflâs Hukuku, 8. B., İstanbul 2009, (Üstündağ, İflâs).
- Yıldırım Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. B., İstanbul 2016.
- Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1. B., Ankara 2016.

FİİLİ TAKSİM HALİNDE YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMAYACAĞI YÖNÜNDEKİ YARGITAY UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESSMENT OF THE JURISPRUDENCE OF TURKISH COURT OF CASSATION REGARDING NON-EXERCISABILITY OF THE RIGHT OF PREEMPTION IN CASE OF DE FACTO DIVISION

Ş. Barış ÖZÇELİK*

Özet: Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihadına göre, paylı mülkiyete tâbi olup, fiilen taksim edilmiş taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye devretmesi karşısında, diğer bir paydaşın yasal önalım hakkını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Bu çalışmada, söz konusu içtihat, yasal önalım hakkının amacı ve mevzuatta meydana gelen bazı değişiklikler çerçevesinde incelenmiştir. Söz konusu inceleme, Yüksek Mahkeme'nin, en azından paylı mülkiyete tâbi tarımsal taşınmazlar bakımından, içtihadını gözden geçirmesi gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Fiili Taksim, Eylemlı Paylaşma, Yasal Önalım Hakkı, Şuf'a Hakkı, Paylı Mülkiyet, Hakkın Kötüye Kullanılması

Abstract: According to the settled case law of the Turkish Court of Cassation in co-owned immovables subject to de facto division, where one of the co-owners has transferred his share to a third party, the exercise of the right of preemption by another co-owner amounts to an abuse of right. This article analyses the said jurisprudence considering the aim of the right of preemption as well as recent developments in legislation. The analysis shows that the Court of Cassation should review its jurisprudence at least as regards co-owned agricultural immovables.

Keywords: De Facto Division, Right of Preemption, Co-Ownership, Abuse of Rights

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, bozcelik@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3666-8366, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.09.2018, Kabul Tarihi: 21.09.2018

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 732 vd. maddelerinde düzenlenen yasal önalım (şuf'a) hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarından biridir. Söz konusu hak, paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını kısmen veya tamamen, paydaşlar dışında bir kimseye satması halinde, diğer paydaşlara, aynı şartlarla payın alıcısı olma yetkisi veren, dava yoluyla kullanılan (TMK 734/I) bir haktır.¹

Yasal önalım hakkının doğması için payın iradî olarak üçüncü kişiye satılması veya satışa eşdeğer bir işleme konu edilmesi gerekir. Bu nedenle, payın cebri artırılmayla satış (TMK 733/I), bağışlama, trampa, miras, kamulaştırma gibi yollarla el değıştirmesi halinde yasal önalım hakkı doğmaz.² Ayrıca 27.3.1957 tarihli ve 1956/12 E., 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı³ uyarınca, ortada şeklen bir satış sözleşmesi bulunsa dahi, payın gerçekte miras hukukuna ilişkin sebeplerle veya bağışlama maksadıyla devredildiği hallerde de yasal önalım hakkı kullanılmamaktadır.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihadına göre, önalım hakkının kullanılmayacağı bir diğer durum da paylı mülkiyete tâbi taşınmazın, paydaşlar arasında fiilen taksim edilmiş (bölünmüş) olmasıdır. Uygulamada "fiili taksim" veya "eylemlı paylaşma" olarak adlandırılan bu durum, Medenî Kanun'un yasal önalım hakkına ilişkin düzenlemelerinde, anılan hakkın kullanılması bakımından açıkça öngörölmüş bir engel değildir. Bununla birlikte Yargıtay, paydaşlar arasında fiilen taksim edilmiş taşınmazlarda, bir payın üçüncü kişiye devredilmesi karşısında yasal önalım hakkının ileri sürölmesinin dürüstlük kuralına

¹ Önalım hakkına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Feyzi N. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959, s. 4 vd.; Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659), İstanbul 1994, s. 2 vd.; V. Umut Erkan, Türk Medenî Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. Md. 732,733,734), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006, s. 3 vd.; Fikret Eren, "Türk Medenî Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 103; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016, s. 554 N. 1956; A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2017, s. 420; Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

² Bkz. Eren, s. 114 vd.; Sirmen, s. 420- 421; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 538 N. 1919 vd.

³ RG, 21.8.1957.

aykırı olduğu gerekçesiyle, söz konusu hakkın kullanılmayacağına hükmetmektedir.

Bu çalışmanın konusu, Yargıtay'ın uzun sayılabilecek bir zamandır süregelen bu uygulamasının, özellikle yasal önalım hakkının amacı ve ilgili mevzuatta meydana gelen bazı gelişmeler çerçevesinde değerlendirilmesidir.

A- YARGITAY UYGULAMASINA GÖRE FİİLÎ TAKSİMİN ŞARTLARI VE YASAL ÖNALIM HAKKI BAKIMINDAN ETKİSİ

I. Fiilî Taksimin Şartları

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında genellikle benimsenen tanıma göre fiilî taksim, *“yasal ön alım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur”*.⁴ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay, fiilî taksimden söz edebilmek için, üç şartın varlığını aramaktadır:⁵

Her şeyden önce, yasal ön alım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmaz var olmalıdır. Şüphesiz, söz konusu taşınmaz, ancak paylı mülkiyete tâbi bir taşınmaz olabilir. Medenî Kanunumuzda, birlikte mülkiyetin diğer türü olarak düzenlenen elbirliği mülkiyetinde (TMK 701 vd.), pay kavramına yer olmadığından, payın devrinden ve dolayısıyla böyle bir devir karşısında önalım hakkının kullanılmasından söz etmek mümkün değildir. Aynı şekilde, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun (KMK) 8. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş taşınmazlarda da, kat irtifakının bağlandığı arsa payının veya bağımsız bölüm mülkiyetinin devri halinde, diğer kat irtifakı sahiplerinin veya bağımsız bölüm maliklerinin yasal önalım hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, bizzat bağımsız bölümün paylı mülkiyete tâbi olması ve paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlar, yasal önalım hakkını kullanabilirler (KMK 8/II). Öte yandan, bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olup, tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bulunan bir

⁴ Bkz. yuk. dn. 1'de anılan HGK kararı.

⁵ Bkz. yuk. dn. 1'de belirtilen HGK kararı.

üst hakkı da taşınmaz hükümlerine tâbi olduğundan, paylı olarak birden çok kimseye ait olan bir üst hakkının paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, diğery paydaşlar yasal önalım hakkını kullanabilir.⁶

Yargıtay'a göre, fiili taksimın söz konusu olabilmesi için ikinci şart, paylı mülkiyete tâbi taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmiş olmasıdır. Şüphesiz burada taksimle, yalnızca fiilî bir bölünme kastedilmektedir. Zira taşınmazın hukuken de bölünerek parsellere ayrılması durumunda, her bir parsel bir paydaş adına tescil edilmekle paylı mülkiyet sona ermiş olacağından, yasal önalım hakkı söz konusu olamaz. Bu çerçevede, taşınmazın fiilen paylaşılması (taksim edilmesi), arazinin yatay olarak bölünmesi şeklinde olabileceği gibi, arazi üzerinde mevcut bir yapının yatay veya dikey olarak kısımlara ayrılması şeklinde de olabilir. Buna karşılık, paydaşlar taşınmazı fiilen bölüşmeksizin hep birlikte bizzat kullanıyorlarsa veya üçüncü kişiye kiraya vermişlerse, fiilî taksimden söz etmek mümkün değildir.

Yargıtay'ın fiilî taksimden söz edebilmek için varlığını aradığı üçüncü ve en önemli şart ise, taşınmazın taksimi sonucunda ortaya çıkan bölümlerin, paydaşlara özgülenmiş olmasıdır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin kararlarındaki genel eğilim, özellikle çok sayıda paydaşı bulunan taşınmazlarda, her paydaşa özgülenmiş bir bölümün bulunmasının şart olmadığı; payını devreden paydaş ile önalım hakkını kullanan (davacı) paydaşa özgülenmiş birer kısmın olmasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir.⁷ Bu doğrultuda Yargıtay, fiilî taksim olgusunun varlığının kabul edilebilmesi için, önalım davasının tarafları dışındaki paydaşların kullandığı belirli bir yerin bulunup bulunmadığının ya da tarafların taşınmazın yüzölçümü bakımından paylarına tam olarak denk gelecek kadar bir kısmı kullanıp kullanmadığının araştırılmasına gerek görmemektedir.⁸ Buna karşılık, taşınmaz

⁶ Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD, T. 21.1.2008 E. 2007/13277 K. 2008/323 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T: 31.8.2018); BasK/Rey/Strebel, Art. 682 N. 8 vd.; OFK/von Fischer Lehmann, Art. 682 N. 2.

⁷ Örnek olarak bkz. Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/296, K. 2018/860; Yarg. 14. HD, T. 16.1.2018, E. 2017/2176, K. 2018/316; Yarg. 14. HD, T. 22.12.2016, E. 2015/6177, K. 2016/10816; Yarg. 14. HD, T. 8.2.2016, E. 2014/16744, K. 2016/1508; (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018)

⁸ Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/296, K. 2018/860 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T: 31.8.2018).

fiilen taksim edilmiş olmakla birlikte, önalım davasına konu olan paya özgülenmiş bir kısmın bulunmadığı hallerde, salt fiilî taksimin, yasal önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.⁹

II. Fiilî Taksimin Yasal Önalım Hakkı Bakımından Etkisi

Yargıtay uygulamasına göre, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazda, yukarıda ele alınan şartlar çerçevesinde fiilî taksimin varlığı halinde, yasal önalım hakkı kullanılamaz. Yüksek Mahkeme bu sonucu, belirtilen durumda söz konusu hakkın kullanılmasının, “dürüst davranma kuralına” (TMK 2) aykırı olduğu gerekçesine dayandırmaktadır. Yargıtay’a göre, fiilî taksimin varlığı halinde yasal önalım hakkının kullanılmasını dürüstlük kuralına aykırı kılan husus, devir öncesinde, fiilî taksim anlaşmasına uygun hareket edip, payını devreden paydaşa özgülenen kısımda herhangi bir hak iddia etmeyen bir paydaşın, daha sonra ilgili payın devri üzerine önalım hakkını kullanmasıdır.¹⁰ Buradan hareketle, Yargıtay’ın, yukarıda belirtilen şartlar altında, fiilen bölünmüş bir taşınmazda, yasal önalım hakkının ileri sürülmesini çelişkili bir davranış olarak gördüğünü ve böylece bu durumu hakkın kötüye kullanılması (TMK 2/II) olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür.¹¹

Yargıtay’ın fiilî taksimi yasal önalım hakkını engelleyen bir olgu olarak kabul eden uygulaması açısından dikkat çekici bir diğer nokta, taşınmazın niteliği, özgüleme amacı gibi açılardan herhangi bir ayırım yapılmamasıdır. Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkeme, paylı taşınmazın bir arsa veya arazi olması ya da üzerinde yapı bulunup bulunmaması arasında herhangi bir fark gözetmemekte, fiilen taksim edilmiş

⁹ Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

¹⁰ Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yarg. HGK, T. 9.11.2016, E. 2014/14-1343, K. 2016/1036 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

¹¹ Türk Medenî Kanunu’nun 2. maddesi anlamında dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağı kavramları ve bu kavramların birbirleriyle ilişkileri konusunda çeşitli yaklaşımlar için bkz. Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 277 N. 9 vd.; ayrıca bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017, s. 272 N. 872 vd.

her türlü taşınmazda, paylardan birinin devri karşısında, yasal önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmektedir.

Yargıtay'a göre, dava yoluyla yasal önalım hakkının kullanılması karşısında, taşınmazda fiilî taksim bulunduğu savunmasını ileri süren davalı, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Davalı söz konusu iddiasını, tanık dâhil her türlü delille kanıtlayabilir.¹²

Yine Yargıtay, fiilî taksim savunmasının, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğini¹³ ve mahkemenin de bu durumu re'sen dikkate alabileceğini kabul etmektedir.¹⁴

B- UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay, fiilî taksimi yasal önalım hakkının kullanılmasına engel bir olgu olarak gören uygulamasını, uzunca bir zamandır sürdürmektedir. Söz konusu uygulamayı yansıtan ve ulaşılabilen en eski Hukuk Genel Kurulu kararının tarihi 7.2.1988;¹⁵ yine aynı yönde ve ulaşılabilen en eski özel daire kararının tarihi ise 17.3.1987'dir.¹⁶ Bununla birlikte, somut olayda yasal önalım hakkının kullanılmamasını farklı sebeplere dayandıran 1981 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına karşı oy yazısında, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin uygulamasının 1980 yılından beri fiilî taksimin varlığı halinde yasal önalım hakkının kullanılamayacağı yönünde olduğu ifade edilmiştir.¹⁷ Dolayısıyla, Yargıtay'ın sözü edilen uygulamasının, bu çalışmanın kaleme alındığı an itibariyle en az otuz sekiz yıldır varlığını sürdüren, istikrar kazanmış bir uygulama olduğunu tespit etmek mümkündür.

¹² Örnek olarak bkz. Yarg.14. HD, T. 19.9.2017, E. 2016/10278, K. 2017/6604; Yarg. 14. HD, T. 13.9.2017, E. 2015/15486 K. 2017/6340; Yarg. 14. HD, T. 30.5.2017, E. 2016/13684, K. 2017/4520 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

¹³ İlk derece yargılamasında ileri sürülmeyen fiilî taksim savunmasının temyiz aşamasında ileri sürülebileceği yönünde bkz. Yarg. 14. HD, T. 5.12.2017, E. 2017/518 K. 2017/9099 (Karar metni için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

¹⁴ Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yarg. HGK, T. 9.11.2016, E. 2014/14-1343, K. 2016/1036; Yarg. 14. HD, T. 5.4.2016, E. 2015/17802 K. 2016/4083 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

¹⁵ Yarg. HGK, T. 7.2.1988, E. 1988/6-797, K. 1988/955 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

¹⁶ Yarg. 6. HD, T. 17.3.1987, E. 1987/2460, K. 1987/3083 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

¹⁷ Yarg. HGK, T. 1.7.1981, E. 1980/6-3308, K. 1981/558 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

Doktrinde bir görüş, Yargıtay tarafından dile getirilen gerekçeleri benimseyerek, fiilî taksime ilişkin uygulamayı isabetli bulmaktadır.¹⁸ Buna karşılık bir kısım yazarlar, Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımını tereddütle karşılamaktadırlar.¹⁹ Sözü edilen yazarların Yargıtay uygulamasına yönelttiği en temel eleştiri, fiilî taksimin bulunduğu her durumda, yasal önalım hakkının kötüye kullanıldığını kabul etmenin doğru olmadığıdır.²⁰ Anılan görüşe dayanak olarak, taşınmazın fiilen taksim edilmekle, TMK 698 anlamında paylaşılmış ve paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kalkmış olmadığı; fiili taksim de dâhil olmak üzere, her durumda, paylı mülkiyet birliğine yabancı kişilerin girmemesinin paydaşların menfaatine olduğu; paydaşların taşınmazı fiilen bölüşmekle yasal önalım hakkından ve dolayısıyla söz konusu menfaatlere vazgeçtikleri anlamını çıkarmanın zorlama olduğu gibi hususlar dile getirilmiştir.²¹

Gerçekten de taşınmazın fiilen taksim edilmiş olduğu her olayda, yasal önalım hakkının kötüye kullanıldığının kabul etmek yerine, bu durumu her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetlidir. Bununla birlikte, somut olayda yasal önalım hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda, belirleyici bir ölçütün tespit edilmesi gerekir. Kanımca bu belirleyici ölçüt, Medenî Kanun'un paydaşlara yasal önalım hakkı tanımaktaki amacı olmalıdır. Böylece somut olayda, yasal önalım hakkının kullanılmasının bu amaçla örtüştüğü hallerde söz konusu hakkın kullanılabilmesi, aksi halde ise hakkın kullanımı engellenmelidir. Bu nedenle, öncelikle yasal önalım hakkının amaç ve işlevini tespit etmek gerekir:

¹⁸ Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988, s. 45; Soysal Özenli, Uygulamada Önalım Davaları, Ankara 1984, s. 61-62; Yasemin Özdek, "Önalımda (Şu'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1985, C. III, S. 3, s. 365.

¹⁹ Bu yönde bkz. M. Kemal Oğuzman, "Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", Prof. Dr. Yaşar Karayaçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 414; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 555 dn. 1206; Taman Şıpka, s. 117-118; Sirmen, s. 422 dn. 631; Zeynep Sayımlar, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C.1, Özel Sayı, s. 646.

²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 555 dn. 1206; Sirmen, s. 422 dn. 631; Sayımlar, s. 646.

²¹ Bkz. Taman Şıpka, s. 116 vd.; Oğuzman, s. 414.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, payın paydaşlar dışında bir kimseye devri karşısında diğer paydaşlara önalım hakkı tanınmasının amacı, paylı mülkiyet birliğine yabancı kişilerin girmesini engellemek ve payların olabildiğince daha az, hatta mümkünse tek elde toplanmasını sağlamaktır.²² Kanun koyucunun bu yöneliminin sebebinin, hak sahibi olan kimselerin sayısı arttıkça, taşınmazdan elde edilen verimin azalacağı yönündeki haklı kaygı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim İsviçre doktrin ve uygulamasında, yasal önalım hakkının, ekonomik açıdan çok verimli bulunmayan, doğası itibariyle uyuşmazlıklar doğurmaya elverişli olan paylı mülkiyetin, tek kişi mülkiyetine dönüşmesini kolaylaştırma amaç ve işlevine sahip olduğu dile getirilmektedir.²³

Yargıtay'ın daha önce²⁴ anılan, 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, yasal önalım hakkının amacı şöyle ifade edilmiştir:

“1- Gayrimenkulün parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin eylemek,

2- Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mani olmak”

Yasal önalım hakkının açıklanan amaç ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay'ın fiilî taksime ilişkin uygulamasının kısmen isabetli olduğu sonucuna varmak gerekir. Şöyle ki:

Taşınmazın fiilen bölünerek kullanıldığı bazı durumlarda, paydaşlar, paylarına karşılık kullandıkları bölümleri, sanki tek kişi mülkiyetine tâbiymişçesine, diğerlerinden bağımsız olarak kullanırlar. Öyle ki; paylı mülkiyet, deyim yerindeyse, “kâğıt üzerinde” kalır. Örneğin paylı mülkiyete tâbi bir taşınmaz üzerinde, birbirlerinden bağımsız kullanılabilir kısımlara sahip, bir veya birden çok yapı inşa edilmiş olup, herhangi bir sebeple kat mülkiyetine geçilmemiş ancak her bir paydaşın hangi kısmı kullanacağı belirlenmişse, durum böyledir. Nitekim Yargıtay'ın fiilî taksim nedeniyle yasal önalım hakkının kullanılamayacağına hükmettiği kararlarının büyük çoğunluğunda bu

²² Taman Şıpka, s. 18; Sirmen, s. 422; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 557 N. 1959; Feyzioğlu, s. 5 vd.

²³ BasK/Rey/Strebel, Art. 682 N. 1; OFK/von Fischer Lehmann, Art. 682 N. 2; BGE 101 II 241 vd.; BGer, 2.8.2016, 5A. 1006/2015 (Karar metni için bkz. www.swisslex.com, E.T. 31.8.2018).

²⁴ Bkz. yuk. dn. 3.

durumun söz konusu olduğu gözlemlenmektedir.²⁵ Öte yandan, örneğin İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca birleştirilen fakat her paydaşın belirli bir kısmı kullanmaya devam ettiği taşınmazlarda da benzer bir durum söz konusudur. Sözü edilen hallerde, taşınmazın çeşitli kısımları zaten birbirlerinden bağımsız olarak kullanıldığına göre, payın paydaşlardan birine veya paydaşlar dışında bir üçüncü kişiye devri arasında fark bulunmamakta, diğer bir ifadeyle yasal önalım hakkından beklenen fayda ortadan kalkmaktadır. Hayat gerçeği de sözü edilen taşınmaz parçalarının ayrı birer taşınmazmış gibi değerlendirilmelerini haklı gösterir.²⁶ Buna rağmen yasal önalım hakkının ileri sürülmesi halinde, Yargıtay tarafından, hakkın kötüye kullanılması kurumunun amaçsal indirgeme (teleolojik redüksiyon) etkisinin²⁷ devreye sokulması ve bu suretle söz konusu hakkın kullanılmasının engellenmesi kanımca isabetlidir. Doktrinde ifade edildiği üzere, buradaki temel düşünce, TMK 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması ve dolayısıyla çelişkili tutum yasağına (*venire contra pactum proprium*) dayandırılabilir.²⁸ Yargıtay uygulamasında da kabul edildiği üzere,²⁹ bu sonuca varılabilmesi için, her bir paydaşa belli bir kısmın özgülenmiş olması şartını aramaya da gerek bulunmamaktadır. Keza, hakkın kötüye kullanıldığı tespit edildikten sonra, bu hususun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğine hükmedilmesi³⁰ de söz konusu tespitle tutarlıdır.³¹

Buna karşılık, öyle bazı haller vardır ki; fiilî taksime rağmen, kanun koyucu tarafından paydaşlara yasal önalım hakkının tanınmasıyla sağlanmaya çalışılan bireysel ve dolaylı toplumsal menfaat varlığını sürdürür. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanıldığından söz edilemez. Bu durumla, özellikle tarım arazisi niteliğindeki taşınmazlarda kar-

²⁵ Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yarg. 14. HD, T. 19.2.2018, E. 2015/8197, K. 2018/1199; Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/1238, K. 2018/844; Yarg. 14. HD, T. 30.1.2018, E. 2017/799, K. 2018/697; Yarg. 14. HD, T. 13.11.2017, E. 2016/18675, K. 2017/8407; Yarg. 14. HD, T. 19.9.2017, E. 2016/10278, K. 2017/6604; Yarg. 14. HD, T. 30.5.2017, E. 2017/1622, K. 2017/4513. (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

²⁶ Aynı yönde bkz. Özenli, s. 61-62.

²⁷ Bkz. Serozan, s. 280 N. 10a vd.

²⁸ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 615.

²⁹ Bkz. yuk. dn. 7'deki kararlar.

³⁰ Bkz. yuk. dn. 14'teki kararlar

³¹ Hakkın kötüye kullanıldığının re'sen dikkate alınması konusunda bkz. Oğuzman/Barlas, s. 287 N. 899.

şılaşılır. Bu tür taşınmazlar, her ne kadar fiilen bölünmüş olsalar da, payların ve dolayısıyla onlara özgülenmiş arazi parçalarının paylı mülkiyet birliğı içinde kalması, söz konusu taşınmazların ekonomik verimliliğini olumlu yönde etkiler. Dolayısıyla bu tür taşınmazlarda, fiilî taksime rağmen yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, burada yapılan türde bir ayırım dikkate alınmaksızın, paylı mülkiyete tâbi olup, fiilen taksim edilmiş her türlü taşınmazda, yasal önalım hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine hükmedildiğı görülmektedir. Daha önce de belirtildiğı gibi, bu yöndeki kararlara konu olan olaylarda, büyük bir çoğunlukla üzerinde birbirlerinden bağımsız olarak kullanılan yapılar veya yapı kısımları bulunan taşınmazlar söz konusudur. Bununla birlikte Yargıtay, fiilen taksim edilmiş tarımsal taşınmazlarda da yasal önalım hakkının kullanılmayacağına hükmetmektedir³² ki; kanımca bu yaklaşım isabetli değildir.

Öte yandan, Yargıtay'ın anılan uygulaması, hukuk düzenimiz içinde çelişkili bir duruma da sebebiyet vermektedir: Bilindiğı üzere, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na (TKAKK), 2014 yılında, 6537 sayılı Kanun'la³³ eklenen 8/İ hükmünün ikinci fıkrası, tarım arazisi niteliğindeki bir taşınmazın satılması halinde, o araziyle sınırdaş olan taşınmaz maliklerine önalım hakkı tanımaktadır.³⁴ Söz konusu hüküm, Yargıtay uygulamasıyla birlikte değerlendirildiğinde, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: Örneğin tek kişi mülkiyetine tâbi bir tarım arazisi satıldığında, bu taşınmazla sınırdaş olan bir diğere taşınmazın maliki önalım hakkına sahip iken,³⁵ paylı mülkiyete tâbi olup fiilen taksim edilmiş bir tarım arazisinde, paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde, diğere bir paydaş, kendisine özgülenen kısım sa-

³² Örnek olarak bkz. Yarg. 14. HD, T. 20.3.2017, E. 2015/17174, K. 2017/2116; Yarg. 14. HD, T. 8.2.2016, E. 2014/16744, K. 2016/1508; Yarg. 14. HD, T. 5.4.2016, E. 2015/17802 K. 2016/4083 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

³³ RG, 15.5.2014.

³⁴ Bu konuyla ilgili olarak bkz. Ş. Barış Özçelik, "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. XIX, S. 1, s. 59 vd.; 5403 sayılı TKAKK'nın, sınırdaş arazi maliklerine önalım hakkı tanıyan 8/İ-II hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde bkz. AYM, T. 30.10.2014, E. 2014/133 K. 2014/165; AYM, T. 17.5.2012, E. 2011/58 K. 2012/70 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

³⁵ Yarg. 14. HD, T. 4.4.2016, E. 2015/12473, K. 2016/4024 (Karar metni için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

tılan paya özgülenen kısım sınırdışı olsa bile, TMK 732 vd. hükümleri uyarınca sahip olduğu önalım hakkını kullanamamaktadır.³⁶ Oysa ki; sınırdışı tarım arazileri arasında kanundan doğan bir önalım hakkının kabulünü gerektiren tüm ekonomik sebepler, paylı mülkiyete tâbi tarımsal taşınmazlarda fiilî taksim anlaşması uyarınca paydaşlarca kullanılan arazi parçaları açısından da aynen geçerlidir. Bu nedenle, tarımsal taşınmazlarda, fiilî taksim olsa dahi, hakkın kötüye kullanıldığı kabulünü gerektiren başkaca sebepler bulunmadıkça, payın paydaşlar dışında bir kimseye satışı halinde yasal önalım hakkı kullanılabilir. Böylece değinilen çelişki de ortadan kalkmış olacaktır.

SONUÇ

Yasal önalım hakkının amacı ve ilgili mevzuatta meydana gelen bazı gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay'ın bu çalışmada ele alınan uygulamasının kısmen isabetli, kısmen de isabetsiz olduğu sonucuna varılmaktadır.

Uygulamanın isabetli olduğu nokta, fiilî taksim sonucunda, yasal önalım hakkından beklenen faydanın ortadan kalktığı durumlardır. Bu durumla özellikle üzerinde birbirlerinden bağımsız olarak kullanılan yapılar veya yapı kısımları bulunan taşınmazlarda karşılaşılar. Zira bu tür taşınmazlarda fiilî taksim, paylı mülkiyetin adeta "kâğıt üzerinde" kalmasına yol açmaktadır. Bu nedenle söz konusu taşınmazlarda, yasal önalım hakkının kullanılamaması gerekir.

Buna karşılık, tarımsal taşınmazlar bakımından, incelenen uygulamanın isabetli olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü bu tür taşınmazlarda, fiilî taksime rağmen, yasal önalım hakkından beklenen fayda varlığını devam ettirir. Öte yandan, TKAKK 8/İ-II hükmünde, tek kişi mülkiyetine tâbi sınırdışı tarımsal taşınmazların maliklerine dahi yasal önalım hakkı tanınmış iken, paylı mülkiyete tâbi bir tarımsal taşınmazda, salt fiilî taksim nedeniyle yasal önalım hakkının kullanılamaması, izahı güç bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın, en azından tarımsal taşınmazlar açısından, içtihadını gözden geçirmesi gerektiği düşünülmektedir.

³⁶ Aynı yönde bkz. Bülent Nuri Kurdoğlu, "Ön Alım Davalarında Dürüstlük Kuralı ve Sınırları", <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1>, E.T.: 31.8.2018.

Kaynakça

- Eren Fikret, "Türk Medenî Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 103-126.
- Erkan V. Umut, Türk Medenî Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. Md. 732,733,734), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006.
- Feyzioğlu Feyzi N., Şu'fa Hakkı, İstanbul 1959.
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (Kısaltma şekli: BasK/Yazar Adı).
- Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2016 (Kısaltma şekli: OFK/Yazar Adı).
- Kurdoğlu Bülent Nuri, "Ön Alım Davalarında Dürüstlük Kuralı ve Sınırları", <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1> (E.T.: 31.8.2018).
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016.
- Oğuzman M. Kemal, "Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407-415.
- Özçelik Ş. Barış, "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. XIX, S. 1, s. 87-110.
- Özdek Yasemin, "Önalımda (Şu'fada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1985 C. III, S. 3, s. 337-369.
- Özenli Soysal, Uygulamada Önalım Davaları, Ankara 1984.
- Sayımlar Zeynep, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fıllı Taksim", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Y. 2015, C.1, s. 627-652.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Sirmen A. Lâle, Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2017.
- Taman Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şu'fa) Hakkı (MK.m.659), İstanbul 1994.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988.

ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT VE HAKKI KULLANMAKTAN VAZGEÇME

WAIVER OF PRE-EMPTION RIGHT AND RENOUNCEMENT OF ITS USE

Pınar ALTINOK ORMANCI*

Özet: TMK md. 733/II hükmüne göre yasal önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme ise yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir. TMK md. 735/III hükmü gereği, anılan hüküm, sözleşmeden doğan önalım hakkından feragat ve bu haktan vazgeçmede de uygulama alanı bulacaktır. Bu çalışmada, hem yasal hem de sözleşmesel önalım hakkı bakımından feragatin ne şekilde yapılması gerektiği, feragatin şerhinin bir zorunluluk olup olmadığı ve şerh yapıldığı takdirde bunun ne gibi etkiler doğuracağı konuları ele alınmaktadır. Ayrıca önalım hakkı doğuran sözleşmenin, hakkın muhatabı tarafından haklı sebeple fesihinin mümkün olup olmadığı hususu da incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Önalım Hakkından Feragat, Önalım Hakkından Vazgeçme, Feragatin Şekli, Feragatin Şerhi

Abstract: Under article 733/II of Turkish Civil Code, waiver of pre-emption right must be done in authentic form and must be annotated in the land register. The beneficiary may renounce exercising his or her statutory right of pre-emption in writing, before or after the occurrence of the pre-emption case. According to article 735/III of Turkish Civil Code, the abovementioned article will also be applied to contractual pre-emption rights. In this study, is discussed the issue of how should be done the waiver of pre-emption right in terms of both statutory and contractual pre-emption rights, and the necessity of its annotation. In addition, the question of the termination of the contract based on justified motives is examined.

Keywords: Waiver of Pre-emption Right, Renounce Exercising a Pre-emption Right, the Form of Waiver, the Annotation of A Pre-emption Right.

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, altinok@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2222-9941, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.12.2018, Kabul Tarihi: 04.12.2018

Giriş

Önalım hakkı, malikin malını üçüncü bir kişiye satması ya da ekonomik açıdan satışa eşdeğer bir işlem yapması halinde, hak sahibine tek taraflı bir irade açıklamasıyla malın mülkiyetinin kendisine devrini isteme yetkisi veren bir haktır.¹

Taşınmazları konu edinen önalım hakları, kaynağını sözleşmede veya kanunda bulabilir. Sözleşmesel önalım hakları, TMK md. 735 ve TBK md. 240-242 hükümlerine tâbidir. Önalım sözleşmesiyle kurulan önalım hakkı kişisel bir haktır² ve TBK md. 238 gereği tapu siciline şerh edilebilir. Buna karşılık yasal önalım hakkı, TMK md. 732-734 hükümlerine tâbi olup, kanun gereği doğar. Bunların tapu siciline şerhi söz konusu değildir.³

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın⁴ paydaşlarından birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı koşullarla bu payın alıcısı olma yetkisi veren bir yenilik doğuran haktır.⁵ Her ne kadar TMK md. 732’de, “payın tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satılması”ndan bahsedilse de, TBK md. 240’da düzenlenen sözleşmeden doğan önalım hakkı dikkate alınarak, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yapılması halinde de yasal önalım hakkının kullanılabileceği kabul edilmektedir.⁶

Yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarından biridir. Bununla birlikte bunun ne tür bir kısıtlama olduğu konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, yasal önalım hakkı, kanun gereği, özel bir işleme gerek olmaksızın,

¹ A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 409; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 536; Şükran Taman Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı*, İstanbul 1994, s. 2 vd.; Çiğdem Kırca, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun’daki Değişiklikler”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, s. 1179; Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, s. 146.

² Sirmen, s. 412; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014, s. 229.

³ İsviçre hukukunda da aynı şekilde yasal önalım hakkının tapu siciline şerh edilmediği yönünde bkz. Stephanie Hrubesch-Millauer/Barbara Graham-Siegenthaler/Vito Roberto, *Sachenrecht*, Bern 2017, s. 276, n. 06.240.

⁴ Taşınmazların konu olduğu paylı mülkiyette yasal önalım hakkı söz konusu değildir.

⁵ Sirmen, s. 420; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 554; Taman Şıpka, s. 2 vd.; Kırca, s. 1179 vd.; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2012, s. 402.

⁶ Sirmen, s. 420; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 554.

doğrudan doğruya taşınmazı satma yükümlülüğü doğurduğundan, bir doğrudan mülkiyet kısıtlaması niteliğindedir.⁷ Buna karşılıklı diğer görüş, yasal önalım hakkının, taşınmaz mülkiyetinin dolaylı bir kısıtlaması olduğunu kabul etmekte ve bunun dayanağı olarak, yasal önalım hakkının, bir paydaşın payını devretmesine engel olmadığını (devir serbestisini doğrudan doğruya kısıtlamadığını) belirtmektedirler.⁸ Buna göre, sadece paydaş olmayan üçüncü kişiye satış yapılması halinde, diğer paydaşların önalım hakkını kullanma imkânı doğar ve bu hak kullanılmadıkça da, ortada bir kısıtlama yoktur.

Bu hususta hangi görüş kabul edilirse edilsin, taşınmaz mülkiyetinin bir kısıtlaması olan önalım hakkı, malik taşınmazını satmaya karar verdiğinde bazı sorunları da beraberinde getirebilir. Önalım hakkı sahibinin hakkını kullanıp kullanmayacağı, önalım hakkının kullanılabilceği sürenin sonuna kadar beklemenin daha iyi bir çözüm olup olmayacağı veya taşınmazın doğrudan önalım hakkı sahibine satışının mı tercih edilmesi gerektiği gibi meseleler, önalım hakkından feragat ve hakkı kullanmaktan vazgeçmenin önemini ortaya koymaktadır.

I) ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hem sözleşmesel önalım hakkından, hem de yasal önalım hakkından feragat etmek mümkündür.⁹ Önalım hakkından feragat, hakkın kullanılmasından değil, kendisinden vazgeçmedir.¹⁰ Önalım hakkından feragat ile sadece belirli bir kişiye karşı, ya da belirli bir satış için değil, haktan sürekli bir biçimde vazgeçme anlaşılmaktadır.¹¹ Böylece feragat, önalım hakkının sürekli

⁷ Sirmen, s. 420; Aynı yönde bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, s. 125 ve s. 127; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2007, n. 1215.

⁸ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 556; Eren, Mülkiyet, s. 401; Arthur Meier-Hayoz, BK ZGB, art. 682, n. 35, 36.

⁹ Paul-Henri Steinauer, "La renonciation au droit de préemption ou à son exercice", in: Les droits d'emption, de préemption et de réméré- Questions pratiques et d'actualité, 2017 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, ss. 101-124, s. 103.

¹⁰ Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome II, Berne 2002, s. 170, n. 1793a; Taman Şıpka, s. 162. Yazar önalım hakkından feragati, hakkın kullanımından feragatten ayırmak için "mutlak feragat" olarak nitelendirmektedir. Benzer şekilde bkz. Fikret Eren, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 125.

¹¹ Kırca, , s. 1187 vd.

olarak ortadan kalkması sonucunu doğurur. Buna karşılık bir diğer görüşe göre, (yasal) önalım hakkından gelecekteki bütün satımlar için vazgeçmede dahi, hakkın kullanılmasından vazgeçmede olduğu gibi bir "sona erdirmeye" değil, "etkisizleştirme" amacı mevcuttur.¹² Buna göre hakkın tamamen ortadan kalktığı kabul edilecek olursa, vazgeçen paydaşın payını devri halinde, devralanın da yasal önalım hakkından yoksun olması gerekirdi; oysa devralanın da yasal önalım hakkından yoksun olabilmesi, TMK md. 733/II'de öngörülen şerh ile sağlanmaktadır. Kanaatimizce feragatte, bir paydaşın kendi önalım hakkından vazgeçmesi söz konusudur, dolayısıyla kendi payını başkasına devrettiğinde yeni paydaşın yasa gereği önalım hakkına sahip olması son derece olağandır; aksi ancak şerh ile mümkündür. Nitekim yeni paydaşın sahip olduğu önalım hakkı, onun ortaklık sıfatına bağlı olarak, doğrudan kanundan doğan bir haktır.¹³ Bir başka ifadeyle burada kişinin kendi hakkını sona erdirmesi söz konusudur, bu durumu "etkisizleştirme" olarak ifade etmeye gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

A) Sözleşmesel önalım hakkından feragat

1) Feragatin hukuki niteliği ve görünüm biçimleri

Sözleşmesel önalım hakkından feragatin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilkinde göre sözleşmesel önalım hakkından feragat, ancak bir ibra sözleşmesi ile mümkündür.¹⁴ Buna göre, önalım sözleşmesi, şarta bağlı bir satım sözleşmesidir ve önalım hakkı sahibi de şarta bağlı olarak bir yükümlülük altına girdiğinden, tek taraflı vazgeçme mümkün değildir.¹⁵ Buna karşılık diğer görüşe göre¹⁶ ise, önalım hakkı tarafların anlaşmasıyla olduğu kadar, önalım hakkı sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla veya istisnai hallerde önalım hakkı tanıyanın tek taraflı irade açıklamasıyla ortadan kaldırılabilir.

¹² Gümüş, s. 143.

¹³ Buz, s. 433.

¹⁴ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Das Grundeigentum II, art. 680-701 ZGB, Bern 1975, art. 681, n. 324.

¹⁵ Meier-Hayoz, BK ZGB, art. 681, n. 324.

¹⁶ Jonas Rüegg, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht an Grundstücken, Zürich/Bale/Genève 2014, s. 83, n. 237 vd.

Öncelikle önalım hakkı sahibi ve önalım hakkı tanıyan, karşılıklı anlaşarak önalım hakkını kaldırabilirler. Bu sözleşme, İBK md. 115 (TBK md. 132)'de yer alan ibra sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın yapılabilir.¹⁷ Ancak önalım hakkı, geciktirici şarta bağlı bir yenilik doğuran hak olduğundan, hak sahibi bu haktan vazgeçmek için bir anlaşma yapmak zorunda değildir. Bir yenilik doğuran haktan vazgeçme, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla mümkündür.¹⁸

Ayrıca istisnai olarak, önalım hakkı tanıyanın (malikin) irade açıklamasıyla da önalım hakkının ortadan kaldırılabilmesi ileri sürülmektedir. Buna göre önalım sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmamasına rağmen, hakkı tanıyanın devamlılık gösteren yükümlülüğü nedeniyle, süreklilik niteliğini haiz bir unsur barındırmaktadır. Öğretiye ve içtihatlarla göre yalnızca sürekli borç ilişkileri değil, sürekli etki doğuran benzer sözleşmelerin de haklı sebeple feshi mümkün olduğundan, önalım hakkı tanıyan malikin önalım sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi mümkün olmalıdır.¹⁹

İleri sürülen her üç sona erme türü ayrı ayrı değerlendirildiğinde, öncelikle önalım sözleşmesi taraflarının anlaşarak sözleşmeyi ve sözleşmeden doğan hakkı ortadan kaldırmalarının her zaman mümkün olduğu söylenebilir. Burada kanaatimizce bir ikale sözleşmesi mevcuttur. İ kale sözleşmesi, tarafların aralarındaki bir hukuki ilişkiye, çoğu zaman sözleşme ilişkisine son verdikleri bir sözleşmedir.²⁰ Buna karşılık ibra sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasında kurulan ve alacaklının borçludan olan bir alacağını kaldıran veya azaltan sözleşmedir.²¹ İbra, alacak haklarına özgü bir tasarruf işlemidir,²² oysa önalım hakkı bir ye-

¹⁷ Rüegg, s. 83, n. 238.

¹⁸ Rüegg, s. 83, n. 239; Paul-Henri Steinauer, "La renonciation au droit de préemption ou à l'exercice de ce droit", in: Jusletter 12. März 2007, n. 21; Buz, s. 432.

¹⁹ Rüegg, s. 83, n. 244.

²⁰ Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 455, n. 1467; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2016, s. 537 vd.: Yazarlar, ikale sözleşmesini, tarafların borç ilişkisini sona erdirmek için yaptıkları anlaşma olarak tanımlamaktadırlar. Benzer şekilde bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 1284.

²¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 454, n. 1463; Eren, Borçlar Genel, s. 1296; Oğuzman/Öz, s. 542 vd.

²² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 456, N. 1474; Oğuzman/Öz, s. 544 vd.

nilik doğuran hak niteliğindedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, önalım sözleşmesi taraflarının anlaşmasıyla önalım hakkının kaldırılması, ibra sözleşmesinden ziyade ikale sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

İkinci olarak, önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla bu haktan vazgeçmesi mümkün olmalıdır.²³ Alacak haklarından farklı olarak, yenilik doğuran haklarda hakkın kullanılıp kullanılmayacağı hususunda tek yetkili kişi hak sahibidir. Hak sahibi, hakkı kullanırken muhatabın işbirliğine ihtiyaç duymazken, haktan feragat etmek için onun olurluğunu alması gerekmemelidir. Ayrıca hak sahibinin tek taraflı feragati muhatabın durumunu kötüleştirmeyeceğinden, muhatabın korunması ihtiyacı da yoktur.²⁴ Nitekim burada önalım hakkı sahibinin şarta bağlı olarak bir yükümlülük altına girdiğinden bahsedilemez. Zira burada söz konusu olan geciktirici şart, malikin taşınmazını satmasıdır. Oysa önalım hakkını tanıyan malik taşınmazını satsa (yani şart gerçekleşse) bile, önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Önalım hakkı sahibi, ancak bu hakkı kullandığı takdirde önalım bedelini ödemekle yükümlüdür.²⁵ Bu nedenle önalım hakkı sahibi nasıl hareketsiz kalarak hakkı sona erdirme imkânına sahipse, tek taraflı bir irade açıklamasıyla da bu haktan vazgeçmesi mümkün olmalıdır.

Son olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde, önalım hakkı tanıyan malikin tek taraflı irade açıklamasıyla önalım hakkını ortadan kaldıracılabilmesi mümkün olmalı mıdır? Bu soruya yanıt vermeden önce, önalım hakkı doğuran sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı incelenmelidir. Öğretide savunulan ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nce benimsenen görüşe göre, bir borç ilişkisinde karakteristik edimin ifası zamana yayılmış ve bu edimin kapsamı, ancak ifa süresine bağlı olarak belirlenebiliyorsa, yani ifa süresi arttıkça, karakteristik edimin toplam miktarı da artış gösteriyorsa, bir sürekli

²³ Buz, s. 422 vd.; Meliha Sermin Paksoy, *Zamanaşımından Feragat*, İstanbul 2012, s. 12.

²⁴ Buz, s. 422 vd.

²⁵ Bu nedenle doktrinde çeşitli yazarlar önalım hakkı doğuran sözleşmeyi "çift şarta bağlı satış" olarak nitelendirmektedirler: Bkz. Meier-Hayoz, BK ZGB, art. 681, n. 46 vd.; Taman Şıpka, s. 25.

borç ilişkisi söz konusudur.²⁶ Önalım hakkı doğuran sözleşmeyi değerlendirdiğimizde, bunun sürekli borç ilişkisi doğurmadığı açıktır. Zira önalım hakkı belirli bir süre için tanınmış olmakla birlikte, sürenin geçmesine bağlı olarak karakteristik edimin kapsamında herhangi bir artış meydana gelmemektedir.

Önalım hakkı sözleşmesi, yenilik doğuran bir hakkın doğumuna yol açan sözleşmedir. Kanaatimizce bu sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi benzeri bir sözleşme olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmelerde, karakteristik edimin ifası bir zaman sürecine yayıldığı halde, edimin kapsamının belirlenmesinde zaman faktörü etkili olmamaktadır.²⁷ Oysa önalım hakkı sözleşmesinde, herhangi bir edimin ifasının zamana yayıldığından bahsetmek mümkün değildir. Burada söz konusu olan süre, tanınan yenilik doğuran hakkın hangi süre içinde kullanılabilceğinin tespitine yarar. Bu nedenle önalım hakkı tanıyan malikin, sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce önalım hakkı doğuran sözleşme bakımından böyle bir ihtiyaçtan da bahsedilemez. Olsa olsa, sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartların sonradan öngörülemeyecek şekilde değişmesi ve bunun neticesinde, önalım hakkının belirlenen şartlar altında kullanılmasına katlanmasını malikten beklemenin mümkün olmadığı hallerde, işlem temelinin çökmesinden bahsedilebilir. Bu durumda malikin TBK md. 138 hükmünden yararlanarak hâkimden uyarılama talep etme, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

2) Önalım hakkından feragatin şekli ve tapu sicilinde şerhi

Sözleşmesel önalım hakkından feragat ilişkisi olarak TMK md. 735/III, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını

²⁶ Marie Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen, , La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich-Bâle-Genève 2007, s. 18 vd; Pınar Altınok Ormanci, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 13 vd. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilke kararı için bkz. ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

²⁷ Altınok Ormanci, s. 32. Sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmelere verilebilecek en tipik örnek, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin edimini ifası bir zaman sürecine yayılırken, zaman geçtikçe edimin kapsamının artış gösterdiğinden bahsedilemez.

düzenlemektedir.²⁸ TMK md. 733/II ise, yasal önalım hakkına ilişkin olarak, “Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir” hükmünü içermektedir.

Bu hükmün sözleşmesel önalım hakkına uygulanması, pek çok meseleyi de beraberinde getirmektedir. İlk mesele, feragatin resmi şekil şartına tâbi olmasıdır. Sözleşmesel önalım hakkının kurulması için adi yazılı şekil yeterli olduğu halde, bu haktan feragatin TMK md. 735/III atfı gereği resmi şekil şartına bağlanmasının hiçbir gerekliliği yoktur.²⁹ Kurulması daha hafif şekil şartına bağlanmış olan önalım hakkından feragat etmenin daha sıkı şekil şartına tâbi olması haklı eleştirilere maruz kalmıştır.³⁰ Özellikle sözleşmesel önalım hakkının taşınmaz mülkiyetine getirilen yasal bir kısıtlama olmaması nedeniyle, feragatin resmi şekilde yapılması gerekliliği (TMK md. 731/II) de ortaya çıkmaz.

İkinci sorunlu mesele ise, feragatin şerh edilmesi hususudur. İMK’da yasal önalım hakkından feragat için şerh bir zorunluluk değil, bir olanak olarak düzenlenmiştir. Oysa TMK md. 733/II hükmünün lafzına göre, yasal önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmektedir.^{31 32} Buna göre önalım hakkından geçerli bir şekilde feragat edebilmek için resmi şekil şartını sağlayan bir sözleşme yeterli olmayacak, aynı zamanda bu sözleşmenin tapu siciline şerhi gerekecektir. Bu hüküm çerçevesinde şerhin, feragatin sonuç doğurması için tamamlayıcı

²⁸ Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu’nda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

²⁹ Aynı yönde bkz. Barış Demirsatan, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 145-146, 905-946, s. 938.

³⁰ Buz, s. 432; Demirsatan, s. 938.

³¹ Yasal önalım hakkından feragati düzenleyen TMK md. 733/II’nin gerekçesi incelendiğinde, öngörülen düzenlemenin İMK’nın 1991 yılında yapılan değişikliklerle yürürlükten kalkan 682/III maddesinden alındığının ifade edildiği görülmektedir. Sözü edilen madde, İMK’da 1991 yılında yapılan değişiklikten sonra 681b maddesi olarak yeniden düzenlenmiştir. İMK md. 681b/I hükmüne göre, “Bir yasal önalım hakkını kaldıran ya da değiştiren anlaşmanın geçerliliği, resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Önalım hakkı bir başka taşınmazın malikine ait olduğunda, yapılan anlaşma tapu kütüğüne şerh verilebilir”. Belirtmek gerekir ki, burada önalım hakkının “bir başka taşınmazın malikine ait olması” ifadesiyle, paylı mülkiyet payını da taşınmaz olarak kabul eden İMK md. 655/II b. 4 hükmüne yollama yapılmaktadır. Bkz. Gümüş, Şerhler, s. 148 vd.

³² Buz, s. 431.

bir olgu olarak öngörüldüğü ifade edilmektedir.³³ Kanaatimizce TMK md. 733/II hükmünde şerhin bir zorunluluk olarak düzenlenmesi, İMK md. 681b'den önce yürürlükte olan İMK md. 682/III'ün yanlış tercümesine dayanmaktadır.³⁴ İMK'da yasal önalım hakkından feragat için bile bir zorunluluk oluşturmayan şerhin, TMK md. 735/III'ün atfı gereği Türk hukukunda sözleşmesel önalım hakkından feragat için bir zorunluluk teşkil etmesi, hukuki bir temelden yoksundur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin geçerli olarak sonuç doğurmasının şerh edilmesi koşuluna bağlanması, hukukumuzda yabancı bir durumdur.³⁵ Kaldı ki sözleşmesel önalım hakkından feragatte, feragat ile hak sona ereceğinden şerhe gerek de yoktur. Bu sonucu açıklamak bakımından sözleşmesel önalım hakkını, yasal önalım hakkı ile karşılaştırarak ele almakta fayda vardır.

Yasal önalım hakkı kanundan doğan bir mülkiyet kısıtlaması teşkil ettiği halde, sözleşmesel önalım hakkında bu durum söz konusu değildir. Yasal önalım hakkından feragatte, şerhin etkileri doktrinde tartışmalı³⁶ olmakla birlikte, haktan feragat edenin payını devretmesi halinde, şerh neticesinde payı devralan da önalım hakkından yoksun olacaktır. Bir başka ifadeyle, yasal önalım hakkından feragatin şer-

³³ Gümüş, s. 149.

³⁴ Aynı yönde Gümüş, s. 149. Bu çerçevede yazar, Türk hukukunda yasal önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması gerektiğini, bununla birlikte feragat anlaşmasının şerhinin sadece taraflarca kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olacağını kabul etmek gerektiğini belirtmektedir.

³⁵ Benzer şekilde finansal kiralama sözleşmeleri bakımından şerhin, bu sözleşmenin geçerliliğine etkisinin olup olmadığı hususu tartışmalara yol açmıştır. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu md. 22/I, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu taşınmaz malların oluşturduğu durumlarda, sözleşmenin, taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine şerh edileceğini öngörmektedir. Benzer nitelikte bir hüküm, mülga Finansal Kiralama Kanunu md. 8'de yer alıyordu. Bu çerçevede doktrinde bir görüş, finansal kiralama sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmedikçe sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacağını ileri sürmekte; diğer görüş ise şerhin kurucu bir işlevinin olmadığını, bunun sadece sözleşme konusu mal üzerinde aynı nitelikte hak kazanacak olan üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığını savunmaktadır. Yargıtay da bu hususta şerhin sözleşmenin geçerliliği bakımından değil, sözleşmenin üçüncü kişilere karşı etki doğurabilmesi bakımından gerekli olduğunu kabul eder gözükmektedir. Bu husustaki tartışmalar ve ayrıntıları için bkz. Arif Barış Özbiçen, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 322 vd. Bu husustaki Yargıtay kararları ve değerlendirilmeleri için bkz. aynı yazar, s. 323 vd., dipnot 975.

³⁶ Söz konusu tartışmalar için bkz. aşağıda s. 11 vd.

hi, bu durumun feragat eden paydaşın cüzi haleflerine karşı da ileri sürülebilmesini sağlar.³⁷ Oysa sözleşmesel önâlim hakkından feragatte durum farklıdır. TBK md. 239 gereği, aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önâlim, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer. Ancak önâlim hakkı sahibi bu hakkından feragat ettiği takdirde, hak kesin olarak sona ereceğinden, ne cüzi haleflerin, ne de külli haleflerin önâlim hakkına sahip olması söz konusu olacaktır. Yani sözleşmesel önâlim hakkından feragat edilmesiyle hak sona erecek, şerh de yolsuzlaşacaktır. Yolsuz hale gelen şerhin genel hükümler çerçevesinde terkinin mümkün iken, feragatin şerh edilmesini aramanın anlamsız olduğu ortadadır. Bu nedenle feragat işleminin şerhinin herhangi bir faydası yoktur.³⁸ Üstelik tapu siciline şerh edilmemiş olan önâlim hakları bakımından, bu anlamsızlık daha da belirgin hale gelmektedir. Önâlim hakkının kendisi tapuda şerh edilmemişken, bu haktan feragati şerh koşuluna bağlamak akla uygun değildir. Bu nedenle TMK md. 735/III atfı gereği sözleşmeden doğan önâlim hakkında da gündeme gelen “haktan feragatin şerhi”, sözleşmesel önâlim hakkının niteliğine uygun düşmediği için uygulanmamalıdır.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, sözleşmesel önâlim hakkından bir sözleşme ile veya hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile feragat edilebilmeli, feragat sözleşmesinde veya feragat beyanında resmi şekil şartı aranmamalıdır. Zira kurulması bile adi yazılı şekle tâbi olan (TBK md. 237) sözleşmesel önâlim hakkından feragatte resmi şeklin aranmasında herhangi bir menfaat yoktur. Bununla birlikte belirli bir satışta yasal önâlim hakkından vazgeçmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini öngören TBK md. 733/II, c.2 burada uygulama alanı bulabilir. Gerçekten de adi yazılı şekilde kurulan önâlim sözleşmesinden feragatin de aynı şekilde yapılması, feragat edenin menfaati ve ispat kolaylığı açısından uygun olacaktır. Ayrıca çalışmamızın II. kısmında görüleceği üzere, belirli bir satışta sözleşmesel önâlim hakkından vazgeçmede de yine TBK 735/III’ün atfı gereği adi yazılı şekil şartı aranacağından, haktan tamamen feragat etmede aynı şekil şartının aranması yerinde olacaktır.

³⁷ Buz, s. 435.

³⁸ Buz, s. 436; Demirsatan, s. 938.

Diğer taraftan, sözleşmeden doğan önalım hakkından feragatin şerhi gereksizdir. Sözleşmesel önalım hakkı şerh edilmiş ise, bu haktan feragat sonucunda şerh de yolsuz hale geleceğinden terkin edilmesi mümkün olacaktır. Şerh edilmemiş önalım hakkı bakımından da feragatin tapuya şerh ettirilmesi gibi anlamsız bir zorunluluk da kalmayacaktır. Kanaatimizce TMK md. 735/III hükmünün amacı, yasal önalım hakkından feragate ilişkin düzenlemeleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmesel önalım hakkına uygulamaktır. Bu nedenle TMK md. 733/II hükmüne yapılan yollama, hükümde açıkça ifade edilmese de, maddenin kıyasen uygulanmasına yöneliktir. Yasal önalım hakkından feragatte aranan resmi şekil ve şerh şartları, sözleşmesel önalım hakkından feragatin niteliğine uygun düşmediğinden, zorunlu birer unsur olarak aranmamalıdır. Ayrıca kanun koyucunun bu konuya açıklık getirerek TMK md. 735/III hükmünü "... *kıyasen* sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır" şeklinde düzenlemesi yerinde olacaktır.

B) Yasal önalım hakkından feragat

Yasal önalım hakkı, özel hukuktan doğan bir hak olması nedeniyle, bu haktan feragat etmek mümkündür. Bu haktan tamamen (tüm paydaşlar için ve tüm paydaşlara karşı) feragat edilebileceği gibi, kısmen (sadece belirli paydaşlara karşı) feragat de söz konusu olabilir.³⁹

Yasal önalım hakkından feragati düzenleyen TMK md. 733/II, bu haktan feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Bu çerçevede öncelikle yasal önalım hakkından feragatin tek taraflı bir irade açıklamasıyla yapıp yapılmayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. TMK md. 733/II hükmünde bu hususta bir açıklık olmasa da, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları ile ilgili olarak TMK md. 731/II, "Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır" hükmünü içermektedir. Söz konusu hükümde yer alan sözleşme ifadesi, yasal önalım hakkından feragatin tek taraflı irade açıklamasıyla yapılamayacağını ortaya koymaktadır. Oysa yasal önalım hakkı bir

³⁹ Heinz Rey/Lorenz,Strebel, Basler Kommentar ZGB II, Art. 681b, n.1 ve n. 2, 5. Auflage, Éd.Honsell-Vogt-Geiser, Basel 2015.

yenilik doğuran hak olduğundan, bu hakkı kullanıp kullanmamak tamamen hak sahibinin takdirinde olmalıdır. Yasal önâlim hakkı sahibinin tek taraflı olarak bu haktan ferâgat edememesi ve diğer paydaşlarla bir sözleşme yapmak zorunda bırakılması, geçerli bir gerekçeden yoksundur:⁴⁰ Bununla birlikte TMK md. 733/II ve md. 731/II dikkate alındığında, kanun koyucunun ferâgat için bir sözleşme yapılmasını aradığı açıktır. Ferâgat işlemi, *de lege lata* ancak sözleşme ile gerçekleştirilebildiğinden, burada öncelikle ferâgat sözleşmesinin nasıl yapılması gerektiği ele alınacaktır.

1) Ferâgatın tâbi olduğu şekil

Paylı mülkiyette, bir paydaşın yasal önâlim hakkından ferâgat etmesi, ancak bir sözleşme şeklinde yapılabilir.⁴¹ TMK md. 733/II'de yasal önâlim hakkından ferâgat için resmi şekil şartından bahsedilse de, sözleşme yapılması gerekliliği açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği gibi TMK md. 731/II, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının sözleşmeyle ortadan kaldırılabilirliğini veya değiştirilebilirliğini öngörmektedir. Sözleşme, bu haktan ferâgat eden paydaş ile diğer paydaşlar arasında yapılır. Ferâgat sözleşmesi ivazsız olarak yapılabileceği gibi, bir ivaz karşılığında yapılması da mümkündür.⁴²

Yasal önâlim hakkından ferâgat için TMK md. 733/II'nin öngördüğü resmi şekil şartı, ferâgatın geçerli olabilmesi için aranan bir zorunluluktur.⁴³ Bu sözleşme için resmi şekil zorunluluğu, İMK md. 681b/I'de de yer almaktadır. İsviçre doktrininde bir görüşe göre, İMK md. 680/II hükmü ile uyum içerisinde olan⁴⁴ bu resmi şekil şartı, önâ-

⁴⁰ Buz, s. 431 vd. Yazara göre resmi şekle tabi bir ferâgat sözleşmesi ile ferâgat eden düşünmeye sevk edileceği düşüncesi, ferâgatın sözleşme ile yapılmasının değil, olsa olsa resmi şekil zorunluluğunun gerekçesini oluşturabilir. Aynı amaca, önâlim hakkı sahibinin ferâgat iradesini resmi şekilde açıklamasının öngörülmesi ile ulaşılabilir.

⁴¹ Gümüş, Şerhler, s. 144; Oğuzman/ Seliçi/Oktay Özdemir, s. 563; Sirmen, s. 424.

⁴² Steinauer, Renonciation, s. 107.

⁴³ Nitekim TMK md. 733/II'nin gerekçesine göre, önâlim hakkından ferâgat ve hakkı kullanmaktan vazgeçme sözleşmeleri için aranan resmi ve adi yazılı şekil şartları, birer geçerlilik şeklidir.

⁴⁴ İMK md. 680/II'ye göre, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları ancak resmi şekilde yapılan bir sözleşme ve bunun tapu kütüğüne şerh edilmesi ile ortadan kaldırılabilir veya değiştirilebilir.

lım hakkından feragat etmek isteyen paydaşı düşünmeye sevk etmek ve onu korumak amacıyla getirilmiştir. Resmi şekil şartını yerine getirmekle görevli memur, önalım hakkından feragat etmek isteyen paydaşa, feragatin kesin bir işlem olduğunu ve yakında gerçekleşmesi öngörülen bir önalım olayı varsa bile, bundan bağımsız olarak ileriye etkili tüm satışlarda sonuç doğuracağını açıklamakla yükümlüdür.⁴⁵

Oysa Türk doktrininde, yasal önalım hakkından feragat için TMK md. 733/2'de yer alan resmi şekil şartına bağlı bir sözleşme yapılması zorunluluğu, pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir yenilik doğuran hak olan yasal önalım hakkından, tek taraflı olarak feragat edilebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, feragat için bir sözleşmenin aranması, ancak karşı tarafın korunması gereken bir menfaati olsaydı gerekli olurdu.⁴⁶ Feragatin sözleşme ile yapılması arandığında, feragat edenin tek taraflı irade açıklaması sonuç doğurmayacak, üstelik muhatabın susması da zımni kabul olarak değerlendirilemeyecektir. Zira TMK md. 733/II hükmüne göre, feragat sözleşmesi resmi şekilde yapılmalı, dolayısıyla her iki taraf iradelerini açıkça beyan etmelidir.⁴⁷ Türk doktrininde TMK md. 733 hükmünü eleştiren bir başka görüşe göre ise, yasal önalım hakkının kaldırılmasına ilişkin anlaşma sadece taraflar arasında geçerli olmak üzere yapıldığında şekilsiz olarak dahi yapılabilmesi, ancak feragatin üçüncü kişileri bağlaması amaçladığında, yani şerh yapılması gereken hallerde sözleşmede resmi şekil şartına uyulmalıdır.⁴⁸

Kanaatimizce de yasal önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle, tek taraflı irade açıklamasıyla bu haktan feragat mümkün olmalıdır. Ancak *de lege lata*, TMK md. 733/II ve TMK md. 731/II karşısında bunun mümkün olmadığı açıktır.⁴⁹ Söz konusu hüküm gereği ancak feragat eden paydaş ve muhatapları arasında resmi şekilde yapılan bir sözleşme ile yasal önalım hakkından feragat edilebile-

⁴⁵ Steinauer, Renonciation, s. 107, 108.

⁴⁶ Buz, s. 434.

⁴⁷ Buz, s. 434.

⁴⁸ Gümüş, Şerhler, s. 146. Belirtmek gerekir ki yazar, bu görüşünün de lege lata (TMK 733/II karşısında) kabulünün mümkün olmadığını da ifade etmektedir.

⁴⁹ Buz'a göre ise, TMK md. 733/II, feragatin tek taraflı beyanla yapılması yolunu kapatmamaktadır. TMK 733/II hükmü, ancak taraflar sözleşme ile yasal önalım hakkından feragat etmeyi tercih ettikleri takdirde uygulama alanı bulur. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s. 435.

cektir. Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesine resmîyeti verecek olan merci noterdir.

Bununla birlikte, resmi şekil şartına uyulmamışsa, önalım hakkından feragat sözleşmesi, önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme sözleşmesine tahvil edilebilir.⁵⁰ Bunun için sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmış olması gerekir. Resmi şekil şartına uyulmadığından geçersiz olan önalım hakkından feragat sözleşmesi, tahvil⁵¹ yoluyla, gerçekleşecek en yakın önalım olayı veya taraflarca öngörülen önalım olayı için "hakkı kullanmaktan vazgeçme" olarak ayakta tutulmuş olur.

2) Feragatin şerh edilmesi

Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhi, bir kişisel hakkın şerhi niteliğindedir.⁵² Kişisel hakların şerhinin doğuracağı hüküm ve sonuçlar doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, genellikle şerhin iki etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bunlar şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki olarak ifade edilmektedir.⁵³ Şerhin eşyaya bağlı borç etkisi, şerhten sonra taşınmazın her malikinin kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olması; munzam etkisi ise şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamasıdır.

Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhinin, bu iki etkinin her ikisini de doğurup doğurmayacağı hususu tartışmalıdır. İsviçre doktrininde bazı yazarlar, yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin sadece eşyaya bağlı borç etkisi doğurduğunu kabul etmek-

⁵⁰ Denis Piotet, CR CC II, Bale 2016, art. 681b, n. 6; Steinauer, Renonciation, s. 108.

⁵¹ Bilindiği üzere, şekil şartını sağlamadığı için geçersiz olan bir işlemin, bir başka işleme dönüştürülerek ayakta tutulabilmesi için, dönüştürülecek işlemin geçerlilik şartlarını sağlıyor olması, dönüştürülecek işlemin tarafların farazi iradesine uygun olması ve bu işlemin taraflara daha ağır yükümlülükler yüklemiyor olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbilen, s. 200 vd.; Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I, İstanbul 2008, s. 614 vd.; ayrıca bkz. Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2016, s. 155 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Genel, s. 310 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 110 vd.

⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 214; Sirmen, s. 206.

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 249 vd.; Sirmen, s. 210.

tedirler.⁵⁴ Gerçekten de paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşı, yasal önalım hakkından feragat edip bu husus da tapu kütüğünde şerh edilirse, onun mülkiyeti devrettiği her paydaş, yasal önalım hakkından yoksun olacaktır. Böylece şerhin etkisi, “önalım hakkını kullanmama yükümlülüğü” bulunan paydaşların belirlenmesinde kendisini göstermektedir. Bir başka ifadeyle payın her yeni maliki, kendi mülkiyeti döneminde bu borçtan sorumlu olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki bazı yazarlar, bu etkinin eşyaya bağlı borç etkisi olduğunu reddetmektedirler.⁵⁵ Bu görüşe göre feragat sözleşmesi, paydaşlara olumlu bir edim yüklememekte, sadece diğer paydaşlara, yasal önalım hakkından feragat eden paydaşa/paydaşlara karşı süresiz bir def'i hakkı sağlamaktadır.⁵⁶ Oysa eşyaya bağlı borçtan bahsedebilmek için, borcun mutlaka olumlu bir edimi ihtiva etmesi gerekliliği, doktrinde tartışmalı bir meseledir.⁵⁷ Bir görüşe göre, malike sadece katlanma yükümlülüğü doğuran veya belirli davranışları yasaklayan mülkiyet hakkı kısıtlamaları da eşyaya bağlı borç olarak değerlendirilebilir.⁵⁸ Bu görüş, eşyaya bağlı borçların bir kısmının, özel hukuktan doğan mülkiyet kısıtlamaları ile çakıştığını ileri sürmektedir.⁵⁹ Kanaatimizce de yasal önalım hakkından feragatin şerhinin, eşyaya bağlı borç etkisi doğurduğu kabul edilmelidir. Yapmama borcu da alacak hakkı-

⁵⁴ Piotet, Denis, CR CC II, art. 681b, n. 12; Steinauer, Renonciation, s. 109; Deschenaux, Henri, Le registre foncier, in: Traité de droit privé suisse, Vol. 5, T. II/1, Fribourg 1983, s. 561. Rubido da, açıkça ifade etmemekle beraber, bu görüşe katılır gözükmektedir. Bkz: Rubido, José-Miguel, “Le droit de préemption immobilier en droit privé et le Registre foncier: Questions choisies, in: RNRF 96/2015, ss. 1-15, s. 9.

⁵⁵ Gümüş, Şerhler, s. 150.

⁵⁶ Gümüş, Şerhler, s. 150 vd.

⁵⁷ Eşyaya bağlı borçların konusunu olumlu edimlerin oluşturduğu yönünde bkz. Şafak N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 5 vd.; Sirmen, s. 27. Erel'e göre, aynı hak sahibinin kendi iradesi dışında yüklendiği menfi edimler, yani kaçınma ve katlanma borçları, ya bir genel davranış yükümü olarak hukuki ödev veya başkalarının aynı haklarına uyma yükümünden ibarettir. Bunların eşyaya bağlı borç tarzında düzenlenmelerine imkân olmadığı gibi, gerek de yoktur. Zira aynı hak sahibini yükümlü kılan bir menfi edim, o kişinin eşya üzerindeki hâkimiyetini kısıtlayacağından, eşyaya bağlı borç değil, sadece sınırlı aynı hak veya mülkiyet kısıtlaması olabilir. Aksi görüş için bkz. Simonius, Pascal/Sutter, Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995, s. 83, n.4.

⁵⁸ Simonius/Sutter, s. 83, n.4. Yazarlar, Fransız hukukunda da sadece yapma borcu içeren yükümlülüklerin değil, aynı zamanda kaçınma yükümlülüklerinin de, bunlar irtifak hakkı teşkil etmediği sürece, eşyaya bağlı borçlar kapsamında değerlendirilebildiğini ifade etmektedirler. Bkz. aynı yazarlar, s. 83, dipnot 8.

⁵⁹ Simonius/Sutter, s. 83, n.5.

nın konusunu oluşturduğuna göre, bu borcun borçlusunun, eşyanın mülkiyetine bağlanması mümkündür. Ayrıca feragat sözleşmesinin şerhi ile diğer paydaşların, feragat eden paydaşa ve onun cüzi haleflerine karşı süresiz bir def'i hakkına sahip olmaları da, eşyaya bağlı borç niteliğinin reddini gerektirmez; hatta yapmama borcu niteliği gereği süreklilik gösterdiği için, bu şerhin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhinin eşyaya bağlı borç etkisini doğurduğu kabul edilmelidir.

Şerhin munzam etkisine gelince, yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhinin munzam etkisi kanaatimizce söz konusu değildir. Şerhin munzam etkisi, yukarıda da ifade edildiği gibi, şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamaktır. Paylı mülkiyet payının devri halinde, devralan yeni malik açısından şerhin eşyaya bağlı borç etkisi açıkça görülmektedir, zira yeni paydaş da yasal önalım hakkından yoksun olacaktır. Ancak diğer sınırlı aynı hakların tesisi halinde, yani -yasal önalım hakkından feragat eden- paydaşın payı üzerinde bir irtifak hakkı veya rehin hakkı kurması halinde sınırlı aynı hak sahibinin önalım hakkı bulunmayacağından, bu durum diğer paydaşların payları üzerindeki mülkiyet haklarına etki etmeyecek ve onların menfaatlerine aykırı herhangi bir durum oluşmayacaktır. Bu nedenle feragat sözleşmesinin şerhinin munzam etkisi gündeme gelmeyecektir.

Ayrıca sözleşmesel önalım hakkından feragatte olduğu gibi, yasal önalım hakkından feragatte de şerhin, feragatin sonuç doğurması bakımından zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmemesi gerekir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 681b maddesinde feragatin şerh edilebileceği düzenlendiğinden, TBK md. 733/II de mehaza uygun yorumlanmalı, şerh olmasa da yasal önalım hakkından feragat, feragat eden paydaş için geçerli sonuç doğurmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, şerhin bir sözleşmenin geçerlilik şekli bakımından aranan bir unsur olması, hukukumuzda yabancıdır.⁶⁰ Bu hususlar göz önünde bulundurularak, resmi şekil şartına uyularak yapılan bir yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerh olmadan da geçerli olacağı, ancak elbette sadece feragat eden paydaşa karşı ileri sürülebileceğini, yani onun cüz'i haleflerini bağlamayacağını kabul etmek kanaatimizce en uygun çözüm yoludur.⁶¹

⁶⁰ Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. yukarıda s. 6 vd.

⁶¹ Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 149 vd.; Buz, s. 433 vd.

II) ÖNALIM HAKKINI KULLANMAKTAN VAZGEÇME

Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, sadece belirli bir satış için hakkın kullanılmayacağını taahhüt etmektir. Yasal önalım hakkını düzenleyen TMK md. 733/II'nin 2. cümlesine göre, *“Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.”*

A) Sözleşmesel önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK md. 735/III gereği yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağından, burada da TMK md. 733/II'yi ele almak gerekmektedir.

Bilindiği üzere, sözleşmesel önalım hakkının geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, bu sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılması gerekir (TBK md. 237). Bu sözleşmeden doğan önalım hakkını -belirli bir satışta- kullanmaktan vazgeçmek için de, yine yazılı şekil şartına uyulması gerekecektir (TMK 733/II).⁶²

TMK md. 733/II hükmü gereği, önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, satıştan önce veya sonra yapılabilir.⁶³ Nitekim satışın yapılması önalım hakkını ortadan kaldırmaz; aksine önalım hakkının kullanılmasının şartının gerçekleştiği anlamına gelir. Dolayısıyla önalım olayı gerçekleştikten sonra olduğu gibi, gerçekleşmeden önce de hak sahibi bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir.

⁶² İMK md. 681b/II sadece yasal önalım hakkı bakımından uygulama alanı bulduğundan, belirli bir satışta sözleşmesel önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir: Steinauer, Renonciation, s. 111, n. 25; Bénédicte, Foex, “Comment évier l’exercice du droit de préemption?”, in: Not@lex-Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, ss. 79-91, s. 80; Rüegg, s. 349, n. 888; Bénédicte, Foex, Quelques questions pratiques relatives au droits de préemption du CC/CO, RNRF 2007, ss. 1-20, s. 16.

⁶³ İsviçre Medeni Kanunu'nda yasal önalım hakkını düzenleyen İMK md. 681b/II'ye göre, belirli bir satışta önalım hakkından vazgeçmek, ancak önalım olayı gerçekleştikten sonra mümkündür. Ancak bu kural sözleşmesel önalım hakkı bakımından uygulama alanı bulmadığından, sözleşme ile önalım hakkı sahibi olan kişinin bu haktan -belirli bir satışta- vazgeçmesi için, önalım olayının gerçekleşmesini beklemesi gerekmez. Bir başka ifadeyle, sözleşmesel önalım hakkından her zaman vazgeçmek mümkündür. Bkz: Steinauer, Renonciation, s. 111, n. 24; Rüegg, s. 350, n. 893; Foex, Quelques questions, s. 16. Buna karşılık aksi görüşte bkz. José-Miguel Rubido, L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, Genève-Zurich-Bâle 2012, s. 164 vd.

1) Önalım olayı gerçekleşmeden önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme

Önalım hakkı sahibinin önalım olayı gerçekleşmeden bu hakkı kullanmaktan vazgeçmesinde, iki olasılık mevcuttur. Önalım hakkı sahibi, ileride gerçekleştirilmesi düşünülen satış hakkında bilgi alarak (örneğin satışın kime yapılacağı, satış bedeli, satış zamanı vs..) hakkından vazgeçebileceği gibi, ileride gerçekleştirilmesi düşünülen satışın özelliklerinden tamamen bağımsız bir şekilde de bu hakkı kullanmaktan vazgeçebilir.

a) Gelecekteki önalım olayı hakkında bilgi sahibi olarak vazgeçme

Bu ihtimalde vazgeçme beyanı ancak, üçüncü kişiyle yapılan satış sözleşmesinin, vazgeçene bildirilen şartlara uygun olması halinde bağlayıcıdır.⁶⁴ Gerçekten, önalım hakkı sahibinin, üçüncü kişiyle yapılacak satış sözleşmesinin özelliklerine bağlı olarak hakkını kullanmaktan vazgeçmesinin çeşitli riskleri mevcuttur. Önalım hakkı sahibi, henüz satış gerçekleşmediği için, vazgeçme kararını kesin olmayan bilgilere dayanarak, hatta kasten yanıltılarak verebilir.⁶⁵ Örneğin, satış bedeli olarak, alıcının kabul ettiği çok üstünde bir bedel ona söylenerek, önalım hakkından vazgeçmesi istenebilir. Bu durum aynı zamanda satıcı ve alıcı için de risk teşkil eder, zira onlar da önalım hakkından vazgeçenin, vazgeçme beyanının geçersizliğini veya gerçekleştirilen satışın kendisine beyan edilenden farklı olduğunu ileri sürmesi riskiyle karşı karşıyadırlar.⁶⁶

Bu risklerin önüne geçebilmek için, önalım hakkından vazgeçen kişiye, kendisine bildirilen satışla ilgili olarak meydana gelen her tür değişikliği haber vermek gerekir. Bu değişiklikler satıcı ya da notere önemsiz gözükse dahi, değişiklik bildirimini yapılması gerekir. Zira önalım hakkından vazgeçen kişinin gözünde önem teşkil eden hususları diğer taraflar doğru değerlendiremeyebilirler. Örneğin satış tarihinde meydana gelen değişiklik, satıcı için önemli olmayan bir değişiklik olsa da, önalım hakkından vazgeçen için büyük önem taşıyabilir:

⁶⁴ Rüegg, s. 350, n. 893.

⁶⁵ Foex, Comment éviter, s. 81; Steinauer, Renonciation, s.113, n. 27.

⁶⁶ Foex, Comment éviter, s. 81; Steinauer, Renonciation, s.113, n. 27.

Vazgeçen önalım hakkını kullanmak istemekle birlikte, satış tarihinde yeterli miktarda maddi kaynağa sahip olmayacağı düşüncesiyle bu hakkından vazgeçmiş ve sonradan satış daha ileri bir tarihe ertelenmişse, vazgeçen açısından önemli bir değişiklik mevcuttur.⁶⁷ Özetle, satış şartlarındaki tüm değişikliklerin vazgeçene bildirilmesi, vazgeçenin ileride yanılma veya aldatmaya dayalı olarak vazgeçme beyanını geçersiz kılma ihtimalinin önüne geçecektir.

Satıcı ve alıcının kendilerini güvence altına almaları bakımından, vazgeçme beyanının hangi süre için ve hangi şartlar altında verildiğinin çok dikkatli bir şekilde belirtilmesi gerekir. Özellikle hangi satış için önalım hakkından vazgeçildiğini tespit edebilmek bakımından, satış bedeli ve hatta alıcının belirtilmesi büyük önem taşır.⁶⁸

b) Gelecekteki önalım olayının özelliklerinden bağımsız olarak (soyut) vazgeçme

Önalım hakkı sahibi, gelecekteki önalım olayının özelliklerinden bağımsız olarak da hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Bu durumda, üçüncü kişiyle yapılacak satış sözleşmesinin hangi şartlar altında yapıldığının, vazgeçme beyanının geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur.⁶⁹ Bununla birlikte vazgeçenin bu beyanının hangi süre için geçerli olacağını tayin etmesinde fayda vardır. Aksi takdirde, önalım hakkı sahibinin hakkından belirli bir satış için değil, ileride gerçekleştirilecek tüm satışlar için vazgeçtiği (yani hakkından feragat ettiği) sonucuna varılabilmeye mümkündür.⁷⁰ Ancak bu sonuç her zaman için geçerli değildir. Somut olayın özelliklerinden, vazgeçme beyanının ne zamana kadar bağlayıcı olacağı tayin edilebilir.⁷¹

⁶⁷ Foex, Comment éviter, s. 81.

⁶⁸ Steinauer, Renonciation, s. 113, n. 27.

⁶⁹ Rüegg, s. 351, n. 894. Örneğin önalım hakkını kullanmaktan vazgeçenin her halükarda yeterli maddi kaynağı yoksa üçüncü kişiyle yapılacak satış sözleşmesinin koşullarından tamamen bağımsız olarak hakkı kullanmaktan vazgeçebilir.

⁷⁰ Rüegg, s. 351, n. 894; Steinauer, Renonciation, s. 112, n. 27.

⁷¹ Rüegg, s. 351, n. 894. Yazarın bu hususta verdiği örnek, üçüncü kişiyle satış sözleşmesinin müzakereleri esnasında önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmaktan vazgeçmesidir. Böyle bir durumda, vazgeçme beyanı, satış sözleşmesi ancak bu üçüncü kişiyle ve "makul bir müzakere süresi" içinde kurulursa sonuç doğuracaktır.

2) Önalm olayı gerçekleştikten sonra önalm hakkından vazgeçme

Önalm hakkını kullanmaktan vazgeçme, satıştan sonra da yapılabilir (TMK md. 733/II). Satıştan sonra vazgeçmede de iki olasılık mevcuttur: Hak sahibi, yazılı şekil şartına uyarak, gerçekleşen satışta önalm hakkını kullanmayacağını beyan edebilir. TBK md. 242'ye göre sözleşmeden doğan önalm hakkı, satışın hak sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay, her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde kullanılabilir. Yazılı bir vazgeçme beyanıyla hak sahibi, bu süreler içinde önalm hakkını kullanmamayı taahhüt etmektedir.

İkinci olasılıkta önalm hakkı sahibi, TBK'da öngörülen süreler içinde hareketsiz kalarak önalm hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Bu durumda vazgeçme, zımni bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hak düşürücü süreler sona erdiğinden, önalm hakkı da ortadan kalkar.

B) Yasal önalm hakkını kullanmaktan vazgeçme

Türk hukukuna göre yasal önalm hakkını kullanmaktan vazgeçme yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir (TMK md. 733/II). Buna karşılık mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun 681b maddesinin 2. fıkrasına göre, yasal önalm hakkını kullanmaktan vazgeçme önalm olayı gerçekleştikten sonra mümkündür ve yazılı şekle tâbidir. İMK md. 681b/II'deki bu hükmün emredici olduğu kabul edilmektedir.⁷² O halde İsviçre hukukuna göre ancak önalm olayı gerçekleştikten sonra yapılan vazgeçme beyanı sonuç doğuracaktır.⁷³ Dolayısıyla üçüncü kişiyle satış işleminin gerçekleştirilmesi ve böylece satış koşullarının kesin bir şekilde belirlenmiş olması gerekir.⁷⁴ Türk hukukunda ise, henüz önalm olayı gerçekleşmeden, yani satış koşulları kesin bir şekilde belirlenmeden yasal önalm hakkından vazgeçmek mümkün olduğundan, vazgeçme beyanının hangi şartlar altında yapılacak bir satış için geçerli olacağını çok iyi belirtmekte fayda olacaktır.

⁷² Foex, Comment éviter, s. 80; Foex, Quelques questions, s. 15; Steinauer, Renonciation, s. 116, n. 32; Rubido, L'exercice, s. 162.

⁷³ Rey/Strebel, Basler Kommentar ZGB II, art. 681b, n. 6; Jörg Schmid/Bettina Hurlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017, s. 259, n. 944.

⁷⁴ Steinauer, Renonciation, s. 116 vd, n. 33.

Diğer taraftan, yasal önalım hakkı sahibi, süresi içinde hakkını kullanmayarak hakkın sona ermesine de yol açabilir.

Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme sadece belirli bir satış bakımından geçerli olduğundan, hak sahibi, bir sonraki satış işleminde yeniden önalım hakkını kullanma imkânına sahip olacaktır.⁷⁵

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu, yasal önalım hakkından feragatin ancak resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ve tapu kütüğüne şerh ile yapılabileceğini öngörmektedir. Oysa resmi şekil şartına uyularak yapılan önalım hakkından feragat sözleşmesi geçerli olmalı, hatta *de lege ferenda* tek taraflı irade açıklaması ile de yasal önalım hakkından feragat edilebilmelidir. Şerh ise, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, feragatin sonuç doğurması için aranan zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemelidir. TMK md. 733/II hükmü, "... tapu kütüğüne şerh verilebilir" şeklinde anlaşılmalıdır. Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhi, eşyaya bağlı borç etkisi doğurarak, yasal önalım hakkını kullanmamakla yükümlü olan paydaşların belirlenmesinde etkilidir.

TMK md. 735/III atfı nedeniyle, yasal önalım hakkından feragate ilişkin bu düzenlemenin sözleşmeden doğan önalım hakkına uygulanması daha da akla uymayan sonuçlar doğurmaktadır. Sözleşmesel önalım hakkından da sözleşme ile olduğu kadar, tek taraflı irade açıklaması ile feragat edilebilmelidir. Kurulması için adi yazılı şekil yeterli iken, sözleşmesel önalım hakkından feragatin resmi şekle tâbi olmasının geçerli bir gerekçesi yoktur. Ayrıca feragat ile sözleşmesel önalım hakkı sona ereceğinden, feragatin şerhi gerekmez.

Diğer taraftan, önalım hakkı doğuran sözleşmenin haklı sebeple feshi mümkün olmamalıdır. Zira bu sözleşme sürekli bir borç ilişkisi doğurmadığı gibi, sürekli borç ilişkisi benzeri de değildir. Ancak şartları gerçekleştiği takdirde, önalım hakkı doğuran sözleşmenin uyarlanması mümkün olmalıdır.

⁷⁵ Steinauer, Renonciation, s. 118, n. 37.

Kaynakça

- Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- Buz Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Demirsatan Barış, "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalm Hakkı", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 145-146, Ss. 905-946.
- Deschenaux Henri, Le Registre Foncier, in: *Traité De Droit Privé Suisse*, Vol. 5, T. II/I, Fribourg 1983.
- Erel Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Eren Fikret, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalm Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, S. 1-2.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017. (Eren, Borçlar Genel)
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2012. (Eren, Mülkiyet)
- Foex Bénédicte, "Comment Éviter L'exercice Du Droit De Prémption?", In: *Not@Lex-Revue De Droit Privé Et Fiscal Du Patrimoine*, Ss. 79-91. (Foex, Comment Éviter)
- Foex Bénédicte, Quelques Questions Pratiques Relatives Aux Droits de Prémption du Cc/Co, Rnrf 2007, ss. 1-20. (Foex, Quelques Questions)
- Gümüş Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.
- Hrubesch-Millauer Stephanie/Graham-Siegenthaler Barbara/Roberto Vito, Sachenrecht, Bern 2017.
- Kırca Çiğdem, "Önalm Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, ss. 1179-1203.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I, İstanbul 2008.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar, Das Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Bern 1975, Art. 681 ve Art. 682.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2016.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.
- Özbilen Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.
- Paksoy Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat, İstanbul 2012.
- Piotet Denis, Commentaire Romand (Editeurs: Pascal Pichonnaz/Bénédicte Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 681b, Bâle 2016.
- Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2007.
- Rey Heinz/Strebel Lorenz, Basler Kommentar ZGB II, (Ed. Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Art. 681b, 5. Auflage, Basel 2015.
- Rubido José-Miguel, "Le Droit de Prémption Immobilier en Droit Privé et le Registre Foncier: Questions Choiesies", in: *RNRF 96/2015*, ss. 1-15.

- Rubido José-Miguel, *L'exercice Du Droit De Préemption Immobilier Au Regard du Droit Privé*, Geneve-Zurich-Bâle 2012.
- Rüegg Jonas, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht An Grundstücken*, Zurich/Bâle/Genève 2014.
- Schmid Jörg/Hurlimann-Kaup Bettina, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Zürich 2017.
- Simonius Pascal/Sutter Thomas, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Basel 1995.
- Sirmen A. Lâle, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Steinauer Paul-Henri, "La Renonciation Au Droit De Préemption Ou À L'exercice De Ce Droit", *În: Jusletter* 12. März 2007.
- Steinauer Paul-Henri, "La Renonciation Au Droit De Préemption Ou À Son Exerice", *in: Les Droits D'emption, De Préemption et De Réméré- Questions Pratiques Et D'actualité*, 2017 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté De Droit De L'université De Neuchâtel, Neuchâtel, Ss. 101-124. (Steinauer, Renonciation)
- Steinauer Paul-Henri, *Les Droits Réels*, Tome II, Berne 2002.
- Taman Şipka Şükran, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı*, İstanbul 1994.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.
- Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/ Develioğlu Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016.
- Venturi-Zen-Ruffinen, Marie Noëlle, *La Résiliation Pour Justes Motifs Des Contrats De Durée*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

ARAÇ ÇEVİRME UYGULAMASI ÜZERİNDEN GERÇEKLEŞTİRİLEN YOLCU TAŞIMA FAALİYETLERİ KAPSAMINDA UBER, YOLCU VE SÜRÜCÜ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN UBER,
PASSENGER AND DRIVER WITH REGARD
TO TRANSPORTATIONS WHICH ARE PERFORMED
THROUGH THE RIDE HAILING APPLICATION

Aydın KAYA*

Özet: Araç çevirme uygulamaları üzerinden sağlanan şehir içi ulaşım hizmetleri, araç paylaşım ve mobil taksi çağırma uygulamaları tarafından sunulan hizmetlerden farklı bir nitelik taşımakta olup, söz konusu hizmetler taşımacılık faaliyeti niteliğindedir. Araç çevirme uygulaması üzerinden gerçekleştirilen yolculuklar bakımından, Uber ile yolcu arasında yolcu taşıma sözleşmesi kurulmakta ve Uber'in bu sözleşme kapsamında sorumluluğu doğmaktadır. Her ne kadar Uber tarafından bu durum reddedilerek kendileri tarafından yalnızca aracılık hizmeti sunulduğu iddia edilse ve sözleşmede bu yönde, simsarlık sözleşmesini akla getiren ifadeler yer verilmiş olsa da, TBK m. 19 hükmü gereğince sözleşmenin türünün belirlenmesinde, gerçek amacı gizlemek üzere sözleşmede yer verilen sözcüklere bakılmaksızın, tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Uber, Araç Çevirme Uygulaması, Mobil Taksi Çağırma Uygulaması, Sözleşme Türünün Belirlenmesi, Taşıma Sözleşmesi, Simsarlık Sözleşmesi

Abstract: Urban transportation services which are provided through the ride hailing applications have different characteristics than services which are served through the ride sharing and mobil taxi applications, and these services have the characteristics of transportation activities. With regard to urban transportations which are performed through the ride hailing applications, there is a contract of carriage between Uber and the passenger. And therefore Uber has contractual obligations. Under Article 19 of the Turkish

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, a.kaya@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7217-6166, Makalenin Gönderim Tarihi: 14.08.2018, Kabul Tarihi: 14.08.2018

Code of Obligations, type of the contract must be determined according to authentic and mutual desires of parties, regardless of Uber's own characterization of their services as intermediary services and explicit clauses -those remind brokerage contract- which are written in order to conceal real purposes of parties.

Keywords: Uber, Ride Hailing Application, Mobil Taxi Application, Determination of Type of Contract, Contract of Carriage, Brokerage Contract

I. GİRİŞ

Araç çevirme (*ride hailing*) uygulamaları¹ ilk kez 2014 yılında Uber'in² ülkemizde faaliyete başlamasıyla birlikte hayatımıza girmiştir. Araç çevirme uygulamaları alanında dünyadaki genel eğilime paralel şekilde ülkemizde de hızlı bir gelişme yaşanmış olup, bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin sayısındaki artışla birlikte araç çevirme uygulamaları üzerinden gerçekleştirilen yolcu taşımacılığı faaliyetleri de büyük bir hızla büyümüştür.

Araç çevirme pazarında yaşanan bu hızlı büyüme sonucunda ülkemizde bu uygulamaların, özellikle de pazarda en büyük paya sahip olan Uber'in faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığı hususu tar-

¹ Bu tür uygulamalar için İngilizce'de "ride hailing" kavramı kullanılmaktadır. Bkz. Guido Noto La Diega, "Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations", *European Journal of Consumer Law*, 2016, Issue 2, s. 384; Ülkemizde ise bu kavrama karşılık olarak "hibrit taksi taşımacılığı" kavramı önerilmiştir. Bkz. Servet Yetim, "Uber, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, S. 6, s. 623. Ancak bu öneri kanaatimizce isabetli değildir. Nitekim "to hail a cab/taxi", yaklaşmakta olan bir taksiyi durdurmak, çevirmek anlamına gelmekte olup, (Bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/hail>, (E.T.: 21.03.2018)) "ride hailing" kavramı taksi yerine yoldan geçen özel bir otomobili çevirmeyi ifade etmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, "ride hailing" kavramı yerine "araç çevirme" kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır.

² Hollanda'da Kurulu Uber International Holding BV tarafından, ülkemizde evvela Uber Turkey Limuzin Araç Kiralama Turizm Ticaret Ltd. Şti. adlı şirket kurulmuş olup, (Bkz. 25.01.2013 tarih ve 8244 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, s. 324, 325) sonrasında bu şirketin unvanı Uber Turkey Yazılım ve Teknoloji Hizmetleri Ltd. Şti. olarak değiştirilmiştir. Bkz. 18.06.2013 tarih ve 8344 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, s. 433. Uber International Holding BV ise, merkezi ABD'de bulunan Uber Technologies Inc. tarafından, Uber'in ABD dışındaki faaliyetlerinin idaresi için kurulmuş bir şirkettir. Bkz. How Uber plays the tax shell game, <http://fortune.com/2015/10/22/uber-tax-shell/>, (E.T.: 19.07.2018). Bu nedenle çalışmamızda aksi gerekli olmadıkça, araç çevirme uygulaması ve bu uygulamanın idaresinde yer alan şirketlerden "Uber" olarak bahsedilecektir.

tışma konusu haline gelmiştir. Dahası, hukuki tartışmaların yanı sıra Uber sürücülerine ve araçlarına yönelik taksiciler tarafından gerçekleştirilen darp olayları³ ve silahlı saldırılar baş göstermektedir.⁴

Uber'in faaliyetlerine ilişkin en önemli uyuşmazlık konusu, Uber bünyesinde faaliyet gösteren sürücülerin sahip olduğu belgelerin, Uber'in faaliyetlerini hukuka uygun hale getirip getirmediğidir. Uber, ülkemizdeki faaliyetlerinin yasal çerçevede yürütülmekte olduğunu savunmaktadır.⁵ Taksiciler tarafından ise Uber'in faaliyetleri korsan taşımacılık olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda basında, taksiciler tarafından Uber'in faaliyetlerinin yasal olmadığı gerekçesiyle Uber'e erişim yasağı getirilmesi için dava açıldığı yönünde haberler yer almaktadır.⁶ Uber'in faaliyetlerinin korsan taşımacılık olduğu yönündeki iddiaları haklı bulan bir yaklaşımla, emniyet birimlerince Uber sürücülerine faaliyetleri nedeniyle çok sayıda trafik cezası kesilmektedir.⁷ Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) tarafından, konuyla ilgili mevzuatta boşluk bulunduğu belirtilerek bu yöndeki cezai işlemlerin belirlilik ilkesini zedeleyerek hukuk güvenliğine aykırı sonuçlar doğurabileceği ifade edilmiştir.⁸

İdarenin, araç çevirme uygulamalarının faaliyetlerini hukuka aykırı bulan yaklaşımı, kesilen trafik cezalarının yanı sıra, 25.05.2018 ve 31.12.2018 tarihlerinde⁹ Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde yapılan değişikliklerde de kendini göstermektedir. Anılan yönetmeliğin 30'uncu

³ Taksiciler tarafından darp edilen UBER sürücülerini yaşananları anlattı, <http://www.ihha.com.tr/istanbul-haberleri/taksiciler-terafından-darp-edilen-uber-suruculeri-yasananlari-anlatti-istanbul-1950341/>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴ Son dakika: Uber aracına silahlı saldırı!, [http://www.hurriyet.com.tr/gundem/son-dakika-uber-aracına-silahlı-saldırı-40767884?utm_source=t.co&utm_medium=post&utm_campaign=gundem_xmlfeed](http://www.hurriyet.com.tr/gundem/son-dakika-uber-aracina-silahlı-saldırı-40767884?utm_source=t.co&utm_medium=post&utm_campaign=gundem_xmlfeed), (E.T.: 18.04.2018).

⁵ Uber'den eleştirilere yanıt: Korsan değil her şeyimiz yasal, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ekonomi/769951/Uber_den_elestirilere_yanıt__Korsan_değiliz_her_şeyimiz_yasal.html, (E.T.: 18.04.2018)

⁶ Uber davası ertelendi, taksiciler Meclis'e seslendi: Sabrımız taşarsa her şeyi yaparız, <http://www.diken.com.tr/uber-davasi-ertelendi-taksiciler-meclise-seslendi-sabrimiz-tasarsa-her-seyi-yapariz/>, (E.T.: 18.04.2018).

⁷ Trafik Şube Uber'e işlem başlattı, <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2017/04/25/trafik-sube-ubere-islem-baslatti>, (E.T.: 31.05.2018).

⁸ KDK'nın 2017/12143 numaralı başvuru hakkında vermiş olduğu 95802452-101.07.06-E. 5489 sayılı ve 28.03.2018 tarihli kısmen tavsıye kısmen ret kararı için, Bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2018/03/karar-2017-12143.pdf>, (E.T.: 06.02.2019).

⁹ RG, T. 25.05.2018, S. 30431 ve RG, T.31.12.2018, S. 30642 4. Mükerrer.

maddesine eklenen “A1, B2 ve D2 yetki belgesi sahipleri, yetki belgesi eki taşıt belgelerinde kayıtlı taşıtlarını, taşıtın kayıtlı olduğu yetki belgesi kapsamında dışında ve/veya yetki belgesi olmayan gerçek veya tüzel kişilerin faaliyetleri için kullanıramazlar. Bu fıkraya uymayan yetki belgesi sahiplerine 50 uyarma verilir ve ihlalde kullanılan taşıt/taşıtlar yetki belgesi eki taşıt belgesinden resen düşülür ve düşüm tarihinden itibaren 6 ay geçmeden yeneden herhangi bir yetki belgesi eki taşıt belgesine eklenemez. Bu fıkraya göre, 1 takvim yılı içerisinde düzenlenen uyarılardan ilk tebliğ edilenin, tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün sonrasında başlamak üzere, toplamda tebliğ tarihine bakılmaksızın beş kez uyarma düzenlenmesi halinde, taşıtın/taşıtların kayıtlı olduğu yetki belgesi iptal edilir. Bu fıkraya göre iptal edilen yetki belgesi sahiplerine, 6 ay geçmeden aynı tür yetki belgesi düzenlenmez” şeklindeki 4’üncü fıkra ile taşıtını araç çevirme uygulamaları bünyesinde kullandıran araç sahiplerine yönelik yaptırım getirilmiş bulunmaktadır.¹⁰ Söz konusu düzenlemenin yanı sıra araç çevirme uygulamalarının ülkemizdeki en büyük pazarı durumundaki İstanbul’da da, İstanbul Büyükşehir Belediyesi (İBB) tarafından “Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından verilen D2 Yetki Belgesi ve İBB tarafından verilen Turizm Yolcu Taşımacılığı Belgesi amacı dışında kullanılarak mobil uygulamalar üzerinden gayri yasal taşımacılık yapıldığı(nın) ...” tespit edildiği belirtilerek, bu tür taşımacılık faaliyetlerinin engellenmesi amacıyla bir takım önlemler alınmaktadır.¹¹ Bu gelişmelerden araç çevirme pazarı olumsuz etkilenmiştir. Örneğin ülkemizde İstanbul, Bursa ve Adana’da faaliyet gösteren Dubai merkezli Careem Inc. Şirketi,¹² araç çevirme uygulamasını ülkemizde askıya almıştır.¹³

¹⁰ Bakanlıktan ‘Uber’e yaptırım: Araç sahibine belge iptaliyle iki yıl yasak, <http://www.diken.com.tr/bakanlik-tan-ubere-yaptirim-arac-sahibine-belge-iptaliyle-iki-yil-yasak/>, (E.T.: 29.05.2018).

¹¹ UKOME, Uber hakkındaki kararını verdi, <http://www.hurriyet.com.tr/ukome-uber-hakkindaki-kararini-verdi-40854142>, (E.T.: 01.06.2018); Flaş UKOME kararı! 7 yolcu ve 12 saat sınırı kalktı, <https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/flas-ukome-karari-7-yolcu-ve-12-saat-siniri-kalkti-2464330/>, (E.T.: 05.07.2018).

¹² Careem’den 5. yılında önemli adım, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/careemden-5-yilinda-onemli-adim-40525610>, (E.T.: 23.06.2018); Careem’den yolcuları için yeni proje, <https://www.dunya.com/sirketler/careemden-yolculari-icin-yeni-proje-haberi-373635>, (E.T.: 05.07.2018); <https://www.careem.com/en-ae/cities/>, (E.T.: 23.06.2018).

¹³ Careem Türkiye’deki VIP taşımacılık faaliyetlerini durdurdu, <https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/careem-turkiyede-vip-tasimacilik-faaliyetlerini-durdurdu-2503681/>, (E.T.: 05.07.2018).

Araç çevirme uygulamalarının faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığı tartışmaları sürerken, araç çevirme uygulamaları alanındaki bu hızlı büyüme, bu uygulamalar üzerinden yürütülen yolcu taşımacılığı faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukların sayısının artmasına ve yolcuların bazı zararlarla karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır. Örneğin yakın zamanda basında Uber sürücüsünün yolcuyu darp ettiği haberleri yer almıştır.¹⁴ Araç çevirme uygulamaları üzerinden gerçekleştirilen yolcu taşımacılığı faaliyetlerindeki artışın, Uber sürücüleri ile taksi sürücülerinin sebep olduğu şiddet olayları dışında, yolcuların maruz kaldığı riskleri ve zararları arttırması da kaçınılmazdır.

Bu nedenle araç çevirme uygulamaları üzerinden gerçekleştirilen yolcu taşımacılığı faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan kimlerin sorumlu olacağına tespiti ile tarafların hak, sorumluluk ve borçlarının ortaya konulması bakımından, araç çevirme uygulamaları üzerinden yürütülen faaliyetin niteliği ile bu faaliyet sırasında ortaya çıkan üçlü ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Bu amaca yönelik olarak çalışmamızda araç çevirme uygulamaları tarafından sunulan hizmetin niteliği ve bu uygulamalar üzerinden gerçekleştirilen yolcu taşımacılığı faaliyetleri kapsamında uygulama, yolcu ve sürücü arasındaki üçlü ilişki, bu pazardaki en büyük paya sahip olan Uber örneği üzerinden incelenecektir.

Uber'in faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığı sorunu temel olarak idare hukukuna ilişkin bir mesele olup, esas olarak çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak kanaatimizce Uber'in faaliyetlerinin niteliğinin ortaya konulması işbu idare hukuku meselenin çözümü açısından da önem taşımaktadır.

Bu amaçla çalışmamızda öncelikle dünyada ve ülkemizde araç çevirme uygulamaları hakkında genel açıklama yapıldıktan sonra araç çevirme uygulamalarının işleyişi, yolcular ile sürücüleri bir araya getiren diğer akıllı telefon uygulamalarından farkı da ortaya konularak açıklanacaktır. Araç çevirme uygulamalarının açıklanmasında Uber tarafından geliştirilen ve diğer uygulamaların da temelini oluşturan

¹⁴ UBER sürücüsü kadın yolcuyu dövdü iddiası, <http://www.hurriyet.com.tr/uber-surucusu-kadin-yolcuyu-dovdu-iddiasi-40783611>, (E.T.: 18.04.2018).

sistem esas alınacaktır. Sonra bu sistem çerçevesinde Uber, yolcu ve sürücü arasındaki hukuki ilişki değerlendirme konusu yapılacaktır. Bu üçlü ilişkinin ortaya konabilmesi bakımından çalışmamızda, her ne kadar iç hukukumuzda herhangi bir bağlayıcılığı bulunmasa da, Uber tarafından yürütülen faaliyetler ile Uber ile sürücüler arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin tespitler içeren Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) (*European Court of Justice*) kararı¹⁵ ile Birleşik Krallık¹⁶ ve ABD mahkemelerince verilen¹⁷ yargı kararlarına yer verilecektir. Zira Uber tarafından uygulanan sistemin ülke farklılığı gözetmeksizin temelde aynı prensiplere sahip olması nedeniyle, sistemin uygulanmasından kaynaklı hukuki uyuşmazlıklar benzer niteliktedir.

II. DÜNYADA VE ÜLKEMİZDE ARAÇ ÇEVİRME UYGULAMALARI

Teknolojik gelişmeler neticesinde kişisel ilişkinin çok zayıfladığı, çok kısa süreli ya da part-time çalışmanın karakteristik çalışma şekli haline geldiği “gig ekonomiler”¹⁸ dünyada hızla gelişmektedir. Gig

¹⁵ Judgement of 20 December 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL*, C-434/15, EU:C:2017:981, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-434/15>, (E.T. 19.01.2018).

¹⁶ Birleşik Krallık'ta sürücüler ile Uber arasındaki hukuki ilişkinin ele alındığı kararda, Uber tarafından yürütülen faaliyetlerin ulaşım hizmeti olduğu ve sürücüler ile Uber arasındaki hukuki ilişkinin istihdam ilişkisi olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. *Aslam & Farrar v. Uber*, No. 2202550/2015 (Employment Tribunal, 28.10.2016), para. 85-97, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>, (E.T.: 22.03.2018).

¹⁷ ABD'de Uber sürücüsü tarafından işçilik alacaklarının ödenmesi için açılan davada, Uber bir taşımacılık firması, sürücü de Uber'in işçisi kabul edilmiştir. Bkz. *Order of California Labor Commission, Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick* (Case No. 11-46739-Docket No. CGC15546378), 03.06.2015, s. 8, 9, <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical>, (E.T.: 22.03.2018).

¹⁸ Gig ekonomi kavramı sürekli iş ilişkileri yerine kısa süreli ya da bağımsız çalışmanın asıl olduğu iş piyasalarını ifade etmektedir. Bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/gig_economy, (E.T.:11.11.2017). Gig ekonomilerde, genel olarak uygulamalar (application) üzerinden talep olması halinde çalışmanın gerçekleşmesi sebebiyle bu tür ekonomik faaliyetler on-demand ekonomi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Valerio De Stefano, “The Rise of “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig Economy””, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, Vol. 37, Issue 3, s. 471; Elizabeth J. Kennedy, “Employed by an Algorithm: Labor Rights in the On-Demand Economy”, *Seattle University Law Review*, 2017, Vol. 40, Issue 3, s. 987; Jonathan V. Hall/Alan B. Krueger, “An Analysis of Labor Market for Uber’s Driver-Partners in The United States”, *Industrial and Labor Relations Review*, 2017, Vol. 71, Issue 3, s. 705.

ekonomiler içerisinde belki de en çok ses getireni, geleneksel taksicilik faaliyetinin yerini almaya aday olan, şehir içi yolculuk yapmak isteyen kişilerle, bu ulaşım hizmetini belli bir bedel karşılığı sunmayı kabul eden sürücülerin bir araya getirildiği araç çevirme uygulamalarıdır.

Araç çevirme uygulaması denildiğinde akla, bu alanda faaliyete geçen ilk şirket olması ve ulaştığı ekonomik büyüklük nedeniyle, ABD merkezli Uber Technologies Inc. gelmektedir. Uber, 2009 yılında kurulan ve akıllı telefonların GPS imkânlarından yararlanarak yolcularla sürücülerini eşleştiren bir Android, IOS ve Windows Phone uygulamasıdır.¹⁹ Toplam yetmiş dokuz ülkede²⁰ ve yedi yüz otuz dört şehirde²¹ faaliyet göstermekte olan Uber'in piyasa değeri 2017 sonlarında 48 Milyar USD olarak hesaplanmıştır.²² Dünyada faaliyete geçtiği günden bu yana Uber ile gerçekleştirilen yolculuk sayısı 2017 yılında beş milyar adedi aşmışken,²³ 10.07.2018 itibarı ile bu sayı on milyar adede ulaşmıştır.²⁴ Uber'in yanı sıra, bu alanda dünyada önde gelen diğer şirketler, yine ABD merkezli Lyft, Inc.²⁵ ve Çin merkezli Didi Chuxing²⁶ şirketleridir.

¹⁹ A. Alexander DeMasi, "Uber: Europe's Backseat Driver for the Sharing Economy", Creighton International and Comparative Law Journal, 2016, Vol. 7, Issue 1, s. 74.

²⁰ Ülke listesine <https://www.uber.com/tr/country-list/> adresinden erişildi (E.T.: 11.04.2018).

²¹ Şehir listesine <https://www.uber.com/tr/cities/> adresinden erişildi (E.T.: 11.04.2018).

²² Breaking Down Uber's Valuation: An Interactive Analysis, <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2018/02/22/breaking-down-ubers-valuation-an-interactive-analysis/#3ed144f94785>, (E.T. 11.04.2018).

²³ Breaking Down Uber's Valuation: An Interactive Analysis, <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2018/02/22/breaking-down-ubers-valuation-an-interactive-analysis/#3ed144f94785>, (E.T. 11.04.2018); Uber, Türkiye'deki yolcu sayısını 1 yılda 4'e katladı, <https://www.gazeteduvar.com.tr/ekonomi/2017/10/24/uber-turkiyedeki-yolcu-sayisini-1-yilda-4e-katladi/>, (E.T.: 25.01.2018).

²⁴ Bu sayıya ulaştırılan yemek siparişleri de dâhildir. Bkz. <https://www.uber.com/newsroom/10-billion/>, (E.T.: 25.07.2018).

²⁵ ABD'de ve Kanada'da faaliyet gösteren firma tarafından 2016 yılında 162,6 milyon yolculuk gerçekleştirilmişken, 2017 yılında gerçekleştirilen yolculuk sayısı bunun iki katını aşmış ve şirketin 2017 yılsonu itibarı ile değeri 11 Milyar USD olarak belirlenmiştir. Bkz. Lyft Gets \$500 Million Funding Boost, <http://fortune.com/2017/12/05/lyft-gets-1-5-billion-funding-boost-thanks-to-google/>, (E.T.: 03.05.2018).

²⁶ 450 milyon kullanıcısı bulunan (Bkz. <http://www.didichuxing.com/en/aboutus/overview>, (E.T.: 03.05.2018) firma, 2017 yılı itibarı ile 56 Milyar USD olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Didi Chuxing Faces Stiff Competition In Race To Dominate China's Ride-Sharing Market, <https://www.forbes.com/sites/ywang/2018/04/11/didi-chuxing-faces-stiff-competition-in-race-to-dominate-chinas-ride-sharing-market/#12d1b4f34a1e>, (E.T.: 03.05.2018).

Uber, dünya çapında UberX, UberBLACK, UberSELECT, UberXL ve UberLUX gibi farklı sürüş seçenekleri sunmakta olup, bu seçeneklerden UberX en düşük maliyetli olan ve profesyonel olmayan sürücülerin yolcularla temasa geçtiği üründür.²⁷ UberX ürünü, Avrupa'da UberPop olarak adlandırılmaktadır.²⁸ UberPop sürücülerini bakımından herhangi bir lisans aranmamakta olup, bu sayede profesyonel olmayan sürücüler, mesleki eğitim, sosyal güvenlik ödemeleri, sigorta zorunluluğu gibi taksi sürücülerinde aranan belli şartları sağlamadan bu hizmeti verebilmektedirler.²⁹ Ancak UberPop, Avrupa'da İtalya, Fransa, Belçika, Almanya, Bulgaristan, Danimarka ve Macaristan'da yasaklanmış bulunmaktadır.³⁰

Uber, ülkemizde de 2014 yılından bu yana İstanbul, Bodrum ve Çeşme'de faaliyet göstermektedir.³¹ Ancak Avrupa'nın birçok ülkesinde yasaklanmış bulunan UberPop ürünü ülkemizde faaliyete sokulmamış olup, yalnızca lisanslı araç ve sürücülerle³² yürütülen³³ UberXL adlı ürün hizmettedir. Ayrıca UberXL ürünü dışında, firma tarafından taksilere de uygulama üzerinden ücretsiz olarak hizmet sunulmaktadır.³⁴

²⁷ DeMasi, s. 75.

²⁸ DeMasi, s. 76.

²⁹ DeMasi, s. 76.

³⁰ DeMasi, s. 77 vd.; Noto La Diega, s. 401; Yetim, s. 631, 632; Uber: Which Countries Have Banned The Controversial Taxi App, <https://www.independent.co.uk/travel/news-and-advice/uber-ban-countries-where-world-taxi-app-europe-taxi-us-states-china-asia-legal-a7707436.html>, (E.T.: 01.06.2018)

³¹ Uber'den eleştirilere yanıt: Korsan değiliz her şeyimiz yasal, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ekonomi/769951/Uber_den_elestirilere_yanit__Korsan_degiliz_her_seyimiz_yasal.html, (E.T.: 18.04.2018); Yetim, s. 626.

³² Ülkemizde UberXL uygulamasına katılabilmek için sürücülerden D2 Belgesi, Yol ve Güzergâh Belgesi, ruhsat, şirket açılış belgesi, araç sigorta belgeleri talep edilmektedir. Bkz. <https://www.uber.com/tr/drive/requirements/>, (E.T.: 26.01.2018); D2 belgesi, Karayolları Taşıma Yönetmeliği'nin m. 6/4 hükmü uyarınca, "Otobüsle tarifeli veya tarifesiz yurtiçi yolcu taşımacılığı veya hususi taşımacılık yapacak gerçek ve tüzel kişiler..." den "ticari ve tarifesiz olarak yapacaklara" verilen yetki belgesidir. Aynı yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesi uyarınca tarifesiz yolcu taşıma, "Önceden bir taşıma hattı ve taşıma güzergâhı ile bir zaman ve ücret tarifi belirlenmeksizin; grup yolcu durumuna göre arazi veya mekik sefer düzenlenerek yapılan düzensiz ve grup yolcu taşımalarını" ifade etmektedir.

³³ İstanbul'un yeni kurdu: Uber, <http://www.hurriyet.com.tr/istanbulun-yeni-kurdu-uber-29761079>, (E.T.: 26.01.2018).

³⁴ Uber, Türkiye'deki yolcu sayısını 1 yılda 4'e katladı, <https://www.gazeteduvar.com.tr/ekonomi/2017/10/24/uber-turkiyedeki-yolcu-sayisini-1-yilda-4e>

Ülkemizde araç çevirme pazarında Uber'in yanı sıra, Ankara, İstanbul ve Bodrum'da hizmet sunan YOLO³⁵, OLEV³⁶ ve Scotty³⁷ gibi yerel uygulamalar da faaliyet göstermekte ve sektör giderek büyümektedir.³⁸

A. Uber tarafından Geliştirilen Araç Çevirme Uygulamasının İşleyişi

Uber tarafından geliştirilen araç çevirme uygulaması, uygulamaya dâhil olan sürücülerin, uygulama üzerinden şehir içi ulaşım hizmeti talep eden kişilere taşımacılık hizmeti sunmaları üzerine kuruludur. Müşteri durumundaki yolcu, kredi kartı bilgilerini Uber ile paylaşmak zorunda olup,³⁹ doğrudan uygulama üzerinden Uber ile temasa geçmekte ve yapmak istediği yolculuk bilgilerini firmaya iletmekte, Uber de uygulama üzerinden müşteriye bu hizmeti sunabilecek yakınlıktaki sürücülerden birisini müşteriye yönlendirmektedir. Yolculuk bitiminde ücret Uber tarafından yolcunun uygulamaya tanımlı kredi kartından otomatik olarak tahsil edilmekte ve tahsil edilen ücretten Uber'e ait kısım kesildikten sonra sürücüye ödeme yapılmaktadır.⁴⁰

katladı/, (E.T.: 25.01.2018).

³⁵ <https://www.yolo.com.tr/cities.html>, (E.T.: 12.04.2018).

³⁶ ABD'li belediyenin taksisinden indi, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/abdli-belediyenin-taksisinden-indi-40270315>, (E.T.: 12.04.2018).

³⁷ Bu uygulama ile aralarında yolculara sağlanan motorsikletle ulaşım hizmetinin de olduğu bir takım hizmetler sunulmaktadır. Bkz. <https://www.usescotty.com>, (E.T.: 23.06.2018).

³⁸ Anılan hizmetin İstanbul'daki pazar büyüklüğü, 2016 yılında 1,5 Milyar USD olarak ifade edilmektedir. Bkz. Uber'e yerli rakip yayında: İşte karşınızda Olev!, <http://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/ubere-yerli-rakip-yayinda-iste-karsinizda-olev-40275563>, (E.T.: 12.04.2018); Şirketin basında yer alan açıklamalarına göre 2017 yılı sonu itibarı ile Uber'in yolcu sayısı dörde katlanmış bulunmaktadır. Bkz. <https://www.gazeteduvar.com.tr/ekonomi/2017.10.24/uber-turkiyedeki-yolcu-sayisini-1-yilda-4e-katladı/>, (E.T. 25.01.2018); Bu büyüme 2018 yılında da katlanarak sürmekte olup, 2017 sonunda Uber'e kayıtlı araç sayısı taksiler dâhil 4.000 iken, 2018 Mayıs sonu itibarı ile bu sayı 10.100'e ulaşmış bulunmaktadır. Bkz. Beş ayda büyük artış: Uber'e dâhil olan araç sayısı iki kattan fazla arttı, <http://www.haberturk.com/uber-araci-5-ayda-4-binden-10-bine-cikti-1993045>, (E.T. 05.06.2018).

³⁹ Bkz. Uber B.V. Hükümler ve Koşullar, m. 3, <https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/>, (E.T.: 18.04.2018); DeMasi, s. 74.

⁴⁰ DeMasi, s. 74; Yetim, s. 626; Opinion of Advocate General Szpunar delivered on 11 May 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL*, C-434/15, EU:C:2017:364, para. 13, 15, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-434/15>, (E.T. 19.01.2018); Sürücüye ödenecek ücretin takdiri tamamen Uber'e ait olup bu

B. Araç Çevirme Uygulamalarının Araç Paylaşım ve Mobil Taksi Çağırma Uygulamaları ile Karşılaştırılması

Araç çevirme uygulamalarının yanı sıra, şehir dışı yolculukların paylaşılmasına yönelik olarak geliştirilen araç paylaşım (*ride sharing*) uygulamaları ile mobil taksi çağırma uygulamaları ülkemiz de dâhil olmak üzere birçok ülkede faaliyettedir.

Uzun mesafe yolculukların, *online* platform üzerinden, aynı yere gitmeyi planlayan diğer yolcularla belirli oranda masrafa katılmak karşılığında paylaşılması prensibine dayanan, yolcularla profesyonel olmayan sürücüleri bir araya getiren ve ülkemizde de faal olan BlaBlaCar gibi araç paylaşım uygulamaları ile araç çevirme uygulamaları birbirinden farklıdır.⁴¹ Zira araç paylaşım sisteminde, uygulama aracılığıyla, yolcu tarafından değil sürücü tarafından belirlenen bir yolculuk, yolculuk masraflarının sürücü tarafından belirlenen kısmının karşılanması karşılığında başka yolcularla paylaşılmaktadır.⁴² BlaBlaCar uygulamasında sürücü tarafından belirlenen ücret, yolculuk sırasında yolcu tarafından bizzat sürücüye ödenmektedir.⁴³ BlaBlaCar ise sürücünden, belirlenen ücret üzerinden belirli oranda hizmet bedeli tahsil etmektedir.⁴⁴

Araç paylaşım uygulamalarında paylaşılan yolculuk, sürücünün yolcudan bağımsız olarak planladığı ve doğrudan doğruya sürücünün menfaatinin söz konusu olduğu bir yolculuktur. Oysaki araç çevirme uygulamalarında sunulan yolculuk doğrudan yolcunun talep ettiği iki nokta arasındadır ve sürücünün bu yolculuktan elde edeceği ücret haricinde herhangi menfaati bulunmamaktadır.⁴⁵

durum sürücülerin işçi statüsünde çalıştıklarının bir gerekçesi sayılmaktadır. Bkz. Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick, s. 9; İstanbul'un yeni kurdu: Uber, <http://www.hurriyet.com.tr/istanbulun-yeni-kurdu-uber-29761079>, (E.T.: 26.01.2018).

⁴¹ BlaBlaCar'ın internet sayfasında uygulama, uzun mesafe araç havuzu platformu olarak tanımlanmaktadır. Bkz. <https://www.blablacar.com/about-us>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴² Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (Opinion), para. 42.

⁴³ Bkz. <https://www.blablacar.com.tr/sss/soru/odemeyi-nasil-alirim>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴⁴ Bkz. <https://www.blablacar.co.uk/about-us/terms-and-conditions>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴⁵ Noto La Diega, s. 400.

Mobil taksi çağırma uygulamalarına ise, ülkemizde faaliyet göstermekte olan BiTaksi uygulaması örnek gösterilebilir.⁴⁶ Bu uygulama, İstanbul ve Ankara'da hizmet veren, sisteme kayıtlı taksi sürücülere ile taksi arayan yolcuları bir araya getiren bir akıllı telefon uygulamasıdır.⁴⁷ Bu uygulamada ödenecek yolculuk bedeli, taksimetre ile belirlenmekte olup, bu şekilde belirlenen yolculuk ücreti taksi sürücüsü tarafından sisteme girilmekte ve yolcu tarafından uygulama üzerinden onaylanmaktadır. Söz konusu ücret nakit olarak taksi sürücüsüne ödenebildiği gibi, kredi kartı üzerinden BiTaksi uygulaması aracılığıyla da ödenebilmektedir.⁴⁸ Uygulama yolcular tarafından ücretsiz olarak kullanılırken, taksi sürücülere uygulama üzerinden gerçekleşen yolculuk bedelleri üzerinden belirli bir oranda komisyon ödemektedirler.⁴⁹

Araç paylaşım ve mobil taksi çağırma uygulamaları çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Uber tarafından BiTaksi uygulamasına benzer şekilde, taksicilere ücretsiz olarak sunulan hizmet de çalışmamızın kapsamı dışında olup, yalnızca Uber tarafından ülkemizde sunulan UberXL hizmeti ve dolaylı olarak da bu hizmete benzer şekilde faaliyet gösteren diğer uygulamalar çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

III. UBER, YOLCU VE SÜRÜCÜ ARASINDAKİ ÜÇLÜ İLİŞKİ

Dünyada Uber'in faaliyette olduğu şehirlerde geleneksel taksicilik faaliyeti yürüten kişi ve şirketler, Uber'in yasal gereklere uymaksızın yolcu taşımacılığı faaliyeti sürdürdüğünü iddia etmektedir. Diğer taraftan Uber sürücülere de dünyanın birçok ülkesinde Uber ile aralarındaki ilişkinin istihdam ilişkisi olduğunu ve kendilerinin çalışan olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Tüm bu iddialara karşılık olarak Uber, kendilerinin yazılım şirketi olduğunu ve kendileri tarafından yolcular ile sürücülere aracılık hiz-

⁴⁶ BiTaksi uygulaması, Rekabet Kurulu'nun 14-23/462-200 sayılı ve 02.07.2014 tarihli kararı ile mobil taksi çağırma uygulamaları pazarında kabul edilmiştir. Bkz. 14-23/462-200 sayılı ve 02.07.2014 tarihli Rekabet Kurulu kararı, para. 10, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=69746b84-9fb4-4083-b779-b92938d0f943>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴⁷ Bkz. <http://www.bitaksi.com/bitaksi-nedir/>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴⁸ Bkz. <http://www.bitaksi.com/kullanim-kosullari/>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴⁹ 14-23/462-200 sayılı ve 02.07.2014 tarihli Rekabet Kurulu Kararı, para. 9, dn. 1.

meti sunulduğunu, bir anlamda şehir içi ulaşıma yönelik arz ve talebin bir araya getirildiğini öne sürmektedir.⁵⁰ Bu bakımdan Uber, şehir içi yolcu taşımacılığı faaliyeti yürütmediğini savunmakta olup, verilen hizmetin kalitesi, verilen hizmetlerdeki aksamalar, ürünlerdeki sorunlar ve benzeri konularda kesinlikle herhangi bir sorumluluk kabul etmediğini beyan etmektedir.⁵¹

Bu iddialardan hangisinin haklı olduğunun saptanabilmesi için Uber tarafından yürütülen faaliyetlerin niteliği ortaya konularak, Uber, yolcu ve sürücü arasındaki üçlü ilişkide taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tarifine ve vasıflandırılmasına ihtiyaç vardır. Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle Uber ile yolcular arasındaki ilişki ve bu anlamda Uber tarafından yürütülen faaliyetin niteliği ele alınacaktır. Bu nitelendirmenin yapılmasından sonra da Uber ile sürücüler arasındaki ilişki incelenecektir.

A. Uber ile Yolcu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Uber üzerinden gerçekleşen yolculuk bakımından, yolcunun taraf olduğu sözleşmenin yolcu taşıma sözleşmesi olduğu konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu konudaki tartışma, yolcunun taraf olduğu yolcu taşıma sözleşmesinin diğer tarafının Uber mi, yoksa taşımayı fiilen gerçekleştiren sürücü mü olduğu noktasındadır. Bunun için öncelikle hukukumuz bakımından yolcu taşıma sözleşmesi, unsurları ile birlikte ele alınacak olup, sonrasında Uber şirketinin iddialarıyla birlikte konunun değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

1- Yolcu Taşıma Sözleşmesi

Taşıma sözleşmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) "Taşıma İşleri" başlıklı beşinci kitabında madde 850 ve devamında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kitabın "Yolcu Taşıma" başlıklı beşinci kısmında madde 906 ve devamı hükümleri ile yolcu taşımacılığına ilişkin özel nitelikli düzenlemeler getirilmiştir. TTK'da yer alan hükümlerin yanı sıra "*karayolu taşımalarını ülke ekonomisinin gerektirdiği*

⁵⁰ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (Opinion), para. 43.

⁵¹ Yetim, s. 628; Bu yaklaşım bir görüş tarafından haklı bulunmakta ve doğrudan sürücü ile yolcu arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğu savunulmaktadır. Bkz. Yetim, s. 631, 657.

şekilde düzenlemek, taşımada düzeni ve güvenliği sağlamak, taşımacı, acente ve taşıma işleri komisyoncuları ile nakliyat ambarı ve kargo işletmeciliği ve benzeri hizmetlerin şartlarını belirlemek, taşıma işlerinde istihdam edilenlerin niteliklerini, haklarını ve sorumluluklarını saptamak, karayolu taşımalarının, diğer taşıma sistemleri ile birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini ve mevcut imkânların daha yararlı bir şekilde kullanılmasını sağlamak” amacıyla 10.07.2003 tarih ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu kabul edilmiş bulunmaktadır.

Her iki kanunda da yolcu taşıma sözleşmesinin tanımına yer verilmemiş olmasına rağmen, anılan kanunlardaki düzenlemelerden yola çıkılarak yolcu taşıma sözleşmesi, TTK m. 914/I hükmü uyarınca, taşıyıcının yolcuların rahat bir yolculukla ve sağlıklı olarak gidecekleri yere ulaştırma yükümlülüğünü üstlenmesi, buna karşılık olarak da yolcunun TTK m. 850/II hükmü uyarınca bu hizmet karşılığında ücret ödemeyi üstlenmesi ile kurulan kendine özgü bir sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır.⁵² Yolcu taşıma denildiğinde ilk akla gelen uçak, otobüs, tren gibi taşıtlar olmakla birlikte, taksi, dolmuş, minibüs,⁵³ tramvay gibi şehir içi ulaşım araçlarıyla ya da özel araçlarla belirli ücret karşılığında yapılan taşımalarda da yolcu taşıma sözleşmesi kurulmaktadır.⁵⁴ Tanımdan da anlaşıldığı üzere taşıma sözleşmesinin tarafları yolcu ve taşıyıcıdır.

a. Yolcu

Bir yerden bir yere giden kişiye yolcu denilmekte olup, bu gidişin başkasının taşıtı ile gerçekleşmesi halinde yolcu taşıma söz konusu olmaktadır. Yolcu taşımanın ücret karşılığı yapıldığı hallerde ticari anlamda taşıma ilişkisi kurulmakta, ücretin söz konusu olmadığı hallerde ise hatır taşınması söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan taşıtın türü, taşıyıcının bu işi meslek edinip edinmediği dikkate alınmaksızın, bir kişi tarafından ücret karşılığı olarak yolcu taşınması halinde yolcu taşıma sözleşmesi kurulmaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla yolcu taşıma sözleşme-

⁵² Çelik Ahmet Çelik, Karayolu İle Yolcu Taşıma, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 20, 21.

⁵³ Bkz. Y11HD, E. 1999/7367, K. 1999/4456, T. 15.11.1999; Y11HD, E. 2000/10258, K. 2001/1399, T. 19.02.2001, Çelik A. Çelik, s. 284, 285.

⁵⁴ Çelik A. Çelik, s. 7, 25.

⁵⁵ Çelik A. Çelik, s. 3.

lerinde yolcunun ücret ödeme borcu, TTK m. 850/II hükmü uyarınca sözleşmenin esaslı unsurlarındandır.⁵⁶

Uber sistemi aracılığıyla, yolcunun bir yerden başka bir yere ücret karşılığı taşınması söz konusu olduğundan Uber sistemini kullanarak ulaşım hizmeti alan kişiler yolcu sıfatını taşımakta olup, taraf oldukları sözleşme yolcu taşıma sözleşmesi niteliğindedir.

b. Taşıyıcı

TTK m. 850/I hükmü uyarınca taşıyıcı⁵⁷, “*taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir.*” Taşıma işi aynı maddenin 3. fıkra hükmü ile ticari işletme faaliyeti olarak kabul edilmiş olup, TTK m. 851 hükmü ile eşya ve yolcu taşımayı arızı olarak üstlenen kişiler hakkında da bu kitap hükümlerinin, uygun düştükleri ölçüde uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda taşıma işini meslek edinmeyen, ticaret ve esnaf odası üyesi olmayan ve vergi kaydı bulunmayan kişilerin özel otomobilleri ile ücret karşılığında arızı olarak yolcu taşımaları halinde de, bu kişiler taşıyıcı olarak sorumlu tutulacaklar ve haklarında uygun düştüğü ölçüde TTK hükümleri uygulanacaktır.⁵⁸ TTK hükümlerinin uygun düşmediği durumlarda ise genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.⁵⁹

Yolcu taşıma sözleşmesi, taşıyıcının ücret karşılığında yolcuyla varacağı yere ulaştırmayı üstlenmesiyle kurulmaktadır. Ancak taşıma ediminin bizzat taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Taşıyıcı, üstlendiği taşıma edimini bizzat yerine getirebileceği gibi yolcuları başkasına da taşıtabilir.⁶⁰ Nitekim Yargıtay tarafından da, taşıma işinin gerçekleştirildiği taşıtın bilet satan kişiye ait olmamasının, bilet satanın TTK m. 914 (Mülga TTK m. 806) hükmü uyarınca taşıyıcı sıfatıyla sorumlu olmasına engel olmayacağına, bilet satışıyla birlikte yol-

⁵⁶ Çelik A. Çelik, s. 3.

⁵⁷ TTK'da “taşıyıcı” kavramına yer verilmiş olsa da, doktrinde bir görüş tarafından Karayolu Taşıma Kanunu'nda yer verilen “taşımacı” kavramı daha isabetli bulunmaktadır. Bkz. Çelik A. Çelik, s. 9.

⁵⁸ Çelik A. Çelik, s. 10; Gönen Eriş, Taşıma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 168; Aynı yönde, Y11HD, 1983/592, K. 1983/699, T. 17.02.1983, Çelik A. Çelik, s. 286, 287.

⁵⁹ Çelik A. Çelik, s. 8, 10.

⁶⁰ Çelik A. Çelik, s. 10.

cu taşıma sözleşmesinin kurulduğuna karar verilmiştir.⁶¹ Yargıtay'ın bir başka kararında⁶² da, taşıma kooperatifinin taşıyıcı sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak "... otobüsün davalı kooperatife kayıtlı olup olmadığı, kooperatifin taşımanın yapıldığı hattı işletip işletmediği, davaya konu taşımayı kooperatifin organize ve idare edip etmediği, böylece kooperatifin taşıyıcı sıfatının ve bu nedenle sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ..." hususlarının tespit edilip buna göre karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Yine Yargıtay'ın bir başka kararında,⁶³ taşıyıcı kavramı daha da geniş yorumlanarak, okul ile taşıma şirketi arasında öğrenci, öğretmen ve personelin taşınmasına yönelik sözleşme yapıldığı ve bu sözleşmeye istinaden taşıma şirketi tarafından gerçekleştirilen servis hizmeti sırasında meydana gelen zarardan okulun da taşıyıcı sıfatıyla sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. Anılan kararda "*servis araçlarının kiralanması, taşımacılık işlerinde bulunulması, ihalenin yapılması ve araçların seçim ve denetiminden tamamen okul yönetiminin etkili ve yetkili olduğu, ... davalı Vakfın söz konusu taşıma işini denetleme ve kontrol yetkisine sahip olduğu, bu durumda vakfın da taşıyan olarak kabulü gerektiği...*" ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay, taşıyıcılık sıfatını geniş yorumlanmakta ve yalnızca fiili taşıyıcıları değil taşıma faaliyetinin yürütülmesi ve denetlenmesinde söz sahibi olan diğer kişileri de taşıyıcı olarak kabul etmektedir.

2- Uber Tarafından Öne Sürülen İddiaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi

Doktrin ve Yargıtay kararları ile taşıyıcılık sıfatı geniş yorumlansa da, Uber bu yaklaşımı reddetmekte ve Uber uygulaması üzerinden gerçekleştirilen yolcu taşıma faaliyetleri çerçevesinde taşıma sözleşmesinin doğrudan yolcu ile sürücü arasında kurulduğunu, kendilerinin taşıma sözleşmesinin tarafı olmayıp yalnızca taraflara aracılık hizmeti sunduğunu iddia etmektedir. Bu doğrultuda Uber'in internet sitesinde yer alan ve Uber tarafından sunulan hizmetlerin kullanımına ilişkin düzenlemeler içeren "*Uber B.V. Hükümler ve Koşullar*" başlıklı metinde "*Uber'in taşımacılık veya lojistik hizmeti sağlamadığını ya da taşımacı ola-*

⁶¹ Y11HD, E. 2003/4767, K. 2003/11386, T. 02.12.2003, kazanci.com, (E.T.: 01.03.2018)

⁶² Y11HD, E. 2117, K. 3337, T. 07.03.2012, Eriş, s. 1008, 1009.

⁶³ Y11HD, E. 13245, K. 2183, T. 03.03.2011, Eriş, s. 1021 vd.; Aynı yönde, Y11HD, E. 9731, K. 2107, T. 11.03.2002, Eriş, s. 1047, 1048.

rak görev yapmadığını ve tüm bu taşımacılık ve lojistik hizmetlerin Uber'in veya herhangi bir bağlı kurumun çalışanı olmayan bağımsız üçüncü şahıs taraflarca sağlandığını kabul etmekteyiz” hükmü bulunmaktadır.⁶⁴ Aynı metnin “Ferağatler; Sorumluluğun Sınırlanması; Teminat” başlıklı 5. maddesinde “Uber ayrıca, hizmetlerin kullanımıyla elde edilen hizmetin, herhangi bir hizmetin veya malın güvenilirliğini, dakikliğini, kalitesini, uygunluğunu veya mevcudiyetini ya da hizmetin kesintisiz ve hatasız olacağını ifade etmez, kefil olmaz ya da garanti etmez.” ve “Uber'in, işbu hükümlerde açıkça belirtilenler dışında, üçüncü şahıs sağlayıcılar tarafından verilen taşımacılık, mal veya lojistik hizmetleri için size karşı hiçbir yükümlülüğü bulunmadığını kabul etmekteyiz” hükümlerine yer verilmiştir.⁶⁵

Uber'in bu yöndeki iddiaları, ilk başta akla simsarlık sözleşmesini getirmektedir. Simsarlık sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 520/I hükmünde “... simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir” şeklinde tarif edilmektedir. Bu kapsamda simsarlık faaliyeti üç şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki sözleşme yapma fırsatı sağlamak, ikincisi sözleşme kurulmasına aracılık etmek ve sonuncusu da sözleşme müzakerelerini yönlendirmek şeklindedir.⁶⁶

Ancak simsarlık faaliyeti, maddi edim vekâleti niteliğinde olup hiçbir zaman hukuki işlem vekâletini içermemektedir.⁶⁷ Dolayısıyla sözleşmenin esaslı unsurlarına karar verme yetkisi vekâlet verendir. Oysaki Uber tarafından sunulan UberXL hizmeti bakımından taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları doğrudan doğruya Uber ile yolcu

⁶⁴ Bkz. Uber B.V. Hükümler ve Koşullar, m. 2, <https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/>, (E.T.: 18.04.2018). Söz konusu metin, sitede yer verildiği şekliyle, büyük harflerle alıntılanmıştır.

⁶⁵ Bkz. Uber B.V. Hükümler ve Koşullar, m. 5, <https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/>, (E.T.: 18.04.2018). Söz konusu metin, sitede yer verildiği şekliyle, büyük harflerle alıntılanmıştır.

⁶⁶ Salih C. Şahiniz, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu - Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 7, 8; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 206.

⁶⁷ Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 647; Gümüş, s. 207; Şahiniz, s. 26; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 797.

arasında belirlenmektedir. Sürücünün sözleşmenin esaslı unsurları bakımından hiçbir söz hakkı bulunmamaktadır.⁶⁸ Yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından taşıma edimi yolcu tarafından, taşıma ediminin karşılığı olan ücret edimi ise Uber tarafından belirlenmektedir. Sürücü ise yalnızca, yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında Uber tarafından borçlanılan taşıma hizmetini, Uber'in kendisine ödeyeceği bedel karşılığında fiilen sunmaktadır. Bu bakımdan sürücünün yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olmasından bahsetmek mümkün değildir.

Dolayısıyla, her ne kadar Uber hazırladığı sözleşmelerle, araç çevirme uygulaması üzerinden kurulan üçlü ilişkide, yolcu ve sürücü ile arasındaki ilişkiyi kendi yararına olacak şekilde simsarlık sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek bir aracılık hizmeti olarak adlandırsa da⁶⁹ hukukumuz buna müsaade etmemektedir. Nitekim TBK m. 19/I hükmüne göre *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ... tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”* Bu yasa hükmünün sonucu olarak hukukun uygulanması taraflara bırakılmamış olup, sözleşmenin türü ve içeriği hakim tarafından ya da gerekmesi halinde idari makamlar tarafından belirlenecektir.⁷⁰

Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları ile kurulmakta olup irade beyanlarının uygunluğu yorum yoluyla tespit edilir. Taraf iradelerinin birbirine uygunluğu fiili uygunluk şeklinde olabileceği gibi, farazi uygunluk şeklinde de ola-

⁶⁸ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 39; Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (Opinion), para. 43 vd.; Aslam & Farrar v. Uber, No. 2202550/2015 (Employment Tribunal, 28.10.2016), para. 92, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>, (E.T.: 22.03.2018).

⁶⁹ Bu durum Uber'in ülkemize özgü bir yaklaşımı olmayıp, araç çevirme uygulamasının niteliği itibarı ile faaliyet gösterdiği ülkelerin mevcut yasal düzenlemelerine uyum sağlamak zorlanmakta ve bu düzenlemelere karşı mücadele vermektedir. Bu kapsamda başvurduğu yöntemlerden birisi de hukuki yünden yoruma açık olabileceğini düşündüğü alanları kendi lehine kullanma yolunu seçmektir. Bkz. Domenic J. Martini, “International Regulatory Entrepreneurship: Uber’s Battle with Regulators in France”, *San Diego International Law Journal*, 2017-2018, Vol. 19, Issue 1, s. 132.

⁷⁰ İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Kadıoğlu Matbaası, Ankara, 1987, s. 14; Ali Güzel, “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı...”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 35.

bilir.⁷¹ Fiili uygunluk durumunda her iki taraf da sözleşme yapılırken birbirlerini karşılıklı olarak doğru anlamakta, dolayısıyla güven ilkesine göre yoruma gerek kalmaksızın, sözleşme bu gerçek ve fiili, yani doğru anlayışa göre kurulmaktadır.⁷² Zira bir irade beyanı, beyanda bulunanın gerçek arzusunu yansıtmasa da, karşı tarafın gerçek arzuyu bildiği hallerde, *falsa demonstratio non nocet* (yanlış belirtme zarar vermez) ilkesi gereği sözleşme tarafların karşılıklı uyum içerisindeki fiili ve gerçek iradelerine göre kurulmuş olur.⁷³ Bu şekilde kurulan sözleşme metinlerinde, kasten ya da yanlışlıkla yer verilen açık şekilde gerçeğe aykırı ifadeler dikkate alınmayarak, tarafların örtülü ya da açık diğer açıklamaları, sözleşmenin amacı ve sözleşme taraflarının menfaat durumu göz önünde bulundurularak gerçek iradenin tespiti yoluna gidilmesi gerekmektedir.⁷⁴ Zira sözleşmenin hukuken nitelendirilmesi yorumdan farklı olarak, tamamen taraf iradelerinin dışında kalan bir konudur. Hâkim, tarafların nitelendirmesine bakmaksızın önüne gelen sözleşmenin gerçekte hukuken hangi tipte olduğunu, sözleşmenin içeriğine bakmak suretiyle, re'sen araştırıp belirler. Örneğin taraflar, akdettikleri sözleşmeyi kira sözleşmesi olarak adlandırsalar da, içeriğinde yer alan hükümlerden satış sözleşmesi olduğu anlaşılan bir sözleşme, taraflar onu öyle olarak adlandırdılar diye kira sözleşmesi olmaz.⁷⁵

Bu noktada Uber ile yolcu arasındaki sözleşmede tarafların gerçek iradelerinin ve bu kapsamda Uber tarafından yolcuya sunulan hizmet-

⁷¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 407.

⁷² Eren, s. 407; Nurchihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak-Haziran 2017, C. 8, S. 1, s. 39.

⁷³ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 71; Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 46, 76; Dalcı Özdoğan, s. 36, 37.

⁷⁴ Sözleşmenin amacı dikkate alındığında gereklilik bulunması halinde, sözleşme metninde kullanılan tabirlerin lafzi anlamlarıyla bağlı kalınmayarak, tarafların gerçek veya en azından farazi iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bkz. Kaplan, s. 61; Aynı yönde Güzel, *Bağımlılık Unsuru*, s. 116, 117; İsviçre hukukunda 2001 yılına geçerli kabul edilen, açık bir sözleşme hükmünün yoruma ihtiyaç duymayacağı yönündeki açıklık ilkesi, 2001 yılından itibaren reddedilmekte olup, konuya ilişkin detaylı değerlendirmeler için, Bkz. Dalcı Özdoğan, s. 41 vd.

⁷⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 338, para. 21.

tin niteliğinin tespiti bakımından, ABAD Büyük Dairesi tarafından verilen 20.12.2017 tarihli ve C-434/15, EU:C:2017:981 sayılı Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL kararı emsal teşkil etmektedir.

Anılan karara konu uyuşmazlık, Barcelona'da faaliyet gösteren Élite Taxi isimli birliğin, Uber Systems Spain SL şirketinin yürüttüğü faaliyetler neticesinde haksız rekabet hükümlerini ihlal ettiği iddiasıyla İspanyol Mahkemeleri önünde açtığı dava ile yargıya taşınmıştır.⁷⁶ Söz konusu davada İspanyol Mahkemesi, Uber Systems Spain SL şirketi her ne kadar faaliyetlerini İspanya'da sürdürüyor olsa da, bu faaliyetin uluslararası bir platform üzerinden yürütülmesi nedeniyle firmanın faaliyetlerinin Avrupa Birliği (AB) seviyesinde değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle, anılan şirket tarafından yürütülen faaliyetlerin taşımacılık hizmeti mi (*transport service*), elektronik aracılık hizmeti mi (*electronic intermediary service*) yoksa bilgi toplumu hizmeti mi⁷⁷ (*information society service*) olduğuna dair bir ön karar verilmesi için davayı ABAD'a taşımıştır.⁷⁸

ABAD konuya ilişkin kararında temelde, kendi araçlarını kullanan profesyonel olmayan sürücülerle, bir yerden başka bir yere yolculuk etmek isteyen kişilerin bir araya getirilmesine ilişkin aracılık hizmetinin taşımacılık hizmetinden ayrı bir hizmet olduğunu kabul etmekle⁷⁹ birlikte, yürütülen bu hizmetin alelede aracılık hizmetinden öteye geçtiğine hükmetmektedir.⁸⁰ Zira Uber tarafından uygulama üzerinden kentsel ulaşım hizmeti sunulmakta ve bu hizmet, kabul etmek isteyen kişiler yararına ancak uygulama üzerinden ulaşılabilir kılınmaktadır.⁸¹

⁷⁶ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 13.

⁷⁷ Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan AB'nin 98/34/EC Direktifi'nin 1(2) hükmü uyarınca, bilgi toplu hizmetleri, ücret karşılığında, hizmet alanın talebi üzerine, elektronik imkânlarla mesafeli olarak sunulan hizmet şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. C-434/15, EU: C:2017:981, para. 3; AB'nin 2000/31/EC Direktifi'nin 3(2) hükmü uyarınca, üye devletlerin başka bir üye devletten sağlanan bilgi toplumu hizmetlerini, 3(4) hükmünde gösterilen istisnai haller dışında engelleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz. Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 6.

⁷⁸ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 18.

⁷⁹ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 34.

⁸⁰ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 37; Aynı yönde, Noto La Diega, s. 401.

⁸¹ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 38.

Diğer bir deyişle, Uber tarafından aracılık edildiği iddia edilen hizmet, Uber uygulaması kullanılmaksızın ulaşılabilen bağımsız bir hizmet değildir.

Bu bakımdan aracılık hizmeti neticesinde, alım satım ya da hizmet ilişkisinin kurulduğu hallerde, sunulan hizmetin aracılık faaliyeti sınırlarında kalıp kalmadığının tespitinde, hizmeti sunanın ya da satıcının söz konusu faaliyeti, anılan aracılık hizmetinden bağımsız şekilde, yani o aracılık hizmeti olmasa da sürdürüp sürdürmediğinin dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin uçak ya da otel rezervasyonu sağlayan platformlar tarafından sunulan aracılık hizmetleri, her ne kadar hem hizmeti alan hem de hizmeti sunan tarafa gerçek bir katma değer sağlasa da, aracılığa konu uçuş ve otelcilik hizmetleri aracılık hizmetlerinden bağımsız ve ayrı birer faaliyet niteliğine sahiptir. Ayrıca bu aracılık hizmetleri neticesinde bağitlanan sözleşmelerde, en başta konaklama ücreti ve uçak bileti bedeli olmak üzere sözleşmenin esaslı unsurları doğrudan aracılık hizmeti sunulan oteller veya havayolu şirketleri tarafından belirlenmektedir.⁸² Bu şekilde aracılık faaliyetine konu hizmeti sunan tarafın bağımsızlığına ilişkin şartlar gerçekleşirse, aracılık faaliyeti ayrı ve bağımsız bir hizmet olarak kabul edilebilecektir. Aksi halde aracılığa konu hizmetler aracılık faaliyetiyle bir bütün oluşturmakta ve oluşan bu birleşik hizmetin nitelenmesinde, sunulan hizmete ekonomik açıdan anlam veren karakteristik hizmetin dikkate alınması gerekmektedir.⁸³

Bu bağlamda Uber tarafından geliştirilen uygulama sayesinde, söz konusu uygulama olmasa taşımacılık hizmeti sun(a)mayacak sürücüler ile yine bu uygulama olmasa, şehir içi yolculuk yapmak istemesine rağmen bu sürücüler tarafından sunulacak taşıma hizmetini kullan(a)mayacak kişiler bir araya getirilmektedir. Yani Uber sürücülerini tarafından sunulan taşımacılık hizmetinin varlığı, Uber uygulamasının varlığına bağlıdır.

Dahası Uber'in, sürücüler tarafından sunulacak olan taşımacılık hizmetine ilişkin şartlar üzerinde de belirleyici etkisi bulunmaktadır.⁸⁴ En basitinden uygulama üzerinden sağlanacak taşımacılık hizmetinin be-

⁸² Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (Opinion), para. 59.

⁸³ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL(Opinion), para. 33-35.

⁸⁴ Aslam & Farrar v. Uber, para. 90, 91.

deli Uber tarafından belirlenmekte olup, bu bedel yolcudan tahsil edildikten sonra sürücünün payı aktarılmaktadır. Buna ilave olarak Uber'in, taşımacılık hizmetinin gerçekleştirileceği araçların nitelikleri, sürücüler ve davranışları üzerinde, belli durumlarda sürücülerin sistemin dışına atılmasına kadar varabilen kesin bir hâkimiyeti bulunmaktadır.⁸⁵

Dolayısıyla ABAD, Uber'in sunduğu aracılık hizmetinin, karakteristik unsuru taşımacılık hizmeti olan birleşik hizmetin bütünleyici unsuru olduğuna ve Uber tarafından sunulan işbu birleşik hizmetin bilgi toplumu hizmeti olmayıp, taşımacılık hizmeti olduğuna hükmetmiştir.⁸⁶

Anılan kararlar ışığında Uber tarafından ülkemizde taksi sürücülerine ve yolcularına ücretsiz olarak sunulan hizmetler bakımından aracılık hizmetinden bahsedilebilecektir. Aynı durum çalışmamızın kapsamı dışında bırakılan BiTaksi uygulaması için de geçerlidir. Zira her ne kadar anılan uygulamalar hem yolcular hem de taksi sürücülerine lehine katma değer yaratsa da, taksicilik hizmeti anılan uygulamalar olmadan da varlığını sürdürmektedir. Buna ek olarak yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları, taksi sürücüsü ile yolcunun iradelerine göre belirlenmekte dolayısıyla bu sözleşmenin tarafları yolcu ve taksi sürücüsü olmaktadır.⁸⁷

⁸⁵ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 39; Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (Opinion), para. 43 vd.; Söz konusu hakimiyet aynı zamanda Uber sürücülerinin, Uber'in işçisi olduğuna gerekçe oluşturmaktadır. Bkz. Aslam & Farrar v. Uber, para. 52-57, 92; Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick, s. 9; Güç ve bilgi asimetrisinin, özellikle de geçimini Uber üzerinden sağlama amacıyla olan sürücüler üzerinde kurulan denetim ve hakimiyet bakımından etkisi için, Bkz. Alex Rosenblat/Luke Stark, "Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers", *International Journal Of Communication*, 2016, Vol. 10; Noto La Diega, s. 410.

⁸⁶ Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, para. 40, 48; Aynı yönde, Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick, s. 8; Aslam & Farrar v. Uber, para. 89, 92; Benzer şekilde İtalya'da da mahkeme tarafından, taksicilik hizmetleri kapsamında arz ve talebin uygulama üzerinden buluşturulmasıyla, yolcuların taksi taleplerinin dağıtıldığı merkez istasyonu arayarak bu hizmete ulaşmaları arasında fark bulunmadığı kabul edilmiştir. Bkz. Noto La Diega, s. 402.

⁸⁷ Yargıtay, BiTaksi uygulamasının belki de ilkel hali olarak nitelendirilebilecek olan taksi bürolarının taşıma sözleşmesinin tarafı olduğuna karar vermiştir. Bkz. Y11HD, E. 1979/4273, K. 1979/4001, T. 19.09.1979, www.kazanci.com, (E.T.: 18.04.2018). Ancak anılan karara esas uygulama bakımından, yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları doğrudan taksiciler ile yolcular tarafından belirlendiğinden ve taksi büroları yalnızca sözleşme kurulmasına aracılık ettiğinden, anılan büroların taşıma sözleşmesinin tarafı olarak kabul edilmesi kanaatimizce isabetsizdir.

Ancak UberXL hizmeti bakımından bu şartların her ikisi de gerçekleşmemektedir. İlk olarak, her ne kadar UberXL hizmeti lisanslı profesyonel sürücüler tarafından gerçekleştiriliyor olsa da, anılan uygulama olmaksızın, örneğin Uber uygulamasına erişimin engellenmesi halinde, ülkemizdeki UberXL sürücülerinin faaliyetlerine aynı şekilde devam etme ve bu hizmete yolcular tarafından aynı şekilde ulaşılabilmek imkânı bulunmamaktadır.

Diğer şarta gelince, yolculuğun gerçekleştirileceği araçların türü, sürücünün davranışları gibi hususlarla yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde doğrudan Uber'in hâkimiyeti bulunmaktadır. Dolayısıyla Uber'in UberXL ürünü kapsamında ülkemizde gerçekleştirdiği faaliyetler taşımacılık faaliyeti olup, bu taşımacılık faaliyetlerinde yolcu taşıma sözleşmesi Uber ile yolcu arasında kurulmaktadır. Her ne kadar Uber ile yolcunun beyanları taşıma sözleşmesinden farklı da olsa, Uber belli bir ücret karşılığında, yolcunun talep ettiği iki nokta arasında taşıma hizmeti sunmakta ve bu hizmet yolcu tarafından ücret karşılığında kabul edilmektedir. Bu nedenle UberXL söz konusu olduğunda, Uber ile yolcu arasındaki fiili anlaşma yolcu taşıma sözleşmesinin bütün objektif ve esaslı unsurlarını taşımaktadır.

Uber ile yolcu arasındaki hukuki ilişkinin yolcu taşıma sözleşmesi olduğunun tespitinin bir sonucu olarak, TTK m. 854 hükmünde yer alan *"Kanununun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları hâlinde de hüküm aynıdır"* şeklindeki düzenleme karşısında, Uber şirketinin internet sayfasında yer verilen *"Uber B.V. Hükümler ve Koşullar"* adlı metindeki sorumsuzluk kayıtları hiçbir anlam taşımamaktadır.⁸⁸ Belirtilmelidir ki, bu tür sorumsuzluk kaydı içeren sözleşmelerin tamamı değil, yalnızca sorumsuzluk kayıtları geçersiz kabul edilecektir.⁸⁹ Dolayısıyla yolcu ile Uber arasındaki yolcu taşıma sözleşmesi varlığını sürdürecektir.

⁸⁸ Nitekim Yargıtay da yolcu taşıma biletlerinde yer verilen, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan düzenlemeleri geçersiz kabul etmektedir. Bkz. Y11HD, E. 2003/2649, K. 2003/9079, T. 09.10.2003, www.kazanci.com, (E.T.: 18.04.2018).

⁸⁹ Eriş, s. 262.

B. Uber ile Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

TBK m. 83 hükmü uyarınca “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*” Borçlunun borcunu şahsen ifasında alacaklının menfaatinin bulunması, borçlunun kişisel yetenek ve niteliklerinin önem taşıdığı borç ilişkilerinde söz konusudur.⁹⁰ Bu tür borç ilişkileri genellikle yapma borcu doğuran iş görme sözleşmelerinde ve özellikle eser sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır.⁹¹ İş görme sözleşmelerinde alacaklının borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde menfaati bulunabilecek olmasına rağmen, taşıma sözleşmelerinde şahsen ifa yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁹²

Bu bakımdan yolcu taşıma sözleşmesinin taşıyıcı sıfatıyla tarafı olan Uber’in, borcun ifasında ifa yardımcılarında yararlanması sözleşmeye aykırılık oluşturmamaktadır. Bu ifa yardımcılarını Uber şirketinin iş sözleşmesi kapsamında istihdam ettiği kişiler olabileceği gibi, iş sözleşmesi dışında diğer iş görme amacına yönelik sözleşmelerden biriyle de ifa yardımcılığı söz konusu olabilecektir.⁹³

Yolcu ile akdedilen yolcu taşıma sözleşmesine istinaden üstlenilen taşıma ediminin, iş sözleşmesi dışında başka bir iş görme sözleşmesiyle üçüncü kişiye ifa ettirilmesi halinde alt taşıma sözleşmesi söz konusu olacaktır. Taşıyıcının, asıl taşıma sözleşmesi ile üstlendiği taşıma işini, kısmen veya tamamen üçüncü kişiye bıraktığı taşıma sözleşmelerine alt taşıma sözleşmesi denmektedir.⁹⁴ Alt taşıma sözleşmeleri yalnızca eşya taşıma sözleşmeleri için geçerli olmayıp, havayolu taşımalarında rastlanan “*code share*” uygulamasında olduğu gibi yolcu taşıma sözleşmeleri açısından da geçerlidir.⁹⁵

Dolayısıyla yolcu ile yapılan taşıma sözleşmeleri bakımından taşıyıcı sıfatını haiz Uber’in ifa yardımcısı durumundaki sürücülerle

⁹⁰ Eren, s. 924; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2013, s. 557.

⁹¹ Kılıçoğlu, s. 557.

⁹² Sami Aksoy, *Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 58.

⁹³ Eren, s. 1074 vd; Kılıçoğlu, s. 648; Hatta tamamen ifa fiilleri dolayısıyla tamamen tesadüfi olarak (Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 894; Kılıçoğlu, s. 648) ya da nezaket icabı (Bkz. Eren, s. 1075) yardım eden kişiler de ifa yardımcısı sayılmaktadır.

⁹⁴ Aksoy, s. 59.

⁹⁵ Aksoy, s. 63.

ilişkisinin hukuki niteliğinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesi kapsamındaki bir iş ilişkisi mi, yoksa alt taşıma sözleşmesi mi olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Öyle ki, ifa yardımcısının iş sözleşmesi kapsamında istihdam edilen bir kişi olması halinde, yolcu ile yapılan yolcu taşıma sözleşmesinin taşıyıcı sıfatını haiz karşı tarafının tespitinde herhangi bir uyumsuzluk kalmamaktadır. Zira Uber tarafından iş sözleşmesine istinaden çalıştırılan bir işçinin fiili taşımayı gerçekleştirmesi halinde, işçi bağımsız olarak kendi adına bir ifade bulunmadığından, işçinin yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olamayacağı açıktır.

Sürücü ile Uber arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olmaması halinde ise, alt taşıma sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda ortada tek bir taşıma işi olmasına rağmen, hukuken birbirinden bağımsız iki taşıma sözleşmesi ortaya çıkmakta,⁹⁶ ancak bu alt taşıma sözleşmesi yolcu ile kurulan taşıma sözleşmesi bakımından Uber'in taşıyıcı sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla her iki halde de yolcu taşıma sözleşmesinin karşı tarafı Uber olmakla beraber ifa yardımcısı durumundaki sürücünün, Uber ile istihdam ilişkisi içerisinde olması halinde yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olabilme ihtimali ortadan kalkmaktadır.

Uber tarafından ülkemizde sunulmakta olan UberXL hizmeti kapsamında ele alındığında, Uber ile sürücü arasındaki hukuki ilişkinin iş ilişkisi mi yoksa alt taşıma sözleşmesi mi olduğunun tespitinde bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Nitekim doktrinde ve Yargıtay kararlarında iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel kriter bağımlılık unsuru olarak kabul edilmektedir.⁹⁷ Bağımlılık unsuru içinde de ekonomik ve teknik bağım-

⁹⁶ Aksoy, s. 59.

⁹⁷ Münir Ekonomi, *İş Hukuku Ferdi İş Hukuku*, C. I, 3. Bası, İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul, 1984, s. 73, 74; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 230 vd.; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 26. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 85 vd.; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuk Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 167 vd.; Ali Güzel, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Haziran 1997, C. 4, S. 2, s. 84, 95; Güzel, *İşçi Kavramı*, s. 17; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 26, 57 vd.; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 51; Arzu Kuban, "Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 48, 61; Süleyman

lılık değil,⁹⁸ kişisel ve hukuki bağımlılık belirleyici olmaktadır.⁹⁹

Bağımlılık unsurunun bulunmadığının kabulü bakımından, UberXL hizmeti kapsamında hizmet sunan sürücülerin vergi mükellefi olmaları¹⁰⁰ ya da kendi araçlarını kullanmaları¹⁰¹ tek başına belirleyici kriter değildir. Kişisel ve hukuki bağımlılığı belirleyen temel ölçütler, işverenin kontrolünde iş görme ve işverenin iş organizasyonunda iş görme ölçütleridir.¹⁰² Bağımlılık ilişkisi içerisinde çalışanlarla bağımsız çalışanları birbirinden ayırma amacına yönelik bu ölçütlerden işverenin kontrolünde iş görme ölçütü, Fordist modelin barındırdığı bağımlılık özelliklerini yansıtmakta olup, işverenin çalışanların yalnızca ne yapacaklarını değil nasıl yapacaklarını da kontrol hakkı bulunup bulunmadığı noktasından hareket etmektedir.¹⁰³ Ancak işgücünde yaşanan uzmanlaşma ve çalışma ilişkilerindeki değişimle birlikte bu ölçüt yetersiz kalmış ve yerini işverenin iş organizasyonunda iş görme ölçütüne bırakmıştır.¹⁰⁴ Bu ölçüte göre, işin ne zaman, ne sürede, nerede yapılacağı ve içeriğinin ne olacağı işverence belirlenmekte, bu şekilde işverenin gözetim ve denetim yetkisi devam etmekte, çerçevesi işveren tarafından çizilen organizasyona işçinin katılımı ile bağımlılık ilişkisi doğmaktadır.¹⁰⁵

Başterzi, "Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, S. 17, s. 178; Y9HD, E. 2010/44994, K. 2011/8684, T. 25.03.2011; Y9HD, E. 2009/10245, K. 2011/10597, T. 11.04.2011; Y9HD, E. 2009/10827, K. 2011/12158, T. 21.04.2011; Y9HD, E. 2016/15883, K. 2016/17663, T. 11.10.2016, www.kazanci.com, (E.T.18.04.2018).

⁹⁸ Süzek, s. 225.

⁹⁹ Narmanlıoğlu, s. 169; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 58; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 102 vd.; Kuban, s. 62; Başterzi, s. 179, 180; Y9HD, E. 2008/876, K. 2009/20602, T. 13.07.2009, Başterzi, s. 175 vd.

¹⁰⁰ Banka ile avukat arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine mi yoksa iş sözleşmesine mi dayandığının tespitine yönelik davada, avukatın vergi mükellefi olması ve bankaya serbest meslek makbuzu kesmesi bağımsız çalışmanın bir göstergesi olarak değerlendirilmemiş ve taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin Y9HD, E. 2008/876, K. 2009/20602, T. 13.07.2009 sayılı kararı ile belirlenen kriterlere göre tespit edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. Y9HD, E. 2010/41994, K. 2013/3671, T. 30.01.2013, www.kazanci.com, (E.T.: 18.04.2018).

¹⁰¹ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 98; Başterzi, s. 180; Aynı yönde Y10HD, E. 1984/1132, K. 1984/1168, T. 27.02.1984, Bkz. Başterzi, s. 180, dn. 13.

¹⁰² Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 110 vd; Başterzi, s. 182 vd.

¹⁰³ Başterzi, s. 182.

¹⁰⁴ Çelik Nuri, s. 87; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 108 vd.; Güzel, İşçi Kavramı, s. 29, 30; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 51; Kuban, s. 62; Başterzi, s. 182.

¹⁰⁵ Güzel, İşçi Kavramı, s. 30 vd.; Başterzi, s. 182, 183.

Zaman içerisinde esnek istihdam biçimlerinin daha da yaygınlaşmasıyla bağımlılık ilişkisinin tespitinde, işverenin iş organizasyonunda iş görme ölçütü de yetersiz kalmış ve bu ölçütü desteklemek üzere bir takım yan ölçütlere ihtiyaç duyulmuştur. Bu anlamda başkasının işyerine katılma, başkası yararına iş yapma, başkasının çalışmasına müdahale ölçütleri¹⁰⁶ ile esasen bunlarla aynı yönde olmak üzere iş görenin serbest girişimci özelliği taşıyıp taşımadığı ölçütü¹⁰⁷ ortaya atılmıştır.

Başkasının işyerine katılma ve başkası yararına iş yapma ölçütüne göre, olumsuz bir tanımlamayla bir kimsenin kendi işletmesini yönetmesi, kendi müşterilerinin olması veya işçi çalıştırması gibi hallerde bağımlılık unsurundan bahsedilemeyecek olup, ancak bu koşulların yokluğunda bağımlılık ilişkisi doğabilecektir.¹⁰⁸ Bunun gibi, işletmenin risklerine katlanmak da bu ölçüte göre bağımlılık unsurunu dışlayan bir durumdur. Ancak belirtilmelidir ki, ücretin parça başı olarak ya da kâra katılma şeklinde belirlenmesi hallerinde olduğu gibi hukuki bağımlılığın söz konusu durumlarda işletme risklerine katlanmaktan söz edilemeyecektir.¹⁰⁹ Başkasının çalışmasına müdahale ölçütüne göre ise, bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunmayan kişiler faaliyetlerini tam bir bağımsızlık içinde yürütürler, bu bakımdan sözleşme taraflarından birinin diğerine talimat vermesi ve onu denetlemesi bağımlılık ilişkisini ortaya koymaktadır.¹¹⁰ İş görenin serbest girişimci olup olmadığı ölçütüne göre de, diğer ölçütlere benzer şekilde bağımlı çalışma yerine serbest girişimciliğin kabulü için en belirgin unsurlar kendi hesabına çalışma ve işletmeye ilişkin riski üstlenmedir.¹¹¹ Buna göre bir kişinin iş organizasyonuna katılarak onun hesabına iş gören ve yaptığı işin riskini üstlenmeyen kişinin bağımlılık ilişkisi içerisinde olduğu kabul edilmektedir.¹¹²

Ülkemizde UberXL sürücülerini ile Uber arasındaki hukuki ilişkinin tespiti bakımından konu bu temel ve yan ölçütleri bağlamında ele alındığında, sürücülerin Uber'in iş organizasyonunda iş gördükleri

¹⁰⁶ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 112 vd.; Güzel, İşçi Kavramı, s. 32, 33; Kuban, s. 63.

¹⁰⁷ Başterzi, s. 185.

¹⁰⁸ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 112, 113; Güzel, İşçi Kavramı, s. 32.

¹⁰⁹ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 113; Güzel, İşçi Kavramı, s. 24.

¹¹⁰ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 113; Güzel, İşçi Kavramı, s. 32, 33.

¹¹¹ Güzel, İşçi Kavramı, s. 23; Kuban, s. 63; Başterzi, s. 185.

¹¹² Başterzi, s. 185.

konusunda tartışma olmaması gerekir. Zira işin ne şekilde yürütüleceği esas olarak Uber tarafından belirlenmekte, sürücü çerçevesi Uber tarafından çizilen iş organizasyonuna dâhil olmakta ve Uber'in geri bildirim yöntemleri ile sürücü üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra sürücülerin araç çevirme uygulaması üzerinden gerçekleştirilen yolcu taşımaları bakımından kendi müşterilerinin bulunduğundan ya da işletme riski üstlendiklerinden de bahsedilemeyecektir. Nitekim gerçekleştirilen bu yolcu taşımacılığı faaliyetleri, parça başı ücrete benzer şekilde belirli bedel karşılığında, Uber tarafından yönlendirilen yolcuların taşınması şeklinde olmaktadır.

Bu temel ve yan ölçütlerin yanı sıra, bağımlılık ilişkisinin tespitinde bazı ek kontrol noktaları geliştirilmiştir. İş organizasyonu çerçevesinde işin yönetiminin ve gerçek denetiminin kime ait olduğu,¹¹³ yani iş görenin işini kaybetme riski olmaksızın işveren tarafından verilen görevi geri çevirebilmesi¹¹⁴ gibi olgular bağımlılık ilişkisinin tespitinde belirleyici olmaktadır. Anılan bu kontrol noktaları Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.07.2009 tarihli kararı ile de açık bir şekilde benimsenmiş olup,¹¹⁵ daha sonra bu içtihat istikrar kazanmıştır.¹¹⁶

¹¹³ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 123, 124; Güzel, İşçi Kavramı, s. 40.

¹¹⁴ Başterzi, s. 187.

¹¹⁵ "İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtiler hiçbirini tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda iş yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da, bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda, çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilir. ...", Y9HD, E. 2008/876, K. 2009/20602, T. 13.07.2009, Başterzi, s. 175 vd.

¹¹⁶ Y9HD, E. 2010/44994, K. 2011/8684, T. 25.03.2011; Y9HD, E. 2009/10245, K. 2011/10597, T. 11.04.2011; Y9HD, E. 2009/10827, K. 2011/12158, T. 21.04.2011;

Uber'in faaliyette olduğu yabancı ülkelerde de, Uber ile sürücüler arasındaki uyumsuzluk, sürücülerle Uber arasında bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Zira Uber tarafından sürücülere doğrudan bir çalışma zorunluluğu getirilmekte olup, sürücüler çalışıp çalışmamakta ya da diledikleri zaman çalışmakta serbesttirler. Bu anlamda gig ekonomilerde Uber ve diğer firmalar tarafından geliştirilen işlerde, hem çalışanlara hem de şirketlere çok büyük bir serbestlik tanınmaktadır.¹¹⁷ Bu serbestlik beraberinde, ulusal hukukumuzdaki bağımlı çalışan ile bağımsız çalışan ayırımına benzer şekilde, bu tür işlerde çalışan kişilerin bağımsız âkit (*independent contractors*) olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir.¹¹⁸

Uber ile sürücüler arasındaki ilişki bağlamında sürücüler, çalışmamızda yer verilen yabancı ülke mahkeme kararlarıyla bağımsız sözleşmeciler olarak kabul edilmemektedir. Anılan yargı kararlarıyla uygulama üzerinden geleneksel işveren-işçi ilişkisinden farklı bir hâkimiyet kurulduğu ve sürücüler ile Uber arasında istihdam ilişkisi bulunduğu kabul edilmektedir.¹¹⁹ Nitekim Uber sürücülerinin uygulamayı aktive etme zorunlulukları bulunmasa da, uygulamayı aktive etmeleri halinde belirli kurallara uyma ve hatta gönderilen işin belirli bir oranını kabul etme yükümlülükleri bulunmaktadır.¹²⁰

Y9HD, E. 2016/15883, K. 2016/17663, T. 11.10.2016, www.kazanci.com, (E.T.18.04.2018).

¹¹⁷ ABD'de gig ekonomilerde çalışanlara tanınan çalışma serbestisine ilişkin ayrıntılı hukuki değerlendirilmeler için, Bkz. Sisters' Camelot, 363 National Labor Relations Board (N.L.R.B.) No.13 (September 25, 2015), Recent Adjudication, Harvard Law Review, Vol. 129, Issue 7, 2016, s. 2039; Her ne kadar çalışıp çalışmama konusunda belli bir serbestlik söz konusu olsa da, Amerika'da Uber sürücülerini üzerine yapılan araştırmalar göstermektedir ki, Amerika'da aktif Uber sürücü sayısı 2015 yılı sonunda 460.000'i aşmakta olup, bu sürücülerin önemli bir kısmı (2014 yılında %38, 2015 yılında %33) yalnızca Uber için çalışmaktadır. Bkz. Hall/Krueger, s. 706, 713.

¹¹⁸ Recent Adjudication, s. 2039.

¹¹⁹ Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (Opinion), para. 52; Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick; Aslam & Farrar v. Uber, para. 85-97; Recent Adjudication, s. 2044.

¹²⁰ De Stefano, s. 483; Aynı yönde, Aslam & Farrar v. Uber, para. 92; Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick, s. 9; Ülkemizde de buna benzer bir hukuki uyumsuzluk, ticari taksi sahiplerinin esas olarak kendilerinin çalıştığı araçlarını günün belli diliminde başka şoföre tahsis etmeleri halinde ortaya çıkmaktadır. Bu hukuki ilişkide, araç tahsis edilen şoför tarafından, ya elde edilen gelir ne olursa olsun belli bir miktar para ya da güven ilişkisine dayalı olarak elde edilen gelirin belli bir oranı araç sahibine verilmektedir. Bu durumda araç sahibi ile şoför arasında hasılat ki-

Yine istihdam ilişkisinin varlığının kabulü için gerekli bir diğer bir unsur olan denetleme yetkisinin de Uber gibi firmalar tarafından, çalışanlar üzerinde uzaktan denetimi mümkün kılacak geri bildirim yöntemleri ile mümkün kılındığı kabul edilmektedir.¹²¹

Görüldüğü üzere, bağımlılık unsurunun tespiti bakımından Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatları ile yabancı mahkeme kararları arasında büyük benzerlikler söz konusudur. Geleneksel çalışma şekillerinin dışına taşan esnek çalışma modellerinde, işverenin iş gören üzerinde hâkimiyetinin, görülen işi denetleme ve kontrol yetkisinin bulunup bulunmadığı, iş görenin verilen işi kabul etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı hususları bağımlılık ilişkisinin tespitinde belirleyici olgulardır.

Ancak tüm bunlara rağmen, ülkemizdeki durum ele alındığında sürücülerin Uber'in iş organizasyonuna dâhil olmakla doğrudan doğruya bağımlı çalışma ilişkisine girdiklerinin kabulü mümkün değildir. Bu anlamda Uber ile sürücü arasında bağımlılık ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespiti için her olayın kendi somut koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira fiili yolcu taşımacılığı faaliyetini gerçekleştiren aracın bir sermaye şirketine ait olması ya da araç gerçek bir kişiye ait olsa bile araç sahibi tarafından gerçekleştirilen faaliyetin emek ağırlıklı olmayıp sermaye ağırlıklı olması, bu kişi tarafından faaliyetin yürütülmesinde işçi çalıştırılması¹²² ve dolayısıyla iş görenin serbest girişimci özelliği taşıması gibi durumlarda, her ne kadar Uber'in yürütülen yolcu taşımacılığı faaliyeti anlamında iş organizasyonunu belirleme, bu organizasyon kapsamında sürücülerini kontrol etme ve denetleme, hatta sürücülerini uygulamanın dışına atma yetkisi söz konusu olsa da bağımlılık ilişkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

rası mı, yoksa iş sözleşmesi mi olduğu hususu uyuşmazlık konusudur. Özellikle taksi sahibine belli bir miktar paranın verilmesi konusunda anlaşılması halinde, aracın tahsis edildiği şoförün çalışma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir. Ancak Yargıtay tarafından bu halde, bağımlılık ilişkisinin bulunduğu kabul edilerek iş sözleşmesinin varlığına hükmedilmektedir. Bkz. Y9HD, E. 2006/13004, K. 2006/17679, T. 19.06.2006; Y10HD, E. 2014/4512, K. 2014/20219, T. 21.10.2014, www.kazanci.com, (E.T.: 18.04.2018).

¹²¹ Recent Adjudication, s. 2044 vd.

¹²² Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 117, 122.

IV. SONUÇ

Son yıllarda büyük gelişme kaydeden gig ekonomiler içerisinde en fazla ses getiren şirketlerden birisi ülkemizde de faaliyette olan Uber'dir. Şehir içi yolculuk yapmak isteyen kişilerle, bu ulaşım hizmetini belli bir bedel karşılığı sunmayı kabul eden sürücülerin uygulama üzerinden bir araya getirildiği bu sistem araç çevirme (*ride hailing*) uygulaması olarak adlandırılmaktadır. Uber'in yanı sıra ülkemizde YOLO, OLEV ve Scotty gibi yerel nitelikli araç çevirme uygulamaları da faaliyet göstermektedir.

Uber'in faaliyette olduğu diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de şirketin yürüttüğü faaliyetler nedeniyle hukuki uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Bu uyuşmazlıkların temelinde yer alan esas konu Uber tarafından sunulan hizmetlerin hukuki niteliğinin ne olduğudur.

Uber tarafından, kendilerince sunulan hizmetin taşımacılık hizmeti olmayıp bir aracılık hizmeti olduğu iddia edilmekte ve sisteme dâhil olan yolcu ve sürücüler ile yapılan sözleşmelere bu yönde hükümler konulmaktadır. Bu konuda yabancı ülkelerde ortaya çıkan uyuşmazlıklardan ilki Uber ile geleneksel taksicilik hizmeti yürüten kişiler arasında doğmakta olup, bu kişiler tarafından Uber'in yürütmekte olduğu faaliyetlerin aracılık hizmeti olmayıp yolcu taşımacılığı hizmeti olduğu iddia edilmektedir. Diğer uyuşmazlık ise Uber ile sürücüler arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Uber, sürücülerin bağımsız sözleşmeci taraf olduğunu iddia ederken, sürücüler ise kendilerinin Uber ile istihdam ilişkisi içinde oldukları iddiası ile davalar açmaktadırlar. Bu uyuşmazlıklara ilişkin, ABAD ve yabancı ülke yargı organlarınca verilen ve Uber tarafından sunulan hizmetin taşımacılık hizmeti olduğu ve Uber ile sürücüler arasındaki ilişkinin istihdam ilişkisi olduğu yönünde kararlar bulunmaktadır.

Konu iç hukukumuz bakımından ele alındığında, Uber ile yolcular arasındaki sözleşmesel ilişki yolcu taşıma sözleşmesidir. Uber'in iddiaları ve sözleşmede yer alan düzenlemeler akla simsarlık sözleşmesini getirirse de, TBK m. 520 ve devamında düzenlenen simsarlık sözleşmesi bağlamında, simsarlık faaliyeti maddi edim vekâleti niteliğinde olup hiçbir zaman hukuki işlem vekâletini içermemektedir. Oysaki uygulama aracılığıyla gerçekleştirilen yolcu taşımacılığı bağlamında, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları yolcu ile sürücü arasında değil, doğru-

dan Uber ile yolcu arasında belirlenmektedir. Sürücünün sözleşmenin esaslı unsurları bakımından hiçbir söz hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sürücünün esaslı unsurları üzerinde söz sahibi olmadığı yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olduğu iddia edilemeyeceğinden, simsarlık sözleşmesinin varlığından da söz edilemez.

Dolayısıyla her ne kadar Uber tarafından yolcuya sunulan sözleşme hükümlerinde aksi yönde düzenlemeler bulunsa da, TBK m. 19/I hükmü uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınarak, Uber ile yolcu arasında yolcu taşıma sözleşmesinin kurulduğu ve kurulan bu yolcu taşıma sözleşmesi bağlamında Uber'in taşıyıcı sıfatıyla sorumluluğunun doğduğu kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay tarafından da yolcu taşıma sözleşmesi çerçevesinde taşıyıcı kavramı geniş yorumlanmakta olup, yalnızca fiili taşıyıcılar değil, taşıma faaliyetinin yürütülmesi ve denetlenmesinde söz sahibi olanlar da taşıyıcı olarak kabul edilmektedir.

Uber, yolcu ve sürücü arasındaki üçlü ilişkide sürücü Uber'in ifa yardımcısı konumundadır. Uber ile sürücü arasındaki sözleşmenin bağımsız nitelikli bir iş görme sözleşmesi olması durumunda, Uber ile sürücü arasında alt taşıma sözleşmesi kurulmaktadır. Ancak bu şekilde kurulan alt taşıma sözleşmesinin Uber ile yolcu arasındaki yolcu taşıma sözleşmesine herhangi bir etkisi bulunmamakta, ortada tek bir taşıma işi olmasına rağmen birbirinden bağımsız iki taşıma sözleşmesi ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan yabancı ülke yargı organlarınınca verilen kararlarda olduğu gibi, Uber ile sürücüler arasındaki ilişkinin istihdam ilişkisi olduğunun kabul edilmesi halinde ise, uygulama üzerinden gerçekleştirilen taşıma hizmeti bağlamında ortaya çıkan yolcu taşıma sözleşmesinin taşıyıcı sıfatıyla karşı tarafının Uber olduğu hususunda tartışma ortadan kalkmaktadır.

Kaynakça

Eserler

- Aktay A. Nizamettin/Arıcı Kadir/Senyen Kaplan E. Tuncay, İş Hukuku, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.
- Aksoy Sami, Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Akyol Şener, Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Başterzi Süleyman, "Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010, S. 17, s. 175-198.
- Çelik Çelik Ahmet, Karayolu İle Yolcu Taşıma Taşımacının ve Sigortacının Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013
- Dalcı Özdoğan Nurcihan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2017, C. 8, S. 1, s. 33-52.
- DeMasi A. Alexander, "Uber: Europe's Backseat Driver for the Sharing Economy", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 2016, Vol. 7, Issue 1, s. 73-85.
- De Stefano Valerio, "The Rise of "Just-In-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy"", *Compative Labor Law & Policy Journal*, 2016, Vol. 37, Issue 3, s. 471-504.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku Ferdi İş Hukuku, C. I, 3. Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1984.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Eriş Gönen, Taşıma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Güzel Ali, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Haziran 1997, C. 4, S. 2, s. 83-126. (Bağımlılık Unsuru)
- Güzel Ali, "Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölüçüt Arayışı...", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 15-46. (İşçi Kavramı)
- Hall Jonathan V./Krueger Alan B., "An Analysis of Labor Market for Uber's Driver-Partners in The United States", *Industrial and Labor Relations Review*, 2017, Vol. 71, Issue 3, s. 705-732.
- Kaplan İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Kadıoğlu Matbaası, Ankara, 1987.
- Kennedy Elizabeth J., "Employed by an Algorithm: Labor Rights in the On-Demand Economy", *Seattle University Law Review*, 2017, Vol. 40, Issue 3, s. 987-1048.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

- Kuban Arzu, "Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 47-73.
- Martini Domenic J., "International Regulatory Entrepreneurship: Uber's Battle with Regulators in France", *San Diego International Law Journal*, 2017-2018, Vol. 19, Issue 1, s. 127-160.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuk Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Noto La Diega Guido, "Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations", *European Journal of Consumer Law*, 2016, Issue 2, s. 383-413.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Rosenblat Alex/Stark Luke, "Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers", *International Journal Of Communication*, 2016, Vol. 10, s. 3758-3784.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Şahiniz Salih C., Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu - Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Yetim Servet, "Uber, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, S. 6, s. 621-666.
- Zevkliler Aydın/Gökayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Sisters' Camelot, 363 National Labor Relations Board (NLRB) No.13 (September 25, 2015), Recent Adjudication, *Harvard Law Review*, 2016, Vol. 129, s. 2039-2046.

Diğer Kaynaklar

- ABD'li belediyenin taksisinden indi, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/abdli-belediyenin-taksisinden-indi-40270315>, (E.T.: 12.04.2018)
- Bakanlıktan 'Uber'e yaptırım: Araç sahibine belge iptaliyle iki yıl yasak, <http://www.diken.com.tr/bakanliktan-ubere-yaptirim-arac-sahibine-belge-iptaliyle-iki-yil-yasak/>, (E.T.: 29.05.2018)
- Beş ayda büyük artış: Uber'e dâhil olan araç sayısı iki kattan fazla arttı, <http://www.haberturk.com/uber-araci-5-ayda-4-binden-10-bine-cikti-1993045>, (E.T. 05.06.2018)
- Breaking Down Uber's Valuation: An Interactive Analysis, <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2018.02.22/breaking-down-ubers-valuation-an-interactive-analysis/#3ed144f94785>, (E.T. 11.04.2018)
- Careem'den 5. yılında önemli adım, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/careemden-5-yilinda-onemli-adim-40525610>, (E.T.: 23.06.2018)

- Careem'den yolcuları için yeni proje, <https://www.dunya.com/sirketler/careemden-yolculari-icin-yeni-proje-haberi-373635>, (E.T.: 05.07.2018)
- Careem Türkiye'deki VIP taşımacılık faaliyetlerini durdurdu, <https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/careem-turkiyede-vip-tasimacilik-faaliyetlerini-durdurdu-2503681/>, (E.T.: 05.07.2018)
- Didi Chuxing Faces Stiff Competition In Race To Dominate China's Ride-Sharing Market, <https://www.forbes.com/sites/ywang/2018/04/11/didi-chuxing-faces-stiff-competition-in-race-to-dominate-chinas-ride-sharing-market/#12d1b4f34a1e>, (E.T.: 03.05.2018)
- Flaş UKOME kararı! 7 yolcu ve 12 saat sınırı kalktı, <https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/flas-ukome-karari-7-yolcu-ve-12-saat-siniri-kalkti-2464330/>, (E.T.: 05.07.2018)
- How Uber plays the tax shell game, <http://fortune.com/2015/10/22/uber-tax-shell/>, (E.T.: 19.07.2018)
- İstanbul'un yeni kurdu: Uber, <http://www.hurriyet.com.tr/istanbulun-yeni-kurdu-uber-29761079>, (E.T.: 26.01.2018)
- KDK'dan Uber kararı, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/kdkdan-uber-karari-40855236>, (E.T.: 23.06.2018)
- Lyft Gets \$500 Million Funding Boost, <http://fortune.com/2017/12/05/lyft-gets-1-5-billion-funding-boost-thanks-to-google/>, (E.T.: 03.05.2018)
- Son dakika: Uber aracına silahlı saldırı!, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/son-dakika-uber-aracina-silahlı-saldiri-40767884?utm_source=t.co&utm_medium=post&utm_campaign=gundem_xmlfeed, (E.T.: 18.04.2018).
- Taksiciler tarafından darp edilen UBER sürücülerini yaşananları anlattı, <http://www.iha.com.tr/istanbul-haberleri/taksiciler-tarafından-darp-edilen-uber-suruculeri-yasananlari-anlatti-istanbul-1950341/>, (E.T.: 18.04.2018).
- Trafik Şube Uber'e işlem başlattı, <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2017/04/25/trafik-subu-ubere-islem-baslatti>, (E.T.: 31.05.2018)
- Uber, Türkiye'deki yolcu sayısını 1 yılda 4'e katladı, <https://www.gazeteduvar.com.tr/ekonomi/2017/10/24/uber-turkiyedeki-yolcu-sayisini-1-yilda-4e-katladi/>, (E.T.: 25.01.2018)
- Uber'e yerli rakip yayında: İşte karşısında Olev!, <http://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/ubere-yerli-rakip-yayinda-iste-karsinizda-olev-40275563>, (E.T.: 12.04.2018)
- Uber'den eleştirilere yanıt: Korsan değiliz her şeyimiz yasal, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ekonomi/769951/Uber_den_elestirilere_yanit_Korsan_degiliz_her_seyimiz_yasal.html, (E.T.: 18.04.2018).
- Uber sürücüsü kadın yolcuyla dövüldü iddiası, <http://www.hurriyet.com.tr/uber-suru-cusu-kadin-yolcuyla-dovdu-iddiasi-40783611>, (E.T.: 18.04.2018).
- Uber davası ertelendi, taksiciler Meclis'e seslendi: Sabrımız taşarsa her şeyi yaparız, <http://www.diken.com.tr/uber-davasi-ertelendi-taksiciler-meclise-seslendi-sabrimiz-tasarsa-her-seyi-yapariz/>, (E.T.: 18.04.2018).
- Uber: Which Countries Have Banned The Controversial Taxi App, <https://www.independent.co.uk/travel/news-and-advice/uber-ban-countries-where-world->

taxi-app-europe-taxi-us-states-china-asia-legal-a7707436.html, (E.T.: 01.06.2018)
UKOME, Uber hakkındaki kararını verdi, <http://www.hurriyet.com.tr/ukome-uber-hakkındaki-kararini-verdi-40854142>, (E.T.: 01.06.2018)

Yararlanılan İnternet Siteleri

kazanci.com.tr

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-434/15>

Order of California Labor Commission, *Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick* (Case No. 11-46739-Docket No. CGC15546378), 03.06.2015, s. 9, <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical>

<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>

<https://www.oxforddictionaries.com>

<https://www.blablacar.com/about-us>

<http://www.bitaksi.com>

<https://www.careem.com/en-ae/cities/>

<http://www.didichuxing.com/en/aboutus/overview>

<https://www.usescotty.com>

<https://www.uber.com/tr>

<https://www.uber.com/newsroom/10-billion/>

<https://www.yolo.com.tr/cities.html>

<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=69746b84-9fb4-4083-b779-b92938d0f943>.

**Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak
CEZALANDIRICI TAZMİNATIN
[PUNITIVE DAMAGES]
BAZI TÜRK HUKUKU
MÜESSESELERİ İLE MUKAYESESİ
THE COMPARISON OF PUNITIVE DAMAGES AS
AN ANGLO- AMERICAN LEGAL MATTER
TO A NUMBER OF TURKISH LEGAL CONCEPTS**

M. Tarık GÜLERYÜZ*
Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ**

Özet: Kaynağını Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde bulunan cezalandırıcı tazminat kavramı, fiili olarak oluşan zarardan bağımsız bir tazminata hükmedilmesi ile cezalandırma ve önleme işlevi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, tazminatın zararlar orantılı olması ilkesi üzerine kurulu olan klasik anlamdaki telafi edici nitelikteki tazminattan ayrı ve bağımsız bir tazminat türü olarak dikkat çekmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ve dolayısıyla Türk hukukunda hâkim olan ilkelere göre, tazminat, zararı telafi etme işlevi taşıdığından ve zarara yol açan fiil sebebiyle zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine yol açılmaması gerektiğinden, bu hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminata bir tazminat kalemi olarak yer verilmemektedir. Oysa bu çalışmada da detaylandırılan cezalandırıcı tazminat ve bu tazminat türünün Common Law kapsamındaki uygulamasına benzer olarak, Türk özel hukukunun birçok alanında da, cezalandırma ve önleme amaçlarıyla, tazminata gerçekte meydana gelen zarar miktarından bağımsız olarak hükmedildiği birçok tazminat düzenlemesi öngörülmüştür. Bu çalışmada, öncelikle, cezalandırıcı tazminat ve işlevleri tanımlanmış daha sonra Türk hukukunda yer alan bir takım özel tazminat düzenlemeleri detaylı olarak irdelenerek, bu müesseselerin Anglo-Amerikan anlamda cezai tazminat niteliği taşıyıp taşımadığının mukayesesi yapılmıştır. Bu özel hukuki düzenlemelerde öngörülen tazminatlar

* Avukat, İstanbul Bilgi Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, tarik.guleryuz@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6451-8608

** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, aycazorluoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7250-4097, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.09.2018 Kabul Tarihi: 01.10.2018

ve hükmedilme şartları detayıyla ele alındığında görülmektedir ki, hukukumuzdaki genel sorumluluk ilkelerinden sapma teşkil eden bu düzenlemelerin varlığı yadsınamayacak olmakla birlikte, bu düzenlemelerden doğan uygulamalar, çoğunlukla, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerindeki manasıyla cezalandırıcı tazminatın tüm unsur ve özelliklerini taşımamakta ve medeni ceza niteliği teşkil etmektedirler

Anahtar Kelimeler: Cezalandırıcı Tazminat, Medeni Hukuk Cezası, Tazminat, Manevi Tazminat, İş Hukukundan Kaynaklanan Tazminatlar, Çoklu Tazminatlar, Çek Tazminatı, Vekâletsiz İş Görme, Yeniden Kiralama Yasağı, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, Mirastan Iskat

Abstract: The concept of Punitive Damages which finds its roots in Common Law systems, aims to perform a punitive and preventive function enabling ruling of a compensation that is distinct of the actual damage. Within this context, it stands out as a diverse and independent type of damages, differing from the classical principle regarding damages which is based on an understanding to rule a compensation which is proportionate to the damage occurred. According to the dominant principles laid out in Civil Law systems and thus in Turkish Law, since damages have the function to compensate the damage occurred and the compensation for the damage shall not cause unjust enrichment of the injured party, punitive damages are not included as a distinct title of damages in these systems. However, it can be seen that, in many fields of Turkish Private Law, special liability arrangements are projected with punishment and prevention purposes in which the compensation is granted independent from the amount of actual damage similar to the concept of punitive damages and its Common Law practice explained in this paper. In this paper, the concept of punitive damages is explained firstly, then, some special liability arrangements stipulated under Turkish Private Law are scrutinized with a view to compare whether these arrangements can be construed as punitive damages under the Anglo-American perspective. In a detailed assessment of these special liability arrangements compensation and terms of ruling to compensation under relying on the said arrangements, it can be concluded that existence of these diverse arrangements in our legal systems is undeniable, however, the application of these liability arrangements does not reflect all of the elements and characteristics of the punitive damages as understood in the Common Law systems and that these arrangements primarily constitute a civil punishment.

Keywords: Punitive Damages, Civil Law, Damages, Non-Pecuniary Damages; Negotiorum Gestio; Damages for Kite Check, Multiple Damages

GİRİŞ

İtiraf etmek gerekir ki, çalışma konusu başlığında yer alan “ceza” ve “tazminat” kavramlarının yan yan kullanılması dahi özeldir. Türk genelde Kıta Avrupası hukukçuları için başlı başına kuşku ile yaklaşılacak bir tutumdur. Tazminatın telafi edici olması [denkleştirme- eksileni yerine koyma amacı taşıması] ve zenginleşmeye mahal vermemesi gibi ilkeler üzerine oturtulduğu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin aksine, Anglo- Amerikan hukuk sistemlerinde tazminat hukukunun cezalandırma amacı da bulunmaktadır. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde tazminat hukuku telafi edici ve cezalandırıcı olmak üzere düalist bir yapı sergilerken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde tazminat hukuku bu yönde bir düalist yapıya ve kural olarak “zarardan fazla tazminat” fikrine kapalı olarak monist bir yapı sergilemektedirler.

Oysa Türk pozitif hukukunda açık bir yasa normuna dayalı olarak zarardan fazla tazminata hükmedilen ya da hiç zarar olmaksızın tazminata hükmedilen veya kusur şartı aranmaksızın tazminata hükmedilebilen düzenlemeler bulunmaktadır. Tazminat hukukunun cezalandırma amacını tamamen reddettiği ve monist bir yapı sergilediği faraziyesinde ise, bu defa bahse konu düzenlemeleri teorik olarak açıklamak oldukça zor bir hal almaktadır. Bu nedenle, genel ilkelerden hareketle Türk pozitif hukukunun cezalandırma fikrine tamamen kapalı olduğunu kabul etmek çok doğru görülmemektedir. Zira çalışmanın “§ II.” kısmında ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, Türk pozitif hukukunda tazminat hukukunun “cezalandırma” işlevi tamamen reddedilmemiştir.

Çalışmanın “§ I.” kısmında, bir Anglo-Amerikan hukuk sistemi müessesesi olan cezalandırıcı tazminata ilişkin karşılaştırmalı [İngiltere-Amerika] inceleme yapılacaktır. Bu bölümde, cezalandırıcı tazminatın tarihi gelişimi ve işlevleri üzerinde durulacaktır. “§ II.” Kısımda ise, Türk pozitif hukukunda sui generis nitelikte kabul edilebilecek bazı hukuki müesseselerinin temelinde cezalandırma düşüncesinin olup olmadığı ve bunların işlevsellik açısından Anglo- Amerikan hukuk sistemi müessesesi olan cezalandırıcı tazminata denk düşüp düşmediği tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. BİR ANGLO-AMERİKAN HUKUKU MÜESSESESİ OLARAK CEZALANDIRICI TAZMİNAT

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası hukuk sistemlerine oldukça yabancı bir kavram olan “cezalandırıcı tazminat”¹ doktrini günümüzde kategorik olarak bir Anglo-Amerikan hukuk sistemi² müessesesidir.³ Roma hukukun-

¹ “Cezalandırıcı tazminat” kavramı Amerikan hukukunda kullanılan “punitive damages” kavramının motomot tercümesidir. Punitive damages kavramı Amerikan hukukunda yaygın olarak kullanılmakta ise de, İngiliz hukukunda bununla eş anlamlı olarak “exemplary damages” kavramı kullanılmaktadır. Helmut Koziol/ Vanessa Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viyana 2009, s.7. Exemplary damages ise Türkçe’ye “örnek niteliğinde tazminat” ya da “ibret tazminatı” olarak çevrilmektedir. Türkçe’de cezalandırıcı tazminat kavramı yerine “medeni ceza” ya da “özel hukuk cezası” kavramları kullanılmakta ise de, bu konuda ayrıntılı çalışmalar kaleme alan az sayıdaki yazar tarafından “medeni ceza” ya da “özel hukuk cezası” kavramları reddedilerek cezalandırıcı tazminat kavramı tercih edilmektedir. Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Ankara 2013, s. 162. Gerçekten cezalandırıcı tazminat her ne kadar isminden mühlhem olarak cezalandırıcı olsa da günün sonunda tazminat niteliğinde bir özel hukuk yaptırımıdır. Yoksa ceza hukuku anlamında bir ceza değildir. Bu nedenle, “medeni ceza” ya da “özel hukuk cezası” kavramları yerine cezalandırıcı tazminat kavramının yeğlenmesi daha isabetli olacaktır. Aynı yönde bkz. Mehmet İstemi, “Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, Prof. Dr. Sarper Sützek’e Armağan, C. III, İstanbul 2011, s.2692-2693.

² Cezalandırıcı tazminat müessesesi yalnızca İngiltere ve Amerika’da değil müşteri hukukun uygulandığı İngiliz hukuk sitemini takip eden başta Kanada, Yeni Zelanda, İrlanda ve Avustralya gibi ülkelerin hukuk sistemlerinde de uygulanmaktadır. İfade etmekte yarar var ki, anılı ülkelerdeki sistemler yeknesak olmayıp aralarında farklılıklar bulunmaktadır. . Timothy J. Sullivan, “Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and The Illusion of Legal Change”, *Minnesota L. Rev.*, 1977, Vol. 61, s. 207- 252, s. 208; Koziol/Wilcox, s. 8.

³ Cezalandırıcı tazminatın izine Anglo-Amerikan hukuk sitemlerinin çok daha öncesinde çeşitli erken dönem hukuk sistemlerinde rastlandığı ve cezalandırıcı tazminatın tarihinin insanlık tarihi kadar eski olduğu belirtilmektedir. Musa Kanunu’nda [The Mosaic Law] zararın tazminat yöntemi ile telafi edilmesi öngörülmüştür. Ancak burada tazminatın miktarı zarardan fazladır: “Bir kimsenin bir öküz ya da koyun çalması ve bunu [çaldığını] öldürmesi ya da satması halinde, [fail] bir öküz karşılık beş öküz, bir koyuna karşı ise dört koyun iade edecektir. David L. Walther D.L./Thomas A. Plein, “Punitive Damages: A critical Analysis: *Klink v. Combs*”, *Marquette L. Rev.*, 1965, Vol. 49, I. 2, s. 369- 386, s. 369 vd. Cezalandırıcı tazminat açısından sıklıkla ifade edilen bir diğer örnek ise milattan önce 2000 yılında uygulanan Hammurabi Kanunlarıdır. Hammurabi Kanunlarının 8. bölümünde öküz, koyun, eşek, domuz ya da keçi çalan kişinin otuz kat, eğer mal sahibi özgür bir kişiye on kat tazminat ödenmesi düzenlenmişti. Melvin B. , “Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present -Day Society”, *49 UMKC L. Rev.*, 1980-1981, s. 368. Cezalandırıcı tazminat örneklerine Babil

da cezalandırıcı tazminatın var olup olmadığına ilişkin tartışmalar⁴ bir yana, Roma hukuku izindeki günümüz modern Kıta Avrupası hukuk sistemleri ceza ile tazminatı tarihsel olarak birbirinden ayırmıştır.⁵

“Günümüzde anlaşılan manada” esas olarak köklerini İngiliz hukukunda bulan cezalandırıcı tazminatın en önemli özelliği zararın tazmini için gereken miktarın üstünde ve ötesinde bir tazminata hükmedilmesidir.⁶ Bir başka ifade ile buradaki tazminat meydana gelen zararın tazmini amacı ötesine geçerek, caydırıcılık, ibretlik ve dava açmaya teşvik etme gibi amaçları gütmektedir. Cezalandırıcı tazminatın amaçları bu bağlamda genel olarak; “(1) davalının ölçsüz -zalimane-kusurlu davranışının [outrageous misconduct] cezalandırılması, (2) davalının ve genelin gelecekteki benzeri davranışlarının engellenmesi” olarak tanımlanmaktadır.⁷

Kanunlarında, Hitit Kanunlarında, Antik Yunanda, İncil’de, Hint Manu Kanunda da rastlanmaktadır. John H. Gotanda, “Punitive Damages: A comparative Analysis” Villanova University School of Law School of Law Working Paper Series, 2003, Paper 8, s. 4. <http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=wps>.

⁴ Roma hukukunda cezalandırıcı tazminatın kabul edilip edilmediği hususunda bir görüş birliğinden bahsetmek mümkün değildir. Bir görüşe göre Roma hukuku cezalandırıcı tazminatı kategorik olarak tanımamıştır. Walther/Plein, s. 369. Diğer bir görüş ise “actio legis aquiliae” davalarını örnek göstererek Roma hukukunda iki, üç ya da dört katı kadar tazminat öngören davaların gerisindeki amacın cezalandırma amacı olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, Roma tazminat hukuku haksız fiil hukukundan ziyade ceza hukuku ile bağlantılıdır. Michael Rustad/Thomas Koenig, “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, The American University L Rev., 1992, Vol. 42, s. 1269- 1333, s. 1284. Aynı yönde bkz. Merhacı, s. 79, dn. 182’den naklen William W. Buckland/Arnold D. McNair, Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Cambridge 1936, s.267-268. Aynı yönde Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s.61

⁵ İstemi, s. 2693. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde “cezalandırıcı tazminatın” Türk hukukundaki kurumlarla karşılaştırması yapılacaktır. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ceza ve tazminat kavramlarının yan yana gelmesinin pek mümkün olmadığı çalışmanın daha henüz başında ifade edilmesi yararlı olacaktır. Bu konuda bkz. aşağıda “II.”.

⁶ Koziol/Wilcox, s. 7; David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reforms”, Vill, L. Rev. 1994, Vol. 39, s. 363 vd., s. 364; Gotanda, s. 4.

⁷ Owen, s. 364; Koziol/Wilcox, s. 7; . Walter/Plein, s. 372-373. İfade etmekte yarar var ki, cezalandırıcı tazminata ilişkin “davalının ölçsüz -zalimane- kusurlu davranışının [outrageous misconduct] cezalandırılması ve davalının ve genelin gelecekteki benzeri davranışlarının engellenmesi” kavramları ceza hukukundaki cezanın amacı ve niteliklerinin açıklayan “özel önleme” ve “genel önleme” teorilerine büyük benzerlik göstermektedir. Nitekim ceza hukukunun amacını açıklamaya çalışan “özel önleme” teorisine göre; failin cezalandırılmasının temel nedeni

2. İngiliz Hukukunda Cezalandırıcı Tazminat

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminat doktrinin ilk olarak ne zaman doğduğuna ilişkin çeşitli teoriler⁸ bulunsa da, cezalandırıcı tazminat [exemplary damages] terimi ilk kez 1763 yılında Huckle v. Money⁹ davasında kuramsal anlamda kullanılmıştır.¹⁰ Söz konusu davada davacı Huckle'ın evine "The North Briton" adlı gazetenin 45. sayınının basımdan sorumlu olduğu iddiası ile Kral 3. George'a bağlı memurlar tarafından yasa dışı olarak girilmiş, evinde araştırma yapılmış ve yine kendi evinde 6 saat alıkonmuştur. Davacı Huckle'ın söz konusu derginin basımı ile bir ilgisinin olmadığını anlaşılması sonrasında, Huckle'ın gerçek zararının 20 £ olmasına karşın mahkemece Huckle lehine 300 £ ibret tazminatı [exemplary damages] ödenmesine karar ve-

failin cezalandırılacak faili gelecekteki suçlardan alıkoymaktadır. "Genel önleme" teorisi ise cezanın amacını koruma olarak kabul etmektedir. Ancak buradaki koruma faile değil topluma yöneliktir. Suç karşılığında ceza verileceğini ve suçluların cezalandırıldığını bilmek toplumu suç işlemekten alıkoymaz. Toplumda birçok kişi yasaları ihlal etme eğilimi ve güdülerini bu arzularını yasaları ihlal ederek tatmin edenlerin ödedikleri ağır bedelleri görebilir ve suç işlemekten kendilerini alıkoymazlar. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005, s.547 vd.

⁸ Cezalandırıcı tazminatı İngiliz hukukunda doğuşunu açıklayan ilk teoriye göre, cezalandırıcı tazminatın temeli mahkemelerin jüri kararlarını denetlemesi ile ortaya çıkmıştır. Söz konusu teoriye göre, henüz içtihat hukukunun oluşmadığı 13. yüzyıl ve sonrasında jüri kararları mahkeme tarafından denetlenememekteydi. Ancak 17. yüzyıl ortalarına doğru vücut bütünlüğüne verilen zararlara ilişkin tazminat davalarında jüri kararları denetlenmeye başlamıştır. Mahkemelerin yaptıkları denetimde zararları aşan tazminatlara ilişkin çekinceleri olmuştur. Söz konusu teori mahkemelerin aşan kısım için jüri kararlarını bozmaktansa aşan kısmı cezalandırma olarak nitelendirmeye başladıklarını ve cezalandırıcı tazminatın bu şekilde ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Bir diğer teori ise jürinin zararı aşan tazminatı davacının yaşadığı manevi tazminat için hükmettiğini ve cezalandırıcı tazminatın bu şekilde ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Nihayet bu konudaki bir diğer teori ise, common law'da suçluların malvarlığına karşı işlenen suçlarda daha ağır cezalara mahkûm edildiklerini ve fakat kişi haklarına karşı işlenen suçlarda verilen cezaların daha hafif olduğunu ve aradaki dengenin cezalandırıcı tazminat ile sağlandığını ve cezalandırıcı tazminatın bu şekilde doğduğunu ileri sürmektedir. Söz konusu teoriler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Walter/Plein, s. 369-371; James B. Sales/Kenneth B. Cole, "Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins", *Vanderbilt L. Rev.*, 1984, Vol. 37, I. 5, s. 1117- 1175, s. 1120-1122; James B Sales, " The Emergence of Punitive Damages in Product Liability Actions: A Further Assault on the Citadel", *St. Mary's Law Journal*, 1983, Vol. 14, I. 2, s. 351- 405, s. 354-355.

⁹ Huckle v. Money 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (C. P. 1763). <http://swarb.co.uk/huckle-v-money-1763/> [son yararlanma tarihi: 12.05.2016].

¹⁰ Walter/Plein, s. 371; Sales/Cole, s. 1120; Owen, s. 369.

rilmiştir. Yine aynı yılda görülen ve konusu itibari ile *Huckle v. Money* davasına benzeyen bir diğer dava olan *Wilkes v. Wood*¹¹ davasında da cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Mahkeme anılı davada açıkça tazminatın sadece zarar görenin zararının tazmin edilmesine değil ve fakat aynı zamanda zarar vereni cezalandırma ve zarar verici hareketin önlenmesi amacıyla da hizmet etmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹² 19. Yüzyılın ortalarına kadar çok sayıda mahkeme kararına konu olan cezalandırıcı tazminatın amaçsal anlamda tahlili tarihsel sürece bağlı olarak yapılabilmektedir. Nitekim bu dönemde cezalandırıcı tazminat mahkemeler tarafından bir intikam aracı olarak dahi kullanılmıştır.¹³ Günümüzde ceza hukukunda dahi terkedilen “intikam” düşüncesi-nin¹⁴ şaşırtıcı olduğunu kabulde birlikte, bu dönemde mahkemeler cezalandırıcı tazminatın kamu düzenini koruma adına zarar verenden intikam almaya hizmet ettiğini belirtmişler ve cezalandırıcı tazminatı bu amaca hizmet etmesi için de kullanmışlardır.¹⁵

Cezalandırıcı hukuk doktrininin İngiliz hukukunda tarihsel gelişimi günümüzde dahi henüz sonuçlanmamış tartışmalarla süregelmiştir.¹⁶ İçtihat hukuku çerçevesinde günümüzde İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata ilişkin temel prensiplerin belirlendiği dava *Rookes v. Bernard*¹⁷ davasıdır. 1964 yılında verilen anılı karar ile cezalandırıcı tazminata ilişkin bir takım objektif kriterler getirilmiştir. Buna göre, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için üç kategori öngörülmüş ve cezalandırıcı tazminatın ancak bu üç şarttan/halden birisinin gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceği kararlaştırılmıştır. Kategori testi adını alan bu üç şart ise şunlardır: (a) kamu görevlilerinin baskıcı keyfi ve anayasaya aykırı bir davranışı,^{18 19} (b) zarar verenin

¹¹ *Wilkes v. Wood* 98 Eng. Rep. 489 (c.p. 1763).

¹² *Sales/Cole*, s. 1120 dn. 8; Melvin M. Belli, “Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present -Day Society”, *UMKC L. Rev.*, 1980-1981, Vol. 49, I.1, s. 1- 23, s. 4; Owen, s. 369 dn. 25; Merhacı, s. 81.

¹³ Clearance Morris, “Punitive Damages in Tort Cases”, *Harvard Law Review*, 1931, Vol. 44, No. 8, s. 1173- 1209, s. 1777.

¹⁴ Joan T. Schmit/ Travis S. Pritchett S. T./Paige Fields, “Punitive Damages: Punishment or Further Compensation?”, *The Journal of Risk and Insurance*, 1988, Vol. 55, N. 3, s. 453-466., s. 455 vd.

¹⁵ Morris, s. 1777.

¹⁶ Koziol/Wilcox, s. 7

¹⁷ *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All England Law Reports (All ER) 367.

¹⁸ “Oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government”.

¹⁹ Lord Devlin tarafından doktrine armağan edilen kategori testinin ilk grubun ko-

zarara konu fiili, zarar görene ödeyeceği tazminatı aşan bir fayda elde edeceğini hesaplayarak gerçekleştirmesi,^{20 21} (c) kanunla açıkça kabul edilen haller.^{22 23} Doktrinde kategori testi olarak isimlendirilen²⁴ ve cezalandırıcı tazminatı yalnızca bunlarla sınırlayan bu üç halin [kategorinin] ortak özelliği zarar miktarında tazminata [telafi edici tazminat]

nusunu bir kimsenin kamu görevlilerinin baskıcı keyfi ve anayasaya aykırı bir davranışı nedeni ile uğradığı zarar oluşturmaktadır. Bu kategori altında cezalandırıcı tazminat talep etmek için (i) fiilin kamu görevlileri tarafından işlenmesi, (ii) fiilin baskıcı keyfi ve anayasa aykırı olması gerekmektedir. Bu iki halde hukukun zarar veren kamu görevlisini cezalandırmasının temel nedeni yalnızca verilen zarar değil ve fakat bir kamu görevlisinin keyfi, baskıcı ve anayasaya aykırı eyleminin cezalandırılmak istenmesidir. Koziol/Wilcox, s. 10. Bu konuda bkz. Holden v. Chief Constable of Lancashire [1987] QB 380; Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police [2006] EWCA Civ 1773; Watkins v Secretary of State for the Home Department and Others [2006] UKHL 17. İngiliz hukukunda mahkemeler “kamu görevlisi” olma şartına oldukça şekilci yaklaşmaktadırlar. Örneğin AB v. South West Water Services Ltd [1993] QB 507 davasında mahkeme kanunla kurulmuş ve fakat sonradan özelleştirilmiş bir içme suyu tedarikçisi olan South West Water Services Ltd.’nin kamu görevi yapmadığına karar vermiş ve cezalandırıcı tazminat talebini reddetmiştir. Bu dava ile ayrıntılı tartışmaları için bkz. Koziol/Wilcox, s. 19 ve 23; Gotanda, s. 8 vd.

²⁰ “Conduct calculated by the defendant to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant”.

²¹ İngiliz hukukunda bu kategori altında genel olarak şeref ve haysiyet ihlali ve kiracının kiralanan hukuka aykırı olarak tahliye edilmesine ilişkin eylemler değerlendirilmektedir. Bu kategoriye ilişkin temel kıstas failin eylemi sonucunda normal şartlarda ödeyeceği tazminatın [telafi edici tazminat] eylemi işlemesi ile elde ettiği menfaatten daha az olmasıdır. Koziol/Wilcox, s. 12 vd. Şeref ve haysiyet ihlaline ilişkin örnek davalar için bkz. Cassell and Co. Ltd v. Broome and Another [1972] 2 WLR 645; Riches v. News Group Newspapers Ltd [1986] QB 256; John v. MGN Ltd [1997] QB 586; Rantzen v Mirror Group Newspapers Ltd [1993] 4 All ER 975; Sutcliffe v Pressdram Ltd [1990] 1 All ER 269. Bu kategori altında değerlendirilen ikinci grup davalar ise “unlawful eviction” olarak isimlendirilen kiralananın kiracıyı kiralandan hukuka aykırı olarak tahliye etmesidir. Örnek davaların hemen tümünde kiralanın geçerli bir kira sözleşmesi kapsamında kiralananda oturan kiracının eşyalarını hukuka aykırı olarak tahliye etmektedir. Bu konuda bkz. Drane v. Evangelou [1978] 2 All Er 437; McMillan v. Singh [1985] 17HLR 120; Collier v. Burke [1987] CLY 1143.

²² “Express statutory authorisation”.

²³ İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata ilişkin son kategori ise cezalandırıcı tazminatın kanunla düzenlenmesidir. Her ne kadar İngiliz Parlamentosu’nun bu yönde normatif kuralları koymaya çekinceli yaklaştığı ifade edilse de, bu hususta kanuni düzenlemelerin bulunduğu ifade edilmelidir. Cezalandırıcı tazminatların açıkça düzenlendiği yasal düzenlemeler ise şunlardır: Koruma ve Yardımcı Kuvvetler (Özel Menfaatleri Koruma) Kanunu [Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951] [1951] md. 13 f. 2; Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu [Copyright, Designs and Patents Act] [1988] md.97 f.2; Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Koziol/Wilcox, s. 16 vd.; Merhacı, s.105; Gotanda, s. 10.

²⁴ Rookes v. Barnard [1964] 1 All England Law Reports (All ER) 367

hükmedilmesi durumlarında, hükmedilecek tazminatın caydırıcılık işlevini göremeyecek olmasına ilişkin faraziyedir.²⁵

Anılı davanın konumuz açısından temel önemi davanın konusundan ziyade davanın İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata ilişkin temel taşlarından birisi olarak kabul edilmesidir. Davada, Lord Devlin'in sıklıkla alıntılanan sözleri konuya ışık tutmaktadır. Lord Devlin cezalandırıcı tazminatın cezalandırma amacı güttüğünü ve temelde sıradan [telafi edici] tazminatlardan farklı olduğunu şu cümlelerle ifade etmiştir: "...cezalandırıcı tazminatlar temelde sıradan tazminatlardan farklıdır. Tazminatın amacı olağan anlamı ile tazmin etmektedir. Cezalandırıcı tazminatın amacı ise cezalandırmak ve önlemektir..."²⁶

Rookes v. Barnard davası ile getirilen kategori testini geçen her eylemin cezalandırıcı tazminat konusu olacağını söylemek isabetli olmayacaktır. Nitekim Rookes v. Barnard davasında öngörülen üç halin yanı sıra, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine ilişkin mahkemelerce ilave bazı kuralların -daha doğru bir deyimle sınırlamaların- getirildiği görülmektedir.²⁷ Günümüzde Lord Devlin tarafından getirilen kategori testinin uygulanması mahkemelerin takdirine bırakılmıştır.²⁸

Cezalandırıcı tazminatın kabulü için aranan ilk şart; mağdurun cezalandırılması gereken bir fiilin mağduru olması ve davalının eyleminin kınamayı gerektirecek kadar aşırı olmasıdır.²⁹ Burada cezalandırma koşulunun konusu eylemin ceza hukuku anlamında suç olması aranmamaktadır. Bu koşul ile herhangi bir haksız fiilin cezalandırıcı tazminatın konusu olması önlenmiştir.³⁰ Cezalandırıcı tazminatın kabulü için aranan bir diğer koşul failin zarara konu eyleminden ötürü ceza mahkemesinde ceza almamasıdır. Bu koşula ilişkin Archer v. Brown davasında belirtilen gerekçe; failin tek bir eylemden ötürü birden fazla cezalandırılmaması gerektiğidir.³¹ Mahkemelerin aradığı bir

²⁵ Merhacı, s. 82; Koziol/Wilcox, s. 19.

²⁶ Koziol/Wilcox, s. 9 vd.

²⁷ Merhacı, s. 108; Koziol/Wilcox, s.29

²⁸ Cezalandırıcı tazminat için kategori testine ilave bir şart olarak aranan "the cause of action [dava sebebi]" şartının Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire [2002] 2AC 122 davası ile kaldırıldığı yönünde bkz. Koziol/Wilcox, s. 19, 20.

²⁹ Merhacı, s. 111-112.

³⁰ Bu konuda bkz. A v. Bottrill [2003] 1AC 449 davası.

³¹ Archer v. Brown [1984] 2ALL ER 267. Gotanda, s. 10-11. Yine mahkeme AB v.

diğer ilave koşul ise telafi edici tazminatın faili cezalandırmaya yetmeyecek olmasıdır. Rookes v. Barnard davasında cezalandırıcı tazminata ancak ve ancak (if but only if) mahkeme tarafından hükmedilecek telafi edici tazminatın miktarının davalıyı cezalandırmaya ve önlemeye yetmediği durumlarda hükmedilebileceğine karar verilmiştir. Lord Devlin ancak ve ancak şartını şu sözlerle ifade etmiştir: "...cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek durumlarda³² ... failin zalimane davranışının (outrageous conduct) cezalandırılması, yapılan eyleminin uygunsuzluğunun ifşası ve faili gelecekte de benzeri eylemlerden alıkonulması için ancak ve ancak (if but only if) jürinin tazminat olarak düşündüğü tutarın yeterli olmadığının düşünülmesi hallerinde... jüri [zarardan] daha yüksek bir tutara hükmedebilir..."³³ Konuyla ilgili içtihatlar incelendiğinde, ancak ve ancak şartı olarak kabul edilen Lord Devlin'in anılan görüşünün kategori testine ilave bir şart olarak arandığı görülmektedir.³⁴ Telafi edici tazminat açısından olmasa da cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir etken de failin ekonomik durumudur. Lord Devlin bu hususu Rookes v. Barnard davasında³⁵ şu şekilde dile getirmiştir: " tarafların ekonomik durumunun tazminatın hesaplanması ile ilgisi yoktur, cezalandırıcı tazminat hesaplarırken ise önemlidir".

3. Amerikan Hukukunda Cezalandırıcı Tazminat

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminat doktrini açısından mihenk taşı olarak kabul edilen Huckle v. Money davasından 21 yıl sonra cezalandırıcı tazminat kuramsal olarak Amerika'da Genay v. Norris davasında zikredilmiştir.³⁶ Davaya konu olayda, davalı tarafından davacının içkisine muziplik yapmak amacıyla kuduzböceği [Spanish Fly] atılmış ve netice olarak davacı hastalanmıştır. Davalı her ne kadar yaptığının tamamen şaka maksatlı olduğunu iddia etmiş ise davacının ciddi bir biçimde hastalanmış olması nedeni ile mahkemece davalının

South West Water Services Ltd [1993] QB 507 davasında davalının mahkûmiyet cezası almasını cezalandırıcı tazminat davasının reddi için ilave bir gerekçe olarak kabul etmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda dn. 19.

³² Kategori testine göre cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek durumlarda.

³³ Rookes v. Barnard [1964] 1 All England Law Reports (All ER) 367; Gotanda, s. 12.

³⁴ Bu konuda bkz. Cassell and Co. Ltd v. Broome and Another [1972] 2 WLR 645.

³⁵ Rookes v. Barnard [1964] 1 All England Law Reports (All ER) 367.

³⁶ Genay v. Moris [1784] 1 SCL 6. Owen, s. 369.

savunmasına itibar edilmemiş ve davacı lehine cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir.³⁷ Anılı davayı takiben 19. yüzyılın ortaların doğru cezalandırıcı tazminat Amerikan mahkemeleri tarafından yaygın şekilde kabul edilmeye başlanmış³⁸ ve mahkemeler telafi edici tazminatı bir kenara bırakarak cezalandırıcı tazminatı faillerin [davalıların] kötü niyetli davranışlarını kınamak için kullanmaya başlamışlardır.³⁹

19. yüzyılın ortalarında Amerikan Yüksek Mahkemesi⁴⁰ ve Wisconsin Yüksek Mahkemesi⁴¹ tarafından verilen iki kararda cezalandırıcı tazminatın işlevinin tazmin değil ve fakat cezalandırmak olduğu açıkça içtihat edilmiştir.⁴² Buna 19. yüzyılın üçüncü çeyreğinde verilen Fay v. Parker davasında⁴³ cezalandırıcı tazminat hukuk bütünlüğünü bozma eleştirisine maruz kalmış ve reddedilmiştir. Fay v. Parker kararı cezalandırıcı tazminat doktrini açısından karar tarihinden bu yana henüz sonuçlanmamış teorik tartışmaların başlamasına neden olmuştur.⁴⁴ Ancak cezalandırıcı tazminatı reddeden Fay v. Parker kararının istisna teşkil ettiği kabul edilmektedir.⁴⁵

Cezalandırıcı tazminatın Amerika'da yaygınlaşması 20. yüzyılın ikinci yarısına tekabül etmektedir. 1960 yıllarda özellikle üretici sorumluluğu⁴⁶ açısından oldukça yaygın hale gelmiş ve deyim yerinde ise mahkemeler cezalandırıcı tazminata hükmetme açısından daha cömert hale gelmişlerdir.

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat müessesinin güncel uygulamalarının daha iyi anlaşılabilmesi kuşkusuz bu konudaki en bilinen davalara atıfla mümkündür. McDonald's kahve davası olarak

³⁷ Owen, s. 369, Merhacı, s. 84.

³⁸ Owen, s. 369.

³⁹ Walter/Plein, s. 371.

⁴⁰ Day v. Woodworth [1851] 54 U.S. 363. Karar eleştirisi için bkz. Owen, s. 369.

⁴¹ McWilliams v. Bragg 3 Wis. 424. Karar eleştirisi için bkz. Howard A. Hartman, *Exemplary Damages a Deformity in our Law Marquette L. Rev.*, 1918, Vol. 2, I. 2, s.57- 64, s. 57.

⁴² Walter/Plein, s. 371; Owen, s. 369.

⁴³ Fay v. Parker [1873] 53 N.H. 342.

⁴⁴ Sales/Coles, s. 1123; Walter/Plein, s. 371

⁴⁵ Walter/Plein, s. 371.

⁴⁶ Üretici sorumluluğu açısından en çok alıntılanan dava Toole v. Richard -Merrell Inc [1967] 251 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 davasıdır. Anılan dava ilaç yan etkileri tüketicilerden saklanmıştır. Şirket yan etkiler hakkında uyarılmasına rağmen ilaçları piyasadan toplatmamıştır. Mahkeme davacıyı haklı bularak davalı aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Merhacı, s. 85 dn.213.

bilinen *Liebeck v. McDonald's Restaurants*⁴⁷ davasında davacı 160.000 Dolar telafi edici tazminata ilave olarak 2.86 milyon Dolar da cezalandırıcı tazminata hak kazanmıştır. Karara konu olayda, 79 yaşındaki Bayan Liebeck McDonald's araba servisinden bir bardak kahve almış, bilahare iki bacağına arasına sıkıştırdığı bardağın üzerindeki kapağı açarken kahve üstüne dökülmüştür. Netice olarak hastaneye kaldırılan Bayan Liebeck üçüncü derece yanıktan muzdarip olmuş sekiz gün hastane yatmış ve tüm tedavisi yaklaşık iki yıl sürmüştür. Davada tartışılan ve netice olarak hükme esas alınan vakıa kahvenin kaç derece servis edilmesi gerektiğine ilişkindir. Bayan Liebeck'in avukatları kahvenin 60 °C'de servis edilmesi gerektiğini oysa McDonald's'in franchise alanları 82-88 °C'de servis yapmaya icbar ettiğini iddia etmiştir. Davada McDonald's %80 oranında kusurlu bulunmuş ve jüri tarafından iki günlük kahve satış cirosu olan 2.86 milyon Dolar cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.⁴⁸ Bu konuda çok bilinen ve yine sonu gelmez tartışmalara konu bir diğer dava ise *Philip Morris USA v. William* davasıdır.⁴⁹ Davada Bayan William lehine 821.000 Dolar telafi edici ve 79.5 milyon Dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Davacının "akciğer kanserinden vefat eden kocasının davalı tarafından sigara içmenin güvenilir ve zararsız olduğuna ikna edildiği" yönündeki iddiası haklı bulunmuştur.⁵⁰

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygulanabilirliği, miktarı, şartları, sınırları ve konusu açısından eyaletler nezdinde bir yeknesaklıktan bahsetmek mümkün değildir. Örneğin Nebraska ve Washington eyaletlerinde cezalandırıcı tazminat doktrini tamamen reddedilmekte hatta yasaklanmaktadır. Louisiana, New Hampshire ve Massachusetts eyaletleri ise aksi kanunla öngörülmedikçe cezalandırıcı tazminat fikrine tamamen kapalıdır.⁵¹

⁴⁷ *Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309. Merhacı, s. 127 vd.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Kevin G. Cain, "And Now the Rest of the Story; McDonald's Coffee Lawsuit", *Journal of Consumer & Commercial Law*, Texas 2007, Vol. 11, N.1, s. 14- 19.

⁴⁹ *Philip Morris USA v. William* 546 U.S. 346 [2007]; 127 S. Ct. 1057 [2007].

⁵⁰ *Philip Morris USA v. William* davası ile ilgili ayrıntılı tartışmalar için bkz. Dan Markel, "How Should Punitive Damages Work?", *University of Pennsylvania Law Review*, 2009, Vol. 157, N. 5, s. 1383- 1484, s. 1407 vd.

⁵¹ Gotanda, s. 32; Owen, s. 369-370; Walter/Plein, s. 378.

4. Cezalandırıcı Tazminatın İşlevleri

Cezalandırıcı tazminatın işlevleri konusunda bir görüş birliğinden bahsetmek pek olası değildir. Cezalandırıcı tazminat doktrininin hem İngiliz hem de Amerikan hukukunda üç işlevi olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, cezalandırıcı tazminatın işlevleri telafi edici tazminattan [compensatory] farklı olarak ağır kusurlu eyleminden ötürü faili cezalandırmak, verilen tazminatın ibret olması ve tazmin olarak kabul edilmektedir.⁵² Doktrinde ağırlıklı olarak üç işlevi olduğu ifade edilen cezalandırıcı tazminatın bazı yazarlarca cezalandırma ve önleme işlevlerinden daha fazla işlevi olduğu ileri sürülmektedir. Owen, cezalandırıcı tazminatın işlevlerini [functions of punitive damages] eğitim, cezalandırma, önleme, tazmin ve hukuki yaptırım olmak üzere beşe ayırmaktadır.⁵³ Buna karşın Ellis cezalandırıcı tazminatın; davalının cezalandırılması, davalının zarar verici eyleminin önlenmesi, genel olarak zarar verici eylemlerin önlenmesi, genel barışın korunması, özel hukuk yaptırımlarının teşvik edilmesi, zarar görenin tazmini mümkün olmayan zararlarının ve davacının yapmış olduğu yargılama giderlerinin giderilmesi olmak üzere yedi işlevi olduğunu ifade etmektedir.⁵⁴

Bu konudaki teorik düzeydeki tartışmalar bir yana, cezalandırıcı tazminata bir Kara Avrupası hukukçusu gözü ile bakıldığında esasen temel iki işlevin ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlar cezalandırma ve önlemedir. Gerçekten kuramsal olarak cezalandırıcı tazminatın ilk kez tanımlandığı *Rookes v. Barnard* davasında Lord Devlin'in bu hususta söyledikleri de cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme işlevlerine vurgu yapmaktadır. Lord Devlin'in; "...fail hukuka aykırı şekilde zarar vermenin yanına kar kalmayacağını (tort does not pay) öğrenmeli..." sözleri cezalandırma işlevini, "...bu tür davalarda verilen karar ibreti âlem içindir (for example's sake)" sözleri özel ve genel önleme işlevlerine işaret etmektedir.⁵⁵

⁵² Morris, s. 1176; Gotanda, s.4; Walter/Plein, s. 373; Sales/Cole, s. 1126. Cezalandırıcı tazminatın yalnızca cezalandırma ve önleme amacı olduğu yönünde bkz. Bert I. Huang, "Surprisingly Punitive Damages", *Virginia Law Review*, 2014, Vol. 100, No. 5, s.1027- 1059, s.1034; Schmit/Pritchett/Fields, s.457. Cezalandırıcı tazminatın; cezalandırma ve önleme işlevlerinin ekonomik analizi için bkz. Schmit/Pritchett/Fields, s. 457 vd.

⁵³ Cezalandırıcı tazminatın bahse konu beş işlevi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Owen, s. 373-381.

⁵⁴ Cezalandırıcı tazminatın bahse konu yedi işlevi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Dorsey D. Ellis, "Fairness And Efficiency In The Law Of Punitive Damages", *Southern California L. Rev.*, California 1982, Vol. 56, I. 1, s. 1- 78, s.10-12.

⁵⁵ *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All England Law Reports (All ER) 367. İstemi, s. 2696.

5. Cezalandırıcı Tazminata Karşı Argümanlar

Cezalandırıcı tazminat doktrini gerek doğduğu topraklar olan İngiltere’de gerekse de gelişip serptildiği ve en yaygın uygulama alanı bulduğu⁵⁶ Amerika’da yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır.

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata ilişkin eleştirilen odak noktasını (i) medeni hukuk ile ceza hukukunun işlevlerini karıştırması ve (ii) *Rookes v. Barnard* davasında kabul edilen kategori testi oluşturmaktadır. İlk eleştiri elbette önleme ve cezalandırma amacı gütmesi gereken ceza ve tazmin etme amacı gütmesi gereken tazminat kavramlarını yan yana getiren cezalandırıcı tazminatın ceza hukukuna ilişkin kuralları yadsıması fakat özgürlüğü sınırlandırıcı olmayan bir ceza mahkemesi kararına benzer sonuçlar doğurmasına ilişkindir.⁵⁷ *Cassell and Co. Ltd v. Broome and Another* davasında Lord Kilbrandon bu hususta aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “...cezalandırıcı tazminat özü itibari ile bir cezadır; ancak aleyhine cezaya hükmedilen davalı bir ceza mahkemesinde yargılanıyor olsa idi sahip olacağı usulü koruma haklarından [procedural safeguards] yoksundur...”. Ceza ve medeni hukuk işlevlerine ilişkin olarak getirilen bir diğer eleştiri de ceza olarak hükmedilen tutarın devlete [kamuya] değil de zarar görene ödenmesidir.⁵⁸ *Rookes v. Barnard* davasında kabul edilen kategori testi de yoğun eleştirilere maruz kalmış ve kategori testinde haksız fiiller ayrımı yapılmasını mantıksız kabul ederek, kategori testinin tümü ile kaldırılmasını önerilmiştir.⁵⁹

İngiliz hukuku ile benzer bir şekilde Amerikan hukukunda da cezalandırıcı tazminatın ceza hukukuna olan dirsek teması yoğun eleştirilere neden olmuştur. Eleştirileri satır başları ile alıntılırsak; “(i) haksız fiil hukuku (tort) ile ceza hukukunu birbirine karıştırdığı, (ii) hukuka aykırı hükümlerle müphemlik yarattığı; (iii) cezalandırıcı tazminata konu eylemlerin sigortalı durumdaki cezanın kamuya yansıdığı; (iv) orantısız cezaların sosyal barışı olumsuz etkilediği” yönünde eleştirilerin sıklıkla yapıldığı görülmektedir.⁶⁰ Amerikan huku-

⁵⁶ Gotanda, s. 31.

⁵⁷ *Cassell and Co. Ltd v. Broome and Another* [1972] 2 WLR 645.

⁵⁸ *Koziol/Wilcox*, s. 32-33.

⁵⁹ *Cassell and Co. Ltd v. Broome and Another* [1972] 2 WLR 645. *Koziol/Wilcox*, s. 53.

⁶⁰ *Owen*, s. 382-400; *Markel*, s. 1423-1424. Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazmi-

kunda getirilen bir diğer eleştiri ise, failin hem özel hukuk hem de ceza hukuku yaptırımı ile cezalandırılmasının kişinin tek eylemden ötürü iki defa cezalandırılmayacağına ilişkin Anayasa normuna aykırı olduğu yönündedir.⁶¹

II. TARTIŞILMASI GEREKEN MESELE: TÜRK HUKUKUNUN CEZALANDIRICI TAZMİNATA SEPTİK YAKLAŞIMI

Çalışmanın bu kısmındaki açıklamalara okuyucunun dikkatini şu ön kabule ya da önermeye yöneltmekle başlamak isabetli olacaktır: Cezalandırıcı tazminat ile telafi edici tazminat gerek tarihsel gerekse de kuramsal olarak birbirlerinden tümü ile farklıdır. Genel kabule göre, cezalandırıcı tazminatın amaçları/işlevleri cezalandırma ve önleme iken, telafi edici tazminata bu yönde bir amaç yüklenmediği gibi tarihsel olarak da bu yönde bir işlevi olmamıştır. Common law kapsamında tazminat hukuku telafi edici ve cezalandırıcı olmak üzere düalist bir yapı⁶² sergilerken, Kıta Avrupası hukuk sistemleri bu yönde bir düalist yaklaşımı ve kural olarak “zarardan fazla tazminat” fikrini kategorik olarak reddetmektedir. Bunun tabii sonucudur ki, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat yabancı bir organizma⁶³ olarak değerlendirilerek reddedilmekte⁶⁴ ve oldukça septik bir yaklaşıma konu edilmektedir. Kanaatimizce, hukukun zarar veren eylemden önceki hali yaratma konusundaki çabasının tarihsel gerekçesi ve tazminat ile cezanın hangi noktada birbirlerinden tam olarak ayrıldıklarının tespitinin kolay olmaması bu kuşkucu yaklaşımın temel nedenidir. Oysa genel kabule konu olan bu durum, aşağıda “2.” bölümde açıklanacağı üzere, açık bir yasa normuna dayalı olarak zarardan fazla tazminata hükmedilen ya da hiç zarar olmaksızın tazminata hükmedilen veya kusur şartı aranmaksızın tazminata hükmedilebilen halleri izahta

nata getirilen eleştirilere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Morris, s. 1176 -1183; Walter/Plein, s. 379-386; Hartman, s. 59 vd.

⁶¹ Kurt M. Zitzer, “Punitive Damages: A Cat’s Clavicle in Modern Civil Law”, *The John Marshall Law Review*, 1989, Vol. 22, I. 3, s. 657- 684, s. 666-667.

⁶² Volker Behr, “Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, *Chi.-Kent L. Rev.*, Chicago 2003, Vol. 78, I. 1, s. 105- 161.s. 105.

⁶³ İstemi, s. 2704.

⁶⁴ Fransa, İspanya, İtalya, Almanya, Macaristan, İskandinav ülkeleri, Avusturya ve Yunanistan hukuk sistemlerinin cezalandırıcı tazminatı reddettiğine yönünde bkz. Koziol/Wilcox, s. 282 vd.

zorlanmaktadır. Çalışmanın bu kısmında Türk hukukunda tazminat hukukunun temel amaçları ve bunların cezalandırıcı tazminatla olan ilgisine yer verilecektir.

1. Tazminat Hukukunun Temel Amaçları

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmelerin aynen veya nakden giderilerek mağdurun zarar verici olay sonucunda malvarlığında eksilen değer yerine nitelik veya nicelik yönünden eş bir değer konulmasıdır.⁶⁵ Zarar görenin malvarlığında eksilen değer yerine aynı nitelikte bir değer konulması mümkün olduğu takdirde bu değer [aynen tazmin]; bu mümkün olmadığı takdirde, nicelik yönünden, zarara denk bir parasal değer [nakden tazmin] konur ve zarar verenin [failin] yerine getirmek zorunda olduğu bu yükümlülüğe tazminat yükümlülüğü adı verilir.⁶⁶

Tazminat yükümlülüğünün tespiti zararın tespiti⁶⁷ ile yakın ilintilidir. Zira zararın miktarının üst limiti tazminatın da üst sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının üst sınırını zarar görenin uğradığı zarar oluşturduğundan, tespit edilen tazminat miktarının zararı geçmesi söz konusu olmaz.⁶⁸

⁶⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 762; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, C.2, s.114; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, *Borçlar*), s. 431; Haluk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul 1996, s. 33; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, İstanbul 1976 s. 446; Doğan Şenyüz, , *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Bursa 2011, s.101.

⁶⁶ Eren, s.724; Oğuzman/Öz, s. 115; Ayşenur Şahin, "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar Ve Tazmini", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C. XV, S.2, s. 123- 165, s. 125.

⁶⁷ Zarar kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar çalışma konusunun kapsamı dışında kalmaktadır. Normatif bir tanımı bulunmayan zarar kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eren, s. 724 vd.; Oğuzman/Öz, s. 85 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 420 vd.; Sefa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2008, s. 148,149 ve 186; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Ankara 1983, C. I, (Çev. Cevat Edege), s. 76 vd.; Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", *AÜHFD*, Ankara 1978, C. 35, S. 1, s. 397- 437, s. 398 vd.; Yeşim M. Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, İstanbul 1996, s. 32, 33; Şenyüz, s.100. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin E. 2004/6880, K. 2005/517, T. 31.1.2005 ve E. 1997/7385 K. 1997/11975 T. 15.12.1997 sayılı kararları.

⁶⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 431; Oğuzman/Öz, s. 114; Eren, s.763; Şahin, s. 125

Zarar miktarı ile tazminatın üst sınırı arasında doğrusal bir paralelliğin olmasının temel nedeni özelde Türk genelde ise Kıta Avrupası sorumluluk hukukunun tazminata yüklediği misyonla alakalıdır. Gerçekten sorumluluk hukukunun yaptırım niteliğinin etkisinin, tazminat miktarının zarar miktarına ulaşmasına kadar sürdürebileceği kabul edilmekte, zarar sınırının aşılma kısmı reddedilmektedir. Bu kabulün tabii sonucu olarak da tazminatın amacının zarar vereni cezalandırmak ya da zarar göreni zenginleştirmek değil, zararı gidermek olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹ Eş deyişle, tazminata atfedilen işlev zararı gidermekten ibarettir.⁷⁰ Ezcümle, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde tazminatın cezalandırma amacı kabul görmemektedir.

Doktrinde İstemi, tazminatın yalnızca telafi edici işlevine vurgu yapılmasını ve cezalandırıcı amacının ihmal edilmesini eleştirmektedir. Yazara göre, hukukun hayata geçirilmesi yalnızca ceza hukukunun tekeline bırakılmamalıdır. Tazminatın işlevini “telafi etmek” ile sınırlandırmak zarar görenin malvarlığını eski hale ile iade eden bir yaptırım olarak görmektedir. Oysa özel hukukunda sosyal bir sorumluluğunun bulunduğu kabulü ile tazminat ileriye dönük amaçlar da taşınmalı ve caydırıcı olmalıdır.⁷¹

Cezalandırma amacı yadsınarak, tazminatın amacının yalnızca zararın giderilmesine indirgenmesi soru işaretlerine neden olmaktadır. Hukukun zarar veren eylemden önceki hali yaratma konusundaki çabasının tarihsel gerekçesinin, telafi etmekle sınırlı olmadığı açıktır. Sosyal düzenin “casum sentit dominus [beklenmedik hal maliki etkiler- zarara malik katlanır⁷²]” üzerine kurulu olduğu düşünüldüğünde⁷³, hukukun telafi etme amacının yanında zarar verici olayın tekrarlanmasının önlenmesini de amaçladığı görülmektedir.⁷⁴ Kanaatimizce

⁶⁹ Oğuzman/Öz, s. 114; Eren, s.763. Tazminatın amacının cezalandırma olmadığı, bu nedenle kasıt halinde dahi uğranıldığı ispat olunan zarardan fazla tazminata hükmedilemeyeceği yönünde bkz. Reisoğlu, s. 188.

⁷⁰ İstemi, s. 2702.

⁷¹ Yazar Türk hukukunda da cezalandırıcı tazminatın kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. İstemi, s. 2702-2704.

⁷² Ya da “ateş düştüğü yeri yakar”.

⁷³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundation of the Civilian Tradition*, New York 1996, s.156; Merhacı, s. 155 dn.1’den naklen Grossfeld, B., *Die Privastrafe, Ein zum Schutz des allegemeinen Persönlichkeitsrecht*, Frankfurt Berlin 1961, s.75-77.

⁷⁴ Atamer, s. 98; Merhacı, s. 156.

de cezalandırma amacının yalnızca zararı aşan kısma indirgenmesi isabetli değildir. Tazminatın hesaplanmasında zarar verenin kusurunun dikkate alındığı düşünülürken, zarar verenin hukuka aykırı eylemi nedeni ile bir yaptırıma tabi tutulmasının -niceliksel tartışmalara takılmadan- gerisinde cezalandırma düşüncesini taşıdığı kabul edilmeli⁷⁵ ve tazminatın zararın üst limiti ile sınırlandırılması yalnızca bir hukuk politikası tercihi olarak kabul edilmelidir.

6. Bazı Türk Hukuku Müesseselerinin Gerisindeki Amaç: Cezalandırmak mı Telafi Etmek mi?

Çalışmanın bu kısmında, özelde Türk genelde ise Kıta Avrupası hukuk sistemleri cezalandırıcı tazminata işlevsellik anlamında yakın bazı hukuki müesseseler incelenecektir. Bu kısımda cevabı aranan temel soru, açık açık ismen zikredilmese dahi hukuk sistemimizin cezalandırıcı tazminata aşına olup olmadığıdır.

Türk hukukunda cezalandırıcı tazminat örneklerinin olup olmadığına karar verebilmek için öncelikle cezalandırıcı tazminatın tanımlanması gerekmektedir. Cezalandırıcı tazminatın temelini teşkil eden İngiliz ve Amerikan hukuklarında dahi cezalandırıcı tazminata ilişkin yeknesak bir tanımlama mevcut değildir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin yapısı nazara alındığında kusurlu bir eylem sonucu zararın doğduğu, tazminatın zarar miktarından bağımsız olarak belirlendiği ve tazminata hükmederken cezalandırma düşüncesinin hâkim olduğu hallerde cezalandırıcı tazminatın var olduğu söylenebilir. Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakış açısından değerlendirildiğinde, cezalandırıcı tazminatın öncelikli olarak cezalandırma ve önleme şeklinde iki işlevi olduğunu daha önce zikretmiştik.⁷⁶ Buna göre tazminat miktarının gerçek zarar miktarından daha fazla olduğu hallerde cezalandırma amacı vardır.⁷⁷ Cezalandırıcı tazminatın ikinci işlevi olan önleme ise özel ve genel önleme fonksiyonu taşır. Özel önleme, zarar veren kişinin bu zarar verici eylemi sürdürmekten veya tekrar etmekten vazgeçirilmesini amaçlarken; genel önlem ise, henüz zarar verici eylemi

⁷⁵ Aksi görüş için bkz. Merhacı, s. 171-172. Sorumluluk hukukunun cezalandırma -yaptırım- amacının da bulunduğu yönünde bkz. Nomer, s. 33 vd.

⁷⁶ Bkz. 4. Cezalandırıcı Tazminatın İşlevleri

⁷⁷ Merhacı, s. 172.

gerçekleştirmemiş üçüncü kişilerin ileride benzer zarar verici eylemleri gerçekleştirmekten caydırılması amacını taşır. Bu anlamda cezalandırıcı tazminat ibret verici bir işlev taşır.⁷⁸ Türk hukuk sisteminde yer alan kurumların cezalandırıcı tazminat niteliğinde olup olmadığını saptamak için bu işlevler göz önünde bulundurulmalıdır.

A. Manevi Tazminat

Fonksiyonlarına ilişkin tartışmalar nedeni ile Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde manevi tazminat cezalandırıcı tazminat ile mukayesede ilk akla gelen örnek olmaktadır.

Bir kimsenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksiklikleri ifade eden⁷⁹ manevi tazminatın nitelik ve işlevi doktrinde tartışmalıdır. Genel olarak üç görüşün olduğu belirtilmektedir.⁸⁰ Buna göre, bir görüş manevi tazminatın amacını/işlevini; zararın telafi edilmesi ya da zarar verenin cezalandırılması değil, zarar görende uğramış olduğu manevi zararı dindirecek ya da hiç olmazsa hafifletip azaltacak bir tatmin aracı olarak kabul etmektedir.⁸¹ Tatmin görüşü adı verilen

⁷⁸ Merhacı, s. 91, 92; Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Menfaat Devri Yapıtırımı*, İstanbul 2015, s. 172.

⁷⁹ Eren, s. 784; Oğuzman/Öz, s. 261; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 447; Reisoğlu, s. 198; Ünal, s. 399; Von Thur, s. 121.

⁸⁰ Kılıçoğlu manevi tazminatın hukuki niteliği hakkındaki görüşleri manevi tazminatın bir ceza olduğu ve manevi tazminatın tatmin [özel hukuk niteliği taşıdığı] niteliği taşıdığı şeklinde olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 448. Geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, A. M., "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1984, S.1, s. 15- 22, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, *Tazminat*), s. 15 vd.

⁸¹ Von Thur, s. 122 ve 126; Reisoğlu, s. 198; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*, İstanbul 2010, (Kısaltılmışı: Tandoğan, *Mesuliyet*), s. 330 vd.; Oğuzman/Öz, s. 257; Eren, s. 784 dn. 22'deki yazarlar; Kılıçoğlu, *Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği*, s. 10 dn. 10'da anılan yazarlar; Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", s. 20. Serozan, manevi tazminatın tatmin işlevini "tutarsızlığa" yol açacağı gerekçesi ile eleştirmektedir. Rona Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 85. Yargıtay da manevi tazminatın tatmin işlevi olduğu görüşündedir. Konu ile ilgili bir kararında Yargıtay manevi tazminatın ceza ve telafi işlevlerini açıkça reddetmiştir. "Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hâkimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmülecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar,

doktrinindeki bu hâkim görüşe göre, manevi tazminatın maddi tazminat gibi gerçek bir tazmin karakteri bulunmamakta; yalnızca, mağdura bir miktar paranın verilmesi ile mağdura meydana gelen manevi zararın giderilmesinde bir tatmin duygusu yaratılmış olmaktadır.⁸² Bir diğer görüşe göre ise manevi tazminatın amacı/işlevi uğranılan manevi zararını aynen ya da nakden telafi etmektir.⁸³ Nihayet son görüşe göre ise, manevi tazminat zarar vereni cezalandırma işlevini görmektedir.⁸⁴ Bu görüşü savunan yazarlar bunun gerekçesini zarar verenin kusuruna dayandırmaktadır. Zarar görenin uğradığı elem ve acıyı ölçmek zor olsa da, zarar verenin kusurunu ölçmek mümkündür. Kanunun tazminatın miktarında zarar verenin kusurunu ölçü almasının nedeni de budur.⁸⁵

Cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasında işlevsellik bağlamında bir bağ ya da paralellik kurmanın kolay olmadığı açıktır. Bu önermeye ilişkin temel gerekçe manevi tazminatın cezalandırma işlevine ilişkin getirilen haklı bir eleştiridir. Zira cezalandırma işlevinin kabulünün temeli/hareket noktası zarar verenin kusurudur. Oysa kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminata hükmedilebildiği halde ortada bir kusurdan bahsetmek olanaklı değildir.⁸⁶ Öte yandan, manevi tazminat ölç alma aracı olarak kullanılamayacağı da göz önünde bulundurulduğunda modern hukuk düzeni içerisinde manevi tazminatın cezalandırıcı fonksiyonunun kalmadığı savunulmaktadır.⁸⁷

mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2006/4-319, K. 2006/344 ve T. 7.6.2006 sayılı kararı; Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul 2015, s. 58 vd; Fulya Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat Türk Borçlar Kanunu'na Göre*, Ankara 2015, s. 74 vd.

⁸² Eren, s. 784.

⁸³ Eren, s. 786; Atlan, s. 68 vd; Erlüle, s. 78 vd. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Serozan, s. 83 vd.

⁸⁴ Yaşar Karayalçın, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", *AÜHF*, Ankara 1962, C. 19, S.1, s. 251- 275, s. 273 vd; Çelik Ahmet Çelik, *Canalı Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı*, İstanbul 2006, s. 53 dn. 6; Eren, s. 785 dn. 227'den ve Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", s. 15 dn.2 'den naklen Pierre Tercier, *Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, Fribourg 1971, s.100-101. Bu görüşün İsviçre Hukukçular Derneği'nin 1960 yılında benimsediği yönünde bkz. Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", s. 16. Tandoğan manevi tazminatın tatmin işlevi dışında kısmen de olsa cezalandırma işlevini kabul etmektedir. Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 331.

⁸⁵ Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", s. 15; Behr, s. 113 vd.

⁸⁶ Eren, s. 785; Merhacı, s. 183; Erlüle, s. 74.

⁸⁷ Atlan, s. 58.

Alman hukukunda sıklıkla alıntılan Monaco Prensesi Caroline -I⁸⁸ davasında Alman Federal Mahkemesi manevi tazminatın önleme düşüncesi de değerlendirilerek takdir edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karardaki “önleme” vurgusunun “cezalandırma” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁹ Ancak bahse konu karardaki vurgunun cezalandırma olarak kabulü mümkün olmamalıdır. Zira miktar burada niteliksel bir ögeye değil miktara yani niceliksel bir ögeye vurgu yapmaktadır. Oysa açıklandığı üzere manevi tazminatta miktar önemli değildir. Zira zarar görenin uğradığı elem ve acının ölçülmesi yani tazminat miktarının hesaplanması zaten mümkün değildir. Bundan dolayıdır ki, maddi tazminat hesaplanırken manevi tazminat takdir edilir. Karayalçın’ın görüşüne⁹⁰ göre manevi tazminatın somut olayın koşullarına göre özellikle kişilik hakkının korunması gereken hallerde zararın gerçekleştirilmesini önleme ve ileride de meydana gelmemesi için caydırma fonksiyonuna sahip olmalıdır. Buna göre, kişilik haklarına karşı gerçekleştirilen ihlallerde tazminat miktarı caydırıcı olması için yüksek bir meblağ olarak belirlenebilir.

B. İş Kanunundan Kaynaklan Tazminatlar

Türk hukukunda zarar = tazminat önermesine ilişkin en çok istisnanın bulunduğu alan kuşkusuz iş hukukudur. Zarar az aşağıda incelenecek tazminat türlerinin hareket noktası zarar değildir. Bu anlamda, İş Kanunu’nda yer alan çok sayıda düzenlemenin cezalandırıcı tazminat ile işlevi bakımından mukayesesi mümkündür.

4857 sayılı İş Kanunu md. 17 f. 6 hükmüne göre; “...18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”. Anılan hüküm uyarınca iş güvencesine tabi olma-

⁸⁸ BGHZ 128, 1 (1).

⁸⁹ Behr, s. 136; Koziol/Wilcox, s. 286.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, s. 262 vd. Manevi tazminatın caydırıcı olması gerektiği ancak bir ceza niteliği de taşımadığı hususunda bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2004/13-291, K. 2004/370, T. 23.6.2004 sayılı kararı

yan işçiler iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedilmesi halinde bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminata hak kazanır. Usulsüz fesih dışında kötü niyetli fesih varsa sözleşmeyi fesheden aleyhine toplamda dört kat tutarında tazminata hükmedilir [İş Kanunu md. 17 f. 4 c. son].⁹¹ Kötü niyet tazminatı işçinin hiçbir zararı olmasa da ödenmesi gereken götürü bir tazminattır.⁹² Kötü niyet tazminatı zarardan bağımsızdır.⁹³ Yargıtay kötü niyet tazminatını bir ceza koşulu olarak kabul etmemekte ve bu nedenle de indirimine konu edilemeyeceğini kabul etmektedir.⁹⁴

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Sendika Özgürlüğünün Güvencesi" kenar başlıklı md. 25 hükmüne göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle [işçinin sendikaya üye olup olması ya da işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılması] feshedildiğinin tespit edilmesi halinde işçi lehine işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak sendikal tazminatın ödenmesi düzenlenmiştir.⁹⁵ Burada zarar şartı aranmamaktadır.

Yine, İş Kanunu md. 5 f. 6 uyarınca iş ilişkisi sırasında ve iş ilişkisinin sona erdirilmesinde işçiye eşit davranma yükümlülüğüne⁹⁶ aykırı davranılması halinde işçinin yoksun bırakıldığı haklarına ilave olarak dört aya kadar ücreti tutarında tazminat ödenmesi düzenlenmiştir. Dört aylık ücreti tutarında tazminatı düzenleyen md. 5 f.6 hükmü de zarar şartını öngörmemiştir.

Gerek kötü niyet tazminatı gerekse de sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatlarının zararın telafisine hizmet etme amacı taşımadığı açıktır. Doktrinde bir görüş bu tazminatların Anglo- Amerikan hukuk sistemlerinde olduğu gibi tam bir cezalandırıcı tazminat olarak

⁹¹ Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2015, s. 559. İş Kanunu'nda düzenlenen kötü niyet tazminatının bir diğer görünümü de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. TBK md. 434 uyarınca hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılması halinde işveren işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu konuda bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 958.

⁹² Süzek, s. 565; Nuri Çelik/ Nürşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 329.

⁹³ İstemi, s. 2707.

⁹⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2005/5495, K. 2005/6735 ve T. 02.03.2005 sayılı kararı.

⁹⁵ Süzek, s. 566 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 329-330.

⁹⁶ Süzek, s. 493 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s287 vd.

nitelenemese de amaç ve işlev olarak benzerlik gösterdiğini;⁹⁷ bizim de katıldığımız diğer bir görüş⁹⁸ ise, bu tazminatların cezalandırıcı tazminat olarak ifade edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Açıktır ki, anılı tazminat türlerinin hareket noktası zarar değildir. Bunun gibi, iş hukukunda kabul edilen söz konusu tazminatların hukukumuzda hâkim olan zarar – tazminat anlayışının dışına çıktığı açıkça görülmektedir.⁹⁹ Bu nedenle, anılan maddelerde öngörülen hallerde, tazminat ödemekle yükümlü tutulan tarafın kusurlu olduğu varsayımından yola çıkılarak, zarardan bağımsızlaşan söz konusu tazminatların, cezalandırma işlevi ön plana çıktığından Anglo- Amerikan hukuk sistemlerinde olduğu gibi bir cezalandırıcı tazminat olarak ifade edilmesi isabetli olacaktır.

C. İcra İnkâr ve Kötü Niyet Tazminatları

Hak arama özgürlüğünün sınırını belirleyen hakkın kötüye kullanılmasının İcra ve İflas hukukundaki görünümü icra inkâr ve kötü niyet tazminatlarıdır.¹⁰⁰ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu md. 67 uyarınca itirazın iptali davasının alacaklı lehine sonuçlanması halinde alacaklının talep etmesi şartı ile itirazında haksız olan borçlunun kötü niyetli olması¹⁰¹ aranmaksızın takibe konu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edilir. Mahkemenin itiraz konusunda borçluyu haklı görerek davayı reddetmesi ve davalının talep etmesi şartı ile takibinde haksız ve kötü niyetli olan davacı hakkında takibe konu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata karar verilir.¹⁰² Zarar koşulu aranmayan¹⁰³ icra inkâr ve kötü niyet tazminatlarının önleyici ve yaptırım amacı olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Ger-

⁹⁷ Merhacı, s. 210-211.

⁹⁸ İstemi, s. 2706 vd.

⁹⁹ İstemi, s. 2708.

¹⁰⁰ Ejder Yılmaz, "İcra Tazminatı", Haluk Konuralp Anısına Armağan C.II, Ankara 2009, s. 677 vd.

¹⁰¹ İcra inkâr tazminatında kötü niyet aranmadığı; ancak itiraz edenin veli, vasi ya da mirasçı olduğu durumlarda kötü niyetin arandığı yönünde bkz. Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2004, s. 242.

¹⁰² Karşlı, s. 242 vd.; Yılmaz, s. 678.

¹⁰³ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 263, İstemi, s. 2710.

¹⁰⁴ Kuru, s. 262-263; Karşlı, s. 243-244; Merhacı, s.215; İstemi, s. 2710; Talih Uyar/ Alper Uyar/ Cüneyt Uyar, İcra ve İflas Hukuku Şerhi (İİL. 1-82), Ankara 2014, C. I., s. 1009-1010. Yargıtay da icra inkâr tazminatının amacının caydırıcı ve cezalandırıcı olduğu görüşündedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2002/10-1075,

çekten, kaynağını hakkın kötüye kullanılması yasağında ve dürüstlük kuralında bulan icra inkâr ve kötü niyet tazminatlarında zarar koşulunun aranmayarak, haksız ve kötü niyetli icra takipleri ve davalarının engellenmek istenmesinin gerisinde Anglo- Amerikan hukuk sistemlerinde olduğu gibi bir cezalandırma ve önleme düşüncesi hâkimdir.

D. Çek Tazminatı

6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 783 f. 3; “muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder” hükmünü amirdir. Anılan hüküm uyarınca, kanun koyucu çek hamiline TTK md. 810’da sayılan başvurma hakkına ilave olarak çekin ödenmeyen kısmının yüzde onu oranında bir meblağın da ödenmesini talep hakkı vermiştir.¹⁰⁵ Söz konusu tazminat uygulamada “çek tazminatı” olarak isimlendirilmektedir. Çek tazminatının talebi için çekin ödenmemiş olması, yani, çekin karşılıksız çıkması tek başına yeterlidir. Buna göre, çek tazminatı açısından keşidecinin kusuruna ya da hamilin zararına ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁰⁶ Çek tazminatı zarardan ve kusurdan bağımsız olduğu için, keşidecinin kusursuz olması ya da hamilin herhangi bir zarara uğramamış olması dikkate alınmayacaktır.¹⁰⁷

Doktrinde çek tazminatının hukuki niteliği çok tartışılmamış olsa da, tıpkı İş Kanunu’ndan ve İcra ve İflas Kanunu’ndan kaynaklanan yukarıda açıklanan tazminat türleri gibi; çek tazminatında da önleme ve cezalandırma amaçlarının ön plana çıktığı görülmektedir. Dikkat edilirse çek tazminatını düzenleyen yasa normunda zarar ve kusur kavramları tamamen göz ardı edilmektedir. Üstelik çek tazminata ila-

K. 2003/17 ve T. 22.01.2003 sayılı kararı. İcra inkâr ve kötü niyet tazminatlarına benzer bir kurumun Roma hukukunda bulunduğu yönünde bkz. İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2013, s.232.

¹⁰⁵ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, s.281; Sami Karahan/ Zekeriya Arı/ Hayri Bozgeyik, H./ Tahir Saraç, T./ Mücahit Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2015, s. 400; Ali Bozer/ Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015, s.355-356; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2015, s.391.

¹⁰⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 281; Bozer/Göle, s.400.

¹⁰⁷ Keşidecinin hamil dışında müracaat borçlularına müracaat hakkı olmadığı yönünde bkz. Karahan/ Arı/ Bozgeyik/Saraç/Ünal, s. 355

ve olarak hamilin çekin karşılıksız çıkması nedeni ile uğradığı zararın da talep edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle, çek tazminatını düzenleyen TTK md. 783 f. 3 hükmünün gerisinde [ratio legis] Anglo- Amerikan hukuk sistemlerinde olduğu gibi cezalandırma düşüncesi hâkimdir.

E. Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Yeniden Kiralama Yasağı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 355 f.1'de; kiraya verenin, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağlaması halinde, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamayacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin f.2 hükmünde ise; yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazların eski hâli ile haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamayacağı; eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştiren taşınmazları yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı olduğu; bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gereceği; bu öncelik hakkı sona ermedikçe, taşınmazın üç yıl geçmeden başkasına kiralanamayacağı düzenlenmiştir. TBK md. 355 f.3'de ise bahse konu yasakların yaptırımını düzenlenmiştir. Buna göre, kiraya verenin bahse konu yasağı ihlal etmesi halinde, eski kiracısına, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere, tazminat ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.¹⁰⁸

Bahse konu yasakların ihlali durumunda; örneğin taşınmazın eski kiracı yerine üçüncü kişiye kiraya verilmesi halinde, kira sözleşmesi geçersiz hale gelmez. Yasağa aykırılığın yaptırımını tazminattır. Buradaki tazminat da zarardan bağımsızdır. Bu nedenle yeniden kiralama yasağına ilişkin öngörülen tazminat doktrinde medeni ceza olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁹

TBK md. 355 f.3'de düzenlenen tazminatın cezalandırma düşüncesine hizmet ettiği açıktır. Zira emredici olarak düzenlenen hüküm ile ihtiyaç nedeni ile ya da yeniden inşa ve imar amacı ile tahliye edilen

¹⁰⁸ Yavuz/Acar/Özen, s.670; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I., İstanbul 2013, s. 340; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar Özel), s. 418

¹⁰⁹ Gümüş, s. 341.

taşınmazın kiracı dışında üçüncü kişilere kiraya verilmesinin önlenmesinin ve buna ilişkin aykırılıkların cezalandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda, anılı düzenlemenin cezalandırıcı tazminat olarak kabulü pek ala mümkündür.

F. Çoklu Tazminatlar

Cezalandırıcı tazminata ilişkin Türk hukukundaki bazı müesseselerin tahlilinde, üzerinde durulması gereken bir diğer konu da çoklu tazminatlardır [multiple damages]. Birçok hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminatın bir görünümü/türü olarak kabul gören¹¹⁰ çoklu tazminatlar ile kanunen öngörülen hallerde zarar veren, verdiği zararın birkaç mislini ödemeye mahkûm edilmektedir.¹¹¹ Türk pozitif hukukunda da çoklu yani zararın birkaç misline tekabül eden tazminatı öngören düzenlemeler bulunmaktadır. Acaba kural olarak cezalandırıcı tazminatı reddeden Türk hukuk sistemindeki çoklu tazminatı öngören düzenlemelerin de işlevleri önleme ve cezalandırma mıdır?

a. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 68

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 68 f.1'de ; "...izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir" hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin f. 2 hükmü de de benzer bir ifade taşımaktadır. Bu hükümler uyarınca, hak sahibi, eser sahipliği haklarının ihlal edilmesi halinde, sözleşme yapılmış olsa idi isteyebileceği bedelin en çok üç katına kadar olan tutarı ya da rayiç bedelin üç katını talep edebilir. Burada eserden doğan hakları ihlal edilene tanınmış bir seçimlik hak söz konudur.

Bahse konu tazminatın hukuki niteliğinin tespiti, önleme ve cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığının tespiti açısından zaruridir. Öncelikle belirtilmelidir ki, FSEK md. 68 anlamında üç kata kadar tazminata hükmedilebilmesi için kusur şartı aranmamaktadır.¹¹² Kusur

¹¹⁰ Koziol/Wilcox, s. 60. Çoklu tazminat doktrinin cezalandırıcı tazminatın tarihsel olarak öncüsü olduğu yönünde bkz. Owen, s. 368. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 3 ve 4.

¹¹¹ Merhacı, s. 185.

¹¹² Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s.305; Merhacı, s. 199; İstemi, s. 2705; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 649; Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun

şartının aranmaması ve zarardan fazla tazminata hükmedilebilmesi, doktrinde FSEK md. 68 hükmünün klasik ölçüler içerisinde dogmatik bir kategoriye bağlanmasının güç olduğu şeklinde yorumlanmıştır.¹¹³ Bu nedenle, FSEK md. 68 hükmünün tazminat değil, kanuni bir ceza olduğu belirtilmiştir.¹¹⁴ Oysa kusur şartının aranmamasına karşın kanuni bir cezadan bahsedilmesi doğru bir önerme değildir. Zira manevi tazminata ilişkin yaptığımız açıklamalarda belirttiğimiz üzere, cezalandırma işlevinin kabulünün temeli/hareket noktası zarar verenin kusurudur. Bu ister ceza, ister özel hukuk anlamındaki bir cezanın baş koşuludur. Dolayısıyla, öngörülen tazminat miktarı gerçek zararın çok daha üzerinde olmasına ve bunun eser sahibini koruyarak ihlalleri önleme amacı taşıdığı ileri sürülebilecek olmasına rağmen, kusur unsurunun eksikliği FSEK md. 68'in bir kanuni ceza ya da cezalandırıcı tazminat olarak kabul edilmesini oldukça güç hale getirmektedir.

b. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 58

Türk pozitif hukukunda çoklu tazminata yer veren ikinci düzenleme 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 58 f.2 **hükümüdür**.¹¹⁵ Anılan hükme göre; "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir. " Görüleceği üzere, söz konusu hükümle ile tıpkı FSEK md. 68 hükmünde olduğu gibi burada da çoklu tazminata hükmedilebileceği kabul edilmiştir. Ancak anılı hükmün FSEK md. 68'den önemli bir farkı vardır. O da Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 58 f.2 uyarınca üç kata kadar tazminata hükmedilebilmesi için eylemin kasıt ya da ağır ihmal ile işlenmiş olmasıdır.¹¹⁶

Esasları, Ankara 2011, s. 138.

¹¹³ Tekinalp, s. 305.

¹¹⁴ Tekinalp, s. 305; Öztan, s. 649; İstemi, s. 2705.

¹¹⁵ Hükmün Amerikan hukuku kökenli olduğu ve üç misli tazminatın zararı telafi etmenin ötesinde cezalandırma amacı da taşıdığı yönünde bkz. İstemi, s.2706.

¹¹⁶ İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Bursa 2007, s. 794.

Doktrinde bahse konu hükmün cezalandırma ve önleme amacının bulunduğu belirtilmiştir.¹¹⁷ Gerçekten md. 58 f.2 hükmün önleme ve cezalandırma işlevlerinin bulunduğu kabulü gerekir. Her şeyden evvel, üç misli tazminat fikri Kıta Avrupası tazminat hukuku mantığından uzaklaşıp Anglo- Amerikan tazminat hukukuna yaklaşmaktadır. Hükmün Amerika'dan alınması ile desteklenen bu önermenin temel nedeni, tazminat miktarının belirlenmesinde zarar verenin kusurunun ağırlığının dikkate alınmasıdır. Bir diğer neden ise, üç misli tazminata hükmedilebilmesinin kasıt ya da ağır ihmal koşuluna bağlanmasıdır. Dolayısıyla, üç misli tazminat Türk pozitif hukukundaki en bariz cezalandırıcı tazminat örneğidir.¹¹⁸

G. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmede Menfaat Devri Yaptırımı

İş görenin, iş sahibinin menfaatineymiş gibi gerçekleştirdiği, fakat aslında iş sahibinin menfaatinin gerektirmediği veya iş sahibinin yasaklamasına rağmen gerçekleştirdiği ya da iş görenin bir başkasına ait olduğunu bildiği veyahut bilmediği bir işi kendi menfaatine gerçekleştirdiği hallerde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme vardır. Başka bir deyişle, bir kişi bir başkasına ait bir işi bilerek veya bilmeyerek kendisine menfaat sağlamak amacıyla adeta kendi işiymiş gibi gerçekleştirmektedir. Bu sebeple, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hukuka aykırı bir eylemdir.¹¹⁹

Menfaat devri, bir hakkın ihlal edilmesi sonucu elde edilen menfaatin, gerçek hak sahibine devredilmesi anlamını taşır. Türk hukukunda menfaat devri yaptırımı gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında talep edilmektedir.¹²⁰ Tazminat hukukunun temel amacı zararın giderilmesidir. Önleme amacı ise daha ikincil bir nitelik taşır. Doktrinde özellikle de fikri ve sınai hak ihlalleri halinde,

¹¹⁷ Aslan, s. 793; İstemi, s. 2706; Merhacı, sn. 191 dn. 132 ve 133'te anılan yazarlar.

¹¹⁸ Merhacı, s. 192.

¹¹⁹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri - Cilt: II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2010, (Kısaltılmışı: Tandoğan, II), s. 677; Yavuz/Acar/Özen, s. 726 vd.

¹²⁰ Baş Süzel, s. 144; Azra Arkan Akbıyık, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1999, s. 47; Pınar Uzun Şenol, "Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu", *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, İstanbul, 2014, S.3, s.293- 309, s. 305, 306.

elde edilen menfaatin devrinin bir tazminat hesaplama yöntemi olup olmadığı tartışmalıdır. Menfaat devrini bir tazminat olarak kabul eden görüşlere¹²¹ göre, bu bir hesaplama yöntemi olarak kabul edilmektedir. Menfaat devrinin bir tazminat olmadığı yolundaki görüşlere¹²² göre ise, menfaat devri yaptırımı halinde mağdurun esas olarak uğradığı zararın miktarını kesin bir şekilde tayin etmek çok zordur. Bu sebeple, menfaat devri halinde amaç, hak ihlali neticesinde elde edilen tüm menfaatlerin hak sahibine dönüşünü sağlamaktır. Bu yapısı ile cezalandırıcı bir fonksiyon taşımanın yanı sıra, ileride benzer hak ihlallerinin gerçekleştirilmesini önleme fonksiyonu da taşır.¹²³

Menfaat devri yaptırımında, kanun koyucunun, hak ihlali yaparını cezalandırma amacı bulunmaktaysa da böyle bir ihlalin tekrar gerçekleştirilmesini önlemek amacı daha ağır bastığından, Kara Avrupası hukuku anlamında bir cezalandırıcı tazminat anlamı taşımadığı, yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımı olduğu savunulmaktadır.¹²⁴

Kötüniyetli vekâletsiz iş gören kişi bakımından TBK md. 530 hükmü, iş sahibinin bir zarara uğraması şartına bağlı olmaksızın, kötüniyetli iş görenin belki de kişisel başarısı ile aslında iş sahibinin hiç elde edemeyebileceği menfaatlerin devrini de şart koştuğu için, bir cezalandırma amacı taşımaktadır.¹²⁵ Buna karşın, menfaat devri yaptırımının ağır bir sonuç doğurması, mağdurun zararından ziyade, failin hak ihlaline sebep olan eylemine odaklanması ve bu yaptırıma zararın varlığından ve meblağından bağımsız olarak hükmedilmesi gerekçeleri ile cezalandırıcı fonksiyonu olduğu kabul edildiği halde, önleme fonksiyonunun daha ağır basması sebebiyle bir cezalandırıcı tazminat değil, yalnızca bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu ortaya konulmaktadır.¹²⁶

¹²¹ Sevilay Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, 2012 s. 344 vd.

¹²² Baş Süzel, s. 152vd, 157 vd.

¹²³ Baş Süzel, s. 79.

¹²⁴ Baş Süzel, s. 168, 169.

¹²⁵ Hüseyin Can Aksoy, "Vekâletsiz İş Görende İş Vekâletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı mıdır?", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2017, Y. 75, s. 1 s. 91- 121, s. 108, 109; Arkan Akbiyık, s. 47 vd.

¹²⁶ Baş Süzel, s. 180, 181.

Kanaatimizce, cezalandırma ve önleme gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede menfaat devri yaptırımını ile güdülen amaçlardan olsa dahi, menfaat devrinin esaslı amacı, elde edilen menfaatin iş sahibine geçirilmesi suretiyle adaletin tesisi olduğundan, bu yaptırım bir cezalandırıcı tazminat değil, özel hukuk cezası niteliği taşır.

H. Kötüniyetli Haksız Zilyedin Sorumluluğu

TMK md 973 gereğince zilyetlik, bir eşya üzerinde sahip olunan fiili hâkimiyet anlamına gelmektedir.¹²⁷ Fiili hâkimiyet, eşyayı her an kişinin elinin altında bulundurması anlamına gelmez. Fiili hâkimiyet; bir kişinin bir eşyadan doğrudan veya dolaylı olarak yararlanabiliyor olması, o eşya üzerinde sonuç doğurabiliyor olması anlamına gelir.¹²⁸

Zilyetliğin haksız olduğunu bilen veya gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde bilebilecek durumda olan kişi kötüniyetli haksız zilyettir.¹²⁹ Kötüniyetli haksız zilyedin sorumlu tutulabilmesi için kusur şartı aranmaz.¹³⁰

TMK md. 995/I gereğince kötüniyetli zilyet, kötüniyeti sebebiyle hem hak sahibine verdiği zararı tazmin etmekle hem de elde ettiği ve hatta elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin karşılığını tazmin etmekle mükelleftir.

Kötüniyetli zilyedin el koyması bir haksız fiildir. Kusuru bulunmasa dahi kötüniyetli zilyet bu zararı tazminle mükelleftir.¹³¹ Kötüniyetli zilyedin tazminle mükellef olduğu zararlar; zilyetlik konusu mala verdiği zararlar, asıl malikin malı kullanmasına engel olunması sebebiyle oluşan zararlar ile mal elden çıkarılmışsa değeridir. Kötü niyetli zilyet ayrıca bu mal üzerindeki fiili hâkimiyeti sayesinde elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği doğal veya hukuki ürünleri de geri vermelidir.¹³²

¹²⁷ Mehmet Ünal / Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2015, s. 82 vd.

¹²⁸ Ünal/ Başpınar, s. 83.

¹²⁹ Ünal/ Başpınar, s. 120, 221; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2016, s. 121; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2015, s. 17; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1972, s. 275.

¹³⁰ Rona Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007, s. 189.

¹³¹ Ünal/Başpınar, s. 214; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 124.

¹³² Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 122, 123; Nomer/Ergüne, s. 86, 87; Ünal/Başpınar, s. 222, 223; Akipek, s. 277 vd.

Hak sahibi bu ürünleri elde etmeyecek olsa dahi, tazmin edilmesini talep edebilir.¹³³ Buna ilaveten elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin karşılığını da tazmin etmelidir.¹³⁴ Kötüniyetli zilyet, malın malikinden yalnızca mal için yaptığı zorunlu masrafları talep edebilir, ancak yararlı veya lüks masrafların kendisine geri ödenmesini isteyemez.¹³⁵

Doktrinde TMK md. 995 hükmünde geçen “tazminat” ifadesinin yerinde olmadığı, hükümde amaçlananın tazminattan ziyade kötüniyetli zilyedin malı kullanması ve yararlanmasından kaynaklanan bir bedel iadesi niteliğinde olduğu savunulmaktadır.¹³⁶ Doktrinde¹³⁷ bizim de katıldığımız görüşe göre, kötüniyetli zilyetten elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin dahi istenebilmesi veya malikin malın kötüniyetli zilyette bulunması sebebiyle bir zarara uğramamış olduğu durumlarda ya da kötüniyetli zilyet malı elinde bulundurmuş ancak mal dolayısıyla bir kazanç elde etmemişse dahi, sırf malı fiili hâkimiyetinde bulundurmasından dolayı farazi bir tazminat istenmesi ancak bir özel hukuk cezası niteliğindedir. Her ne kadar, hükmün temelinde kötüniyetli zilyedi eylemi nedeniyle cezalandırmak ve ileride gerçekleşebilecek örnekleri önlemek amacı olsa da kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğu bir cezalandırıcı tazminat niteliğinde değil, ancak bir özel hukuk cezası niteliğindedir. Doktrinde bu durum bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğundan, Roma Hukukundan gelen “Kanunsuz ceza olmaz” ilkesine dayanarak ancak özel bir kanun hükmünün varlığı ile talep edilebilir olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹³⁸

I. TMK md 510 ve 578 Gereği Mirasbırakana Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Miras Hakkının Kaybı:

TMK md. 510 hükmünde mirasçılıktan çıkarma ve TMK md. 578 hükmünde ise mirastan yoksunluk sebepleri düzenlenmiştir.

¹³³ Nomer/Ergüne, s. 86, 87; Karşı görüş için bkz. Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s. 107; Ünal/ Başpınar, s. 225, 226.

¹³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 124; Nomer/Ergüne, s. 88.

¹³⁵ Nomer/Ergüne, s. 94; Esener/Güven, s. 108; Ünal/Başpınar, s. 231 vd. Ancak doktrinde bu çözümün hakkaniyete uygun olmadığı, bu durumun malik lehine bir haksız kazanç kaynağına dönüşmemesi gerektiği savunulmaktadır. Bu kanaate göre, haksız zilyet yaptığı faydalı ve lüks masrafları mala zarar vermeden geri alabilme hakkına sahip olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal/ Başpınar, s. 232.

¹³⁶ Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 68, 69.

¹³⁷ Aybay/Hatemi, s. 70.

¹³⁸ Aybay/Hatemi, s. 70.

TMK'da iki tür mirasçılıktan çıkarma vardır. TMK md. 510-512 hükümlerinde cezai amaçlı çıkarma düzenlenirken; TMK md 513'de koruyucu amaçlı çıkarma düzenlenmiştir. Koruyucu amaçlı çıkarma da mirasbırakan, borç ödemededen acze düşen alt soylarını korumak için saklı payının yarısından çıkarabilir.¹³⁹

TMK md. 510 gereğince ise eğer mirasçı mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarına karşı ağır bir suç işlerse ya da mirasbırakan veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarruf ile saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Mirasçılıktan çıkarma sebepleri Kanun'da sayılanlar ile sınırlıdır.¹⁴⁰ Mirasbırakan saklı paylı mirasçısını mirastan çıkarırken sebebini göstermelidir.¹⁴¹

TMK md. 578 hükmüne göre ise; mirasbırakan kişiyi kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapmasını veya yaptığı ölüme bağlı tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar veya engelleyenler ile mirasbırakanın bir daha yapamayacağı bir durumda veya zamanda iken ölüme bağlı tasarrufunu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıran veya bozanlar kendiliğinden mirastan yoksun kalırlar. Mirastan yoksunluk sebepleri yalnızca Kanun'da sayılanlar ile sınırlıdır ve yoksunluk sebepleri ancak mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar.¹⁴² Mirastan yoksunluk sebepleri ile kanun koyucu mirasbırakana karşı işlenmiş affedilmez halleri ağır bir yaptırıma bağlamak istemiştir. Mirastan yoksunluk da mirasçılıktan çıkarma ile aynı amaca hizmet eder ancak mirasçılıktan çıkarma kurumu düzenlenmişken mirastan yoksunluk kurumunun da düzelenmiş olmasının sebebi; TMK md. 578'de sayılan yoksunluk hallerinde mirasbırakanın artık mirasçılıktan çıkar-

¹³⁹ Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, Ankara 2016, s. 190 vd.

¹⁴⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, *Miras*), s. 45; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Ankara 2012, (Kısaltılmışı: Öztan, *Miras*), s. 138, 139; Ayan, s. 181.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, *Miras*, s. 45, 46; Öztan, *Miras*, s. 142; Ayan, s. 184; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)*, İstanbul 2013, s. 100 vd.

¹⁴² Kılıçoğlu, *Miras*, s. 46, 258, 259; Ayan, s. 261 vd.

ma işlemi yapamayacak hale getirilmesi veya artık bu işlemi yapamayaacağı bir zamanda gerçekleştirilmesidir. Bu anlamda bu iki kurum birbirini tamamlar niteliktedir.¹⁴³

Kanunda mirastan yoksunluğun düzenlenmiş olmasının sebebi mirasçının mirası elde etmeye layık olmaması ve mirasbırakanın artık bu kişiyi mirasçılıktan çıkarma gücünün bir sebeple kalmamış olmasıdır.¹⁴⁴ Mirastan yoksunluk sebepleri yalnızca mirastan yoksun olan kişiyi etkileyip, alt soyuna etki etmez. Bunun sebebi cezaların şahsiliği ilkesidir.¹⁴⁵ Bu da mirastan yoksunluk sebeplerinin cezalandırıcı amacına işaret etmektedir.

Mirasçılıktan çıkarma hususu mirasbırakanın iradesine bağlıdır. Mirastan yoksunluk halleri ise, kanun koyucunun iradesine dayanır.¹⁴⁶ Cezai olarak mirasçılıktan çıkarma yaptırımı ile mirasbırakan aile ilişkilerine kusurlu şekilde zarar veren saklı paylı mirasçiyi miras payından yoksun bırakabilmektedir.¹⁴⁷ Hem cezai mirasçılıktan cezai çıkarmanın hem de yoksunluğun temel amacı kusurlu hareketleri ile aile ilişkilerine önemli ölçüde zarar veren saklı paylı mirasçının bu davranışlarının cezalandırılmasıdır. Bu bağlamda, cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu, saklı pay kurumunu dengeler niteliktedir ve aile ilişkilerine zarar veren kişinin aile ilişkilerinden doğan miras hukuku kaynaklı menfaatleri elde edememesini hedefler. Cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu, saklı pay kurumunu dengeleyici bir nitelik taşıdığından saklı payı yalnızca Kanun'da sayılan hallerde ve ölçüde korur.¹⁴⁸

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe¹⁴⁹ göre, mirasçılıktan çıkarma hükümlerinin öncelikli amacı saklı paylı mirasçiyi cezalandırmaktır, bu sebeple de tipik bir medeni hukuk cezası teşkil eder. Kanaatimizce, gerek mirasçılıktan çıkarma, gerekse yoksunluk halleri cezalandırma amacı taşıması sebebiyle bir medeni ceza niteliğindedir,

¹⁴³ Rona Serozan/Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku*, Ankara 2014, s. 502; Yağcı, s. 55 vd.

¹⁴⁴ Öztan, *Miras*, s. 323; Ali Naim İnan/Hakan Albaş/Şeref Ertaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, Ankara 2015, s. 359, 457.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, *Miras*, s. 259, 262; Öztan, *Miras*, s. 328; Ayan, s. 262; İnan/Albaş/Ertaş, s. 463.

¹⁴⁶ Öztan, *Miras*, s. 138.

¹⁴⁷ Ayan, s. 179, 180.

¹⁴⁸ Yağcı, s. 30 vd.

¹⁴⁹ Serozan/Engin, s. 432; Yağcı, s. 63 vd.

fakat hukukumuzda yer alan diğer pek çok medeni hukuk cezasında olduğu gibi bir cezalandırıcı tazminat niteliği taşımaz. Zira bu durumlarda mirasçı sadece kanuni hakkı olan miras payını almaya hak kazanmamakta, hakkı olan paydan fazla bir miktar için cezai nitelikte bir tazminat yükümlülüğü altına girmemektedir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda gerek Türk pozitif hukuku gerekse Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin dayandığı tazminat sorumluluğu ilkeleri kapsamında, tazminat miktarının, zarar miktarı ile sınırlanması ilkesi benimsenmiş olup, zararı aşan tazminat miktarlarına hükmedilmesini öngören düzenlemelere çekince ile yaklaşıldığı aşikârdır. Buna karşın, izah edildiği üzere, tıpkı Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kabul gören cezalandırıcı tazminatta olduğu gibi, hukukumuzda da pek çok hukuki kurumda cezalandırma ve önleme amacı ile klasik anlamdaki telafi edici tazminattan farklılaşan düzenlemelere gidildiği açıkça görülmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, sadece cezalandırma ve önleme saikinin bulunması başlı başına ilgili düzenlemenin cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilebilmesi için yeterli olamamaktadır. Yukarıda izah edilen hususlara binaen belirtilmelidir ki; hukukumuzda, cezalandırma ve önleme amaçlarıyla, zarar miktarı tamamen göz ardı edilerek ve kusur şartı gözetilerek tazminata hükmedilen durumlar son derece istisnaidir. Yukarıda ele alınan tazminat türleri, cezalandırıcı tazminata ilişkin sayılan unsur ve niteliklerinden bir ya da birkaçını yansıtmalarına rağmen, esaslı amaç ve unsurlardaki farklılıklar nedeniyle, tam manada Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde öngörülen cezalandırıcı tazminat kapsamına girememekte ve çoğunlukla medeni ceza çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Kaynakça

- Akipek Jale, Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1972.
- Aksoy Hüseyin Can, "Vekâletsiz İş Görende İşi Vekâletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2017, Y. 75, s. 1 s. 91- 121.
- Arkan Akbıyık Azra, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999.
- Aslan İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2007.
- Atamer Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996.

- Atlan Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015.
- Ayan Mehmet, Miras Hukuku, Ankara 2016.
- Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- Baş Süzel Ece, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015.
- Behr Volker, "Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", Chi.-Kent L. Rev., Chicago 2003, Vol. 78, I. 1, s. 105- 161.
- Belli Melvin M., "Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present -Day Society", UMKC L. Rev., 1980-1981, Vol. 49, I.1, s. 1- 23.
- Bozer Ali/Göle Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015.
- Buckland William W./McNair Arnold D., Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Cambridge 1936.
- Cain Kevin G., "And Now the Rest of the Story; McDonald's Coffee Lawsuit", *Journal of Consumer & Commercial Law*, Texas 2007, Vol. 11, N.1, s. 14- 19.
- Centel Nur/Zafer Hamide /Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005.
- Çelik Ahmet Çelik, Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, İstanbul 2006.
- Çelik Nur/Caniklioğlu Nursen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Ellis Dorsey D., "Fairness and Efficiency in The Law Of Punitive Damages", *Southern California L. Rev.*, California 1982, Vol. 56, I. 1, s. 1- 78.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar Özel).
- Erlüle Fulya, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat Türk Borçlar Kanunu'na Göre, Ankara 2015.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2015.
- Gotanda John H., "Punitive Damages: A comparative Analysis" Villanova University School of Law School of Law Working Paper Series, 2003, Paper 8.
- Grossfeld Bernhard, Die Privastrafe, Ein zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Frankfurt Berlin 1961.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I., İstanbul 2013.
- Hartman Howard A.,
- Huang Bert I., "Exemplary Damages a Deformity in our Law", *Marquette L. Rev.*, 1918, Vol. 2, I. 2, s.57- 64.
- "Surprisingly Punitive Damages", *Virginia Law Review*, 2014, Vol. 100, No. 5, s.1027-1059.

- İnan Ali Naim/Albaş Hakan/Ertaş Şeref, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2015.
- İstemi Mehmet, "Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, C. III.
- Karahan Sami/Arı Zekeriya/Bozgeyik Hayri/Saraç Tahir/Ünal Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2015.
- Karahan Sami/Suluk Cahit/Saraç Tahir/Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2011.
- Karayalçın Yaşar, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", *AÜHFD*, Ankara 1962, C. 19, S.1, s. 251- 275.
- Karşlı Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2004
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Borçlar).
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1984, S.1, s. 15- 22, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Tazminat).
- Kılıçoğlu Ahmet M., Miras Hukuku, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Miras).
- Koziol Helmut/Wilcox Vanessa, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Viyana 2009.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013
- Markel Dan, "How Should Punitive Damages Work?", *University of Pennsylvania Law Review*, 2009, Vol. 157, N. 5, s. 1383- 1484.
- Merhacı Selin Özden, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013.
- Morris Clearence, "Punitive Damages in Tort Cases", *Harvard Law Review*, 1931, Vol. 44, No. 8, s. 1173- 1209.
- Nomer Haluk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Nomer Haluk Nami/Ergüne Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2015.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, C. 2.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2016.
- Owen David G., "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reforms", *Vill, L. Rev.*, 1994, Vol. 39, s. 363 vd.
- Öztan Bilge, Miras Hukuku, Ankara 2012, (Kısaltılmışı: Öztan, Miras).
- Öztan Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2013
- Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2015.
- Reisoğlu Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

- Rustad Michael/Koenig Thomas, "The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers", *The American University L Rev.*, 1992, Vol. 42, s. 1269- 1333.
- Sales James B., "The Emergence of Punitive Damages in Product Liability Actions: A Further Assault on the Citadel", *St. Mary's Law Journal*, 1983, Vol. 14, I. 2, s. 351- 405.
- Sales James B. /Cole Kenneth B., "Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins", *Vanderbilt L. Rev.*, 1984, Vol. 37, I. 5, s. 1117- 1175.
- Schmit Joan/ T./ Pritchett Travis/ Fields Paige, "Punitive Damages: Punishment or Further Compensation?", *The Journal of Risk and Insurance*, 1988, Vol. 55, N. 3, s. 453-466.
- Serozan Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007.
- Serozan Rona/Engin Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2014.
- Sullivan Timothy J., "Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and The Illusion of Legal Change", *Minnesota L. Rev.*, 1977, Vol. 61, s. 207- 252.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2015.
- Şahin Ayşenur, "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar Ve Tazmini", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C. XV, S.2, s. 123- 165.
- Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2011.
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003.
- Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), İstanbul 2010, (Kısaltılmışı: Tandoğan, Mesuliyet).
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri - Cilt: II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2010, (Kısaltılmışı: Tandoğan, II).
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.
- Tercier Pierre, Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg 1971.
- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra ve İflas Hukuku Şerhi (İİL. 1-82), Ankara 2014, C. I.
- Uzun Şenol Pınar, "Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu", *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, İstanbul, 2014, S.3, s.293- 309.
- Uzunallı Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/ Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.
- Ünal Mehmet, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", *AÜHFD.*, Ankara 1978, C. 35, S. 1, s. 397- 437.

Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2015.

von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Ankara 1983, C.I, (Çev. Cevat Edege).

Walter David L./Plein Thomas A., "Punitive Damages: A critical Analysis: Klink v. Combs, *Marquette L. Rev.*, 1965, Vol. 49, I. 2, s. 369- 386.

Yağcı Kürşad, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), İstanbul 2013.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yılmaz Ejder, "İcra Tazminatı", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, C.II.

Zimmermann Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundation of the Civilian Tradition, New York 1996.

Zitzer Kurt M., "Punitive Damages: A Cat's Clavicle in Modern Civil Law", *The John Marshall Law Review*, 1989, Vol. 22, I. 3, s. 657- 684.

BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ CUMULATIVE ASSUMPTION OF DEBT CONTRACT

Hasibe Sena AKKIŞLA*

Özet: Bu kurum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile nitelikleri ve özellikleri çerçevelendirilerek nitelendirilmiş bir kavramdır. Hukukumuzda borca katılma ile karıştırılabilecek, ona benzer kurumlar bulunmakla birlikte belirli temel farklar sebebiyle bu olgu ayrı bir başlık altında incelemeye alınmıştır. Bu makalede borca katılma kavramını incelemekle kalmayıp hukukumuzda nasıl ve ne şartlarla uygulamaya yer verildiğini, benzer kurumlar ile arasındaki farkları inceleyeceğiz. Borca katılma sözleşmesinin genel özellikleriyle ele alınması bakımından bir inceleme yapılmıştır. Borca katılma; alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin, ilk borçlu yanında yer almak suretiyle, kural olarak mevcut bir borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri üstlenmesi şeklinde tanımlanabilir.

Anahtar Kelimeler: Borca Katılma, Sözleşme, Teminat, Müteselsil Borçluluk

Abstract: This institution is a concept which is characterized by framing the qualifications and characteristics with the Turkish Code of Obligations No. 6098. Due to certain fundamental differences, this phenomenon has been examined under a separate heading, as there are similar institutions that can be confused with the participation of borrowing in our law. In this article we will examine not only the concept of joining borrowing but also how and under what circumstances our law is enforced and the differences between similar institutions. Besides an examination has been made in order to consider the general characteristics of the participation agreement. Cumulative assumption of debt; a third person who is not a party to the debt relationship between the creditor and the debtor can assume liabilities arising from an existing debt relationship as a rule, by taking the side of the first debtor.

Keywords: Cumulative assumption of debt, Contract, Guarantee, Solidary indebtedness

* Öğr.Gör., İstanbul Şehir Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, senaakkisla@sehir.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0478-5904, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.07.2018, Kabul Tarihi: 06.07.2108

GİRİŞ

Borca katılma, ilk borçlu ve borca katılan taraflarca alacaklıya karşı bir müteselsil edim yükümlülüğü doğurmaktadır. Hukukumuzda müteselsil borçluluk bakımından pek çok kavram var olmasına rağmen borca katılma, tıpkı diğerleri gibi kendi kuralları bakımından diğer düzenlemelerden ayrılmaktadır. Burada genel olarak şöyle bir açıdan bakabiliriz, şahsi teminat kurumu olarak borçlu büyük bir risk ve sorumluluk altına girmesi sebebiyle sıkı şekil kurallarına tabi kılınmıştır. Bu sıkı şekil kurallarına uymama bakımından ağır yaptırımlar getirilmiştir. Borca katılma ise makalemizin ilerleyen bölümlerinde göreceğimiz gibi daha esnek kurallara sahip olup, sıkı bir yaptırım yükü taşımamaktadır. Günümüzün değişen şartları bakımından ticari ve sosyal ihtiyaçlar bakımından kişilerin bir sözleşme imzalamaları ve buna güvence vermeleri girmiş oldukları riski hukuken düzenleyebilmeleri gerekmektedir.

Borca katılma hakkında yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktaydı Ancak, benzer müesseseler zaman zaman münferit durumlar için ele alınarak düzenlenmiş olduğu görülmür. Bu şekilde yapılan düzenlemeler de kanun koyucunun ihtiyaç gördüğü konular ile sınırlı kalmıştı. Bu incelemede borca katılma müessesesinin yanında benzer kavramlar üzerinde kıyas yapılarak aslında ne derece de pratik faydasının olduğu üzerinde durulacaktır.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki; hukukta kavram çeşitliliğinin çok olması hukukçular açısından büyük bir zenginliktir. Bir mutfak gibi düşünürsek malzemelerimiz yeni kavramlardır ve her yeni kavram üzerinde düşünülmesi gereken bir fikir, çalışılması gereken yepyeni bir sayfa ve karşılaşılabilecek tüm olasılıklar içinden kalıba yudurabileceğimiz yeni bir alan ortaya koymaktadır.

I. BORCA KATILMA KAVRAMI VE BORCA KATILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Borca katılma; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kabul edilen bir hukuki kurumdur. Borca katılma, alacaklı ile borçlu ilişkisi haricinde üçüncü bir kişinin, borçlunun yanında yer alarak, yükümlü olunan edimi üstlenerek borcun ifası bakımından alacaklıya karşı ilk borçluy-

la birlikte aslî müteselsil borçlu sıfatına sahip olmasıdır.¹ Bu durum alacaklıyı korumakta olduğu söylenebilir, şöyle ki; alacaklı, bir malvarlığı hakkı olarak sahip olduğu, lehine doğmuş bulunan edimin ifasına yönelik talep hakkını o ana kadar tek bir borçluya karşı ileri sürebilecekken, borca katılmanın sonucunda, borçlu sıfatını kaybetmeyen ilk borçluya ek olarak, aynı edimin ifasını talep edebileceği yeni bir borçlu elde etmektedir. Söz konusu borca katılmanın² gerçekleşmesinden önce, kaynağı ne olursa olsun alacaklı ile borçlu taraf arasındaki hukukî ilişkiye tamamen yabancı olan üçüncü kişi ise, borca katılmak suretiyle alacaklı ile bir hukuki ilişki meydana getirdiği andan itibaren, ilk borçlunun yanında ikinci bir borçlu olarak ve asıl borçlu sıfatını kazanarak, yükümlü olunan edimin sorumluluğunu taşır. Böylece, borca katılan ilk borçlunun edimiyle aynı içeriğe sahip bulunan bir edimi, alacaklıya karşı ifa etmeyi taahhüt etmiş, bir başka deyişle, borçlunun edimini kendi edimi haline getirmiş bulunmaktadır.

Borca katılma için doktrinde de tanımlamalar yapılmıştır bunların en yaygın ve genel tanımlaması ise Kılıçoğlu³ tarafından yapılmıştır, şöyle ki; “mevcut bir borç ilişkisinde borçlu olmayan bir üçüncü kişiyi, alacaklı ile yapacağı anlaşma ile borçlu ya da borçlular yanında asıl borçtan müteselsilen sorumlu hale getiren bir sözleşmedir”.

¹ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, İstanbul 1989, s. 702; Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1959, s. 36 ; Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971, s. 74; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992, s. 67; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku*, Beta Yayıncılık İstanbul 2012, s.53 vd., Kenan Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, Cilt 1 Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 1038; Murat Canyürek, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, İstanbul 2003, s. 20; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul 2008, s. 7, vd. ; Hüseyin Murat Develioğlu, *İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı*, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, s.293-322, İstanbul 2006, s. 300; M.Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Yayıncılık, C. 2, İstanbul 2013, s. 843.

² Borca katılma halinde, borca katılan kişi asıl borçlu hâline gelmekte, alacaklı ile arasındaki hukuki ilişki sebebiyle başından beri borçlu olan kişi ise, bu sıfatını kaybetmemektedir. Bu sebeple, borca katılmanın gerçekleşmesinden önce tek başına borçlu olan bu kişi için, borca katılmanın gerçekleşmesinden itibaren “ilk borçlu”, borca katılmak suretiyle borçlu sıfatını kazanan içinse “borca katılan” ifadelerini kullanmak uygun düşmekte ve doktrinde de bu terimler tercih edilmektedir. Bkz. Develioğlu, s. 300; Özen, s. 8 vd..

³ M.Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turan Kitapevi, Ankara 2011, s. 818 vd.

Borca katılma, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak, hem öğretide hem de uygulamada kabul edilmekteydi⁴. 6098 sayılı Kanun'un çıkarılmasıyla birlikte kanunen kabul edilen ve düzenlenen bir kurum olmuş oldu. Borca katılmanın düzenlendiği TBK'nın 201. maddesine göre, borca katılma, mevcut bir borca, borçlunun yanında yer almak üzere, borca katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçlu ile birlikte sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte borca katılan ve borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.⁵ Anlaşıldığı üzere, borca katılmada, borca katılanın, alacaklıya karşı borçlunun yanında yer alması ve böylece alacaklının alacağı için iki müteselsil borçlunun bulunması söz konusu olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken müteselsil borçluluk oluşmasıdır. Borca katılma kavramını, kefalet kurumundan ayıran belki de en önemli özellik budur.

Borcun üstlenilmesi kurumu müteselsil borçluluk açısından borca katılma ile karşılaştırılabilecek ikinci kurumdur. Borcun üstlenilmesinde, borçlu taraf borcun borçlusu olmaktan çıkmakla onun yerini üstlenen kişi almaktadır. Borca katılmada ise, borçlu borçtan kurtulmaktaki, onun yanında katılan kişi de birlikte müteselsilen sorumlu hale gelmektedir. Borcun üstlenilmesinde isabetli olarak, borçlu ile üstlenen kişi arasında borcun iç üstlenilmesi, borçlu tarafın değişimine neden olmamakta, bu anlaşmanın alacaklı tarafından kabulü halinde üstlenen kişiyle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile borçlu taraf değiştirmektedir. Borca katılmanın gerçekleşmesiyle birlikte borçlu, borcundan kurtulmamakta, bilakis borcu sıfatıyla bütün sorumluluğu aynen devam etmektedir.⁶ Sadece borca katılan üçüncü kişi, borçlu ile birlikte borçlunun yanında aynen borçlu gibi müteselsilen sorumluluk altına girmektedir. Başka bir ifadeyle katılma işleminin gerçekleşmesi ile birlikte, alacaklı karşısında tek bir ifade ile birlikte, alacaklı karşısında tek bir borçlu yerine müteselsilen sorumlu iki borçlu ortaya çıkmaktadır.

⁴ Develioğlu, s.300 vd.; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015, s.57.

⁵ Gamze Turan Başara, Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma, *AÜHFD*, S.63, Ankara 2014, s. 419-447, Mehmet Kılıç, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.58.

⁶ M.Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s.796; Oğuzman/Öz, s.609; Sabah Altay, "Borca Katılma" *MÜHFD*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s.138; Kılıç, s.60.

Gerçekten de, borcun üstlenilmesinde borç aynı kalmak üzere borçlu taraf borcundan tamamen kurtulmakta ve onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişi geçmekte iken, borca katılmada borçlunun borç ilişkisinden çıkması gibi bir durum söz konusu değildir.⁷ Alacaklının borçlu dışında, borçlu ile aynı ve eşit düzeyde sorumluluğa sahip üçüncü bir kişiye de başvurma hakkını kazandırması borca katılmanın aynı zamanda teminat fonksiyonuna sahip bir hukuki kurum olduğunu göstermektedir.⁸ Borcun üstlenilmesi kurumu teminat söz konusu olmaksızın sadece borçlunun edim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya ve yeni bir borçlu tarafı sorumlu tutmaya yardımcı olmaktadır. TBK m.201 gereğince, alacaklı ile borca katılan arasında bir sözleşme yapılmakta ve borçlu olma sıfatına 3. Bir kişi sahip olmaktadır.

Borca katılmanın esas itibariyle diğer bir niteliğini belirtmek gerekir ki o da, borçlar hukuk alanında hâkim olan nisbilik prensibinin bir istisnasını teşkil etmesidir. Bu halde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan sözleşme vasıtasıyla taraflar hak sahibi olup, yükümlülük altına girerler. Şu halde, bir sözleşme ancak tarafları bakımından hak sağlayıp, yükümlülük doğurduğundan, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler, kural olarak sözleşmeye dayanarak herhangi bir talepte bulunamayacakları gibi, sözleşme dolayısıyla yükümlülük altına girmeleri de söz konusu olmayacaktır.⁹ Buna karşılık, kanun koyucu borca katılmada, borca katılanın alacaklıya karşı borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemek suretiyle, nisbilik prensibinin, sözleşmeden doğan borcun ifasının yalnızca borçludan talep edilebileceğine ilişkin sonucuna bir istisna getirmiş bulunmaktadır.¹⁰

Bunların yanında borca katılma ağırlıklı olarak teminat amacıyla yapılmakla birlikte, istisnai olarak taraflar ardındaki yükümlülüğün haricinde edimin üstlenilmesi amacıyla yapılabilmesi de mümkündür. Her iki durumda da borca katılmayla birlikte, katılan, borçlunun ala-

⁷ Kılıç, s.61.

⁸ Oruç Hami Şener, Sözleşmeye Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma, *DEUHF*, C.XI, Özel Sayı, s. 1279-1322; Kılıç, s.61.

⁹ Nil Karabağ Bulut, Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme, Legal Kitapevi, İstanbul 2009, s. 5; Haluk Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara 1963, s. 20 vd.; Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 18.

¹⁰ Turan Başara, s.419-447.

caklıya karşı olan borcunu, müteselsil biçimde o yükümlülüğe eklenen kişisel ve bağımsız bir sorumluluk altına girer.¹¹ Ancak borca katılma kurumu ile borcun üstlenilmesi kurumu arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerekir. Bunları birer küme olarak düşünürsek kesişim kümesi elemanları çok olmasına rağmen hiçbiri diğerinin alt kümesi değildir.

II. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ

Borca katılma sözleşmesi Türk hukukunda ilk defa 6098 sayılı Kanun'la kabul edilen bir hukuki kurumdur. TBK m.201'de yer alan düzenlemeye göre, borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.¹²Borca katılma sözleşmesi, alacaklı ve borca katılan arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile borca katılan borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olur.

Borca katılma kurumu hakkında sınırlı bir çalışma yapılmış olduğu ve buna ilişkin olarak saha uygulamalarında eksikliklerin yaşandığı ve tamamlayıcı yahut yorumlayıcı kurallara başvurulduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca borca katılma sözleşmesi ve kurumu, TBK'nın "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlıklı Beşinci Bölümde yer verilmiş ise de, borca katılmada, sadece bir taraf değişikliğine başvurulmadığı söylenebilecektir.¹³

Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, kural olarak, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriğine göre belirlenmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, borca katılma, yalnızca kuruluş anı itibarıyla fer'i nitelik taşımakta olup, katılma gerçekleşikten sonraki aşamada borca katılanın borcu ilk borçlunun borcundan bağımsızdır. Aralarında müteselsil borçluluk ilişkisi

¹¹ Develioğlu, s. 301; Nihat Yavuz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2012, s. 267; Eren, Genel, s. 1254; Oğuzman/Öz, s. 608.

¹² Altay, s.3; Şener, s.1279, Oğuzman /Öz, 2013,s.608, Kılıçoğlu, s.795, Kılıç, s.58; Eren, Genel, s.1254; Oğuzman /Öz,s.608 vd.; Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.263-300.

¹³ Emel Badur, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Kitabı, Ankara 2011, s. 137.

bulunan borca katılan ve ilk borçludan her biri borcun tamamından sorumludur. Burada dikkat edilmesi gerekli olan husus taraflar arasındaki duruma göre borca katılan kişi ile asıl borçlunun birlikte yükümlü olduğu ve payından fazlasını ödemiş olanın rücu hakkını kullanabileceğidir.

Borca katılma, borçlu ve borca katılacak olan üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bu durumda katılan kişi borçluya, borcun ifasını alacaklıya onun yararına gerçekleştireceğini vaat etmektedir. Borçlu ve borca katılan alacaklının her ikisinden de, borcun ifasını serbestçe talep edebileceğini aralarında kararlaştırmaktadırlar. Boca katılan kişinin, alacaklı taraftın sözleşmeye katılmasını isteme veya onay vermesine gerek olmadığı düşünülse de bazı eleştirel yanları söz konusudur. Şu bakımdan eksikliklerin bulunduğunu söyleyebiliriz; borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında kurulan nispi bir ilişkidir. İki tarafa da sorumluluk tanıyan sözleşmede tek taraflı bir irade beyanı açıklamasının anlamı olmayacak ve borca katılmanın da, sadece alacaklının iradesi ile gerçekleştirilememesi başka bir ifadeyle alacaklı, borçlu ve borca katılan üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nedenle borçlunun katılımı ve hatta bilgisi olmaksızın alacaklının borca katılan kişi ile bir anlaşma yaparak, borca bu kişiyi de müteselsilen borçlu olarak dâhil etmesi hem nispile ilkesine hem de borca aykırılık teşkil eder.¹⁴ Ayrıca borca katılan kişi edimi ifa eder ve alacaklı da bunu kabul ederse, artık asıl borçlunun edimimi ifa etmesi imkânsız hale gelmiş olur. Borca katılma sadece tek bir borç için borçlu yanında yer almayı amaçladığı ve sözleşmeye katılma iradesi gösterdiği için, durumun nispile ilkesine veya borca aykırılık şeklinde değerlendirilmesi söz konusu olmamalıdır. Bunun yanında alacağın temliki veya borcun üstlenilmesinde de, borçlunun katılımına gerek kalmaksızın gerek alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi, gerekse borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan sözleşmelere taraf değişiklikleri gerçekleşebilmektedir. Nispile ilkesine aykırı sonuç doğurduğu söylenemeyecek bu şekilde yapılan işlemler borca katılma açısından geçerlilik taşıyabilecektir¹⁵.

¹⁴ Kılıçoğlu, s.795- 796.

¹⁵ Kılıç, s.59.

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar hükmüne göre sözleşme yapacak taraflar belirlenmiştir. Uygulamada karşılaşılan ve bu maddeden doğan bir sorun ise tarafların açık yazılmamış olmasıdır. Bilindiği üzere borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında kurulan nispi bir ilişki olup, bu ilişkiyi taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle değiştirmesi mümkün değildir. Taraflardan birinin borç ilişkisinin taraflarını değiştirmesi de bu imkânsızlık dâhilindedir. Nispilelik ilkesi ile bağdaşmaması bakımından da geçerli olan bir borç ilişkisinde alacaklının, borca katılan kişi ile sözleşme yapması ve asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaları durumudur. Alacaklının bu davranışı, asıl borçlunun borcu ifa etmesini engellemek amacıyla yapılmış olarak değerlendirilip alacaklının kusurlu olduğu borca aykırı davranışlar arasında sayılabilir.¹⁶

A. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Bu başlık altında borca katılma ve özellikleri incelenecektir. Borca katılma geçerli ve güncel bir borcun alacaklısı ile borca katılan arasında yapılan bir sözleşme ile mümkündür. Bu durumda katılan, borçlunun rızası aranmaksızın, sözleşme konusu borçtan borçlu ile müteselsilen sorumlu hale gelir. Böylelikle, borç ilişkisinde borçlu olmayan kişi, alacaklı ile yapacağı sözleşme¹⁷ sonucunda asıl borçlu ile birlikte borcun müteselsil borçlusu olur. Bunun yanında borca katılma sözleşmesinin özellikleri de aşağıda açıklanmıştır.

1. Borca Katılma Sözleşmesinin Müteselsil Borç Doğurucu Özelliği

Yasa, alacaklıya karşı borçlu ile borca katılanın müteselsilen sorumlu olacağını kabul etmiştir.¹⁸ Böylece alacaklı, sadece borçluya karşı ileri sürebileceği talep hakkını, borçluyla birlikte aynı zamanda borca katılana karşı da ileri sürebilme hakkını kazanmaktadır. Borca katılma ile birlikte, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye tamamen yabancı bir üçüncü kişi, borçlunun yanında ikinci bir borçlu olarak ve asıl borçlu sıfatıyla borç ilişkisine dâhil olmaktadır. Alacaklı açısından,

¹⁶ M.Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2011,s.795.

¹⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 2, 9. Bası, İstanbul 2012, s.691.

¹⁸ Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 2011, s.194.

borca katılmanın gerçekleşmesinden itibaren ifasını talep edeceği edimin birden fazla borçlusunun bulunması, alacaklının bu kişiler içinde dilediğinden borcun ifasını talep edebilmesi ve borçlulardan birinin ifası ya da ifa yerine geçen davranışıyla diğer tarafların bu ilişkideki borçlarında kurtulabilmesi söz konusu olacaktır.¹⁹

Borca katılma sadece sözleşmeden doğmaz. Bilindiği gibi borcun kaynağına bakılmaksızın borca katılım söz konusu olabilecektir. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme bu bakımdan örnek verilebilir. Bununla birlikte, edimin niteliği ve borçlunun kişisel özellikleri sebebiyle şahsî edim niteliği taşıyan bir borca katılmak mümkün değildir. Borca katılanın katıldığı borcun üçüncü kişi tarafından ifa edilebilecek bir borç niteliğine sahip olması zorunludur.²⁰

Borca katılma sözleşmesinin sonucunda oluşan müteselsil borçluluk; alacaklının teminatı olmasının yanı sıra, alacaklının alacağını her bir borçludan ayrı ayrı değil, ancak bir defa olmak üzere elde etmesi sonucunu doğurur.²¹

Borca katılma sözleşmesinin müteselsil borç doğurucu özelliği, bu şartları bünyesinde taşımasından dolayı, kanun gereği kendiliğinden gerçekleştiğinden, tarafların yaptıkları borca katılma sözleşmesinde, borca katılanın edimin ifasından ilk borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğunu kararlaştırmalarına gerek bulunmamaktadır.²²

2. Borca Katılma Sözleşmesinden Doğan Borcun Doğumu Aşamasında Fer'i, Devamında Bağımsız Bir Niteliğe Sahip Olması

Borca katılma, sözleşmesi hem kavramsal açıdan hem de yapısal olarak, üçüncü kişinin katılacağı, geçerli bir borcun varlığını gerekti-

¹⁹ Esasen burada borca katılmada asıl borçlu değişmeyecek, bir üçüncü kişi asıl borçlu sıfatıyla müteselsilen sorumlu olacak şekilde borç ilişkisine girmektedir, Altay, s.57; Kılıç, s.58.

²⁰ Burada amaç alacaklının menfaatinin korunması ve alacağın teminat altına alınmasıdır, Altay, s.57.

²¹ Esasen bu akit aynı edimin ifası için alacaklının karşısında birden fazla taraf olan borçlu ve bu borçlulardan her biri edimin tamamını ifa etmekle sorumludur. Alacaklı edimi bir defa elde etmek şartıyla bu borçluların dilediğinden talepte bulunabilmekte ve borçlulardan birinin ifası ya da ifa yerini tutan davranışıyla borç sona ermektedir; Altay, s.57; Akıntürk, s. 35, vd.; Canyürek, s. 10, vd..

²² Altay, s.54.

rir. Ancak unutulmamalıdır ki, borca katılma sözleşmesinin kurulması anında bu borcun mutlaka doğmuş olması şart değildir, ileride doğacak bir borca katılmak da hukuken mümkündür. Bu halde aranan tek koşul geçerli bir borca katılma sözleşmesi için geçerli bir borcun varlığıdır. Katılanın borcun geçersiz olması ya da bazı hâllerde sonradan geçersiz hâle gelmesi, borca katılma sözleşmesinin de geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu durum, borca katılma sözleşmesiyle ifası üstlenilen borcun, doğumu aşamasında bir başka borcun (alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşmeden doğan borcun) geçerliliğine bağlı olmasından dolayı ferîliğini ortaya koymaktadır. Hukukumuzca kabul edilmesi en olası düşünce²³ de borca katılmadan doğan borcun, doğumu aşamasında ferî olduğu yönündedir. Borca katılmadan doğan borcun, bu ilk aşamadaki ferîliği, bu sözleşmeyi, müteselsil borçluluğun genelde rastlanan oluşturulma şekli olan birlikte borç üstlenmeden doğan müteselsil borçluluktan da ayırmaktadır. Zira bu tür müteselsil borçlulukta, her borcun varlığı ve geçerliliği, diğerinden bağımsız olup, bu bağımsızlık hem borcun doğumu, hem de devamı aşamasında kendisini gösterir.

Borca katılan, doğmuş olan bir borca sonradan katılma (mevcut borca katılma) şeklinde gerçekleşen borca katılmalarda, borca katılma anında, borç hangi hukuki durum içindeyse, borcu o haliyle üstlenmiş sayılmaktadır. Esasen bu durumun aksi de mümkündür, fakat aksi kararlaştırılmadığı sürece, borca katılan nasıl ilk borcun ifa edileceği tüm şartlarla aynen bağlı ise, borcu da, borca katıldığı an itibarıyla bulunduğu duruma göre üstlenmiş sayılmaktadır. Bu yönden de borca katılma sözleşmesinden doğan borç, doğumu anında ilk borçla ferîlik ilişkisi içindedir.

Borca katılanın borcunun doğumu anında mevcut olan ferîlik kefalet sözleşmesinin aksine süreklilik arz etmez. Borca katılanın borcu bir defa geçerli olarak doğduğu andan itibaren, devamında bağımsız bir nitelik kazanır. Özellikle asıl borçlunun sahip olduğu edim yükümlülüğünün geçersizliği borçlunun şahsından ziyade, edimin objektif imkânsızlığından meydana gelirse, borca katılan yine aynı edimi yü-

²³ Stephan Madaus, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit*, Band 2, Rostock 2001, s. 25; Wolfhard Kohte, *Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme*, JZ 21/1990, s.997-1005, s. 997; Reichel, Hans, *Die Schuldmitübernahme*, München 1909, s. 47 (aktaran Altay, s.53 vd.)

kümlülüğünde olacağından ötürü var olan geçersizlik durumları borca katılma sözleşmesini de kendiliğinden geçersiz kılmaktadır.

B. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1. Borca Katılma Sözleşmesinin Kurulması

Borca katılma sözleşmesi, borç ilişkisine yabancı olan üçüncü kişinin (borca katılanın) alacaklıyla akdettiği ve alacaklıya karşı bağımsız borçlu sıfatını kazanarak, borcun ifasından ilk borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğu sözleşmedir. Bu durumda taraflar arasında uyumlu beyan açıklamaları gözetilmek zorundadır. Bu sözleşmede, borca katılan alacaklıya ilk borçlunun edimi ile aynı edimi ifa etme taahhüdü altına girmektedir. Bu sebeple, borca katılanın borcunun konusu, ilk borçlunun alacaklıya karşı ifa etmekle yükümlü olduğu edimin, borca katılan tarafından da ifa edilmesi taahhüdünü taşımaktadır. Bu anlamda, borca katılma kefalet sözleşmesinin aksine, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini değil, borçlu ile aynı edimi ifa taahhüdünü içerir. Bu edim çoğunlukla para borcu olmakla birlikte, böyle bir zorunluluk söz konusu bulunmayıp, ilk borçlunun her türlü edimi için borca katılma sözleşmesi akdetmek mümkündür. Bu konudaki tek sınırlama, borçlunun ediminin şahsi edim olmayıp, üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilen bir edim olması gereğidir.²⁴

Borca katılanın alacaklıya yaptığı irade beyanıyla, borçlunun borcundan kendisinin de sorumlu olmak istediğini belirtmesi, borca katılma sözleşmesinin kurulması için alacaklıya karşı yapılmış bir icaptır. Borçlunun yaptığı icabın içeriğinden ve yapıma tarzından, iyi niyetli bir muhatabın, hukuken bağlanma iradesi taşıyan ciddi bir icabın yapıldığı sonucu çıkarılabilmelidir. Borca katılanın alacaklıya yaptığı icaba karşılık, kural olarak alacaklının kabul beyanında bulunması gereklidir. Bununla birlikte, borca katılanın icabı üzerine alacaklının kabul beyanında bulunmadığı hallerde, borca katılma sözleşmesinin kurulmuş olup, olmadığı sorunu gündeme gelebilir. Bilindiği üzere, susma ilke olarak bir irade beyanı olarak yorumlanamaz. Bu sebeple kendisine icapta bulunulan kişinin susması, kural olarak bir kabul

²⁴ Altay, s. 77 vd..

beyanı olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte kanun veya ticarî örf-âdet kuralları, susmaya icabın kabulü sonucunu bağlayabileceği gibi, dürüstlük kuralına göre de susma, somut olayda kabul beyanı olarak değerlendirilebilir.²⁵

Doktrinde, borca katılma sözleşmesi açısından, bu genel kurala bir istisna getirilmesi için herhangi bir sebep bulunmadığı ve özellikle ticarî örf ve âdetler gereğince borca katılanın alacaklının bir kabul beyanını beklemek zorunda olmadığı kabul edilmektedir. Borca katılan, alacaklının kendisine herhangi bir yükümlülük yüklemeksizin menfaat sağlayan sözleşmeye ilişkin bu icabı kabul etmiş olacağını esas almalıdır. Nitekim aynı anlayış, kefalet sözleşmesi açısından da kabul edilmektedir.²⁶

Borca katılma sözleşmesinin geçerliliği kanununda herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Öğretide TBK'nın 603. maddesinden hareketle, kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarının borca katılma sözleşmesi için de uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuş ve ağırlıklı görüş borca katılma sözleşmelerinin kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarına tabi olduğu sonucuna varmıştır.²⁷

Borca katılma için gerek borçlunun gerekse alacaklının onay vermesi veya sözleşmeye katılmasının aranmaması eleştirilmektedir. Bu görüşe²⁸ göre, borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında kurulan nispi bir ilişkidir. Bu ilişkinin, taraflarından birisinin tek taraflı iradesi ile değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle borca katılmanın da, sadece alacaklının iradesi ile gerçekleştirilememesi gerekir. Bu nedenle borçlunun katılımı ve hatta bilgisi olmaksızın alacaklının borca katılan kişi ile bir anlaşma yaparak, borca bu kişiyi de müteselsilen borçlu olarak

²⁵ Altay, s.120; Tunçomağ, s. 604; Acemoğlu, s. 104.

²⁶ Özen, s. 164; Develioğlu, s. 320.

²⁷ İsmail Kırca, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara 2006, s. 435-457; Hüseyin Hatemi/K.Emre Gökayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm. İstanbul 2011, s. 377; Oğuzman/Öz, s. 609; Emel Badur, "Eşin Rızası", *TBBD*, S. 109, ss. 251-302, Ankara 2013, s. 295; Özen, s. 48; Ece Baş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler. *İÜHF*, C. LXX, S. 2, 2012, s. 140; aksi görüş Yavuz, Yenilik, s. 268; Eren, Genel, s. 1255; Develioğlu, s. 320.

²⁸ Kılıçoğlu, s.795-796; Murat Haznedar, "Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2012-1.

dâhil etmesi hem nispilek ilkesine hem de borca aykırılık teşkil eder. Kaldı ki, borca katılan üçüncü kişi edimi ifa eder ve alacaklı da bunu kabul ederse, artık asıl borçlunun edimini ifa etmesi imkânsız hale gelmiş olur. Sonuç olarak, alacaklı kendi kusurlu davranışı ile borçlu bakımından edimin ifasını imkânsız hale getirmek suretiyle borca aykırı davranmış olur. Ancak tam olarak böyle düşünmek sakıncalı olabilir. Çünkü borca katılmada üçüncü kişi dar anlamda borç ilişkisinde sadece tek bir borç için borçlunun yanında yer almakta, borç ilişkisinin tamamı için borçlunun yanında yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle borca katılma sadece tek bir borç için borçlu yanında yer almayı amaçladığı ve sözleşmeye katılmayı amaçlamadığı için, bunun nispilek ilkesine veya borca aykırılık şeklinde değerlendirilmesi isabetli değildir. Ayrıca alacağın temliki veya borcun üstlenilmesinde de, borçlunun katılımına gerek kalmaksızın gerek alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi, gerekse borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan sözleşmelerde taraf değişiklikleri gerçekleştirilmektedir.²⁹ Nispilek ilkesine aykırı sonuç doğurduğu kabul edilen esasların boca katılma için de kabul edilmesinde hukuken bir mahsur görülmemelidir.³⁰

Alacaklı ile borçla ya da borçlular arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır. Mevcut borç ilişkisinin kaynağı ve türü önem taşımaz. Bu ilişki üç borç kaynağı olan; haksız fiil, sözleşme ya da kanundan doğmuş olabilir. Borca katılmanın temel şartı, borca katılmanın gerçekleştiği anda hukuken geçerli bir borcun varlığıdır. İlk borcun mevcut ve geçerli olmaması halinde borca katılan için de herhangi borç doğmaz.³¹

Tarafların bu sözleşmede, ilk borçlunun borcuna atıf yaparak, bu borçtan borca katılanın da tamamen sorumlu olduğunu belirtmeleri de yeterlidir. Bununla birlikte borca katılma sözleşmesinde, bu sözleşmenin teminat amacıyla yapıldığının veya müteselsil borç üstlenildiğinin açıkça ifade edilmesi zorunluluk arz etmemekle birlikte, borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisine atıf yapılması yoluyla ilk borçla ikinci borç arasındaki teminat ilişkisinin belirginleştirilmesi ve bu borçların birinin ifa edilmesinin, diğer borçluyu da sona erdireceğinin ortaya konması gerekmektedir. Aksi takdirde, taraf iradeleri bu

²⁹ Oğuzman/Öz, 2013, s.610.

³⁰ Kılıç, s.59.

³¹ Tandoğan, C. II, s. 702; Kılıçoğlu, s. 818; Develioğlu, s. 305.

yönde olmasa da, sözleşmenin müteselsil borçların meydana getirmek yerine, alacaklının ikinci borçluya karşı ilk borçla hiçbir ilişkisi bulunmayacak şekilde aynı edimi içeren yeni bir alacak hakkı elde ettiği ve her iki borçludan da ayrı ayrı edimin ifasını elde edebileceği kümülâtif borç ilişkisi söz konusu olur. Kümülâtif borçlarda, alacaklı birbiriyle hukuki bağı bulunmayan borçların hepsinin ifasını borçlulardan talep edebilmektedir.³²

2. Borca Katılma Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

Borca katılma kural olarak özel bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak hukuki niteliği itibariyle teminat fonksiyonu amacını taşıması nedeniyle TBK m.603' de yer alan, " Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır" hükmünden hareketle kefaletle ilişkin şekil şartlar aranır. Teminat amacı güden borca katılma için de uygulama bu durum uygulama alanı bulur.³³

a.Borca Katılma Anında Geçerli Bir Borcun Varlığı

Borca katılmanın geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için her şeyden önce geçerli bir borcun bulunması gerekir. Borcun mevcut olmadığı veya geçersiz olduğu hallerde borca katılma da geçersiz olur.³⁴

Borca katılma esas itibariyle fer'i bir borç doğurmayıp; borca katılma konusu olan borç ile katılma yoluyla ortaya çıkan borç birbirinden bağımsız ise de, geçerli bir borca katılmadan söz edebilmek için, mevcut geçerli bir borcun varlığı gerekir. Mevcut olmayan bir borca katılma mümkün değildir. Şayet alacaklının ilk borçluya karşı bir alacağı mevcut değilse, borca katılana karşı bir alaktan da söz edilemez.³⁵

³² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 1150; Altay, s. 137; Fulya Erlüle, "Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması", *AÜEHFD*, Ankara 2003, C.VII, S. 1-2, s.629-644.

³³ Oğuzman, /Öz,2013,s.609; Kılıç, s.60.

³⁴ Oğuzman /Öz, 2013, s.609; Altay, s.138 vd.; Kılıç, s.60.

³⁵ Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara 2013, s. 109; Tandoğan, s. 702; Kılıçoğlu, s. 818; Develioğlu, s. 305; Şener, s. 1284; Altay, s. 124 vd.; Özen, s. 12; Ece Baş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, *İÜHFH*, C. LXX, S. 2, ss. 115-144, İstanbul 2012, s.132

Aynı şekilde konuşma konusu olan borcu doğuran sözleşme konusunun imkânsız veya kanuna ya da ahlâka aykırı olması sebebiyle sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz ise, borca katılanın bu sözleşmeden doğan borca katılması da geçersiz olacaktır.

Borca katılma konusu olan borç, sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılırsa, borca katılmanın da geçersiz olacağı söylenebilir. Böyle bir durumda her ne kadar katılma anında mevcut geçerli bir borç söz konusu ise de, bu borç sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıldığında, katılma anında mevcut olmayan bir borç için katılma iradesi açıklanmış olacağından, borca katılma da geçersiz olur. Zira ilk borç mevcut değilse, borca katılanın yükümlülüğü konusuz kalacaktır.³⁶

Öğretide borca katılmanın, başlangıçta ya da başka bir ifade ile kuruluş bakımından fer'i nitelik taşıdığı kabul edilerek, geçerli bir borca katılmanın, mevcut geçerli bir ilk borcun varlığına bağlı olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, borca katılma her ne kadar kuruluş bakımından fer'i nitelik taşıyor ise de, katılma gerçekleştikten sonraki aşamada bağımsızlık söz konusudur. Şu halde, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borcun ilk borca bağımlılığı yalnızca katılma anıyla sınırlı olduğundan, borca katılma fer'i nitelikte bir borç doğurmaz.³⁷

b. Borca Katılma Sözleşmesinin Şekil Şartlarına Uygun Yapılmış Olması

Borca katılmanın düzenlendiği TBK'nun 201. maddesinde borca katılma sözleşmesi hakkında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Kefalet sözleşmesine ilişkin şekil kurallarının uygulama alanını ile ilgili madde bağlamında borca katılmanın kefaletin tabi olduğu şekil kurallarına tabi olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu husus neden tartışmalı olduğu konusunda ise ilk dikkatimizi çeken durum yeni bir düzenleme olması ve teminat hususu bakımından farklı bir bakış ortaya atmasıdır. Şöyle ki madde, kefalet kurumunun şekil kuralı bakı-

vd..

³⁶ Şener, s. 1285; Altay, s. 55.

³⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 109; Develioğlu, s. 305; Altay, s. 53, 55; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 702; Özen, s. 12; Şener, s. 1285; Oğuzman/Öz, s. 608; Yılmaz, Merve, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *TBB Dergisi*, Ankara 2011, S.97, s.155-176.

mından ehliyet ve eş rızası gibi iki kriter sunmaktadır. Böylece gerçek kişi olarak şahsi teminat söz konusu olabilecek ve bu tip diğer sözleşmelerde de kapsayıcı olacağı belirtilmektedir. İşte burada esas nokta karşımıza çıkmakta ve kanun koyucunun amacı anlaşılmaktadır; şahsi teminat Roma Hukukundan bu yana günümüze değişik boyutlarıyla çıkmış olsa bile kefaletin ağır sonuçlara yol açan bir kurum olmasından dolayı kanun bunu sıkı şekil şartları altında düzenlemiştir. Yani hem teminat vereni hem de teminat alanı koruman amaçtır. Böylece bu kapsamda başkaca yapılan sözleşmeler denetim altına alınmıştır.³⁸

Belirtmek gerekir ki kefalet sözleşmesi TBK m. 581 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Koşulları ise TBK m.582 vd hükümlerinde sayılmıştır. İlk olarak kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için kurulabileceği gibi gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade edebilecek bir kefalet sözleşmesi de yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Bu noktada borca katılma sözleşmesinin de aynı biçimde yapılabileceğini söylemek gerekir mi ya da borca katılma sözleşmesi sadece mevcut ve geçerli bir borç için mi yapılabilecektir bir tartışma konusu olacaktır. Ayrıca borca katılmanın kefalet sözleşmesinden ayrılması gerektiği hem kanunun sözü hem de her iki anlaşmanın özü gereği bir çelişki yaratabilir. Aksi halde borca katılma katı bir bağlayıcılık yaratacak ve borca katılanın alacaklı tarafından sıkıştırılmasına sebep olacaktır.

Şekil şartı olarak düzenlenen TBK m.583 de yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağından bahsedilmiştir. Borca katılma sözleşmesinde de bu aynı şart aranmalı mıdır, aranırsa ne gibi sonuçlar ortaya çıkaracaktır? Esasen borca katılma sözleşmesi hem belirlilik hem de güvenilirlik bakımından yazılı şekle tabi olmalıdır. Ayrıca usul hukuku kuralları düşünüldüğüne ispat kuralları gereği bir yazılı belgeye dayanması oldukça tutarlı bulunabilir. İşlem hayatında kişilerin teminat usullerinin aynı şekil kurallarına tabi olması hem borcun niteliğini korumaya hem de aynı amaca hizmet etmeleri ve denetime tabi tutulmaları açısından faydalı olabilir. Kısaca garanti sözleşmesi gibi bir teminat sözleşmesi olan borca katılma sözleşmesi de, kefaletin tâbi

³⁸ Turan Başara, s.421-422; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 702; Özen, s. 12; Şener, s. 1285; Oğuzman/Öz, s. 608.

olduğu yazılı şekil kurallarına niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Bu ölçüt ise, her bir teminat sözleşmesinin genel kuralları için geçerli olabilir mesela kefalet için gerekli olan azami kefalet değerinin sözleşmede belirlenmiş olması elbette borca katılmaya uygulanamaz, çünkü bu iki hukuki kurum arasında nitelik gereği bir takım farklar bulunmaktadır.

Önemli olan husus belki de eşin rızasının alınması durumudur. Bilindiği gibi kefalet sözleşmesinde TBK m.584 hükmüyle düzenlenen eş rızasının alınması bir şekil şartıdır. Borca katılma sözleşmesinde ise borca katılan eşinin rızasını almalı mıdır sorusu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kararına göre; “eşlerden biri, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir. Bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması gerekir”. Ancak borca katılmanın eşin rızasıyla yapılması gerektiği hakkında bir karar bulunmamaktadır. Esasında eşin rızasının aranma sebebine bakılıp yorum yapacak olursak, eşin rızasının alınmasının sebebi en başta ailenin korunması ve bir eşin aile ekonomisini ve aile mallarını korumaktır. TBK’nın 584. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan bu haller sınırlı sayıdadır ve tümü kefilin sorumluluğunun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin kefil için ağırlaşacak şekilde tadiliyle, eşin başlangıçta rıza verdiği halden uzaklaşması söz konusu olacaktır. Yasa koyucu eşin rızasına ilişkin düzenlemenin, hiç bir yolla dolanılmasını istemediğini belirtecek şekilde, sözleşmenin kefil aleyhine ağırlaştığı sayılan hallerde de eşin denetiminden geçmesini sağlamıştır.³⁹

Tüm bu halleri düşündüğümüzde esasında TBK 603.madde bir nebze aydınlatmakta ve konuya açıklık getirmektedir. Eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603 gereğince, gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmelerin tamamına uygulanacak olması, eşin rızasına ilişkin hükümlerin önemini mehzaz kanuna göre oldukça artırmıştır. Bu durumda eşin rızasına ilişkin hüküm, garanti sözleşmesine, borca katılmaya, kredi emrine, avale⁴⁰ üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ve komisyoncunun garanti-

³⁹ Bu öneme sahip olmanın yanında tarafların birbirlerinden mal kaçırma yahut bir diğerini zor duruma düşürmek için yapacağı kötü niyetli işlemleri engellemek içindir, Badur, Eşin Rızası, s.281; Kırca, s. 441; Y. 8. H.D. E. 2013/14327, K. 2013/12865, T. 23.09.2013.

⁴⁰ Kırca, s. 437; Aydın Zevkliler, Aydın/K.Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel

sine uygulanabilecektir.⁴¹ Ancak gene de vurgulamak gerekir ki, 603. maddenin uygulama alanı gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik olarak yapılan sözleşmelerle sınırlıdır. Dolayısıyla teminat sözleşmesi tüzel kişi tarafından yapılmakta ise, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz.

Borca katılmanın TBK'nın 603. maddenin kapsamına girip girmediği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretide baskın olan görüş, gerçek kişilerce teminat amacıyla borca katılma söz konusu ise TBK'nın 603. maddesinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁴² Bu görüşü savunanlar, borca katılmanın ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi meydana getirdiğinden hareket etmekte ve müteselsil sorumluluğun kefilin fer'i sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk doğurduğundan, kefalet sözleşmesine ilişkin şekil kurallarının, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmeleri bakımından da uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadırlar. Diğer bir görüşe göre ise, borca katılmanın temel işlevi teminat sağlama olmadığından, hakkında şekil kuralı öngörülmemiş olan borca katılma sözleşmesinin, herhangi bir şekil şartına tabi tutulmaması gerekir.⁴³

TBK'nın 603. maddesi ile kefil koruyucu hükümlerden kurtulmanın ve bunları dolanmanın önlenmesi amaçlanmıştır. Bu husus dikkate alındığında, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin 603. madde kapsamında kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına tabi olduğunu söylemek yerinde olur. Buna karşılık borca katılmanın teminat amacıyla yapılmadığı hallerde herhangi bir şekil şartına tabi olmaması gerekir. Burada TBK'nın 603. maddesinin kıyaslamaya başvurularak yararlanılması durumu söz konusu olmayacağı gündeme gelmiştir. Sebep olarak ise Türk Borçlar Kanunu şekil serbestisini benimsedikten sonra yeni bir düzenleme ile bu ilkesine aykırı ve istisna bir kurum yaratmış olma-

Hükümler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 670; Özen, s. 47-50; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 330.

⁴¹ Şamil Demir, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, *TBB Dergisi* 2013 (108), s. 94.
⁴² Kırca, s. 437; Oğuzman/Öz, s. 609; Hatemi/Gökayla, s. 377; Badur, Eşin Rızası, s. 295; Özen, s. 48; Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 132; Baş, s. 140.

⁴³ Eren, Genel, s. 1255; Yavuz, Yenilik, s. 268; Develioğlu, s. 320.

sıdır. Develioğlu⁴⁴, borca katılma bakımından “şekle bağlıdır” ya da “şekle bağlı değildir” gibi bir genelleme yapmanın doğru olmadığını belirtmiştir. Borca katılmanın şekle bağlı olup olmadığı tespit edilirken, katılma konusu olan borcun dayandığı sözleşme için getirilmiş şekil şartının öngörülme sebebine bakmak gerekir. Şekil, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin taraflarından birini korumaya yönelik ise, korunan tarafın borcuna katılma sözleşmesinin de öngörülen şekle uyularak yapılması gerekir.

C. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Borca katılma sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliği, tanımı gereği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Borç ilişkisinin dışında var olan bir üçüncü kişinin, borçlunun edimini üstlenerek kendi edimi olarak ifa etmeyi taahhüt etmesi, borca katılanı alacaklıya karşı, aynı borçtan sorumlu olan ilk borçlunun yanında, sözleşmeden doğan kişisel bir borç altına sokmaktadır. Bununla birlikte, borca katılma sözleşmesinin⁴⁵, borcun nakli sözleşmesinde olduğu gibi, alacaklının ilk borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkını etkilediği kabul edilirse, bu sözleşmenin bir tasarruf işlemi olduğu nitelendirmesinde de bulunmak gerekecektir. Böyle bir etki, tasarruf işlemi kavramının tanımına uygun olarak, borca katılma sözleşmesinin, alacaklının ilk borçluya karşı sahip olduğu kişisel hak niteliğindeki alacak hakkı üzerinde, bu hakkı devreden, sınırlayan, ortadan kaldıran veya içeriğini değiştiren bir doğrudan etki meydana getirmesi hâlinde söz konusu olacaktır.

1. Borca Katılma Sözleşmesinin Borçlandırıcı İşlem Niteliği

Tam üçüncü şahıs yararına sözleşmelerde, lehine talep hakkı tanıyan kişi, talep sonucu edimi ret açıklamasında bulunmak yoluyla geçersiz kılabileceği ve böylece bu alacak hakkını kazanması sonucunun gerçekleşmesini önleyebileceği kabul edilmektedir. Buna ek olarak takas durumunda borcun sona ermesi borca katılma sözleşmesinden değil, bu sözleşmeden ayrı bir hukuki işlem olan takas beyanından

⁴⁴ Develioğlu, s. 304-320 Kırca, s. 437; Oğuzman/Öz, s. 609; Hatemi/Gökayla, s. 377; Badur, Eşin Rızası, s. 295,

⁴⁵ Kırca, s. 437; Oğuzman/Öz, s. 609; Hatemi/Gökayla, s. 377; Eren, s.1152, vd.;Tekinay, s. 285.

kaynaklanır. Tasarruf işlemi niteliğine sahip olan işlem borca katılma değil takastır. Alacaklı temerrüdü ise, alacaklının edimin ifasını haklı bir sebep bulunmaksızın reddetmesi durumunda oluşan bir hukuki durumdur ve alacaklı temerrüdünün varlığı tek başına alacak hakkı üzerinde etki etmez, borcu sona erdirmez.⁴⁶ Esasen, takas ve alacaklı temerrüdü, ilk borç açısından da gerçekleşebilecek ihtimallerdir. Ayrıca bu hallerde, alacaklı hak etmediği olumsuz bir durumla karşı karşıya kalmamaktadır. Takasta, alacaklı zaten ifa etmek zorunda olduğu bir edimin karşılığı olarak, aynı nitelikteki başka bir edimin ifasından yoksun kalmakta, alacaklı temerrüdünde ise, kendisine usulüne uygun bir şekilde teklif edilen ifayı haklı bir sebep bulunmaksızın reddetmektedir. Bu sebeple, alacaklının bu hâllerde, hukuki durumunun olumsuz etkilendiğinden bahsedilmemek gerekir.

Borca katılanın, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki, sözleşmeden doğan hukuki ilişkiye dâhil olması, sözleşmenin borçlu tarafına yeni bir kişinin katılımıyla sözleşmede değişiklik olacaktır. Borca katılan ile alacaklı tarafın yaptığı sözleşme, ilk borcu doğuran sözleşmenin yanında yeni bir hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkiden borca katılan için yeni ve geçerli olarak doğumundan sonra ilk borçtan bağımsız bir borç meydana gelmektedir. Borca katılma sözleşmesinin yapılması ve borcun doğumu, alacaklı ve asıl borçlu arasındaki borç ilişkisi ve alacak hakkı üzerinde hiçbir doğrudan etki göstermeyecek ifa edilmesiyle sona ermesi ve hem borçlunun hem de alacaklının hukuki durumunu sadece olumlu bir yönde etkilemektedir.

Alacaklının ilk borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde ise, doğrudan bir hukuki etki meydana getirmez. Sadece bu alacağın yanında, ayrı bir sözleşmeden yeni bir alacak hakkı doğmaktadır. Borca katılma, saf borçlandırıcı işlem niteliğinde bir sözleşmedir.⁴⁷

2. Borca Katılma Sözleşmesinin Sebebe Bağlı Hukuki İşlem Niteliğinde Olması

Borca katılma kurumu sebep bakımından bir kazandırıcı işlem haline getirilmiş hukuki bir amaç söz konusudur. Bu doğrultuda Borca

⁴⁶ Turan Başara, s. 419-447; Akyol, s. 192, vd.

⁴⁷ Wolfgang Grunnsky, Beteiligung Mehrerer am Schuldverhältnis, Vahlens Rechtsbücher, Reihe Zivilrecht, Band 1, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, München 1974, s. 615 Altay, s. 67.

katılmanın sebebe bağlı olduğundan bahsedilebilir. Borca katılan ile alacaklı arasında akdedilen borca katılma sözleşmesi sonucunda, ilk borcu doğuran sözleşmenin yanında yeni bir hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkiden borca katılan için yeni ve geçerli olarak doğumundan sonra ilk borçtan bağımsız bir borç meydana gelmektedir⁴⁸.

a. Borca Katılma Sözleşmesinin Sebebe Bağlılığı

Borçlandırıcı işlem niteliğindeki kazandırıcı hukukî işlemlerde hukuki sebep, her zaman nedensel⁴⁹ olarak hukuki işlemin içinde, âdetâ bir çekirdek olarak yer alır. Tarafların amacı, yapılan hukuki işlemten ayrı düşünülemez ve borçlanma işlemi, kazandırma sebebini bünyesinde ayrılmaz bir biçimde taşımaktadır. Borçlanma işlemi, kendi dışında mevcut olan ve başka bir işlemde yatan bir hukukî sebebin varlığına ihtiyaç göstermez. Hukuki sebep, bizatihi sözleşmenin içinde, kendisindedir.⁵⁰ Borçlandırıcı işlem niteliğindeki borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebe bağlı olup olmadığı sorunu da, bu sözleşmenin diğer borçlandırıcı işlemler gibi, hukuki sebebini bir iç causa olarak bünyesinde taşıyıp taşımadığının belirlenmesi; diğer bir ifadeyle bu sözleşmenin, hukuki sebebinden soyut olarak borç doğurucu özelliğinin varoluşunun tespitinden ibarettir.

Borca katılmanın temel hukuki sonuçları açısından borca katılan ve borçlu arasında bir müteselsil borçluluk olduğunu bununla birlikte sözleşmenin tarafları iradesine göre katılmanın kuruluşunda birbirine bağlı olan sebepler olmalıdır. Esasen alacaklı ve borçlu arasındaki borç kavramı bir sebep oluşturmuyorsa borca katılanın borca katılması hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca geçerli bir ilk borç oluştuktan sonra borca katılma kurumu devreye girerse bu andan itibaren ilk borç ve katılmayla ortaya çıkan borç birbirinden bağımsız hale gelip, kendi yollarında hüküm doğuracaklardır.

⁴⁸ Altay, s.70 vd.; Serozan, s.248 vd..

⁴⁹ Doktrinde hukuki sebep (causa) kavramı, kendi içinde iç ve dış causa ayrımına tâbi tutulmaktadır. İç causa, hukuki işlemin içinde yer alan ve bu hukuki işleme niteliğini veren, tarafların amaç olarak belirledikleri causayı ifade eder. Dış causa ise, hukuki işlemin dışında kalır ve daha çok kazandırmanın amacına ulaşmasına yönelik bir fonksiyon ifa etmektedir; Altay, s.68 vd., Akyol, s. 192, vd..

⁵⁰ Kocayusufoğlu, s. 119; Rona Serozan, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 249

b. Borca Katılma Sözleşmesinin Hukuki İşlem Olması

Borca katılma⁵¹, yeni bir borç doğurmasına rağmen, kendisine ait bağımsız bir hukuki sebebe sahip değildir. Bu sözleşme, alacaklı ile ilk borçlu arasında doğan borcun hukuki sebebine iltihak eder ve bu ilk borcun hukuki sebebinin kendi hukuki sebebi hâline getirir. Esasen kısmî bir halefiyete yol açmamakta ancak asıl borcun ait olduğu hukuki işlemde oluşmasıdır. Borca katılan, kendi borcundan sorumlu olsa dahi, bu borç eski borçla aynı sebepten (ex eadem causa debendi) doğduğu kabul edilir. Anlaşıldığı gibi bu hukuki işlem her zaman aynı hukuki sebepten doğan bir müteselsil borç doğurur. Kısaca borca katılma sözleşmesinde, borçlunun borcunun üstlenilmesiyle, o borcun hukuki sebebi de üstlenilmiş olur.⁵²

Borca katılmanın kendine ait bir hukuki sebebinin bulunmadığı görüşünün birbirine bağlı iki çıkış noktası bulunmaktadır. Bunlardan biri, borca katılanın ilk borcun hukuki sebebinin üzerine aldığı, diğeri ise borca katılmadan doğan borcun doktrinde ittifakla kabul edilen müteselsil borç özelliğinin, ancak ilk borcun hukuki sebebiyle aynı hukuki sebebe sahip olmasıyla mümkün olacağı görüşüdür. Bir yandan düşünülen müteselsil borçluluk, yalnızca tek ve aynı hukuki sebepten sonucu oluşan borçlar arasında geçerli olacaktır. Bunun aksini düşündüğümüzde ise, borca katılma sözleşmesinden doğan borcun, kendine ait bir amacı ve bundan dolayı, ilk borçtan ayrı, kendine ait, bağımsız bir hukuki sebebinin bulunduğunu kabulü gerekir. Bu amaç, alacaklıya teminat vermek amacıyla borçluya müteselsil yükümlülük altına girmek aynı borç için borçlu sıfatını kazanıp, bu borcu ilk borçlunun yerine ifa ederek, borçluyu alacaklıya karşı borcundan kurtarmayı amaçlayan bir borçtan kurtarma vaadi söz konusu olacaktır.

Borca katılanın, sanki o borca kendisi tek başına girmiş gibi sorumlu olması, sadece borca katılmadan doğan borçla ilk borcun ilişkilendirildiği anlamını taşır ve borca katılanın borcunun kapsamının asıl borca göre belirlenmesi sonucunu doğurur. Ancak, borca katılanın edim yükümlülüğü, aynı konuda başka bir borç meydana getirirken hangi hukuki amacı taşıdığı ayrı bir hukuki sorundur. Borca katılanın kendine ait bağımsız bir hukuki sebebi bulunduğunu kabul eden

⁵¹ Altay, s. 78; Turan Başara, s. 419-447, Şener, s. 1285.

⁵² Altay, s.78.

yazarlar, tam teselsülün varlığı için, müteselsil borçların aynı hukuki sebepten doğmuş olmaları gerekmediğini, yaklaşık otuz yıldan beri Alman hukukunda bu görüşün terk edilmiş olduğunu belirtmektedirler.⁵³

İsviçre Borçlar Hukuku, borca katılmanın hukuki sebebinin ilk borcun hukuki sebebi olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, borca katılma sözleşmesinin taraflarca teminat amaçlı olarak yapıldığı hallerde dahi borca katılmanın hukuki sebebi, ilk borcun hukuki sebebinin oluşturur.⁵⁴ Türk Borçlar Hukuku da bu etki altında kalmış ve borca katılma sözleşmesinin teminat etkisi yaratmasının, müteselsil borç meydana getirmesinden kaynaklandığı ve bu etkinin, borca katılmanın hukuki sebebinin belirlemek bakımından etkili olmayacağı düşüncesidir. Bu düşünceye bağlı olarak,⁵⁵ hukuki sebebi teminat olarak kabul edilmediği için, borca katılma sözleşmesinin dar anlamda teminat sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmekte ve borca katılmanın ana işlevi teminat vermek olmadığı gerekçesiyle geniş anlamda teminat sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşün savunulmasının bir diğer sebebi ise, borca katılmanın tam teselsül meydana getirmesi sebebiyle, borca katılmanın hukuki sebebiyle ilk borcun hukuki sebebinin aynı olması gerektiği düşüncesidir

Borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebinin, ilk borcun hukuki sebebi olmadığını belirtmektedirler. Acemoğlu, ticari işletmenin devrinde bir kanuni borca katılma hâlinin mevcut olduğunu belirtirken, kümülâtif borç nakli terimini kullanmayı tercih ettiği borca katılma kurumunun, teselsülün ancak aynı hukuki sebebe dayanan borçlar arasında söz konusu olabileceği yolundaki kaideye bir istisna teşkil ettiğini belirtmektedir.⁵⁶

⁵³ Altay, s. 78-200; Tandoğan, Borçlar Hukuku II, s. 702

⁵⁴ Tandoğan, Borçlar Hukuku II, s. 702; Altay, s. 79.

⁵⁵ Borca katılmanın amacı teminat olmadığı ve bu sebeple dar anlamda bir teminat sözleşmesi olarak görülemeyeceği düşünülebilir, Develioğlu, s. 320, Karşı fikirde Özen, s. 43; Altay, s.79

⁵⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlular Arası Akdi Teselsül, İstanbul 1956 (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), s. 69; S.Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Filiz Yayıncılık, İstanbul 1988, s. 285; Altay, s.80; Kevork Acemoğlu, Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Doçentlik Tezi, İstanbul 1971, s. 104.

Diğer bir fikir ise⁵⁷ borca katılma sözleşmesi, kendine ait ve ilk borcun hukuki sebebinden bağımsız bir hukuki sebebe sahiptir. Bu görüşün gerekçeleri şu şekilde açıklanabilir: borca katılma sözleşmesi, daha önce de açıklamış olduğumuz gibi, borca katılanın, alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşme ilişkisine ikinci bir borçlu sıfatıyla dâhil olduğu, bu sözleşmede değişiklik yapılması anlamına gelen bir sözleşme değildir. Bu sözleşme, borca katılan ile alacaklı arasında yapılan bağımsız bir sözleşmedir. Bu sözleşmede borca katılanın borcuyla asıl borç arasındaki hukuki bağ, öncelikle borca katılanın borcunun içeriğinin asıl borcun konusuna göre belirlenmesi diğer yandan borca katılmadan doğan borcun geçerliliği için ilk borcun geçerli olması gerekliliğidir.⁵⁸

Borca katılma sözleşmesi, ilk borcu doğuran sözleşmeden ayrı ve ondan bağımsız bir sözleşmedir. Bu sözleşmeden, ilk borcun içeriği ve kapsamıyla aynı olan, yeni, ikinci bir borç doğar. Bu borcu diğeriyle birlikte müteselsil kılan sadece bir defa ifa edilecek olmasıdır. Alacaklı aynı içerikteki edimi borçluların her ikisinden ayrı ayrı değil, ancak bir defa elde etmek üzere talep edebilecektir. Ortada aynı içerik ve kapsamda iki adet dar anlamda borç ve bu borçları doğuran iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Satım sözleşmesinde, alıcı ile satıcı arasındaki ilişki satış sözleşmesinin konusunu oluştururken, borca katılan ile satıcı arasındaki hukuki nitelik borca katılma sözleşmesidir. Bu durumda, ilk borcun yanında, ikinci borcu doğuran sözleşme borca katılma sözleşmesidir. Bu sözleşmenin hukuki sebebi ise, doktrinde yerleşmiş hukuki sebep tanımına uygun olarak, tarafların borca katılma sözleşmesini yaparken takip ettikleri ve karşılıklı olarak üzerinde anlaştıkları tipik amaca göre belirlenir.

Borca katılma sözleşmesinin esas olarak iki amaçla yapıldığı kabul edilmektedir. Bunlardan biri ve en çok rastlanana, alacaklıya edimi elde etmesine yönelik olarak teminat vermek, diğeri ise borçlu ile borca katılan arasındaki iç ilişkide borçluyu alacaklıya karşı borçtan kurtarmaktır. Diğer bir ifadeyle, tarafların bu sözleşmeyi yapmalarının

⁵⁷ Altay, s.82.

⁵⁸ Borca katılan, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiye iltihak etmediği gibi borcun hukuki sebebini de üzerine almaz. Borca katılanın borcunun kaynağı, alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşme değil, borca katılanın alacaklı ile yapmış olduğu borca katılma sözleşmesidir. Oğuzman/Öz, s. 844.

daki amaç ya alacaklıya teminat vermek, ya da borcun üstlenilmesi yoluyla borçlunun borçtan kurtarılmasıdır.⁵⁹ Hukuki sebep, tarafların hukuki işlemi yaparken takip ettikleri ve üzerinde anlaşmış oldukları en yakın ve tipik amaçtır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında da tipik amacı teminat olan ve bu amaçla akdedilen borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebinin teminat amaçlıdır.

Borca katılma sözleşmesinin tarafları olan borca katılan ile alacaklı, bu sözleşmeyi alacaklıdan ilk borçludan olan alacağını elde edeme riskini bertaraf etmek amacıyla yaparlar. Alacaklıya teminat verme amacı, bu sözleşmenin her iki tarafınca bilinen ve üzerinde anlaştıkları en yakın, tipik amaçtır. Zira her iki taraf da bu borca katılma sözleşmesinin, alacaklıya teminat verme amacıyla yapıldığını bilmekte ve bu amaç üzerinde anlaşmaktadırlar. Satım sözleşmesi borca katılan alıcının, satıcıya karşı ifa etmekle yükümlü olduğu para borcunun, bu satım sözleşmesine taraf olarak dâhil olmak suretiyle değil, alacaklıyla bir borca katılma sözleşmesiyle yapacaktır. Borca katılanı para borcu altına sokan sözleşme, borca katılma sözleşmesidir. Bu sözleşmede, borca katılanın para borcunun vadesi, ifa yeri gibi şartları satım sözleşmesindeki gibi düzenlenebileceği gibi, farklı olarak da düzenlenebilir. Bu sözleşme ile borca katılanın, satıcıya karşı ilk borçla aynı miktarda para borcu altına girmesinin taraflarca bilinen ve takip edilen amacı borca katılanın satıcıdan satılanın mülkiyetini elde etmek değildir. Borca katılan, alıcının aksine, satıcıdan karşı bir alacak hakkı elde etmek amacıyla, yani alacak sebebiyle değil; satıcıya teminat vermek amacıyla ona karşı aynı miktarda para borcu altına girmektedir.⁶⁰

Görüldüğü üzere, borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebinin teminat sebebi olmasının, hukuki sebep kavramının unsurları açısından tüm şartları mevcuttur. Buna karşın, borca katılanın borcunun hukuki sebebinin alacak sebebi olduğunun kabulü ise, ne hukuki se-

⁵⁹ Altay, s.82.

⁶⁰ Gerçekten de, borca katılan, satıcıya karşı bu borç altına girmekle, satıcıdan satılanın mülkiyetinin kendisine geçirilmesi yönünde karşı bir alacak hakkı elde etmemekte, bilâkis borca katılma sözleşmesinde alacaklıya (diğer sözleşmedeki satıcıya) karşı tek taraflı borç altına girerek, teminat vermektedir. Bu teminat amacı, saik niteliğinde de olmayıp, borca katılma sözleşmesinin her iki tarafınca, yani hem borca katılan, hem de alacaklı tarafça bilinen, üzerinde anlaşılan amaç olup, aynı zamanda borca katılma sözleşmesinin de objektif anlamda tipik amacını teşkil eden güvencedir. Altay, s.83.

bep tanımı gereği ne de mantıken mümkün değildir. Zira her borcun hukuki sebebi, o borcu doğuran hukuki işleme ve o borcu meydana getiren tarafların izledikleri amaca göre belirlenir.

Borca katılanın, borç altına girme amacı, alacaklıdan bir karşı alacak hakkı elde etmek değildir ve kural olarak kefalet ve garanti sözleşmesi gibi tek taraflı bir sözleşme olan borca katılmada, borca katılan alacaklıdan bir karşı alacak hakkı elde etmez. Bu sebeple, borca katılma sözleşmesinde borca katılanın alacaklıya, edimi talep yönünde bir alacak hakkı kazandırmasının hukuki sebebi, ilk borcun hukuki sebebi olmayıp, amacı bakımında taraflarca, üzerinde anlaşılan teminat sebebidir. Günümüzde borca katılma sözleşmesi şahsi bir teminat olarak görülür.

Borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebinin teminat olarak kabulünü zorunlu kılan gerekçelerden biri de, bir hukuki işlemin hukuki sebebinin, ona uygulanacak hukuk kurallarını belirlemesidir.⁶¹ Bir teminat sözleşmesi olarak kabul edilen borca katılma sözleşmesinde borca katılanın borcunun hukuki sebebi, satım sözleşmesinden doğan bir alacak sebebi olarak belirlendiğinde, borcun kaynağı olan satım hükümlerinin borca katılma sözleşmesinde uygulanması gibi hukuken doğru olmayan bir sonuçla karşılaşılacaktır. Oysaki doktrinde atipik bir teminat sözleşmesi niteliğinden kuşku duyulmayan borca katılma sözleşmesine, taraflarca düzenlenmeyen konularda bir kanun hükmü bulunmadığı için yukarıda incelenmiş olduğu gibi, atipik sözleşmelerde benimsediğimiz hâkimin hukuk yaratması ve burada da öncelikle kıyasa başvurması söz konusu olmakta ve niteliği uygun düştüğü ölçüde kefalet sözleşmesine ait hükümlerin borca katılma sözleşmesine uygulanacağı doktrinde⁶² kabul edilmektedir. Aksi takdirde, borca katılmadan doğan borcun sebebi, ilk borç gibi satım sözleşmesinden doğan alacak sebebi olarak kabul edildiğinde, alacaklıya teminat sağlamak amacıyla yapılan ve borca katılanın hiçbir karşı alacak elde etmediği tek tarafa borç yükleyen borca katılma sözleşmesine, bu sözleşmeden doğan borcun kaynağı olarak gösterilen ve ilk borcun kaynağı olan satım hukuku hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu sonuç hakka-niyete ve hukuk tekniğine ters düşebilir.

⁶¹ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2004, s. 248.

⁶² Tunçomağ, s. 1038; Oğuzman/Öz, s. 844; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 248

Borca katılmadan doğan borcun hukuki sebebinin teminat olmayıp, ilk borcun hukuki sebebi olduğu ve sonuçta her iki borcun da hukuki sebeplerinin aynı olduğu görüşü, bu borçların tam teselsül oluşturmalarına da dayandırılmaz. Ancak tam teselsülün varlığı için, borçların tümünün aynı hukuki sebepten doğmaları gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Müteselsil borçluluğun sözleşmeden doğduğu hallerde, borçluların çoğunlukla tek bir sözleşmeyle ve hepsi aynı sözleşmenin tarafı olmak suretiyle borç altına girdikleri bir gerçektir.

Borca katılma sözleşmesiyle doğan müteselsil borçlulukta ise, müteselsil borçluluğu aynı sözleşme çatısı altında birlikte kabul etmekten (birlikte borç altına girmek yoluyla kurulan müteselsil borçluluktan) farklı olarak, aralarında teselsül ilişkisi bulunan borçlar tek bir sözleşmeden değil, iki ayrı sözleşmeden doğmaktadır. Borçları doğuran hukuki sebeplerin aynı olup olmadığının tespitine ilişkin sorun da bu durumdan kaynaklanmaktadır. Esasen, tam teselsülün varlığı için borçların aynı hukuki sebepten doğmuş olmaları gerektiği yönünde bir ilkenin varlığını kabul eden yazarlardan bazıları dahi, borca katılma için bir istisnanın söz konusu olduğunu ve borçlar farklı hukuki sebeplerden doğarsa dahi bu borçlar arasında tam teselsülün mevcut olduğunu belirtmektedirler.⁶³ Tartışmalara açıklık olması sebebiyle sözleşmeden doğan müteselsil borçlulukta, tam teselsülün varlığı için, teselsül ilişkisi içinde bulunan borçların tamamının aynı hukuki sebepten doğması zorunlu değildir, TBK m.162 incelendiğinde teselsül durumu ile müteselsil borçluluk kapsamında bir açıklık görülebilecektir.⁶⁴

Kanuni düzenleme ve bundan yola çıkılarak doktrinde yapılan tanım dikkate alındığında, müteselsil borçluluğun unsurları: Alacaklı karşısında birden fazla borçlunun varlığı, bu borçluların edimin tamamını ifa etmekle yükümlü olmaları, alacaklının dilediği borçludan ifayı talep edebilmesi ve borçlulardan birinin ifasının tüm borçluları borç-

⁶³ Acemoğlu, s. 104.

⁶⁴ Akıntürk, s. 35; Feyziöglü, s. 255; Eren, Genel, s. 1152; Oğuzman/Öz, s. 837; Tunçomağ, s. 1034; Canyürek, s. 11; Sefa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul 2006, s. 388., müteselsil borçluluğa ilişkin verdiği tanımda, doktrinde çoğunluğu oluşturan yazarların aksine "aynı hukuki sebebe dayanma" unsuruna yer vermektedir, S.Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Filiz Yayıncılık, İstanbul 1988, s. 285

tan kurtarmasıdır. Gerek kanun hükmünde, gerekse tanımda yer alan unsurların içinde, müteselsil borçların aynı hukuki sebepten doğmuş olmaları bir unsur olarak yer almamaktadır. Müteselsil borcun ayırıcı unsuru, alacaklının edimi bir defa elde etmek üzere, borçluların dilediğinden ifayı talep edebilmesidir. Borçların borca katılmada olduğu gibi farklı hukuki sebepten doğmuş olmaları hâlinde, borçlular TBK m.162 öngörüldüğü gibi alacaklıya karşı müteselsil borçlu olduklarını açıkça beyan etmişler ya da zımnî irade beyanlarından, özellikle de yapılan işlemin amacından (borca katılmada, borcu üstlenmedeki teminat verme amacıyla olduğu gibi) müteselsil borç altına girme iradeleri anlaşılıyorsa, müteselsil borçluluk olduğu söylenebilir. Nitekim TBK m.162 hükmü de, müteselsil borçluluğu doğuran zorunlu unsurun, birden fazla borçlunun alacaklıya karşı müteselsil borçlu olduklarını beyan etmeleri olduğunu ifade etmekte ve başka bir şart aramamaktadır. Bu da, sözleşmeden müteselsil borçlulukta kanunun aradığı asıl unsurun, borç altına giren kişilerde müteselsil borçlu olma iradesinin varlığı ve alacaklının da bunu kabul etmesi olduğunu göstermektedir.

Burada sonradan teselsüle yol açan borca katılma sözleşmesi açısından farklı bir durumun varlığını kabul etmek gerekir. Borçluların aynı sözleşmede, birlikte borç altına girmeleri halinde, aynı sözleşmede birden fazla borçludan her bir edimin ayrı ayrı kümülâtif olarak ifa talep edilmemesi için, sözleşmeden teselsülün anlaşılması gerekir. Bu da, sözleşmenin aynı tarafını teşkil eden müteselsil borçluların her ikisinde de teselsül iradesinin varlığı anlamına gelmektedir. Bu durumdan farklı olarak borca katılma sözleşmesi, alacaklıyla yapılan ayrı bir sözleşmeden doğduğundan, bu müteselsil borçluluk iradesi, alacaklıyla borca katılma sözleşmesini akdeden borca katılında aranacaktır. Zira borca katılan, ilk borca ek olarak bir edimi ikinci defa ifa etmek iradesine sahip olmamakta ve böyle bir yükümlülük altına girmemekte, aksine kendisinin veya ilk borçlunun ifada bulunmasının borcu sona erdirmesi amacıyla borç üstlenmektedir. Alacaklı da bunu kabul ederek borca katılma sözleşmesini akdetmektedir. Borca katılma sözleşmesinin sonucunda müteselsil borçluluğun meydana gelmesi için, ilk borçlunun onayı gerekmemektedir⁶⁵. Esasen buradaki müteselsil borç iradesi, borca katılanın veya ilk borçlunun edimi ifa etmesi halinde, diğer borçlunun da borçtan kurtulacağı yönündeki anlaşmadır.

⁶⁵ Akıntürk, s. 115.

Türk Borçlar Kanunu'nun, müteselsil borçlulukta çokluk görüşünü kabul etmiş olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Gerçekten, doktrindeki baskın görüşe göre Türk/İsviçre ve Alman Hukuklarında, Fransız Hukukundan farklı olarak, müteselsil borçluluk yönünden borç ilişkisinin çokluğu görüşü kabul edilmiştir.⁶⁶ Bu görüşe göre, müteselsil borçlulukta alacaklı ile borçlular arasında tek bir borç ilişkisi değil; alacaklı ile her bir müteselsil borçlu arasında ayrı ayrı olmak üzere birden çok borç ilişkileri meydana gelir ve bu borçlar birbirinden bağımsızdırlar⁶⁷. Bu borçlar arasında teselsülü meydana getiren unsur, hukukî sebeplerin aynı olması değil, alacaklının ifa menfaatini gerçekleştirmek yönündeki amaç birliğidir. Nitekim Akıntürk, borcun doğuş sebebinin (hukuki sebebinin) genellikle müşterek olduğunu fakat mutlaka müşterek bir doğuş sebebinin bulunması gerektiğini, müteselsil borçlar arasındaki ilişkinin amaç birliğine dayandığını açıkça ifade etmektedir

Borca katılma, kendisine ait hükümleri ve hukuki sebebi bulunan bağımsız bir teminat sözleşmesidir. Tarafların borca katılma sözleşmesini yapmakla izledikleri ve üzerinde anlaştıkları tipik amaç teminat vermek olduğundan, borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebi teminattır. Borca katılma sözleşmesine uygulanması gereken hükümler, borca katılmanın hukuki sebebinin teminat olmasına göre belirlenir ve atipik bir sözleşme olduğu için, müteselsil borca ilişkin hükümlerin yanı sıra, niteliğine uygun düştüğü ölçüde benzer amacı taşıyan kefalet sözleşmesinin hükümleri bu sözleşmeye kıyasen uygulanır.

c. Borca Katılmanın Bir Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Borca katılma ile eski borçlu ile borca katılan TBK m.162 vd. anlamında müşterek borçlu durumundadırlar. Bu nedenle alacaklı alacağını müşterek borçluluk hükümleri gereğince asıl borçlu veya bor-

⁶⁶ Tunçomağ, s. 1034; Akıntürk, s. 59; Oğuzman/Öz, s. 840; Eren, Genel, s.1153.

⁶⁷ Alacaklı ile borçlular arasında birden çok borç ilişkisinin mevcut olduğunu kabul etmemekte ve birbirinden bağımsız borçların varlığından ziyade, aynı borç ilişkisi içinde birden çok hukuki bağın, birden çok talebin bulunduğunu kabul etmektedir. Yazar, tek bir borç ilişkisinin varlığı görüşünde olduğundan ancak bu duruma bağlı olarak, müteselsil borçluların aynı hukuki sebepten doğmalarının zorunluluk getirir, Tekinay, Akdi Teselsül, s. 28.

ca katılandan talep etme hak ve yetkisine sahiptir. Ayrıca borçlunun, borca katılma anında alacaklıya karşı sahip olduğu her türlü itiraz ve savunmalar borca katılan tarafından da aynen kullanılabilir. Borca katılmada katılanın sorumlu olacağı borcun kapsamı, borcun katılma anındaki durumuna göre belirlenir. Başka bir ifadeyle borca katılan, sadece borcun katılma anındaki durumu ile alacaklıya karşı sorumlu olur.⁶⁸

Borca katılma sözleşmesi tanımı gereği kural olarak bir tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Alacaklı, borca katılanın ilk borçlunun edimini üstlenmesine karşılık bir edim yükümlülüğü altına girmez. Hatta, kefalet sözleşmesi ile borca katılma sözleşmesinin ayırt edilmesi için sıkça başvurulan bir kriter olarak, borca katılanın alacaklının ilk borçluya ifa edilecek edimde doğrudan bir ekonomik menfaatinin bulunduğu hallerde dahi, bu menfaat alacaklının borca katılma sözleşmesinde üstlendiği bir edim niteliğine sahip olmadığından, bu sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hâline getirmemektedir. Bu bağlamda belirtmemiz gerekir ki, kefalet sözleşmesinde, alacaklı kefil olunan borcu teminat altına alan taşınır veya taşınmaz rehini gibi başka bir teminatı kefilin zararına elden çıkarmamakla ve teminatın değerini düşürmemekle yükümlüdür, aksi takdirde kefile karşı sorumlu olur, bu sorumluluk kefilin sorumluluğunun azalması şeklinde ortaya çıkar. Ancak bu durum kefalet sözleşmesini eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme hâline getirmez.

Borca katılma sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının önemli bir sonucu, borcun ifa edilmemesi halinde borca katılanın bu sözleşmeden bir fayda sağlamaması sebebiyle sorumluluğunun taksire açık olması gerekecektir. Fakat, yine borca katılmanın sözleşmenin varlığı konusunda doktrinde önemli bir kriter olarak başvurulan borca katılanın bu sözleşmeyi yapmakta bir menfaati bulunmakta ise, TBK 114 hükmü uygulanmayacaktır. Bu menfaat, bahsedilen kritere uygun olarak alacaklının ilk borçluya ifa edeceği edime ilişkin doğrudan ekonomik bir menfaat şeklinde mevcut olabileceği ihtimalinden bahsedilmesi gerekir.⁶⁹

⁶⁸ Kılıç, s.60; Altay, s.96.

⁶⁹ Özen, s. 91-95; Tandoğan, Borçlar Hukuku, II, s. 694.

Borca katılma sözleşmesi, sadece borca katılanın alacaklıya karşı borç altına girmesi sebebiyle kural olarak bir tarafa borç yükleyen sözleşme olmakla birlikte, bu bir zorunluluk arz etmemektedir. Alacaklının da, kendisine karşı üstlendiği borca karşılık olarak borca katılana bir karşı edimin ifasını taahhüt etmesi mümkündür. Bu durumda, borca katılma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini kazanacaktır. Alacaklı borçluya her türlü edimi taahhüt edebilir.⁷⁰ Alacaklının karşı edim taahhüt etmesi hâlinde, borca katılma sözleşmesine tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin hükümleri uygulanacaktır. Borca katılan, şartları gerçekleştiğinde alacaklıya karşı akdin ifa edilmediği (ödemezlik) defî TBK 97-98 ileri sürmek gibi haklarının yanında, alacaklının edimini ifa etmekte temerrüde düşmesi hâlinde, TBK 123vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde alacaklıya tanınmış olan seçimlik hakları kullanabilecektir. Borçlunun karşı edim teşkil etmeyen edimine aykırı hareket etmesi, onu borca katılana karşı TBK m.112 uyarınca sorumlu kılacak fakat borca katılan sözleşmenin diğer tarafına karşı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin verdiği hakları kullanamayacaktır.⁷¹

III. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Bu başlık altında borca katılma müessesesinin düzenlenmiş çeşitlerini ele alınacaktır. Bu hususta gerek teorik çalışmalara gerekse uyuşmazlık içeren kısımları değerlendirilerek sonuca ulaşılabilecektir. Borca katılma sözleşmenin kurulma anına göre ve sözleşme yapılması amacına göre iki temel ayırımında incelenebilir.

A.SÖZLEŞMENİN KURULMA ANINA GÖRE

Borca katılma terimi, bu sözleşmenin ancak mevcut bir borca sonradan katılma yoluyla kurulabileceği intibahını uyandırmaktadır. Borca katılma sözleşmesinin ilk borcun doğumu ile aynı anda, hatta ondan daha önce kurulabilir. Borca katılma sözleşmesi, kurulma anına göre ileride doğacak borca katılma, eş zamanlı borca katılma ve mevcut borca katılma olarak üçe ayrılmaktadır.

⁷⁰ Altay, s.96; Şener, s. 1306.

⁷¹ Özen, s. 90; Reisoğlu, Kefalet, s. 6; Tandoğan, Borçlar Hukuku, II, s. 694.

1. Gelecekte Doğacak Bir Borca Katılma

Borca katılma sözleşmesinin geçerliliği için, geçerli bir borcun asıl borcun varlığı zorunludur. Gelecekte doğacak borç için akdedilen borca katılma sözleşmesi, gelecekte doğacak borcun alacaklısı ile borca katılan arasında kurulmaktadır. Böyle bir durumda borca katılma sözleşmesinin hükümlerini doğurması ve müteselsil borç meydana getirmesi, ilk borcu doğuran sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve bu borç ilişkisinden geçerli bir borcun doğumu geciktirici şartına bağlanmış olmaktadır. İlk borcun doğmayacağı kesinleşmesi ise borca katılma sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracaktır

Diğer yandan, borca katılma sözleşmesinin borca katılan ile ilk borçlu arasında, üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğinde, alacaklıya talep hakkı verilen bir borcun üstlenilmesi sözleşmesi olarak akdedildiği hallerde de, bu sözleşmenin, gelecekteki alacaklı ile asıl borçlu arasında akdedilecek sözleşmeden doğan bir borcun üstlenilmesi ve bu sözleşmeden gelecekteki alacaklıya talep hakkı tanınması şeklinde akdedilmesi istisnai olarak da olsa mümkündür. Burada da, gelecekte doğacak borca katılma söz konusu olmaktadır.

2. Eş Zamanlı Borca Katılma

Eş zamanlı borca katılma, ilk borç ile borca katılmadan doğan borcun aynı anda doğması, bir başka ifadeyle borca katılma sözleşmesiyle, ilk borcu doğuran sözleşmenin aynı anda yapılması anlamına gelir. Böyle bir borca katılma sözleşmesi, alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşme bünyesinde, aynı metinde bir sözleşme şartı olarak düzenlenebilir ve borca katılma bir teminat sözleşmesi olduğu için genellikle bu yola başvurulmaktadır. Böyle bir sözleşmede; alacaklı, ilk borçlu ve borca katılanın imzalarının bulunması gerekmektedir. Eğer sözleşme alacaklıyı borç yükümlülüğü doğurmuyorsa, alacaklının imzasının bulunması şart değildir TBK m.14 gereği, aynı metin altında, iki ayrı sözleşmenin varlığı söz konusudur. Bunlardan biri, ilk borcu doğuran alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme, diğeri ise borca katılan ile alacaklı arasında kurulan borca katılma sözleşmesidir. Bu iki sözleşmenin aynı metin altında akdedilmesinde dikkatli davranılmalı ve ikinci borçlunun sadece borçtan sorumlu olduğu açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde, borca katılan, sözleşmeyi ilk borçluyla aynı sıfat altında im-

zalarsa, sözleşmenin tarafı olma iradesi bulunmasa dahi, sözleşmenin bu yönde yorumlanması tehlikesi doğmaktadır.

Borca katılma sözleşmesinin alacaklı ile borca katılan arasında farklı yazılı metinlerde akdedilmesi hâlinde, çoğunlukla ilk sözleşmeyle borca katılma sözleşmesi arasında çok kısa da olsa bir zaman aralığı bulunur. Bu sebeple ya borca katılma sözleşmesi, ya da ilk borcu doğuran sözleşme daha önce akdedilmiş olur. Ne var ki, alacaklı ilk borcu doğuran sözleşmeyi bizzat imzalarken, borca katılma sözleşmesini kendi adına ve hesabına akdetmesi için bir doğrudan temsilci atayabilir. Böyle bir durumda, az bir ihtimal dahi olsa, her iki sözleşmenin aynı anda akdedilmesi mümkündür. Bunun şöyle bir amacı mevcuttur sözleşmede borca katılanın sözleşme tarafı gibi yorumlanması riskini ortadan kaldırır. Zira borca katılanın alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşmeye taraf olarak dâhil olması, asıl borçlunun onayını gerektirecektir.

3. Sonradan Borca Katılma

Borca katılmanın, sözleşmenin akdedildiği an yönünden en çok rastlanan türü, ilk borcun doğumundan sonra gerçekleşen borca katılma olup, bu sebeple borca katılma kurumu, genel olarak mevcut borca katılma şeklinde de ifade edilmektedir. Borca katılma, alacaklı ile asıl borçlu arasında imzalanan sözleşmeyle geçerli bir borcun doğumundan sonra ayrı bir sözleşme olarak alacaklı ile borca katılan arasında akdedilir.⁷²

B. SÖZLEŞMENİN KURULMA AMACINA GÖRE

Borca katılma sözleşmesine uygulanacak kuralların tespiti, tarafların bu sözleşmeyi yapmalarındaki amaca göre belirlenir. Borca katılmanın kural olarak alacaklıya teminat verme amacıyla akdedilmesi sebebiyle, tipik amacının teminat olduğu kabul edilmekle birlikte, bu sözleşmenin doktrinde teminat amaçlı borca katılma ve borçtan kurtarma amaçlı borca katılma olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir.

⁷² Ancak alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşmeden bir borç doğmuş, ne var ki bu borcun hükümlerini doğurması bir geciktirici şarta bağlanmış ise, borca katılmadan doğan borcun hüküm doğurması da bu geciktirici şartın gerçekleşmesine tâbidir, Atalay, s.100.

1. Teminat Amaçlı Borca Katılma

Borca katılma esas itibariyle şahsi teminat işlemi özelliğine sahip bir hukuki işlemdir. Ancak borca katılmanın teminat dışında başka amaçlarla yapılabilmesi de olanaklıdır. Gerçekten de bu çerçevede borca katılma, en baştan asıl borçlunun ibrası şartıyla bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da yapılabilir. Buna üstlenme amacıyla borçlanma denir. Bu tür borca katılmada iç ilişki de bir ifa üstlenilmesi kararlaştırılır ancak dış ilişki de ifa üstlenilmesinden farklı olarak alacaklı hem ilk borçluya hem de borca katılana başvurabilir. Her ikisi de alacaklıya karşı müteselsil borçlu olur. Burada temel amaç teminat değil, ilk borçluyu alacaklıya karşı ifadan kurtarmaktır.⁷³

Borca katılmanın en sık karşılaşılan türü olan teminat amaçlı borca katılmada, borca katılan, borcu, teminat amacıyla, ilk borçlu ile birlikte müteselsil olarak üstlenmektedir. Şener'in⁷⁴ açıklayıcı ifadesiyle de teminat amaçlı borca katılmada, asıl borçlu yanında bir üçüncü kişi, asıl borçlu ile birlikte müteselsil olarak üstlenmektedir.

Esasen durum bakımından borçlu değişikliği söz konusu olmayıp, alacaklı karşısında asıl borçlu yanında müteselsil borçlu konumunda ek bir borçlu daha bulunmaktadır. Böylece teminat amacıyla borca katılma neticesinde, alacaklıya karşı bir şahsi teminat sağlanmakta ve onun hukuki durumu güçlendirilmektedir. Önemli bir nokta ise borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç, borca katılan için yeni bir borç teşkil etmektedir. Bu itibarla borca katılmanın, bir sözleşme değişikliğine neden olmayacağını, alacaklı ve borçlu arasındaki mevcut borç ilişkisini genişletmeyeceğini söylemek mümkündür.⁷⁵

Teminat amaçlı borca katılmanın sadece mevcut bir borç için değil, gelecekte ortaya çıkacak bir borç için önceden kararlaştırılabilmesi mümkündür. Ancak bunun için gelecekte ortaya çıkacak bu yükümlülüğün yeterli derecede belirlenebilmesi gerekir. Örneğin; belirli bir

⁷³ Şener, s. 1279; Altay, s.102 vd.

⁷⁴ Şener, s. 1281.

⁷⁵ Şener, s. 1283; Turgut Uygur, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Şerhi. C. I, Madde 1-236. Ankara 2012, s. 116; Zafer Kahraman, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi, İstanbul 2013, s. 117-118; Zafer Kahraman, "Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, İstanbul 2013, s.149-171; Oğuzman/Özs. 608; Turan Başara, s. 419-447.

banka hesabında ileride ortaya çıkabilecek borç bakiyesi için önceden teminat amaçlı borca katılma söz konusu olabilecektir.⁷⁶

Her borca katılma sözleşmesi, alacaklıya, ilk borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkının yanında ikinci bir alacak hakkı kazandırır. Bu sözleşmede çoğunlukla borca katılan lehine bir edim belirlenmediğinden, sözleşme kural olarak bir tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine sahip olmakta ve alacaklı için borca katılma sözleşmesinin akdedilmesi sonucunda ilk borçluya karşı üstlendiği yükümlülükten başka, yeni bir borç doğmamaktadır⁷⁷. Bu sebeple, her borca katılma sözleşmesi esasen alacaklının edimi elde etmeye ilişkin hukukî durumunu güçlendirmek ve asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi riskine karşı korumak amacını taşımaktadır. Fakat taraf iradeleriyle, borca katılma sözleşmesinin yapılmasında başka bir amaç ön plâna çıkarılıp, teminat etkisi, bu sözleşmenin sonucu itibarıyla ortaya çıkabilir. Ne var ki, bu istisnai bir durum olup, kural borca katılmanın teminat amaçlı olarak yapılan bir sözleşme olmasıdır.

Alacaklıya teminat verilmesi, sözleşmenin yapılmasının başlı başına tek amacıdır. Borca katılma sözleşmesinin bir unsuru olmamakla birlikte, özellikle borca katılanın alacaklı ile ilk borçlu arasındaki hukuki ilişkinin devamında veya alacaklının ilk borçluya ifa edeceği edime ilişkin somut ve doğrudan bir ekonomik menfaatinin mevcut olduğu hâllerde, bu amaç daha net olarak ortaya çıkmaktadır. Alacaklı, ancak kendisine taahhüt edilen borcun ifa edileceği ihtimalinde asıl borçluya karşı üstlenmiş olduğu edimi ifa edeceğinden, borca katılanın alacaklıya alacağını elde edeceği yönünde teminat vermesi ve bu amaçla alacaklıya karşı borç altına girmesinde kendi menfaati bulunmaktadır.. Teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi de, sözleşmenin tarafları dikkate alınarak yapılan bir ayrıma göre, alacaklıyla akdedilen teminat amaçlı borca katılma ve asıl borçlu ile akdedilen teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır.

⁷⁶ Burada, bu sözleşmenin yapılmasındaki tek amaç, borca katılanın kendi menfaatini düşünerek borç altına girmesi hâlinde dahi alacaklıya teminat sağlamaktır. Alacaklıya bu teminatı sağlamasına yol açan, ilk borçlunun alacaklıdan edimi elde etmesinde borca katılanın da ekonomik menfaatinin bulunması olgusu, borca katılanın alacaklıya karşı borç altına girmesindeki saiki olup, hukuken dikkate alınmamakta ve borca katılma sözleşmesinin teminat amacı üzerinde herhangi bir belirleyici rol oynamamaktadır Çünkü borca katılma sözleşmesindeki teminat amacı, borca katılanın bu sözleşmeyle borç altına girmesindeki saiki olmayıp, daha önce de açıkladığımız gibi sözleşmenin hukuki sebebinin oluşturmaktadır, Şener, s. 1286- 1287.

⁷⁷ Altay, s.112.

Mevcut bir borca teminat amacıyla katılma her ne kadar alacaklıya teminat verme amacına hizmet ediyorsa da, katılmadan doğan borcun hukuki sebebi teminat değildir. Katılmaya konu olan borcun hukuki sebebi ile borca katılanın borcunun hukuki sebebi aynı olacaktır.⁷⁸

Mevcut bir borca katılmanın alacaklı açısından teminat elde etme etkisi taşınması, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun hukuki sebebinin teminat olarak belirlenmesi sonucunu doğurmamakla birlikte, mevcut borca katılma sözleşmesinin geniş anlamıyla kişisel teminat sözleşmeleri arasında kabul edilmesine yol açmaktadır.⁷⁹

2. Borçtan Kurtarma Amaçlı Borca Katılma Sözleşmesi

Borca katılma sözleşmesi, çoğunlukla alacaklıya edimin ifasına ilişkin olarak teminat vermek değil, asıl borçlunun borcunun tamamen üstlenilmesinin gerçekleştirilmesi amacını taşımaktadır. Asıl borçlu ile borca katılan arasında akdedilen tam üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğindeki teminat amaçlı borca katılmadan farkı, tarafların iradelelerinde, tarafların iç ilişkideki anlaşmalarında yatmaktadır.

Bu sözleşmeye borca katılan, asıl borçluya bir borcun üstlenilmesi sözleşmesi akdetmektedir. Bu sözleşmeye göre, borcu üstlenen, asıl borçluya, alacaklıya ifayı sadece kendisinin yapacağını, onu alacaklının ifa talebiyle karşı karşıya bırakmayacağını taahhüt eder. Fakat borçtan kurtarma vaadinden farklı olarak, dış ilişkide alacaklıya da bu sözleşmeyle borcu üstlenene karşı doğrudan talep hakkı tanınmaktadır. Böylece borcu üstlenen hem ilk borçluya, hem de alacaklıya karşı ifa yükümlülüğü altına girer. Bu sözleşmede tarafların temel amacı, borca katılan tarafından, borçlunun alacaklıya karşı borcundan tamamen kurtarılmasıdır. Bu sözleşmenin ayrıcı özellikleri, borca katılanın ilk borçluya, dış ilişkide alacaklıya ifayı, onun yerine sadece kendisinin gerçekleştireceğini taahhüt etmesi ve iç ilişkide de müteselsil borçlulukta ifanın kendisine verdiği rücu hakkını kullanmamaktır. Çünkü borçtan kurtarma vaadi, vaat edenin, borçluya onun borcunu ifa edeceğini taahhüt etmesidir.⁸⁰

⁷⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri s. 702; Özen, s. 7-8; Develioğlu, s. 308;

⁷⁹ Turan Başara, s. 419-447.

⁸⁰ Sonuç olarak bu sözleşme borca katılan ile asıl borçlu arasında bir borçtan kurtarma vaadi niteliği taşımaktadır ve alacaklıya talep hakkı tanınması ise, bu sözleşmeyi borca katılma sözleşmesi hâline getirir, Altay, 109.

Sonuç itibarıyla, borçtan kurtarma amaçlı borca katılma sözleşmesi, alacaklıya talep hakkı veren, tam üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğindeki bir borçtan kurtarma vaadidir. Bu tür borca katılma da, alacaklı lehine aynı içerikte yeni bir alacak hakkı meydana getirmesi, birden fazla borçlunun varlığı, borçlulardan birinin ifasıyla diğerinin de borçtan kurtulacak olması sebebiyle, borca katılmanın tüm unsurlarını taşıdığı için, bu sözleşme bir borca katılma sözleşmesidir.

Borca katılma ile borcun nakli birbirinden bağımsız iki ayrı hukuki kurumdur. Borcun naklinde borç, bir borçludan diğerine geçerken, borçtan kurtarma amaçlı borca katılmada borca katılan ilk borçlunun borcunu devralmamakta, alacaklıya karşı, tam üçüncü şahıs yararına sözleşmeyle yeni bir borç altına girmektedir. Diğer yandan borcun naklinde alacaklı, eski borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde, doğrudan bir etkide bulunduğu için, alacaklı açısından bir tasarruf işlemi niteliği taşımaktadır.⁸¹ Borçtan kurtarma amaçlı borca katılma ise, hiçbir şekilde tasarruf işlemi niteliğine sahip bulunmayan, saf bir borçlanma işlemidir.

Borcun naklinde, borç içeriği itibarıyla hiçbir değişikliğe uğramaksızın eski borçludan yenisine geçmektedir. Bu bağlamda borcun hukuki sebebi de değişmemektedir. Borca katılma sözleşmesinin ise kendine ait bir hukuki sebebi bulunmaktadır. Bu hukuki sebep, taraflar arasındaki borçtan kurtarma vaadi sözleşmesinin içeriğine göre belirlenir. Borcun içeriğindeki bu özdeşliğin sonucu olarak, yeni borçlu, borç ilişkisindeki tüm def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecek, aksi kararlaştırılmadığı sürece eski borçlunun ileri sürebileceği şahsi def'ileri iddia edemez. Borcun nakli, bu anlamda kendisinden önce gelen borcun iç yükleniminden soyut bir borçlanma bir tasarruf işlemidir. Hâlbuki borçtan kurtarma amaçlı borca katılma, sebebe bağlı bir borçlanma işlemi niteliğini taşımaktadır. Ayrıca, borca katılanın ilk borçlunun sahip olduğu def haklarından yararlanması, borcun naklinin aksine, borcu devralmasında değil, borca katılma sözleşmesinden doğan borcun feriliğinden kaynaklanır.⁸²

⁸¹ Eren, Genel, s. 1199.

⁸² Burada ileri sürülebilecek def'ilerin içine hem dar anlamda defiler, hem de itirazlar girmektedir. Bununla birlikte, borcu devralan, eski borçlu ile arasında akdetmiş olduğu borcun iç yüklenimi sözleşmesinden doğan def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez, Altay, s.111.

Borçtan kurtarma amaçlı borca katılma sözleşmesinin, borcun nakliyle tek benzer yanı, ilk borçlu ile borca katılan arasında bir borçtan kurtarma vaadi sözleşmesinin yapılmış olmasıdır. Fakat bu sözleşme içeriğinde alacaklıya edimin ifasını talep hakkı tanınmasıyla, borcun iç yükleniminden ayrıldığı gibi, sözleşmenin amacı da dış ilişkide borcun naklini gerçekleştirmek değildir. Borca katılan, bir üçüncü kişi olarak, borçlunun edimini ifa edebilecekken, ayrıca borçluya karşı ifa taahhüdünde bulunmakta ve bu taahhüdünü kuvvetlendirmek için, alacaklıya da talep hakkı tanımaktadır. Bu sebeple, borca katılma sözleşmesi, borca katılan için yeni bir borç doğuran sözleşme olup, ilk borçlu da bu sıfatını devam ettirmektedir. Yapılan sözleşmenin dışında, alacaklıyla ayrı bir sözleşme de akdedilmez. Borca katılan, hiçbir surette alacaklıya karşı bir borcun dış yüklenimi sözleşmesi yapmak konusunda bir icapta bulunmamaktadır.

IV. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Borca katılma ile eski borçlu ve borca katılan TBK m. 162 vd. anlamında müşterek borçlu durumundadırlar. Bu nedenle alacaklı alacağını müşterek borçluluk hükümleri gereğince asıl borçlu veya borca katılandan talep etme hak ve yetkisine sahiptir. Ayrıca borçlunun, borca katılma anında alacaklıya karşı sahip olduğu her türlü itiraz ve savunmalar borca katılan tarafından da aynen kullanılabilir. Borca katılmada katılanın sorumlu olacağı borcun kapsamı, borcun katılma anındaki durumuna göre belirlenir. Başka bir ifadeyle borca katılan, sadece borcun katılma anındaki durumu ile alacaklıya karşı sorumlu olur.⁸³ Borca katılma sözleşmesinin sonucunda, oluşan birlikte yükümlülük, alacaklıyı kuvvetli kılar ve iki taraftan da talepte bulunabilir.

A. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN MÜTESELSİL BORÇ DOĞURMASINDAN KAYNAKLANAN SONUÇLARI

TBK'nın 201. maddesine göre, borca katılma ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk ortaya çıkarır. Müteselsil sorumluluğun sonucu olarak, alacaklı borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse müteselsil borçluların tamamından, dilerse birinden talep edebilir.⁸⁴

⁸³ Kılıç, s.60.

⁸⁴ Borca katılma, katılan bakımından ilk borçlu ile aynı dereceden sorumluluk do-

Belirtmek gerekir ki, her bir müteselsil borçlunun birbirinden bağımsız yükümlülüğü ortaya çıkmakta ise de bu borçlar, müteselsil borçluluk ilkeleri çerçevesinde birbirleriye bağlantı içerisindedir. Birinden bağımsız müteselsil borçlar arasındaki bu bağlantı, müteselsil borçların alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yönelmiş olmasından, yani ifa amacının aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak, ilk borcun ifa veya takas yoluyla alacaklıyı tatmin edecek şekilde sona ermesi katılma yoluyla ortaya çıkan borcu da sona erdirici etki doğurur.⁸⁵

Borca katılan ile ilk borçlu arasında teselsül ilişkisi bulunduğu için, müteselsil borçluluğa ilişkin TBK'nın 165. maddesi uygulanacak ve borca katılan ilk borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçlarından sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü müteselsil borçlulardan biri davranışlarıyla diğerinin durumunu ağırlaştıramaz. Borca katılmada ilk borçlunun yükümlülüğü devam edeceğinden, katılma konusu borç için verilen teminatlar da sona ermez.⁸⁶

B. BORCA KATILANIN İLK BORCUN GEÇERSİZLİĞİ SEBEBİYLE ALACAKLIYA KARŞI İLERİ SÜREBİLECEĞİ DEFİLER

Borca katılma kuruluş anı itibariyle fer'i nitelik taşıdığından ve borca katılanın sorumluluğunun doğumu mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olduğundan, borca katılan alacaklıya karşı, katılma anında ilk borçlunun, borcun geçerliliğine ilişkin olarak ileri sürebileceği def'i ve itirazları ileri sürebilir. Şu halde borca katılan, katılma konusu borcun ifa, takas veya ibra gibi sebeplerle sona erdiğini ileri sürebilir. Aynı şekilde borca katılan, katılma konusu olan borcu doğuran sözleşme konusunun imkânsız veya kanuna ya da ahlâka

ğurmakta ve alacaklıya doğrudan borca katılana başvurabilme imkânı sağlamaktadır. Alacaklının doğrudan borca katılana başvurması halinde, borca katılan ilk borçlunun varlığını ileri sürerek borcun ifasından kaçınmaz. Aynı şekilde borca katılan, borcun tamamının ifasını talep eden alacaklıya karşı kendisinin borcun yalnızca bir kısmından sorumlu olduğunu ileri süremez; Şener, s. 1304; Altay, s. 183-184; Turan Başara, s. 419-447.

⁸⁵ Özen, s. 10-12; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 702; Şener, s. 1305; Develioğlu, s. 307.

⁸⁶ Şener, s. 1306; Tunçomağ, s. 1124; Develioğlu, s. 306, dn. 53; Altay, s. 196; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri s. 704; Özen, s. 13.

aykırı olması ya da borçlunun hukuki işlem ehliyetinin bulunmaması sebebiyle borcun mevcut olmadığını da ileri sürebilir.⁸⁷

Borca katılma gerçekleştiikten sonra ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi ortaya çıkar (TBK m. 201). Bu itibarla borca katılma gerçekleştiikten sonra ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkide ortaya çıkan def'i ve itirazlar müteselsil borçluluğa ilişkin prensipler çerçevesinde ileri sürülebilir. TBK'nın müteselsil borçlular bakımından düzenleme maddesi olan 164'e göre, müteselsil borçlulardan biri alacaklıya karşı, ancak alacaklı ile kendi arasındaki kişisel ilişkiden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir.⁸⁸ Borca katılan, müteselsil borcun sebep ve konusu ile ilgili savunmalardan olmak üzere, borcun kanuna ve ahlaka aykırı olması veya imkânsız olması ya da şekle aykırı olması gibi nedenlerle hiç doğmadığını ileri sürebilir. Ancak müteselsil borçlar, alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yönelmiş olmalarından kaynaklanan bir bağlantı içindedirler. Bu bağlantının sonucu olarak, ilk borçlu borca katılmadan sonra ifa ya da takasla borcu sona erdirmişse, borca katılan da borcundan kurtulur.⁸⁹

Borca katılan için, alacaklıyla arasındaki şahsi def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmesi tartışmasız mümkündür. Yani sözleşmenin geçersizliğinden doğan itirazları, borca katılan kendi borcunun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilir.⁹⁰

Borca katılma hususunda zamanaşımı hususu ise tartışmalı bir konu olarak iki teori altında ele alınır. İlk⁹¹ olarak borca katılma işlemi ilk borcun varlığına tabi olur çünkü hukuki sebeplerin ortak oluşu söz konusudur. İkinci⁹² olarak ise borca katılma hukuki yoluyla yeni bir borç doğmuş olduğundan ilk borçtan bağımsız nitelik taşır ve ayrı bir zamanaşımı süresine tabi olması gerekir denilmektedir. Bu iki düşünce değerlendirildiğinde denilebilir ki ilk borçtan bağımsız bir bor-

⁸⁷ Şener, s. 1307-1308; Özen, s. 12-13; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri s. 704, 705; Altay, s. 206 vd.; Develioğlu s. 307

⁸⁸ Şener, s. 1308; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 704; Altay, s. 209; Develioğlu, s. 307.

⁸⁹ Develioğlu, s. 1308-1309; Özen, s. 10. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 704; Altay, s. 209.

⁹⁰ Altay, s. 204. Özen, s. 12; Şener, s. 1312.

⁹¹ Reichel, s. 396 aktaran Turan Başara, s.439.

⁹² Şener, s. 1309; Altay, s. 202; Madaus, s. 274 aktaran Turan Başara, s.439.

ca katılma hukuki sebep yönüyle eksik kalacaktır ve borca, borçlunun yanında katılan kişi olarak ilk borçtan bağımsız düşünülmesi mümkün olmayacaktır. TBK m.201 ilk cümlesinde “..borçlu ile borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme” olarak anlaşılan lafzi ifadede iki ayrı borç sebebinden bahsedilemez. İlk düşünce bu yönüyle daha tutarlı denilebilir. Zaten iki farklı zamanaşımına tabi olan bir durumun doğması hukuken borca katılma sözleşmesinin amacına da aykırılık teşkil eder.

Zamanaşımı bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus ise borca katılmada borçlu ve borca katılan müteselsil sorumlu olacaklardır, TBK m.155 hükmünce müteselsil olan borçlular için asıl borçlu bakımından kesilen zamanaşımı borçluların hepsi için kesilmiş kabul edilir denilmesiyle de kanun koyucunun amaçladığı yine ilk görüşün bir yansımasıdır. Bu hususta⁹³ gerek TBK m.153 içerisinde zamanaşımının durması gerekse TBK m.154 ile sayılan sebepler bakımından da yine denilmesi gereken borca katılma ile asıl borcun aynı sebepten doğmuş olduğu ve zamanaşımı uygulama esasları bakımından asıl borcun zamanaşımı kurallarına tabi olacağıdır.

C. ALACAKLIYA İFADA BULUNAN BORCA KATILANIN RÜCU HAKKI

TBK'nın 166/III. maddesinde borcu sona erdiren bir diğer sebep olan ibra hakkında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, alacaklının müteselsil borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır. İlgili düzenlemeyi borca katılma halinde değerlendirecek olursak, alacaklı ilk borçlu ile ibra sözleşmesi yapmış ise, borca katılan da bu ibradan yararlanır ve ilk borçlunun iç ilişkide payına düşen miktar oranında borçtan kurtulur. Bu durumda borca katılan ibra oranında borçtan kurtulduğu için, iç ilişkide ibra edilen borçluya karşı rücu hakkı bulunmayacaktır. Netice itibariyle alacaklı tek başına ilk borçluyu ibra etmemiş, ibra ettiği miktar oranında alacağından müteselsil borçlu konumunda bulunan borca katılana karşı da vazgeçmiş olacaktır.⁹⁴

⁹³ Aksi görüş Şener, s.1310.

⁹⁴ Altay, s. 193; Turan Başara, s. 420.

Buna göre, borca katılan ile ilk borçlu arasında müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu olduğundan her biri borcun tamamından sorumludur. Ancak iç ilişkide borca katılan ve ilk borçlu sorumluluğu paylaşırlar ve kural olarak her biri alacaklıya yapılan ifadan eşit payla sorumlu olurlar. Alacaklıya karşı, iç ilişkide sorumlu olduğu miktarı aşan bir ifade bulunan borca katılan, ödediği fazla miktar için ilk borçluya rücu edebilecektir.⁹⁵

TBK'nın 168. maddesinde rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Müteselsil sorumluluk doğuran borca katılmada, alacaklıya ifade bulunan borca katılan da 168. maddede öngörülen halefietten yararlanabilecektir.

Burada halefiet hakkı, alacağı güvence altına alan diğer teminatlardan, ifade bulunan müteselsil borçlu konumundaki borca katılanın yararlanması açısından önem arz etmektedir. Kanuni bir alacak devri şekli olan halefiet halinde de, alacağın devrinde olduğu gibi (TBK m. 189/I), alacakla birlikte, bu alacağı teminat altına alan fer'i nitelikteki kişisel veya aynı teminat hakları da halef olan kişiye intikal eder. Bunun sonucu olarak, ifade bulunan borca katılan, ilk borçluya karşı rücu talebinde bulunabilmesinin yanında, bu alacak fer'i nitelikte kişisel veya aynı teminat veren üçüncü kişilere de başvurabilecektir.⁹⁶

V. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ

Borca katılmaya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de, borca katılmanın teminat amacı taşıyan diğer sözleşmelerden, bu bağlamda özellikle kefalet ve garanti sözleşmesinden farklarının tespit edilmesidir. Bunun yanı sıra borca katılmanın da yer aldığı, TBK'nın "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlıklı beşin-

⁹⁵ Reisoglu, Kefalet, s. 110; Tandoğan,, s. 705; Özen, s. 10-15; Oğuzman/Öz, s. 610; Şener, s. 1312-1313. Borca katılma teminat amacıyla değil de, üstlenme amacıyla yapılmışsa, iç ilişkide borca katılan tek başına borcu üstleneceğinden, borca katılanın ilk borçluya karşı rücu hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda şayet ilk borçlu alacaklıya ifade bulunmuşsa, borcun tamamı oranında borca katılana rücu edebilecektir

⁹⁶ Altay, s. 212; A. Mithat Kılıçoğlu, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiet, Ankara 1979, s. 97-98.

ci bölümünde düzenlenen borcun üstlenilmesi ve sözleşmeye katılma müesseseleri ile borca katılma müessesesi arasındaki farklıların tespiti de önem arz etmektedir.

A. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN AYIRTEDİLMESİ

TBK'nın 581. maddesine göre kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan ve alacaklıya kişisel güvence sağlayan bağımsız nitelikte bir borç ilişkisi meydana getirir.⁹⁷

Kefalet sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesidir.⁹⁸ Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu alacaklıya karşı ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenmektedir. Borçlunun borcunu alacaklıya ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenen kefilin sorumluluğu sınırsız değildir. TBK md. 589'da kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı belirtilmiştir

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce yazılan eserlerde bu iki müessese arasındaki farklar incelenirken, kefaletin şekle tabi olduğu, buna karşılık borca katılmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı belirtilmiş ise de Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra iki müessese arasında şekil açısından bir farklılıktan söz etmek pek mümkün görülmemektedir. Zira TBK'nın 603. maddesinde kefaletin şekline ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde özellikle gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin, kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarına tabi olacağını söylemek mümkündür.⁹⁹

⁹⁷ Gümüş, s. 535; Hugo Osher/Wilhelm Schönenberger, (Çev. İsmet Sungurbey), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1964, s. 85; Gökhan Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007, s. 5; Zevkliler/Gökyayla, s. 530; Özen, s. 47

⁹⁸ Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 589; Gümüş s. 530; Özen, s. 6; Aslı Sücüllü, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 1.

⁹⁹ Şener, s. 1298; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 705; Turan Başara, 419-447.

Borca katılma ve kefalet güttükleri ekonomik amaç bakımından büyük oranda benzerlik göstermektedir. Zira her iki müessesenin de amacı, alacaklıya, borçlunun yanında üçüncü bir kişiye karşı da talepte bulunma imkânı sağlayarak, alacaklının hukuki durumunu güçlendirmektedir.¹⁰⁰ Bu temel benzerliğe rağmen borca katılma ve kefalet arasında birçok açıdan farklılık bulunmaktadır.

Borca katılma ve kefalet arasındaki önemli farklardan bir tanesi aslilik-fer'iilik niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Borca katılma, kefalet sözleşmesinin aksine fer'i nitelikte bir borç doğurmaz. Daha önce de belirtildiği üzere, borca katılma, yalnızca kuruluş bakımından fer'i nitelik taşımakta olup, katılma gerçekleşikten sonraki aşamada borca katılanın borcu ilk borçlunun borcundan bağımsızdır.¹⁰¹ Buna karşılık kefalet sözleşmesi fer'i borç doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Kefil, öncelikle kefil olunan borcu aslından sorumludur.¹⁰² Kefalet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için geçerli bir asıl borcun varlığı zorunludur. Bu sebeple kefalet, asıl borcu güvence altına alan fer'i nitelikte bir borçtur. Fer'i nitelikteki kefalet borcu, asıl borca bağlıdır ve asıl borcun varlığı ile kefalet borcu varlığını sürdürür.¹⁰³ Asıl borcun tamamı için kefil tarafından kişisel güvence verilebileceği gibi, asıl borcun bir kısmı için de kişisel güvence verilebilir. Borca katılmadan farklı olarak kefilin borcu sadece başlangıçta değil, her aşamada fer'i

¹⁰⁰ Develioğlu, s. 308; Şener, s. 1299

¹⁰¹ Develioğlu, s. 305; Reisoğlu, Kefalet, s. 109-110; Özen, s. 12; Tandoğan, s. 702-706; Oğuzman/Öz, s. 608; Şener, s. 1299; S.Sulhi Tekinay, Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?, *İstanbul Barosu Dergisi* 1958, C. 32, S. 11-12, s. 233

¹⁰² Yavuz, Dersler, s. 610; Gümüş, s. 595; Zevkliler/Gökyayla, s. 552; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 381; Bilge, Necip, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFD*, C. 13, S. 1-2, 1956, s. 106; Özen, s. 97; Şahan, s. 37; Seda Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2009, C. 13, S.1-2, s.43-59.

¹⁰³ Zevkliler/Gökyayla, s. 531; Yavuz, Dersler, s. 593; Sücüllü, s. 10; Ayrancı, Hasan, "Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004, s. 96; Gümüş, s. 533-534; Develioğlu, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 112-113; Daepfen, Oscar (Çev. Osman Bayrav), "Kefalet", *İBD*, C. 25; S. 6, 1951, s. 346. Kefalet borcunun asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç olmasının istisnaları için Bkz.: Özen, s. 81 v.d.; Reisoğlu, Kefalet, s. 4 v.d.; Yavuz, Faruk, Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 64.

bir nitelik taşımaktadır. Başka bir ifade ile kefilin sorumluluğu ortaya çıkması, kapsamı, devam etmesi ve yerine getirilmesi bakımından teminat altına alınan asıl borca tabidir.¹⁰⁴

Borca katılma ve kefalet arasındaki bir diğer önemli fark, borca katılmanın katılmaya konu olan borçla aynı derecede, kefaletin ise asıl borca oranla ikinci derecede bir borç doğurmasıdır. Yani kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından şahsi sorumluluğu vadedinde bulunurken, birinci derecede borç altına giren borca katılan, borçlu ile beraber ödemekle yükümlü olur.¹⁰⁵

Borca katılma ve kefalet ayrımında başvurulabilecek bir diğer kıstas, menfaat kıstasıdır. Öğretide kabul edilen görüşe göre, teminat veren kişinin, teminat konusu borcun ifasında doğrudan ekonomik veya hukuki bir menfaati bulunuyorsa, bu durum borca katılmanın mevcut olduğunun önemli bir göstergesidir. Buna karşılık, teminat verenin herhangi bir kişisel menfaatinin olmaması kefaletin varlığına işaret etmektedir.¹⁰⁶Bu kapsamda, örneğin, satış sözleşmesinden doğan satış bedelinin ödenmesi borcuna ilişkin olarak alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte sorumlu olan kişi, satım konusu mal üzerinde bir hakka sahip olacaksa, bu durumda borca katılma yönünde bir nitelendirme yapılabilir. Burada belirtmek gerekir ki, menfaat kıstası bir yorum kuralından ibaret olup, somut olaydaki diğer bütün koşullarla birlikte değerlendirilmelidir. Teminat verenin doğrudan ekonomik menfaatinin bulunması tek başına kefaletin varlığını reddetmeye yeterli değildir. Zira üçüncü kişi ekonomik bir menfaati bulunmaksızın da borca katılma sözleşmesi yapabileceği gibi, ekonomik menfaatine rağmen kefalet sözleşmesi yapması da mümkündür.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Reisoğlu,, s. 329 vd.; Barlas, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi. Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II. İstanbul 2002, s. 955 vd.; Tandoğan, s. 702-704; Develioğlu, s. 297 vd.; Şener, s. 1298; Altay, s. 164-165; Tekinay, s. 233; Özen, s. 12

¹⁰⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 110; Develioğlu, s. 308, 317; Altay, s. 162; Özen, s. 10-11; Şener, s. 1299; Tandoğan, s. 697.

¹⁰⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 707-708; Reisoğlu, Kefalet, s. 111; Develioğlu, s. 314; Tunçomağ, s. 1124; Şener, s. 1301-1302; Özen, s. 19-21.

¹⁰⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 708; Şener, s. 1302; Reisoğlu, Kefalet, s. 111; Develioğlu, s. 316; Özen, s. 19.

B.BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN AYIRTEDİLMESİ

Borca katılma, ağırlıklı olarak teminat amacıyla başvurulmuş bir hukuki müessesedir. Ancak teminat sağlama dışında, iç ilişkide bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da yapılabilir. Borca katılma ister teminat amacıyla, ister bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla yapılmış olsun, her iki durumda da borca katılan ve ilk borçlu alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olur.¹⁰⁸

Borca katılma ve garanti, üstlenilen sorumluluklar bakımından da farklılık arz etmektedir. Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğu, kural olarak katılma anındaki borcun içeriğine ve kapsamına uygun iken, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun kapsamı, temel ilişkideki borcun kapsamıyla aynı olmayıp, garanti veren temel ilişkideki borç ifa edilmediği takdirde ortaya çıkan zararı tazmin etmeyi üstlenmektedir.¹⁰⁹ Garanti veren üçüncü kişiye ait borcun konusunu oluşturan edimin ifa edileceğini garanti etmektedir. Bu edimin yerine getirilmemesi durumunda risk gerçekleşecek ve garanti verenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Söz konusu risk gerçekleşmeden garanti verenin sorumluluğuna gidilemeyeceğinden, garanti verenin sorumluluğunun ikinci dereceden bir sorumluluk olduğu söylenebilir. Şu halde, ikinci dereceden sorumluluk doğuran garanti sözleşmesinin, bu yönüyle birinci dereceden sorumluluk doğuran borca katılmadan farklılık arz ettiği söylenebilir.¹¹⁰

Müteselsil borçluluk doğuran borca katılmada ilk borçlu ile borca katılanın borçlarının sebebi aynı iken, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun sebebi üçüncü kişinin borcunun sebebinden farklıdır.¹¹¹

Borca katılmada, katılma gerçekleştikten sonraki aşamada borca katılanın borcu asıl borçlunun edim yükümlülüğünden bağımsız ise de kuruluş bakımından fer'î nitelik taşımaktadır. Garanti sözleşmesinde, garanti verenin borcu baştan itibaren bağımsız olup, üçüncü kişinin borcunun varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir.¹¹²

¹⁰⁸ Şener, s. 1279; Altay, s. 57.

¹⁰⁹ Şener, s. 1306; Yüce, Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi. İstanbul, 2007, s. 84; Tandoğan, s. 809, Turan Başara, 419-447.

¹¹⁰ Özen, s. 11 - 14, Şener, s. 1306.

¹¹¹ Tandoğan, s. 37; Yüce, s. 83-84; Şener, s. 1296-1297; Özen, s. 14; Turan Başara, 419-447.

¹¹² Yüce, s. 84; Tandoğan, s. 37; Yüce, s. 37; Barlas, s. 955; Altay, s. 175; Şener, s. 1297.

C. BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN SÖZLEŞMEYE KATILMADAN AYIRT EDİLMESİ

Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, tarafların hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. Aksi olmadığı müddetçe sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.

Kanun kapsamında da bakıldığında bu katılım, sözleşmenin taraflarından birinin yanına, onunla aynı haklara sahip ve onun borçlarının müteselsil borçlusu durumunda olacak üçüncü bir kişinin eklenmesidir. Gerçekten kapsamlı bakıldığında bir taraf değişikliği yani sözleşmeye taraf olan bir kişinin yerine başka bir kişinin geçmesi değil, bir kişinin yanına başka bir kişinin eklenmesi söz konusudur.¹¹³ Sözleşmeye katılma, katılanın sadece yanına katıldığı taraf ile değil, aynı zamanda karşı tarafla da birlikte yaptığı bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle, sözleşmeye katılma, katılan ile sözleşmenin mevcut taraflarının iradelerinin uyuşması ile kurulan bir sözleşmedir.¹¹⁴

Sözleşmeyi katılmayı kısaca açıklamak gerekirse; sözleşmelerdeki edimlerin niteliği gereği bir sözleşmede tek tarafa borç yüklenmesi ya da her iki tarafa borç yüklenmesi söz konusu olabilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu, aynı zamanda bir borcu yerine getirme külfetini üstlenirken, bir alacağı da talep etme hakkına sahip olabilir. Alacaklı da yerine getirilen ifayı kabul etme ve benzeri külfetleri üstlenirken üstlendiği külfetin karşılığı olan alacağını talep etme hakkına sahip olur. Sözleşmeye katılan da yanında katıldığı tarafın hak ve sorumluluklarına birlikte katılmak zorundadırlar.¹¹⁵

Borca katılmadaki durumun sözleşmeye katılmadan farklı olduğu sonucuna gör; sözleşmeye katılma, sözleşmenin taraflarından birinin

¹¹³ Zeynep Bahadır, *Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma; Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVII, Y. 2013, S. 3, s.22.

¹¹⁴ Sözleşmeye katılan katıldığı sözleşmenin tarafı haline gelirken, borca katılan sözleşmenin tarafı haline gelmeyip, yalnızca alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte borçlu sıfatını kazanmaktadır. Diğer taraftan sözleşmeye katılma, katılan ile sözleşmenin mevcut tarafları arasında yapılırken, borca katılma sözleşmesi, sadece katılan ile alacaklı arasında yapılmaktadır. Turan Başara, s. 419-44

¹¹⁵ Bahadır, s.22-23

yanında yer almak üzere yapılabilmekte iken, borca katılma sadece borç için ve borçlu taraf bakımından gerçekleşmektedir. Sözleşmeye katılmada katılmaya konu olan sözleşmeden ayrılan, taraf sıfatını üçüncü kişiye bırakan bir taraf bulunmamaktadır. Sözleşmeye katılmada, sözleşmenin taraflarından birinin yanına eklenen, o kişinin taraf sıfatına onunla birlikte sahip olan bir üçüncü kişi bulunmaktadır.¹¹⁶

Borca katılma ile sözleşmeye katılma arasındaki bir diğer fark şekil açısından ortaya çıkmaktadır. Borca katılmanın düzenlendiği TBK'nın 201. maddesinde borca katılma sözleşmesi hakkında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak öğretide ağırlıklı olarak TBK'nın 603. maddesinden hareketle, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin, kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmeye katılmanın şekli konusunda, ilgili hükümde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmeye katılma, katılma konusu sözleşmenin tabi olduğu şekil kurallarına tabidir.¹¹⁷

SONUÇ

Borca katılma ve borca katılma müessesini genel manada toparlamak gerekirse; borca katılma müessesesi, ilk defa TBK'nın 201. maddesi ile yasal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, borca katılma sözleşmesi, alacaklı ve borca katılan arasında yapılan ve katılanın ilk borçlu ile birlikte alacaklıya karşı sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

Borca katılma neticesinde, katılan için ilk borçlunun borcu ile aynı içerik ve kapsamda bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriğine aynıdır. Kural bu yönde olmakla birlikte, borca katılan ve alacaklı, katılanın borcunun kapsamını ve içeriğini ilk borçlununkinden farklı kararlaştırabilirler. Borca katılma alacaklıya teminat verme amacıyla

¹¹⁶ Eren, Genel, s.1256; Yavuz, Yenilik, s.275.

¹¹⁷ TBK. m. 206/III, Kanunun ifadesi her ne kadar açık değilse de, amaca uygun yorum yöntemi ile sözleşmede sabit kalan tarafın sözleşmeye katılmaya ilişkin iradesine önem vermek ve sözleşmeye katılan ile sözleşmede sabit kalan taraf arasında da karşılıklı irade açıklamalarının varlığını aramak, maddenin amacına uygun bir yorum olacaktır.

yapılabileceği gibi, bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da yapılabilir. Teminat amaçlı borca katılmada olduğu gibi, üstlenme amaçlı borca katılmada da, borca katılan ve ilk borçlu alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Borca katılmanın en önemli hüküm ve sonucu, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk ilişkisinin ortaya çıkmasıdır. Kanun koyucu, borca katılan ile borçlunun alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacaklarını öngörmüştür. Geçerli bir borca katılmadan söz edebilmek için, mevcut geçerli bir borcun varlığı gerekir. Bu itibarla borca katılmanın kuruluş bakımından fer'i bir nitelik taşıdığı kabul edilmesine rağmen kuruluş bakımından, katılma gerçekleşikten sonra asıl borçtan bağımsızlaşır.

Borca katılma sözleşmesi için, TBK'nın 201. maddesinde herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak öğretide hâkim görüş isabetli olarak, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin, TBK'nın 603. maddesi kapsamında kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarına tabi olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık borca katılma teminat amacıyla yapılmadığı hallerde herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır.

TBK'nın 201/I. maddesinde borca katılma sözleşmesinin, alacaklı ile borca katılan arasında yapılacağı öngörülmüş ise de, Borçlar Hukuku'nda hâkim olan nisbîlik ilkesi gereği, ilk borçlunun, alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşmeye rıza vermesi gerektiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

TBK'nın 201/II. maddesi uyarınca, borca katılma, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi doğurur. Bunun sonucu olarak, alacaklı, borcun tamamının ya da bir kısmının ifasını, dilerse müteselsil borçlulardan birinden, dilerse tamamından talep edebilir. Borca katılma, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk doğurduğundan, borca katılma gerçekleşikten sonra ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkide ortaya çıkan def'i ve itirazlar müteselsil sorumluluğa ilişkin prensipler çerçevesinde ileri sürülebilecektir. Bunun dışında ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden doğan ve borca katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun fer'i liği sebebiyle ileri sürülebilir. Aralarında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunan borca katılan ve ilk borçludan her

biri borcun tamamından sorumludur. Ancak iç ilişkide borca katılan ve ilk borçlu sorumluluğu paylaşırlar ve her biri borçtan kendi payına düşen miktarla sorumlu olur. Alacaklıya payından fazla ifade bulunan borçlu, payını aşan kısmı için diğerine rücu edebilir.

Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, kural olarak, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriğine uygun olmalıdır. Ancak borca katılan ve alacaklının, sözleşme serbestisi çerçevesinde katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsamını ve içeriğini katılmaya konu borçtan farklı kararlaştırmaları mümkündür. Borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç, katılma konusu borç ile aynı zamanaşımı süresine tabi olur.

Kaynakça

- Acemoğlu Kevork, Borçlar Kanunu'nun 179'uncu Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Doçentlik Tezi, İstanbul 1971.
- Altay Sabah, "Borca Katılma" *MÜHFD*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Borçlar Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul 2012.
- Akıntürk Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015.
- Aybay Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- Ayrancı Hasan, "Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHFD*, C. 53, S. 2, s.95-120, Ankara 2004.
- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalân, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Badur Emel, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Kitabı, Ankara 2011, s.127-139.
- Badur Emel, "Kefil İle Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki", *MTÜHFD*, Yayın No:8, s.145-163, Ankara 2002.
- Badur Emel, "Eşin Rızası", *TBBD*, S. 109, ss. 251-302, Ankara 2013.
- Bahadır Zeynep, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", *GÜHFD*, C. XVII, Y. 2013, S.3, s. 1-38.
- Barlas Nami, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, s. 207-223, İstanbul, 2002.
- Baş Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, *İÜHFM*, C. LXX, S. 2, ss. 115-144, İstanbul 2012.

- Bilge Necip, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFD*, C. 13, S. 1-2, Ankara 1956.
- Bilge Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara 1971.
- Canyürek Murat, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- Demir Şamil, "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı", *TBB Dergisi*, S. 108, s.87-122, Ankara 2013.
- Daeppen Oscar (Çev. Osman BAYRAV), "Kefalet", *İBD*, C. 25, S. 6, s.346, İstanbul 1951.
- Develioğlu Hüseyin Murat, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009. (Garanti Sözleşmeleri)
- Develioğlu Hüseyin Murat, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2004/1, s. s.293-322, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul 2006.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Eren Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Erlüle Fulya, "Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması", *AÜEHFD*, Ankara 2003, C.VII, S. 1-2, s.629-644.
- Gümüş Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Hatemi Hüseyin/Gökayla K. Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2011.
- Haznedar Murat, "Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2012-1.
- Kahraman Zafer, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Kahraman Zafer, "Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, İstanbul 2013, s.149-171.
- Kırca İsmail, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara 2006, s. 435-457.
- Kılıç Mehmet, *Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Ankara 1979.
- Kara Kılıçarslan, Seda, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2009, C. 13, S.1-2, s.43-59.

- Karabağ Bulut, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, Legal Kitapevi, İstanbul 2009.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitapevi İstanbul 2008.
- Kohte Wolfhard, Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme, JZ 21/1990, s.997-1005.
- Kuntalp Erden, "Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.263-300.
- Madaus Stephan, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Band 2, Rostock 2001.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Yayıncılık, C. 2, İstanbul 2013.
- Öz Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Özen Burak, Kefalet Sözleşmesi, Özellikler - Kuruluşu - Türleri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Reisoğlu Seza, Türk Kefalet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013 (Kefalet).
- Reisoğlu Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.
- Reisoğlu Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul 2006.
- Reichel Hans, Die Schuldmitübernahme, München 1909.
- Serozan Rona, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2004.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Şahan Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2007.
- Şener Oruç Hami, "Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", *DEÜHFD*, İzmir 2009, C.11, Özel Sayı, s. 1279-1322.
- Süçüllü Aslı, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- Tandoğan Haluk, Garanti Mukavelesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959 (Garanti).
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Basım, İstanbul 1989 (Özel Borç İlişkileri).
- Tandoğan Haluk, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
- Tekinay Selahattin Sulhi, "Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1958, C. 32, S. 11-12, s. 233-238.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Borçlular Arası Akdi Teselsül, İstanbul 1956 (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi).
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop Atilla, Filiz Yayıncılık, İstanbul 1988.
- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1976.

- Turan Başara Gamze, "Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessesese: Borca Katılma", *AÜHFD*, Ankara 2014, S.63, s. 419-447.
- Uygur Turgut, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Şerhi. C. I, Madde 1- 236, Ankara 2012.
- Yenice A. Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Yılmaz Merve, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *TBB Dergisi*, Ankara 2011, S.97, s.155-176.
- Yavuz Nihat, Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayıncılık, Ankara 2012.
- Yavuz Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet Yayıncılık, Ankara 2012 (Yenilik).
- Yavuz Faruk, Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012 (Dersler).
- Yüce Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Tahahhüt Sözleşmesi, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Zevkliler Aydın/Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.

ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİNİN YÜKLENİCİDEN ARSA PAYI SATIN ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ VE BU ETKİNİN YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ*

THE EFFECT OF AVOIDANCE OF CONSTRUCTION AGREEMENT IN RETURN FOR LAND SHARE BY LANDOWNER TO THIRD PERSONS WHO HAVE PURCHASED LAND SHARES AND ITS EVALUATION IN ACCORDANCE WITH JUDICIAL VERDICTS

Gülşah Sinem AYDIN**

Özet: Uygulamada arsa malikleri sıklıkla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye verilecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını daha inşaat tamamlanmadan devretmektedir. Yükleniciler de ihtiyaç duydukları mali güce kavuşmak için, söz konusu arsa paylarını malik sıfatıyla üçüncü kişilere satıp devretmektedir. Sorun arsa malikinin sözleşmeden dönmesi üzerine, arsa payını satın almış olan üçüncü kişilerin bundan nasıl etkileneceği hususunda çıkmaktadır. Bu çalışmada, arsa malikinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi hâlinde, bu durumun yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere nasıl etki edeceği ele alınacaktır. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre inşaat tamamlanmadan yükleniciye yapılmış olan bu devirler “avans” niteliğindedir ve devredilen tapuların iadesi aynı hakka dayalı olarak her zaman istenebilir. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda da başvuruçuların mülkiyet hakkının ihlâl edilmediği belirtilmektedir. Bu doğrultuda çalışmada, Yargıtay kararları ile Anayasa Mahkemesi kararı hakkında açıklamalar yapılacak, sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçlarına ilişkin öğretide ileri sürülen görüşlere değinilerek bu görüşler çerçevesinde Yargıtay kararları değerlendirilecek ve savunduğumuz görüş gerekçeleri ile ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Sözleşmeden Dönme, İyiniyet, Üçüncü Kişiyeye Etki, Yolsuz Tescil

* Bu çalışma, 3-4 Mayıs 2018 tarihlerinde T.C. Maltepe Üniversitesi'nde gerçekleştirilen Taşınmaz Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu'nda sunulmuş “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Buna İlişkin Yargıtay Kararları ile Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi” başlıklı tebliğin makale olarak metinleştirilmiş hâlidir.

** Dr. Öğretim Üyesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, sinemaydin@beykent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0336-6732, Makale Gönderim Tarihi: 11.09.2018, Kabul Tarihi: 11.09.2018

Abstract: Frequently in practice, landowners may transfer their land shares, which concern the detached sections that will be given to the contractor as per the construction agreement in return for land share, even before the construction commences. In order to ensure the financial power they need, the contractor sell and transfer such land shares to third persons. The problem is about how the third persons, who have purchased land shares, will be affected when the landowner avoid the agreement. This study will handle how third persons, who have purchased land shares from the contractor, will be effected when the landowner avoid the construction agreement in return for land share. According to verdicts passed by the Supreme Court of Appeals so far, such transfers made to the contractor prior to the completion of construction represent “advance payment” and the return of title deeds can always be demanded on justifiable grounds. And the verdict passed by the Constitutional Court about the subject stated that the ownership of the applicants has not been violated. Therefore this study will make explanations on the verdicts by the Supreme Court of Appeals and the Constitutional Court, touch upon opinions that were asserted by the doctrine about avoidance of the agreement, evaluate the verdicts of the Supreme Court of Appeals within the framework of these opinions, manifest the opinion that we support with justifications.

Keywords: Construction Agreement in Return for Land Share, Avoidance of Agreement (ex tunc), Bone Fide, Effect to Third Person, Unwarranted Entry

GİRİŞ

Yaygın uygulaması olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, her ne kadar Tapu Kanunu¹ m. 26, Türk Medenî Kanunu² m. 1009, Tapu Sicil Tüzüğü³ m. 47’de isim olarak yer verilse de, bu sözleşmenin objektif esaslı noktaları Türk Borçlar Kanunu’nda⁴ düzenlenmediğinden, kanunî tanımı bulunmamaktadır.⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa maliki (iş sahibi) arsasının belirli paylarının mülkiyetini yükleniciye

¹ Kanun No: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, Resmî Gazete Tarihi: 29.12.1934, Sayı: 2892.

² Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607, Yürürlük Tarihi: 01.01.2002.

³ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 22.7.2013 - No: 2013/5150, Dayandığı Kanunun Tarihi: 22.1.2001 - No: 4721, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 17.8.2013 - No: 28738.

⁴ Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

⁵ Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010 (Arsa Payı), s. 1; E. Sabâ Özmen/Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 1, (s. 13-31), s. 14.

devretmeyi, yüklenici de bu arsa üzerinde inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerini arsa malikine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Böylece bir yandan taşınmaz satış sözleşmesine, bir yandan eser sözleşmesine ilişkin hükümleri içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla karma sözleşme niteliğindedir.⁶ Bu sözleşme uyarınca her iki taraf da alacaklı ve borçlu konumuna geçtiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında yer almaktadır.⁷ Baskın görüş uyarınca bu sözleşme dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıklarda taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümleri kıyasen uygulanır.⁸

Uygulamada ticari ve iktisadi nedenlerden ötürü sıklıkla arsa malikleri bu sözleşme uyarınca yükleniciye verilecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını, daha inşaat tamamlanmadan ona devretmekte, yükleniciler de söz konusu arsa paylarını malik sıfatıyla üçüncü kişilere satıp devretmektedir. Böylelikle genelde yüklenicinin ihtiyaç duyduğu mali güce kavuşması da kolaylaşmaktadır. Ancak bu davranış aynı zamanda ticari bir riskin göze alınmasıdır. Şöyle ki; yüklenicinin borcunu gereği gibi yerine getirmemesi üzerine sözleşmeden dönülmesi hâlinde, alıcı-üçüncü kişilere devredilen tapuların akıbeti uyuşmazlıkların doğmasına neden olur. Gerçekten de uygulamada bu yönde alıcı-üçüncü kişilere karşı açılmış davaların sayısı her geçen gün artmaktadır.

⁶ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 58-59; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 18; Erman, Arsa Payı, s. 1-2; Çiğdem Kırca, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, XXII, 15 Aralık 2006, Ankara 2007, (s. 77-98), s. 81; Mustafa Alper Güntüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010, s. 213; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İzmir 2017, s. 41; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Özel), s. 941; Yarg. HGK, 19.3.2002, E. 2003/15-124, K. 2003/175, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018.

⁷ Erman, Arsa Payı, s. 4; Yarg. 15. HD, 14.2.1994, E. 1993/5253, K. 1994/764, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018.

⁸ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1070, 1087-1088; Erman, Arsa Payı, s. 4-8; Kırca, s. 81; Özmen/Ürem, s. 14; Yargıtay'a göre bu sözleşmede yapı yapma edimi için eser sözleşmesine, arsa payı mülkiyetini devir borcu için ise satış vaadine ilişkin kurallar uygulanmalıdır, Yarg. HGK, 9.6.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018.

Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik kararları, inşaat tamamlanmadan yükleniciye yapılmış olan bu devirlerin "avans" niteliğinde olduğu, yüklenicinin bu arsa paylarının mülkiyetini edinemeyeceği, sözleşmeden dönülmesi hâlinde bu tapuların iadesinin aynı hakka dayalı olarak her zaman istenebileceği ve ayrıca alıcı-üçüncü kişilerin iyiniyetli kabul edilemeyeceği yönündedir.⁹ Anayasa Mahkemesi de, aynı hususa ilişkin önüne gelen somut olayda, söz konusu yargı uygulamasının alıcı-üçüncü kişiler bakımından mülkiyet hakkı ihlali niteliğinde olmadığı şeklinde karar vermiştir.¹⁰ Ancak Yargıtay'ın bu yerleşik uygulaması ve Anayasa Mahkemesi kararı ile varılan sonuçlar, alıcı-üçüncü kişiler bakımından elverişsiz olmakta ve Roma Hukuku'ndan gelen temel ilkelere dayalı Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine ters düşmektedir.

Çalışmanın esas amacı, özellikle bu konuya ilişkin Yargıtay'ın yerleşik kararları ile Anayasa Mahkemesi kararına yöneltilen olumsuz eleştirilere dikkat çekmektir. Belirtilmelidir ki çalışmanın konusu arsa malikinin yükleniciye arsa payı devrettiği ve yüklenicinin de bu payı ya da bu paya bağlı olarak tesis ettiği kat irtifakı tapularını üçüncü kişilere devrettiği durumlar ile sınırlıdır. Bu kapsamda çalışmada söz konusu duruma ilişkin Yargıtay uygulaması ile Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. YARGITAY KARARLARI

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına bakıldığında, ilk olarak inşaat tamamlanmadan yükleniciye yapılmış olan bu devirlerin "avans" niteliğinde olduğunun kabul edildiği görülmektedir.¹¹ Yargıtay'a göre yük-

⁹ Bu hususları kabul eden Yargıtay kararlarından örnekler için bkz. Başlık I.

¹⁰ Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin daha detaylı ifadeler için bkz. Başlık II.

¹¹ "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, henüz işin başında yükleniciye bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir", Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye yapılan tapu devri "avans" niteliğinde olup, yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakılan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir", Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir", Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg.

leniciye devir yapılmasındaki amaç, ona finans kolaylığı sağlamaktır.¹² Yüklenici bu arsa paylarının mülkiyetini edinemez.¹³ Söz konusu tapu kayıtları gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz.¹⁴ Yüklenicinin mülkiyeti kazanması, inşaatı sözleşmeye uygun şekilde eksiksiz ve kusursuz tamamlayıp teslim etmesine bağlıdır. Yüklenici tüm edimlerini ifa ettiği takdirde onun şahsî hakkı, aynî hakka dönüşür.¹⁵ Yükleniciden

23. HD, 23.3.2017, E. 2015/8179, K. 2017/908; Yarg. 23. HD, 31.3.2016, E. 2015/3455, K. 2016/2029; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 23. HD, 19.6.2015, E. 2015/3400, K. 2015/4746; Yarg. 23. HD, 26.11.2014, E. 2014/5616, K. 2014/7583; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹² "Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenicinin edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar", Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹³ "... yüklenici adına intikal ettirilen tapu kayıtlarının tescili yüklenici şirket lehine aynı hak sağlamayacağı ...", Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "... edimini yerine getirmeyen davalı yüklenici şirketin dava konusu taşınmazın mülkiyetini edinmediği, dolayısıyla diğer davalıya yaptığı satışın hukuki bir geçerliliğinin olmadığı ...", Yarg. 15. HD, 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı sonuca işaret eden başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹⁴ "... yükleniciye kayden temlik olunan taşınmaz payları avans niteliğinde olup bu yolla oluşan tapu kayıtları gerçek mülkiyet durumu oluşturmaz", Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018.

¹⁵ "... yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir", Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenicinin edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı

arsa payı satın alan üçüncü kişilerin, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına hak kazanması da, yüklenicinin arsa malikine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi ile gerçekleşir.¹⁶

Yargıtay'a göre sözleşmeden dönme üzerine, sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesi hâle gelince, tapu payları arsa malikine geri döner.¹⁷ Bu durumda yüklenicinin alıcı-üçüncü

doğar", Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "... sözleşme uyarınca başlangıçta devredilen arsa payları avans niteliğinde olup, yüklenici, gerçekte bunlara işi eksiksiz tamamlayıp, teslim ettiğinde hak kazanabilecektir", Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Yüklenici; sözleşme ve yasa hükümleriyle fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yüklendiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere Borçlar Kanunu'nun 163 ve izleyen maddeleri gereğince devredebilir. Sözleşmenin tamamen ifayla sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yüklenicinin şahsi hakları aynı hakka dönüşebilir", Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. HGK, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹⁶ "Bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap edebilmeleri için yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi ve inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak bitirip teslim etmesi gerekir", Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar", Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 1. HD, 5.3.2003, E. 2003/1487, K. 2003/2356; Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹⁷ "Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner", Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik artık sebepsiz kalır", Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Bu şekildeki bir fesihle tarafların hukuki durumu ve mal varlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi bir işleme tabi tutulacaktır", Yarg. 15. HD, 10.3.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23.

kişiye yaptığı devir sebepsiz kalır. İllilik prensibi sonucunda tescilin baştan itibaren yolsuz hâle gelmesi ile¹⁸ avans olarak devredilen bu tapuların iadesi aynı hakka dayalı olarak her zaman istenebilir.¹⁹

Yargıtay kararları uyarınca üçüncü kişilerin (yani yüklenicinin kendisine devredilmiş olan arsa paylarını satıp devrettiği kişilerin ve bunlardan devralan sonraki kişilerin) kazanımlarının TMK m. 1023 uyarınca korunması da mümkün değildir. Alıcı-üçüncü kişiler iyiniyetli kabul edilemez. Aksine onların iyiniyetli olmadıklarını kabul etmek gerekir.²⁰ Zira üçüncü kişi, söz konusu payı taşınmazda inşa

HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779, (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹⁸ "... üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer", Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır", Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. HGK, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 1. HD, 5.3.2003, E. 2003/1487, K. 2003/2356 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

¹⁹ "Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 Sayılı B.K.nun 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar", Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka karar olarak bkz. Yarg. 15. HD, 10.3.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Bu hususta Yargıtay kararlarında kullanılan "tapu iptali" terimi yerinde değildir ve bu ifade ile kastedilen TMK m. 1025 uyarınca açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasıdır. Söz konusu ifade ile açılan davalar hakkında ayrıntılı inceleme olarak bkz. Emem Sabâ Özmen/Gülşah Sinem Aydın, "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2014/6, (s. 179-215).

²⁰ "... yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, Türk Medeni Yasası'nın 1024. maddesi gereğince, aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz", Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "... henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez", Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K.

edilecek bağımsız bölüme karşılık aldığından, yüklenicinin arsa malikine yönelik hakkına ancak kendi edimini yerine getirmesi hâlinde kavuşacağını bilecek durumdadır. Henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir.²¹ Aksi düşünce hayatın olağan akışına aykırı düşer.²²

2012/3377; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD, 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

²¹ "... yüklenici ve ondan bağımsız bölüm satın alan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tümü taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat yapıldığını ve yüklenicinin edimini yerine getirdiğinde bağımsız bölümlere gerçekten hak kazanacaklarını bilerek bağımsız bölüm satın almışlardır", Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göz alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payını aldığı bilincindedir", Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Topraktan satış, temelden satış' şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır", Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/13094, K. 2000/13094, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "... henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir", Yarg. 15. HD, 25.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; "Çekişme konusu pay tapusunun, davalı tarafından edinilmesine ilişkin tapu memurluğunda düzenlenen akit tablosunda açıkça ifade edilen 27.4.1988 tarih 2562 yevmiye numaralı yine tapu memurluğunda düzenlenen resmi senette ise, davalının bayiinin yüklenici olduğu, inşaat sözleşmesince yükleniciye temlik edilen arsa paylarının inşaatın yapılması amacıyla gerçekleştirildiği, bu temlik nedeniyle yükleniciden bir para alınmadığı, inşaatın tamamlanmaması halinde arsa sahiplerinin uğrayabilecekleri muhtemel zararları karşılamak üzere arsanın tamamı üzerinde 'inşaat teminat ipotegi' tesis edildiği belirtilmiştir. Bu açıklık karşısında, davanın çekişme konusu payı temellük ettiği tarihte artık bayiinin, yüklenici olduğu, tapuda kayden malik bulunduğu paylarının arsa sahibi davacıların arsalarında inşaat yapılması koşuluyla kendisine bedelsiz olarak temlik edildiğini bilmesi gereken kişi durumunda olduğunun kabulü gerekir", Yarg. HGK, 15.2.1995, E. 1995/1-15, K. 1005/70, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Aynı yönde başka kararlar olarak bkz. Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD, 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018).

²² Yarg. HGK, 15.2.1995, E. 1995/1-15, K. 1995/70, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Arsa malikinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi hâlinde, bu durumun yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere nasıl etki edeceği sorunu, bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne de taşınmıştır.²³ Somut olayda İstanbul ili, Bakırköy ilçesi, Şenlik Mahallesi'nde bulunan 292 ada, 148 parselde kayıtlı taşınmaz, G.N.Y, G.T.Y., V.O. adına tescillidir. Arsa malikleri, yüklenici E.A. ile 26.11.1985 yılında geçerli şekilde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşme ile arsa malikleri taşınmazın 56/104 payının yükleniciye devrini; yüklenici ise bunun karşılığında ikisi bodrum katta olmak üzere altı bağımsız bölümün yapımını borçlanmıştır.

Taşınmaz üzerinde bir bodrum, bir zemin, iki normal ve bir çekme kat olmak üzere yedi bağımsız bölüm inşa edilmiştir. Bina için proje, inşaat ruhsatı ve yapı kullanım izin belgesi bulunmamaktadır. Arsa malikleri de sözleşme kapsamında borçlandıkları pay devirlerini tapuda gerçekleştirmiş ve bunun sonucunda başvuru F. T. 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, başvuru S. T. ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde satın almıştır.

Devam eden süreçte arsa malikleri, yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmediği iddiası ile sözleşmenin feshine ve devrettikleri payın kendi adlarına tesciline yönelik 5.3.2009 tarihinde Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme kararının gerekçesinde, davaya konu binanın yapı kullanma izin belgesi ve iskân ruhsatı bulunmadığından, inşaatın sözleşme koşullarına uygun olarak gereği gibi tamamlanmadığı belirtilmiş ve 818 sayılı BK²⁴ m. 358 (6098 sayılı TBK m. 473) uyarınca arsa maliklerinin sözleşmeyi feshettiği ve devrettikleri payın kendi adlarına tescilini isteyebilme haklarının doğduğu açıklanmıştır. Yine kararda, tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm satın alan başvuru sahiplerinin, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendilerine bırakılan bu arsa paylarında haklarının doğmayacağını bildikleri ve bu payları kaybetme riskini al-

²³ Başvuru Numarası: 2014/12321, Karar Tarihi: 20.07.2017, (Resmî Gazete Tarih-Sayı: 27.9.2017-30193).

²⁴ Kanun No: 818, Kabul Tarihi: 22.4.1926, Resmî Gazete Tarihi: 29.4.1926, Sayı: 359, Mülga Tarihi: 1.7.2012.

dıkları kanaatine varılarak, TMK m. 1023'ün somut olayda uygulanamayacağına hükmedilmiştir.

Başvurucuların temyiz istemleri Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 3.10.2012 tarihli ve E. 2011/6160, K. 2012/5968 sayılı kararı ile reddedilerek hüküm onanmış, karar düzeltme istemleri de aynı Daire'nin 22.5.2014 tarihli kararıyla reddedilmiş, bunun üzerine başvurucular, 18.7.2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunarak mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi özet olarak çalışma konusu açısından önem taşıyan şu sonuçlara *oyçokluğu* ile varmıştır:

- Başvuruya konu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak önceden oluşturulan, öngörülebilir, ulaşılabilir ve belirli nitelikte hukuk kuralları ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hüküm ve uygulanma koşullarına ilişkin Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararları, devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yöneliktir.
- Bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvurucuların usule ilişkin güvencelerden etkin bir biçimde yararlanması sağlanmaktadır.
- Kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırı aşılmamıştır.
- Başvurucuların mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etkin ve yeterli güvenceler mevcuttur.
- Yükleniciye düşen arsa payını satın alan başvurucuların, yüklenici tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tapu kaydının iptali suretiyle yapılan müdahale yönünden, mülkiyet hakkına yönelik bir ihlâl bulunmamaktadır.

Mahkeme kararında yer verilen *karşı oy gerekçesinde* ise özetle çalışma konusu açısından önem taşıyan şu hususlar belirtilmiştir:

- Her ne kadar TMK m. 1024'de bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin bu tescile dayanamayacağı öngörülmüş ise de, söz konusu sözleşmenin yapımından ve binanın fiilen kullanıma başlanmasından yıllar

sonra başvuruçuların tescilin yolsuz yapıp yapılmadığını bilmesi gerektiği söylenemez. Bu nedenle arsa malikleri ile başvuruçuların çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyiniyetli olduğuna bakılarak çözüme kavuşturulması gerekir.

- Arsa maliklerinin, binanın projesi bulunmadığını ve dolayısıyla yapı kullanım izni alamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen yükleniciye pay devretmeleri, yüklenicinin başkalarına pay satışı yaptığını da tapu kayıtlarıyla ve fiilen bilmeleri, buna rağmen yirmi dört yıl boyunca hiçbir yasal girişimde bulunmama-ları, bina ekonomik ömrünü doldurmaya başladığı ve arsa olarak daha fazla kıymet kazandığı bir dönemde daha önce devredilmiş payların adlarına tescili istemiyle dava açmaları, iyiniyetli olmadıklarını göstermektedir.
- Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen iyiniyet ilkesi, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'ndeki²⁵ "sırf gayrı ızzar eden suiistimal" kavramından farklıdır. Arsa malikleri, başkasına zarar vermek değil, kazanç sağlamak amacıyla da olsa iyiniyetli olmadıkları sürece mevzuat ve Yargıtay kararlarındaki lehe hususlardan yararlanamaz.
- Öte yandan başvuruçuların, uğradıkları zarardan dolayı taleplerini, hak kazanmadığı hâlde devraldığı kabul edilen arsa paylarını kendisine satan yükleniciye yönelmeleri hâlinde, zamanaşımına ilişkin hükümler karşısında başarı şansları şüphelidir.
- Dolayısıyla başvuruçuların mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir.

III. DEĞERLENDİRME

Yukarıda yer verildiği üzere konuya ilişkin Yargıtay'ın yerleşik kararları ile Anayasa Mahkemesi kararı, üçüncü kişilerin güvenle bağımsız bölüm almaya devam etmesini tamamen olumsuz yönde etkileyecek kararlardır.

Yargıtay'ın bu uygulamasına göre alıcı-üçüncü kişi, tapu senedinde malik hanesinde satıcının adını görerek geçerli satış sözleşmesi ile

²⁵ Kanun No: 743, Kabul Tarihi: 17.2.1926, Resmî Gazete Tarihi: 4.4.1926, Sayı: 339, Mülga Tarihi: 1.1.2002.

adına tescili sağlasa da, sonrasında yüklenicinin borcunu zamanında ifa etmemesi sebebi ile arsa malikinin sözleşmeden dönmesi üzerine, arsa malikine edinmiş olduğu taşınmaz mülkiyetini iade etmek zorunda kalır ve bu hususta iyiniyetli olduğunu da ileri süremez.

Kanaatimizce Yargıtay'ın söz konusu görüşünde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Şimdi bu tespitimizin gerekçelerini çeşitli hususlarda değerlendirmeler yaparak açıklayacağız.

A. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçlarına İlişkin Öğretide İleri Sürülen Görüşler Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları Bakımından Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi hâlinde, eser sözleşmesine ilişkin özel hüküm bulunmadığından, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüde ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri (m. 123-126) uygulanmaktadır.²⁶

Borçlunun temerrüdü hâlinde sözleşmeden dönmenin sonuçları ise öğretide tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen görüşler; sebepsiz zenginleşme (klâsik dönme) görüşü, kanunî borç ilişkisi görüşü, aynı etkili dönme (istihkak) görüşü ve yeni dönme (dönüşüm) görüşü şeklinde toparlanabilir.

*Sebepsiz zenginleşme görüşüne (Bereicherungstheorie/klasik dönme) göre*²⁷ sözleşmeden dönme hâlinde, dönme beyanının muhataba var-

²⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 1092; Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Dönme), s. 153; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı (Hüseyin Hatemi), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992 (Borçlar Özel), s. 366; Kırcı, s. 82.

²⁷ Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929, OR Art. 109, N. 2, N. 4; Seza Reisoğlu, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, s. 36; Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 504; Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 380 dn. 82; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, Zürich, 1974, s. 155-156; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Auflage, Zürich 1984, § 52, s. 493; İlhan Ulsan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcu-

ması ile birlikte, sözleşme kurulduğu ana kadar geçmişe etkili biçimde (*ex tunc*) ortadan kalkar. Sözleşme ortadan kalktığından, dönme üzerine tasfiye ilişkisi sözleşme dışı hükümlere göre gerçekleşir. Bu doğrultuda söz konusu sözleşmeden doğan ve henüz ifa edilmemiş olan borçlar artık talep edilemez. Önceden ifa edilen edimlerin iadesi ise sona ermiş sebebe dayalı sebepsiz zenginleşme (*condictio ob causam finitam*; TBK m. 77/II) olarak, TBK m. 79-80 hükümlerine tâbi olur. Zira dönme ile birlikte ifa edilmiş edimler hukukî sebepten yoksun hâle gelmiştir. Dolayısıyla örneğin taşınmaz mülkiyetine ilişkin tescil yapıldıktan sonra devrin hukukî sebebini oluşturan sözleşmeden dönülürse, iade bakımından açılacak olan dava, sebepsiz zenginleşme temelli tescile zorlama davasıdır (TMK m. 716). Sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin nisbî özelliği dikkate alındığında, zenginleşenden iade konusu şeyi kazanan üçüncü kişiye bu talebin yöneltilmesine imkân yoktur. Bu nedenle üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı araştırılmaz. Zamanaşımı TBK m. 82 uyarınca dönme beyanının ulaşmasından itibaren iki yıldır.

*Kanunî borç ilişkisi görüşüne göre*²⁸ sözleşmeden dönme hâlinde borç ilişkisi geçmişe etkili biçimde ortadan kalkar. Ancak dönülen sözleşme uyarınca önceden yapılan tasarruf işlemleri bundan etkilenmez. Yapılan kazandırmaların sebebe bağlı tasarruf işlemi ile yapılmış olması da bu sonucu değiştirmez. Eş söylemle sözleşmeden dönme üzerine, ifa edilmiş edimlerin sebepten yoksun hâle geldiği ileri sürülemez. Tasarruf işleminin sebebe bağlılığından kasıt, kurulma sırasındaki sebebe bağlılıktır. Ancak bu sözleşme nedeniyle yapılmış tasarruf

nun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 76, 77 dn. 52; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 16. Bası, İstanbul 2018, N. 1699, N. 1703; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s. 919-921; Klasik dönme görüşünün en kabul edilebilir görüş olduğunu belirtmekle birlikte bu görüşün tek zayıf yanının dönmeden sonra öncesinde kazanılmış aynı haklara dokunulamaması olduğu yönünde görüş olarak bkz. Öz, Dönme, s. 39-40; Görüş hakkında bilgi için ayrıca bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 143-144.

²⁸ Hermann Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, Art. 109, N. 4-5-6, Art. 62, N. 19; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993 (Borçlar Hukuku), s. 967-968; Gümüş, s. 78-79; Müge Ürem, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2017, s. 178-183; Görüş hakkında bilgi için ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 145-146.

işleminin eski hâle getirilmesi gerekir. Bu yolda sözleşme ilişkisinin tasfiyesi bakımından gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşmeden değil, TBK m. 125' den kaynaklanan bir kanunî borç ilişkisinden söz edilmelidir. Ama bu hususta iade bakımından TBK m. 125' de bir düzenleme olmadığı için, söz konusu boşluk sebepsiz zenginleşme kuralları kıyasen uygulanarak doldurulur. Bu nedenle örneğin taşınmaz mülkiyetine ilişkin tescil yapıldıktan sonra devrin hukukî sebebini oluşturan sözleşmeden dönülürse, iade bakımından açılacak olan dava, sebepsiz zenginleşme temelli tescile zorlama davasıdır (TMK m. 716). Sebepsiz zenginleşme görüşünde olduğu gibi kanunî borç ilişkisi görüşünde de, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin nisbî özelliği dikkate alındığında, zenginleşenden iade konusu şeyi kazanan üçüncü kişiye bu talebin yöneltilmesine imkân yoktur. Bu nedenle söz konusu görüş uyarınca da üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek bulunmaz. Ancak iade talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi, sebepsiz zenginleşme görüşünden farklı olarak, TBK m. 146' daki on yıllık süredir.

*Aynî etkili dönme (istihkak) görüşüne göre*²⁹ sözleşmeden dönme ile hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi geçmişe etkili biçimde ortadan kalkar. İfa edilmiş edimlerin iadesi öncelikli olarak istihkak talebine dayanır. İfa edilen edimin konusunun taşınmaz olduğu durumda, dönme üzerine mülkiyet el değiştirmemiş olduğundan, tescil TMK m. 1024 uyarınca yolsuz hâle gelir ve TMK m. 1025' e göre tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu olur. İade konusu şeyi devralan üçüncü kişinin bu kazanımının korunması, TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetli sayılmasına bağlıdır. İade istihkak talebine dayandığından, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılması herhangi bir süreye tâbi değildir.

²⁹ Max Keller/Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 277-278; Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Sebepsiz Zenginleşme), s. 103-104; Felix R. Ehrat, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990, N. 479 vd., s. 156 vd.; Öz, Dönme, s. 40 vd., s. 240-241; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 134 vd., s. 172; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 269; Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, s. 282; İsmail Atamulu, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 187; Aynî etkili dönme görüşüne ilişkin bilgi için ayrıca bkz. Kırca, s. 85.

Son olarak *yeni dönme (dönüşüm) görüşüne göre*³⁰ sözleşmeden dönme hâlinde, sözleşme ne geçmişe ne de ileriye etkili olarak sona erer. Dönme beyanının muhataba varması üzerine sözleşmenin içeriği deği-

³⁰ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 73 vd., s. 91 vd.; Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Dönmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1976, s. 209-210; Josef Esser/Eike Schmidt, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Auflage, Heidelberg 1995, s. 313; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 377-378; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Genel), s. 1150; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı (Hüseyin Hatemi), *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991 (Eşya Hukuku), s. 571; Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi), *Borçlar Özel*, s. 369-370; Lâle Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara 1992 (Şart), s. 175; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı (Rona Serozan), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 7. Bası, İstanbul 2016, § 17, N. 14, N. 18; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini*, İzmir 1995, s. 66; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Rey Henz/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 2804 vd.; Teo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schneyder/Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 2000, § 32, N. 33; Rolf H. Weber, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109, Bern 2000, OR Art. 109, N. 46 vd.; Zarife Şenocak, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 48; Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, (Redakteur: Wolfgang Krüger), 5. Auflage, München 2007, (İşleyen/Reinhard Gaier), § 346, N. 1 vd.; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (İşleyen/Wolfgang Wiegand), OR Art. 109, N. 4 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Bern 2009, N. 66.33; Rainer Jagmann/Dagmar Kaiser/Sibylle Kessel-Wulf/Volker Rieble, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse § 328-359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf), Redaktor: Löwisch, Manfred, Berlin 2004, (İşleyen/Dagmar Kaiser), Vorbem. zu §§346-354, N. 1-2; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası*, İstanbul 2017, § 26, N. 92; Leyla Müjde Kurt, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) *Yüklenicinin Eseri Teslim Burada Temerrüdü*, Ankara 2012, s. 302; Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Baskı*, İstanbul 2018, s. 221, N. 767; Vardar Hamamcıoğlu, s. 156 vd.; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, İstanbul 2016, § 25, N. 1320; Görüş hakkında bilgi için ayrıca bkz. Kırca, s. 84-85; Vardar Hamamcıoğlu, s. 148 vd.; Ürem, s. 177; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt III, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 512 vd.; *Dönüşüm görüşünün kabulü hâlinde doğacak sonuçlara ilişkin bilgiler için ayrıca bkz. Buz*, s. 142; Bu yönde sonuçla Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.): *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 2002, (İşleyen/Jolanta Kren Kostkiewicz), Art. 109, N. 2.

şerek, ifa edilen edimlerin geri verilmesi bakımından taraflar arasında kurulan bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Bu durumda ifa edilen edimler sebepten yoksun hâle gelmemekte, ifa edilmemiş edimler bakımından ise TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanma alanı bulmaktadır. Örneğin taşınmaz mülkiyetinin alıcı adına tescilinden sonra sözleşmeden dönülmesi hâlinde, tescil kendiliğinden yolsuz hâle gelmeyecektir. İade yapılan, yani taşınmaz eski malik adına tescil edilene kadar muhatap malik olarak kalmaktadır. Taraflar iade konusunda anlaşamaz ise, açılacak ifa davası sonucunda TMK m. 716'ya dayalı verilecek karar ile mülkiyet eski malike geçer. Dolayısıyla bu görüş uyarınca iade anına kadar gerçek malikten iade konusu şeyi kazanan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Üçüncü kişi sözleşmeden dönüldüğünü ve iade borcunu bilse dahi iade konusu şeyin mülkiyetini kazanabilir. İade talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi, TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresidir.

2. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları Bakımından Yargıtay'ın Yerleşik Kararları ile Öğretide Savunulan Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kişisel Görüşümüz

Yukarıda detaylı olarak yer verdiğimiz üzere³¹ Yargıtay'ın yerleşik kararları değerlendirildiğinde, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin olarak Yargıtay tarafından, aynî etkili dönme görüşü ile benzer sonuçlara varıldığını görmekteyiz. Zira Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre sözleşmeden dönme hâlinde sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döner ve avans³² olarak devredilen tapuların iadesi aynî hakka dayalı olarak her zaman istenebilir. Bununla birlikte Yargıtay alıcı-üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunup bulunamayacağı noktasında aynî etkili dönme görüşünden

³¹ Bkz. Başlık I.

³² Para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek üzere önceden ödenmesi anlamına gelen "avans" teriminin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine olduğu gibi aktarılamayacağı yönünde Kırca, s. 97; Yargıtay kararlarında yaratılan "avans tapu" kavramına yönelik eleştiri için bkz. Özmen/Ürem, s. 19 vd.; Sabâ Özmen, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynî Etkili Dönme Görüşüne Ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki "Avans Tapu" Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018 (135), (s. 491-516), *TBBĐ*, s. 502-504.

de ayrılmaktadır. Şöyle ki; Yargıtay'a göre yükleniciden arsa payı devralan alıcı-üçüncü kişinin ve hatta bu üçüncü kişiden söz konusu arsa payını devralan diğer alıcı-üçüncü kişilerin TMK m. 1023 kapsamında yapacakları iyiniyet savunmaları kabul edilmemelidir. Oysa aynî etkili dönme görüşü, dönmeden önce iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunacağı temeline dayanmaktadır.³³ İşte Yargıtay kararlarında yer alan alıcı-üçüncü kişilerin doğrudan iyiniyetli olmadığı şeklindeki görüş sebebi ile sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından Yargıtay'ın görüşü, aynî etkili dönme görüşünün de amacını aşan farklı bir görüş olarak nitelendirilmelidir.

Belirtmek isteriz ki aynî etkili dönme görüşü değerli hukukçular tarafından kabul edilmekle birlikte, bu görüşün Türk Hukuku bakımından savunulamayacağı yönündeki görüşe³⁴ biz de katılıyoruz. Gerçekten de bu hususta TBK m. 136/II, c. 1 kanıt oluşturmaktadır. Bu hükme göre *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmiş olan edimi isteme hakkını kaybeder"*. Görüldüğü üzere söz konusu hükümde de tıpkı sözleşmeden dönmede olduğu gibi, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması ile borçlandırıcı işlemin (sebebin) sonradan ortadan kalkması durumu söz konusudur ve Kanun hükmünde açıkça belirtildiği üzere bu durum tasarruf işleminin geçersizliğine yol açmamakta, iade sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca (*sona ermiş sebebe dayalı sebepsiz zenginleşme; condictio ob causam finitam; TBK m. 77/II*) olmaktadır.

Aynî etkili dönme görüşünün kabul edilemeyeceğini gösteren bir diğer gerekçe, taşınmazlarda tescil prensibinin istisnalarının kanun tarafından öngörülmesi gerekliliğidir. Oysa aynî etkili dönme görüşü kabul edilirse mülkiyetini kaybetmiş kimse, tescil dışında bu hakkını

³³ Öz, Dönme, s. 259-260; Buz, s. 141; Ayan, S., s. 274; Aynî etkili dönme görüşüne ilişkin aynı yönde tespit için bkz. Kırca, s. 87.

³⁴ Özmen/Ürem, s. 23 vd.; Etem Sabâ Özmen, "Medeni Kanun'un Taşınmaz Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Borçlar Hukukuyla İlintisi ve Yargı Kararlarının Eleştirisi", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, I. Cilt, Ankara 2017 (Sempozyum), s. 554-555; Ürem, s. 178 vd.; Özmen, TBB, s. 501 vd.

geri kazanmaktadır. Bu yönü ile görüş, tescilsiz kazanım-bildirici tescil hâllerinin sınırlı sayıda olması ilkesine³⁵ aykırılık oluşturur.³⁶

Öğretide ileri sürülen yeni dönme görüşünü eleştiren bazı yazarlar ise gerekçe olarak, bu görüşün TBK m. 125’de düzenlenen hususlara uymadığını belirtmektedir.³⁷ Gerçekten de dönme beyanında bulunan alacaklının iradesi artık borçlu ile sözleşme ilişkisi içinde olmamak yönündedir. Eğer alacaklı, sözleşme ilişkisi içinde kalmaya devam etmek istiyorsa TBK m. 125 ona aynen ifa ve gecikme tazminatını isteme ya da bunlardan vazgeçerek olumlu zararını isteme haklarını seçimlik olarak sunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 125’in içeriği bu şekilde iken, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin ayakta kaldığını ama içeriğinin değişerek tasfiye ilişkisine dönüştüğünü belirtmek, bu içeriğe aykırı olur.

Kanaatimizce Roma Hukuku ilkeleri, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu’nun bütünü göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından sistemle en uyumlu olan görüş, kanunî borç ilişkisi görüşüdür.³⁸ Çalışma özelinde kanaatimiz ile birlikte bir kez daha toparlamak gerekirse; ilk olarak sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlem “sonradan” geçersiz hâle gelirse de, geçerli olduğu aşamada bu işleme dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi bundan etkilenmemelidir. İkinci olarak TBK m. 125/III’de olumsuz zararın tazmininin de istenebileceği belirtilmektedir. Bu nedenle söz konusu hükümde dördüncü borç kaynağı olarak kanundan doğan

³⁵ Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması prensibinin istisnalarının kanunda yer alanlarla sınırlı olduğu hakkında bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, İstanbul 1989 (Eşya Hukuku), s. 653; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, N. 1385 vd.; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2016, s. 1241-1242; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili 13. Baskı, Ankara 2016, s. 220; Mehmet Ünal/Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 287-288; Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 228; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 355; Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017 (Eşya Hukuku), s. 311-312; Haluk Nami Nomer/Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017, N. 356; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, Eşya Hukuku, Cilt III, Tapu Sicili, 1. Baskı, İstanbul 2018, N. 186 (Eşya Hukuku).

³⁶ Kurt, s. 299; Ürem, s. 173.

³⁷ Buz, s. 134; Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016 (İnşaat), s. 173; Ürem, s. 177.

³⁸ Bu görüş hakkında bilgi için bkz. Başlık III., A., I.

bir borcun varlığından söz edilmelidir. Ancak TBK m. 125/III'de iade bakımından bir düzenleme getirilmemiştir. İşte bu noktada tıpkı TBK m. 136'da olduğu gibi, bu hükümde de borçlandırıcı işlemin (sebebin) sonradan ortadan kalkması hâlinin bulunduğu gözetilerek, sözleşmeden dönme durumunda iade bakımından kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması gerekir.³⁹ Bununla beraber zamanaşımı bakımından, sözleşmeden dönmenin olumsuz zararın tazmini konusunda da talep hakkı doğurduğu göz önüne alınarak, farklı sonuçlara yol açmamak için, gerek iade gerekse olumsuz zararın tazmini talepleri on yıllık zamanaşımına tâbi tutulmalıdır.

Bu doğrultuda çalışma özelinde sebepsiz zenginleşme ile iadesi istenen eşya taşınmaz olduğundan, iade konusunda anlaşılamazsa açılacak olan dava TMK m. 716/I uyarınca tescile zorlama davasıdır.⁴⁰ Dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin nisbî özelliği dikkate alındığında, söz konusu borç ilişkisinin üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilemeyeceği sonucuna varılır. Bu gerekçe ile yüklenici, eğer zenginleşme konusunu oluşturan taşınmaz hâlâ malvarlığında bulunuyorsa aynen; yok eğer daha öncesinde üçüncü kişilere taşınmazı devretmişse bu defa ikame değer olarak bedelini iade ile yükümlü

³⁹ Bu hususta zilyetliğin iadesine yönelik hükümlere başvurulamayacağı zira bu hükümlerin ancak istihkak davasına veya taşınır davasına ya da kanunun açıkça yollama yaptığı miras hukukuna ilişkin iade hâllerinde uygulanabilir olduğuna ilişkin bkz. Ürem, s. 182; Klasik dönme görüşüne katılmakla birlikte iş sahibinin (arsa malikinin) verdiği arsa payını, aynı taleple ve yükleniciyi haksız zilyetlik hükümlerine tâbi tutarak isteyeceği yönünde görüş olarak bkz. Öz, İnşaat, s. 173, s. 176.

⁴⁰ Aynı yönde Özmen/Ürem, s. 24; Ürem, s. 180; Özmen, *TBB*, s. 502, s. 505, s. 509; Arsa maliki ile yüklenici arasındaki sözleşmenin geçmişi etkili olarak sona erdirilmesinin alıcı-üçüncü kişilere yapılan devri etkilemeyeceği, bu durumda alıcı-üçüncü kişi aleyhine tapu iptal ve tescil davası açılmayacağı yönünde Emrehan İnal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi", İnşaat Hukuku ve Uygulaması (Editörler: Emrehan İnal/Başak Baysal), İstanbul 2007, (s. 371-393), (İnşaat Hukuku), s. 382; Uygulamada gerek TMK m. 1025'e dayalı açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının gerekse TMK m. 716'ya dayalı açılan tescile zorlama davasının "tapu iptal davası" adı altında açıldığı görülmektedir. Ancak bu iki dava birbirinden gece ile gündüz, akla kara gibi farklılık taşır. Tescile zorlama davası; alacak hakkına dayanır, zamanaşımına tâbidir, şerhi TMK m. 1010/b. 1 uyarınca çekişmeli hakların korunması şerhi niteliğindedir. Oysa tapu sicilinin düzeltilmesi davası; aynı hakka dayanır, hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tâbi değildir, şerhi TMK m. 1011/b.1 uyarınca geçici tescil şerhi üst başlığı altında aynı hak iddiasının şerhidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen/Aydın, s. 185 vd.

olur. Yoksa üçüncü kişilerin sebepsiz zenginleşme kapsamında iade yükümlüsü olmalarından söz edilemez. Üçüncü kişilerin edinimlerinin geçerliliği onların iyiniyetli olup olmamalarına bağlı değildir. Bu nedenle alıcı üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin araştırılmasına gerek yoktur. Roma Hukuku temelli bu kural istikrara dayalı güven oluşturma amacıyla getirilmiştir. Aksi bir sonuca varılması hukukî işlem güvenliği tehlikeye sokar.⁴¹ Meğerki TBK m. 49/II uyarınca üçüncü kişinin edinimi kasten ahlâka aykırı bir fiil ile gerçekleşsin.⁴² Böyle bir durum olmadan, dönmeden önce yüklenici tarafından taşınmazın üçüncü kişiye devredildiği ihtimâlde, üçüncü kişinin iktisabı TMK m. 1023'e gerek olmaksızın korunur. Dönmeden sonra taşınmazın yüklenici tarafından üçüncü kişiye devredilmesi ihtimâlinde de TMK m. 1023'ün uygulanmasına yer yoktur. Zira dönme mülkiyetin kazanılmasına etki etmediğinden üçüncü kişi malikten bir taşınmaz kazanmıştır. Bu durumlarda arsa maliki yükleniciden yalnızca uğradığı zararın tazminini isteyebilir.⁴³ Dönmeye kadar henüz yüklenici taşınmazı devretme-

⁴¹ Aynı yönde Kırcı, s. 94; Özmen, Sempozyum, s. 554-555; Pelin Çavdar, "Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, (s. 415-439), s. 432-433.

⁴² Türk Borçlar Kanunu m. 49/II'nin uygulanma alanı bulabileceği örnek durumlar olarak, yüklenici sözleşmeden dönme hâlinde sorumluluktan kurtulmak için taşınmazı yakını üçüncü kişiye muvazaa ile çok düşük bir bedelle satarsa ya da geçimini sağlamak amacıyla bedelin tahsiline yönelik ödeme takvimini aydan aya ve çok uzun vadeli yaparsa TBK m. 49/II uyarınca haksız fiile dayalı üçüncü kişiden taşınmazın iadesinin aynen tazmin yolu ile istenebileceği şeklinde aynı yönde görüş için bkz. Özmen, TBBD, s. 502; Yine aynı yönde üçüncü kişi yalnızca arsa malikinin zarara uğramasını sağlamak amacıyla ahlâka aykırı bir şekilde arsa payını ve bağımsız bölümü devralmışsa, TBK m. 49/II uyarınca arsa malikinin doğrudan alıcı-üçüncü kişiye başvurabileceği şeklinde görüş olarak bkz. Çavdar, s. 430 dn. 17.

⁴³ Bu şekilde arsa malikinin zararının tazminini sağlama imkânı varken, onun bir de alıcı-üçüncü kişiye başvurabileceğini kabul etmenin, arsa malikine aşırı ölçüde menfaat sağlanmasına yol açacağı şeklinde görüş için bkz. Çavdar, s. 431; Öte yandan yüklenicinin de arsa malikinden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talepte bulunma hakkına sahip olduğuna ilişkin karar olarak bkz. Yarg. 15. HD, 14.4.2008, E. 2007/1276, K. 2008/2431: "Karşı dava yönünden ise; karşı davacı yüklenici, sözleşmenin fesih nedeniyle uğradığı zararların tahsilini istemiştir. Kuşku yok ki, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin mahkemece feshine karar verilmesi halinde, yüklenici, arsa sahibinin malvarlığında artı bir değer yaratmışsa, bu değerlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilecektir. Bu halde yüklenicinin sözleşme nedenleriyle yaptığı faydalı ve zaruri masrafların mahkemece tespit edilmesi gerekir. Oysa mahkemece yüklenicinin karşı davadaki talebi ile ilgili hiçbir inceleme yapılmadan karşı davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece

mişse ve arsa maliki bu tehlikeyi ortadan kaldırmak istiyorsa, derhâl yükleniciye TMK m. 716'ya dayalı tescile zorlama davası açmalı ve bu davada TMK m. 1010/b.1 uyarınca çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararı şerhinin konulmasını talep etmelidir.

B. Tescilin Bozucu Koşula (Şarta) Bağlanamayacağı Kuralı Bakımından Değerlendirme

Yargıtay tarafından aynı etkili dönme görüşü ile benzer sonuçların benimsenmesi, tescili bozucu koşula bağlamaktadır. Zira tapuya tescilin yapılmış olmasına rağmen yüklenicinin mülkiyeti kazanmasının, ifanın gerçekleşmesi koşuluna tâbi olduğunu belirtmek, tescilin bozucu koşula bağlanması demektir. Bu durumda TBK m. 173 gereğince bozucu koşul ile başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı yapılan tescil, TMK m. 992 uyarınca mülkiyet karinesini tescil sahibi adına oluşturacak, ancak gelecekteki gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen olgu gerçekleştiğinde, bu defa mülkiyet karinesi TMK m. 1024 uyarınca yolsuz tescile vücut verecek ve TMK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu olacaktır.⁴⁴ Oysa TMK m. 1020/I'e göre "Tapu sicili herkese açıktır". Ayrıca "Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz" şeklindeki TBK m. 243/I hükmü ile koşulun tescille bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Bu hususta Türk Sicil Tüzüğü m. 16/II'ye göre "İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz".⁴⁵ Böylece Yargıtay tarafından aynı etkili dönme görüşü ile benzer sonuçların benimsenmesi, eşya hukukunda geçerli olan tescilin koşula bağlanamayacağı genel kuralı⁴⁶

yanlar arasındaki sözleşmelerin feshine karar verilmesi halinde, karşı davadaki yüklenicinin istemi ile ilgili olarak da bir karar verilmesi gerekir. Değinen yönler dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir", www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018.

⁴⁴ Özmen, *TBB*, s. 507.

⁴⁵ Tasarruf işleminin aksine, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemler -örneğin satış sözleşmesi- koşula bağlı olarak yapılabilir. Kanun hükümleri bu konuda açık kural getirmiş olmasına rağmen, uygulamada tapu sicil müdürlüklerinde vade ve koşula bağlı resmî senet düzenlenememektedir. Böylece Roma Hukuku'ndaki reel sözleşme kurumunun bugün Türk Hukuku'nda yer almamakta iken, taşınmazın devrine yönelik işlemler bakımından uygulamada yaratıldığına ilişkin, Özmen/Ürem, s. 25 dn. 36.

⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Eşya Hukuku*, s. 331; Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir, N. 848; Sirmen, *Şart*, s. 105 vd.; Ertaş, s. 148; Ayan, M., s. 375; Esener/Güven, s. 141; Akipek/Akıntürk, s. 295; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 180; Nomer/

ile çeliştiği için, eşya hukukuna hâkim prensiplerle uyum içinde olması yönüyle de kabul edilebilir değildir.⁴⁷

C. Alıcı-Üçüncü Kişilerin İyiniyetlerinin Araştırılması Bakımından Değerlendirme

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında⁴⁸ peşinen alıcı-üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadıkları kabul edilmiştir. Kararlarda gerekçe olarak alıcı-üçüncü kişinin, söz konusu payı taşınmazda inşa edilecek bağımsız bölüme karşılık aldığından yüklenicinin arsa malikine yönelik hakkına ancak kendi edimini yerine getirmesi hâlinde kavuşacağını bilecek durumda olduğu, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin inşaatı görmemesinin, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesinin mümkün olmadığı, aksi düşüncenin hayatın olağan akışına aykırı düşeceği belirtilmiştir. Hatta Yargıtay'a göre yükleniciden arsa payı devralan alıcı-üçüncü kişinin bu arsa payını başka bir üçüncü kişiye devretmiş olması hâlinde, bu kişilere karşı da dava açılabilir, eş söylemle bu kişilerin de iyiniyet savunması kabul edilmemelidir.

Yargıtay kararlarında bu şekilde iyiniyet araştırılmasına gidilmesinin sebebi, sözleşmeden dönmeye aynı netice bağlanması ve bu sebeple tescilin yolsuz olduğu tespitine varılmasıdır. Oysa daha önce sözleşmeden dönmeye ilişkin görüşümüzü açıklarken, aslında bu hususta TMK m. 1025 uyarınca açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasına yer olmadığından, açılması gereken davanın TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası olduğundan bahsettik.⁴⁹ Şu durumda iyiniyetin TMK m. 1023 uyarınca korunması, yolsuz tescile dayalı tapu siciline güven ilkesinin bir koşulu olduğundan⁵⁰ savundu-

Ergüne, N. 330; Zafer Kahraman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, (s. 425-457), s. 447; Özmen/Ürem, s. 25-26; Ürem, s. 179; Özmen, *TBBĐ*, s. 507-508.

⁴⁷ Erman, Arsa Payı, s. 176-177; Gümüş, s. 231-232; Kurt, s. 332; Kahraman, s. 447; Özmen/Ürem, s. 25-26; Özmen, *Sempozyum*, s. 554-555; Ürem, s. 179; Özmen, *TBBĐ*, s. 506-509.

⁴⁸ Söz konusu kararlardan alıntılar için bkz. Başlık I.

⁴⁹ Bkz. Başlık III., A., 2.

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Eşya Hukuku*, s. 362; Oğuzman/Seliçi/Ok-tay-Özdemir, N. 1005; Ertaş, s. 162; Ayan, M., s. 232, s. 396; Esener/Güven, s. 157-

ğumuz görüş uyarınca burada TMK m. 1023'ün uygulanmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Ancak bir an için TMK m. 1023'ün uygulanabilir olduğu düşünülse bile, Yargıtay'ın alıcı-üçüncü kişinin kendiliğinden iyiniyetli olmadığını kabul ettiği bu uygulamasının yine de yerinde görülemeyeceği kanaatindeyiz.⁵¹

Şöyle ki; Yargıtay'ın bu görüşüne göre, her kat irtifakı ve kat mülkiyetine ilişkin tapuda mülkiyet hakkı edinecek kişi, aynı zamanda satıcısının bu taşınmazı nasıl edindiğini araştırmalı, bu araştırmasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile karşılaşarsa Yargıtay'ın yerleşik tutumunun bilincinde olarak, yüklenicisi ile beraber kendisinin de edindiği aynî hakkın bir gün TMK m. 1024 uyarınca yolsuz tescile dönüşebileceğini öngörmelidir. Mahkeme'ye göre aksi düşünce hayatın olağan akışına ters düşer. Oysa kanaatimizce asıl bu tespit hayatın olağan akışına aykırıdır. Zira Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi alıcı-üçüncü kişinin, bir gün bu tescilin, yapıldığı sırada geçerli iken sonradan yolsuz tescile dönüşebileceğini öngörebilmesi için ya bir hukukçu olması ya da alım sırasında bir hukukçudan hukukî yardım alması gerekir. Bu durumun ise günlük yaşam tecrübeleri ile bağdaşmayacağı açıktır.⁵² Yargıtay kararlarında belirtilen hususların doğru kabul edilmesi, kişilerin devletin tuttuğu tapu siciline güvenerek usulüne uygun şekilde satın aldıkları taşınmazlarını her an kaybetme tehlikesi ile yaşamalarına yol açar ve hukukî güvenlik ilkesi ile bağdaşmaz.⁵³

Bu hususta alıcı-üçüncü kişilerin doğrudan iyiniyetli olmadıklarını kabul eden söz konusu Yargıtay kararları ile adeta alıcı-üçüncü kişilerin aleyhine olacak şekilde *"iyiniyetli olmama (kötüniyet) karinesi"*

158; Akipek/Akıntürk, s. 349, s. 358; Sirmen, Eşya Hukuku, s. 200; Nomer/Ergüne, N. 370; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, N. 263.

⁵¹ Aynı yönde Erman, Arsa Payı, s. 178; İnal, İnşaat Hukuku, s. 375 dn. 7, s. 379; Kahraman, s. 447; Özmen/Ürem, s. 28-29; Emrehan İnal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, II. Cilt, Ankara 2017 (Sempozyum), s. 1213; Güler Gümüşsoy Karakurt, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul 2017, s. 180-182; Özmen, *TBBD*, s. 511.

⁵² Aynı yönde Gürkan Coşkun, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010, s. 142-143; Gümüşsoy Karakurt, s. 182-183; Özmen, *TBBD*, s. 511-513.

⁵³ Çavdar, s. 436.

yaratıldığını söylemek yanlış olmaz. Çünkü yerleşik kararlar uyarınca, inşaat hâlindeki bir binadan arsa payı satın alanların iyiniyetli sayılmaması ve arsa malikinin üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını iddia ve ispat etmesine gerek bile görülmemesi durumları, bu konuda bir iyiniyetli olmama karinesinin kabul edildiği sonucuna götürmektedir.⁵⁴ Oysa Yargıtay kararlarında iyiniyet kurumunun yorumlanmış şekli yerinde değildir.⁵⁵ Türk Medenî Kanunu m. 3/I'de kanunî bir karine olarak düzenlenen iyiniyet karinesinin içtihatlar yolu ile tersine çevrilmesi doğru olmaz. Gerçekten de yükleniciden arsa payı satın almış olan kişilerin iyiniyetli olmadıkları peşinen kabul edilemez. Her olayda bunun ayrıca araştırılması gerekir. Tapu sicilinin güvenilirliği ilkesi bunu gerektirir.⁵⁶ Her ne kadar alıcı-üçüncü kişi bir kısım payların yüklenicinin yapacağı bina karşılığı devredildiğini biliyor olsa da, bu onun doğrudan iyiniyetli olmadığını göstermez. Zira o satın alırken, yüklenici ile arsa maliki arasındaki sözleşme geçerlidir.⁵⁷ Devrin arsa malikinin iade davasını sonuçsuz bırakmak amacıyla yapıldığı bir durum varsa, ancak o zaman alıcı-üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı kabul edilebilir.⁵⁸ Dolayısıyla arsa malikinin sözleşmeden döndüğünü bilen veya bilmesi gereken alıcı-üçüncü kişi, tapu sicilinin düzeltilmesinden önce arsa payının mülkiyetinin adına tescilini sağlarsa, artık onun iyiniyetli olmadığından söz edilebilir.⁵⁹

Belirtilmelidir ki sözleşmeden dönmeye aynı sonuç bağlayan aynı etkili dönme görüşü de, Yargıtay kararlarında alıcı-üçüncü kişilerin hiçbir şekilde iyiniyetli sayılmayacakları yolunda verilen kararlara gerekçe olamaz.⁶⁰ Çünkü aynı etkili dönme görüşü, dönmeden önce

⁵⁴ Aynı yönde Coşkun, s. 146-147; Kahraman, s. 446; Çavdar, s. 432.

⁵⁵ Vardar Hamamcıoğlu, s. 158; İyiniyeti aranan kişinin öne sürmesi hâlinde de, iyiniyetin, mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin bkz. Kırca, s. 89-90.

⁵⁶ Kahraman, s. 445; Çavdar, s. 432; Aksi sonuca varmanın alışveriş hayatının işleyişini önemli ölçüde engelleyeceğine ilişkin Kırca, s. 94.

⁵⁷ Erman, Arsa Payı, s. 178; Kırca, s. 94; Kahraman, s. 448; Özmen/Ürem, s. 29; Aynı yönde, yalnızca alıcı-üçüncü kişilerin ileride inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilebileceği rizikosunu öngörüp söz konusu ilişki içine girdiklerinden yola çıkılarak, iyiniyetleri olmadıkları sonucuna varmanın isabetli olmayacağı şeklinde görüş olarak bkz. Çavdar, s. 433.

⁵⁸ Örnek olarak, alacaklının dönme hazırlıklarını yaptığını öğrenip, bundan yararlanarak borçlunun elindeki malı ucuzca kapatmak amacıyla satın alması hâlinde iyiniyetli olmamadan söz edilebilir, Kırca, s. 93.

⁵⁹ Erman, Arsa Payı, s. 177, s. 178 dn. 5.

⁶⁰ Vardar Hamamcıoğlu, s. 158; Gümüşsoy Karakurt, s. 183; Çavdar, s. 431.

iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunacağı temeline dayanmaktadır.⁶¹ Böylece Yargıtay kararlarında alıcı-üçüncü kişilerin doğrudan iyiniyetli olmadığı şeklinde belirtilen görüş, aynı etkili dönme görüşünün de amacını aşan ayrı bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.

D. Hakkın Kötüye Kullanılması Bakımından Değerlendirme

Yargıtay kararlarında alıcı-üçüncü kişilerin doğrudan iyiniyetli olmadıklarının kabul edilmesinin bir sonucu da, yüklenicinin edimini gereği gibi yerine getirip getirmeyeceği konusunda alınan riski üstlenmesi gereken tarafın arsa maliki değil, üçüncü kişi olmasıdır. Oysa bize göre burada asıl güveni korunmaya layık olan taraf alıcı-üçüncü kişidir. Çünkü arsa maliki davranışı ile ticari bir risk almakta ve üçüncü kişiler nezdinde bir güven oluşmasına neden olmaktadır. Şöyle ki; arsa malikinin yükleniciyi seçerken gerekli özeni göstermiş olması, gerekli teminatları almış olması gerekir. Arsa maliki, mülkiyeti baştan yükleniciye devrederek tapu sicilinde bir görüntü yaratıp risk üstlenmektedir. Bu risk uyarınca arsa maliki yaptığı devrin sonucunda yüklenicinin de üçüncü kişilere devir yapacağını bilmekte veya malikin bunu bilmesi gerekmektedir.⁶²

Belirttiğimiz bu gerekçelerle, yolsuz tescilin arsa maliki tarafından alıcı-üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır.⁶³ Zira hakkın kötüye kullanılmasının görünümünden birini de çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) oluşturur. Hukukun bu ilkesi uyarınca bir kimse davranışları ile karşı tarafta haklı bir güven oluşturduktan sonra, karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma getirecek şekilde, önceki davranışları ile çelişen ve ona tamamen aykırı bir davranışta bulunmamalıdır. Aksi hâlde bu davranış hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olur ve TMK m. 2/II uyarınca hukuk düzeni tarafından korunmayıp, hakkını kötüye kullanan kişi arzuladığı hukukî sonuçtan yoksun bırakılır.⁶⁴

⁶¹ Öz, Dönme, s. 259-260; Buz, s. 141, s. 172; Ayan, S., s. 274; Bu yönde aynı etkili dönme görüşüne ilişkin bilgi olarak bkz. Kurt, s. 300.

⁶² Aynı yönde İnal, İnşaat Hukuku, s. 380; Coşkun, s. 146-147; Kahraman, s. 446.

⁶³ İnal, İnşaat Hukuku, s. 380; İnal, Sempozyum, s. 1213-1214; Çavdar, s. 432 vd.

⁶⁴ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017, N. 889, N. 897; Peter Tuor/Bernhard Schneyder/

Bu bağlamda özellikle çalışma kapsamında yer alan Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda, arsa malikinin arsa payını yükleniciye devrettikten sonra yirmi dört yıl boyunca sessiz kalıp ardından dava-ya konu binanın yapı kullanma izin belgesi ve iskân ruhsatının bulunmadığından, inşaatın sözleşme koşullarına uygun olarak gereği gibi tamamlanmadığı gerekçesi ile tapu iptal ve tescil (doğru adlandırma ile tapu sicilinin düzeltilmesi) davası açmasının açıkça çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturduğunu ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Dolayısıyla bu olayda ilk derece mahkemesi hâkimine düşen görev, taraflarca ileri sürülmesine dahi itiraz niteliği ile dava dosyasındaki bilgilere dayalı olarak re'sen⁶⁵ TMK m. 2/II hükmünde düzenlenen hakkın kötüye kullanıl-

Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2010, s. 62, N. 28; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 12. Baskı, İstanbul 2017, N. 1262, N. 1268; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, İstanbul 2017 (Medeni Hukuk), s. 399, s. 405; Şaban Kayıhan/Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 410, s. 418; Ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, 2. Bası, İstanbul 2006 (Dürüstlük Kuralı), s. 57, s. 120-121; Şener Akyol, Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Çelişki Yasağı), s. 13-25, s. 67-93; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar, Band/Nr. I/1, Art. 2/I. Gegenstand von Art. 2 ZGB, Bern 2012, Art. 2, N. 8, N. 16; Hasan Erman, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Basım, İstanbul 2016 (Medenî Hukuk), s. 108, s. 110; "Hakkın kötüye kullanımının genel yaptırımı, hukuk düzeninin her hangi bir hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılmasını korumamasıdır (himaye etmemesidir). Bu, bir kimsenin hakkını objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanmakla gerçekleşmesini arzuladığı amacın ya da hukuki sonucun elde edilmesini sağlayacak imkânlardan yoksun bırakılması demektir. Genel mahiyetteki bu yaptırım, hakkını kötüye kullanan kimsenin davacı veya davalı durumunda bulunduğu hallerde önemli sonuçlar doğurur. Çünkü hakkını kötüye kullanan kimseden ilke olarak ileri sürdüğü hak esirgenecektir. Hal ve şartlardan bir hakkın doğruluk, dürüstlük, ahlak ve karşılıklı güven kurallarına uygun olarak kullanılmış olduğunu veya amacından saptırılmış bulunduğunu anlayan hâkim, taraflarca bu yolda bir iddiada bulunulmamış olan dahi, bunu kendiliğinden dikkate almalıdır", Yarg. HGK, 28.1.2004, E. 2004/6-50, K. 2004/38, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.07.2018; Sorumluluk için çelişkili davranan kimsenin kasıtlı hareket etmesi gerekmemekte, ihmâl yeterli görülmektedir, Akyol, Çelişki Yasağı, s. 16.

⁶⁵ Oğuzman/Barlas, N. 899; Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 60-61, N. 23; Dural/Sarı, N. 1271; Aydın Zevkliler/Beşir Acabey/Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 164-165; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2016, s.

ması yasağı bakımından somut olayı değerlendirmek, hakkın kötüye kullanılmasını tespit ettikten sonra bu davranışı korumayıp hakkını kötüye kullanan arsa malikinin davasını reddederek onu arzu ettiği hukukî sonuca kavuşturmamaktır. İlk derece mahkemesi hâkimi tarafından bu yönde karar verilmemesi hâlinde Yargıtay'a düşen görev ise, bozma yönünde karar verilmesidir. Oysa Anayasa Mahkemesi'ne konu olayda, ilk derece mahkemesi ve Yargıtay bu yönde hareket etmediği gibi, Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkına yönelik bir ihlâlin bulunmadığını belirten karar vermiştir. Söz konusu kararlar, arsa malikinin davranışının açıkça hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturmasına rağmen, bu hususu gözetmemeleri sebebi ile yerinde değildir.⁶⁶

E. Yerleşik Uygulama Karşısında Alıcı-Üçüncü Kişilerin Sahip Olduğu Haklar Bakımından Değerlendirme

Yükleniciden arsa payı ya da kat irtifakı tapusu devralan alıcı-üçüncü kişilerin elindeki ilk imkân, yükleniciden, vermiş oldukları bedelin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep etmektedir.⁶⁷

Bu noktada söz konusu talep karşısında yüklenicinin zamanaşımı def'inde bulunup bulunamayacağı hususu irdelenmelidir. Zira TBK m. 82/I hükmünde sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakları bakımından iki ve on yıllık süreler getirilmiştir. Bu hükme göre "*Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*". Uygulamada alıcı-üçüncü kişi adına tapuda devrin yapılmasından on yıldan fazla bir sürenin geçmesinin ardından, arsa malikinin açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davasının (uygulamadaki doğru olmayan adlandırma ile tapu iptal ve tescil davasının) kabul edildiği görülmektedir. İşte böyle bir durumda, sonrasında yükleniciye yönelilecek sebepsiz

193; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Medeni Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ankara 2016, s. 207; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk, s. 358; Kayıhan/Ünlütepe, s. 419.

⁶⁶ Aynı yönde Çavdar, s. 435; Yolsuz tescile kendi menfaati için bizzat kendisi sebebiyet veren arsa malikinin bu hususu ileri sürmesinin açıkça hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu yönünde bkz. İnal, İnşaat Hukuku, s. 380.

⁶⁷ İnal, İnşaat Hukuku, s. 374-375; İnal, Sempozyum, s. 1212.

zenginleşme davasında, yüklenicinin zamanaşımı def'inde bulunması olasıdır. Bu tür bir savunmanın kabul edilip edilmeyeceği hususunda kanaate varmak için, TBK m. 82'de geçen "zenginleşmenin gerçekleştiği tarih" ve "hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarih" ifadeleri yorumlanmalıdır.

Kanaatimizce konumuz özelinde, öncelikle "zenginleşmenin gerçekleştiği tarih" ifadesi amaçsal yorum ilkelerine dayanılarak alıcı-üçüncü kişi lehine esnek bir şekilde yorumlanmalıdır. Aksi hâlde yüklenicinin kendi haksız davranışı sonucu def'i hakkı sahibi olması sonucuna yol açılır. Böylece zenginleşme anı, *arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kesinleştiği an* olarak kabul edilmelidir. Bu durumda yükleniciden arsa payı ya da kat irtifakı tapusu devralan alıcı-üçüncü kişilerin, tapuyu devraldıkları anın üzerinden on yıl geçse de, yüklenicinin yapacağı zamanaşımı savunması kabul edilmeyecektir. İkinci olarak "hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarih" de yine *arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kesinleştiği an* olarak kabul edilmelidir. Zira bu dava neticesinde taşınmazın mülkiyetini kaybeden alıcı-üçüncü kişi, bu tarihte satış bedelini geri isteme hakkının olduğunu da öğrenmektedir. Dolayısıyla arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren iki yılın geçmesi ile birlikte, alıcı-üçüncü kişinin sebepsiz zenginleşmeden doğan talebi zamanaşımına uğrayacaktır.

Bir diğer husus da yüklenici tarafından bir alıcı-üçüncü kişiye devir yapıldıktan sonra, söz konusu alıcı-üçüncü kişinin de başka bir alıcı-üçüncü kişiye devir yapmasıdır. Daha önce belirttiğimiz üzere uygulamada arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında, yüklenicinin devir yaptığı alıcı-üçüncü kişiden tapu devralan sonraki üçüncü kişilerinden de iyiniyetli sayılmayacağı ve iade ile yükümlü olacağı kabul edilmektedir. Bu noktada söz konusu alıcı-üçüncü kişilerin yükleniciye başvurmalarının mümkün olmadığı, onların ancak kendilerine devri gerçekleştiren satıcı-önceki üçüncü kişiye sebepsiz zenginleşme talebi ile başvurması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu şekilde herkesin kendi selefine başvuracağı kabul edilirse, örneğin yirmi yıl gibi bir süreçteki tüm cüz'î haleflerin açacağı davalar sonucunda en son yükleniciden ilk tapuyu avans niteliğinde alan alıcı-üçüncü kişi yine yükleniciye sebepsiz zenginleşme davası açar-

caktır. Bu nedenle kanaatimizce son halefin, arsa malikinin açtığı tapu sicilinin düzeltilmesini davası sonucunda taşınmazın mülkiyetini kaybetmesi bakımından, tek sorumlu olarak yüklenici kabul edilmeli ve mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren iki yıl içinde son halef yükleniciden talepte bulunabilmelidir. Ancak uygulamada yüklenicinin ödeme gücünden yoksun olduğu durumlarla sıklıkla karşılaşıldığı düşünülürse, bu hâlde alıcı-üçüncü kişi hem elde ettiği bağımsız bölümü kaybeder hem de ödemiş olduğu bedele kavuşamayabilir. Dolayısıyla bu çözümün çok da elverişli olmadığını, Yargıtay uygulamasında alıcı-üçüncü kişileri koruyacak bir hukukî zeminin sağlanması gerektiğini bir kez daha belirtmek isteriz.

Akla gelebilecek ikinci imkân, alıcı-üçüncü kişilerin sebepsiz zenginleşme taleplerini arsa malikine karşı ileri sürmeleridir. Öğretide bunu mümkün gören görüş mevcuttur. Bu görüşe göre üçüncü kişiler sebepsiz zenginleşme talebini, zenginleşmeleri oranında arsa malikine karşı da ileri sürebilir. Zira çoğu zaman yüklenicinin de arsa malikinden, o zamana kadar yapmış olduğu inşaat kısmı için bir sebepsiz zenginleşme alacağı bulunmaktadır. İşte yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı devir de aslında yüklenicinin arsa malikinden olan alacağının devri niteliğindedir ve bu alacağın kapsamına ortadan kalkması hâlinde yerine geçecek sebepsiz zenginleşme alacağı da girer.⁶⁸ Bu görüş uyarınca inşaatın o ana kadar yapılmış olan kısmı çoğu zaman alıcı-üçüncü kişiler tarafından ödenen bedeller ile finanse edilmiştir. Eş söylemler arsa maliki lehine malvarlığı kayması dolaylı olarak alıcı-üçüncü kişinin malvarlığından gerçekleşmektedir. Alıcı-üçüncü kişilerin sayısının çok olması ve zenginleşmelerinin arsa malikinin zenginleşmesinden fazla olması durumunda, zenginleşmenin alıcı-üçüncü kişiler arasında alacakları oranında paylaşılması gerekir.⁶⁹ Kanaatimizce yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan satış sözleşmesi uyarınca, yüklenici

⁶⁸ İnal, İnşaat Hukuku, s. 383-384; İnal, Sempozyum, s. 1215; Ayrıca bkz. Erman, Arsa Payı, s. 111-112 dn. 112: "Müteahhit ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, müteahhidin arsa sahibinden sözleşmeye göre talep edebileceği arsa paylarının devrine ilişkin kişisel hakkın temlik olarak kabul edilse dahi, geçmiş etkili fesih sonucu müteahhide herhangi bir arsa payı verilmeyeceğinden sonuç değişmeyecektir. Kanımızca bu durumda, üçüncü kişi, müteahhidin yapmış olduğu işler bakımından daireye isabet eden değeri, bunların temlik kapsamına girdiği kabul edilmek gerektiğinden, arsa sahibinden talep edebilir."

⁶⁹ İnal, Sempozyum, s. 1215.

aynı zamanda arsa malikinden olan alacağını da üçüncü kişiye devretmiş olmaktadır. Bu nedenle arsa malikinin sözleşmeden dönmesi üzerine üçüncü kişinin, alacağın devri hükümlerine göre, ödemiş olduğu bedeli, arsa üzerine inşa edilen yapı için harcanan emek ve malzemenin iadesi kapsamında talep edebilmesi mümkündür.

Bununla beraber yine de en ideal olan sözleşmeden dönme sonrası ortaya çıkan iade durumunun sonuçlarının kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ve öğretide ileri sürülen görüşlerden birinin kanunda açıkça benimsenmesidir. Çalışmada gerekçeleri ile belirttiğimiz üzere, bize göre bu hususta Roma Hukuku'na dayalı Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu'ndaki temel prensiplere en uygun düşen ve bu nedenle benimsenmesi gereken görüş kanunî borç ilişkisi görüşüdür. Böylelikle çalışma konumuz özelinde, geçerli olarak kurulmuş sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemi sonucunda yaratılan görünüme güvenip, gerçek malikten (yükleniciden) aynı hak iktisap eden alıcı-üçüncü kişilerin menfaatleri de daha iyi korunacaktır.

SONUÇ

Çalışma çerçevesinde arsa malikinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinin yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere etkisi hususunda şu tespitlere varılmıştır:

I. Konuya ilişkin Yargıtay'ın yerleşik kararları, inşaat tamamlanmadan yükleniciye yapılmış olan bu devirlerin "*avans*" niteliğinde olduğu, yüklenicinin bu arsa paylarının mülkiyetini edinemeyeceği, sözleşmeden dönülmesi hâlinde bu tapuların iadesinin aynı hakka dayalı olarak her zaman istenebileceği ve ayrıca alıcı-üçüncü kişilerin iyiniyetli kabul edilemeyeceği yönündedir. Bu hususa ilişkin önüne gelen somut olayda Anayasa Mahkemesi, söz konusu yargı uygulamasının alıcı-üçüncü kişiler bakımından mülkiyet hakkı ihlâli niteliğinde olmadığı şeklinde karar vermiştir.

II. Yargıtay'ın bu yerleşik uygulaması ve Anayasa Mahkemesi kararı ile varılan sonuçlar, alıcı-üçüncü kişiler bakımından elverişsiz olup, Roma Hukuku'ndan gelen temel ilkelere dayalı Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine ters düşmektedir. Yargıtay'ın söz konusu görüşünde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Bu hususta çalışmada şu gerekçeler ortaya konmuştur:

1. Yargıtay'ın yerleşik kararları değerlendirildiğinde, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin olarak Yargıtay tarafından, aynı etkili dönme görüşü ile benzer sonuçlara varıldığı görülmekteyse de, kanaatimizce Roma Hukuku ilkeleri, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu'nun bütünü göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından sistemle en uyumlu olan görüş kanunî borç ilişkisi görüşüdür. Böylece sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlem "sonradan" geçersiz hâle gelirse de, geçerli olduğu aşamada bu işleme dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi bundan etkilenmemelidir. Türk Borçlar Kanunu m. 125/III kapsamında burada dördüncü borç kaynağı olarak kanundan doğan bir borcun varlığından söz edilmelidir. Ancak bu hükümde iade bakımından bir düzenleme getirilmediğinden, tıpkı TBK m. 136'da olduğu gibi, bu hükümde de borçlandırıcı işlemin (sebebin) sonradan ortadan kalkması hâlinin bulunduğu gözetilerek, kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması gerekir. Bununla beraber zamanaşımı konusunda, sözleşmeden dönmenin olumsuz zararın tazmini konusunda da talep hakkı doğurduğu göz önüne alınarak, farklı sonuçlara yol açmamak adına, gerek iade gerekse olumsuz zararın tazmini talepleri on yıllık zamanaşımına tâbi tutulmalıdır. İade konusunda anlaşılamazsa iadesi istenen taşınmaz hakkında açılacak olan dava TMK m. 716/I uyarınca tescile zorlama davasıdır. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin nisbî özelliği dikkate alındığında, söz konusu borç ilişkisinin üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilemeyeceği sonucuna varılır. Yüklenici, eğer zenginleşme konusunu oluşturan taşınmaz hâlâ malvarlığında bulunuyorsa aynen; yok eğer daha öncesinde üçüncü kişilere taşınmazı devretmişse bu defa ikame değer olarak bedelini iade ile yükümlü olacaktır. Üçüncü kişilerin sebepsiz zenginleşme kapsamında iade yükümlüsü olmalarından söz edilemez. Üçüncü kişilerin edinimlerinin geçerliliği onların iyiniyetli olup olmamalarına bağlı değildir.

2. Yargıtay tarafından aynı etkili dönme görüşü ile benzer sonuçların benimsenmesi, tescili bozucu koşula bağlamaktadır. Oysa TMK m. 1020/I, TBK m. 243/I ve Türk Sicil Tüzüğü m. 16/II hükümleri uyarınca tescil koşula bağlanamaz.

3. Yolsuz tescilin arsa maliki tarafından alıcı-üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılmasının görünümlerinden birini de çelişkili davranış yasağı (*venire*

contra factum proprium) oluşturur. Özellikle çalışma kapsamında yer alan Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda, arsa malikinin arsa payını yükleniciye devrettikten sonra yirmi dört yıl boyunca sessiz kalıp ardından davaya konu binanın yapı kullanma izin belgesi ve iskân ruhsatının bulunmadığından, inşaatın sözleşme koşullarına uygun olarak gereği gibi tamamlanmadığı gerekçesi ile tapu iptal ve tescil (doğru adlandırma ile tapu sicilinin düzeltilmesi) davası açması açıkça çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturduğundan, bu davranış hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir.

III. Yerleşik yargı uygulaması karşısında yükleniciden arsa payı ya da kat irtifakı tapusu devralan alıcı-üçüncü kişilerin elindeki imkânlar hakkında ise şu hususlar belirtilebilir:

1. Alıcı-üçüncü kişilerin elindeki ilk imkân yükleniciden, vermiş oldukları bedelin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep etmektir. Ancak bu durumda yükleniciye yöneltilecek sebepsiz zenginleşme davasında, yüklenicinin zamanaşımı def'inde bulunması olasıdır. Kanaatimizce TBK m. 82/I hükmündeki "*zenginleşmenin gerçekleştiği tarih*" ifadesi amaçsal yorum ilkelerine dayanılarak alıcı-üçüncü kişi lehine esnek bir şekilde yorumlanmalı ve zenginleşme anı, *arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kesinleştiği an* olarak kabul edilmelidir. Ayrıca "*hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarih*" de yine *arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kesinleştiği an* olacaktır. Zira bu dava neticesinde taşınmazın mülkiyetini kaybeden alıcı-üçüncü kişi, bu tarihte satış bedelini geri isteme hakkının olduğunu da öğrenmektedir. Dolayısıyla arsa maliki tarafından açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren iki yılın geçmesi ile birlikte, alıcı-üçüncü kişinin sebepsiz zenginleşmeden doğan talebinin zamanaşımına uğrayacağı sonucuna varılır.

2. Yüklenici tarafından bir alıcı-üçüncü kişiye devir yapıldıktan sonra, söz konusu alıcı-üçüncü kişi de başka bir alıcı-üçüncü kişiye devir yapmış olabilir. Bu ihtimalde kanaatimizce arsa malikinin açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda son halefin taşınmazın mülkiyetini kaybetmesi bakımından tek sorumlu olarak yüklenici kabul edilmeli ve mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren iki yıl içinde son halef yükleniciden talepte bulunabilmelidir.

3. Öğretide alıcı-üçüncü kişilerin sebepsiz zenginleşme taleplerini arsa malikine karşı ileri sürmelerini mümkün gören görüş bulunmaktadır. Kanaatimizce de yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan satış sözleşmesi uyarınca, yüklenici aynı zamanda arsa malikinden olan alacağını da üçüncü kişiye devretmiş olmaktadır. Bu nedenle arsa malikinin sözleşmeden dönmesi üzerine üçüncü kişinin, alacağın devri hükümlerine göre, ödemiş olduğu bedeli, arsa üzerine inşa edilen yapı için harcanan emek ve malzemenin iadesi kapsamında talep edebilmesi mümkündür.

IV.Sözleşmeden dönme sonrası ortaya çıkan iade durumunun sonuçlarının kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ve öğretide ileri sürülen görüşlerden birinin kanunda açıkça benimsenmesi gerekmektedir. Bize göre bu hususta benimsenmesi gereken görüş kanunî borç ilişkisi görüşüdür.

Kaynakça

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2016.
- Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, 2. Bası, İstanbul 2006 (Dürüstlük Kuralı).
- Akyol Şener, Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Çelişki Yasağı).
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Antalya O. Gökhan/Topuz Murat, Eşya Hukuku, Cilt III, Tapu Sicili, 1. Baskı, İstanbul 2018 (Eşya Hukuku).
- Antalya O. Gökhan/Topuz Murat, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, İstanbul 2017 (Medeni Hukuk).
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.
- Atamulu İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebepiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili 13. Baskı, Ankara 2016.
- Ayan Mehmet/Ayan Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ankara 2016.
- Ayan Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İzmir 2017.
- Becker Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941.

- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delikt-recht, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Coşkun Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.
- Çavdar Pelin, "Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, (s. 415-439).
- Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanun'un Başlangıç Hükümleri, 12. Baskı, İstanbul 2017.
- Ehrat Felix R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Genel).
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Özel).
- Erman Hasan, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Basım, İstanbul 2016 (Medenî Hukuk).
- Erman Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010 (Arsa Payı).
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2016.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.
- Esser Josef/Schmidt Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Auflage, Heidelberg 1995.
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Henz Rey/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Guhl Teo/Koller Alfred/Schneyder Anton K./Druey Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010.
- Gümüşsoy Karakurt Güler, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul 2017.
- Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017.
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir (Hatemi Hüseyin), Eşya Hukuku, İstanbul 1991 (Eşya Hukuku).
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir (Hatemi Hüseyin), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992 (Borçlar Özel).
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Einleitung, Art. 1-9 ZGB
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar, Band/Nr. I/1, Art. 2/I. Gegenstand von Art. 2 ZGB, Bern 2012.

- Havutçu Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 995.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (İşleyen/Wiegand, Wolfgang).
- İnal Emrehan, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi", İnşaat Hukuku ve Uygulaması (Editörler: İnal, Emrehan/Baysal, Başak), İstanbul 2007, (s. 371-393), (İnşaat Hukuku).
- İnal Emrehan, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, II. Cilt, Ankara 2017 (Sempozyum).
- Jagmann Rainer/Kaiser Dagmar/Kessal-Wulf Sibylle/Rieble Volker, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse § 328-359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf), Redaktor: Löwisch, Manfred, Berlin 2004, (İşleyen/ Kaiser, Dagmar).
- Kahraman Zafer, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", Prof.Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, (s. 425-457).
- Kayıhan Şaban/Ünlütepe Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Keller Max/Schöbi Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.
- Kırca Çiğdem: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, XXII, 15 Aralık 2006, Ankara 2007, (s. 77-98).
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir (Serozan Rona), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Kostkiewicz Jolanta Kren/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2002, (İşleyen/Kostkiewicz, Jolanta Kren).
- Kurt Leyla Müjde, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- Nomer Haluk Nami/Ergüne Serkan, Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 16. Bası, İstanbul 2018.

- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929.
- Öz Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Dönme).
- Öz Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Sebepsiz Zenginleşme).
- Öz Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016 (İnşaat).
- Özmen Etem Sabâ, "Medeni Kanun'un Taşınmaz Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Borçlar Hukukuyla İlintisi ve Yargı Kararlarının Eleştirisi", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, I. Cilt, Ankara 2017, (s. 549-559), (Sempozyum).
- Özmen Sabâ, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne Ve Özellikle Yargıtay 15. HD'nin Yerleşik Kararlarındaki "Avans Tapu" Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018 (135), (s. 491-516), *TBBD*.
- Özmen E. Sabâ/Aydın Gülşah Sinem, "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2014/6, (s. 179-215).
- Özmen E. Sabâ/Ürem Müge: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 1, (s. 13-31).
- Reisoğlu Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961.
- Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, (Redakteur: Krüger, Wolfgang), 5. Auflage, München 2007, (İşleyen/Gaier, Reinhard).
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009.
- Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Dönmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Serozan Rona/Baysal Başak/Sanlı Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2018.
- Sirmen Lâle, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992 (Şart).
- Sirmen Lâle, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017 (Eşya Hukuku).
- Şahin Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.
- Şenocak Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

- Tandoğan Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.
- Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993 (Borçlar Hukuku).
- Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, İstanbul 1989 (Eşya Hukuku).
- Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Tuor Peter/Schneyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2010.
- Ulusan İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Ürem Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2017.
- Vardar Hamamcıoğlu Gülşah, Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- Von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, Zürich, 1974.
- Von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), Zürich 1984.
- Weber Rolf H. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109, Bern 2000.
- Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.
- Zevkliler Aydın/Acabey Beşir/Gökyayla Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999.
- Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.

www.kazanci.com

www.swisslex.ch/

İŞYERİNDE RADYASYONA MARUZ KALABİLECEK İŞÇİLER İÇİN ÇALIŞMA SÜRELERİ VE İZİN HAKKI

WORKING HOURS AND PERMISSION TO LEAVE FOR WORKERS EXPOSED TO RADIATION AT WORK

Alptekin Burak BOYDAK*

Özet: Çalışma yaşamında çalışma süreleri genel olarak 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş ise de bir kısım riskli işlerde çalışan kişiler bakımından genel düzenlemenin dışına çıkılarak daha koruyucu bir takım hükümlerin varlığına gerek duyulmuştur. Bu çerçevede iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin iş sağlığı ve güvenliği de gözetilerek azami çalışma süreleri belirlenmiş ve bu personele maruz kaldıkları risklere binaen birtakım haklar tanınmıştır.

Makalemizde radyasyon riskine maruz kalan işçilere ilişkin çalışma süreleri ve izin hakkı bağlamında mevzuatımızda yer alan koruyucu ve destekleyici hükümler konuyla ilgili yargı kararları ve öğretideki görüşler çerçevesinde tetkik edilip değerlendirilmelerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Radyasyon, Fazla Çalışma, Fıllı Hizmet Zammı

Abstract: While at workplace hours in working life were generally regulated by the Labor Law No. 4857, the need for a more protective set of provisions was required by staying out of general regulations for the people who work risky jobs. Within this framework, maximum working hours has been determined by taking into consideration the occupational health and safety of the personnel working in these jobs or operations with the ionization radiation diagnosis, the places where treatment or are performed and due to the exposed risk, some right have been granted to the personnel.

In our article, in regards to the workers who are exposed to radiation risk, working hours and permission to leave, the protective and supporting provisions in our legislation have been tried to be examined evaluated within the framework of the judicial decisions and teaching opinions.

Keywords: Radiation, Overwork, Actual Service Raise

* Dr. Avukat, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, alptekin_burakb@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9136-4621 Makalenin Gönderim Tarihi: 31.12.2018, Kabul tarihi: 08.01.2019

Giriş

İş görme borcunun yerine getirmekle mükellef olan çalışanların bu borcu ifa ederken tabi oldukları hak ve yükümlülüklerin en önemlilerinden biri çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin hükümlerdir.

Kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin dinlenme hakkı ve çalışma borcu arasında hakkaniyetli bir süre gözetmek amacıyla işçinin günde 11 saati aşmamak kaydıyla kural olarak haftada en çok 45 saat çalışmasını öngörmüş; yine işçinin günlük 11 saatten fazla çalışmaması kaydıyla haftalık çalışma süreleri tarafların anlaşmasıyla 45 saatin altında belirlenmişse bu süreyi aşan çalışmalarda fazla sürelerle çalışma ücreti; bunun haricinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 ve 63. maddeleri çerçevesinde (denkleştirme esasının uygulandığı haller hariç olmak üzere) 45 saati aşan çalışmalar için ise fazla çalışma ücreti ödenmesini hüküm altına almıştır.

Kanun koyucu işçilere sağlanan haklarla ilgili kurallar koymakla birlikte bir takım hassas ve riskli işlerde çalışan kişileri gözetici kurallar koymayı da ihmal etmemiştir. Zira bazı işlerde belirli sürelerin üzerinde çalışılması işçinin en temel haklarından olan sağlık hakkına müdahale riskini de bünyesinde taşımaktadır. Sağlık hakkının devletin aktif müdahalesini gerektiren, anayasal koruma gereken haklardan birini teşkil ettiği bilinmektedir.¹

Yukarıda anlatılanlar bağlamında incelenmesi gereken çalışma türlerinden birini çalışma ortamlarında radyasyona maruz kalabilecek işlerde çalışanlar oluşturmaktadır. Zira bu işlerde çalışan işçiler sağlık alanında korunması gereken grubu da teşkil etmektedirler. Bu çerçevede radyasyon riskine tabi işlerde çalışan kişiler için öngörülen çalışma süreleri ve izin hakkı konuları ilk elde incelenmelidir.

1. Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler:

Radyasyon riskine tabi işlerde çalışanlar için 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilen genel haftalık çalışma sürelerinden ayrılmak

¹ Öykü Didem Aydın, "Sağlık Hakları ve Sağlık Hakları Alanında Yeni Anayasal Gelişmeler" Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Seçkin, 2014, s. 207,

gerekliliği mevzuata yansiyarak gerek günlük çalışma sürelerinde gerekse haftalık çalışma sürelerinde kendini göstermiştir.

4857 sayılı Kanun'un 63/2. maddesinde; "Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir" ifadesi ile günlük çalışma süresinin on bir saati geçmemesi öngörül-müş iken bu üst süre radyasyon riskine tabi işlerde çalışanlar için beş saat olarak düzenlenmiştir.² Nitekim Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'nin 21. maddesi "Röntgen ve radyom ile daimi olarak günde beş saatten fazla çalışamaz. Röntgen muayenehanelerinde pazardan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır" hükmünü amirdir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu işyerlerinde çalışanlar için Pazar günü tatil ise buna ek olarak bir öğleden sonra mesai vakti de tatil olarak verilmelidir.

Öğretide de belirtildiği üzere eğer işyerinde tatil günü Pazar gününden başka bir gün olarak kararlaştırılmış ise kararlaştırılan güne ek olarak yarım gün daha izin verilmelidir.³ Yarım gün iznin ücretli olup olmadığı noktasında 4857 sayılı Kanun'un 55. maddesinin g bendinde çalışmış gibi sayılan haller arasında "3153 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler" de zikredildiğinden yarım gün iznin ücretli olarak kullandırılması, kullandırılmaması halinde de iş akdinin bitiminde tazminat olarak işçiye ödenmesi gerekmektedir.

Nizamname'nin 22. maddesinde de çalışma süreleri ile ilgili bir hüküm daha getirilmiştir. Buna göre; "Hastanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle çalışan kimseler, hastanenin başka işlerinde kullanılamaz. Bunlara gece uykularını ihlal edecek iş verilmemelidir."

² 477 sayılı Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 11. maddesinde getirilen düzenlemeye göre; 19.4.1937 tarihli ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'un; 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir nizamname yapılır" ibaresi "Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir" şeklinde, 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "nizamnameye" ibaresi "yönetmeliğe" şeklinde değiştirilmiştir (RG 4 Temmuz 2018, 30468)

³ Kemal Öcal Evren, İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı, Ankara 2016, s. 243.

30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe giren, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle, 3153 sayılı Kanun'a ek 1. madde eklenmiş ve radyasyona tabi işlerde çalışanlar için günlük azami sınırdan başka 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki genel düzenlemeden ayrılarak haftalık azami sınır getirilmiştir. **Şöyle ki;**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi, "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır" hükmünü getirmiştir. Madde metnindeki "genel olarak" ibaresinden de anlaşılacağı üzere bir takım işler bakımından bu sürelerin değiştirilmesi mümkündür. Zira kimi işlerde haftalık çalışma süresinin kırk beş saat olarak uygulanması işçinin sağlığı açısından risklere neden olabilecektir. Bunun en somut örneklerinden birini ise iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışanlar oluşturmaktadır.

3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanun'un⁴ ek 1. maddesi ile "İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu süre içerisinde, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitleri de ayrıca dikkate alınır. Doz limitlerinin aşılmasını için alınması gereken tedbirler ile aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer tedbirler Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle⁵ belirlenir" hükmü getirilmiştir.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik⁶ maddede 4 hükmü ile de; "Radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işler: 19.4.1937 tarihli ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'un

⁴ R.G. 27.04.1937, 3591.

⁵ Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri Ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, R.G. 05.07.2012, 28344.

⁶ R.G. 16.07.2013, 28709

Ek 1. maddesinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla doğal ve yapay radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer kor-püsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işler” günde azami yedi buçuk saat olarak çalışılabilecek işler arasında sayılmış ve bu işlerde fazla çalışma yapılamayacağı hüküm altına alınmış olup bu sürelerin azami sürelerle sınırlandırılmasının temel gayesi işçinin sağlığının korunmasıdır.⁷

3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun’un Ek 1. maddesi hükmü metni tetkik edildiğinde görüleceği üzere radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde çalışanlar için çalışma süreleri ve çalışma bölgelerindeki radyasyon dozu limitleri olmak üzere çalışanları koruyucu iki limit getirilmiştir. Her ne kadar kural olarak bu işlerde fazla çalışma yaptırılmaması gerekse de Kanunda belirlenen haftalık çalışma süresi ara dinlenme sürelerinin düşürülmüş hali olarak kabul edilerek, haftalık 35 saati geçen çalışma varsa bu durumda fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekmektedir.⁸ Bununla birlikte uygulamadaki çalışma sürelerinin maalesef yasal sürenin çok üzerinde olabildiği bilinmektedir. Konuyla ilgili anestezi çalışanları üzerinde yapılan bir araştırmada haftalık ortalama çalışma sürelerinin kırk ile altmış saat arasında görülebildiği belirtilmiştir.⁹

Konuyla ilgili yargıya yansıyan olaylarda yüksek mahkeme fazla çalışma olgusunun tespitinde;

“Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun ile Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname uyarınca fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmadığı noktalarında toplanmaktadır. Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname’nin 21.

⁷ Sarper Süzek, İş Hukuku, Ankara 2018, s. 778.

⁸ Ali Terzioğlu, Yahya Kemal Koç; “Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar”, Mali Çözüm, Kasım-Aralık 2016, s. 248.

⁹ Anestezi Çalışanlarında Mesleki Risk Değerlendirme Raporu, Ekim 2013-Nisan 2014, <https://istabip.org.tr/icerik/anestezirapor.pdf>, s. 8; Ayrıca bkz. Onur Yıldırım, “Sağlık Hizmetinde Sağlık Çalışanlarının Çalışma Koşulları Ve Sorunları”, Sağlık Çalışanlarının Sağlığı 6. Ulusal Kongresi, s. 172-178, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Nisan 2018

maddesi "Röntgen ve radyom ile daimi olarak günde beş saatten fazla çalışamaz. Röntgen muayenehanelerinde pazardan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır" hükmünü içermektedir. 30.01.2010 tarihinde Resmi Gazete 'de yayınlanan 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesi ile 3153 sayılı Kanun'a eklenen Ek 1. maddede "İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir" hükmünü içermektedir.

Somut olayda röntgen teknisyeni olarak çalışan davacının fazla çalışma alacağı hesaplanırken hükme esas alınan bilirkişi raporunda, 3153 sayılı Kanun'a 5947 sayılı Kanun'la 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde dikkate alınmaksızın, çalıştığı tüm süre için yukarıda anılan Nizamnamenin 21. maddesine göre fazla çalışma hesaplaması yapıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu kanun yürürlüğe girmeden önceki çalışma dönemi için günlük beş saati aşan çalışmalara göre, anılan kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki dönem için ise kanunun ek 1. maddesi uyarınca günlük yedi saati aşan çalışmalara göre fazla çalışma alacağı hesaplanması gerekmektedir. Eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."¹⁰ içtihadına vararak işçinin çalıştığı dönemde tabi olduğu mevzuat hükümleri çerçevesinde fazla çalışma alacağının hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir.¹¹ Bir baş-

¹⁰ Yargıtay 22. H.D. 02.02.2015 gün E: 2014/27442 K: 2015/1956 (Kişisel Arşiv).

¹¹ "Somut olayda davacı işçi, davalı işyerinde radyoloji teknikeri olarak çalışmaktadır. 3153 sayılı Kanun'a 5947 sayılı Kanun'la 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde "İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir" hükmünü içermektedir. Davaya konu olayda davacının talep ettiği fazla çalışma alacağı tanık beyanları doğrultusunda hesaplanan bilirkişi raporuna göre hüküm altına alınmıştır. Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla mesai alacağı hesaplanırken 3153 sayılı Kanun'a 5947 sayılı Kanun'la 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde dikkate alınmaksızın, yukarıda anılan nizamnamenin 21. maddesine göre hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu Kanun yürürlüğe girmeden önceki çalışma dönemi için günlük beş saati aşan çalışmalar için, anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem için ise Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca haftalık otuz beş saati aşan çalışmalar fazla mesai alacağı hesaplanması gerekmektedir. Davacının nöbet tuttuğu günlerde günlük on dört saat çalışma yaptığı kabul edilerek ve nöbet sonrası izin kullanıp kullanmadığı açıklığa kavuşturulduktan sonra yu-

ka deyişle 30.01.2010 tarihinden önceki çalışmalar için günlük 5 saati geçen çalışmaların 30.01.2010 tarihinden sonrakilerin ise haftalık 35 saati aşanları bakımından fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay önüne gelen bir diğer somut uyuşmazlıkta, "mahkemece, davacının çalıştığı süre içerisinde yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağına tespit edilmesi sebebiyle davacının şua iznine hak kazanamayacağı kanaatine varılmış ve şua izninin reddine karar verilmiş ancak davacının fazla çalışma yaptığı sonucuna varılarak fazla mesai alacağı hüküm altına alınmıştır. 3153 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca Röntgen cihazlarının çalıştırılması radyoloji uzmanları veya onların nezareti altındaki personel tarafından yapılabilir. Buna göre Radyoloji uzmanı doktor veya Röntgen teknisyenliği konusunda mesleki eğitimi ve diploması olmayan şahısların radyasyon riski olan işlerde çalıştırılması mümkün değildir. Mahkemece yapılan keşif sırasında davacının görev yaptığı yerler olarak gösterdiği alanların röntgen cihazlarının kurulu olduğu ve radyasyon güvenliği yönetmeliğinde "denetimli alanlar" olarak tanımlanan radyasyona maruz kalma riski taşıyan yerler içerisinde olmadığı bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine aynı keşifte adı geçen hastanede bulunan röntgen cihazlarının kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş olduğu, radyasyon güvenliği yönetmeliğine uygun olarak korunma tedbirlerinin alınmış olduğu, TAEK tarafından incelendiği ve radyasyon güvenliği lisansı verildiği tespit edilmiştir. Bu sebeple, röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken Röntgen cihazlarının "yakınında bulunmak" suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı da belirtilmiş ve davacının herhangi bir şekilde zararlı radyasyona maruz kaldığı veya bu nedenle sağlığının etkilendiğine dair delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dosyada davalı iş yerinde yetkili bulunan Radyoloji Uzmanı doktorun yazısında, davacının çalışmaları sırasında

karıda anlatılan esaslara göre hesaplama yapılmalıdır. Eksik inceleme ve yanlıgılı değerlendirme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" İfadeleriyle işçinin çalıştığı dönemde tabi olduğu mevzuat hükümleri ve nöbet sonrası izin kullanıp kullanmaması gözetilerek hüküm kurduğu gözlemlenmektedir (Samet Can Olgaç, "İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi* 2015 (117)).

aktif radyasyon alanı dışında, sekreterlik ve filmleri hastalara verme göreviyle çalıştığı belirtilmiştir. Davacı bu göreve rağmen haksız uygulamalarla röntgen filmi çekimi işi yaptırıldığı iddiasını ispatlayacak delil dosyaya sunmamıştır. Davacının çalışma saatleri değerlendirildiğinde 08.00-16.00 saatleri arası haftanın beş günü çalıştığı, bir saat ara dinlenme kullandığı zaman davacının fazla çalışma yapmadığı tespit edilmiştir. Mahkemece davacının şua iznine ilişkin alacağı, yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağını tespit edilmesi nedeniyle hak kazanamayacağı kabul edilmişken fazla çalışma alacağının röntgen ve radyom ile daimi olduğu varsayılarak günde beş saatten fazla çalışmalarının fazla çalışma sayılması çelişki oluşturmuştur. Hal böyle olunca davacının, fazla çalışma yapmadığı anlaşıldığından fazla mesai ücretine ilişkin talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” içtihadına vararak radyasyona yakın yerlerde yapılan çalışmalarda genel hükümlerin uygulanacağı bu kişilerin fazla çalışma ücretleri hesaplanırken doğrudan radyasyona maruz kalanların tabi olduğu hukuki statüye tabi olmayacağını hüküm altına almıştır.¹²

İş Kanunu’nun 41. maddesinin yedinci fıkrası incelendiğinde görüleceği üzere fazla çalışma yaptırılabilmesinin için gerekli şartlardan biri de, tarafların bu konuda anlaşmaları, dolayısıyla işçinin fazla çalışma için onayının alınmasıdır. Normal şartlar altında işçiden alınacak onayın fazla çalışma yapılmadan önce işçiye sorulmak suretiyle alınabileceği gibi iş veya toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle önceden alınabilmesi de mümkündür.¹³ İşçinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için gerekli diğer koşul ise fazla çalışma yapılacağının uygun araçlarla işçilere duyurulmasıdır.¹⁴

Radyasyon riskine tabi işyerlerinde çalışan işçiler bakımından işin niteliği ve sağlık riskleri gözetildiğinde konulan sınırlamalar çerçeve-

¹² Yargıtay 22. H.D. 06.03.2014 gün 2013/6451 E. 2014/5011 K. (<http://ismahkemesi.com>).

¹³ Alptekin Burak Boydak, “Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S:37, s. 263.

¹⁴ Hatice Karacan, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Normal Fazla Çalışma, İstanbul 2014, s. 87.

sinde fazla çalışma yapılması yönünde işçi işveren arasında bu yönde anlaşma yapılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte her nasılsa böyle bir fazla çalışma yoluna gidilmiş ise fazla çalışma ücretinin işçinin saat başı ücretinin yüzde elli fazlasıyla ödenmesi gerektiği, ödenmemesi halinde de işçinin hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıllık süre içerisinde talep hakkı olduğu unutulmamalıdır.

2. Yıllık İzin Hakkı:

Radyasyon riskini tabi olarak çalışanlar bakımından genel düzenlemeye ek olarak spesifik hükümlerin tesis edildiği diğer bir alan da yıllık izin hakkıdır. 4857 sayılı Kanun'un 53. maddesinde;

“İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.

Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez.

Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.

İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi;

- a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dâhil) olanlara on dört günden,
- b) Beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara yirmi günden,
- c) On beş yıl (dâhil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden, az olamaz.

Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır.

Ancak on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz” hükümlerine yer verilerek işçilerin yıllık izne hak kazandıkları süreler ve gerekli kıdem şartları kodifiye edilmiştir.

İşçinin hak ettiği yıllık izin hakkının nasıl kullanılacağı hususuna gelirse; öncelikle söylenmesi gereken, temel ilkenin işçinin hak ettiği iznin bölünmeden kullanılması olduğudur. Bu izin işveren

tarafından 4587 sayılı Kanun'un 53. maddesinde belirtilen süreler içerisinde ve yine aynı Kanun'un 56. maddesine binaen tarafların anlaşmaları ile on günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanılması da mümkündür.¹⁵

Radyasyon riskine tabi olarak çalışanların maruz kaldıkları iş şartları sağlık gereksinimleri de gözetilerek bu kimseler bakımından yukarıda belirtilen yıllık izin haklarının yanında ayrıca "şua izni" olarak nitelenen bir izin hakkı daha öngörülmüştür.

Kelime anlamı itibariyle 'ışın' anlamına "şua" izninde çalışanlar maruz kalabildikleri ışın nedeniyle radyasyon ışınlarına tabi olarak çalışan kişiler için yıllık izinlerine ek olarak bu izne de yer verilmiştir.¹⁶

Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'nin 24. maddesine göre; "bu gibi işyerlerinde çalışma yapan her röntgen mütehasısının veya röntgen ve radyom ile işteğal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir" hükmüne yer verilerek şua izninin kapsamı ve süresi açıklanmıştır.¹⁷ Burada dikkat edilmesi gereken noktalarda biri "muntazaman" ifadesinden de anlaşılacağı üzere şua izninin kesintisiz kullanılmasıdır. Zira burada amaçlanan zararlı olabilecek ışınlarla maruz kalan bir çalışanın kesintisiz olarak bu ışınlardan uzak kalması ve dinlenmesinin sağlanması olup aksi yönde bir tasarruf mevzuata aykırı olacaktır.

Ayrıca, 09.03.2011 tarihli, Sağlık Bakanlığı İzin Yönergesi'nin 25. maddesinde de "hizmetleri sırasında radyoaktif ışınlarla çalışan personele, her yıl, yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni verileceği" hüküm altına alınmıştır.

¹⁵ Ünal Narmanlıoğlu , İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, s. 715; Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu- Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s. 739.

¹⁶ Ali Terzioğlu, Yahya Kemal Koç; "Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar", *Mali Çözüm*, Kasım-Aralık 2016, s. 249.

¹⁷ Sağlık Bakanlığı İzin Yönergesi'nin 25. maddesinde de "Hizmetleri sırasında radyo aktif ışınlarla çalışan personele, her yıl yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni verilir." ifadesine yer verilerek bu münvalde bir hükme yer verilmiştir. (Ali Terzioğlu, Yahya Kemal Koç; "Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar", *Mali Çözüm*, Kasım-Aralık 2016, s. 249).

Yargıtay da bu hükümler çerçevesinde, önüne gelen bir uyuşmazlıkta “Taraflar arasında şua izninin kullandırılıp kullandırılmadığı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı, her yıl 2 hafta yıllık izin kullandığını, yasa gereği her yıl kullandırılması gereken 4 hafta şua izninin kullandırılmadığını iddia etmiş olup, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun kapsamında çalıştığı kabul edilen süre boyunca hak kazandığı şua izninden kullandırıldığı anlaşılan yıllık izin süreleri mahsup edilerek her yıl için 14 gün şua izni alacağı olduğu kabul edilmiş ise de; sözü edilen yasaya dayalı olarak çıkarılan Radyoloji, Radyum ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname’nin 24. maddesine göre, her röntgen mütehassısının veya röntgen ve radyomla iştigal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburi olup; kanun ve tüzük gereği şua izni bölünemeyeceği gibi kullandırılan yıllık izin sürelerinin de şua izninden mahsup edilmesi mümkün değildir. Mahkemece, yukarıda açıklanan nedenle, davacının 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun kapsamında çalıştığı kabul edilen süre boyunca her yıl 4 hafta şua izin ücreti alacaklısı olduğu kabul edilerek hesaplama yaptırılması gerekirken bu husus gözetilmeden karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir” sonucuna varmıştır.¹⁸

Ayrıca şua iznini hak edilmesi için bir yıllık kıdem şartının olduğu önu sürülmüş ise de fikrimizce “senede dört hafta izin kullandırılır” ifadesindeki “senede” ibaresi bir yıllık kıdem şartı ile ilgili bir hüküm olmayıp işçinin bir yıl içerisinde en az dört hafta ışıktan uzak kalmasına ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla bir yıllık kıdemi olmayan işçilere de şua izni verilmesinde hukuki bir engel olmadığı kanaatindeyiz.¹⁹

Yine bahsi geçen 24. maddede şua izninden yararlanabileceklerin kapsamı belirlenirken; “ bu işyerlerinde çalışma yapan ve röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin” bu haktan yaralanabileceği belirtildiğinden hastanelerde veya diğer işyeri ve kuruluşlarda çalışan her

¹⁸ Yargıtay 7. H.D. , E: 2014/15964 K: 2015/1463, 12.02.2015 (www.kazanci.com)

¹⁹ Aksi görüş için bkz., Samet Can Olgaç, “İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi* 2015 (117)

kimsenin değil radyasyona tabi işlerle doğrudan istigal eden kimselerin bu haktan yararlanabilecekleri gözlemlenmektedir.

Yüksek Mahkeme; “ Somut uyuşmazlıkta, davacının röntgen teknisyeni olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının şua izni alacağına hak kazanamayacağı kabul edilmişken fazla çalışma alacağına röntgen ve radyom ile daimi olduğu varsayılarak günde beş saat fazla çalışmalarının fazla çalışma sayılması çelişki oluşturmuştur. Bu nedenle, gerekirse mahallinde keşif yapılarak Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnameye göre davacının radyasyona maruz kalıp kalmadığının araştırılarak, davacının şua izni alacağı ve fazla mesai ücreti alacağı ile ilgili olarak sonuca gidilmesi gerekir” sonucuna ile aynı hususa vurgu yapmıştır.²⁰

Şua izninin kullandırılması mecburidir ve işçinin çalışması devam ederken bu iznin yerine kendisine ücret ödenmesini istemesi işveren tarafından kabul edilmemelidir. Bununla birlikte bir şekilde bu izin kullandırılmamışsa artık bu alacak tazminat alacağına dönüşüp işçiye iznin kullandırılmadığı tarihteki ücret üzerinden tazminatın ödenmesi gerekmektedir.²¹

Sonuç:

İş ortamında radyasyon alınabilecek hizmetlerin sunumu niteliği itibariyle çalışma yaşamında gerekli olduğu kadar en riskli alanlardan da biridir. Dolayısı ile bu hizmetin sunumunda görev alan kişileri koruyucu bir takım düzenlemelerin olması gerekli ve doğaldır. Bu çerçe-

²⁰ Yargıtay 9. H.D. , E: 2017/1963, K: 2017/5361, 30.03.2017 (Lexpara)

²¹ Mahkemece davacının son ücreti üzerinden yapılan hesaba göre alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Ancak şua izni fazla çalışma benzeri alacak olduğundan ve İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi gerekir. Mahkemece çalışılan dönem ücretine göre yeniden hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir. Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamanaşımı da fesihden itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. (Yargıtay 9. HD. Esas No: 2009/36989, Karar No: 2012/5590, Karar Tarihi: 23.02.2012, Samet Can Olgaç, “İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi* 2015 (117),s. 346).

vede radyasyona tabi işlerde çalışan kişilerin çalışma saatleri ve izin hakları genel düzenlemelere ek olarak bir takım normatif hükümlerle desteklenmiştir.

Radyasyon alınabilecek işlerde haftalık çalışma süreleri genel yasal çalışma süresi olan 45 saat yerine 35 saat olarak belirlenmiştir. Fazla çalışma olgusunun tespitinde 30.01.2010 tarihinden önceki çalışmalar için günlük 5 saati geçen çalışmalar; 30.01.2010 tarihinden sonrakilerin ise haftalık 35 saati aşanları bakımından fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekmektedir.

Ayrıca bu hizmetlerde çalışanlara haftalık bir tatil gününe ek olarak yarım günlük bir izin süresi daha öngörülmüştür. Yıllık izin anlamında da Kanun'da belirtilen işçinin kıdemine göre hak kazandığı izin süresine ek olarak dört haftalık kesintisiz bir izin süresi daha öngörülmüştür. Mevzuatın izin hakkına ait işçiyi koruyucu bu hükümlerine uyulmaması halinde işçilere çalıştığı bu günlere ait ücretlerinin nakdi olarak ödenmesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili yapılan saha çalışmalarına bakıldığında üzümlerle görülmektedir ki kimi işyerlerinde bu alanda çalışan işçiler haftalık azami sınırın çok üstünde çalıştırılmaktadırlar. Hâlbuki mevzuattaki, radyasyona tabi işlerde çalışan işçilerle ilgili hükümler doğrudan işçinin sağlığının korunması amacıyla getirilmiş olduğu için titizlikle uyulması gereken hükümlerdir. Zira sağlık hakkı en temel insan haklarından biri olma niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede işverenlerin, radyasyon riskine tabi çalışanlara tanınan hakların ifasında dikkatli davranmaları işçilerin ve denetim görevinde bulunan iş müfettişlerinin de konuya ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanması açısından titiz davranmaları gereklidir.

Kaynakça

Aydın Öykü Didem, "Sağlık Hakları ve Sağlık Hakları Alanında Yeni Anayasal Gelişmeler"; Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Seçkin, 2014.

Anestezi Çalışanlarında Mesleki Risk Değerlendirme Raporu, Ekim 2013-Nisan 2014 <https://istabip.org.tr/icerik/anestezirapor.pdf> (Çevrimiçi: 28.12.2018).

Boydak Alptekin Burak, "Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı (Karar İncelemesi)", Çalışma ve Toplum Dergisi, S:37, 2013/2,259-271.

Çelik Nuri, Caniklioğlu Nurşen, Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018.

Evren Kemal Öcal, İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı, Ankara 2016.

Karacan Hatice, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Normal Fazla Çalışma, İstanbul 2015.

Narmanlıoğlu Ünal, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2016.

Olgaç Samet Can, "İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi* 2015 (117), 337-362.

Süzek Sarper, İş Hukuku, Ankara 2018.

Terzioğlu Ali, Koç Yahya Kemal, "Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara, Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar", *Mali Çözüm Dergisi*, Kasım-Aralık 2016, 247-253.

Yıldırım Onur, "Sağlık Hizmetinde Sağlık Çalışanlarının Çalışma Koşulları Ve Sorunları", *Sağlık Çalışanlarının Sağlığı* 6. Ulusal Kongresi, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Nisan 2018, 172-179.