

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

Yayımdan 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. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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 : 08. 05. 2020

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Işıl KURNAZ

LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği / "Constitutional Judiciary and Strategic Human Rights Litigation in LGBTQ Rights: A Case Study on Turkey"

47 Yusuf BAŞLAR

Adli Bilişim Sürecinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri / Problems Encountered in the Course of Computer Forensics and Solution Proposals

77 Nuray AŞCI AKINCI

Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi / Accommodation Tax: Proportionality Issue

101 Muhammet ÖZEKES / Pınar ÇİFTÇİ

Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış) / Non-Requirement of Including the Negative Declaratory Actions in the Compulsory Mediation (A View from Istanbul Circuit Courts of Appeal Precedent)

135 İbrahim ERMENEK / Betül AZAKLI ARSLAN

İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A) / The Requirement to Appeal to a Mediator in Commercial Cases in the Context of Enforcement and Bankruptcy Law

197 Aziz Serkan ARSLAN

Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi / The Provisions Regarding the Suspension of Durations of Executive Proceeding Due to Covid-19, Their Legal Quality, Scope, Effects and Results

235 Gülşah Sinem AYDIN

Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması / Abuse of Procuration within the Scope of The Law of Obligations

291 İştar CENGİZ / Uğur ERSOY / Alper KÜÇÜKAY

Hukuki ve Psikolojik Boyutuyla Gece Kavramı / The Concept of Night with Legal and Psychological Dimensions

319 Levent ATABAY

Belediye Şirketlerinde Çalışan İşçilerin 6772 Sayılı Kanun'da Öngörülen İlave Tediye Yaranmalarını Sorunu / The Problem of Workers of Municipal Incorporations Benefiing from the Additional Payment Provided in the Law No. 6772

353 M. H. Mustafa BEKTAŞ / Talip ALAN

ABD Büyükelçiliği'nin Taşınması Davası'nın Muhtemel Sonuçları / Possible Results of The Relocation of US Embassy to Jerusalem Case

381 A. Füsün ARSAVA

ÄİHM Kararlarının Yerine Getirilmesi / The Fulfilment of the Decisions of ECtHR

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Bütün dünyada, alyştığımız yaşam tarzlarımızı alt üst eden Covid-19 salgını nedeniyle, ülke olarak da avukatlar olarak da çok zor günler geçiriyoruz.

Kendimizin ve sevdiklerimizin sağlığını korumak ve bu zor zamanları en hızlı şekilde atlatabilmek umuduyla aile üyelerine bile sarılamadığımız bir dönemdeyiz.

Adliyelerin fiilen çalışmadığı, icraların durduğu, 65 yaş üzeri meslektaşlarımızın yazıhanelerine gidemediği bu ortam, mesleğimizi icra etmemize engel olurken ekonomik zorlukları da beraberinde getirdi.

Türkiye Barolar Birliği olarak bu zor süreçte mesleki dayanışmayı en yukarıya taşımak ve sıkıntılıları hafifletmek için var gücümüzle çözüm üretmeye çalışıyoruz. Meslektaşlarımız için çok önemli bir sağlık güvencesi olan SYDF aracılığıyla da yanınızda olabilmek için bütün imkanlarımızı seferber ediyoruz.

Öte yandan Avukatlık Kanunu'nun bize yüklemiş olduğu "avukatlık mesleğinin gelişmesini sağlamak" yükümlülüğümüz çerçevesinde, bu zor süreci en verimli bir şekilde değerlendirmek için online eğitim programlarını başlatmış bulunuyoruz.

Bugüne kadar yaz-kış demeden, Türkiye'nin dört bir yanına giderek meslektaşlarımıza barolarında eğitim veren, yeni çıkan kanunları ve düzenlemeleri tanıtan, bölgelere göre ihtiyaç duyulan konularda seminerler düzenleyen, belli alanlarda uzmanlaşmak isteyen meslektaşlarımıza özel eğitimler sunan, farklı barolardan stajyerleri Ankara'da eğitime alan Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi, en hızlı şekilde günün koşullarına uygun yeni bir program hazırladı. Bu program çerçevesinde, online meslek içi eğitim ve online staj eğitim programlarını başlatarak faaliyetlerini kaldığı yerden ancak farklı bir mecrada devam ettirdi.

Eğitim Merkezimiz, 06 Nisan 2020 ile 22 Mayıs 2020 arasındaki yedi haftalık kısa zaman diliminde, toplam 73 eğitim programı dñzenlendi. Dñzenlenmeye de devam ediyor.

Youtube ve Facebook hesaplarımızdan eşzamanlı yapılan canlı yayınlarımız, interaktif ortamda soru soran meslektaşlarımızın ilgisiyle çok geniş bir kitleye ulaştı. Bu süre içerisinde Youtube ve Facebook yayınlarımızda eğitimlerimiz toplam 1.205.000 kez görüntñlendi. Ayrıca kayıt altına aldığımız videolarımız, TBB TV ve TBB Eğitim Merkezi web sitelerinden tekrar tekrar izlendi.

Bu özverili çalışmadan dolayı Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezimize, hiçbir karşılık beklemeden çalışarak mesleki dayanışmayı taçlandıran eğitmenlerimize, canlı yayınları gerçekleştiren teknik ekibimize, soruları ve görüşleriyle bizleri yönlendiren avukat meslektaşlarımıza çok teşekkür ediyorum.

Eğitim Merkezimizin daha önceki çalışmalarında olduğu gibi online eğitim çalışmalarında da hem bir avukat hem bir öğretim üyesi olarak yer almaktan ayrıca gurur duyuyorum.

Saygılarımla.

Av. Metin FEYZİÖĞLU

LGBTQ HAKLARININ KORUNMASINDA ANAYASA YARGISI VE STRATEJİK İNSAN HAKLARI DAVALARI: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

“CONSTITUTIONAL JUDICIARY AND STRATEGIC HUMAN RIGHTS LITIGATION IN LGBTQ RIGHTS: A CASE STUDY ON TURKEY”

Işıl KURNAZ*

Özet: LGBTQ haklarının korunması konusu, İnsan Hakları Hukukunun bir meselesi olduğu kadar, anayasa yargısı ve bireysel başvuru olanağı ile birlikte bir anayasa meselesi hâline de gelmiştir. Bu açıdan bakıldığında salt aktivizme bırakılmayacak kadar hukuki ve yasal seyre ve mücadeleye de ihtiyaç duyan LGBTQ hakları, Türkiye’de gelişen sivil toplum ile beraber kazanımlarını hukuk yoluyla da elde edebilmektedir. Bu çalışmada, Türk Anayasa Mahkemesi’ne LGBTQ haklarında kazanım sağlamak için yapılan başvurular incelenmiş, bu yapılırken salt teknik bir karar değerlendirmesinin ötesine geçilerek, mevzuata, mevzuatın satır aralarına bakılmaya çalışılmış ve uluslararası literatür, normatif kaynakların ötesine geçerek incelenmeye çalışılmıştır. Yargı kararlarındaki cinsiyetçiliğin ve homofobinin seyrini izleme çabası güden bu çalışmada, hak temelli bir bakış açısıyla cinsiyetler-arası eşitliğin anayasal düzlemde sağlanabilmesinin yolları aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: LGBTQ, Türk Anayasa Mahkemesi, AİHM, Cinsiyetler Arası Eşitlik, Cinsel Yönelim, Homofobi

Abstract: In this work, I would like to draw a correspondence between LGBTQ Rights and Constitutional Protection of them. From my point of view, LGBTQ rights are not only topics of the International Human Rights Law, but also more concrete and substance of law shall be applicable for their recognition and protection. This is the subject of the Constitutional Law which enshrines the fundamental freedoms and rights into the Constitutions. Therefore, the aim of this work is to go into more depth the issue of LGBTQ rights from the viewpoint of Turkish Constitutional Law and Turkish Constitutional Court’s Decisions on that topic. It is very important to emphasize that LGBTQ rights are the topics of legal sphere and law as well as civil society and civil struggle. Looking into the legal sphere and possibilities to be able to gain more rights and freedoms is only possible by understanding the legal gaps and to fill them with the right-based approach.

Keywords: LGBTQ, Turkish Constitutional Court, ECHR, Gender Equality, Sexual Orientation, Homophobia

* Arş. Gör., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, LL.M., Lund Üniversitesi, isil.kurnaz@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6179-5674, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.11.2019, Kabul Tarihi: 18.11.2019

Giriş

Afro-Amerikalı yazar James Baldwin, Giovanni'nin Odası kitabında eşcinsel aşkı, Amerikalı beyaz David ile İtalyan garson Giovanni'nin kişiliklerinde buluşturarak anlatır. David ile Giovanni'nin yaşadığı eşcinsel ilişki, toplumsal değer yargılarının ve heteronormativitenin baskısına dayanamaz; David, Giovanni'yi terk ederek, güvenli ve steril hayatını heteroseksüel evli bir erkek olarak sürdürecektir, olmadığı biri gibi hayatına devam edecektir. Baldwin'in beyaz eşcinsel erkekleri yazan siyah eşcinsel bir yazar olarak dünyaca tanındığı bu romanda, başkahraman Giovanni, tam da baskıya dayanamayarak kendisini terk eden David'e şöyle seslenir: *"Giovanni'nin bir sevgilisi oldu ne erkek ne de kadın, anlayamadığı, elinde tutamadığı bir şey. Geceleri yatakta gözünü kırpmadan bir adamın eve dönmesini beklemek nedir, biliyor musun sen? Dünyadan haberin yok. Yaşamın o korkunç yönlerinin de farkında değilsin. O kısa saçlı, ay yüzlü kızla oynadığın komedinin sevgi olduğunu zannedip, böyle yaşamın, güllüp oynayabilmen bundan"*.¹

Edebiyattan cinsiyet çalışmalarına, sosyolojiden tarihe kadar geniş kapsamlı araştırma ve çalışmalara kaynaklık etmiş eşcinsellik; Sappho'nun şiirlerinden Virginia Woolf'un Orlando'suna kadar geçen sürede edebiyatta da var olmuştur. Ancak kişisel olanın aynı zamanda politik de olduğu bu bireysel ve sosyal tarafı içkin durumun, hukuki tanınma ve yasal seyri, kendi tarihi kadar eskiye gitmemektedir. LGBTQ hakları, bir mücadeleler ve hareketler kazanımı olarak, lütfedilmiş değil, kazanılmış bir hak kümesi şeklinde var olmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla burada, hukuki pozitivizmin önüne geçen sosyal bir olgu olarak cinsiyetler-arası hukuki rejim vardır. Bu olgunun yasal anlamdaki varlık mücadelesi ise Anayasal eşitlik ilkesinin tam anlamıyla hayata geçirilmesiyle ilgilidir. Zira hiçbir cinsiyet kodlanmadığında dahi, satır araları ve yasa boşluklarından cinsiyetçi ve heteronormatif bir rejimin sızdığı hukukta, devletin aktif yasama faaliyetinin rolü ve *"cinsiyetler-arası hukuki eşitliğin salt kanun önünde eşitlik ilkesiyle sağlanamadığı, sosyal gerçekliğin, biçimsel eşitliğin güvence altına alınmasının ötesinde etkili tedbirleri gerektirdiği"* göz önünde bulundurulmak zorundadır.²

¹ James Baldwin, Giovanni'nin Odası, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2006, s. 136.

² Ece Göztepe, Justinia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı, Anka-

Avrupa Konseyi'nin 2004-2009 yılları arasında Genel Sekreterliği'ni üstlenmiş olan Terry Davis, 17 Mayıs 2009 Anti-Homofobi günü için yaptığı açıklamada, “Günümüzde eşcinsellik, en azından Avrupa Konseyi ülkelerinde hapis cezasıyla cezalandırılmamakta; ancak ayrımcılık ve homofobi hala mevcut ve sadece toplumun marjinal gruplarına özgü değil. Avrupa'daki resmi ya da ahlaki otoritelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eşcinsellere uygulanmıyormuş gibi davranmaları kabul edilemez. Ayrımcılık yapanlar davranışlarını haklı göstermek için sık sık ahlaki değerlere başvurmaktadır. Ahlaki değerleri savunmak çok iyidir; ancak tamamen yanılıyorlar. Ahlaksız olan eşcinsellik değil, homofobidir” demiştir.³

Gerçekten de LGBTQ haklarının tarihi, bir mücadele tarihi olarak kurulmuş gerek Türkiye'de gerekse dünyanın geri kalanındaki LGBTQ hakları, sivil toplumun ve örgütlü mücadelenin sonucunda yasal seyirde kazanımlar elde edebilmiştir.⁴ Bu noktada, Davis'in vurguladığı ahlaki değerler bariyeri, LGBTQ mücadelesi için önemli sayacaklarından birisini oluşturur. Bu hakları tanımamanın ya da ihlal edebilmenin yegâne gerekçesi ahlak ve moral değer yargılar olmakla birlikte, sorunun tersten sorulması ve kimin ahlakın genel ahlak olarak mutlak ve verili kabul edildiğinin sorgulanması önemli olacaktır. Hukuki argümantasyonun ve yargısal gerekçelerin özüne ahlaki değer yargılarının ne derece zerk edileceği meselesi, sadece LGBTQ hakları söz konusu olduğunda tartışmalı değildir. Ryan Thoreson, ahlaki değer yargılarının İnsan Hakları Hukukundaki izdüşümünü deşerken, bu değer yargılarının bir norm olarak hukuki argümantasyona esas alınmasının, insan haklarının evrenselliği ile devletlerin egemenlik yetkisinin bir dengesi meselesi olduğunun altını çizer.⁵ Thoreson'a göre

ra Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, v.3, s.532.

³ International Day against Homophobia, 17 May, Statement by Terry Davis, Secretary General of the Council of Europe, Press release - 395(2009) Strasbourg, 15.05.2009, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspid=1445137&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntanet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE> (Son erişim tarihi: 02.05.2020).

⁴ Türkiye'de LGBTQ Hakları konusundaki tarihsel gelişimin özeti için, Hakan Ataman, LGBTT Hakları İnsan Haklarıdır, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009.

⁵ Ryan Thoreson, The Limits of Moral Limitations: Reconceptualizing Morals in Human Rights Law, içinde Harvard International Law Journal, Volume 59, Number 1, Winter 2018, p.199.

ahlaki değer yargılarının normatif kaynak oluşu, uluslararası insan hakları hukukundaki sınırlandırıcı şartlara benzemektedir. Buna göre devletlere yüklenen pozitif insan hakları yükümlülüklerinin, onların egemenlik ve takdir yetkileriyle olan sıkı ilişkisi göz önüne alınmakta ve değer yargısı bazlı normlar, normların yorumlanmasının sınırı/ sınırlandırıcı şartı olarak tarif edilmektedir. İşte bu sınırlandırıcı şartlar ve devletin takdir yetkisinin, LGBTQ hakları söz konusu olduğunda nasıl bir seyir izlediği ile Türkiye bağlamında Anayasa Mahkemesi esas olmak üzere yargı kararlarının bu konuda ne söylediği bu çalışmanın kapsamını oluşturacaktır. Gerçekten de cinsiyet araştırmaları ve hukukun bir arada düşünülmesi, *var olan bir sosyal gerçekliğin, biçimsel hukuk eksiklerini kapatması sonucu doğurabilecektir.*⁶

Bu bağlamda, bu çalışma kapsamında öncelikle i. LGBTQ haklarına ilişkin terimler açıklanacak, ii. daha sonra bu mücadeledeki önemli tarihsel basamaklar belirtilecek, iii. Thoreson'un tartışmasından esas alınarak ahlaki değer yargılarının, tarih sırasıyla bu konudaki belli başlı Anayasa Mahkemesi kararındaki hüküm gerekçelerine ne derece yansıdığı gösterilmeye çalışılacaktır. En son bölümde ise stratejik insan hakları davaları yolunun LGBTQ haklarını güçlendirme ve kapsamını yaymadaki rolü ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının, bu davaları ne derece kullanabildiklerin yolu gösterilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin LGBTQ hakları alanındaki içtihadının sınırlı oluşundan ötürü, incelenen belli başlı kararlar, insan hakları hukuku alanında anayasa yargısının işlev ve rolü düşünülerek anlaşılmaya çalışılacaktır.

LGBTQ Haklarında Temel Kavramlar

Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatının Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Alanlarında Uygulanmasına İlişkin İlkeler, Endonezya'nın Yogyakarta Kentinde 6-9 Kasım 2006'da yapılan Uzmanlar Toplantısının ardından kabul edilmiştir ve cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılığın önlenmesi açısından önemlidir. İnsan hakları uzmanlarından oluşan bir grup bu ilkeleri hazırlamış, geliştirmiş, tartışmış ve nihai hale getirmiştir. 6-9 Kasım 2006 tarihinde Endonezya/Yogyakarta'daki Gadjah Mada Üniversitesi'nde yapılan bir uzman toplantısını takiben 25 ülkeden insan hakları hukukuyla ilgili farklı

⁶ Göztepe, agm, s.532.

arka planlara ve tecrübelerine sahip 29 uzman oybirliğiyle Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri'ni kabul etmiştir.⁷ Bu ilkeler esas alınırca, LGBTQ haklarıyla ilgili terminoloji şu şekilde açıklanabilir:

- **Cinsiyet:** Canlı türlerinin tamamı için üreme organları ve sistemleri üzerinden kadın ve erkek ya da erkek ve dişi olarak farklılaşma.
- **Cinsel yönetim (sexual orientation):** Kişinin, farklı bir cinsiyet ya da aynı cinsiyet ya da birden fazla cinsiyetten bireye cinsel yönden yönelimi.
- **Toplumsal cinsiyet:** Kadının ve erkeğin rollerini, sorumluluklarını, güç ilişkilerini, toplumsal konumlarını belirleyen kavram.⁸
- **Toplumsal cinsiyet kimliği (gender identity):** Kişinin vücuduyla ilgili bireysel hislerini içerecek şekilde (tıbbi, cerrahi ya da diğer araçlarla) bedensel olarak görünüşünü ya da fonksiyonlarını özgür bir şekilde değiştirmeyi de kapsayabilen, doğumdan itibaren kazandığı biyolojik cinsiyetle uyumlu ya da uyumlu olmayabilen, cinsiyeti hakkında derinden hissettiği içsel ve bireysel duygulara ve giyim, konuşma ve davranış biçimlerini de içerecek şekilde cinsiyetin diğer biçimlerde dışavurumuna atıfta bulunur. Cinsel yönelimden bağımsız olarak trans kadın, trans erkek, travesti, interseks vb. olmaktadır.
- **Cinsel kimlik:** Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin bütünü, kişinin cinsel kimliğini oluşturur. Cinsiyet kimliği trans erkek olan biri, biyolojik olarak cinsiyet geçiş ameliyatı olmamış olsa bile cinsel yönelimi gereği erkeklerden hoşlanıyor olabilir. Bu durumda bu kişinin cinsel kimliği, eşcinsel trans erkektir. Bireyin, kadın cin-

⁷ Yogyakarta ilkeleri metni için: http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf (Son erişim tarihi: 27.04.2020).

⁸ Toplumsal cinsiyetin, sadece ikili cinsiyet rejimi düşünülerek ele alınan bir kavram olmadığı konusunda bkz. Ece Göztepe, agm, s.540. Zira burada değinilen ATAD içtihadında, gerektiğinde tarafların kadın-kadın olduğu durumlarda da toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin doğabileceği belirtilmiş, örneğin bir işe başvuran iki kadından biri hamile olduğu için diğer kadın işe alındıysa, burada da toplumsal cinsiyet temelli bir ayrımcılık olduğu vurgulanmıştır.

sel organına sahip olması, onu kadın varsaymamıza sebep olmaz. Birey, kendine erkek dediği için, ameliyattan bağımsız olarak bir trans erkektir ve erkek olarak kabul edilir. Erkeklerden hoşlandığı için de cinsel kimliği eşcinsel bir trans erkek olacaktır.⁹

- **LGBTQİ+:** Lezbiyen, gey, biseksüel, transgender (travesti ve transseksüel), queer, interseks ve zaman zaman cinsel azınlıklar diye anılan grup ve kimliklerin tümüdür. Bu ifade, çok geniş bir skalada tüm cinsel kimlikleri kapsadığı için sonunda + ifadesi söz konusudur. Bu çalışma kapsamında, tüm cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği hakları temel alınmıştır ancak kısaltmanın gittikçe karmaşıklaşmaması adına temsilen sadece “LGBTQ” ifadesi tercih edilmiştir.
- **Transgender:** Cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş ya da geçirmemiş ancak biyolojik cinsiyetine ve görünümüne bir şekilde müdahale edenleri ifade etmek için kullanılan terim. Türkiye’de, transeksüel, travesti, interseksüel ve çiftcinsiyetli (hermafrodit - cinsel organları belirsiz) kişiler için kullanılır.¹⁰
- **Transseksüel:** Kişinin davranışlarından çok, iç dünyasında kendini karşı cinsten biri gibi görmesidir.
- **Travesti (crossdresser):** Dış görünüş ve davranışlarıyla karşı cinse ait olma isteğidir.
- **Eşcinsellik:** Aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki cinsel ya da duygusal çekim ve cinsel davranıştır. Geylik ve lezbiyenlik için kapsayıcı olarak kullanılır.
- **Biseksüel:** Hem kendi cinsine hem karşı cinse duygusal, erotik ve cinsel çekim hisseden kadın ve erkekler için kullanılır.
- **Heteroseksüel:** Duygusal, cinsel ve erotik olarak karşı cinsten kişilere yönelmiş kadın ve erkekleri tanımlar.
- **Heteronormativite:** Heteroseksüelliğin normal ve tek cinsel yönelim olarak görülmesi, toplumsal değerlerin, kuralların ve yaşam

⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Herkes Özgür ve Eşit Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Raporu”, 2013, BM Raporu.

¹⁰ Hakan Ataman, age, s.2.

biçimlerinin herkes heteroseksüelmiş gibi davranılarak kabul edilmesi ve norm alanının buna göre düzenlenmesidir. Tüm sosyal, siyasal ve iktisadi hayat, ikili cinsiyet rejimi esas alınarak düzenlendiği için, heteronormatif bir düzende ayrımcılık ve LGBTQ bireylerin dışlanması sonucu doğar.

- **Heteroseksizm:** Hayatta kalabilmek ve yaşayabilmek için kabul edilir tek alternatifin heteroseksüellik olduğunun varsayılmasıdır.
- **Homofobi:** LGBTQ bireylere yönelik korku, hoşlanmama, nefret, dışlama vb. şekilde açığa çıkan ayrımcılık türüdür.¹¹ Geyfobi, bifobi, lezfobi, transfobi gibi türleri vardır.
- **Queer (Qvir):** Toplumsal cinsiyet ve cinsel arzu tartışmaları kapsamında değerlendirmeler üreten kuramsal bakışa da esas teşkil eden queer kavramı, her türlü cinsel kimliğin sabit ve verili tanımlara hapsedilemeyeceğini, (*cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin bir bütünü olarak*) cinsel kimliğin muğlak ve akışkan yapıldığını ifade eder.¹² Bu bağlamda queer teoriye göre, aslında yukarıda açıklanan kimliklerin hiçbiri sabit ve verili değildir; bireylerin cinsel kimlikleri, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği anlamında da dönüşüm ve değişim içindedir, bu yüzden de LGBTQ kimliğinin özü ve devinimi, queer kuramda yatmaktadır. Queer kuram, cinselliğin ve cinsel edimlerin performatif olduğunu yani performans dayalı olduğunu; bu sebeple verili ve sabit değil, performatif olduğunu vurgular. Gerçekten de Foucault'nun da Cinselliğin Tarihi'nde anlattığı gibi, cinsiyet kurgusal bir kategoridir. Yani "*Cinsiyet mefhumu yapay bir birlik çerçevesinde anatomik öğeleri, biyolojik işlevleri, davranışları, duyumları ve hazları bir araya toplamayı sağladı ve bu hayali birliğin nedensel ilke, her yerde hazır ve nazır anlam biçiminde işlemesini mümkün kıldı.*"¹³

¹¹ Bunun bir ayrımcılık ve nefret suçu olduğuna ilişkin çalışma: Warren Blumenfeld and Diane Raymond, Prejudice and Discrimination, In Reading for Diversity and Social Justice, by Routledge, New York, s.25.

¹² Queer Teori hakkında: Judith Butler, Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayınları, Haziran 2008; Queer Tahayyül, Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayınları, Nisan 2016; Queer Teori: Bir Giriş, Annamari Jagose, NotaBene Yayınları, 2015.

¹³ Michel Foucault, Cinselliğin Tarihi, 1. Cilt, Afa Yayınları, 1986, s.114.

Judith Butler da performative kavramını, Foucault'dan referansla, bedensel hareket ve icraların performatif olmasıyla açıklar. Yani dışa vuruyormuş gibi yaptıkları öz veya kimlik, aslında bedensel işaretler ve diğer söylemsel yollarla üretilen ve sürdürülen bir tür üretimdir.¹⁴ Foucault'nun veciz sözüyle ifade edersek, queer kuramın cinsiyet rollerini ve ikili cinsiyet rejimini mutlak kabul etmemesi şu şekilde açıklanır: "İnsandaki hiçbir şey, bedeni bile, kendini tanımasına veya başkalarını kavramasına temel oluşturacak kadar istikrarlı değildir."¹⁵

LGBTQ haklarına ilişkin en kapsayıcı yaklaşımın, bir üst kimlik olarak cinsel kimliğin tümünü kapsayan queer kuramla daha ayrıntılı anlatılabildiği söylenebilir. Zira Butler'ın da Cinsiyet Belası boyunca ifade ettiği, cinsiyetin ve toplumsal cinsiyetin kültürel biçimlerin çoğalabileceği, bu çokluk halinin mevcut olduğu ve cinsiyetin ikililiğinin yalanlanarak, çoklu bir cinsiyet rejiminin inşa edilebileceğidir. Bu türden bir tartışmanın doğal/ doğal olmayan cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliği tartışmasını da bertaraf edeceğini ifade eden Butler, meseleyi neyin ne kadar doğal olduğu değil, cinsel kimlik dâhil hiçbir kimliğin siyaseten sabit kabul edilmemesi gerektiği tartışması üzerinden okur.¹⁶

A. LGBTQ Haklarıyla İlgili Tarihsel Gelişmeler

Hem dünyada hem de Türkiye'de LGBTQ haklarıyla ilgili tarihsel seyir, insan hakları hareketi ve mücadelesiyle eşzamanlı yürümüştür. Bu sebeple bu mücadelenin seyri, aynı zamanda örgütlü mücadelenin de seyridir. İlk defa 1897'de Berlin'de, Magnus Hirschfeld, eşcinselle-re yönelik yasal ve sosyal hoşgörüsüzlüğü sona erdirmek için faaliyet gösteren dünyanın ilk örgütü olan Bilimsel-İnsancıl Komite'yi (The Scientific-Humanitarian Committee) kurmuştur.¹⁷ 1969 tarihi ayrıca önemlidir çünkü Stonewall Ayaklanması 27- 28 Haziran gecesinde, New York kentinde başlamıştır. New York Greenwich'te bir eşcinsel barı olan Stonewall, 28 Haziran 1969'da bir polis baskınına uğramış, bunun üzerine içerideki LGBTQ bireyler beş gün süren bir direnişle polis merkezine götürülmeye isyan etmişlerdir. Stonewall Ayaklanması, LGBTQ hare-

¹⁴ Judith Butler, *age*, s.124.

¹⁵ Michel Foucault, *Nietzsche, Genealogy, History, Language, Counter Memory, Practice: Selected Essays and Interviews*, Cornell University Press, 1977, s.153.

¹⁶ Judith Butler, *age*, özellikle *Parodiden Siyasete* bölümü, s. 233-241.

¹⁷ Adrian Coman, *Sexual Orientation and Human Rights*, Human Rights Education Associates (HREA), 2003.

ketinde bir dönüm noktası olarak ifade edilmektedir.¹⁸ 1973 yılı dünya seyri açısından oldukça önemlidir çünkü daha önce eşcinselliği hastalık olarak telakki eden Amerikan Psikiyatri Derneği Yönetim Kurulu bu tarihte, eşcinselliğin hastalık kategorisinden çıkarılmasına karar vermiştir. 1974'te ilk Uluslararası Gey Hakları Konferansı İskoçya'nın Edinburg kentinde yapılmıştır. 1981'de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk cinsel yönelim kararı verilmiştir. Dudgeon v. Birleşik Krallık kararında¹⁹ Mahkeme, bir suç isnadı üzerinde Kuzey İrlanda polisince Jeffrey Dudgeon'un evinde arama yapılırken, Dudgeon'un eşcinsel kimliğine ilişkin olarak özel hayatına dair belgelere rastlanmıştır. Bunun üzerine başvuru hakkında eşcinsel ilişkiye rıza gösteren erkeklerin fiilinin hayâsızca hareket ve suç olarak kabul edilmesinden ötürü cezai soruşturma ve kovuşturma başlamıştır. Dudgeon, ceza kanunundaki ilgili düzenlemenin, özel hayata saygı ilkesini ihlal ettiğini ifade ederek AİHM'e (*o tarihte Komisyon*) başvurmuştur. Komisyon, kişinin eşcinsel davranışlarının yalnızca kendi özel hayatını ilgilendireceğini ifade ederek, Kuzey İrlanda'daki ceza kanunu hükmünün hukuki dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir. Komisyon, eşcinsel ilişkiyi yasaklayan hükmü, AİHS'in özel hayata saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bulmuştur. Thoreson, insan hakları hukukunda ahlaki yargıları yeniden kavramsallaştırdığı makalesinde Dudgeon davasına özel bir yer ayırmıştır. Yazara göre, devletlerin kendi moral yargılarını ne dereceye kadar hukuki gerekçe ve obiter dictum olarak kullanabileceğinin sınırı çizilemez ancak Dudgeon davası gibi başvuruçuların temel hak ve özgürlüklerinin, toplumsal ahlaki değer yargıları nezdinde ikinci plana düşürüldüğü davalarda, insan hakları hukukunun önceleneceğinin sinyallerini bulabiliriz.²⁰

Bu ilerlemeci tarihsel seyir, 17 Mayıs 1990 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü'nün eşcinselliği zihinsel hastalıklar listesinden çıkarmasıyla sağlamlaşmış, 1992'de de bu karar ICD-10 isimli *International Classification of Diseases - Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması* listesine resmen kaydedilmiştir. 1994 tarihinden itibaren Dünya Sağlık Örgütü'ne üye tüm ülkeler, hastalık sınıflandırmasında bu listeyi esas almışlardır. 17 Mayıs, Uluslararası Homofobi Karşıtı Gün olarak kutlanmaktadır. 1999 yılına gelindiğinde, Avrupa Birliği Amsterdam Anlaşması'nı

¹⁸ Martin Duberman, Stonewall İsyanı, Agora Yayınları, 2008.

¹⁹ Dudgeon v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, 22 Ekim 1981.

²⁰ Thoreson, agm, s.209.

kabul etmiş ve cinsel yönelimi adını koyarak koruma altına alan ilk uluslararası anlaşma olmuştur. 2007 yılında, yukarıda sözü edilen insan hakları hukuku ile cinsel kimliği bağdaştıran Yogyakarta İlkeleri ilan edilmiş, 2008’de ise cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği hakkında BM Deklarasyonu ilan edilmiştir.

Türkiye özelinde de LGBTQ haklarının tarihi, örgütlü ve yasal mücadelenin tarihidir. Bu örgütlü mücadeledeki önemli ayaklar şunlardır:²¹

- 1993: Lambda İstanbul isimli LGBTQ örgütü kurulmuştur. 2006’da tüzel kişilik kazandı.
- 1994: Ankara’da Kaos-GL kuruldu. 2005’te tüzel kişilik kazandı.
- 2001: İzmir’de Siyah-Pembe Üçgen Derneği kuruldu. 2009’da tüzel kişilik kazandı.
- 2003: İstanbul’da ilk kez onur yürüyüşü düzenlendi, otuz bin kişi katıldı.
- 2006: Ankara’da trans dayanışma örgütü Pembe Hayat kuruldu.

Bu çerçevede gerek Türkiye gerek dünyadaki LGBTQ haklarının tarihsel seyrinin, yasal mücadele ve tanınırlılık zemininde işlediği, kolektif eylemlerin görünürlüğü arttırmadaki rolü ile örgütlü kurumsallaşmanın hakların kazanımındaki mihenk taşı rolü görülebilir. Gerçekten de ilerideki bölümde içtihadın zamanla seyrindeki değişiklikten anlaşılacağı üzere, tüm görünürlük ve aktivizm sürecinin, yasal, hukuki ve kamusal korumadaki geliştirici rolü oldukça önemlidir.

B. LGBTQ Haklarıyla İlgili Yasal Seyir

Cinsiyetin, hukukun temelindeki ayrımcı unsurlardan biri olarak görülmediğini anlattığı tebliğinde Ece Göztepe, *“herkesten bahsedildiğinde bile herkesin kastedilmediğinin anlaşılması gerekliliğinden ve hukuki pozitivizmin cinsiyet körlüğü yaklaşımının farkında olmaktan bahsetmiştir”*.²² Söz konusu LGBTQ bireyler olduğunda bu herkesin kapsamı daha da daralmakta, bireyler küçük bir fasit dairede ve kendi fanuslarında görünmez şekilde yaşamaya mahkûm edilmektedir.

²¹ Ataman, age, s.25.

²² Göztepe, agm, s.535.

LGBTQ haklarında da bu körlük devam etmekte ve Türkiye’deki yasal seyir düşündüğümüzde, anayasal anlamdaki temel hak ve özgürlük rejiminin belirleyici olduğunu ancak sorunun adli adınca yasalarda ele alınmadığını görürüz. Türk hukukunda, LGBTQ birey olmak hiçbir zaman cezai anlamda suç kategorisine yekten konularak kriminalizasyon süreci doğrudan yaşanmamıştır.²³ Ancak bu, yasaların, toplumun ve kurumların LGBTQ bireylere karşı korumacı bir yaklaşımda olduğunu göstermemektedir. Aksine, Yılmaz Esmer’in 2012 yılında hazırladığı Türkiye Değerler Atlası’na göre, nüfusun %87’si eşcinsel bir komşuya sahip olmak istememektedir.²⁴



Kaynak: Yılmaz Esmer, Türkiye Değerler Atlası, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 66-67.

(Son erişim tarihi: 02.05.2020)

²³ Volkan Yılmaz, The New Constitution of Turkey: A Blessing or A Curse for LGBT Citizens? Turkish Policy Quarterly, Volume 11, Number 4, p. 133.

²⁴ Yılmaz Esmer, Türkiye Değerler Atlası, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 66. Önce, son araştırmalarımızdaki (2011, 2012) toplu sonuçları verelim: “Komşu olarak istenmeyen grupların başında hep eşcinseller (%87) geliyor. Onları da çok içki içenler (%84) ve AIDS’liler (%76) izliyor. En az itiraz ise tesettür kurallarına göre giyinenlere, sevmediği partiye oy verenlere ve oruç tutmayanlara. Bunlar Türkiye geneli ile ilgili bulgular. Bölgelere ve kişisel özelliklere göre de hangi gruplara daha fazla veya daha az hoşgörü gösterildiği önemli ölçüde değişebiliyor”.

Türk hukukunda, bu sosyal gerçeklik ve homofobiden de anlaşılacağı üzere, LGBTQ bireyler 1980'lere kadar hiç tanınmamış ve görünmez sayılmışlardır. LGBTQ bireyleri görünmezlik perdesi ardına resmen saklayan ilk yasa, 12 Eylül 1980 darbesinin ardından askeri cuntanın çıkarmış olduğu bar ve gece kulüplerinde kadın görünümlü erkeklerin istihdamını yasaklayan yasadır. Transkadın şarkıcı Bülent Ersoy'un da bu yasayla sahne yasağı alması, kamusal anlamdaki ilk görünür tartışmalardan biridir.²⁵

Darbenin ardından 1988 yılında, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun çıkmış, buna göre trans bireylerin cinsiyet geçiş ameliyatı olabilmesinin yolu açılmıştır.

Yeşim Atamer ve Damla Taşkın'ın da Transseksüellere İlişkin Hukusal Düzenlemeleri inceledikleri makalelerinde²⁶, Türk hukukundaki transseksüellere ilişkin yasal seyir üç dönem olarak ele alınmıştır. Bu dönem **i.** Hiçbir düzenlemenin olmadığı ve Yargıtay'ın önüne gelen dosyada, yurtdışında cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirerek bu değişikliği nüfus siciline geçirmek isteyen Bülent Ersoy başvurusunu,²⁷ Türk hukukunda kimseye keyfiyetine tabi olarak cinsiyet değiştirmek hakkı verilmediği gerekçesiyle reddettiği 1988 öncesi dönem; **ii.** 1988 yılında yukarıda da kısaca değinilen TMK md. 29'a eklenen 2. fıkra ile cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilen dönem; **iii.** 2002 yılında yeni TMK'nun yürürlüğe girmesiyle başlayan ve nüfus sicilindeki cinsiyet kaydının düzeltilmesini isteyen kişinin, ameliyat öncesi ve sonrası iki aşamalı yol izlediği dönem. Bu bağlamda özellikle TMK md. 40'daki üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartına ilişkin eleştiriler ve ilgili hükmü Anayasaya aykırı bulan norm denetimi kararı, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki LGBTQ Hakları bölümünde detaylıca incelenecektir.

²⁵ Volkan Yılmaz, a.g.m, s.133.

²⁶ Yeşim Atamer, Damla Taşkın, Transseksüellere İlişkin Hukusal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri, *Yargıtay Dergisi*, 2016, Cilt 42/4, s.725-726.

²⁷ 2. Hukuk Dairesi, 21.01.1982, E. 1981/8911; K. 1982/259.

Bunların dışında, dolaylı yoldan LGBTQ ayrımcılığını ve homofobi/ transfobiye önleyecek hükümler de Anayasanın temel hak ve özgürlükler rejiminden çıkarılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ilerideki bölümde incelenecek kararlarında, LGBTQ hakları bağlamındaki meseleleri genellikle Anayasa'nın md.10'daki kanun önünde eşitlik; md. 17'de kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ve md. 20'deki özel hayatın gizliliği hükümlerinde ele aldığı görülmüştür:

Bunların dışında 5237 sayılı TCK'ya 2014 yılında eklenen 122. madde ile nefret suçlarının tanımlanmış olması bir dönüm noktasıdır.

Gerçekten de Türkiye, LGBTQ bireylere yönelik nefret söylemi ve nefret suçunun hayli görünür olduğu ülkelerden biridir. LGBTQ Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu 2007 raporuna bakıldığında, Ocak-Ekim ayları arasında, sadece basına yansıyan nefret cinayetleri rapor haline getirilmiştir. Raporda, İstanbul Şişli'de aynı evde kalan 2 travestinin kimliği belirsiz kişilerce bıçaklanarak öldürülmüş olduğu; 2006 Nisan ayında Eryaman 3. ve 4. Etap'ta zorunlu seks işçiliği yapan veya o bölgede ikamet eden kadınların, 25-30 kişilik bir grup tarafından darp edildiği belgelenmiştir.²⁸ Bu gibi haber ve suçlar istisna değildir, çok kısa bir süre önce 9 Ocak 2019'da İzmir'de Hande Şeker isminde bir transkadın polis memuru tarafından öldürülmüş, polis memuru tutuklanmıştır.²⁹

Kırmızı Şemsiye Cinsel Sağlık ve İnsan Hakları Derneği de Temmuz 2016'da trans izleme projesi başlatmış ve Türkiye'de translara karşı bedensel hasar, cinsel saldırı, mala zarar verme, ayrımcı muamele, psikolojik şiddet, nefret söylemi ve benzeri hak ihlallerini kayıt altına almıştır. 2015-2016 aralığında tespit edilen 7 trans cinayeti vardır; toplanan 326 vakanın %30'u tehdit ve psikolojik şiddet; %18'i ciddi bedensel hasar, %44'ü ayrımcı muamele ve %16'sı da nefret söylemidir.

²⁸ LGTT Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu Raporu, 2007, Kaos-GL Yayınları, s. 13, http://www.kaosgldernegi.org/resim/kutuphane/dl/lgbtt_ih_raporu_2007.pdf (Son erişim tarihi: 27.04.2020).

²⁹ <https://t24.com.tr/haber/trans-kadin-hande-sekeri-olduren-polis-memuru-tutuklandi,795488> (Son erişim tarihi: 27.04.2020).

VAKA TÜRÜ	TOPLAM
Cinayet	8
Sosyal medya ve internet yoluyla nefret söylemi	3
Aşırı fiziksel şiddet	1
Ayrımcı muamele	25
Ayrımcı muamele /nefret söylemi	1
Ciddi bedensel hasar	32
Ciddi bedenselhasar/aşırı fiziksel şiddet	2
Ciddi bedensel hasar/cinsel saldırı	4

Kaynak: Türkiye’de Trans Olmak: Dışlanma, Ayrımcılık, Şiddet Raporu, Kırmızı Şemsiye Derneği, Temmuz 2016, Hazırlayan: Kemal Ördek, s.40

Bu bağlamda, Pembe Hayat Derneği’nin Hollanda Büyükelçiliği ile beraber 2011 yılında düzenlediği toplantının temasının, “*Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım*” olması oldukça anlamlıdır.³⁰

Gerçekten de ulusal ve uluslararası koruma mekanizmaları, nefret suçunun ve söyleminin tanımlanması, ayrımcılık yasağına ilişkin ilke ve hükümler kapsamına LGBTQ bireylere yönelik ayrımcılığın da alınması süreci, bu suçların ve LGBTQ bireylere yönelik cezasızlığın önüne geçecektir.

Bu bağlamda, anayasal temel hak ve özgürlükler rejimi kadar mühim bir mesele de TCK md. 122’de düzenlenmiş olan nefret ve ayrımcılık hükmüdür:

*“Nefret ve Ayrımcılık**

Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

³⁰ Transfobik Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım, Nefret Suçları Mağduru Trans Bireyleri Anma Buluşması Kitabı, Pembe Hayat Derneği ve Hollanda Büyükelçiliği, 2011.

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

*Madde başlığı "Ayrımcılık" iken, 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun'un 15 inci maddesiyle başlığa 'nefret' de eklendi."

Bu noktada önemli olan noktalardan biri, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık arasındaki ayrımdır. Türk Hukukunda dolaylı ayrımcılık türü yasaklanmamış, yukarıda değinilen TCK hükmünde ayrımcılık kavramına yer verilmiştir.³¹ Buna göre, doğrudan ayrımcılık bir gerçek ya da tüzel kişi veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameledir.³² Dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulama ya da ölçütün salt belli bir gruba ait kişileri bu gruba ait olmayan diğer kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı konuma sokmasıdır. Ece Göztepe'ye göre dolaylı ayrımcılık, "ancak bir yasanın ruhunu ve satır aralarını okumayı gerektirir".³³ Çünkü dolaylı ayrımcılık, aslında ayrımcı değil 'miş gibi yapma' faaliyetinin, onu satır aralarından gören gözler tarafından ifşa edilmesi yoluyla açığa çıkarılabilir.

Önemli örneklerden biri Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (BM-MSHS), 23. maddenin 2. fıkrasıdır. Bu maddeye göre, evlenecek yaşta olan erkek ve kadınlara, evlenme ve aile kurma hakkı tanınacaktır.³⁴ Literatürde de tartışıldığı üzere; madde, erkekler ve kadınların birbiriyle heteroseksüel bir birliktelik bağlamında evlenme

³¹ Dolaylı ayrımcılık için: Ulaş Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği, *TBB Dergisi*, Sayı 73, 2007, s. 153.; Göztepe, agm, s.536.

³² Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi, Genel Yorum No.16, 2005 içinde Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 287-301.

³³ Göztepe, agm, s.536.

³⁴ ICCPR/23/2: The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.

hakkını tanımamış; evlenme hakkını erkekler ve kadınlara tanımıştır. Joslin Davasında³⁵, Joslin, 23. maddenin, eşcinsel ilişkileri de heteroseksüel ilişkiler kadar koruduğu iddiasıyla başvuruda bulunmuş; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ise, “erkek ve kadın” ibarelerinin ayrı ayrı kullanılmalarının, taraf devletlerin sözleşme yükümlülükleriyle sınırlı olarak okunması gerektiğini ifade etmiştir.³⁶ Bu gibi, hükmün kendisinin bizatihi bir ayrımcı uygulama ya da kapsam dışılık öngörmediği, ancak uygulamanın ya da ölçütün hükmün lafzındaki kapsamı daralttığı durumlarda dolaylı ayrımcılık vardır. ICCPR md. 23/2, bu türden bir dolaylı ayrımcılığın örneklerinden kabul edilebilir. Thoreson’un tartıştığı ahlaki değer yargılarının ne derece hükme esas alınacağına rafine ve kristalize bir örneği de LGBTQ hakları ve içtihadında bulunabilir. Bütün bu yasal seyir içinde, Türk hukukunda LGBTQ olmak ve hak içtihadının nasıl peyderpey ve küçük küçük adımlarla oluştuğunu görmek için Anayasa Mahkemesi kararları incelenecektir.

C. LGBTQ Haklarıyla İlgili Anayasa Mahkemesi İçtihadı

Kanadalı yönetmen Xavier Dolan’ın 2012 tarihli filmi Laurence Anyways’te, kendisine ait olmayan bir beden içinde yaşayan Laurence adında bir edebiyat öğretmenin, en sonunda cinsiyet geçiş ameliyatı olmaya ve trans birey oluşunu kamusal anlamda görünür olarak yaşamaya karar verme süreci anlatılır. Filmde Laurence, ailesi ve toplumla çatışma hâlindeyken, trans birey olup bunu gizlemek zorunda kalmayı, “*30 yıldır suyun altında nefesini tutmaya*” benzetir.³⁷ Hayatları boyunca nefeslerini suyun altına tutmaya çalışan trans bireyler, en sonunda görünürlük mücadelesiyle beraber yasal ve hukuki anlamda var olmaya başlamışlar, bebek adımlarıyla da olsa taleplerini kamusal anlamda seslendirebilmenin yollarını ve kanallarını açmaya çalışmışlardır. Bu bağlamda anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükleri geliştirme yoluyla kullanılabilir olması, onu dinamik ve geliştirici bir içtihadın da parçası haline getirebilecektir.

³⁵ Joslin v Yeni Zelanda, supra n. 48 at paras 8.1-8.3. Communication No. 902/1999.

³⁶ Langford, Malcolm, Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times, E. Brems and E. Desmet, Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions (Edward Elgar, 2017).; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12.

³⁷ Laurence Anyways, Yönetmen: Xavier Dolan, 2012, Fransa, <https://www.imdb.com/title/tt1650048/> (Son erişim tarihi: 02.03.2020).

Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu 1962 yılından 1986 yılına kadar geçen yarım asırlık sürede, LGBTQ haklarıyla temas eden herhangi bir kararı yoktur. 1986'dan sonra ise peyderpey artan sayıda içtihat, kimi zaman ileri gidiş, kimi zaman geri dönüşlerle örülmüştür. Bu bağlamda bu bölümde incelenecek kararlar, norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarından seçilmiş, tarihsel bağlamın ve seyrin, ilerleme anlamında doğrusal bir takibini yapabilmek için yıl bazlı olarak norm denetimi ve bireysel başvuru kararları olarak ayrı ayrı ifade edilerek, geçmişten ileriye doğru anlatılmaya çalışılmıştır.

1. 1986 tarihli, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 5. maddesine karşı açılan iptal davasına ilişkin soyut norm denetimi kararı:³⁸ İlgili hüküm uyarınca, *genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerinin alınması* öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, ilgili kuralı kişi özgürlüğünü, polisin öznel ve keyfi değerlendirmelerine göre kısıtlayan ve genel ahlak ve edep kuralları referansı ile içeriği belirsiz bir düzenleme öngören bu hükmü anayasaya aykırı görerek iptal etmiştir. Ancak kararın gerekçesinde Mahkeme, hükmün belirsizliği ve keyfiliğini değerlendirirken, hükümden çıkarılacak anlamın doğrudan eşcinselleri ve *"kendini başkalarının zevkine terk edenleri"* kapsadığının açıkça ifade edilmemesi olduğunu söylemiştir: *"559 sayılı Yasa'nın 5. maddesine (F) bendi olarak eklenmiş bulunan bu kuralla ne gibi bir toplumsal faydanın amaçlandığı ve kimleri kapsadığı yönü açık değildir. Bent hükmünün getiriliş nedeni yasa tasarısına ilişkin gerekçede: 2559 sayılı Kanun'un (D) bendinde "kendisini başkalarının zevkine terk edenler" ibaresinin açık olmayıp tefsire muhtaç yanları bulunduğu, günümüz dünyasında aktüel bir konu haline gelen kadın, erkek eşcinsel kişiler ile bunlara aracılık edenlerin faaliyetlerinin takibini ve gereken önleyici zabıta tedbirlerinin alınmasını sağlamak, şeklinde açıklanmıştır. Eğer madde sadece gerekçede belirtildiği gibi tavır ve davranışları toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyecek nitelikte bulunan eşcinselleri kapsamış olsa idi, toplum sağlığı gözetilerek bent hükmünün haklı bir gerekçeye dayandığı söylenebilirdi".*

³⁸ Esas Sayısı: 1985/8; Karar Sayısı: 1986/27; Karar Tarihi: 26.11.1986; R.G. Tarih-Sayı:14.08.1987-19544.

Dolayısıyla bu iptal kararından, olumlu bir insan hakları yaklaşımı çıkaramayacağımızı, hükmün iptal edilmiş olmasının temel hak ve özgürlükler lehine ileri atılmış bir adım olduğunu söyleyemeyeceğimizi belirtmek gerekir. Bu durumda açıkça görülüyor ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorumun yapılabilmesi, salt formalist bir anlayışla mahkemelerin insan haklarına aykırı hükümleri iptal etmeleri sonucunda yapılamayacaktır. Zira bu kararın gerekçesinden ve satır aralarından, Mahkeme'nin LGBTQİ bireylere yaklaşımının sakıncalarını okumak mümkündür. Eğer hüküm, ayrımcılığı belirli bir grubu hedef alarak meşrulaştırıyor olsaydı, Mahkeme hükmü iptal etmeyecekti. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesindeki bu yaklaşım, yasama organına, bu yönde bir hüküm çıkarılabileceği konusunda da telkin vermesi sebebiyle eleştiriye açıktır. Umberto Eco, kutsiyet atfedilen değerlerin yorumlanma sürecini incelerken, bir metnin belirli bir kültür açısından kutsal hale gelir gelmez, kuşkulu bir okuma sürecine ve bunun sonucu olarak da hiç kuşkusuz aşırı bir yoruma tabi tutulacağını söyler.³⁹ Burada da kutsiyet atfedilen değerler, yasa koyucu ve yargı organınca yoruma tabi tutulduğunda, aşırı bir yorum faaliyeti devreye girerek temel hak ve özgürlüklere içkin alan kapatılmış olur. “Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerinin alınması” konusunda, genel ahlak ve edep kurallarına atfedilen kutsallık, belli bir grubun vatandaşlık haklarından diğerleri aleyhine mahrum bırakılmasına ve eşit olmayan bir muameleye tabi tutulmasına yol açar.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de “[e]şitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir”.⁴⁰ Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli

³⁹ Umberto Eco, Yorum ve Aşırı Yorum, Ayrıntı Yayınları, 3. Basım, Ekim 2019, s.58.

⁴⁰ Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256 para. 107. Karar tarihi: 25.06.2014. (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir.⁴¹ Ancak dolaylı ayrımcılık adı verilen ve bugün hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması halinin de dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceği de kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu karar, aslında gerekçesiyle dolaylı bir ayrımcılığın yapılabilmesini mümkün kılmak, yasa koyucuya bu ayrımcılığın yapılabilmesi için imkân ve neden yaratmaktadır. Vatandaşlar arasında, hiçbir somut nedene dayanmadan yapılan bu ayırım şüphesiz ki Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı nitelik taşır. Ayrıca parmak izi gibi kişisel veri olduğu Anayasa Mahkemesi'nce de karara bağlanmış bir konuda⁴², bu türden bir ayırımla kişisel veriyi depolamak, özel yaşamın gizliliğini ihlal etmek demektir.⁴³

2. Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5237 sayılı TCK'nın 226. maddesinin 4. fıkrasının "*doğal olmayan yoldan*" ibaresinin, Anayasa'nın 12, 17, 20 ve 40. maddelerine aykırılığına ilişkin somut norm denetimi başvurusu:⁴⁴ TCK md. 226/ [4], "*Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*" hükmünü içerir. Mahkeme, gerekçesinde, "*Diğer yandan 'doğal olmayan yol' ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdandan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi*

⁴¹ Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", Anayasa Yargısı, Sayı: 32, 2015, s. 237-238.

⁴² Parmak izini kişisel veri olarak koruyan Mahkeme içtihadı için: E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015.

⁴³ Parmak izini özel yaşamın gizliliği bağlamında koruyan AİHM içtihadı için: Peck/ Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B. No: 50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B. No: 2872/02, 02.12.2008.

⁴⁴ E.N. 2014/118; K.N. 2015/35, K.T., 1.4.2015, RG: 18.4.2015-29330.

tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. 'Doğal olmayan yol' kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın 'belirlilik' ve 'kanunilik' ilkelere aykırı bir yönü bulunmamaktadır" demiştir.

Mahkeme'ye göre, doğal olmayan yol kavramı, uygulamada eşcinselleri kapsamayacak şekilde yorumlanacak ve içerik kazancaktır. Dolayısıyla belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırılık yoktur. Mahkeme'nin bu kararında ahlaki bir referans ile kendisi suç teşkil etmeyen cinsel faaliyetler de belli ahlak standardına aykırı olarak depolanırsa suç sayılmaktadır.⁴⁵ Gerçekten de karşı oy yazan Serdar Özgüldür ve Serruh Kaleli, ilgili hükme ilişkin Yargıtay'ın yorumunu ifade ederken şu risklere değinmişlerdir: "Öte yandan, 'doğal olmayan yoldan' ibaresinin bizatihi kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim dosyanın incelenmesinde, özellikle öğretilerde yer alan aksi yöndeki görüşlere ve bizzat yasanın hazırlanmasında görev yapan ceza hukukçusu bir bilim adamının uygulamanın yanlış istikamette seyrettiğine dair beyanlarına karşın, Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, 'anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, ensest ilişki' ihtiva eden ürünlerin 226 ncı maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, 'doğal olmayan yoldan' yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edilerek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. 'Ensest' hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte 'özel hayatın gizliliği' koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik kararları ile ortaya koyulmuştur. Tüm bu vakıalara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle 'belirli olmadığını' açıkça ortaya koyucu mahiyettedir. Oysa 'belirlilik ilkesi' hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olup, 'hukuki güvenlik' ilkesi ile de doğrudan bağlantılı bir ilkedir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın hukuk devletine aykırılığı açıktır. Yine, yukarıda işaret edildiği üzere, mevcut haliyle ku-

⁴⁵ Tolga Şirin, Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik Kararları, *Anayasa Hukuku Dergisi*, cilt 7, sayı 14, 2018, s.513-562.

ralın Anayasa'nın 20. maddesiyle koruma altına alınan 'özel hayatın gizliliği' ilkesini de ihlâl ettiği izahıtan varestedir."

Dolayısıyla bu kararlar da LGBTQ bireyler, bir tür keyfiliğe terk edilmekte ve içeriği belirsiz bir normun uygulayıcılar elindeki insafına ve lütfuna bırakılmaktadırlar. Zira Mahkeme'nin doğal olmayan yoldan cinsel ilişki ifadesiyle, hukuken hangi belirli ve öngörülebilir durumu kastettiği belirli değildir. Bu ifadenin uygulamaya bırakılması, belli bir grubun uygulamanın ve yargı organlarının takdirine terk edilmesi demektir. Halbuki yukarıda görüldüğü üzere uygulama farklı istikamette seyretmiş ve uygulamacıların ahlaki değer yargıları, doğal olmayan yoldan cinsel ilişki kavramının içini doldurmuştur. Ahlaki değer yargılarının, hükme ne dereceye kadar esas alınabileceği konusundaki eserinde Thoreson, Dudgeon davasının kazanımlarından bahsetmişti. Yukarıda değindiğimiz üzere AİHM'in bu içtihadı ile, insan hakları normları, toplumsal ahlaki değer yargıları nezdinde ikinci plana düşürülürse, insan hakları hukukunun esas alınması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesini dikkate aldığımızda, Devlet'in ayrımcılığı önlemedeki pozitif yükümlülüğü, insan hakları normlarının esas alınacağına ilişkin normatif kural ile birleşir. Bu durumda herhangi bir cinsel ilişki biçiminin doğal ya da doğal olmayan şekilde tasnif edilmesinin hukuken imkânsız olduğunu görebiliriz. Eşitlik gibi anayasal normlar ile tanımlanan bir sistemde, normlar arasında bağlantılar kurmak şarttır.⁴⁶ Bu durumda, hukuk sisteminin bütünü göz önüne alındığında, bu türden bir karar ile eşitlik ilkesinin yine diğer anayasal normlarla bağlantısı kurulmadan keyfi bir şekilde ihlal edilmesinin yolunun açıldığı ortadadır.

3. Gayri Tabii Mukarenet Kararı:⁴⁷

Askeri Yargıtay'ın 1. Dairesi, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığını ileri sürerek, normun Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmesini talep etmiştir. İlgili hüküm şudur:

⁴⁶ Ann Scales, Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı, Çev. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi Yayınları, Kasım 2019, s.140.

⁴⁷ E.N. 2015/68; K.N. 2017/166; K.T.29.11.2017, RG: 20.02.2018-30338.

“Bir kimseyle gayrî tabîî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir”.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralla askerlerin gayri tabii mukarenette bulunmaları halinde karşılaşacakları cezai yaptırımın özel hayata saygı isteme hakkına müdahale olduğunu kabul etse de bu müdahalenin askeri disiplini korumak ve sürdürmek amacını haiz olduğunu vurgulamış ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak gibi meşru gayelerle yapıldığını ifade etmiştir. Ayrıca kararda Mahkeme, *“söz konusu davranışlar tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır”* diyerek açıkladığı gayri tabii mukarenet fiiline öngörülen cezayı, genel ahlak ve toplumsal ahlaki standartları referans alarak iptal istemini reddetmiştir. Buradaki önemli tartışmalardan biri, aynı fiilden iki kez yargılama olmayacağını garanti altına alan *ne bis in idem* ilkesidir. Zira asker kişilerin gayri tabii mukarenette bulunmalarından dolayı 6463 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince disiplin soruşturması ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu gereğince de cezai soruşturma öngörülmektedir. Ancak Mahkeme’ye göre kanun önünde eşitlik ilkesi öngören Anayasa’nın 10. maddesi, *eylemlî değil hukuksal bir eşitlikten* bahsetmektedir ve kimi kişi ya da topluluklar için değişik kural ve uygulamaların ortaya çıkması zorunlu olabilir. Bu bağlamda TSK’nın görev ve askerlik hizmetinin de özellikleri gereği, hüküm anayasaya aykırı bulunmamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kısıtlayıcı yorumu ışığında, AİHM içtihatları ve uluslararası hukukun öngördüğü ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün iç hukuka gereği gibi yansıtılmadığı ifade edilebilir. Engin Yıldırım’ın karşı oyunda belirttiği şu husus önemlidir:

“İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan, insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hakeden bir varlık olduğunu ifade etmektedir. Her insan sadece insan olmaktan kaynaklanan bir değere, erdeme ve saygıya sahiptir. Dokunulmaz bir niteliği olan insan haysiyeti herkesin konumu ve doğuştan gelen değişmez ve değişebilir özellikleri ne olursa olsun eşit olarak

sahip olduğu ve devletçe korunması ve saygı gösterilmesi gereken hayati bir insani değerdir. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda cinsel yönelim insan haysiyetiyle yakından bağlantılıdır. Diğer asker kişiler ve toplumun genelinden farklı cinsel yönelime sahip olan asker kişilerin cinsel yönelimleri kişiliklerinin değişmez bir parçasını ve kökleşmiş bir yönünü temsil etmektedir. Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil ne oldukları veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, 'makbul' vatandaş olarak görülmemektedir".

Burada, askerlik hizmetinin ne tür cinsel davranışı kabul edip hangi tür cinsel davranışı yasakladığı, cinsel davranışının kişinin askerlik hizmetiyle ne derece bir ilgisi olduğu da açıklanmamış, bu konu boşlukta bırakılmıştır. Ayrıca, askerlik hizmeti gereği belli başlı cinsel davranışların yaptırımı tabi tutulabileceği per se kabul edilirse, diğer devlet hizmetleriyle askerlik hizmetleri arasında cinsel davranış temelli ne tür bir ayırım yapılacağı sorusu da gündeme gelir. Bu hüküm, askerlik ile cinsiyet kimliği arasında keyfi bir korelasyon kurmakta, bu keyfiliğin sonucu ise asker kişileri, suç teşkil etmeyen bir fiilden ötürü yaptırımı uğratmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel davranış konusunda bir normatif alan varmış gibi, cinsel davranışları makbul ve makbul olmayan şekilde ayırma tabi tutan bir içtihat, laik hukuk yorumuyla bağdaşmamaktadır. Umberto Eco'nun Yorum ve Aşırı Yorum dikotomisine yeniden dönersek, "laik kutsal metinlerin" yorumu şeklinde bir oksimoronla⁴⁸ karşılaşmış oluruz. Laik bir hukuk sisteminde, cinsel davranışların arasında kutsiyet ayrımları yaparak, bu davranışta bulunan bireyleri farklı muameleye tabi tutmak, sistemin bütünü için tehlike arz eden bir aşırı yorum örneği olacaktır. Hukuk sisteminin temellerinde olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, normun aşırı yorumlanmasıyla kendi kendini imha etme tehlikesiyle karşı karşıyadır.

⁴⁸ Karşıt anlamlı ya da karşıt çağrışimli sözcüklerin bir arada kullanılması.

4. ZA Başvurusu:⁴⁹ Niğde'nin Bor ilçesinde bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmenliği yapan ZA hakkında okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği, kasabada bazı kişilerle bu şekilde ilişkide bulunduğu yönündeki iddiaya istinaden soruşturma açılmış, MEB Yüksek Disiplin Kurulu Kararı ile görevine son verilmiştir. Zonguldak İdare Mahkemesi'ne iptal davası açan başvurucunun davası reddedilmiş, karar kesinleşmiştir. Daha sonra 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben mesleğine iade edilmesini talep eden başvurucunun talebi reddedilmiştir. Ret kararı Danıştay 12. Dairesi'nin kararıyla onanmıştır. Başvurucunun, öğretmenlik mesleğine yeniden atanma, eğer o olmuyorsa da genel idare hizmetleri sınıfında bir görevde çalıştırılması talebine ilişkin bireysel başvurusunda Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği yönünden inceleme yapmış ve şu sonuca ulaşmıştır:

“Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvurucu hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurucunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır”.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerindeki başvurucunun görev yaptığı okuldaki davranışlarına odaklanıldığı savıyla ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucu bu açıdan oldukça şüphelidir. Zira başvurucunun okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği, hademenin iddiasından öteye gitmemiş; başvurucu ZA sadece kasabada bazı kişilerle cinsel ilişkide bulunduğunu kabul etmiştir. Bu noktada karşımıza çıkacak soru, eğer ZA heteroseksüel bir erkek olsaydı ve kasabadaki kadınlarla heteroseksüel birliktelikler yaşasaydı, bu durum onun öğretmenlik mesleğinden çıkarılması sonucunu doğuracaktı mı? Bu noktadaki cevabın özel hayatın gizliliği hakkının korunması kapsamında olduğu düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi gerekçesindeki, başvurucunun durumu ile çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri arasındaki toplumsal menfaat argümanı geçerliliğini yitirecekti. Bu

⁴⁹ Başvuru Numarası: 2013/2928; Karar Tarihi 18.10.2017, RG Tarih ve Sayı: 6/3/2018 - 30352.

durumda Engin Yıldırım'ın da karşı oyunda ifade ettiği gibi, idarenin başvuru talebini reddederken kullandığı *"iffetsizlik/huzur bozuculuk argümanları"* başvuru talebinin cinsel yöneliminden ötürü ayrımcılığa uğradığı sonucunu kanıtlamaktadır. Özkan Ağaş'a göre *"cinsel davranışları boyunduruk altına sokmak, yasanın belki de en eski takıntılarından biridir. Fakat yüzyıllar boyunca yasanın hedeflediği şey, hakiki bir cinsiyet talebinde bulunmak değil, belirli cinsel davranışları, evlilik ilişkilerini merkeze alarak yasaklamaktır. (Eş)cinselliği, bir hakikat ve bir müdahale alanı olarak inşa eden şey, yasadaki çok norm olmuştur: Yasanın cezalandırdığı şey belirli bir cinsel ilişki türüydü, oysa normun patolojik ilân ettiği şey bir tür eşcinselliktir"*.⁵⁰

Burada da yasa değil, ama yasa koyucunun elindeki norm ve uygulayıcılar yani yorumcular nezdinde bir kriminalizasyonun öznesi, eşcinselliğin yani belirli bir cinsel davranışın bizatihi kendisi olmuştur. Eşcinselliğin yasaklanabilecek bir cinsel yönelim olmadığını bir kenara bıraksak bile, böyle bir kriminalizasyonun normatif olarak var olmadığı sistemde uygulayıcılar eliyle yaratılan bu pasif cezalandırma sistemin bütününe işleyerek, sistemi kendi ilkelerine yabancılaştırmaktadır.

5. Cemal Duğan Başvurusu:⁵¹ Bu başvuru, kişilerin cinsel yönelimlerinden dolayı ayrımcılığa uğramaması gerektiğinin, özel hayat kavramının kişinin cinsel tercihinin ayrılmaz bir parçası olduğunun, sadece cinsel tercihe dayalı olarak maruz kalınabilecek bir uygulamanın kişinin kimliği üzerinde olumsuz etkiler doğuracağına adının bulunduğu ilk karardır. Bu sebeple diğer bireysel başvuru kararlarında sıklıkla referans verilen bu başvuru, travesti başvuru talebinin, yolda yürürken kolluk görevlilerince, rızası hilafına Emniyet Müdürlüğü'ne götürülüp iki/ üç saat boyunca hürriyetinden yoksun bırakılarak, hakkında idari para cezası uygulandığına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, kişinin trafik para cezası kesilmesinden ötürü eşitlik ve özel hayat saygı hakkına yönelik bir müdahalede bulunmadığını vurgulasa da travesti bireyin, trafiğin düzenini bozuyor olduğu kanısıyla neden trafik şube yerine, Ahlak Büro Amirliği'ne

⁵⁰ Özkan Ağaş, "Hakiki Cinsiyet, Yasanın Boyunduruğu ve Siyasi Öznellik," *Fe Dergi* 4, sayı 2, 2012, 31-33.

⁵¹ Başvuru Numarası: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.2.2017.

götürüldüğünün cevabını vermemiştir. Bu anlamda Engin Yıldırım'ın karşı oyunda dikkat çekilen husus, travesti bireyin, aynı eylemi heteroseksüel bir birey gerçekleştirseydi, muhtemelen herhangi bir şübeye götürülmeden sadece idari para cezasının kesilecek olmasıyla yaptırma uğrayacağıydı. Bu durumda travesti birey nezdinde ayrımcı muamelenin olduğu ve bu değerlendirmenin yapılmamasının Anayasa Mahkemesi açısından eksiklik olduğu ortadadır. Burada, homofobik ve transfobik bir yorumla söz konusu ayrımcı müdahalenin cinsel kimlik boyutu yok sayılmıştır. Nefret söylemi ve nefret suçuyla mücadelede yanımıza almamız gereken hukuk normları, uygulayıcıların elinde bu söylemlerin yaşayabileceği mekanlar haline gelmiştir.⁵²

6. Onurhan Solmaz Başvurusu: Başvuru, İzmir'de yaşayan travesti ve transseksüeller hakkında bir yerel gazetede çıkan köşe yazısına ilişkindir. Transseksüel başvurusunun, kendisinin ve kendisiyle aynı kimliğe sahip bireylerin aşağılandığı ve halkın kin ve düşmanlığa sevk edildiğini belirterek şikâyetinde bulunduğu köşe yazısı hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. İlgili nefret söylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği için, transseksüel başvuru, bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, etkili başvuru ve ayrımcılık yasağının ancak başka hakla bağlantılı olursa inceleneceğini belirterek, kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁵³

Halbuki bu yorum eleştiriye oldukça açıktır. Somut olayda, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dolayısıyla cinsel kimliğe yönelik bir ayrımcılık söz konusudur ve cinsel yönelim ile cinsiyet kimliği açıkça özel hayatın gizliliği kapsamındadır.⁵⁴ Dolayısıyla somut olaydaki ay-

⁵² Ağaş, age, s.32.

⁵³ Tolga Şirin bu kararı eleştirmektedir. Ona göre, her fırsatta olayların başvuru tarafından yapılan nitelendirmesiyle bağlı olmadığını ifade eden Anayasa Mahkemesi, söz konusu olayda başvurunun özü itibarıyla Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleriyle ilgili olduğu değerlendirmesini yapabilecekken yapmamıştır. Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru, 12 Levha Yayınları, Ekim 2015, "Başvurusunun yanlış nitelendirmesinin düzeltilmediği kararlar" başlığı, s. 80.

⁵⁴ AİHM, cinsel kimliği özel hayat bağlamında korumaktadır:

"Mahkeme, heteroseksüel bir çoğunluğun homoseksüel bir azınlığa karşı güdümlü önyargısını oluşturan politika ve kararları onaylamayı ısrarlı şekilde reddetmiştir. (...) Olumsuz tutumlar, geleneğe atıflar ve belli bir ülkedeki genel varsayımların kendisi, tıpkı farklı ırk, köken veya renge yönelik olumsuz tutumlarda

rımcılık yasağının ihlalinin, açıkça Anayasal bir hak grubuyla ilişkilendirilmesi mümkündür ve hatta Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereği AİHS kararları doğrudan uygulanabilir niteliktedir.⁵⁵ Burada değinilmesi gereken bir başka husus ise nefret söylemi ile cinsel kimlik arasındaki ilişkidir. Kararda önemsizleştirildiği gibi etkili başvuru ve ayrımcılık yasağının bu şekilde ihlal edilemeyeceğini söylemek mümkün değildir. AİHM'in Orlandi ve Diğerleri v. İtalya kararında vurguladığı gibi, cinsel kimlik özel yaşamın bir parçasıdır.⁵⁶ Somut olayda bir nefret söylemi iddiası vardır ve AİHM'in Vejdeland ve Diğerleri / İsveç⁵⁷ kararında belirttiği gibi, şiddete çağrı olmasa bile, halkın bir bölümüne hakaret eden, alay ya da iftira içeren söylemlerde bulunmak da nefret söylemini oluşturur, bu da köken ya da ırk temelinde yapılan ayrımcılık kadar ciddidir. Bu kararda eşcinsellikle ilgili dağıtılmış bir broşürden ötürü İsveç makamları başvuruculara okuldan uzaklaştırma ve para cezası vermiştir. AİHM kararında, broşürlerde "*eşcinselliğin bir cinsel sapma eğilimi olduğu ve toplum üzerinde ahlaken yıkıcı etkiler doğurduğu*" ifadelerine yer verildiğini, ayrıca broşürlerin, eşcinselliğin HIV ve AIDS'in yerleşmesine yol açtığı ve pedofilinin önemini azalttığına işaret ettiğini söyler. AİHM'e göre bu ifadeler, nefrete dayalı eylemlere teşvik etmese bile, çok ciddi ve ön yargılı ifadelerdir. Nefrete teşvik için mutlaka şiddet kullanmaya çağrı gerekmez, belirli bir gruba hakaret, alay ya da iftira eden söylemler de nefret söylemidir. AİHM, İsveç Yüksek Mahkemesi'nin insanların ifade özgürlüğü hakkını kullanarak başkalarını gereksiz yere incitici ifadelerden kaçınmaları gerektiği yolundaki görüşünü paylaşır ve başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği şikayetini reddetti. Yukarıda incelenen Türk Ceza Kanunu md. 122 bağlamında nefret söylemi ile değerlendirilebilecek ve özel hayata ilişkin ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğurabilecek bir olayda Mahkeme, homofobinin pratik uygulamalar eliyle yeniden açığa çıkarılmasına ses çıkarmama tercihinde bulunmuştur.

olduğu gibi, Mahkeme tarafından farklı muamele için yeterli bir haklı görme nedeni sayılmaz. (...)"

Bavey ve diğerleri v. Rusya, İHAM, 67667/09 44092/12 56717/12, 20/06/2017, § 70.

⁵⁵ Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17. Cilt, 2000, s.32-42.

⁵⁶ Orlandi ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru no. 26431/12.

⁵⁷ Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru no. 1813/07.

7. Üreme Yeteneğinden Sürekli Yoksunluk Şartına İlişkin Karar:⁵⁸ TMK md. 40'ta cinsiyet geçiş ameliyatı izni için öngörülen üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının, Anayasa'nın 10.,17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi yönünde yapılan norm denetimi kararıdır. Yeşim Atamer'in de ifade ettiği gibi, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğun ameliyat öncesi bir ön şart olarak aranması, zaten aynı sonuç cinsiyet geçiş ameliyatında sağlanacağı için, henüz ameliyat olmadan ek bir müdahaleye maruz kalmayı doğuracaktır.⁵⁹ Bu anlamda Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itirazı oldukça önemlidir. Üç aşamalı cinsiyet geçiş rejimini açıklayan Anayasa Mahkemesi'ne göre, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişinin tıbbi yöntemlere uygun ameliyat olduğunda bu yeteneğinden zaten sürekli yoksun kalacağı kuşkusuzdur; dolayısıyla ön şart, kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı yönünden ölçüsüz sınırlama doğurmaktadır.⁶⁰ Bu nedenle hüküm, iptal edilmiştir.

Bu karar olumlu bir adım olarak görülse de Tolga Şirin kararı eleştirmiş ve Mahkeme'nin konuyu kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı ile ilgili ele alırken, etraflı değerlendirmelere girmekten sakınmış olduğunu söyleyerek sadece bir ölçülülük değerlendirmesi yaptığını vurgulamıştır.⁶¹ Gerçekten de meselenin salt ölçülülük boyutuyla mündemiç olmadığı ve ayrımcılık yasağı boyutuna girilmesi gerektiği söylenmelidir. Aksi halde uygulama eliyle yaratılan homofobi ve transfobi aşılamayacak ve TCK md. 122 önemli bir kırılğan grubu, koruma kapsamına almamış olacaktır.

8. Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin cinsiyet değişikliğine ilişkin TMK md. 40/2 hükmünün Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı itirazı:⁶² İtiraz konusu, transseksüel yapıda olan kadınların, sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının, maddi ve manevi varlığın korun-

⁵⁸ Esas Sayısı: 2017/ 130, Karar Sayısı: 2017/ 165, Karar Tarihi: 29.11.2017

⁵⁹ Atamer/Taşkın, agm, s.736.

⁶⁰ Bu ön şart, daha önce YY v. Türkiye kararı özelinde AİHM'de tartışılmış, hükümet, bu müdahalenin gerekliliği konusunda ikna edici açıklamalar yapamadığı için, ihlal kararı verilmiştir. Ayrıca bu şartın, doğuştan mı yoksa sonradan mı üreme yeteneğinden yoksunluk anlamına geldiği konusundaki belirsizliğe ayrıca doktrinde değinilmiştir: Atamer, Taşkın, agm, s.732.

⁶¹ Tolga Şirin, age, s.20.

⁶² Esas No: 2015/79, Karar sayısı: 2017/164, Karar Tarihi: 29.11.2017.

masını düzenleyen 17. maddeye aykırı olduğu ileri sürülmesidir. Bu karar, LGBTQ haklarındaki terminoloji anlamında yukarıda tartışılan ve kişinin ameliyatlı/ ameliyatsız olup olmadığı fark etmeksizin, kendisini trans birey olarak tanıdığı noktada trans birey olduğu anlamındaki kabulün tartışılmaya açılması anlamında önemlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre, transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet geçiş ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetinin değiştirilerek, biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuken kabul edilmesinin, toplum düzeninde olumsuz yansımaları olacaktır. Bu sebeple hüküm, anayasaya aykırı görülmemiştir ve itiraz reddedilmiştir.

Ancak Mahkeme'nin ameliyatlı/ ameliyatsız ayrımını tartışmaya açması, transbireylerin kimi durumda ameliyatsız oldukları için nefret suçu ve nefret cinayetlerinin mağduru olduğunu işaret etmesi ya da ameliyatlı olan trans-bireylerin de yine başka türden nefret suçlarına maruz kaldıklarını tespit etmesi gerekirdi. AIHM içtihadının trans aktivisti Christine Goodwin v. Birleşik Krallık⁶³ Büyük Daire kararı baktığımızda göreceğimiz gibi, cinsiyet geçişi sadece cinsel kimliğin belirlenmesi açısından rol oynamaz. Nüfus sicili de kişinin özel hayatının bir parçasıdır ve buna yönelik maddi/ manevi yansımalar doğurmaktır. Trans-kadın Christine Goodwin, cinsiyet geçiş ameliyatı olduktan sonra yaşadığı bölgede nüfus sicilini değiştirememiştir. Bunun sonucu olarak kadınlara tanınan erken emeklilik hakkında, sosyal güvenlik yardımlarından, evlenme hakkında mahrum olduğu gibi çalıştığı işyerinde ismi ile cinsiyeti arasındaki uyumsuzluktan ötürü sorunlar yaşamakta ve çalışma hakkında da yoksun kalmaktadır. Büyük Daire, trans bireylere yönelik hukuki tanıma ve sosyal kabulün artık açık olduğu günümüzde, trans bireylerin cinsel kimliklerinin nüfus sicilleri yönünden tanınmasını engelleyecek bir toplumsal ihtiyaç olmadığını vurgulamıştır.⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin de yine iç

⁶³ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95

⁶⁴ Kararın 93. paragrafı oldukça önemlidir: "The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, owing to a clear and continuing international trend towards increased social acceptance of transsexuals and towards legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, the Court reaches the conclusion that the

hukukun bir parçası olan AİHM'in ilgili içtihadını göz önüne alarak, bu yönde ve hak ve özgürlükler temelinde bir karar vermesi gerekirdi. Demokratik toplumda gereklilik unsurunu taşımayan bu türden bir yasağın, hangi toplumsal ön kabule dayanarak hukuk dışı bir ayrımcılığa yol açtığı tartışılabilirdi. Maddi ve manevi bütünlüğü koruyan Anayasa, bu açıdan trans bireylerin bütünlük haklarının yargı yoluyla göz ardı edildiği bir uygulamanın konusu olmuştur.

9. M.K. Başvurusu:⁶⁵ Başvurucu, ergenlik çağından itibaren kendisini erkek olarak hisseden ancak kadın cinsel organına sahip olan bir trans erkektir. Sağlık Kurulu Raporu alarak Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde cinsiyet geçiş ameliyatı olmak isteyen başvurucunun bu talebi, mahkemece reddedilmiştir. Başvurucu, ret kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açtığı sırada, yukarıda norm denetimi kararında ele alınan üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartı, cinsiyet geçiş ameliyatı için bir ön şarttı. Ancak başvuru, kişinin ancak iradesiyle kısırlaştırılma işlemine ön şart olarak tabii olabileceğini, sırf ameliyat olmak istediği için bunun zorunlu olarak gayriiradî uygulanmasının, maddi ve manevi varlık yönünden ihlal teşkil ettiğini söyleyerek, bu işleme rıza göstermemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, norm denetimi kararına atıfta bulunarak kişilerin üreme yeteneğine sahipken de cinsiyet geçiş ameliyatı olabileceklerini ifade etmiş ve başvurucunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu karar, ilgili norm denetimi kararından sonra, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının, ölçsüz bir sınırlama olarak telakki edildiği ilk bireysel başvuru kararı olması hasebiyle de önemlidir. Ancak bu karar da aynı diğer kararlar gibi, ayrımcılık yasağına ilişkin bir tespit yapmaktan kaçınmaktadır. Bu tespitten ısrarla kaçınılması, Türk hukukunda ve vatandaşlık ilişkilerinde "*cinsel vatandaşlık*"⁶⁶ olarak tarif edilen ve kamusal alanın ötesine geçen vatandaşlık taleplerini kapsamaya çalışan bir eşit vatandaşlık fikrinin henüz kabul edilmediği

notion of fair balance inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant".

⁶⁵ Başvuru Numarası: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.6.2018.

⁶⁶ Ruth Lister, *Sexual Citizenship, Handbook of Citizenship Studies*, Haz. Engin F. Isın ve Bryan Turner, Londra: Sage Publications, 2002, s.191-208.

sonucunu da doğurur. Cinsel vatandaşlık kriminalize edilmemiştir ancak eşit vatandaş taleplerinin de dışında bırakılmıştır.

10. Sinem Hun Başvurusu:⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar ki gelgitli ve bir ileri iki geri olarak mütereddit ve çekingen verdiği LGBTQ haklarına ilişkin kararlardan başlıca olanlar ifade edilmiştir. Sinem Hun Başvurusu ise, başvurucu avukatın, LGBTQ hakları savunuculuğu yapan bir sivil toplum kuruluşunun avukatı olması sebebiyle, stratejik insan hakları davası olarak görülebilir.

Stratejik davalar, insan haklarına ilişkin sistemsel sorunlarının çözülebilmesi için hukuki yolların ve yasal sürecin aracı kılınarak, belli bir başvurucu ya da örgüt tarafından dava edilebilmesidir.⁶⁸ Stratejik dava, sistemsel bir sorunun çözümünde yarattığı değişim, hukuki uygulamanın etkisinin artırılması, politika aracılığıyla siyasal aktörlerin katılımı, kamusal görünürlüğün artması, bilincin yükseltilmesi ve daha geniş çapta gelişmelerin sağlanması yoluyla başarıya ulaşır. Dolayısıyla buradaki amaç, kamusal görünürlüğün ve sistemsel sorunun tespitine yönelik görülebilir. Bu başvuru, kendisini "sapıkların avukatı" olarak hakaret içerikli habere konu eden Habervaktim.com sitesine yöneliktir. Başvurucunun şikâyeti üzerine, ifadenin ağır eleştiri sınırları içinde kaldığı ifade edilerek, kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda, "sapıkların avukatı" ifadesi, nefret suçu ya da söylemi olarak değerlendirilmemiş ve başvurucunun şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengeyi, bu ifade ile bozulmadığı belirtilmiştir. Bu karara yazdığı karşı oyda Osman Alifeyyaz Paksüt, "İnternet gazetesinin ifade hürriyeti ile nefret söylemlerine karşı, devletçe koruma altına alınması gereken bir grubun avukatlığını yapan başvurucunun kişilik haklarının ihlal edildiği" sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten de bir gruba "sapık", o grubun hak savunuculuğunu yapan avukatlara da "sapıkların avukatı" diyerek nefret söyleminde bulunan internet sitesinin ifadelerini, basın hürriyeti kapsamında değerlendirmek oldukça eleştiriye açık bir durumdur. Bu konuda da yine AİHM'in Vejdeland ve Diğerleri kararı hatırlanmalı ve nefret söyleminin, kırıl-

⁶⁷ Başvuru Numarası: 2013/ 5356, Karar Tarihi: 08/05/2014.

⁶⁸ Ben Schokman, Daniel Creasey, Patrick Mohen, Strategic Litigation and its Role in Promoting and Protecting Human Rights, Legal Guide, Advocates for International Development, July 2012.

gan gruplara karşı şiddete çağırmasa bile çok ağır sonuçları olabileceği göz önüne alınmalıdır. Bu ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacak denli ağır ve hedef gösteren ifadelerdir. Özkan Ağaş'ın vurguladığı korelasyonla ifade edilecek olursa, *"Yüzyıllar boyunca cezalandırmanın ayrıcalıklı konularından olmuş kimi cinsel davranışların yasanın boyunduruğu altında tutulması giderek daha zor açıklanabilir/haklılaştırılabilir bir şey olmaya başlamıştır. İkili bir süreç, yani suçun toplumsal zarar terimleriyle düşünölmeye başlanması bir yanda, buna eklenen yeni rasyonel/hedonist cezalandırma ekonomisi diğer yanda, bunda etkili olmuş ve ceza yasanının meşruiyetine dair şüpheyi canlı tutmayı başarmıştır."*⁶⁹

Bunun bize anlattığı ise yasalarla normatif olarak ceza hukukunun suç tavsifine sokulmasa da toplumsal zarar, kamu düzeni, toplumsal ihtiyaç gibi muğlak ifadelerle yeni bir cezalandırma ekonomisi, cinsel grupları göz ardı ederek dolaşıma sokulmaktadır. Buraya kadar incelediğimiz kararlarda ısrarla çekingen ve ayrımcılık yasağı eksenini dışında yorumlarını gördüğümüz yargı organı da cinsel kimliği bu şekilde göz ardı etmektedir. Ancak burada değinilmesi gereken bir diğer husus ilgili yargı organının yani Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve oluşumuyla da yakından ilgilidir. Mahkeme'nin halihazırdaki 16 üyesinin tamamı erkektir.⁷⁰ 1961 Anayasası'nın 145 ile 152. maddelerinde düzenlenmiş olan Mahkeme'nin bugüne kadarki toplam 130 üyesinden ise sadece 5'i kadındır.⁷¹ Bugüne kadar sadece 1 kadın hâkim, Tülay Tuğcu, Mahkeme'ye başkanlık etmiştir. Cinsiyet eşitliğinden söz edilmesinin mümkün olmadığı Mahkeme tarihine ve bugününe bakıldığında, cinsel kimlik ile ilgili kararların nasıl bu denli heteronormatif ve eril bakış açısını yansıttığını görmek mümkün olabilir. Mahkeme'nin bu dili yeniden üreten yargı kararları, hukuk ve yasanın her zaman aynı iki şeyi imlemediğini göstermesi açısından da önemlidir. Gerçekte "yasa"nın sahip olduğundan çok daha farklı bir müdahale tarzına işaret eden yeni bir düzenleme ilkesinin hızla yükseldiğinden bahsediyordu Ağaş: "norm".⁷² *"Yasanın aksine norm, neyin yapıлып neyin yapıl-*

⁶⁹ Ağaş, age, s.36.

⁷⁰ Anayasa'nın 146. maddesi gereği, Mahkeme'nin üye sayısı 15'tir ancak Askeri Yargıdan gelen üyelere birinin görev süresi dolana kadar Mahkeme'de olması sebebiyle fiili üye sayısı 16'dır.

⁷¹ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/> (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

⁷² Ağaş, age, s.36.

maması gerektiğini vazedenden dışsal bir yasaklama oyununa göre değil, neyin normal olup neyin olmadığını tayin eden içkin bir düzenleme oyununa göre iş görüyordu". Bu açıdan bakıldığında normal ve makbul olanın ekseninde ve zaviyesinde verdiği kararlarla AYM, çok belirgin toplumsal eril dilin yasa diliyle konuşmasını sağlayan bir aracı olarak işlev görmektedir. Halbuki eşit yurttaşlık ve ayrımcılık yasağı ilkeleri nazarında konuşan bir Anayasa Mahkemesi'nin gerek Anayasa'nın kendisine gerek pratik uyumu ilkesi gereği temel hak ve özgürlüklerin bütününe gerekse devletin uluslararası normlardan kaynaklı pozitif yükümlülüklerine çok daha uygun olacağını görmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne dek LGBTQ hakları açısından verdiği önemli kararlardan sonra, Mahkemenin tutumunun ve hukuki gerekçelendirmelerinin sıklıkla "*genel ahlak, toplum düzeni, kamu düzeni, askeri disiplin*" ve benzeri genel geçer, normatif dayanağı tartışmalı öncüllerle kesildiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar ilerici bir takım adımlar atılsa da genel ahlak duvarının genişliği karşısında kıyısından ya da köşesinden bu duvara çarpıldığında, Mahkeme'nin geri adım attığı sıklıkla görülmektedir. Bu anlamda içtihadın dinamik ve geliştirici yorumla ileriye gidebilmesi özelinde, LGBTQ davalarında stratejik yaklaşımın nasıl güdüleceği kısaca açıklanacaktır.

D. LGBTQ Haklarında Stratejik İnsan Hakları Davaları

Kaos-GL, stratejik davalar projesi başlatmış, bu noktada Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı'nın desteğiyle bir iş birliği projesi oluşturmuştur.⁷³ Türkiye'deki LGBTQ hareketinin tarihi, aynı zamanda yasal mücadele eliyle hakların görünür olmasının da tarihidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli ilk karından son bireysel başvuru kararlarına kadar bu yasal mücadele zemini görünmektedir.

Eşcinsel hakları konusunda çalışma yürüten Kaos-GL derneği, eşcinsellere ilişkin nefret söyleminde bulunan bir internet sitesi hakkında ceza kovuşturması yürütülmemesinden ötürü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş, Mahkeme, tehdidin belli bir eşige ulaşmamasından hareket ederek ihlal kararı vermemiştir.⁷⁴ Buna rağmen,

⁷³ <https://www.kaosgl.org/haber/kaos-glrsquoden-stratejik-davalama-projesi> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

⁷⁴ KAOS GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu (Başvuru Numa-

bu gibi başvurular sayesinde kamusal görünürlük sağlanmakta, stratejik yaklaşımla hukukun içinden geçerek, anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükler rejiminin taşıyıcısı olabilmesinin yolu aranmaya ve kanallar açılmaya çalışılmaktadır.

LGBTQ hakları konusundaki stratejik yaklaşımın, kendini adım adım göstereceği aşikârdır. Dünden bugüne kısa vadede ulaşılabilecek hedeflerden çok, uzun erimli mücadelelerin yasal kazanımlar yoluyla perçinlenmesi, LGTBQ haklarındaki gelişmelerin önemli ayağını oluşturur. Örneğin, bu konudaki son gelişme 14 Ocak 2019 tarihinde, Avrupa ülkelerindeki LGBTQ hakları konusundaki indeks olan Gökkuşluğu Haritası⁷⁵nda son sıralarda olan Litvanya'da⁷⁶ yaşandı. Üst mahkeme, eşcinsel vatandaşların yabancı eşlerine oturma izni verilmemesini ayrımcı olarak telakki ederek, *“oturum izni vermeyi reddetme koşulu yalnızca kişinin cinsiyet kimliği ya da cinsel yönelimine dayanamaz”* hükmünü verdi.⁷⁷ Bu gelişmeler, dünyada da LGBTQ bireylerin görünürlük mücadelesinin, eşitlik savaşı ve ayrımcılık yasağına karşı her yerde içtihat yoluyla geliştirilebilecek potansiyeli olduğunu göstermektedir.

Sonuç

Virginia Woolf'un mucizevi şekilde kadın olan şair kahramanı Orlando, yeni bedeni karşısında hicap ve merak, kınama ve dışlanma ile karşılaşınca, Virginia Woolf araya girer:⁷⁸

“Orlando kadın olmuştu; bunu yadsımak olanaksız. Ancak başka her bakımdan eskiden ne idiyse oydu. Cinsiyet değişimi geleceğini değiştirse de kimliğini hiç değiştirmemişti. Erkeğin belleği –ancak bundan böyle âdet yerini bulsun diye erkeğin yerine kadının demeliyiz- yani kadın Orlando'nun belleği hiçbir engelle karşılaşmaksızın geçmiş yaşamın

75 rasi: 2014/18891) Karar Tarihi: 23/5/201 8 R.G. Tarih ve Sayı: 8/6/2018-30445.
75 Ilga-Europe, Rainbow Map: <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

76 Latvia is worst place to be gay in EU, index shows: <https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/latvia-is-worst-place-to-be-gay-in-eu-index-shows/> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

77 Lithuania's top court grants residence permits for same-sex foreign spouses: <https://www.gaystarnews.com/article/lithuanias-top-court-grants-residence-permits-same-sex-foreign-spouses/#gs.XxicFyZe> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

78 Virginia Woolf, Orlando, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2000, Çev. Seniha Akar, s.104.

tüm olaylarının ta en başına kadar uzanabiliyordu. [...]

Birçokları bunun doğaya aykırı olduğunu savunarak 1. *Orlando'nun öteden beri kadın olduğunu* 2. *Orlando'nun hâlihazırda bir erkek olduğunu* kanıtlamak için büyük çaba göstermişlerdir. Bırakalım biyologlarla psikologlar belirlesin bunu. Bizim için basit gerçeği söylemek yeterli: Otuzuna kadar Orlando erkekti; bu yaşta kadın oldu ve o gün bugündür de öyle.”

Virginia Woolf'un büyümlü bir dille söylediği gibi, doğal olan ya da olmayan tartışması, Orlando'nun ve onun gibi tüm LGB TQ kimlikli bireylerin gerçekliğine dokunmayan, sadece suyun üzerinde başkalarının, başka hayatlarla ilgili değer yargılarını içeren nüvelerle doludur. Bu sebeple LGBTQ hakları, başka hiçbir meşrulaştırma ve mazerete dayanmadan, sadece kişiler o bedenle ve o yönelimle yaşamak istedikleri için savunulmalı, insan hakları savunuculuğu sadece buradan kurularak yapılabilmelidir.

Woolf, Orlando'yu anlatırken şöyle söylüyordu: “*Gariptir ama insan bir yaşantıyı kendine saklanmaktansa, alayları ve yanlış anlaşılmayı göğüslemeyi yeğler*”.⁷⁹ LGBTQ bireylerin kendi hayatlarına sahip çıkmak pahasına, ölümü, dışlanma ve ayrımcılığı, nefreti ve tacizi göze aldığı bu yerde, onların haklarının savunuculuğunu eldeki tüm hukuki yollarla yekten yapabilmek, temel hak ve özgürlük rejiminin en çok dışarıda bıraktığı bireylere bir lütuf değil, bedeller ödeyerek elde ettikleri ancak doğuştan sahip oldukları hakları onlara geri vermektir.

Kaynakça

- Ann Scales, Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı, Çev. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi Yayınları, Kasım 2019.
- Ataman Hakan, LGTT Hakları İnsan Haklarıdır, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009.
- Atamer Yeşim, Taşkın Damla, Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri, *Yargıtay Dergisi*, 2016, Cilt 42/4.
- Baldwin James, Giovanni'nin Odası, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, Haziran 2006.
- Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi, Genel Yorum No.16, 2005.

⁷⁹ Woolf, *age*, s.108.

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, "Herkes Özgür ve Eşit Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Raporu", 2013, BM Raporu.
- Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Blumenfeld Warren and Raymond Diane, Prejudice and Discrimination, In Reading for Diversity and Social Justice, by Routledge, New York.
- Butler Judith, Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayınları, Haziran 2008; Queer Tahayyül, Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayınları, Nisan 2016; Queer Teori: Bir Giriş, Annamarie Jagose, NotaBene Yayınları, 2015.
- Coman Adrian, Sexual Orientation and Human Rights, Human Rights Education Associates (HREA), 2003.
- Duberman Martin, Stonewall İsyanı, Agora Yayınları, 2008.
- Duffy Helen, Strategic Human Rights Litigation, Hart Publishing, 2018.
- Esmer Yılmaz, Türkiye Değerler Atlası, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- Foucault Michel, Cinselliğin Tarihi, 1. Cilt, Afa Yayınları, 1986.
- Foucault Michel, Nietzsche, Genealogy, History, Language, Counter Memory, Praticce: Selected Essays and Interviews, Cornell University Press, 1977.
- Göztepe Ece, "Anayasa Şikâyeti", AÜHF yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998.
- Göztepe Ece, Anayasa Yargısının Meşruluğu İçinde Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis Yayınları, 2012.
- Göztepe Ece, Justinia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, v.3.
- Ilga-Europe, Rainbow Map: <https://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/rainbow-europe-2018>
- International Day against Homophobia, 17 May, Statement by Terry Davis, Secretary General of the Council of Europe, Press release - 395(2009) Strasbourg, 15.05.2009.
- Karan Ulaş, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği, *TBB Dergisi*, Sayı 73, 2007.
- Langford, Malcolm, Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times, E. Brems and E. Desmet, Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions (Edward Elgar, 2017), University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12.
- LGBTT Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu Raporu, 2007, Kaos-GL Yayınları., http://www.kaosgldernegi.org/resim/kutuphane/dl/lgbtt_ih_raporu_2007.pdf
- Özkan Ağaş, "Hakiki Cinsiyet, Yasanın Boyunduruğu ve Siyasi Öznellik," *Fe Dergi* 4, sayı 2, 2012, 31-43.
- Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17. Cilt, 2000, s.32-42.

- Ruth Lister, *Sexual Citizenship, Handbook of Citizenship Studies*, Haz. Engin F. Isın ve Bryan Turner, Londra: Sage Publications, 2002.
- Schokman Ben, Creasey Daniel, Mohen Patrick, *Strategic Litigation and its Role in Promoting and Protecting Human Rights, Legal Guide, Advocates for International Development*, July 2012.
- Şirin Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru*, 12 Levha Yayınları, Ekim 2015.
- Şirin Tolga, *Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik Kararları*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, cilt 7, sayı 14, 2018, s.513-562.
- Thoreson Ryan, *The Limis of Moral Limitations: Reconceptualizing Morals in Human Rights Law*, içinde *Harvard International Law Journal*, Volume 59, Number 1, Winter 2018.
- Transfobik Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım, *Nefret Suçları Mağduru Trans Bireyleri Anma Buluşması Kitabı*, Pembe Hayat Derneği ve Hollanda Büyükelçiliği, 2011.
- Türkiye’de Trans Olmak: Dışlanma, Ayrımcılık, Şiddet Raporu, Kırmızı Şemsiye Derneği, Temmuz 2016, Hazırlayan: Kemal Ördek.
- Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 32, 2015, s. 237-238.
- Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, *Ayrıntı Yayınları*, 3. Basım, Ekim 2019.
- Woolf Virginia, Orlando, *İletişim Yayınları*, 1. Baskı, 2000, Çev. Seniha Akar, s.104.
- Yılmaz Volkan, *The New Constitution of Turkey: A Blessing or A Curse for LGBT Citizens? Turkish Policy Quarterly*, Volume 11, Number 4.
- Yogyakarta ilkeleri metni için: http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf

Film

Laurence Anyways, Yönetmen: Xaiver Dolan, 2012, Fransa.

Kararlar

- Joslin v Yeni Zelanda, supra n. 48, Communication No. 902/1999.
Esas Sayısı: 2017/130; Karar Sayısı: 2017/165.
<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/pdf/2014-18891.pdf>
- Dudgeon v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, 22 Ekim 1981.
2. Hukuk Dairesi, 21.01.1982, E. 1981/8911; K. 1982/259.
Esas Sayısı: 2014/118; Karar Sayısı: 2015/35; Karar Tarihi: 1.4.2015.
Başvuru Numarası: 2013/ 5356; Karar Tarihi: 08/05/2014.
Başvuru Numarası: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.2.2017.
Başvuru Numarası: 2013/ 2928; Karar Tarihi 18.10.2017.
Karar Tarihi: 29.11.2017; Esas No: 2015/79.
Karar Sayısı: 2017/164; Karar Tarihi: 29.11.2017.

Başvuru Numarası: 2015/ 13077; Karar Tarihi: 12.6.2018.

Esas Sayısı: 2015/68; Karar Sayısı: 2017/ 166; Karar Tarihi: 29.11.2017.

Esas Sayısı: 1985/8; Karar Sayısı: 1986/27; Karar Tarihi: 26.11.1986.

Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256 para. 107. Karar tarihi: 25.06.2014. (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015.

Peck/Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B. No: 50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B. No: 2872/02, 02.12.2008.

Bavey ve diğerleri v. Rusya, İHAM, 67667/09 44092/12 56717/12, 20/06/2017.

Orlandi ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 26431/12.

Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru No: 1813/07.

Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95.

Haberler

Kaos-GL Stratejik Dava: <http://www.kaosgl.org/sayfa.php?id=16239>

Trans Kadın Hande Şeker'in öldürülmesi: <https://t24.com.tr/haber/trans-kadin-hande-sekeri-olduren-polis-memuru-tutuklandi,795488>

Latvia is worst place to be gay in EU, index shows: <https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/latvia-is-worst-place-to-be-gay-in-eu-index-shows/>

Lithuania's top court grants residence permits for same-sex foreign spouses: <https://www.gaystarnews.com/article/lithuanias-top-court-grants-residence-permits-same-sex-foreign-spouses/#gs.XxicFyZe>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/>.

ADLİ BİLİŞİM SÜRECİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ*

PROBLEMS ENCOUNTERED IN THE COURSE OF COMPUTER FORENSICS AND SOLUTION PROPOSALS

Yusuf BAŞLAR**

Özet: Adli bilişim, bir soruşturma kapsamında bilişim sistemlerinde bulunan elektronik delile ilk temas edildiği andan yargı makamlarının önüne getirilmesi anına kadar geçen sürecin bütünüdür. Kişilerce işlenen suçların cezalandırılması ve bunun için gerekli adil yargılamanın gerçekleştirilmesi, usulüne uygun elde edilecek delillerle mümkündür. Bu bakımdan, adli bilişim süreci, elektronik delilin önem arz ettiği suçlar bakımından oldukça ehemmiyetlidir. Adli bilişim süreci sonucunda bilişim sistemlerinden veya veri depolama birimlerinden elde edilen elektronik veriler, çözümlenerek anlaşılır vaziyette elektronik delil haline getirilmektedir. Elektronik verilerin kaynağının ne olduğu, ne zamandan beri bilişim cihazlarında bulunduğu, bu verilerde değişiklik yapıp yapılmadığı, yapılmış ise nasıl ve ne zaman yapıldığı gibi soruşturma için hayati öneme sahip bilgiler adli bilişim sürecinde tespit edilmektedir. Bununla birlikte bu süreçte ortaya çıkan birçok sorun, elektronik delilin kaybolmasına ve/veya kullanılamaz hale gelmesine neden olabilmektedir. Biz de bu çalışmamızda adli bilişim sürecini ve bu süreçte karşılaşılan sorunlar ile çözüm önerilerimizi ortaya koymaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Adli Bilişim, Elektronik Delil, Elektronik Veri, Bilişim Sistemleri

Abstract: Computer forensics is a term which defines the entire process starting from the first contact with the evidence found in information systems within a scope of an investigation up until the moment of bringing it before the judicial authorities. To punish the crimes committed by individuals and to serve the true justice in this regard is possible only by the way of the duly obtained evidences. Therefore, computer forensics process is rather important particularly in terms of the crimes electronic evidences count. At the end of the computer forensics process, electronic data obtained from information systems or data storage units turned into the collectible

* Bu çalışma, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delil" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr., Starts Editörlük ve Danışmanlık Hizmetleri, yusufbaslar@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3575-6345, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.07.2019, Kabul Tarihi: 13.07.2019

from through data processing. The vital information for investigation such as; what is the source of the electronic data? Since when they are in the information devices? Whether they have been modified or not? If they were modified, when and how? were obtained in the computer forensics process. Besides, various problems emerge in this process could cause the electronic evidence be lost and/or distorted to become useless. So in this study we tried to propound the computer forensics process, the problems emerging in its course and our proposals to solve such problems.

Keywords: Computer Forensics, Electronic Evidence, Electronic Data, Information Systems

Giriş

Kriminalistik uzmanı Prof. Edmond Locard'ın ortaya koyduğu ve günümüzde Locard teoremi olarak da bilinen "Değişim Prensi"ne göre, bir ortamı terk eden bir kimsenin orada bulunduğu dair iz bırakmaması ya da üstünde o ortamdan bir şeyler alıp götürmemesi mümkün değildir. Olay yeri incelemesi ile elde edilen en önemli şey maddi delillerdir. Bu tür deliller şüphelinin aleyhine dilsiz birer tanık niteliğindedir. Nitekim canlı tanıkların (şahitlerin) varlığı bile onları yok edemez.¹

Değişim prensibindeki birbirine temas eden iki nesne arasındaki değiş tokuş fiziksel ortamda söz konusu olduğu kadar dijital ortamlar için de söz konusudur. Bu bakımdan nasıl ki fiziksel ortamda her temas iz bırakmakta ise bilişim sistemleri üzerinde de iz bırakmadan işlem yapmak neredeyse imkânsızdır. Önemli olan bu izleri doğru bir şekilde tespit edip sonuca götürücü verilere ulaşmaktır.² Bu işlemlerin sağlıklı ve bilimsel olarak yürütülmesi amacıyla da adli bilişim bilimi ortaya çıkmış ve gelişmiştir.³ Bu doğrultuda da adli bilişim yöntemlerinin ve ceza muhakemesi ilkelerinin denkleme uygun biçimde yerleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.⁴

¹ Şevket Kümüştaş, "Maddi Delillerin Elde Edilmesi ve Hukuka Uygunluğu", *Çağın Polisi Dergisi*, 2007, S. 66, s. 36.

² Yusuf Uzunay/Kemal Bıçakçı, "A3D3M: Açık Anahtar Altyapısı Destekli Dijital Delilleri Doğrulama Modeli", Ağ ve Bilgi Güvenliği Ulusal Sempozyumu, İstanbul, 2005, <https://docplayer.biz.tr/14459365-A3d3m-acik-anahtar-altyapisi-destekld-ddjdtal-deldlled-dogrulama-modeld.html> Erişim Tarihi: 19.02.2019.

³ Hüseyin Çakır/Ercan Sert, "Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci", *Örgütlü Suçlar ve Yeni Trendler, Uluslararası Terörizm ve Sınırşan Suçlar Sempozyumu (UTSAS 2010)*, Oğuzhan Ömer Demir/Murat Sever (drl.), Ankara, 2011, s. 146.

⁴ Onur Özbek, "Hukuk Devletinde Bireysel Güvenlik Ekseninde Bilişim Teknolo-

I. Adli Bilişim Kavramı

Uzun yıllar boyunca adli tıp, adli kimya gibi adli uzmanlık alanları suç soruşturmalarını yürüten makamlara yardımcı olarak birçok adli vakanın bilimsel yöntemlerle çözülmesinde yardımcı olmuştur. Uzmanlar, olay mahallindeki biyolojik ve fiziksel izlerin kendilerine gösterdikleri ipuçları doğrultusunda olay hakkında ayrıntılı bilgi elde etme imkânını bulabilmişlerdir. Bununla birlikte, günümüzde suç ve suçluların elektronik ortamda kendilerini sıkça göstermeleri nedeniyle olayı aydınlatmaya çalışan uzmanlar artık doğadaki iz ve emarelerin değil bilişim sistemlerindeki manyetik olarak kodlanmış vaziyetteki 1 ve 0'ların peşine düşmüşlerdir.⁵

Adli bilişim kavramı tahmin edildiğinin aksine “adli” ve “bilişim” kelimelerinin bir araya getirilmesi sonucunda oluşturulmuş bir kavram değildir. Dilimize, “computer forensics” tanımından çevrilmiş olan ve yeni bir anlam kazandırılan adli bilişim kavramı, geniş bir anlama sahip olan “bilişim” kelimesinin esas alınması sonucunda “computer forensics”ın Türkçe karşılığı olan “bilgisayar adli bilimi” kavramının yerine kullanılmaktadır.

Bununla birlikte adli bilişim kavramı yaygın olarak “computer forensics” kavramının karşılığı olarak kullanılmakta ise de bilişim teknolojisindeki baş döndürücü gelişmeler sonrasında gerçekte elektronik delilin yalnızca bilgisayarlarda bulunmadığının anlaşılması üzerine “computer forensics” kavramının yerine ondan daha genel nitelikte olan “digital forensics” kavramı da kullanılmaya başlanmıştır.

Adli bilişim, yeni bir hukuk dalı olarak ortaya çıkan ancak etkinliği günden güne artan bilişim hukuku konularına ilişkin bir yardımcı disiplin olarak doğmuştur. Nitekim adli bilişim yöntemlerine gerek ceza yargılamasında gerekse hukuki ihtilaflarda sıkça başvurulmaktadır. Bu bağlamda adli bilişim, ceza yargılamasında etkin biçimde kullanılmasına karşın özel hukuk alanındaki ihtilafların çözümünde de

jileri”, 1. Hukukun Gençleri Sempozyumu (Hukuk Devletinde Kişisel Güvenlik), Ankara, 20-21 Mart 2009, <http://www.umut.org.tr/tr-TR/hukukun-gencleri-sempozyumlari-dizisi--1-hukuk-devletinde-kisisel-guvenlik/111.aspx> (25 Şubat 2015).

⁵ Semih Dokurer, “Adli Bilişim”, 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara, 14-15 Nisan 2005, s. 226.

yargılamaya delil katkısı sağlayabilecek bir bilim dalı olarak kendini göstermektedir.⁶

Adli bilişim süreci, bir bakıma olay yeri inceleme esaslarına benzetilmektedir. Bu süreç sonunda görünmez nitelikte olan elektronik delil, görünür ve anlaşılır hale gelmektedir. Süreç içerisinde bir elektronik delilin sonradan değiştirilip değiştirilmediği veya tahribata uğrayıp uğramadığı da saptanabilmektedir.⁷

Adli bilişim, suçun aydınlatılabilmesi için bilimsel yöntemler kullanılarak, çeşitli varyasyonlardaki elektronik medyalar üzerinde bulunan, suçla ilgili elektronik delilin değişmeden ve zarar görmeden anlaşılabilir bir şekilde yargı makamları önüne sunulmaya hazır hale getirilmesini sağlayan ve başlı başına bilimsel teknik prensiplerin uygulandığı bir delil inceleme sürecinin bütünüdür.⁸

Başka bir ifadeyle adli bilişim, elektromanyetik, elektro optik ortamlarda korunan ve/veya bu ortamlarca iletilen ses, görüntü, veri bilgileri veya bunun bileşiminden oluşan her türlü bilişim nesnesinin mahkemelerde elektronik delil niteliği taşıyacak biçimde tanımlanması, elde edilmesi, saklanması, incelenmesi ve mahkemeye sunulması sürecidir.⁹

Adli bilişimi, bir yargılama sırasında kullanılacak potansiyel delillerin belirlenmesi için bilişim sistemlerinin kullanılması şeklinde tanımlamak da mümkündür. Nitekim adli bilişim, bilişim sistemleri kullanılarak ne, kim, nerede, ne zaman ve nasıl sorularına cevap bulmaya çalışmaktadır.¹⁰ Bu bağlamda adli bilişim, elektronik delillerin ihtiva ettiği bilgileri, delil inceleme prosedürlerini, hukuki ve etik sorumlulukları göz önünde bulundurup delil bütünlüğünü koruyarak ve gerçeği açığa çıkartmak amacıyla elektronik delili toplama, inceleme, analiz etme ve raporlama sürecinin bütünüdür.¹¹

⁶ Özcan Özbey, "Adli Bilişim ve Sayısal Deliller (5271 sayılı CMK'nın 134. Maddesi)", *Yargıtay Dergisi*, 2010, C. 36, Ş. 3, s. 65.

⁷ Osman Gazi Ünal, *Bilgisayarlar ve Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 21.

⁸ A. Hakan Ekizer, *Adli Bilişim (Computer Forensics)*, 2014, <http://www.ekizer.net/adli-bilisim-computer-forensics> Erişim Tarihi: 12 Şubat 2020.

⁹ Ahmet Hasan Koltuksuz, "Adli Bilişimde Olay Yeri İnceleme Esasları", *Bilişim Hukuku Konferansı-Yargıtay*, Ankara, 09-10 Ekim 2008, s. 12.

¹⁰ Servet Yetim, "Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, C. 2, S. 11, s. 124.

¹¹ Kubilay Say, *Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması*

II. Adli Bilişimin Önemi

Adli bilişimin, bilişim sistemlerindeki elektronik delile ilk temas edildiği andan yargı makamlarının önüne getirilmesi anına kadar geçen sürecin bütünü olarak ele alınması, onu, adli bilimler içerisinde değerlendirilecek bir disiplin haline getirmektedir. Nitekim adli bilişimin, ceza ve hukuk yargılamalarında bilişim sistemlerinde bulunan delillerin toplanması, incelenmesi, analiz edilmesi ve raporlanması olarak değerlendirilmesi, adli bilimlerin bir alt disiplini olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Elektronik delilin korunması, elektronik ve fiziksel koruma şeklinde kendini göstermektedir. Elektronik koruma, delillerin ilk alındığı andan itibaren değişmediğini, bütünlüğünün bozulmadığını ispatlayacak çeşitli mekanizmaları içermektedir. Bu genellikle kriptografik işlemler sayesinde gerçekleştirilmektedir. Fiziksel koruma ise, delillerin incelenecek yere bozulmadan taşınması, mahkemeye sunulacağı ana kadar uygun ortamlarda saklanması ve yine mahkemeye götürülüş sırasında herhangi bir bozukluğa uğramamasını ifade etmektedir.¹²

Bireylerin ve toplumların hayatında köklü ve evrensel değişimlere perde aralayan bilişim teknolojilerinin neden olduğu yeni felsefe ve düşünce sistematiği, yönetim ve iş yapma yöntemlerine yeni boyutlar kazandırmıştır. Bu bağlamda, elektronik delilin hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi, farklı bir mücadeleyi de beraberinde getirmektedir. Bu mücadelenin verilebilmesi için elektronik delil kavramının bilinmesi, elektronik delilin adli prosedüre uygun olarak toplanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Her türlü çalışmanın idari bir takım tedbir ve iş yapma felsefesi ile desteklenmesi, suçla mücadelede etkinliğinin artırılması açısından zorunludur.¹³

ve Laboratuvarında İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 16; Mehmet Serkan Kılıç, "Elektronik Deliller ve Yapısal Özellikleri", Hüseyin Çakır/Mehmet Serkan Kılıç (ed.), Adli Bilişim ve Elektronik Deliller içinde (137-158), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 139.

¹² Mesih Gözüşirin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları ve Bilişim Suçları ile Mücadeleye İlişkin Model Önerisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, 2011, s. 94-95.

¹³ Mustafa İlker Öztürk, Bilişim Cihazlarındaki Sayısal Delillerin Tespiti ve Değerlendirilmesinde İş Akış Modelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 3.

Adli bilişimin temel amacı, elektronik veriler ile olay arasındaki bağlantıyı veya fiil ile işlenen veriler ve kullanıcı arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktır. Hem ceza yargılamalarında hem de özel hukuk alanındaki ihtilaflarda adli bilişim yöntemlerine başvurulmaktadır.¹⁴

Adli bilişimin hukuki boyutundan ziyade teknik boyutu daha ön plandadır. Zira elektronik sistemlerdeki bulguların, bunlardan ayrıştırılarak birer hukuki delile dönüştürülme süreci, oldukça zahmetli, son derece teknik bilgi gerektiren ve uzmanlık isteyen bir iş görünümündedir.¹⁵ Bununla birlikte adli bilişim çalışmalarını sadece delil toplama ve sunma süreci olarak ele almayı bilgisayar depolama ortamları üzerinden yapılan sistematik bir inceleme süreci olarak da değerlendirmek gerekmektedir.¹⁶

Adli bilişim bilimi müstakil bir bilim olup daha çok adli kolluk birimini ve savcılarını ilgilendirmektedir. Adli bilişim işlemlerini yapabilmek için, bilişim sistemlerine ve diğer cihazlara usulüne uygun şekilde elkoymak, adli bilişim kurallarına uygun şekilde yedekleme yapmak, alınan yedekleri incelemek, mahkemeye sunulacak şekilde hazırlamak ve uygun şekilde paketlemek, taşımak ve saklamak gerekmektedir.¹⁷ Bu bakımdan, olay yerinde bulunup incelemeye alınan herhangi bir materyal mahkemede kabul edilmediği sürece delil niteliği taşımayaçağından adli bilişim süreci ne kadar çok usule uygun gerçekleşirse elde edilen bulguların da mahkemeye delil niteliği taşıma olasılığı o derece artacaktır.¹⁸ Nitekim adli bilişim, kimi zaman kovuşturmaya konu olayın çözümünde tek delil niteliğindeki bir elektronik verinin herhangi bir zarara uğramaksızın mahkeme önüne getirilmesi fonksiyonunu üstlenmektedir.¹⁹

¹⁴ Türkyay Henkoğlu, Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 1.

¹⁵ Aydoğan Tan, Adli Bilişim (Computer Forensic), 2009, <https://hukuksokagi.com/kaynak/adli-bilisim-computer-forensic/> Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019.

¹⁶ Hüseyin Çakır/Mehmet Serkan Kılıç, "Bilişim Suçlarına İlişkin Delil Elde Etme Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Polis Bilimleri Dergisi*, 2013, C. 15, S. 3, s. 24.

¹⁷ Hakan Aydoğan, Adli Bilişim'de Yeni Elektronik Delil Elde Etme Yöntemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2009, s. 9.

¹⁸ Dokurer, s. 227.

¹⁹ Özbek, <http://www.umut.org.tr/tr-TR/hukukun-gencleri-sempozyumlari-dizisi--1-hukuk-devletinde-kisisel-guvenlik/111.aspx> Erişim Tarihi: 25 Şubat 2015.

Bilişim sistemleri ve diğer elektronik cihazlar üzerindeki adli bilişim işlemleri, gerek bu cihazların kişiler tarafından suç işlemede araç olarak kullanılması gerekse herhangi bir suçun işlenmesinde doğrudan kullanılmayıp kişilerin bu cihazları kendi aralarındaki iletişim için veya işlemlerini kolaylaştırmak ve bilgileri yedeklemek için kullanmaları durumunda gerçekleştirilmektedir.²⁰

Hayatın her alanında var olan suç olgusu, teknolojiyi de araç olarak kullanmakta, buna bağlı olarak geleneksel suçların yapısı değişmekte, sonuçta da bilişim ortamlarında işlenmekte olan suç miktarı artmaktadır.²¹ Kişilerce işlenen suçların cezalandırılması ve bunun için gerekli adil yargılamanın gerçekleşebilmesi ise usulüne uygun elde edilecek delillerle mümkündür. Bu bakımdan, adli bilişim süreci, elektronik delilin önem arz ettiği suçlar bakımından hayati öneme sahiptir.

Gerçekten de günümüzde bilişim sistemleri ve internetin hayatımızın her alanında yoğun biçimde kullanılması bilişim suçlarının belirgin bir şekilde artmasına neden olmuştur.²² Bununla birlikte elektronik veri depolama birimlerinin yaygınlaşması nedeniyle elektronik delil, sadece bilgisayar sistemlerinin veri depolama birimlerinde yer almamakta, çok değişik elektronik veri depolama cihazlarında da bulunabilmektedir. Bu durum, elektronik delilin bilişim suçlarının yanı sıra klasik suçlar²³ açısından da önemli bir konuma sahip olmasına neden olmaktadır.²⁴ Bu bakımdan gerek bilişim suçlarının gerekse veri

²⁰ Aydoğan, s. 9.

²¹ M. Zekeriya Gündüz, Bilişim Suçlarına Yönelik IP Tabanlı Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2012, s. 23.

²² TCK'nun bilişim alanında suçlar bölümünde; hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya sistemde kalma (m. 243), bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi (m. 244/1-2), bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlama (m. 244/4) ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (m. 245) suçları düzenlenmiştir. Ceza mevzuatımızda bilişim suçlarına ilişkin daha birçok düzenleme bulunmaktadır.

²³ TCK'nun malvarlığına karşı suçlar bölümünde; bilişim sisteminin kullanılması yoluyla işlenen hırsızlık (m. 142/2-e) ve bilişim sistemlerinin kullanılması yoluyla dolandırıcılık (m. 158/1-f) suçları düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere günlük yaşamda çokça karşılaşılan ve klasik suçlardan olan hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi bu suçları nitelikli hale sokmaktadır. Diğer taraftan kasten öldürme (m. 81), özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134), müstehcenlik (m. 226), silahlı örgüt (m. 314) vb. pek çok klasik suçun ispatına yönelik elektronik delilin de veri depolama aygıtlarında bulunması mümkündür.

²⁴ Ekizer, <http://www.ekizer.net/adli-bilisim-computer-forensics> Erişim Tarihi: 12 Şubat 2020.

depolama aygıtlarının delil saklama aracı olarak kullanıldığı klasik suçların soruşturmasında hayati öneme sahip olan bir elektronik delilin usule aykırı biçimde elde edilmesi önemli bir ispat aracının yok olmasına yol açabilecektir.

Adli bilimler içerisinde yer almakta olan adli bilişim bilimi sayesinde suç ve suçlu ile mücadele edilmekte, işlenen suçların delillendirilmesi sağlanmakta ve suçla ilgisi olmayan masum kişiler korunabilmektedir.²⁵ Bugün hemen herkes tarafından birçok işin yapılmasında bilgisayarlar veya diğer elektronik cihazların kullanıldığı düşünüldüğünde, sadece bilişim suçlarının araştırılması ve soruşturulmasında değil diğer birçok suç türünün araştırılması ve soruşturulmasında adli bilişim tekniklerinden yararlanıldığı görülmektedir.²⁶

Bununla birlikte, günümüzün teknik gelişmelerine bağlı olarak hızla gelişimini devam ettiren adli bilişim bilimi, yargı organlarına yardımcı olmanın yanı sıra bugün bazı şirketler ve kişiler tarafından da veri kurtarma, imha etme veya sair amaçlarla ihtiyaç duyulan bir alan haline gelmiştir. Nitekim günümüzde birçok büyük şirket, bünyelerinde bir adli bilişim uzmanı görevlendirme veya bu konuda hizmet veren firmalarla sürekli çalışma yolunu seçmektedir.²⁷

Adli bilişim sürecinin belirleyici iki unsurundan birisi adli bilişim uzmanı iken; diğeri ise söz konusu incelemenin yapılacağı laboratuvar ortamı ve kullanılacak donanımlar ve yazılım programlarıdır.²⁸ Bu bakımdan, bu sürecin genellikle olay yerinde kolluk birimleri ve sonrasında da bilirkişiler tarafından (çoğu zaman laboratuvar ortamında) yerine getirildiği görülmektedir.²⁹

Suçlular adli bilişim biliminin ve adli bilişim uzmanlarının soruşturma becerilerinin farkında olmalarından dolayı işlemiş oldukları suç sırasında bilişim sistemlerini ve ağıları daha karmaşık şekilde kullanmaktadırlar. Bazıları ise adli bilişim yöntemlerinin başarılı olamamasını sağlamak amacıyla eylemlerini gizlemek ve elektronik delilleri yok

²⁵ Çakır ve Kılıç, s. 24.

²⁶ Servet Yetim, "Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C. 82, S. 3, s. 1209; Tan, <https://hukuksokagi.com/kaynak/adli-bilisim-computer-forensic/> Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019.

²⁷ Gündüz, s. 23.

²⁸ Leyla Keser Berber, *Adli Bilişim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 7.

²⁹ Henkoğlu, s. 22.

etmek için verileri geri dönülemez şekilde silme, verileri gizleme, verileri bozma, dosya imzalarını bozma ve hash çakışması³⁰ oluşturma gibi bazı delil karartma (anti forensics) yöntemleri geliştirmekte ve buna yönelik araçlar icat etmek suretiyle çoğu zaman adli bilişim uzmanlarının işlerini zorlaştırmaktadırlar. Bu durum adli bilişim uzmanlarının adli bilişim sürecinde son derece dikkatli olmalarını gerekli kılmaktadır.

III. Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Adli bilişim süreci sonucunda bilişim sistemlerinden veya veri depolama birimlerinden elde edilen elektronik veriler, çözümlenerek anlaşılır vaziyette elektronik delil haline getirilmektedir. Bu süreçte farklı nedenlerle ortaya çıkması muhtemel sorunlar elde edilen elektronik delilin geçerliliği üzerinde kuşku uyandıracak için en kısa sürede köklü çözüme kavuşturulmalıdır. Adli bilişim sürecinde ortaya çıkabilecek sorunlar ve buna ilişkin çözüm önerilerimiz aşağıda açıklanmıştır.

A. Adli Bilişim Sürecine İlişkin Potansiyel Riskler

Adli bilişim süreci, potansiyel riskleri de beraberinde taşıyan bir süreçtir. Bu süreç, adli bilişim uzmanlarını, çalışma sürecinde bazı kritik materyallerin kaybolması veya önem arz eden bir işin devri gibi bazı sorumlulukların altında bırakmaktadır. Ayrıca, ortaya çıkan birçok içsel sorun, elektronik delilin adli bilişim sürecinde kaybolmasına neden olabilmektedir.³¹

Fiziksel niteliğe sahip olmayan elektronik delilin hızlı bir şekilde kaybolması ise mevcut yapı içerisinde ağır işleyen soruşturma işlemlerinin etkin şekilde yürütülmesini engellemektedir. Bu nedenle soruşturma sürecinde mümkün olduğunca hızlı hareket edilmeli ve sadece bu nitelikte soruşturmalarda faaliyet yürütecek birimler kurulmalıdır.

³⁰ Bir hash algoritmasının farklı mesajlar için aynı hash değeri üretmesine denir. Bkz. Kevser Kırkıl, Kaotik İkedâ Haritası ile Güçlü Kriptografik Özetleme Fonksiyonu Elde Edilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2012, s. 1.

³¹ Güven Şeker, "Bilişim Suçlarının Delillendirilmesinde Amerikan Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 2004, C. 1, S. 1, s. 7; Osman Nihat Şen, "Polisin Adli Bilişimde Kullanabileceği Programların Bir Değerlendirmesi", 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara, 14-15 Nisan 2005, s. 7.

Ayrıca, kamu görevlilerinin yasak soruşturma yöntemlerini kullanmaktan kaçınmaları büyük önem arz etmektedir.³²

Bu bakımdan delillerin karartılmaması hususunun önemi tüm kademede personeli tarafından kesinlikle anlaşılmalıdır. Tüm adli süreçte yer alan personel, elektronik delilin kolaylıkla değiştirilebilir olduğunu bilmeli ve delillerin toplanması, incelenmesi ve analizi süreci boyunca alınan prensip ve prosedürlere uymalıdır. Zira delillerin karartılmasına neden olabilecek yanlış uygulamalar mahkemeler tarafından delillerin reddedilmesine yol açacaktır.³³

Bununla birlikte bu sürece ilişkin potansiyel risklerden birisi de adli bilişim sürecine hiç başlanamaması ve bu nedenle de atılı suçla ilişkin delillerin toplanamamasıdır. Gerçekten de günümüzde sosyal paylaşım ağları pek çok suçun kaynağı haline gelmiş olmasına rağmen sosyal paylaşım ağlarını yöneten şirket merkezlerinin ve bu ağlara ait sunucuların (server) yurt dışında bulunması nedeniyle bu platformda gerçekleşen suçlarda elde edilecek deliller ilgili şirketlerden gelecek verilerle sınırlıdır. Bu şirketler de soruşturma makamlarınca istenen verileri çoğu zaman “özel hayatın gizliliği”, “kişisel verilerin korunması” vb. ilkeleri gerekçe göstererek göndermemektedir.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi konuya ilişkin vermiş olduğu 18.06.2019 tarihli ve 2019/4623 E., 2019/6805 K. sayılı kararında;³⁴ “Sosyal medya platformlarında ismi ve fotoğrafları kullanılarak müşteri adına sahte hesaplar açılıp 3. kişilerin bu hesaplar kanalıyla dolandırıldığı iddia edildiği anlaşılmış ise de; sosyal paylaşım ağlarını yöneten şirket merkezlerinin Amerika Birleşik Devletlerinde bulunması nedeniyle adı geçen ülke adli makamları ile yazışma yapılması gerektiği, ancak benzer soruşturmalar için yapılan yazışmalarda ABD’deki yasal düzenlemelerin şüphelinin tespitine yönelik işlemlerin yapılmasına uygun olmadığı, bu husustaki taleplerin olumsuz karşılandığı bilgisine yer verildiği, e-iletlerin gönderilmesinde kullanılan ve yurt dışında

³² Özgür Uçkan/Yasin Beceni, Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku, İnternet ve Hukuk, Yeşim Atamer (drl.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 423.

³³ Kubilay Say, “Bilişim Suçlarında Olay Yeri İncelemesinin Hukuki Boyutu”, Levent Bayram (ed.), Ses Görüntü ve Data İncelemeleri içinde (251-260), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 259.

³⁴ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 12 Şubat 2020.

bulunan serverlerden söz konusu ülkelerdeki 'Kişisel Verilerin Korunması Yasaları' nedeniyle gönderen kişilerin kimliklerinin belirlenmesine yarayacak bilgiler almanın mümkün bulunmadığı, soruşturmanın devamı halinde yeni delillere ulaşmanın teknik ve hukuki açıdan mümkün bulunmadığı, yeni delil elde edilmesi durumunda soruşturmanın yeniden ele alınmasının her zaman olanaklı bulunduğu nazara alındığında itirazın reddi yönündeki kararda bir isabetsizlik görülmediğinden, İstanbul Anadolu 6. Sulh Ceza Hâkimliği'nin 07/02/2019 tarihli ve 2019/994 değişik iş sayılı kararına yönelik yapılan kanun yararına bozma isteminin reddine," hükmetmiştir.

B. Ağ Trafikçi Analizinde Delilin Doğruluğunun ve Gerçekliğinin Sağlanması

Ağ trafikçi analizi, adli bilişim sürecinde olayların aydınlatılmasında ve kanıtların elde edilmesinde büyük öneme sahiptir. Bu anlamda ağ trafikçi analizinin önemi, olaya ilişkin delil değeri olan veriyi elde etmek amacıyla ağ olaylarının yakalanması, kaydedilmesi ve analizi olarak kendini göstermektedir.³⁵ Bununla birlikte ağ trafikçisinin elde edilmesi sırasında hash değeri üretilmesi mümkün iken bunun karşılaştırılacağı sabit bir veri durumunun söz konusu olmaması ağ trafikçi analizinde elde edilen elektronik delilin doğruluğunun ve gerçekliğinin nasıl sağlanacağı konusunda soru işaretlerine neden olmaktadır. Bu noktada ağ trafikçisinin zaman damgasının alınmış olması delilin doğrulanması ve gerçekliğinin sağlanması bakımından hayati önem arz etmektedir.

Zaman damgası, bir elektronik verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı, kaydedildiği zamanın tespit edilmesini sağlayan elektronik bir veriyi ifade eder.³⁶ Zaman damgasının bu niteliği sayesinde elde edilen elektronik delilin üretim, erişim veya değiştirilme zamanları üzerinde oynama yapılması veya değiştirilmesi engellenmiş ve delillerin doğruluğu ve gerçekliği ispatlanmış olmaktadır.³⁷

³⁵ Nur Sena Atalay/Şengül Doğan/Erhan Akbal/Türker Tuncer, "Adli Bilişim Alanında Ağ Analizi", *BEÜ Fen Bilimleri Dergisi*, 2019, C. 8, S. 2, s. 594.

³⁶ TÜRKTRUST, Zaman Damgası Nedir ?, <https://www.turktrust.com.tr/tr/urunler/zaman-damgasi/> Erişim Tarihi: 3 Mart 2020.

³⁷ Aydoğan, s. 37.

Nitekim 30.11.2007 tarihli ve 26719 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in yer sağlayıcının yükümlülüklerini düzenleyen 7/1-c maddesinde yer sağlayıcının trafik bilgisini altı ay saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük (hash) değerlerini zaman damgası ile birlikte saklamak ve gizliliğini temin etmekle yükümlü oldukları hükme bağlamıştır. Aynı Yönetmelik'in erişim sağlayıcının yükümlülüklerini düzenleyen 8/1-b maddesinde ise bu yükümlülük 1 yıl süre ile erişim sağlayıcılara da yüklenmiştir.

C. Mobil Cihazlara İlişkin Adli Bilişim İşlemlerinde Yaşanan Sorunlar

Mobil cihazlarda uygulanan adli bilişim işlemi bazı zorlukları içermektedir. Bu bağlamda mobil cihazlarda şifreleme ve cihaz anahtarının olması dijital veriye normal yöntemlerle ulaşılamama sorunu gündeme getirmektedir. Mobil cihazlarda bulunan dijital verinin normal yöntemlerle elde edilememesi fiziksel müdahaleyi de gerekli kılan JTAG, Chip-off, rooting ve jailbreak gibi ileri düzey ek tekniklerin uygulanmasını gerektirmektedir³⁸

Mobil cihaz üzerinde fiziksel müdahaleyi gerektiren temelde iki veri çıkarma yöntemi olup bunlar JTAG ve chip-off teknikleridir. Bu teknikler genellikle uygulanması zor ve soruşturma boyunca gerçek cihazlarda denemek için büyük hassasiyet ve deneyim gerektirir. JTAG, cihaz üzerindeki belirli bağlantı noktalarına bağlanıp verileri aktararak gerçekleştirilen gelişmiş veri toplama yöntemidir. Ancak bir yanlışlık durumunda cihaz hasar görebileceğinden JTAG'yi denemeden önce uygun eğitim ve tecrübeye sahip olunmalıdır. Chip-off da verileri ayıklamak için flaş çiplerin cihazdan çıkartılabildiği fiziksel veri çıkarma türüdür. Bu yöntem NAND flaş çiplerinin cihazdan çıkartıldığı ve veri elde etmek için incelendiği bir yöntemdir. Bu nedenle, bu yöntem, cihaz şifre korumalı olduğunda ve USB hata ayıklama etkin olmadığında bile çalışır. İşlem sonrasında cihazın normal çalış-

³⁸ Hamza Aytaç Doğanay, Mobil Adli Bilişiminin Önemi Bağlamında Hukuki Süreç ve Delil Zinciri Kavramı ile Yeni Nesil Mobil Cihazların İncelenmesinde Karşılaşılan Güncel Zorlukların Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 63.

tığı JTAG tekniğinin aksine, chip-off tekniği genellikle cihazın tahrip edilmesine neden olur.³⁹

Mobil cihazlar üzerinde şifrelenmiş verilere ulaşılması ya da silinmiş verilerin geri getirilmesi hususunda daha başarılı sonuçlar elde edilebilmesi nedeniyle fiziksel imaj alma işlemi de uygulanmaktadır. Mobil cihazlarda uygulanan fiziksel imaj alma işlemi rooting ve jailbreak yöntemleri ile gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte hem Android hem de iOS cihazlar üzerinde yapılan rooting ve jailbreak işlemlerinin ardından yapılan analiz sonucunda bulunan verilerin özellikleri ve sayıları açısından ciddi farklılıklar oluşabildiği görülmektedir.⁴⁰

Mobil cihazlarda bulunan verilere normal bağlantı yolları veya yöntemlerle ulaşamadığı durumlarda başvuru JTAG, Chip-off, rooting ve jailbreak gibi daha fazla uzmanlık gerektiren ileri düzey teknik yöntemler belli ölçüde veri kaybı ya da verinin gerçekliğine şüphe düşürme riskini taşıyan yöntemlerdir. Bu bakımdan bu yöntemlerin uygulanması için belirtilen riskin suç verisine ulaşmak için göze alınabilecek bir risk olması ve diğer bütün yolların denenmiş olması gerekir. Riskin göze alınabilme durumu ise elde edilmesi istenen dijital veriye hali hazırda zaten erişilemiyor olmasıdır. Bu bakımdan zaruret olmadıkça bu yöntemlere başvurulmaması önerilmektedir.⁴¹

D. Adli Bilişimin İlke ve Standartlarının Belirlenmemesi

Adli bilişim ilke ve standartlarının belirlenmemiş olması da adli bilişim sürecini zora sokan sebepler arasındadır. Uluslararası alanda kabul edilen adli bilişim ilkelerine ülkemizde de önem veriliyor olmasına karşın elektronik delilin elde edilme sürecine ilişkin işlemlerin ne şekilde yapılacağı, uyulması gereken standartlar ve sorumluluklar ile bilirkişi görevlendirmesine ilişkin yeterli ve net yasal düzenlemelerin bulunmaması uygulamada birçok elektronik delilin henüz elde edilme sürecinde geri dönülemez şekilde kaybolmasına ve/veya kullanılamaz hale gelmesine zemin hazırlamaktadır.⁴²

³⁹ Fatma Güneş Eriş, Mobil Cihazlarda Sosyal Medya Uygulamalarının Adli Bilişim Açısından Analizi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 20.

⁴⁰ Mesut Ukşal, Mobil Cihazlarda Adli Bilişim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 73, 119.

⁴¹ Doğanay, s. 87.

⁴² İlker Çiçek, Ülkemizde Adli Bilişim Laboratuvarı Kurulumu ve Bilişim Suçlarıyla

Bu bağlamda ülkemizde, diğer pek çok ülke uygulamasına benzer şekilde, bilirkişi olarak atanan kişilerin bilimsel ehliyetlerini ön şart olarak ortaya koyacak ve takip edecek bir mevzuatın bulunmadığı görülmektedir.⁴³ Bununla birlikte "Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı"nın 35. maddesinde "adli bilişim uzmanı" düzenlenmişti. Buna göre; bu tasarı kapsamına giren suçlarla ilgili olarak sadece adli bilişim uzmanı yetki belgesine sahip olanlar bilirkişilik yapabilecek, adli bilişim uzmanlığı ve adli bilişim yetki belgesine ilişkin esas ve usuller yönetmelikte belirlenecek ve adli bilişim uzmanları hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bilirkişiliğe ilişkin hükümleri uygulanacaktı. Ancak bu zamana kadar söz konusu tasarı kanunlaştırılmamış ve uygulama CMK'nın bilirkişiliğe ilişkin ilgili maddeleri uyarınca gelişmiştir.

Belirtmek gerekir ki adli bilişim bilim dalı uluslararası standartlarla şekillenmiştir. Nitekim ISO tarafından 2012 yılında yayımlanan ve 2018 yılında gözden geçirilen ISO/IEC 27037:2012 bu alandaki en temel belgedir. Bu standart, delil niteliği olabilecek dijital verilerin tanımlama, toplama ve muhafazası için yol göstermektedir. Bu alanda bir standardizasyona gidilmesiyle uluslararası benzer uygulamaların gelişeceği, farklı ülkelerde farklı kişi veya kurumlarda bu tür soruşturmalar yürütüldüğü durumlarda kıyas yapmanın, karşılaştırmanın ve birleştirmenin kolaylaşacağı değerlendirilmektedir.⁴⁴

Bununla birlikte yukarıda da değinildiği üzere ülkemizde elektronik delil elde etme sürecinin ISO/IEC 27037 standardına uygun gerçekleştirilmemesi elektronik delilin henüz elde edilmiş sürecinde zarar görmesine yol açabilmektedir. Bu itibarla gerek elektronik delil elde etme sürecinde çalışacak bilirkişilerin görevlendirilmesi gerekse adli bilişim ilke ve standartlarına ilişkin yukarıda değinilen diğer konular bakımından uluslararası alanda kabul edilen adli bilişim standartlarına önem verilmesi ve bunların yasal bir zemine oturtulması gerekmektedir.

Mücadeleye Katkıları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Haliç Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2008, s. 14.

⁴³ Olgun Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 121.

⁴⁴ Mehmet Bedii Kaya, "Hukuki Açından Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim", Şeref Sağıroğlu/Mustafa Şenol (ed.), Siber Güvenlik ve Savunma Problemler ve Çözümler içinde (213-279), BGD Siber Güvenlik ve Savunma Kitap Serisi 2, Grafiker Yayınları, Ankara, 2019, s. 258-259.

E. Laboratuvarların Yeterli Seviyeye Gelmemeği Olması

Uluslararası alanda kabul edilen adli bilişim ilkelerine önem verilmesi ve bunların yasal bir zemine oturtulmasının yanı sıra bu ilkelere uygun teknolojik alt yapının kurulmasına da ağırlık verilmelidir. Ayrıca, teknolojik alt yapı kurulsun dahi teknoloji üretilmedikçe delil elde etmede kullanılan programlar, cihazlar ve teçhizatlar zamanla eskiyecek ve yenilerini edinebilmek için ithal edilmek zorunda kalınacaktır. Bu bakımdan adli bilişim süreci ne kadar pahalıya mâl olursa olsun laboratuvarların kurulması ve bilirkişilik bakımından personel eğitimi için gerekli sermayenin sağlanması hayati önem arz etmektedir.⁴⁵

Öğretide “Adli Tıp Kurumu Kanunu”nda köklü değişikliğe gidilerek Kanun’un adının “Adli Bilirkişilik Kurumu Kanunu” olarak değiştirilmesi önerilmiştir. Diğer taraftan önceleri sadece tıp alanında bilirkişilik ihtiyacını karşılamak için kurulan ve daha sonra morg, fizik, kimya, gözlem, trafik, biyoloji vb. ihtisas daireleri eklenerek sadece tıbbi alanda bilirkişilik yapma fonksiyonundan hızla uzaklaşan kuruma, adli bilişimi bütün boyutlarıyla içine alacak “Adli Bilişim İhtisas Kurulu”nun kurulması gerekliliği savunulmuştur. Ayrıca kurulacak bu birimde çalışacak olan adli bilişim uzmanlarının belli bir sertifikasyon programına tabi tutularak adli bilişim alanında gerekli eğitimlerin verilmesi, bunun yanı sıra yazılım, donanım, veri tabanı yönetimi, veri kurtarma ve network yönetimi gibi işlerden anlayan uzman kişiler bulunması gerekliliği de vurgulanmıştır.⁴⁶

Gerçekten de eğitilmiş teknik personelin uygun bir bünyede teşkilatlandırılması, bu konuda Adli Tıp Kurumu ve hatta mümkün olduğu takdirde üniversiteler bünyesinde “Adli Bilişim İhtisas Kurulu” tarzında bilirkişilik kurumlarının kurulması büyük önem arz etmektedir.⁴⁷ Zira bilirkişilik alanında adli bilişim uzmanları ile diğer bilgisayar uzmanları arasında yaklaşım farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Adli bilişim uzmanları kendi alanlarıyla ilgili hukuki bilgiye sahip olup dünyaca kabul gören bir takım adli bilişim standartlarına vâkıftırlar.

⁴⁵ Ünal, s. 153.

⁴⁶ Yetim, Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri, s. 1202.

⁴⁷ Gökhan Ahi, Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk, Mete Tevetoğlu (drl.), Bilişim Hukuku (ss. 100-107), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 102; Ali Karagülmez, “Bilişim Suçlarında Delil Toplamayı Etkileyen Başlıca Konular”, 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara, 14-15 Nisan 2005, s. 33.

Bu standartlara vâkıf olma bir takım sertifikalarla kanıtlanmaktadır. Birlikçi seçiminde bu sertifikaların dikkate alınması adli bilişim sürecinin başarılı bir şekilde işletilmesinde yardımcı olacaktır.⁴⁸

Bu bağlamda 15.08.2016 tarihli ve 674 sayılı OHAL KHK'sı ile 14.04.1982 tarihli ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 8/1 maddesine eklenen hüküm uyarınca Adli Bilişim İhtisas Dairesinin kurulması önemli bir adım olmuştur. Nitekim aynı Kanuna eklenen 22/A maddesi ile de Adli Bilişim İhtisas Dairesinin görevleri "Mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından talep edilen bilişim ile ilgili konularda gerekli incelemeleri yapmak; veri toplama, işleme, depolama veya aktarma işlevi gören bilişim sistemleri ile her türlü sayısal ve elektronik materyal üzerinde inceleme, araştırma ve analizleri yapmak, sonuçlarını bir raporla tespit etmek" şeklinde belirlenmiştir.

Olağan yasa yapma tekniği ile yasal düzenleme sonucu yerine getirilmesi gereken mezkûr işlemin bir OHAL KHK'sı ile hükme bağlanması eleştiriye açık bir husus olmakla birlikte düzenlemenin içeriği itibariyle yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı OHAL KHK'sı ile Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun pek çok maddesi ile birlikte 8/1 ve 22/A maddeleri de mülga olmuştur. Sonraki süreçte ise Adli Bilişim İhtisas Dairesi'nin kuruluş ve görevlerine ilişkin hükümler aynı şekilde 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı "Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nin 9/1 ve 24/1 maddelerinde düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki; elektronik delil elde etme süreci için son derece önemli olan Adli Bilişim İhtisas Dairesinin kuruluş ve görevlerine ilişkin düzenlemenin yasal prosedür çerçevesinde yeniden ele alınması, yapılacak yasal düzenlemenin öğretilde belirtilen görüşler de dikkate alınarak ve hatta üniversiteleri de kapsayacak biçimde geniş bir perspektifle değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır.

Günümüzde soruşturma organları ile kolluk güçlerinin karşılaştığı en büyük sorunlardan birisi bilişim sistemlerinin veri saklama kapasitelerinin büyüklüğüdür. Delil olarak kullanılacak elektronik veri, sistemde yer alan verinin yüzde, binde veya on binde biri seviyesindedir.

⁴⁸ Ünal, s. 141.

Bu bakımdan, bilişim sistemlerinde yer alan her türlü bilginin değil ancak yargılamaya konu olayı aydınlatacak, fail veya failleri belirleyecek, bir olayı doğrulayacak veya yanlışlığını ispat edecek verinin, özetle delil değeri olan verinin elde edilmeye çalışılması gerekmektedir ki bu durum çok da kolay bir husus değildir.⁴⁹

Bu bakımdan adli bilişim uzmanlarının yer imkânları, olay yerinde bağımsız fiziksel kopyalama cihazları gibi teknik cihaz sayıları ve en önemlisi yetişmiş personel sayısı artırılmalı, uzmanlaşmış yöneticiler eşliğinde çalışmalarını yapmaları sağlanmalıdır. Ayrıca sadece adli bilişim alanına hizmet edebilecek tam donanımlı ve yer sıkıntısı olmayan inceleme laboratuvarları kurulmalıdır.⁵⁰ Bu bağlamda adli bilişim uzmanlarının adli olayların çözümünde istifade edecekleri son derece ileri düzey laboratuvarların kurulması gerekmektedir. Elektronik delilin niteliği itibariyle alınan imaj ve yedeklerin uzun süre boyunca saklanması gerekeğinden bu ihtiyacı giderici mahiyette yedekleme üniteleri bulunmalıdır.⁵¹

F. Uygulayıcıların Yeterince Eğitilmemesi

Suçluların elektronik delillerle ilgili kaygıları bulunmakta ve bu kaygılarından kurtulmak için bilişim sistemlerini tahrif etmeye gayret göstermektedirler. Bu nedenle adli bilişim sürecinde görev alan uygulayıcıların adli bilişim süreciyle ilgili o zamana kadar yapılan çalışmalara her soruşturma bakımından kolayca güvenmemeleri, yeni oluşacak koşullara ilişkin çalışmaları ve bunların sonuçlarını da yakından takip etmeleri gerekmektedir.

Elektronik delil, diğer delil türleri ile benzer veya ortak özelliklere sahip olmanın yanı sıra bir takım farklı özelliklere de sahiptir. Elektronik delilin sahip olduğu farklı özelliklerin, adli bilişim sürecinde görev alan teknik personeller tarafından bilinmesi ve bu doğrultuda araştırmaların yürütülmesi hayati öneme sahiptir.⁵² Bu bakımdan adli bilişim uzmanlarının bilişim sistemlerinde çok ileri düzeyde bilgiye

⁴⁹ Değirmenci, s. 62

⁵⁰ Çakır / Sert, s. 161.

⁵¹ Yetim, Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri, s. 1202-1203.

⁵² Say, Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması ve Laboratuvarında İncelenmesi, s. 99.

sahip olmaları, bu özelliklerini daima sürdürebilecek şekilde güncel teknolojiyi takip etmeleri ve ayrıca temel seviyede kendi alanları için gerekli hukuk bilgisini haiz bulunmaları gerekmektedir.⁵³

Adli bilişim sürecinde tek bir bilişim sisteminden dahi pek çok anlamlı veri çıkartılabilmekte ve adli bilişim uzmanının bu verilerden somut olayla doğrudan ilgili ve faydalı olanlarını tespit etmesi beklenmektedir. Adli bilişim uzmanının dava konusu olaya yeterince hâkim olamaması ise bu eleme işleminin sağlıklı yapılamaması ve yargılama sürecinin olumsuz etkilenmesi sonucunu doğurmaktadır.⁵⁴

Gerçekten de adli bilişim konusunda özel ve uzman personelin olmayışı neticesinde halen elektronik delil elde etme imkânı olmayan birçok malzemenin toplandığı, veri cihazlarına yedekleme yapılmadan ve elektronik olarak mühürlenmeden el konulduğu, şüpheliye ve avukatına herhangi bir tutanak verilmediği, bilişim sistemlerinin ve diğer veri depolama aygıtlarının manyetik alan etkisinden soyutlanmadan özensizce taşındığı, tamirhaneleri andıran odalarda veri yazmayı önleyen cihazlar (FRED) olmaksızın elektronik delil incelemesi yapıldığı görülmektedir. Bu tür yanlış uygulamalara yapılan itirazlar ise kimi zaman kaynak, personel ve teknik altyapı yetersizliği gerekçeleriyle geri çevrilmektedir.⁵⁵

Özel eğitimli teknik personelin bilişim alanındaki baş döndürücü gelişmelere bağlı olarak adli bilişim süreci ile ilgili sürekli olarak eğitimlerinin yenilenmesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle, türü ve kapsamı genişleyen bilişim suçlarına ve faillerine ulaşmada, bilinen metotların kısa sürede güncelliğini yitirmesi, teknik personelin eğitimlerinin sürekli olarak yenilenmesini gerekli kılmaktadır.⁵⁶ Bu bağlamda adli bilişim ve siber güvenlik uzmanlarının yetiştirilmesi açısından ülkemizde de özellikle lisans programları ve sertifika programlarını her geçen yıl artmakta ve bu durum olumlu bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğitimin daha yaygın, köklü ve uygulamalı olarak verilmesinin alan bilgi birikimi ve uzmanı açısından ülke gereksinimlerini doğrudan karşılayacağı değerlendirilmektedir.⁵⁷

⁵³ Şeref Sağıroğlu/Mehmet Karaman, "Adli Bilişim", *Teletapi Haberleşme ve Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2012, S. 203, s. 67.

⁵⁴ Hüseyin Akarslan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 132.

⁵⁵ Ahi, Adli Bilişim Nedir ?, <http://www.bilisimhukuk.com/2009/07/adli-bilisim-nedir/> Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019; Özbey, s. 107.

⁵⁶ Karagülmez, s. 33.

⁵⁷ Merve Orakçı/İbrahim Kök/Hüseyin Çakır, "Adli Bilişim Eğitiminin Gereksini-

Diğer taraftan bilgisayar ve ağ sistemlerinin incelenmesi hususunda hâkim ve savcıların geniş yetkilere sahip olmalarına karşın teknik anlamda yeterli donanımına sahip olmamaları ve onları bu konuda yönlendirecek standartların bulunmaması nedeniyle kimi zaman ehliyetsiz kişilerin bilirkişi olarak atandıkları görülmektedir.⁵⁸ Hatta bilgisayar mühendisi olmasına rağmen ne tür bir inceleme yaptığının farkında olmayan, kendisine sorulan sorular haricinde raporunu ilgisiz konularla ve gereksiz teknik terimlerle dolduran uzman bilirkişilerin de var olduğu görülmektedir.⁵⁹

Bu bakımdan adli bilişim alanındaki baş döndürücü gelişmeleri takip edebilmek için özellikle üniversitelerde bilişim ve bilgisayar derslerinin yanı sıra hukukçuların da bir araya gelerek ortak çalışmalar düzenlemeleri gerekmektedir. Özellikle adli bilişimle ilgili konferans, panel ve seminerler düzenlenerek hukukçuların ve bilişim uzmanlarının katılımı sağlanmalıdır. Bu tür etkinliklerin düzenlenmesiyle adli bilişim süreci daha iyi kavranacak ve bilişim şuuru geliştirilerek bilişim suçlarıyla mücadelede etkinlik sağlanacaktır.⁶⁰

Nitekim adli bilişim alanında en ileri ülkelerden biri olan ABD, ceza yargılamasında bilişim sistemlerine yönelik arama ve elkoyma tedbirlerini uygularken adli bilişim sürecini belirli kıstaslara uyararak icra etmektedir. Bununla birlikte ABD'deki adli bilişim birimleri bu kriterleri her zaman gözden geçirerek gelişen teknoloji ve yeni suç tiplerine göre güncellemekte ve bu kriterlerin belirlendiği sempozyum ve konferanslara ev sahipliği yapmaktadır. Bu bağlamda adli bilişim sürecinde, elektronik delilin güvenilirliği ve kabul edilebilirliği konularında yaygın ve etkin olabilecek standartları belirleme yönündeki çalışmalar bu ülkede devam etmektedir.⁶¹

Soruşturma görevlileri için özellikle adli bilişim faaliyetlerini kapsayan soruşturmalarda, yol gösterici olması amacıyla hazırlanan eği-

mi ve Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2016, C. 9, S. 2, s. 144.

⁵⁸ Cevat Özel/M. Gökhan Ahi, *Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_179.htm Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019.

⁵⁹ Ahi, *Adli Bilişim Nedir?*, <http://www.bilismhukuk.com/2009/07/adli-bilism-nedir/> Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019; Özbey, s. 107.

⁶⁰ Ünal, s. 153-154.

⁶¹ Ünal, s. 72.

tici kaynaklar temin edilmelidir. Gerçekten de, savcılar ve kolluk görevlilerinin soruşturma faaliyetinde hangi hususlara dikkat etmeleri, ne şekilde bir soruşturma yürütmeleri gerektiğini açıklayan ve pratik eğitimlerle de desteklenen kaynaklar hazırlanması son derece faydalı olacaktır.⁶²

Bu bağlamda Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi ortak projesi olan “Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi” kapsamında Türkiye Adalet Akademisinin eğitim müfredatına destek verilmesi ve geliştirilmesi amacıyla yerli ve yabancı uygulayıcı ve akademisyenlerin de katıldığı uzman toplantıları sonucunda oluşturulan kitabın⁶³ uygulayıcıların bilişim suçlarıyla mücadelede gerekli soruşturma teknikleri ve elektronik delil elde etme yöntemlerini öğrenmeleri ve kendilerini bu konularda geliştirmeleri hususunda yararlı bir kaynak olduğu kanaatindeyiz.

G. Adli Bilişim Sürecinde Yaşanan Hukuka Aykırılık Halleri

Türk hukukunda elektronik delilin ceza yargılamasında hükme esas alınması her şeyden önce hukuki ve teknolojik geçerliliği konusunda tereddüt bulunmadığının ispatına bağlıdır. Elektronik delilin teknolojik geçerliliği düzgün bir adli bilişim süreci sonrasında adli makamlara sunulmuş olmasına bağlı iken hukuki geçerliliği ise başta CMK'nın 134. maddesine uygun bir tedbir kararı uyarınca hukuka uygun şekilde elde edilip ceza muhakemesi hukukunda bir delil için öngörülen özellikleri taşımasına bağlıdır. Bu bakımdan elektronik delilin elde edilmesi sürecinde teknolojik geçerliliği ifade eden adli bilişim kurallarına uygun hareket edilmiş olsa bile bu delilin hukuka aykırı bir şekilde elde edilmesi ceza yargılamasında geçerliliğini mutlak biçimde etkileyecektir.

Adli bilişim sürecinin başlangıcında CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen bir arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin alınmaması ya da bu yönde bir karar alınmış olsa bile delil elde etme işlemlerinin

⁶² Uçkan/Beceni, s. 424-425.

⁶³ Nigel Jones/Esther George/Kasım Karagöz/Murat Volkan Dülger/Gözde Moğulu (hızl.), Bilişim Suçları Eğitim Modülü (Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği & Avrupa Konseyi Ortak Projesi), MATBAM Ajans & Reklam & Tanıtım, Ankara, 2014.

bu tedbir kararına uygun gerçekleşmemesi elde edilecek delilin hukuka aykırılığı sorununu gündeme getirecektir. Daha önceleri sadece hâkim kararı ile uygulanabilen tedbir CMK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasında 25.07.2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte "gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde" Cumhuriyet savcısı kararıyla da uygulanabilecektir.⁶⁴ Bu durumda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmak zorundadır. Kolluğun savcılık makamına daha kolay ulaşması bakımından bu değişiklik tedbir kararı alınmaksızın gerçekleşen usulsüz uygulamalara yönelik yakınmaları azaltacak niteliktedir.

Bununla birlikte tedbirin ön şartı olan "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması" kuralının somut olayda ne ölçüde gerçekleştiği ya da savcı tarafından verilecek kararda "gecikmesinde sakınca bulunan hâl" in olup olmadığı yönündeki sorunlar halen devam etmekte olup uygulamada da buna yönelik üst yargı denetimleri etkin şekilde gerçekleşmemektedir.

CMK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasında 7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle "bilgilere ulaşılamaması" ibaresinden sonra gelmek üzere "işlemin uzun sürecek olması" durumu da bilişim sistemlerine elkoyma nedeni olarak eklenmiştir. Bu değişiklik öncesinde CMK'nın 134. maddesi uyarınca gerçekleşen tedbirlerde "şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması" şartının var olup olmadığına bakılmaksızın bilişim cihazlarına elkonuluyor ve gerekli işlemler ilgili laboratuvarlarda gerçekleştiriliyordu.⁶⁵ Bu bakımdan yasaya eklenen söz konusu hüküm bu yöndeki usule aykırılıklara engel olacak mahiyettedir. Bununla birlikte CMK'nın 134/3-4 hükümleri uyarınca elkoyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılması ve bu yedekten bir kopyanın şüpheli ya da vekiline verilmesi kuralları halen geçerliliği korumaktadır. Uygula-

⁶⁴ CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen tedbirin gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı kararıyla da uygulanabileceği ilk olarak "bazı suçlar bakımından ve olağanüstü halin devamı süresince" 27.07.2016 tarihli ve 668 sayılı OHAL KHK'sının 3/1-j maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁵ Yusuf Başlar, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, S. 3, s. 91-92.

mada elkoyma işlemi sırasında yerine getirilmesi gereken bu kurallara halen riayet edilmemekte ve bu da itirazlara neden olmaktadır.

Tedbirin uygulanması sırasında CMK m. 134 hükmünün doğru yorumlanmamasından kaynaklı ihlallerin de gündeme geldiği görülmektedir. Özellikle bilgisayarın tüm niteliklerine sahip olması nedeniyle bilgisayar tanımı⁶⁶ içerisinde kabul edilmesi gereken ancak uygulamada kimi zaman bilgisayar olarak tanımlanmayan cep telefonu, cep bilgisayarı ve elektronik veri barındıran birçok cihazın CMK m. 134 hükmü yerine CMK m. 116 ve 123 hükümlerine göre arama ve elkoyma işlemlerine tabi tutulması temel hak ve özgürlükler bakımından ihlallere ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olmasına neden olabilmektedir.⁶⁷

Bu bakımdan yasa hükmünün uygulama alanının bilişim sistemleri ve bağlı donanımlarını kapsayacak ve de gelişen teknolojinin gerisinde kalmayacak genel bir çerçevede belirlenmesi hatta bir adım daha ileri gidilerek elektronik delil, bilişim suçları, adli bilişim, bilişim sistemlerinde uygulanacak koruma tedbirleri gibi bilişim hukukuna ilişkin hususların ayrı bir kanunda ve tereddütlere mahal bırakılmayacak biçimde yeniden düzenlenmesi, bu düzenlemeler yapılmaya kadar ise madde metnindeki kavramların bilişim sistemlerinin genelini kapsayacak biçimde yorumlanarak uygulamanın buna göre tesis edilmesi gerekmektedir.

⁶⁶ Türk Dil Kurumu, bilgisayar; "Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 20 Şubat 2020.

⁶⁷ CMK m. 134 uyarınca tedbir kararı alınmaksızın cep telefonu üzerinde yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu hususunda bkz. Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin 15.02.2017 tarihli ve 2015/27517 E., 2017/1716 K. sayılı kararı; "Cumhuriyet Savcısının talimatıyla yapıldığı belirtilen, telefon inceleme tutanağının 20.04.2014 saat 14.10'da düzenlendiği, bu saatten daha önceki bir saatte saat 12.57'de düzenlenen 'fotoğraf teşhis tutanağına' göre şüphe üzerine durdurulan sanığın cep telefonunun Cumhuriyet Savcısının emri ya da mahkeme kararı olmadan kolluk görevlileri tarafından incelendiği ve telefonda, müştekiye ait çalıntı motosikletin fotoğrafının telefonda K ismiyle kayıtlı bir kişiye gönderildiğinin tespiti üzerine sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de; işlevi itibarıyla bilgisayar niteliğinde olan cep telefonu üzerinde inceleme yapılabilmesi için CMK'nın 134. maddesi uyarınca hakim kararı alınması gerektiği bu kararın alınmaması nedeniyle arama ve incelemenin yasaya aykırı olduğu ve bu delilin mahkumiyete esas alınmamaacağı..." [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/Erişim Tarihi: 20 Şubat 2020.](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/Erişim Tarihi: 20 Şubat 2020)

Belirtmek gerekir ki CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen tedbirinin uygulanmasına ilişkin yukarıda belirtilen yasa ihlallerinin tamamı elektronik delilin hukuki geçerliliğine ilişkin itirazları beraberinde getirmekte ve zaten yapısı gereği suistimale açık olan elektronik delilin⁶⁸ ceza yargılamasında kullanılabilir bir delil olup olmadığı konusundaki kuşku da artırmaktadır. Kanaatimizce bireylerin bilişim sistemlerinde muhafaza altına almış oldukları kişisel verilerinin CMK'nın 134. maddesine aykırı biçimde elde edilmesi durumunda bu elektronik verilerin yasak delil kapsamında değerlendirilmesi ve ceza yargılamasında kullanılmaması gerekir. Bu durum hâkim ya da savcı kararı olmaksızın yapılacak işlemler için geçerli olduğu kadar -bilişim sistemlerinde yapılacak aramanın temel hak ve özgürlüklere önemli ölçüde müdahale ettiği düşünüldüğünde- ilgili makamdan alınmış kararların uygulaması sırasında ortaya çıkacak usulsüz işlemler açısından da geçerlidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu öğretideki görüşlere de atıflarda bulunduğu 22.10.2019 tarihli ve 2017/961 E., 2019/622 K. sayılı kararında⁶⁹ CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen tedbirle ilgili uyulması gereken hususlara vurgu yapmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu mezkûr kararında; CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen tedbirin elektronik delilin suistimale açık yapısı nedeniyle "son çare" olarak başvurulabilecek "özel koşullara bağlı" bir koruma tedbiri olduğundan, bu tedbire başvurabilmek için (1) bir suç şüphesinin mevcudiyetinin bulunması, (2) bir suç şüphesi nedeniyle adli bir soruşturmanın başlatılmış olması, (3) başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması ön koşullarının gerçekleşmesi gerektiğinden, elkoyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi (imaj alma işlemi), yedeklenen kayıtların bir kopyasının şüpheliye veya vekiline verilmesi, bu hususun tutanağa geçirilerek imza altına alınması gerekliliğinden ayrıntısıyla bahsetmiş ve sonuç olarak;

"... yapılan denetim sırasında sanık tarafından rıza ile teslim edilen ve iş yerinde görünür vaziyette bulunan 85 adet film ve oyun CD/DVD'sinin mu-

⁶⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 21.04.2016 tarihli ve 2015/4672 E., 2016/2330 K. sayılı kararı <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 11 Şubat 2020.

⁶⁹ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 11 Şubat 2020.

hafaza altına alınması sebebiyle bu materyallerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillerden olduğu ancak sanığın iş yerinde bulunan bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesi için sanık tarafından gösterilen rızanın yeterli olmayacağı ve mutlaka 'Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma' başlıklı CMK'nın 134. maddesine göre hâkim kararı alınması gerektiği, hâkim kararı olmaksızın bilgisayar ve hard disklerde yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil niteliğinde olduğunun anlaşılması karşısında..... bilgisayar ve hard disklerden elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi sebebiyle hükme esas alınmayacağı,..... Bu itibarla, Yerel Mahkemece verilen direnme kararına konu hükmün bozulmasına karar verilmelidir" hükmüne yer vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.10.2019 tarihli ve 2017/961 E., 2019/622 K. sayılı kararında ortaya koymuş olduğu ölçütler çerçevesinde usulüne uygun hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı olmaksızın bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılan arama, kopyalama ve elkoyma işlemi -şüphelinin rızası olsa bile- hukuka aykırı olduğu gibi bu işlemlerin ilgili merci kararı ile yapılması halinde dahi yasada belirtilen ön koşullar gerçekleşmeksizin tedbir kararının verilmesi ya da tedbirin uygulanması sırasında yasada ayrıntısıyla belirtilen usul işlemlerinin yerine getirilmemesi durumunda da elde edilen delil hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş sayılacak ve hükme esas alınmayacak, böylece adli bilişim sürecinde gerçekleştirilen diğer işlemleri de geçersiz kılacaktır.

Bununla birlikte her ne kadar söz konusu kararda; şüpheli tarafından rıza ile teslim edilen 85 adet film ve oyun CD/DVD'sinin muhafaza altına alınması sebebiyle bu materyallerin hukuka uygun yöntemlerle elde edildiği kabul edilmiş ise de kararın bu kısmına katılmamaktayız. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17/3 hükmü uyarınca⁷⁰ CD/DVD, harici bellek, usb memory, SD Card vb. çıkarılabilir veri de-

⁷⁰ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17/3 maddesinde; "Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır" hükmüne yer verilmiştir.

polama cihazları üzerindeki arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinin de CMK'nın 134. maddesine göre yapılması gerekmektedir. Bu nedenle rıza sonucunda muhafaza altına alınmış olsa da usulüne uygun tedbir kararı olmadan bu cihazlardan elde edilecek elektronik delilin hukuka uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

Şifreli verilerde, şifre çözme anahtarlarının cihaz sahibinden ya da üçüncü kişilerden istenip istenemeyeceği hususu üzerinde de durmak gerekir. Anayasamızda, *nemo tenetur* ilkesi yalnızca beyanla sınırlı olarak düzenlenmiş olmayıp kişinin delil göstermeye zorlanması da yasaklanmıştır. Kişinin bilişim sistemlerinde yer alan verileri korumak amacıyla kullanmış olduğu şifre anahtarını rızaen vermemesi üzerine bunu teslim zorlanması ve bu sayede elde edilecek dijital verilerin kişi aleyhinde delil olarak kullanılması, kişinin kendi aleyhinde delil göstermeye zorlanması olarak kabul edilecektir.⁷¹ Bu durumda da söz konusu delilin hukuka aykırılığı sorunu gündeme gelecektir.

Şifreli verilerde şifre çözme anahtarının üçüncü kişilerden istenip istenemeyeceği hususuna gelince; hukuka uygun bir arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri sonucunda bilişim cihazlarından elde edilmiş şifreli verilere şifre kırma işlemleri ile ulaşılmasının hukuka uygunluğunda sorun olmaması karşısında elektronik verilere zarar gelmemesi amacıyla bu yöntemleri uygulamadan önce ya da bu yöntemlerin uygulanmasına rağmen verilere ulaşamadığı durumlarda şifre çözme anahtarlarını bilen üçüncü kişilerden bu anahtarların rıza dâhilinde istenmesinde bir hukuksuzluk olmadığı kanaatindeyiz. Ancak şifre çözme anahtarlarını rızaen vermeyen üçüncü kişilerin bunları vermeye zorlanamayacağı da açıktır.

Son olarak bilişim cihazlarında uzaktan erişim yoluyla yapılan aramanın hukuka uygun olup olmadığı sorununa da değinmek yerinde olacaktır. Teknolojideki akıl almaz ilerleme sonucunda internet bağlantısı olan bir bilişim sistemine, kullanıcının bilgisi haricinde erişim sağlanarak elektronik verire ulaşmak mümkün hale gelmiştir. Bu durum bilişim sistemlerine uzaktan erişim yoluyla arama işleminin yapılıp yapılmayacağı hususunu gündeme getirmiştir. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 32. maddesinde bilgisayarda depolanmış

⁷¹ Değirmenci, s. 266.

verilere, söz konusu bilgisayar sistemi üzerinden erişim yetkisini haiz olan bir kişinin yasal izninin bulunduğu veya bu verilerin herkesin ulaşabileceği şekilde açık olduğu durumlarda sınır ötesinden erişim sağlanabileceği belirtilmektedir. Ancak bu tür bir aramanın CMK'nın 134. maddesine uygun bir arama işlemi olup olmadığı tartışma konusudur.

Türk hukuk sisteminde uzaktan erişim yoluyla arama yapılabilirliğini savunan bir görüşe göre; CMK'nın 134. maddesinde belirtilen "arama" ibaresinin "elektronik veri takibi" olarak anlaşılması gerekmekte olup elektronik veri takibi ise bilişim sisteminin kolluğun hâkimiyetine alınması suretiyle açık olarak yapılabilirliği gibi bilişim sistemine uzaktan erişim sağlanarak yazılım üzerinden ve gizli olarak da gerçekleştirilebilir.⁷²

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise CMK'nın 134. maddesi uyarınca bilişim sistemine bir yazılım yüklemek ya da gizli biçimde sisteme erişmek suretiyle ilgilinin haberi olmaksızın bilişim sistemleri üzerinde uzaktan erişimle arama yapılması hukuken mümkün değildir.⁷³ Bu bakımdan uzaktan erişim sağlanarak bilişim sisteminde arama yapma, CMK'nın 134. maddesinde öngörülen bir arama biçimi olamaz. Kaldı ki böyle bir arama da temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale anlamını taşımaktadır. Bu bakımdan, bu nitelikte bir arama için yeni bir yasal düzenleme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.⁷⁴

Sonuç

Adli bilişim, bir soruşturma kapsamında bilişim sistemlerinde bulunan elektronik delile ilk temas edildiği andan bu delilin toplanma, incelenme, analiz edilme ve raporlanma işlemleri tamamlanarak yargı makamlarının önüne sunulduğu ana kadar devam eden sürecin bütünü ifade etmektedir. Bu bakımdan adli bilişim, bir suçun ispatında elektronik delilin kullanılması zorunluluğunun bulunduğu hallerde büyük bir fonksiyona sahiptir.

⁷² Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 671-673.

⁷³ Değirmenci, , s. 364-365.

⁷⁴ Ünal, s. 111.

Günümüz ceza yargılamalarında artık baskın bir delil türü haline gelen elektronik delil, hassas, kolayca değiştirilebilir ve silinebilir yapıda olup toplanması ve korunması aşamasında dahi bozulabilir olma özelliğine sahiptir.⁷⁵ Bu durum elektronik delilin kullanılmasında en önemli unsurlarından biri olan delil bütünlüğü ilkesinin sağlanması bakımından ayrı bir hususiyet arz etmekte ve adli bilişimin önemini bir kat daha artırmaktadır.

Bununla birlikte uygulamada adli bilişim sürecinde gerek donanım ve yetişmiş personel eksikliğine gerekse yeterli yasal alt yapının olmamasına bağlı olarak birçok sorunla karşılaşıldığı ve bu sorunların çözülememesi nedeniyle ceza soruşturma ve kovuşturması süreçlerinde toplanan pek çok delilin kaybolması ya da kullanılamaz duruma gelmesi sonucuna sebep olunduğu görülmektedir. Bu bakımdan soruşturmanın başladığı andan itibaren savcı ve kolluk personeli ile başlayan ve yargılama safhasında da devam eden delil toplama sürecinde harcanan emek, mesai ve maddi kaynakların israf olmaması için adli bilişime gerekli önemin verilmesi ve bu süreçte karşılaşılan sorunların en kısa sürede çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Kaynakça

- Ahi Gökhan, Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk, Mete Tevetoğlu (drl.), Bilişim Hukuku içinde (ss. 100-107), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Ahi M. Gökhan, Adli Bilişim Nedir?, 2009, <http://www.bilisimhukuk.com/2009/07/adli-bilisim-nedir/> Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019.
- Akarşlan Hüseyin, Bilişim Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Atalay Nur Sena/Şengül Doğan/Erhan Akbal/Türker Tuncer, "Adli Bilişim Alanında Ağ Analizi", *BEÜ Fen Bilimleri Dergisi*, 2019, C. 8, S. 2, ss. 582-594.
- Aydoğan Hakan, Adli Bilişim'de Yeni Elektronik Delil Elde Etme Yöntemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2009.
- Başlar Yusuf, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, S. 3, ss. 82-105.
- Başlar Yusuf, "Elektronik Delil ve Ceza Yargılamasında Kabul Edilebilirliğine İlişkin Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, C. 16, S. 184, ss. 1655-1687.

⁷⁵ Yusuf Başlar, "Elektronik Delil ve Ceza Yargılamasında Kabul Edilebilirliğine İlişkin Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, C. 16, S. 184, s. 1656-1657.

- Bıçak Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Çakır Hüseyin/Ercan Sert, "Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci", Örgütlü Suçlar ve Yeni Trendler, Uluslararası Terörizm ve Sınırtaş Suçlar Sempozyumu (UT-SAS 2010), Oğuzhan Ömer Demir/Murat Sever (drl.), Ankara, 2011.
- Çakır Hüseyin/Kılıç Mehmet Serkan, "Bilişim Suçlarına İlişkin Delil Elde Etme Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Polis Bilimleri Dergisi*, 2013, C. 15, S. 3, ss. 23-44.
- Çiçek İlker, Ülkemizde Adli Bilişim Laboratuvarı Kurulumu ve Bilişim Suçlarıyla Mücadeleye Katkıları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Haliç Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2008.
- Değirmenci Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Doğanay Hamza Aytaç, Mobil Adli Bilişiminin Önemi Bağlamında Hukuki Süreç ve Delil Zinciri Kavramı ile Yeni Nesil Mobil Cihazların İncelenmesinde Karşılaşılan Güncel Zorlukların Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Dokurur Semih, "Adli Bilişim", 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara, 14-15 Nisan 2005, ss. 226-229.
- Ekizer A. Hakan, Adli Bilişim (Computer Forensics), 2014, <http://www.ekizer.net/adli-bilisim-computer-forensics> Erişim Tarihi: 12 Şubat 2020.
- Gözüşirin Mesih, 5237 asyılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları ve Bilişim Suçları ile Mücadeleye İlişkin Model Önerisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, 2011.
- Gündüz M. Zekeriya, Bilişim Suçlarına Yönelik IP Tabanlı Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2012.
- Güneş Eriş Fatma, Mobil Cihazlarda Sosyal Medya Uygulamalarının Adli Bilişim Açısından Analizi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Henkoğlu Türkay, Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Jones Nigel/George Esther/Karagöz Kasım/Dülger Murat Volkan/Modoğlu Gözde (hızl.), Bilişim Suçları Eğitim Modülü (Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği & Avrupa Konseyi Ortak Projesi), MATBAM Ajans & Reklam & Tanıtım, Ankara, 2014.
- Karagülmez Ali, "Bilişim Suçlarında Delil Toplamayı Etkileyen Başlıca Konular", 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara, 14-15 Nisan 2005, ss. 30-34.
- Kaya Mehmet Bedii, "Hukuki Açısından Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim", Şeref Sağıroğlu/Mustafa Şenol (ed.), Siber Güvenlik ve Savunma Problemler ve Çözümler içinde (213-279), BGD Siber Güvenlik ve Savunma Kitap Serisi 2, Grafiker Yayınları, Ankara, 2019.
- Keser Berber Leyla, Adli Bilişim, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Kılıç Mehmet Serkan, "Elektronik Deliller ve Yapısal Özellikleri", Hüseyin Çakır/Mehmet Serkan Kılıç (ed.), Adli Bilişim ve Elektronik Deliller içinde (137-158), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Kırkıl Kevser, Kaotik İkedâ Haritası ile Güçlü Kriptografik Özetleme Fonksiyonu Elde Edilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2008.
- Koltuksuz Ahmet Hasan, "Adli Bilişimde Olay Yeri İnceleme Esasları", Bilişim Hukuku Konferansı-Yargıtay, Ankara, 09-10 Ekim 2008, ss. 9-18,
- Kümüştâş Şevket, "Maddi Delillerin Elde Edilmesi ve Hukuka Uygunluğu", *Çağın Polisi Dergisi*, 2007, S. 66, ss. 36-41.
- Orakcı Merve/Kök İbrahim/Çakır Hüseyin, "Adli Bilişim Eğitiminin Gereksinimi ve Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2016, C. 9, S. 2, ss. 137-145.
- Özbek Onur, "Hukuk Devletinde Bireysel Güvenlik Ekseninde Bilişim Teknolojileri", 1. Hukukun Gençleri Sempozyumu (Hukuk Devletinde Kişisel Güvenlik), Ankara, 20-21 Mart 2009, <http://www.umut.org.tr/tr-TR/hukukun-gencleri-sempozyumlari-dizisi--1-hukuk-devletinde-kisisel-guvenlik/111.aspx> Erişim Tarihi: 25 Şubat 2015.
- Özbey Özcan, "Adli Bilişim ve Sayısal Deliller (5271 sayılı CMK'nın 134. maddesi)", *Yargıtay Dergisi*, 2010, C. 36, S. 3, ss. 61-126.
- Özel Cevat/Ahi M. Gökhan, "Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler", http://www.turkhukusitesi.com/makale_179.htm Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019.
- Öztürk Mustafa İlker, Bilişim Cihazlarındaki Sayısal Delillerin Tespiti ve Değerlendirilmesinde İş Akış Modelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Sağıroğlu, Şeref/Mehmet Karaman, "Adli Bilişim", *Teletipi Haberleşme ve Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2012, S. 203, ss. 62-67.
- Say Kubilay, Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması ve Laboratuvarında İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Say Kubilay, "Bilişim Suçlarında Olay Yeri İncelemesinin Hukuki Boyutu", Levent Bayram (ed.), Ses Görüntü ve Data İncelemeleri içinde (251-260), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Şeker Güven, "Bilişim Suçlarının Delillendirilmesinde Amerikan Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 2014, C. 1, S. 1, ss. 1-13.
- Şen Osman Nihat, "Polisin Adli Bilişimde Kullanabileceği Programların Bir Değerlendirmesi", 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara, 14-15 Nisan 2005, ss. 35-41.
- Tan Aydoğan, Adli Bilişim (computer forensic), 2009, <https://hukuksokagi.com/kaynak/adli-bilisim-computer-forensic/> Erişim Tarihi: 19 Şubat 2019.
- Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 20 Şubat 2020.
- TÜRKTRUST, Zaman Damgası Nedir?, <https://www.turktrust.com.tr/tr/urunler/zaman-damgasi/>Erişim Tarihi: 3 Mart 2020.
- Uçkan Özgür/Beceni Yasin, Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku, İnternet ve Hukuk, Yeşim Atamer (drl.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.

- Ukşal Mesut, Mobil Cihazlarda Adli Bilişim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Uzunay Yusuf/Bıçakçı Kemal, "A3D3M: Açık Anahtar Altyapısı Destekli Dijital Delilleri Doğrulama Modeli", Ağ ve Bilgi Güvenliği Ulusal Sempozyumu, İstanbul, 2005, <https://docplayer.biz.tr/14459365-A3d3m-acik-anahtar-altyapisi-destekld-ddjdtal-deldlled-dogrulama-modeld.html> Erişim Tarihi: 19.02.2019.
- Ünal Osman Gazi, Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Yetim Servet, "Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, C. 2, S. 11, ss. 123-129.
- Yetim Servet, "Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C. 82, S. 3, ss. 1201-1222.

KONAKLAMA VERGİSİ: ÖLÇÜLÜLÜK MESELESİ

ACCOMMODATION TAX: PROPORTIONALITY ISSUE

Nuray AŞCI AKINCI*

Özet: 7194 sayılı “Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile hukuk sistemimize, dijital hizmet vergisi, değerli konut vergisi ve konaklama vergisi olmak üzere üç yeni vergi girmiştir. Dolaylı bir vergi olan konaklama vergisi, diğer ülke uygulamalarından farklı olarak yerel yönetim vergisi olarak değil, merkezi yönetim vergisi olarak öngörülmüştür. Bu makalede, konuyla bağlantılı olması nedeniyle öncelikle turizm payı ve devamında konaklama vergisinin temel unsurları ele alınmıştır. Çalışmada, konaklama vergisinin ölçülülük ilkesine uygunluğu, diğer ülke örnekleriyle kıyaslama yapılarak, bir takım ölçütler ekseninde değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, verginin amacı, konaklamanın gerçekleştiği mekân/tesis, bölge/şehir, dönem/sezon gibi kriterler dikkate alınarak, ölçülülük ilkesinin gereklerini karşılayacak bir vergi modeline yönelik önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Konaklama Vergisi, Turizm Vergisi, Turist Vergisi, Turizm Payı

Abstract: Under the Law No. 7194 “Digital Service Tax and The Amendment on Certain Laws and Decree Law No. 375”, three new taxes named as digital services tax, accommodation tax, and valuable house tax have entered into our legal system. As an indirect tax, accommodation tax, different than practices of other countries, cannot be considered as a local government tax but is envisaged as a central government tax. In this paper, due to its connection with the issue, primarily tourism surcharge, and then basic elements of accommodation tax are examined. This study assesses the conformity of accommodation tax with the principle of proportionality based on certain criteria in comparison with other country examples. In conclusion, suggestions are made for a new tax model, which will meet the requirements of the principle of proportionality by taking into consideration certain criteria such as the purpose of the tax, the location/facility where the accommodation takes place, the region/city, the term/season.

Keywords: Accomodation Tax, Tourism Tax, Tourist Tax, Tourism Surcharge

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, akincinuray@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8844-7146, Makalenin Gönderim Tarihi:11.03.2020, Kabul Tarihi: 11.03.2020

GİRİŞ

7194 sayılı “Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹ ile hukuk sistemimize, dijital hizmet vergisi, değerli konut vergisi ve konaklama vergisi olmak üzere üç yeni vergi dahil edilmiştir. Söz konusu vergilerden, değerli konut vergisine ve dijital hizmet vergisine özellikle çok fazla reaksiyon gösterilmesine karşın konaklama vergisinin, turizm sektörü dışında, gerek öğretilerde ve gerekse toplumda henüz dikkatleri çokça çekmediği gözlenmektedir. Ancak turizm sezonu yaklaştıkça, sözkonusu vergiye yönelik olası tepkilerin somut uygulamalar karşısında yavaş yavaş belireceğini öngörmek zor değildir.

7194 sayılı Kanun’un 9. maddesi ile 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu’nun 2. kısmının 2. bölümündeki mülga 34. madde, “Konaklama Vergisi” olarak yeniden ihdas edilmiştir. Verginin temel unsurları, vergilendirme işlemleri ve usule ilişkin tüm hükümler tek maddede düzenlenmiştir. Bu çalışmada, konaklama vergisi öncelikle kavramsal boyutuyla ele alınmış ve İl Özel İdaresi ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı’nda bu verginin nasıl kurgulandığına yer verilmiş; turizm alanında yeni bir mali yükümlük olan turizm payı ve konaklama vergisinin temel unsurları incelenmiştir. Çalışmanın amacı, konaklama vergisinin ölçülük ilkesine uygunluğunu -diğer ülke örnekleriyle karşılaştırarak- değerlendirmektir. Verginin ölçülü olup olmadığı meselesi, konaklamanın gerçekleştiği mekân, bölge/şehir, dönem/sezon ve verginin konulma amacı gibi kriterler dikkate alınarak ölçümlenmeye çalışılmıştır. Bu çalışmanın temel denencesi “verginin, yükümlülerin mali gücü ile orantılı olmadığı, amacı gerçekleştirmeye elverişli bir araç olmadığı” fikridir.

1. KAVRAMSAL BELİRLEME VE TARİHSEL ARKA PLAN

Daha çok tarihi ve turistik merkezlere sahip olan ülkelerde, konaklama veya turistik amaçlı verilen hizmetlerden faydalanan kişilerden,

¹ 7194 sayılı “Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, (RG: 7.12.2019, 30971).

sunulan turizm hizmetlerinin maliyetlerini finanse etmek, turizm alt-yapısını geliştirmek, turistik faaliyetlerin gerçekleştirilmesi gibi amaçlarla ve ağırlıklı olarak yerel yönetim birimleri tarafından, konaklama tesislerinin verdiği hizmetler üzerinden alınan vergi, en kapsamlı kavramla “*turizm vergisi*” olarak tanımlanabilir. Dünya Turizm Örgütü (UNWTO), turizm vergilerini, özellikle turistler ve turizm endüstrisi için geçerli olan bir dolaylı vergi olarak tanımlamıştır.² Söz konusu verginin standart/tek tip bir ismi olmamakla birlikte, turizm vergisi (*tourism tax*), turist vergisi (*tourist tax*), konaklama vergisi (*accomodation tax*), ziyaretçi vergisi (*visitor tax*), şehir vergisi (*city tax*), kültür vergisi (*culture tax*), otel oda vergisi (*hotel room tax*), yatak vergisi (*bad tax*) olarak da adlandırılmaktadır.

Avrupa Birliği (AB) ülkeleri, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Japonya gibi ülkelerde, bu vergiler yerleşme amacı olmayan geçici konaklamalar için ve genelde yerli/yabancı ayrımı yapılmaksızın, konaklama hizmeti üzerinden oransal veya maktu olarak alınmaktadır.³

Avrupa Tur Operatörleri Birliği’nin (European Tour Operators Association/ETOA) verilerine göre, Avrupa Birliği’ne üye olan ülkelerin 19’unda, turizm vergisi⁴ farklı isimlerle ve her ülke özelinde farklı şekilde uygulanmaktadır. Danimarka, İsveç, Finlandiya, Estonya, İrlanda, Güney Kıbrıs, Letonya ve Lüksemburg’da ise bu vergi alınmamaktadır. AB üyesi ülkelerde konaklama vergisinin yasal dayanağı, KDV uygulamasında da değişikliklerin (282/2011) yer aldığı 2006/112/EC sayılı Konsey Direktifi’dir.⁵

² OECD Tourism Trends and Policies 2014, OECD Publishing, s. 76, <http://dx.doi.org/10.1787/tour-2014-en>

³ Burçin Bozdoğanoglu, “Konaklama Vergisi Uygulaması ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Maliye Dergisi*, Sayı: 164, Ocak-Haziran 2013, s. 132; Ahmet Güler, “Roma ve Venedik Özelinde İtalya’da Turist Vergisi ve Türkiye’de Uygulanması”, *PJESS*, Vol: 4, No: 1, 2017, s. 19.

⁴ European Tourism Association, “ETOA’s 2019 review of European tourism taxes calls for destinations to recognise the value of the visitor economy and risk to competitiveness”, (12 September, 2019), <https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/> (Erişim T. 26.01.2020).

⁵ Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006, söz konusu Direktif’te değişiklik yapan Direktif için bkz. Council Directive (EU) 2019/475 of 18 February 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32019L0475>; (Erişim T. 22.02.2020); Bozdoğanoglu, , s. 132.

Türkiye uygulamasına bakıldığında konaklama vergisi her ne kadar hukuk sistemimize yeni girmiş olsa da⁶ esasında ilk nüvesi, 2004 yılında atılmış ve 2006'da⁷ ve 2008⁸ yıllarında, TBMM'ye sunulan "İl Özel İdaresi ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı"nda bu vergiye yer verilmiştir. Konaklama vergisi, 2006 yılı Kanun Tasarısı'nın üçüncü kısmının beşinci bölümünde 37. ve 40. maddeleri arasında bir yerel yönetim vergisi olarak tasarlanmıştır. Otel, motel, tatil köyü, pansiyon gibi tesis ve yerlerde konaklamanın, bu vergiye tabi olacağı, verginin yükümlüsünün "*konaklama tesislerinde konaklayanlar*" olduğu ve konaklama tesislerini işletenlerin ise *vergi sorumlusu sıfatıyla*, vergiyi tahsil ederek mükellefler adına yetkili idareye ödemekten sorumlu olduğu düzenlenmiştir (m. 37). İstisnaların düzenlendiği 38. maddede, öğrenci yurt ve pansiyonları, huzurevleri ile koruma evlerinde yapılan konaklamalardan bu verginin alınmayacağı; matrahı, günlük yeme, içme ve yatak ücretleri dahil olmak üzere, mükelleflerce ödenen toplam konaklama bedeli; oranı ise, günlük toplam konaklama bedelinin yüzde 3'ü olarak öngörülmüştü. (m. 39). Beyan ve ödeme kenar başlıklı 40. maddede ise, vergi, konaklama ücretine eklenerek fatura veya ödeme belgelerinde gösterilmek suretiyle tahsil edileceği, tahsil edilen vergi, takip eden ayın yirminci günü mesai saati sonuna kadar konaklama yerinin bulunduğu yer yetkili idaresine bir beyanname ile ödeneceği, büyükşehir belediyesi olan yerlerde toplanan vergilerin yüzde 25'inin, tahsilâtı izleyen ayın yirminci günü mesai saati sonuna kadar büyükşehir belediyesine aktarılacağı düzenlenmiştir.

İlk olarak 7193 sayılı Kanun ile düzenlenen ancak, ilgili kanunun Cumhurbaşkanlığı tarafından bir kere daha görüşülmek üzere TBMM'ye gönderilmesinin üzerine, son şeklini 7194 sayılı Kanun ile alan Ko-

⁶ "Osmanlı döneminde değişik adlarla Konaklama Vergisi alındığı görülmektedir. Bir çeşit ayak bastı parası olan Selamet Akçesi ya da Kademiye Vergisi buna en güzel örnektir. Defterdar Fındık Mehmet Efendi tarafından uygulamaya konulan dinlenme yerlerinden toplanan İstirahat Vergisi de bu kapsamda uygulanmış bir vergi türüdür. Geçit Vergisi, Gülek Geçidi Vergisi, Haliç Vergisi, Osmanlı döneminde uygulanan benzer vergiler arasındadır", Faruk Güçlü, "Yeni Bir Vergimiz Daha Oldu: Konaklama Vergisi", <http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/1700304/yeni-bir-vergimiz-daha-oldu-konaklama-vergisi.htm>

⁷ İl Özel İdaresi ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı (4 Temmuz 2006).

⁸ 2008 yılı tasarısında, Konaklama Vergisi, ilgili yasa tasarısının 3. kısmının 4. bölümünde, 34. ve 37. maddeleri arasında düzenlenmiştir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0505.pdf>

naklama Vergisi, aradan 15 yıllık süreden sonra bir yerel yönetim vergisi olarak değil, bir merkezi yönetim vergisi olarak karşımıza çıkmıştır. 7194 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesi "Konaklama Vergisi" olarak yeniden düzenlenmiştir.

2. YENİ BİR MALİ YÜKÜMLÜLÜK: TURİZM PAYI

Konaklama vergisinin temel öğelerine geçmeden önce, 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun⁹ ile "turizm payı" olarak isimlendirilen yeni mali yükümlülüğe değinmek gerekmektedir. Amaç ve kapsamın düzenlendiği Kanun'un 1. maddesi şöyledir: *"Türkiye'nin turizm hedeflerine ulaşmasını teminen; turizm imkân ve fırsatlarının dünyada tanıtılmasına, turizm potansiyelinin tüm yönleri ile değerlendirilerek ülke ekonomisine kazandırılmasına, turizm yatırımlarının, turizmin ülke ekonomisindeki payının ve turizm sektörünün hizmet kalitesinin artırılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak, destek ve kaynak sağlamak amacıyla Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansının kurulması, yönetimi, denetimi, gelirleri ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanun; Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansının kuruluşu, yönetimi, denetimi, faaliyet konuları ve gelirlerine ilişkin usul ve esasları kapsar"*.

Turizm payı; bileşik tesisler ile konaklama tesislerinden, Bakanlıktan belgeli yeme-içme ve eğlence tesislerinden, deniz turizmi tesisleri ile Bakanlıktan belgeli deniz turizmi araçlarından binde yedi buçuk; seyahat acentelerinden (münferit uçak bileti satışları hariç), havayolu işletmelerinden (ticari yolcu taşımacılığı faaliyetlerinden) on binde yedi buçuk; Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından işletilenler hariç olmak üzere havalimanı ve terminal işletmelerinden binde iki oranında olmak üzere bu ticari işletmelerin yatırımcısı veya işletmecisi olan gerçek veya tüzel kişilerin bu işletmelerdeki faaliyetleri sonucunda elde ettikleri net satış ve kira gelirlerinin toplamı üzerinden alınır (m. 6).

Ajansın gelirlerinin en az %85'inin, ülke turizminin tanıtılmasına yönelik faaliyetlerin, kalan kısmı ise diğer faaliyetlerin finansmanında kullanılacağı 5. maddede belirtilmiştir. Turizm payı ile oluşturulan

⁹ 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun, (RG: 15.07.2019, 30832).

fonun, turizmin negatif dışsallığından etkilenen yerel yönetim birimlerinin sunduğu hizmetlerin finansmanı sağlamak üzere getirilmediği ancak fon kaynaklarının %15'inin bir kısmının yerel yönetim birimlerine aktarılmasının Kanun'un 4. maddesindeki "Ajans, Bakanlıkça belirlenen turizm strateji ve politikaları doğrultusunda; (...) (d) Turizmin ülke ekonomisindeki payının artırılması amacıyla bu Kanunda belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere diğer her türlü faaliyet, iş ve işlemleri yapabilir, destek ve kaynak sağlayabilir." hükmü dayanak alınarak uygulanabileceğinin olanaklı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰

Denetimin düzenlendiği 7. maddede, Ajansın Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yayımlanan Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına uygun olarak hazırlanan yıllık finansal tabloları bağımsız denetime tabi olacağı, söz konusu bağımsız denetimin, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından kamu yararını ilgilendiren kuruluşların denetimini yapmak üzere yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşlarının en az üçünden teklif alınmak suretiyle İcra Kurulu tarafından yaptırılacağı hüküm altına alınmıştır. Denetim sonucunda düzenlenen bağımsız denetim raporları Sayıştay'a gönderilecektir. Sayıştay ise kendisine sunulan bağımsız denetim raporlarını esas alarak hazırlayacağı raporu Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunacaktır.

Görüldüğü gibi turizm payı, turizmin ülke ekonomisindeki payının ve turizm sektörünün hizmet kalitesinin artırılması, Türkiye'nin turizm hedeflerine ulaşmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir.

3. KONAKLAMA VERGİSİNİN TEMEL UNSURLARI

Konaklama vergisinin temel unsurları, Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesi ve Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı¹¹ esas alınarak verginin konusu, vergiyi doğuran olay, verginin yükümlüsü ve istisnaları bu başlık altında değerlendirilmiştir.

¹⁰ Ertuğrul Akçaoğlu, "Konaklama Vergisi", Vergi Yasalarında Güncel Değişikliklerin Değerlendirilmesi Paneli'nde sunulan tebliğ, 16 Ocak 2020, Ankara Barosu, <https://www.youtube.com/watch?v=hmzKeKptKeA&list=PL4jCA0s9Z5BBg8oK4JhQgcIihma7No2V8>

¹¹ Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı için bkz. https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/tebligler/Taslaklar/Kon_ver_gen_uyg_teb_taslak.pdf

3.1. Verginin Konusu

Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrasına göre konaklama verginin konusunu, otel, motel, tatil köyü, pansiyon, apart otel, misafirhane, kamping, dağ evi, yayla evi gibi konaklama tesislerinde verilen geceleme hizmeti ile bu hizmetle birlikte satılmak suretiyle konaklama tesisi bünyesinde sunulan diğer tüm hizmetler (yeme, içme, aktivite, eğlence hizmetleri ve havuz, spor, termal ve benzeri alanların kullanımı gibi) oluşturur. Geceleme hizmetinin; sağlıklı yaşam tesisleri, eğlence merkezleri gibi tesislerin bünyesinde sunulması, vergilendirmeye etkisi olmayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemede, konaklama tesisleri bakımından bir sınırlama yapılmamış ve tesisin türü, sınıfı, niteliği dikkate alınmaksızın konaklama hizmeti sunan bütün tesislerde belirtilen hizmetler vergiye tabidir. Burada dikkat edilmesi gereken iki hizmet bulunmaktadır:

1. Konaklama tesislerinde verilen geceleme hizmeti
2. Geceleme hizmetiyle birlikte sunulan diğer hizmetler

Geceleme hizmeti, konaklama tesislerinde oda veya yer tahsis etmek suretiyle verilen, tesiste günlük yatma, *barınma*, kalma hizmetini ifade eder. Konaklama tesisi bakımından, geceleme hizmetini ifa etmeye yönelik odanın (birden fazla kişinin bir arada konaklayabildiği odalarda yatağın) kişinin tasarrufuna bırakılması ile birlikte hizmet sunumu başlamış olur. Geceleme hizmeti alan kişinin geceleme tamamlamaksızın tesisten ayrılmasının vergilendirmeye tesiri yoktur.¹²

Konaklama tesislerinde geceleme hizmetiyle birlikte satılmak suretiyle, konaklama tesisi bünyesinde sunulan diğer tüm hizmetler konaklama vergisine tabidir. Buna göre, geceleme hizmetiyle birlikte konsept olarak pazarlanmak ve/veya satılarak konaklama tesisi bünyesinde sunulan yeme, içme, aktivite, eğlence hizmetleri ve havuz, spor, termal ve benzeri alanların kullanımı gibi tüm hizmetler, konaklama vergisine tabidir. Bu kapsamda, oda ve kahvaltı, yarım pansiyon, tam pansiyon, her şey dahil, ultra her şey dahil vb. konseptler adı altında pazarlanan ve/veya satılan ve tesis bünyesinde geceleme hizmetinin yanı sıra, paket kapsamında verilen tüm hizmetler verginin konusunu oluşturmaktadır.¹³

¹² Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı, s. 2.

¹³ Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı, s. 2.

Tebliğ taslağına göre, konaklama tesisinin türü, sınıfı, niteliği, bulunduğu yöre vb. hususlar dikkate alınarak geceleme hizmeti kapsamında verilmesi ve geceleme hizmetine dâhil edilmesi mutat olan tüm hizmetler, geceleme hizmetinden ayrıca fiyatlandırılırsa ve bedeli müşteriden ayrıca tahsil edilse dahi vergiye tabidir. Geceleme hizmetiyle birlikte sunulan diğer hizmetlerin, tesisin kendi imkânlarıyla veya tesis tarafından kısmen ya da tamamen tesis bünyesi dışından temin edilerek sunulması, vergilendirmeye engel değildir. Konaklama tesisinde konaklamayanlara, başka bir söylemle geceleme hizmeti almayanlara, sunulan hizmetler vergiye tabi olmayacaktır.

Konaklama tesisi tarafından konaklama hizmeti alanlara verilen bir hizmet;

- Geceleme hizmetiyle birlikte satılması ve
- Konaklama tesisi bünyesinde sunulması halinde, konaklama vergisine tabi olacaktır. Görüldüğü gibi, hizmetin vergiye tabi olabilmesi için iki koşulun birlikte var olması gerekir. Bunlardan birinin gerçekleşmemesi halinde, esas itibarıyla hizmet vergiye tabi olmayacaktır.¹⁴

3.2. Vergiyi Doğuran Olay

Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesinin üçüncü fıkrasında, vergiyi doğuran olayın, verginin konusuna giren hizmetlerin sunulması ile meydana geleceği belirtilmiştir.¹⁵ Bedelin bir kısmının veya tamamının hizmetin sunumundan önce veya sonra tahsil edilmesinin veya hiç tahsil edilmemesinin vergiyi doğuran olaya tesiri yoktur. Hizmetin sunulmasından önce fatura veya benzeri belgeler düzenlenmesi hallerinde vergiyi doğuran olay gerçekleşmez. Dolayısıyla, 5.10.2007 tarihli ve 26664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Seyahat Acentala-

¹⁴ Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı, s. 3.

¹⁵ Vergiyi doğuran olayın ilgili maddede tanımlanması öğretide Akçaoğlu tarafından eleştirilmiştir: "Kanun, ilginç bir şekilde, 'Vergiyi doğuran olay, birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin sunulması ile meydana gelir' demek suretiyle vergiyi doğuran olayı da tanımlama lüzumu hissetmiştir. Oysa, kanunda soyut olarak ifade edilmiş olan konunun, gerçek hayatta somutlaşması yani gerçekleşmesi anlamına gelen vergiyi doğuran olayın ayrıca tanımlanmasına- kural olarak- gerek yoktur. Bunun hukuken bir anlamı ve faydası olmadığı gibi bilakis beraberinde sorunlar getirmesi mümkündür", Akçaoğlu, sunum.

rı Yönetmeliği'nde tanımlanan acentalara yapılan satışlarda, acentaya satış aşamasında vergi doğmaz. Aynı şekilde acentanın satışı aşamasında da konaklama tesisi işleticisi bakımından vergiyi doğuran olay gerçekleşmez. Buna göre, gerek acentalar üzerinden gerekse doğrudan konaklama tesisleri tarafından satışa konu edilen hizmetlerde, hizmetin konaklayana sunulması ile vergiyi doğuran olay gerçekleşir.¹⁶

3.3. Verginin Yükümlüsü

Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, konaklama vergisinin yükümlüsü, *verginin konusuna giren hizmetleri sunanlardır*. Başka bir ifadeyle, verginin mükellefi, konaklama hizmetlerinin verildiği tesisi fiilen işletenlerdir. Tesisin mülkiyetinin işleticiye ait olup olmamasının, tesisin kamu veya özel sektör, gerçek veya tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan teşekküller tarafından işletilmesinin, yükümlülüğe herhangi bir etkisi olmayacaktır.¹⁷

Mükellefiyet, konaklama tesisi işletenin katma değer vergisi yönünden bağlı olduğu vergi dairesince, KDV mükellefiyeti bulunmayanlar bakımından ise tesisin bulunduğu yer vergi dairesince tesis edilir. KDV mükellefiyeti bulunmayanların, aynı il sınırları içindeki aynı veya farklı vergi dairelerinin yetki alanında bulunan tüm konaklama tesisleri için, talep etmeleri durumunda, ilgili Vergi Dairesi Başkanlığı (bulunmayan illerde Defterdarlık) tarafından uygun görülecek vergi dairesince tek mükellefiyet tesis edilebilir.

3.4. Verginin İstisnaları

Konaklama vergisi, öğrenci yurtları, pansiyonları ve kamplarında öğrencilere verilen hizmetler; karşılıklı olmak kaydıyla yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik temsilcilikleri, konsoloslukları ve bunların diplomatik haklara sahip mensupları ile uluslararası anlaşmalar gereğince vergi muafiyeti tanınan uluslararası kuruluşlar ve mensuplarına verilen hizmetler yönünden vergiye tabi değildir. Diplomatik temsilcilikler ve konsolosluklar ile bunların diplomatik haklara sahip mensuplarına yönelik istisna uygulaması karşılıklılık ilkesi çerçevesinde yürütülmektedir.

¹⁶ Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı, s. 4.

¹⁷ Konaklama Vergisi Uygulama Tebliği Taslağı, s. 4.

İl Özel İdaresi ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı'nda, huzurevleri ve koruma evlerinde yapılan konaklamalar vergiden istisna tutulmuştur.

3.5. Verginin Matrah ve Oranı

Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, konaklama vergisinin matrahı, verginin konusuna giren hizmetler karşılığında, KDV hariç, her ne suretle olursa olsun alınan veya bu hizmetler için borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamıdır. Buna göre, konaklama vergisi matrahına KDV dahil edilmemektedir.¹⁸

Tebliğ Tasarısında belirtildiği üzere, sunulan konaklama hizmetlerine ilişkin vade farkı, fiyat farkı, kur farkı, faiz, prim gibi çeşitli gelirler ile benzer adlar altında sağlanan her türlü menfaat, hizmet ve değerler de matrahına dâhildir. Bedelin döviz ile hesaplanması halinde döviz, vergiyi doğuran olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden Türk parasına çevrilir.

Konaklama vergisinin oranı Kanun'un 34 maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiş ve bu oran % 2'dir. Cumhurbaşkanı, bu oranı bir katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, bu sınırlar içinde farklı oranlar tespit etmeye yetkilidir. Ancak 7194 sayılı Kanun'un 42. maddesi ile 6802 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. madde uyarınca, konaklama vergisi oranı 31.12.2020 tarihine kadar % 1 olarak uygulanacaktır.

Gider Vergileri Kanunu'nun 34. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, konaklama vergisi, konaklama tesislerince düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde ayrıca gösterilir. Bu vergiden herhangi bir ad altında indirim yapılamaz. Bu vergi, KDV matrahına dâhil edilmez. Konaklama hizmetinin sunumundan önce fatura ve benzeri belge düzenlense dahi, bu belgede konaklama vergisi gösterilmez.

¹⁸ Almanya'da söz konusu vergi, gecelik 5 € veya toplam oda bedelinin %5'i kadar vergi almıyor. Yüzde beşlik vergi, KDV eklendikten sonraki miktar üzerinden hesaplanmaktadır. Theresa Christine, "41 Countries Around the World that Charge A Tourist Tax" February 27, 2019, <https://www.businessinsider.sg/countries-that-require-a-tourist-tax-2019-2> ; <https://www.hostelworld.com/blog/tourist-tax/> (Erişim T. 03.02.2020).

Son olarak, 34. maddesinin sekizinci fıkrasında, konaklama vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyette bulunulan takvim yılının birer aylık dönemleri olduğu belirtilmiştir. Her bir vergilendirme dönemine ait konaklama vergisi, vergilendirme dönemini takip eden ayın yirmi altıncı günü akşamına kadar KDV yönünden bağlı olunan vergi dairesine, KDV mükellefiyeti bulunmayanlarca tesisin bulunduğu yer vergi dairesine beyan edilir. Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendi kapsamında, konaklama vergisine ilişkin tüm beyannamelerin elektronik ortamda verilmesi uygun bulunmuştur. İlgili Kanun'un 34/9 fıkrası gereğince, konaklama vergisi beyannamesinin şekil, içerik ve ekleri Gelir İdaresi Başkanlığına belirlenir ve elektronik ortamda mükelleflerin kullanımına sunulur. Gelir İdaresi Başkanlığı, beyannamenin şekil, içerik ve ekinde değişiklik yapmaya yetkilidir.

4. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN GEREKLERİYLE KONAKLAMA VERGİSİ

Vergi hukukunda anayasal vergilendirme ilkeleri dendiğinde, esasında iki temel ilkedен söz edilir. Bunlardan biri vergide yasallık ilkesi¹⁹ diğeri ise vergide eşitlik ilkesidir.²⁰ Konumuzla ilgili olarak yasalılık ilkesine ilişkin olarak tebliğ tasarısında irdelenecek veya eleştirilecek hususlar olmakla birlikte, temelde eşitlik ilkesine değinmek gerekmektedir. Bir vergi yasasının, vergide eşitlik ilkesine aykırı olduğu veya yükümlüler arasında ayrımcılık yaratıp yaratmadığının analizinde kullanılan üç test bulunmaktadır: karşılaştırılabilirlik testi, haklı neden testi ve nihayet ölçülülük testi. Karşılaştırılabilirlik testinde, mevcut yükümlü gruplarının benzer veya farklı durumda olup olmadığı ölçümlenir. Benzer durumda olanlara farklı, farklı durumda olanlara ise aynı muamele yapılması ancak haklı nedenin bulunması halinde olanaklıdır. Ancak yükümlü grupları arasında farklı muameleyi haklılaştıracak hiçbir objektif farklılık yoksa söz konusu muamelenin ayrımcı olduğu sonucuna varılacaktır.²¹ Karşılaştırılabilir durumda olan

¹⁹ Bkz. Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, On İki Levha Yayınları, 3. baskı, İstanbul, 2011, s. 14-22.

²⁰ Bkz. Leyla Ateş, Vergilendirmede Eşitlik, Der'in Yayınları, İstanbul 2006, s. 87 vd.

²¹ Nuray Aşçı Akıncı, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 410.

vergi yükümlülerine haklı bir neden olmadıkça, farklı bir muamele yapılamaz. Haklı neden, farklı uygulamaları ayırım yasağı kapsamında çıkarır.²² Bazı hallerde haklı bir neden olmasına karşın söz konusu düzenlemeler, ölçülülük testinin gereklerini karşılayamadıkları için, başka bir söylemle ölçülülük testine takıldıkları için eşitlik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılabilmektedir. Haklı neden, ölçülülük testinin gereklerini karşılayamadığı takdirde uyuşmazlık konusu düzenleme, amaç ile araç arasındaki orantısızlık nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlali sonucu doğabilmektedir.²³ Bu anlamda ölçülülük testi, mahkemelerce yapılan ayrımcılık/eşitlik analizinde çok önemli bir yere ve değere sahiptir. Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM) norm denetimine ilişkin kararlarında, eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeleri meşrulaştırırken öne sürdüğü haklı nedenleri (mali ve hukuki yapı farklılığı, mali politika, sosyal ve ekonomik gerekler, kamu yararı) ölçülük testine tutmadığı gibi, "AYM siyaset söylemini hukuksal söyleme dönüştürerek, sadece eşitsizliği meşrulaştırmıştır".²⁴ Yükümlüler arasında farklı muamele-ye neden olan bir düzenleme ve söz konusu farklılığı meşrulaştıran haklı neden, ölçülük ilkesine uygun olmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında en büyük güvence mekanizması, hukuk devleti ilkesidir. Ölçülülük ilkesi ise, hukuk devletinin somutlaştırılmış bir ifadesi olarak temel hakların sınırlandırılmasında gözönünde tutulan temel bir ilkedir.²⁵ Ölçülülük ilkesi²⁶ amaç-araç ilişkisinde birleşen üç alt unsurdan oluşmaktadır: elverişlilik, gereklilik ve orantılılık. Elverişlilik, amaç ile sonuç arasındaki ilişkiyi refere eder. Elverişlilik, araç ile sonuç arasındaki ilişkide, aracın sonuç bakımından uygun olmasını gerektirir.²⁷ Sınırlamayı oluşturan bir yasal önlemin, sınırlama amacı açısından elverişli sayılabilmesi için bu önlemin istenilen sonuca bir katkı sağlaması gerekir²⁸. Gereklilik,

²² Billur Yaltı Soydan, Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 97.

²³ Aşçı Akıncı, s. 410.

²⁴ Nihal Saban, Vergi Hukuku, 9. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 60.

²⁵ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özünü, AUSBF Yayınları, Ankara 1982, s. 112.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 26-36.

²⁷ Takis Tridimas, The General Principles of EU Law, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, s. 139.

²⁸ Sağlam, s. 114.

sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak yönünden en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğine işaret eder.²⁹ Gereklilik testini karşılamak için düzenlemenin zorunlu, vazgeçilmez olması koşulu aranır.³⁰ Amacı gerçekleştirmek daha az sınırlayıcı araçlarla olanaklı değilse, söz konusu düzenleme gereklidir. Orantılılık testinde ise, bir düzenlemenin etkilerinin, söz konusu amaçlarla orantısız ya da aşırı olup olmadığı denetlenir. Gereklilik unsurunda, sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki bir ilişki söz konusuysen, orantılılıkta iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusudur.³¹ Amaç ve araç, birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır. Yarışan hedeflerin gerçek ölçümü ve değerlendirmesi bu aşamada gerçekleşmektedir.³²

Vergi sistemimize dahil edilen konaklama vergisi bakımından, sınırlama amacı ile sınırlama aracı arasında makul bir ilişkinin bulunup bulunmadığını belirlemek üzere³³ söz konusu verginin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir. Bu verginin uygulanmasında diğer ülke örneklerine bakıldığında; konaklanan mekânın niteliği, vergi oranlarının/miktarlarının farklılığı, dönemsel/sezonsal farklılık, muafiyet ve istisnaların uygulanmasına ilişkin çeşitli kriterler dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda, konaklama vergisi de, bu ölçütler çerçevesinde incelenerek ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ele alınmıştır.

4.1. Konaklanan Mekân ve Bölge/Şehir Kriteri

Konaklama vergisinin konusunu, otel, motel, tatil köyü, pansiyon, apart otel, misafirhane, kamping, dağ evi, yayla evi gibi konaklama tesislerinde verilen geceleme hizmeti ile bu hizmetle birlikte satılmak suretiyle konaklama tesisi bünyesinde sunulan diğer tüm hizmetler (yeme, içme, aktivite, eğlence hizmetleri ve havuz, spor, termal ve benzeri alanların kullanımı gibi) oluşturur (m.34/1). İlgili maddede

²⁹ Sağlam, s. 115.

³⁰ Junko Ueda, "Is the Principle of Proportionality the European Approach? A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice", *European Business Law Review*, Volume: 14, Issue: 5, 2003, s. 562, 563.

³¹ Sağlam, s. 116.

³² Mads Andenas/Stefhan Zleptnig, "Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, Volume: 42, 2007, s. 389.

³³ Billur Yaltı/Selçuk Özgenç, *Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 84.

sayılan mekanların niteliği ne olursa olsun ister beş yıldızlı bir otel ister pansiyon, apart otel, kırsal turizm tesisleri kapsamında düzenlenen çiftlik evi, köy evi, yayla evi, dağ evi, kamping olsun alınacak vergi oranı farklılık arz etmeyecek, başka bir söylemle belirlenen matrah üzerinden her durumda %2 oranında vergi alınacaktır.

Diğer ülke uygulamalarına bakıldığında örneğin İtalya'da, 2011 yılından beri uygulanan³⁴ "*Tassa/Imposta di Soggiorno*" olarak anılan turizm vergisi, otellerin yıldız sayısına ve konaklanan gece sayısına bağlı olarak görece farklılık göstermektedir.³⁵ İtalya'nın hemen hemen bütün şehirlerinde (yaklaşık 1000 yerel yönetim birimi tarafından bu vergi alınmaktadır) turist vergisi uygulanmaktadır. Vergi miktarı, bazı özellikli durumlar karşısında farklılaşabilmektedir. Örneğin adalar ve anakarada konaklama durumu, mevsim ve ulaşım şekli gibi haller, vergi tutarını etkilemektedir³⁶. Roma'da kişi başına her gün için (10 güne kadar olan konaklamalarda) vergi 3 € ve 7 € arası değişmektedir³⁷. Örneğin Roma'da 3 gece için iki yıldızlı otel için 6 €, üç yıldızlı otel için 8 €, dört yıldızlı otel için 12 €, beş yıldızlı otel için 14 € ödenecektir. Floransa ve Venedik'te ise 2 gece için, iki yıldızlı otel 4 €, üç yıldızlı otel 6 €, dört yıldızlı otel 8 €, beş yıldızlı otel için 10 € vergi ödenecektir.³⁸

Fransa'da uygulanan "*Taxe de Séjour*" yani turist vergisi, kişi başına ve gecelik konaklanan mekanın niteliğine/yıldız sayısına ve standardına göre değişmektedir.³⁹ Konaklama türleri, Yerel Yönetim Genel Kanunu'nun (CGCT) R 2333-44 maddesinde ayrıntılı olarak gösterilmiştir.⁴⁰ Alınacak tutar, gecelik kişi başına 0.20 €'dan 4 €'a kadar de-

³⁴ <https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/>

³⁵ "Italy's 'tourist tax': What is it and who has to pay?" <https://www.thelocal.it/20190918/italy-tourist-tax-what-is-it-and-who-has-to-pay-it>; Tourist Tax In Italy, <https://www.in-italia.com/italy/tourist-tax-in-italy/>, (Erişim T. 03.02.2020).

³⁶ Volkan Güzel/Selçuk Yıldız, "Konaklama Vergisinin Gerekliliği ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", Vergi Raporu, Aralık 2019, Sayı: 243, s. 14.

³⁷ Consultation on the Principles of a Local Discretionary Transient Visitor Levy or Tourist Tax, (9 September 2019), Scottish Government, s. 50, <https://www.gov.scot/publications/consultation-principles-local-discretionary-transient-visitor-levy-tourist-tax/pages/9/>, (Erişim T. 12.02.2020).

³⁸ Güler, s. 20, 21.

³⁹ <https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/>, (Erişim T. 23.01.2020).

⁴⁰ Bunlar, palas oteller, tatil otelleri, turist konutları, eşyalı konaklama, tatil köyleri, misafir odaları, karavan alanları ve turistik otoparklardaki sahalar, kamp alanları, diğer açık hava konaklama yerleri, marinalardır. Guide Pratique Taxes de

şebilmektedir.⁴¹ Paris'te 1 yıldız 1 €, iki yıldız 1.3 €, üç yıldız 1.88 €, dört yıldız 2.88 €, beş yıldız 3.75 € ve beş yıldızlı palas otellerde 5 € alınmaktadır. Paris'te ayrıca %15 oranında Bölgesel Vergi (*Regional Tax*) olarak adlandırılan bir vergi de alınmaktadır.⁴²

İspanya'da ilk olarak Temmuz 2010'da gündeme gelen⁴³ ve "*Tasa Turistica*" olarak adlandırılan turizm vergisi sadece Katalonya ve Balear Adaları'nda uygulanmaktadır.⁴⁴ Balear adalarında hükümet bu vergiyi, bir tür çevre vergisi ve sürdürülebilir turizm projeleri amacıyla almaktadır.⁴⁵ Katalonya'da kişi başı, gecelik en fazla 7 geceye kadar 0.45 € ile 2.25 € arası; Balear Adaları'nda ise kişi başına gecelik, 0.50 € ile 4 € arası değişen bir tutar alınmaktadır (Balear'da 8. gecedan sonra %50 indirim yapılmaktadır).⁴⁶

Almanya'da bu vergi, "kültür vergisi" (*Culture Tax, Kulturförderabgabe*) veya "yatak vergisi" (*Bed Tax, Bettensteuer*) olarak alınmaktadır.⁴⁷ Geceleme başına 0.50 € ile 5 € arasında veya konaklama bedelinin %5-7,5 arasında uygulanmaktadır.⁴⁸ Vergi, şehir bölgelerine göre değişmektedir. Bazı şehirlerde bu vergi, KDV eklendikten sonra hesaplanmaktadır. Örneğin Berlin'de KDV ve kahvaltı dahil maksimum 21 geceye kadar %5 oranında vergi alınmaktadır. Hamburg'da kültür ve turizm vergisi, 10 €'a kadar çıkmaktadır (0.5-10.01 €).⁴⁹ Münih'te ise, turizm vergisi alınmamaktadır.⁵⁰

Séjour, Direction générale des collectivités locales Direction générale des entreprises, Mise à jour : Mai 2019, s. 9.

41 Konaklanan mekanlara göre öngörülen oranlar için bkz. Guide Pratique Taxes de Séjour, s. 11

42 Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 49.

43 Bozdoğanoglu, s. 137.

44 <https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/>, (Erişim T. 23.01.2020).

45 <https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/>, <https://www.insider.com/countries-that-require-a-tourist-tax-2019-2#germany-has-a-similar-system-for-their-tourist-tax-5>, (Erişim T. 23.01.2020).

46 Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 52.

47 Bozdoğanoglu, s. 135.

48 Theresa Christine, "41 Countries Around the World that Charge A Tourist Tax" February 27, 2019, <https://www.businessinsider.sg/countries-that-require-a-tourist-tax-2019-2>; <https://www.hostelworld.com/blog/tourist-tax/> (Erişim T. 03.02.2020).

49 Hamburg Tourismus Introduction of the culture and tourism tax in Hamburg <https://www.hamburg.de/fb/nav-steuern-2013/3742264/kttg2013.html>, (Erişim T. 11.02.2020).

50 Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 49; Alman Ulusal Turizm Kurulu (The

Hollanda da ise turist vergisi (*Toeristenbelasting*) olarak alınan bu vergi, ülkenin 421 belediyesinin neredeyse tamamında, gecelik kişi başı olarak uygulanmaktadır.⁵¹ Vergi, oransal veya maktu miktar olarak otel türüne göre farklılık göstermektedir (0.55€ - 5.75€ veya oda ücretinin %7' sine kadar). Örneğin, "Amsterdam Şehir Vergisi" "*Amsterdam City Tax*" oda ücretinin (kahvaltı hariç) %7'si oranında alınmaktadır. Yine Amsterdam'da, deniz ve nehir yolcuları için kişi başı günlük 8 € ücret ve kanal teknesinde veya gezi turunda yolcu başına 0.66€ eğlence vergisi alınmaktadır. Amsterdam mukimleri bu vergiyi ödememektedirler.⁵²

Yunanistan'da 2018 yılında alınmaya başlanan turist vergisi (*tourist tax*), beş yıldızlı otelde 4 €, dört yıldızlı otelde 3 €, üç yıldızlı otelde 1.5 € ve bir ve iki yıldızlı otelde veya apartlarda 0.5 € olarak alınmaktadır.⁵³

Hırvatistan'da, şehirler turist çekme kapasitesine göre⁵⁴ A, B, C, D şeklinde sınıflandırılarak ve dört sezon dönemine göre farklı miktarlarda "*Sojourn Tax*" adlı vergi alınmaktadır. Örneğin Dubrovnik A kategorisinde yer almaktadır. A sınıfındaki bir yerde erken sezonda 5.50 Kn⁵⁵ yüksek sezonda 7.00 Kn, düşük sezonda 4.50 Kn ve geç sezonda 5.50 Kn vergi ödenmektedir (0,27-1,35 € arasında değişmektedir).⁵⁶

Bulgaristan'da da yıldız derecelendirmesi ve konaklama bölgesine göre kişi başı gecelik alınan şehir vergisi (*city tax*) ortalama, 0.10 €- 1.53 € arasında değişmektedir.⁵⁷

German National Tourist Board -GNTB) turizmin yurduşına pazarlanmasından sorumludur ve Almanya'yı tatil, iş, seyahat ve ziyaret destinasyonu olarak dünya çapında temsil eder, OECD Tourism Trends and Policies 2014, s. 180.

⁵¹ Bozdoğanoglu, s. 137; Güzel/Yıldız, s. 15.

⁵² Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 51.

⁵³ Greek Travel Pages, Greece's New Hotel Tax to Come Into Effect in 2018. (30.06.2016), <https://news.gtp.gr/2016/06/30/greeces-new-hotel-tax-effect-2018/>, (Erişim T. 11.02.2020); Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 50.

⁵⁴ Bozdoğanoglu, s. 143.

⁵⁵ Kuna, Hırvatistan para birimi.

⁵⁶ Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 48.

⁵⁷ Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 48; "Tourist tax in Europe 2020: what you will pay in Spain, Italy and other hotspots, <https://www.lovemoney.com/guides/52231/tourist-tax-in-europe-what-you-will-pay-in-spain-italy-and-other-hotspots>, (Erişim T. 13.02.2020).

Söz konusu AB ülkelerinde konaklama hizmeti üzerinden alınan KDV ise şöyledir: İtalya, Fransa, İspanya %10, Almanya %7, Hollanda %9, Hırvatistan %13. Bu ülkeler arasında en yüksek KDV, Macaristan'da %18, Çekya'da %15; en düşük ise, Romanya'da %5, Belçika ve Portekiz'de ise %6 oranındadır.⁵⁸

1 Nisan 2020'den itibaren yılın sonuna kadar %1 olarak uygulanmaya başlayacak olan konaklama vergisine döndüğümüzde, yukarıdaki ülke örneklerinin aksine ne bölge ve şehir; ne de konaklamanın yapıldığı mekâna göre bir ayırım yapılmaktadır. Antalya'da beş yıldızlı bir otelde konaklayan kişi ile Şırnak'taki bir pansiyonda konaklayan kişinin aldığı hizmet bedeli üzerinden uygulanacak vergi oranı aynıdır. Başka bir söylemle vergi, %2'lik sabit bir orana bağlanmıştır. Oysa vergilendirmenin temel ilkelerinden biri olan vergide eşitliğin sağlanmasında temel ölçüt, yükümlülerin mali gücüdür⁵⁹. Bu örnekte, işletmecinin mi yoksa konaklayan kişinin mi mali gücünü dikkate almak gerekiyor(?) sorusu da akla gelmektedir. Her iki yükümlünün mali gücünün dikkate alınması gerekir, ancak verginin nihai taşıyıcısı, konaklama hizmetinden faydalanan olduğu için bu kişilerin mali gücünün dikkate alınması daha hukuki bir yaklaşım olur. Klasik bir söylemle, yükümlülerin mali gücüne ulaşmada artan oranlı tarifenin uygulanması esastır. Ancak burada artan oran yerine, diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi konaklanan tesisin niteliği dikkate alınarak, miktarları değişen maktu bir vergi daha ölçülü olabilirdi. Yine incelenen ülke örneklerinde, konaklanan tesisler bakımından gecelik ücret, otelin yıldız sayısı, oda sayısı gibi kriterler dikkate alınarak kademeli bir vergilendirme uygulanmaktadır.⁶⁰ Türkiye'de ise, konaklamanın gerçekleştiği tesisler arasında ayırım yapılmaksızın geceleme, yeme, içme ve diğer hizmetlerin toplam bedeli üzerinden, sabit oranda bir vergi alınmaktadır.

⁵⁸ Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 48-52.

⁵⁹ "Mali güce göre vergilendirme, sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Mali güce göre vergilendirme kişilerin ekonomik ve kişisel durumları göz önüne alınarak vergilendirilmeleridir" Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, 24. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 52; "Dolaylı vergiler için mali güç belirleyici olmadığı için vergi yasasının, örneğin tüketimi vergilendirecek bir yasanın, mülkiyet hakkına müdahalesinin ölçülü olup olmadığını ölçmek daha elverişlidir." Saban, s. 60.

⁶⁰ Bozdoğanoglu, s. 148.

Vergi matrahının⁶¹ belirlenmesinde, sadece geceleme veya konaklama hizmeti değil, geceleme hizmetiyle satılan diğer hizmet bedelleri de buna dahil edilmekte ve böylelikle matrah yükselmektedir. Nihayetinde ödenecek vergi de artmaktadır. Bu durum, amaç ve araç arasındaki oranın, ölçüsüz olmasına yol açmaktadır.

Özellikle AB üyesi ülkelerde, ülke bölgelere ayrılarak her bir bölge turist çekme yoğunluğuna göre aşamalı olarak bir vergilendirme yapılmaktadır⁶². Sonuç itibarıyla söz konusu verginin uygulanmasında, konaklanan mekân ve bölge, şehir ayrımı gözetilmeden apart, dağ evi, pansiyon için de %2, beş yıldızlı bir otel için de aynı oran öngörülmüş ve yükümlülerin mali gücü dikkate alınmamıştır. Kaldı ki, mali güçle orantılı⁶³ olan bir düzenlemenin, ölçülü olduğu söylenebilir. Ölçülü bir vergilendirme, ancak mali gücü gözetme temelinde kurulabilir.⁶⁴

4.2. Konaklanan Dönem Kriteri

Konaklama vergisinin uygulanmasında ister kış, ister yaz yılın hangi dönemi olursa olsun, verginin oranı değişmemektedir. Oysa diğer ülke uygulamalarında sezon ayrımı yapılarak söz konusu vergi tahsil edilmektedir. Örneğin Hırvatistan'da dört sezona göre alınan vergi görece değişmektedir: erken sezon, yüksek sezon, düşük sezon ve geç sezon.⁶⁵

İtalya'da da düşük ve yüksek sezon ayrımı bulunmaktadır. Ancak buradaki düşük sezon çok kısadır. Örneğin Venedik'te yüksek sezon 1 Şubat- 31 Aralık, düşük sezon ise, 1-31 Ocak arasındır.⁶⁶

⁶¹ "Verginin konusunun, verginin hesaplanmasına esas alınan değer ya da miktarına matrah denilmektedir. Kural olarak, verginin konusu ile matrah birbiriyle çakışmaz", Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 205.

⁶² Bozdoğanoglu, s. 148.

⁶³ "Vergilendirmenin mali güce göre, eşit ve adil biçimde yapılmasını öngören anayasal ilkelerin vergilendirmede biçimin değil, gerçek durumun esas alınmasını gerektirir", Mustafa Akkaya, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 77.

⁶⁴ Yaltı/Özgenç, s. 84.

⁶⁵ "Tourist tax in Europe 2020: what you will pay in Spain, Italy and other hotspots", <https://www.lovemoney.com/guides/52231/tourist-tax-in-europe-what-you-will-pay-in-spain-italy-and-other-hotspots>, (Erişim T. 13.02.2020).

⁶⁶ Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 50.

İspanya'da da sezona göre alınan vergi değişmektedir. Yüksek sezonda lüks otellerde kişi başına gecelik 4 €, orta segment otelde 3 €, apart ve gezi gemilerinde (cruise) gemilerinde 2 € alınmaktadır. Söz konusu miktarlar, kasım ayından nisan ayına kadar %75'e kadar indirilerek uygulanmaktadır.⁶⁷

Türkiye'de 1 Nisan 2020'de yürürlüğe girecek olan konaklama vergisi için 'yüksek' ve 'düşük sezon' ayrımının yapılması gerektiği söylenebilir.

4.3. Muafiyet ve İstisna Kriterleri

Konaklama vergisi, öğrenci yurtları, pansiyonları ve kamplarında öğrencilere verilen hizmetler, karşılıklı olmak kaydıyla yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik temsilcilikleri, konsoloslukları ve bunların diplomatik haklara sahip mensupları ile uluslararası anlaşmalar gereğince vergi muafiyeti tanınan uluslararası kuruluşlar ve mensuplarına verilen hizmetler yönünden vergiye tabi değildir. Konaklama vergisinde istisnalar, sınırlı ve dar bir şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda sayılan ülkelerde belli yaş sınırlarına bağlı olarak çocuklara yönelik muafiyetler tanınmıştır. Örneğin Fransa'da 18 yaşın altındaki çocuklar bu vergiden muafır. İtalya'da 10 yaşın altındaki çocuklar, Roma'da buranın mukimleri, mücbir sebep ve sağlık nedeni ile kalanlar 23 kişilik gruplara kadar 1 tur lideri ve 1 şoför vergiden muafır. İspanya'da 16 yaşın altındaki çocuklar vergiden muafır. Hırvatistan'da 12-18 yaş arası %50 indirimli, 12 yaş altı vergiden muafır. Yunanistan'da öğrenci yurtları, İspanya'da Katalonya 17 yaş altı, Balear Adaları 16 yaş altı, mücbir sebeple konaklama yapanlar vergiden muafır.⁶⁸ Çekya'da 18 yaş altı, 70 yaş üstü, iş insanları, engelli kişiler muaf, öğrenci yurtları vergiden istisna tutulmuştur. Belçika'da Antwerp'te 12 yaş altı; Ghent'te 18 yaş altı muafır ve öğrenci yurtları vergiye tabi tutulmamaktadır. Yine Almanya'da da iş seyahatleri vergiden istisna tutulmuştur.⁶⁹

⁶⁷ Tourist tax in Europe 2020: what you will pay in Spain, Italy and other hotspots", <https://www.lovemoney.com/guides/52231/tourist-tax-in-europe-what-you-will-pay-in-spain-italy-and-other-hotspots>, (Erişim T. 13.02.2020).

⁶⁸ Tourist tax in Europe 2020: what you will pay in Spain, Italy and other hotspots", <https://www.lovemoney.com/guides/52231/tourist-tax-in-europe-what-you-will-pay-in-spain-italy-and-other-hotspots>, (Erişim T. 13.02.2020).

⁶⁹ Transient Visitor Levy or Tourist Tax, s. 48-52.

Türkiye uygulamasında ise çocuklara veya diğer kişilere (yaşlı, engelli) yönelik bir muafiyet bulunmamaktadır. Örneğin 12 yaş altı muaf tutulup, 12-18 yaş arası için ise %50 oranında bir indirim yapılarak turist sayısında görece bir artış sağlanabilir. Ayrıca bazı konaklama tesislerinde (örneğin pansiyon, apart otel, kamping alanları) yapılan konaklama ve hizmetler verginin konusu dışında tutulmalıdır. Başka bir söylemle, istisnalar genişletilmelidir.

4.4. Amaç Kriteri

Konaklama vergisinin hangi amaçla alındığını değerlendirecek olursak, 7193 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde⁷⁰ "*...başta turizm merkezi ülkeler olmak üzere çok sayıda ülkede, ilgili ülkede veya şehirde konaklama veya turistik amaçlı verilen hizmetlerden faydalanan kişilerden, bu hizmetlerin sunulması amacıyla merkezi yönetim veya yerel yönetimlerin katlandığı kamusal maliyetlerin bir kısmının finanse edilebilmesi amacıyla... konaklama vergisi gibi adlar altında, konaklanan gece sayısı üzerinden maktu veya verilen hizmet bedeli üzerinden oransal olarak vergi alınmaktadır. Aynı amaca matuf olmak üzere, ülkemizde de bu alanı vergilendirmeye yönelik olarak, farklı ülke uygulamaları da dikkate alınmak suretiyle, vergilendirme tekniği bakımından uygulanabilir bir model geliştirilmiştir. Bu kapsamda, maddeyle; genel bütçe geliri olarak tahsil edilmek üzere konaklama vergisi ihdas edilmekte olup...*" şeklinde bir temellendirme yapılmıştır. Her ne kadar gerekçede, diğer ülke uygulamalarının dikkate alınarak bu verginin tasarlandığı belirtilse de böyle olmadığı açıktır.

Turizm vergileri daha çok yerel birimleri tarafından, özellikle yüksek sayıda turist çeken şehirlerde arıtma tesisi, temizlik hizmetleri, çevre düzenlemesi, ulaşım imkânlarına yönelik yatırımlar, güvenlik gibi hizmetlerin⁷¹ karşılanabilmesi amacıyla alınmaktadır. Turizmin yarattığı olumsuz dışsallıkların bertaraf edilebilmesi, ortaya çıkan maliyetleri karşılamak ve turizmin gelişmesine yönelik projeler için gereken finansman kaynağı turizm vergileri ile gerçekleştirilmektedir.⁷² Dolayısıyla belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi, sistemimize dahil

⁷⁰ <https://sayilikanuncom.files.wordpress.com/2019/11/7193-sayc4b1lc4b1-kanunun-gerekc3a7esi.pdf>

⁷¹ Güzel/ Yıldız, s. 13.

⁷² Güzel/ Yıldız, s. 20.

edilen konaklama vergisi ile olanaklı değildir. Çünkü bu vergi, genel bütçe geliri olarak tahsil edilecek ve böylelikle turizm merkezlerinin bulunduğu yerel yönetim birimlerinin maruz kaldığı dışsallıklar ve üstlendiği ekstra maliyetler karşılanamayacaktır.

Ölçülülük ilkesinin bir alt unsuru olan “*elverişlilik*”te aracın, amacı gerçekleştirmeye uygun, elverişli olması beklenir. Kullanılan araçlarla, gerçekleştirilmesi istenen amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır.⁷³ Konaklama vergisi, amacı gerçekleştirmeye uygun ve elverişli değildir. Çünkü bu vergilerin amacı, turistik faaliyetlerin gerçekleştiği yerdeki külfetleri finanse etmek, turizm altyapısını geliştirmek, turizm baskısının aşırılığını bertaraf etmektir.⁷⁴ Yine belirtilen amaçlarla bağlantılı olarak, bu verginin tahsil yetkisinin merkezi yönetime değil, yerel yönetim birimlerine verilmesi gereklidir. Avrupa Birliği ülkelerinde de uygulama bu yöndedir.

SONUÇ

Seyahat özgürlüğü, çağın özgün koşulları dikkate alındığında, gerek ticari ve gerekse sosyal maksatla sıklıkla kullanılan bir hürriyettir. Bir yerden bir başka yere gerek ticari, gerekse kültürel ve sosyal amaçlarla yapılan seyahatler sonucu “konaklama”nın temel bir gereksinim, hatta zorunluluk olduğunun kabulü gerekir. Zorunlu konaklamaları içeren ve esasında minimum (asgari) barınma gereksinimini karşılamaya yönelik bir konaklamayı dahi “lüks” kategoride gören yeni yasal düzenlemenin özü ve ruhu, bu yönüyle ele alındığında, ilk başta anayasal değerlerle çelişmektedir. Günlük yaşamın pratiğine bakıldığında her konaklamanın, turistik ve eğlenme maksatlı olmadığı kabulü gerekir. Temel barınma gereksinimini karşılamak üzere geceleyen her kişiye sunulan olağan hizmetlerden vergi alınması, seyahat hürriyetinin açıkça kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.

Barınmanın gerçekleştiği mekansal standartlar ve mevsimsel dönemler dikkate alınmadan, kişilerin aynı şekilde vergiye tabi tutulması; aynı durumda olmayanlara (mali gücü aynı olmayanlara) benzer

⁷³ Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 50.

⁷⁴ Theresa Christina, “41 Countries Around the World that Charge A Tourist Tax” February 27, 2019, <https://www.businessinsider.sg/countries-that-require-a-tourist-tax-2019-2>

muamele yapılması suretiyle eşitlik ilkesi zedelendiği gibi, lüks/zorunlu tartımı yapılmaksızın her konaklamanın, verginin konusuna dahil edilmesi -sonuç itibariyle- ölçülülük gereklerini ihlal etmektedir.

Ezcümle konaklama vergisi, ölçülü bir vergi değildir. Konaklanan mekân, verginin konusuna dahil olan hizmetlerin geniş tutulması ve konaklama dönemlerinin dikkate alınmaması; istisna ve muafiyetlerin kapsamının dar tutulması, ölçülülüğü ihlal eden başlıca etkenlerdir.

Konaklama vergisinin, kamu hizmetlerini finanse etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Oysa karşılaştırmalı ülke uygulamalarına bakıldığında, konaklama vergisinin ağırlıklı olarak turistik faaliyetlerin gerçekleştiği yerdeki külfetleri finanse etmek, turizm altyapısını iyileştirmek, turizm baskısının aşırılığını bertaraf etmek üzere konuldukları görülmektedir. Bu durum karşısında, kamu yararı (amaç) ile yüklenilen vergi (araç) arasındaki orantı dikkate alınarak; nimet-külfet gereklerinden hareketle turizm baskısının yarattığı negatif dışsallığı bertaraf etmek üzere, Yasa Koyucunun bunu bir yerel yönetim vergisi olarak yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akkaya Mustafa, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Aşçı Akıncı Nuray, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasağı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Ateş Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Der'in Yayınları, İstanbul 2006.
- Guide Pratique Taxes de Séjour, Direction générale des collectivités locales Direction générale des entreprises, Mise à jour: Mai 2019.
- Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, On iki Levha Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2011.
- Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- OECD Tourism Trends and Policies 2014, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/tour-2014-en>
- Öncel Mualla/Kumrulu Ahmet/Çağan Nami, Vergi Hukuku, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

- Sağlam Fazıl, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982.
- Scottish Government, *Consultation on the Principles of a Local Discretionary Transient Visitor Levy or Tourist Tax*, (9 September 2019), Scottish Government, <https://www.gov.scot/publications/consultation-principles-local-discretionary-transient-visitor-levy-tourist-tax/pages/9/>
- Tridimas Takis, *The General Principles of EU Law*, Second Edition, Oxford Univeristy Press, New York, 2006.
- Yaltı Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- Yaltı Billur/Özgenç Selçuk, *Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- Yaltı Soydan Billur, *Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler*, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

Makaleler

- Andenas Mads/Zleptnig Stefan, "Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, Volume: 42, 2007.
- Bozdoğanoglu, Burçin, "Konaklama Vergisi Uygulaması ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Maliye Dergisi*, Sayı: 164, Ocak-Haziran 2013.
- Güçlü Faruk, "Yeni Bir Vergimiz Daha Oldu: Konaklama Vergisi" <http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/1700304/yeni-bir-vergimiz-daha-oldu-konaklama-vergisi.htm>
- Güler Ahmet, "Roma ve Venedik Özelinde İtalya'da Turist Vergisi ve Türkiye'de Uygulanması", *PJESS*, Vol: 4, No: 1, 2017.
- Güzel Volkan/Yıldız Selçuk. "Konaklama Vergisinin Gerekliliği ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Vergi Raporu*, Sayı: 243, Aralık 2019.
- Theresa Christine, "41 Countries Around the World that Charge A Tourist Tax" February 27, 2019, <https://www.businessinsider.sg/countries-that-require-a-tourist-tax-2019-2>
- Ueda Junko, "Is the Principle of Proportionality the European Approach? A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice", *European Business Law Review*, Volume: 14, Issue: 5, 2003.

İnternet Kaynakları

- Akçaoğlu Ertuğrul, "Konaklama Vergisi", Vergi Yasalarında Güncel Değişikliklerin Değerlendirilmesi Paneli'nde sunulan tebliğ, 16 Ocak 2020, Ankara Barosu, <https://www.youtube.com/watch?v=hmzKeKptKeA&list=PL4jCA0s9Z5BBg8oK4JhQgclihma7No2V8>
- European Tourism Association, "ETOA's 2019 review of European tourism taxes calls for destinations to recognise the value of the visitor economy and risk to competitiveness", (12 September, 2019), <https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/>

Hamburg Tourismus Introduction of the culture and tourism tax in Hamburg,
<https://www.hamburg.de/fb/nav-steuern-2013/3742264/kttg2013.html>

Italy's 'tourist tax': What is it and who has to pay?, <https://www.thelocal.it/20190918/italy-tourist-tax-what-is-it-and-who-has-to-pay-it>

Tourist tax in Europe 2020: what you will pay in Spain, Italy and other hotspots",
<https://www.lovemoney.com/guides/52231/tourist-tax-in-europe-what-you-will-pay-in-spain-italy-and-other-hotspots>

Tourist Tax in Italy, <https://www.in-italia.com/italy/tourist-tax-in-italy/>
<https://www.etoa.org/etoa-review-tourism-taxes/>

https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/tebligler/Tas-laklar/Kon_ver_gen_uyg_teb_taslak.pdf

<https://www.hostelworld.com/blog/tourist-tax>

<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0505.pdf>

**MENFÎ TESPİT DAVALARINI
ZORUNLU ARABULUCULUĞA
DAHİL SAYMANIN GEREKSİZLİĞİ ÜZERİNE
(İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)
NON-REQUIREMENT OF INCLUDING THE NEGATIVE
DECLARATORY ACTIONS IN THE COMPULSORY MEDIATION
(A View from Istanbul Circuit Courts of Appeal Precedent)**

Muhammet ÖZEKES*

Pınar ÇİFTÇİ**

Özet: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte 2012 yılında ihtiyarî olarak kabul edilen arabuluculuk, daha sonra İş Mahkemeleri Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen hükümlerle birlikte dava şartı adı altında “zorunlu arabuluculuk” şeklinde uygulamaya alanı bulmaya başlamıştır. Bu çerçevede şu anda iş uyuşmazlıklarıyla, ticarî uyuşmazlıkların önemli bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamındadır ve bu iki alandaki zorunlu arabuluculuğun diğer alanlara da yaygınlaştırılması konusunda yanlış artıran bir eğilim söz konusudur. Bu eğilim içerisinde özellikle menfî tespit davası hakkında birtakım hatalı ve birbiri ile çelişkili içtihatlar verilmektedir. Zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilmemesi gereken bu dava, hatalı içtihatlarla hukukî güvenliği zedeler hale gelmiştir. Biz de bu çalışmada İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin konuyla içtihatlarını ele alarak sorunu inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Dava Şartı, Menfî Tespit Davası, İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri, Hukukî Güvenlik

Abstract: Mediation which was accepted as voluntary in 2012 along with the Mediation in Legal Disputes Law, then started to find a field of practice as a “mandatory mediation” under the name of cause of action added to the Turkish Commercial Code and the Labor Courts Law. In this context, a significant part of the commercial disputes are currently within the scope of mandatory mediation. There is a tendency to spread compulsory mediation from these two

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim dalı, mozekes@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9689-1693, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.04.2020, Kabul Tarihi: 10.04.2020

** Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, pnr.ciftci@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9012-9673

areas to other areas as well. With this tendency, some erroneous and contradictory precedents are given, especially about the negative declaratory actions. This action, which should not be accepted within the scope of compulsory mediation, has damaged the legal certainty with incorrect precedents. In this study, we will examine the precedents of the Istanbul Circuit Courts of Appeal.

Keywords: Mediation, Cause of Action, Negative Declaratory Action, Istanbul Circuit Courts of Appeal, Legal Certainty

Giriş (ve Hukuku Zorlayan Dönüşümün Tespiti)

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte 2012 yılında ihtiyarî olarak kabul edilen ve hukuk sistemimize kanunî olarak giren arabuluculuk, daha sonra 2017 yılında 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile ve 2018 yılında 7155 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen hükümle birlikte dava şartı adı altında "zorunlu arabuluculuk" şeklinde uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Bu çerçevede şu anda iş uyuşmazlıklarıyla, ticarî uyuşmazlıkların önemli bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamındadır ve bu iki alandaki zorunlu arabuluculuğun diğer alanlara da yaygınlaştırılması konusunda yanlış artıran bir eğilim söz konusudur. Zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun özü ve temel evrensel ilkeleri bir yana, "ara" ve "bulmak" şeklindeki arabuluculuğun kelime anlamıyla da bağdaşır değildir. Deyim yerindeyse ismi ile müsemma olmayan bir durum söz konusudur; diğer bir ifadeyle *oksimoron* örneğidir.

Arabuluculukla ilgili olarak arabuluculuk kurumunu yöneten, düzenleyen, organize eden kurumsal yapıda, arabulucuların eğitimi ve eğitim kurumları, doğru bir arabuluculuk sınavı, doğru arabuluculuk uygulamaları konusunda birçok eksik ve sorun varken, bu sorunlarda gerçek bir ilerleme kaydedilmemişken, zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi hem düzenleme hem de uygulama anlamında yeni sorunlara yol açmaya başlamıştır. Aslında bu çok şaşılacak bir durum da değildir, zira "*perşembenin gelişi çarşambadan bellidir*" atasözü hayat bulmuştur. Nitekim konuyla ilgili başından beri dikkat çektiğimiz, uyardığımız yanlışlar, sorunlar tek tek maalesef ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu yanlışlara ve sorunlara hem genel olarak hem de özel bazı hususları ele alarak dikkat çektiğimiz farklı çalışmalara burada tekrar değinmeyeceğiz. Bu çalışmada o sorunlu konulardan birine değineceğiz.

Zorunlu arabuluculuğun kabulüyle birlikte aslında ortalama bir hukuk bilgisi ve anlayışında tartışılmayacak bir konu tartışılmaya, bu yönde uygulamada kararlar verilmeye ve daha da vahimi bazı hukukçular tarafından da olanı meşrulaştırma gayretkeşliği ile adeta kavramı ve kurumu ters yüz eden yorumlar yapılmaya başlanmıştır. Bu da menfî tespit davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmadığı meselesidir. Menfî tespit davası, yüzyıllar bir yana, bin yıllardır yerleşmiş bir dava (veya uyuşmazlık) türüdür ne olduğu ve ne olmadığı da bellidir. Adeta cinsiyet, hatta tür değişikliği yaptırır gibi, bilinen bir dava türü dış müdahale ile transformasyona tâbi tutulmuş, bu sağlıklı yaşayan dava türüne, adeta kanserli hücre zorunlu arabuluculuk alanında “zorla” enjekte edilmiştir. Menfî tespit davasını zorunlu arabuluculuk kapsamında saymak ve ortaya çıkan uygulama ile bu yönde yapılan yorumlar, bizim açımızdan hukukî kavram ve kurumları tahrip bakımından buna eşdeğer hatta bundan daha vahimdir.

Bu çalışmada, deyim yerindeyse transformasyona uğratılmaya çalışılan, bilinçli şekilde üretilen, salt istenen amaca ulaşmak ve onu meşrulaştırmak için sağlıklı bir kurumu bozan, kanserli yapı ele alınacaktır. Şu anda bu konuda, aslında konunun çok da uzmanı olmayanlarca, olmayanı sağlamaya yönelik, sadece bazı kelime oyunları ile üretilen ve bilgi temeli olmayan konuyla ilgili verilen adeta “fetvalarla” (!) yanlış meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu, hukuk adına gerçekten acı ve üzüntü verici bir durumdur. Şayet gerçekten menfî tespit davasında da zorunlu arabuluculuk çok arzu ediliyorsa, biz eleştirsek de en azından yöntem olarak yapılması gereken en doğru şey, bu yönde kanun hükmü koyarak, menfî tespit davasına esas olacak uyuşmazlıkların da zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu belirtmektir. O zaman en azından menfî tespit davası dejenere edilmemiş, bu dava türü mecranın uzaklaştırılmamış olur; yanlış da olsa en azından kanun öyle dediği için menfî tespit davası da zorunlu arabuluculuğa dahil edilmiş olacaktır.

Çalışmamızda, konuyla ilgili öncelikle uygulamadaki durumu tespit etmeye çalışacağız ve yargı kararları üzerinden konuyu değerlendireceğiz. Bu çerçevede Yargıtay’a intikal eden en azından bizim ulaşabildiğimiz bir karar bulunmadığı için, istinaf kararları üzerinden değerlendirme yapmaya çalışacağız. Bu noktada da en geniş ulaşılabil-

len bölge adliye mahkemesi (BAM) kararları İstanbul BAM kararları olduğu için onları esas alarak incelemeyi yapacağız. Bunun gerekçesini de aşağıda ayrı bir başlıkta ele alıp belirteceğiz.

Son olarak belirtelim ki, bizim eleştirdiğimiz ve karşı olduğumuz şey, zorunlu arabuluculuk, özünden ve ilkelerinden uzaklaştırılmış yanlış arabuluculuk uygulamaları ve bu konuda oluşan, arabuluculuğu değil kendisini önceleyen menfaat lobisidir. Biz ihtiyarî arabuluculuğun ve doğru uygulanan bir arabuluculuğun, yargıyla bağlantılı olarak yararlı olduğunu ve taraftar olduğumuzu belirtmek isteriz. Eğer iyi işleyen arabuluculuk/uzlaşma isteniyorsa, önce yargının iyi işletilmesi gerekmektedir. Kötü işleyen yargının iyi işleyen arabuluculuk/uzlaşma sistemi olmayacağı gibi; kötü bir arabuluculuk sisteminin de yargıya yük olmaktan, onu da olumsuz etkilemekten başka sonucu olmayacaktır. Yargının kronik sorunları görmezlikten gelinerek, ötelenerek üretilecek zorlama arabuluculuk yöntemleri, bazı geçici ve görünürde mutluluklar dışında sonuç da vermeyecektir.

A. İstanbul BAM Kararları Örneği Çerçevesinde Uygulamanın Durumu

1. Uygulamanın Durumu ve Neden İstanbul BAM Kararlarının Seçildiği

Menfi tespit davalarının aslında zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı açık olmasına rağmen, sadece uygulamaya yön vermek ve bir yanlışı meşrulaştırmak için hiçbir ciddi atfa yer vermeden ve gerekçe ortaya koymadan yazılan, akademik niteliği tartışmalı, özellikle uygulamaya yönelik bazı görüş ve çalışmalarda menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk çerçevesinde değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşün hem bilimsel sistematik hem yorum kurallarına aykırı durumu hem de içerik olarak yanlışlığı dipnotta ayrıntılı şekilde belirtilmiştir.¹ Bu konuda böyle bir çalışmada yer verilmesi uygun ol-

¹ İlker Koçyiğit/Alper Bulur, Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s. 67-68 (<http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadava-sartiarabuluculuk.pdf>). Yazarlar konuya ilişkin kendi görüşlerini s. 140-142'de daha ayrıntılı olarak şu şekilde açıklamaktadır: "Menfi tespit davaları ya da tüm tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalıdır. TTK'nın 5/A maddesine göre, 'Bu Kanun'un 4'üncü maddesinde ve diğer

kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır'. Müspet (olumlu) ve menfi (olumsuz) tespit talebi ile açılacak davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talep sonucu içermediği için dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir. Tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı görüşünü ileri sürenlere göre ise, TTK'nın 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil, dava konusuna açıkça vurgu yapılarak, dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, bu bakış açısı ile müspet veya menfi tüm tespit davalarının, esas itibarı ile bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında, dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı ileri sürülmektedir.

Kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemeye hangi anlamı vermek istediği yorum yolu ile belirlenir. Burada önemli olan, kanun koyucunun yapılmış düzenleme ile hangi menfaati korumak istediği, bunu hangi amaç ve doğrultuda yapmış olduğunu anlayabilmektir. Kanun maddelerinde kullanılan kelimeler de yorumun unsurlarındandır. Ancak bu durum yorumun son noktası değildir. Somut olaya kanun maddesini uygulayacak hâkim, kanunun lafzı yanında yukarıda da değinildiği gibi maddenin özü ve ruhuna da temas edecektir.

Bu konuda, hâkimlere büyük iş düşmektedir. Zira hâkimler, huzurlarına gelen davalarda hukukî sebepleri irdeleyecek ve Türk kanunlarını re'sen uygulama vazifelerini yerine getireceklerdir. Kanunun katı bir şekilde uygulanması halinde bir adaletsiz yahut hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacak ise, hâkimin elindeki yegâne argümanın Türk Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesi olduğu gözden karılmamalıdır.

TTK'nın 5/A maddesi ile yapılan düzenleme usul hukukuna ilişkin bir düzenlemedir. Usul hükümlerinin yorumunda öncelikle lafzi yorum uygulanacaktır. Lafzi yorum yönteminde kanun hükmünde yer alan kelimelerin, deyimlerin, ifadelerin dilbilgisi kuralı yönünden cümle yapısı içindeki anlamları değerlendirilir. Ancak, kanun koyucunun kullandığı kelimelerden açık bir anlam çıkarılmıyorsa, diğer yorum kurallarının uygulanması gerekir. Örneğin, medenî usûl hukukunun şekli bir hukuk alanı olması, yorum gerektiren konularda 6100 sayılı HMK'nın dar yorumlanmasını gerektirmez; aksine geniş yorum yapılmazdır. Ancak bu yolla amaca uygun doğru yorum yapılabilir.

7155 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ve TTK'nın 5/A maddesini ihdas eden madde gerekçesinde, kanun koyucunun sadece konusu bir miktar para alacağını ödenmesi olan eda davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edip diğer tüm dava türlerini kapsam dışında tuttuğuna ilişkin açık bir gerekçe yoktur. Bununla beraber, kanun koyucunun, 01.01.2018 tarihinde uygulanmaya başlanan bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı uygulamasındaki başarıyı esas alarak tüm ticarî davalarda da benzer bir düzenleme ile dava şartı arabuluculuğu düzenlemeyi amaçladığı 7155 sayılı Kanun'un genel gerekçesinden anlaşılmaktadır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrası ile 'Bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır' şeklinde düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk ile ilgili bir yıllık uygulama sürecinde de eda ve tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı doktrin ve uygulamada tartışmasız olarak kabul edilmiştir ve uygulama bu şekilde devam etmektedir. Ayrıca, unu-

tulmamalıdır ki tespit davası eda davasının öncülüdür ve eda davasının sonunda verilen hükmün içinde tespit hükmü de yer alır.

Söz konusu gerekçeler dikkate alındığında, TTK'nın 5/A maddesi uyarınca, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki davalar yanında, tespit davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmaktadır. Aksinin kabulü halinde, hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacaktır". (Koçyiğit/ Bulur, s. 140-142).

Yazarların yukarıda uzunca açıkladıkları görüşleri pek çok açıdan hatalıdır. Öncelikle durum yazarların belirttiği gibi bu kadar açıkça bu kadar açıklamaya ne gerek vardır? Açık olan için bu kadar yazmaya gerek yoktur. Kaldı ki, bu görüş ortaya konulurken içerik bir yana, yapılan atıflar dahi tam doğru değildir. Ancak salt uygulamada bir sonuç elde etmek için aceleyle yapılan çalışmada ister istemez bu tür hatalar olacaktır. Ortaya konulan görüşün hatalarından bazılarını sıralamak gerekirse:

(1) Yazarlar öncelikle TTK m. 5/A hükmünde tam açıklık bulunmadığını, bu sebeple yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Kanun maddesi son derece açıktır, madde sınırlandırıcı şekilde dava şartına tâbi olan ticarî uyumsuzlukları belirlemiştir. Bu konu çalışmamızın içinde yer aldığından burada ayrıntısına girmiyoruz. Buna rağmen hâlen düzenlemenin yoruma ihtiyaç duyduğu varsayımından yola çıkarak Kanun'un amaçlamadığı, açıkça düzenlemediği bir sınırlandırmayı yorum yolu ile kabul etmek mümkün değildir. Aksine menfi tespit davalarını bu düzenleme kapsamına dahil etmek, kanun koyucuyu aşarak kanunun getirmediği bir sınırlandırmayı kabul etmek anlamına gelir.

(2) İkinci olarak yazarlar, medeni usûl hukukundaki kurallarda geniş yorum yapılması gerektiğini, şekli bir hukuk dalı olması sebebiyle dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Şayet bu konuda temel hukuk, hukuk metodolojisi literatürüne bakılacak olsaydı, bu yorumun özellikle temel hak ve özgürlükleri genişleten hükümler için kabul edilen temel bir ilke olduğu tespit edilebilirdi (bkz. Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>, s. 56 vd.). Özellikle temel haklara müdahale söz konusu olduğunda ise genişletici yorum yapılamaz. Konumuz bakımından da hak arama özgürlüğüne istisna getiren zorunlu arabuluculuk, bu anlamda temel hak sınırlaması olduğundan genişletici yorum yapılamaz. Ayrıca yazarların kitaplarında atf yapmaya çalıştıkları Pekcanitez Usûl eserinde de bu belirtilmektedir. Aslında yazarların Pekcanitez Usûl eserinde atf yaptıkları yer de yanlıştır, içerikte bahsettikleri ile atf yaptıkları yerin ilgisi yoktur. Yazarlar eserin 923. sayfasına atf yapmışlarsa da esasen bu atf da doğru değildir. Bu sayfada usûl hukukunda yorum değil, dava ile ilgili genel bilgiler yer almaktadır. Yorumla ilgili eserlerdeki açıklamalar s. 71'de yer almaktadır (bkz. Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2017, s. 71). Olmayan bir şeyi olur kılmak için aceleyle yapılan çalışmalarda içerik yanlışlığı yanında bu tür sistematik ve akademik yanlışlıklar da yapılmaktadır. Bu dahi, görüşün sağlam temellere oturmadığının, atf yapılan çalışmanın gerçek anlamda değerlendirilmek yerine sadece söylenene meşruluk kazandırma çabasına gerekçe üretme yönünde olduğunu basit bir şekilde göstermektedir. Zorunlu arabuluculuğun, kişilerin hak arama özgürlüklerini genişleten bir kurum olduğundan söz etmek mümkün değildir; aksine hak arama özgürlüğüne getirilen bir istisnadır ve daraltmadır. Hakkın aranacağı asıl yer Anayasa'nın açık hükmü gereğince mahkemelerdir. Dolayısıyla yazarlar, hak arama özgürlüğüne sınırlandırma getiren zorunlu arabuluculuk kuralının geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürerek temel ilke ve kurallara tamamen aykırı bir yorum yapmaktadırlar.

mayan, salt görüş oluşturmak için hukuku zorlayan bazı çabalara ise hiç değinmiyoruz.

Hukukî olmayan, kelime oyunları dışında gerekçesi bulunmayan ve kısaca yukarıda açıkladığımız menfi tespit davası konusundaki bugüne kadar olan hukukî birikime, kavram ve kurumlara aykırı görüş ve değerlendirmeler, belirli ölçüde uygulamaya da yansımış, bazı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemeleri, zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu alanlarda menfi tespit davalarının da zorunlu arabuluculuk kapsamına girdiğini, bu sebeple menfi tespit davası açılmadan önce dava şartı olarak önce arabulucuya başvurulması gerektiği yönünde, kanaatimizce çok da üzerinde düşünmeden kararlar vermiştir. Ancak aksi yönde de kararlar mevcuttur.

(3) Yazarlar, TTK m. 5/A maddesinin sadece lafzına bakılmaması gerektiği, amacına da bakılması gerektiği ve yorum yolu ile menfi tespit davalarını da bu kapsama dahil etmek gerektiğini belirtmişlerdir. Oysaki, bu yorum, sınırlı sayıda sayım getiren hukuk kuralları için söz konusu olamaz (bkz. Gözler, s. 59 vd.). Kanun koyucu bir normu sınırlı sayım ilkesi ile belirlemişse, artık bu sayım genişletilemez, böyle bir yorum yapılamaz. TTK m. 5/A hükmü (keza zorunlu arabuluculuk halleri) sınırlı sayım ilkesine tâbidir. Kaldı ki, yorum yapılırken bir kurumun amacı dışına çıkartılacak genişletici yorum da yapılamaz. Menfi tespit davasının sınırlarını zorlayacak yorum, genişletici yorum değil, olsa olsa Umberto Eco'nun bir kitabının da adı olan "aşırı yorum" veya bizim ifademizle "zorlama yorum" olur ki, bir şeyi salt meşrulaştırmak için, hukukun temel yorum kuralları bu kadar zorlanmamalıdır. Görüldüğü üzere, konuyu açıklamaya çalışan yazarlar, yorum ve usûl hukukunda yorum kurallarını dahi tam değerlendirmeden "zorlama" (!) bir yorumla sonuca gitmeye çalışmaktadırlar. Bu dahi, yapılmaya çalışılanın hukuka uygunluğunu tartışmak için yeterlidir.

(4) Yazarlar, menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi durumunda 'uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağı' konusunda objektif temeli olmayan ve bir o kadar hatalı bir yorum yapmaktadırlar. Aksine menfi tespit davalarının dava şartı kapsamına dahil edilmeye çalışılmasıyla ne kadar büyük bir kargaşa yaşandığı, bu çalışmada yer verilen İstanbul BAM kararları ile ortaya konulacaktır. Şayet kargaşa yaşanması istenmiyorsa, zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme alelacele ve sonuçları düşünülmeden değil, tartışıldıktan ve tüm görüşler değerlendirildikten sonra çıkarılmıydu. Yazarların bu ifadesi dahi, kendi görüşlerini savunurken aslında zorunlu arabuluculuğun kaosu çıkarmaya müsait olduğunu göstergesidir. Aslında bu konuda daha çok eleştiri ve değerlendirme yapılabilir, ancak bu kadarının yanlış göstermek için fazlasıyla yeterli olduğu kanaatindeyiz. Son olarak belirtmek gerekir ki, literatürde çok temel usûl eserlerinde bu görüşü destekleyen değil, bilakis yanlışlığını ortaya koyan görüşler mevcuttur. Ortaya konulan görüşün, çok ciddi ve titiz bir çalışmanın sonucu olması gereken Adalet Bakanlığı adına çıkartılan bir kitapta, bu kadar hem yorum hem usûl kurallarına aykırı hem de atıf hatalarını içeren hatalarla yorum yapılarak ortaya konulması da ayrıca değerlendirilmesi ve üzerinde düşünülmesi gereken bir durumdur.

Şu anda uygulamada bazı yargı organları menfî tespit davasında da önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği yönünde kararlar verirken bazı yargı organları ise aksi yönde karar vermektedir. Hem de dava şartı gibi çok şekli ve davanın esasına girilmesini engelleyen bir hukukî meselede bu kadar taban tabana zıt kararların verilmesi doğru değildir. Bazı konular gerçekten tartışmaya ve değerlendirmeye açık olabilir, farklı görüşlerin oluşması normaldir, hatta bu hukukun gelişimine katkı da sağlar. Ancak bu kadar açık bir konuda ve dava şartı gibi davanın esasına girmeye engel olan bir hukukî sorunda bu kadar farklı kararlar verilmesi doğru değildir. Hukuk devleti ve hukukî güvenlik bakımından da sakıncalıdır.

Bu çalışmada uygulamadaki durumu ortaya koyabilmek için İstanbul BAM kararları ve sınırlı şekilde İstanbul ilk derece mahkemelelerinin kararları ele alınmıştır. Bunun birkaç sebebi mevcuttur. Birincisi, şu anda bizim ulaşabildiğimiz ve bilgimiz çerçevesinde olan bir Yargıtay kararının henüz ortaya çıkmamış olmasıdır. Zaman zaman bu yönde bazı söylentiler mevcut olsa da en azından yayınlanmış ve bizim ulaşabildiğimiz bir karar yoktur. Böyle olunca konuyu ancak istinaf ve ilk derece mahkemesi kararlarıyla değerlendirmek ve uygulamayı tespit etmek mümkün olmaktadır. Burada İstanbul BAM kararlarının tercih edilmesinin sebebi ise İstanbul'un sayısal olarak daha çok karar vermesi, iş ve dava çeşitliliği bulunmasıdır. Ancak İstanbul'un seçilmesi aynı zamanda çok arzu etmediğimiz bir zorunluluğun da sonucudur. Zira, şu anda İstanbul BAM kararları dışında diğer BAM kararlarına yaygın şekilde ulaşabilmek çok kolay değildir. Bazı içtihat programlarında bu kararlara yer verilse de çok sınırlı karara ulaşım imkânı söz konusudur.

Bir hukuk devletinde kişilerin yargıya olan güvenlerini tesis ve temin edecek en önemli unsur hukukî öngörülebilirlik ve hukukî güvenliktir. Bu da kişilerin ne yaparsa başına ne geleceğini, hangi hukukî yolun nasıl sonuçlanacağını, bunların da hukuka uygunluk sınırları içinde, hukukun temel kavram ve kurumlarını zedelemekten kaçınacağına olan inancın ayakta tutulması, bu yönde uygulama yapılması, hassasiyet gösterilmesi ile mümkündür. Kişilerin, herhangi bir uyuşmazlığa düştüklerinde kendilerini hangi kurallar çerçevesinde belirlenmiş bir yargılama prosedüründe bulacaklarını bilmesi ve devamında mahkemenin verebileceği kararları öngörebilmesi hukuk

güvenliğinin en önemli gereklilikleridir.² Bir hukuk sisteminde bu gereklilikleri yerine getirebilmenin en önemli yolların birisi de yargı kararlarının kamu ile paylaşılmasıdır. Kişiler ancak bu şekilde uyumsuzlukları ve bunların olası akıbeti hakkında bir öngörüye sahip olabilirler. Bu gereklilik aynı zamanda hukuk devletlerinde hukukî istikrarın da inşasını gerçekleştirir. Bu önemine rağmen ülkemizde yerel mahkemelerin kararlarına karşı başvuru yolu olan istinaf kanun yolunda verilen bölge adliye mahkemesi kararları yayımlanmamaktadır; ulaşmak özel bir çabayı gerektirmektedir. Esasen tüm bölge adliye mahkemesi kararları, kendi çalışanlarına online bir sistem üzerinden açık olmasına rağmen, bu sistem bireylere açık hâle getirilmemektedir. Hiç değilse bu kararların hukukçulara açık olması birçok bakımdan önemlidir.

Adalet erişim, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, sürpriz karar yasağı ve daha birçok yargısal temel hakkın sağlanabilmesi için devletin ülke sınırları içerisinde verilen tüm ilk derece ve özellikle üst derece yargı kararlarını kamuoyu için paylaşması gerekir.³ Bu gereklilik kamunun, yargıya ve özellikle mahkemelere güven duyması için atılması gereken ilk adımdır. Ülkemizde öteden beri yargı kararlarının kamu ile paylaşılması sorunlu bir konu olmuştur.⁴ Mevzuatta yargı kararlarının kamuoyuna sunulması için pek çok yükümlülük getiren düzenleme olmasına rağmen bu görevler yerine getirilmemiş ya da tam yerine getirilmemiştir.⁵ Örneğin Yargıtay,

² Mahkeme kararlarının yayımlanması gereğinin hukukî güvenlik ve hukukî belirlilik ilkesinin bir unsuru olduğu konusunda bkz. İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, Ankara 2015, s. 98-100. Ayrıca medenî usul hukukunda geçerli pek çok ilkenin güvence altına alınması için mahkeme kararlarının yayımlanması gereği konusunda bkz. Sezin Aktepe Artık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2014, s. 326 vd.; Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Ankara 2018, s. 355-356; Nesibe Kurt Konca, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara 2009, s. 23 vd.; Muhammet Özekes, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2004, s. 153 vd.

³ Bu konuda önemli tespit, değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Servet Yetim, "Yargı Kararlarına Erişim Hakkı", *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi* (<http://www.uyumsuzluk.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-2017servetyetim.pdf>).

⁴ Bu konuda eleştiri için bkz. Muhammet Özekes, "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme", VII. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, (İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008), TBB Yayını, Ankara 2009, s. 280-281.

⁵ Adalet Bakanlığı'na bağlı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'nın görevleri arasında

İcra ve İflâs Kanunu'na sırf icra ve iflâs hukukuna ilişkin kararların sistematik şekilde yayımlanması için hüküm konulmasına rağmen, uzunca bir süre bu kararları kamu ile paylaşmamıştır.⁶ Şu an benzer bir durum bölge adliye mahkemeleri ile gündemimizdedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere UYAP sisteminde sadece İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin vermiş olduğu sınırlı sayıda içtihadı ulaştırmak mümkündür.

Yargı kararlarının kamu ile paylaşılması ciddi bir kaynak ve altyapı gerektirmekle birlikte, teknolojinin geliştiği bu ortamda ve gelişmişlik düzeyinde, artık o kadar da önemli bir sorun değildir. Bu teknik altyapı ve imkân ülkemizde mevcuttur. Zira Yargı Reformu Stratejileri ile hedeflendiği şekilde, UYAP sisteminin kabulü ve işlemeye başlamasıyla birlikte 2010 yılı itibariyle tüm hâkim ve savcılar Yargıtay kararlarının tamamına erişir hâle gelmiştir. Hatta yargıdaki bilişim sistemimiz Avrupa ülkelerinin bir kısmında dahi bulunmayan birtakım teknik özelliklerle pek çok ödüle lâyık görülmüştür.⁷ Böyle bir sistemde şüphesiz ki, tüm Yargıtay ve diğer yüksek mahkeme kararlarıyla bölge adliye mahkemesi kararlarının da kamuya açılması gerekir.

Ulaşılabilen bölge adliye mahkemesi kararları sadece sınırlı şekilde UYAP sistemine yüklenen kararlardır. Biz de UYAP üzerinden bir

yargı içtihatlarının düzenli yayımlanması yer almaktadır. Buna göre, "İlgili birimlerle iş birliği yaparak ... yüksek mahkemelerin içtihatlarını, ... bilgi işlem ortamına aktarmak ve kullanıcıların hizmetine sunulmasını sağlamak" Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır (2992 sayılı ve 29.03.1984 tarihli Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun m. 22/A/1, a). Bu görev sadece Adalet Bakanlığı'nın da görevi değildir. Avukatlık Kanunu'na göre Türkiye Barolar Birliği de yargı içtihatlarının yayımlanması konusunda Adalet Bakanlığı ile koordineli çalışma yükümlülüğündedir. Buna göre "Mahkeme içtihatlarının sistemli bir surette toplanması ve yayımlanması için Adalet Bakanlığı ve yargı mercileri ile iş birliği yapmak" yükümlülüğü altındadır (Avukatlık Kanunu m. 110/I, b. 10).

⁶ Bu konuda bir yönetmelik de çıkarılmıştır. Bkz. Yargıtay'dan Verilen İcra ve İflâs İşlerine Ait Kararların Yayınlanmasına Dair Yönetmelik (RG 12.04.2014, S. 28970). Ancak hem o Yönetmelik'in gereğinin tam olarak yerine getirildiği hem de kararlara çok rahat ulaşıldığı söylenemez.

⁷ "IDC'den Adalet Bakanlığı'na 3 Ödül Birden" (2018), "2017 Kamu Teknoloji Ödüllerinden 2 Farklı Dalda 3 Ödül" (2017), "IDC CIO 2017'den e-Satış'a 1.lik Ödülü" (2017), "UYAP'a Dünya Çapında Bir Ödül" (2016), "Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'na 5 Farklı Ödül" (2016), "Veraset Projesi "IDC CIO Awards Best IT Cost Efficiency Project of the Year in Türkiye 2015" dalında 2. olmuştur." (2015); <http://www.uyap.gov.tr/UYAP-Odulleri> (Erişim tarihi: 10.04.2020).

araştırma yaptığımızda, sistemin bize sadece sınırlı sayıdaki İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararlarını açtığını tespit ettik. Bu sebeple de sadece konu ile ilgili İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kararlarını inceleyebilme imkânımız olmuştur. Bu denli sınırlı bir inceleme dahi, konuyla ilgili bir bölge adliye mahkemesi çevresinde ne kadar farklı içtihatlar verildiğini göstermektedir. İmkân bulursa ve bu inceleme Türkiye genelindeki tüm bölge adliye mahkemelerini kapsayacak şekilde yapılmış olsa idi, bu konuda birbirinden tamamen zıt kararlarla karşılaşılabilceğini tahmin etmek zor değildir. Bölge adliye mahkemeleri kararları, Yargıtay kararları gibi kamuoyuna açılmadığı sürece hukuk sistemimizde hukukî belirliliğin, öngörülebilirliğin, istikrarın geçerli olduğundan söz etmek de mümkün olmayacaktır. Aşağıda İstanbul BAM'ın bu konuda vermiş olduğu farklı karar örneklerini ortaya koymaya çalışacağız.

2. Menfî Tespit Davasını Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Kabul Eden İstanbul BAM Kararları

Aşağıda menfî tespit davasını veya bu konudaki dava konusunu/ talebi, zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul eden, yani menfî tespit davası açmadan önce arabulucuya başvurulmasını zorunlu, dava şartı olarak gören İstanbul BAM Daireleri'nin kararlarına yer verilecektir.

Örneğin, İstanbul 3. Bölge Adliye Mahkemesi şu şekilde karar vermiştir:⁸

“... Somut davadaki gibi, tacirler arasındaki, bir miktar para borcundan, borçlu olmadığına dair, ticari dava niteliğindeki menfî tespit davalarında, 7155 sayılı Kanun ile TTK'ya eklenen 5/A madde uyarınca, kanunun amaçsal yorumuna göre, parasal bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan, gerek iş davalarındaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesindeki kanun gerekçelerindeki benzerlikler, gerekse kanun koyucunun, bu tür parasal uyuşmazlığa dair ticari nitelikteki menfî tespit davalarını da kapsama alma arzusunda olduğuna ilişkin doktrin görüşleri karşısında, ticari dava türündeki menfî tespit davasının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, aksinin

⁸ İstanbul 3. BAM, 21.11.2019, 1988/1829 (UYAP). Ayrıca bkz. İstanbul 3. BAM, 03.03.2020, 2143/299 (UYAP).

kabulü hâlinde, dava şartına tabi olmadığı düşünülerek açılan menfi tespit davası sırasında, para borcu ödenmek zorunda kalınırsa, davanın kendiliğinden istirdat davasına dönüşebileceği de düşünüldüğünde, o takdirde, yasa koyucunun düzenlemesindeki gibi bir para alacağı söz konusu olacak, ancak, dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaksızın sonuçlandırılması hâli gündeme gelecektir, ki yasa koyucunun amacının bu olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca yasal düzenlemede, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında arabuluculuk zorunlu hale getirilirken, dava tipi olarak bir sınırlandırma yapılmadığı, taleplerden söz edildiği de dikkate alındığında ticari menfi tespit davasının da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmelidir.”

İstanbul 12. Bölge Adliye Mahkemesi örneği⁹ ise şöyledir:

“... hükmü uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticarî davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hâle getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre, kanunun lafzına bakıldığında ‘ve’ bağlacı nedeniyle ‘alacak ve tazminat talebinin’ aynı dava içerisinde ve birlikte talep edilmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Bu da kanun koyucunun amaçladığı bir durum olarak yorumlanamaz. Bir kısım uygulayıcının vardığı sonuç gibi sadece alacak veya tazminat davalarında arabuluculuk dava şartı öngörüldüğü gibi bir sonuca da varılamamaktadır. Ayrıca her menfi davasının, istirdada dönüşebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Kanun’da alacaklı veya borçlu tarafından açılacak dava ile ilgili herhangi bir ayırım ve sınırlama da yer almamıştır. Burada kanun koyucu talep veya dava türü ne olursa olsun ‘dava konusu bir miktar para alacağı’ olan tüm talepler hakkında, alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmadan ve bir sınırlama getirilmeden dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını, dava şartı olarak düzenlemeyi amaçlamıştır. Elbette ki ‘menfi tespit’ talebi ile ‘alacak’ talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir mik-

⁹ İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2456/1688 (UYAP). Bu yönde bkz. İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2152/1681 (UYAP); İstanbul 12. BAM, 26.12.2019, 2292/1643 (UYAP); İstanbul 12. BAM, 26.12.2019, 2253/1641 (UYAP).

tar para alacağı ise, açılacak davanın ya da talebin ne olduğunun bir önemi yoktur. İster alacak ister menfi tespit ister istirdat ister itirazın iptali ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası 'dava konusunun bir miktar para alacağı' olduğudur. Sadece netice-i talepler ve mahkemelerce kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece 'alacak' veya 'tazminat' davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı muhakkaktır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince menfi tespit talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi usûl ve yasaya uygun olduğundan..."

Buna benzer şekilde İstanbul 13. Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰, İstanbul 15. Bölge Adliye Mahkemesi¹¹ ve İstanbul 19. Bölge Adliye Mahkemesi'nin¹² de menfi tespit davalarında zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu ve arabulucuya gidilmeden açılan davaların dava şartı yokluğu sebebiyle reddedilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır. Bu kararlara bakıldığında, temel gerekçeler ya kanunun ifa-

¹⁰ "İİK 72. madde anlamında açılmış bulunan menfi tespit davaları da olumsuz yönde bir miktar paranın ödenmesine dair alacak davası olduğundan (talep bir miktar paranın ödenmesi gerekmediğinin tespitine ilişkindir), TTK 5/A maddesi kapsamında arabuluculuk dava şartına tabi davalardandır. Davacı, dava açmadan önce arabuluculuğu başvurduğuna dair beyanda bulunmadığı gibi dosya içerisinde de arabuluculuğa başvuruya (ve sona ermesine) ilişkin belge de bulunmamaktadır. Bu durumda 6325 sayılı Yasa'nın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir durum söz konusu değildir". İstanbul 13. BAM, 11.12.2019, 1478/1806 (UYAP).

¹¹ "... Taraflar arasındaki dava menfi tespit davası olup, her iki taraf da tacir olduğundan TTK'nın 5/A maddesi gereğince, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır". İstanbul 15. BAM, 28.11.2019, 2087/1476 (UYAP). Bu yönde ayrıca bkz. İstanbul 15. BAM, 12.02.2020, 286/237 (UYAP); İstanbul 15. BAM, 04.12.2019, 2103/1517 (UYAP); İstanbul 15. BAM, 28.11.2019, 1989/1449 (UYAP).

¹² "... Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüştü ise de TTK nun 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibariyle bir miktar paranın ödemesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Aksinin kabulü halinde hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağından mahkemece taraflar arasındaki davanın zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilerek dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmuştur". İstanbul 19. BAM, 28.06.2019, 1734/1521 (UYAP).

desinin farazî anlamından ya kanun koyucunun farazî amacından ya da menfî tespit davasının farazî sonuçlarından hareket edilmiştir. Yani mevcut ve açık bir gerekçeden çok, yorum kurallarını zorlayan faraziyelere dayanılmaktadır. Dikkat edilirse kararların hiçbirinde menfî tespit davasının gerçek niteliği tartışılmamış, konuyla ilgili ciddî ve temel bir çalışmaya atıf yapılmamıştır. Gerekçeler daha çok, kanun koyucunun alacak ve tazminat talebini belirtmekle birlikte, bunun aslında tersinden de alacak talebini içermiş olduğu, aksi halde ileride istirdada dönüşecek bir taleple karşılaşılabilceği, menfî tespit de (ayrıca başka bazı dava türlerinde de) bir para alacağı bulunduğu gibi mefruz gerekçelerdir. Oysa kanun koyucunun gerekçesinde bunlara değinilmemektedir. Menfî tespit davasıyla ilgili yazılmış temel eserlerden bu yönde çıkarım yapmak, anlam vermek mümkün değildir; keza Yargıtay'ın bugüne kadar olan kararlarından da menfî tespit davalarının böyle anlaşılacağına işaret eden bir anlam bulunmamaktadır.

İstanbul genelinde yerel mahkemeler de bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla menfî tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmaktadır. İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi¹³, İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁴, İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁵, İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁶, İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁷, İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁸, İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁹, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi²⁰, Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi²¹, Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi²², Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi²³, Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi²⁴, Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi²⁵, Bakırköy 7. Asliye Ticaret Mah-

¹³ İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, 07.01.2010, 2019-639/1 (UYAP).

¹⁴ İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 7.2.2019, 493/159 (UYAP).

¹⁵ İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, 25.02.2020, 115/188 (UYAP).

¹⁶ İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi, 11.12.2019, 634/1175 (UYAP).

¹⁷ İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, 13.03.2020, 118/179 (UYAP).

¹⁸ İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.03.2020, 179/193 (UYAP).

¹⁹ İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.03.2020, 157/166 (UYAP).

²⁰ Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.04.2020, 268/300 (UYAP).

²¹ Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 02.03.2020, 188/218 (UYAP).

²² Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 21.02.2020, 155/171 (UYAP).

²³ Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 26.02.2020, 176/199 (UYAP).

²⁴ Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.02.2020, 110/94 (UYAP).

²⁵ Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 18.03.2020, 240/249 (UYAP).

kemesi²⁶ menfî tespit davalarında zorunlu arabuluculuğu dava şartı olarak kabul etmektedir.

3. Menfî Tespit Davasını Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Kabul Etmeyen İstanbul BAM Kararları

Yukarıdaki içtihatların aksine İstanbul BAM'ın bazı Daireleri de menfî tespit davalarını zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirmemekte, menfî tespit davası açılması için önce arabulucuya başvurulmasının doğru olmadığını belirtmektedirler.

Bu konuda bir örnek olarak İstanbul 17. Bölge Adliye Mahkemesi'nin²⁷ şu kararı ve benzer kararları gösterilebilir:

“... Görüldüğü üzere, 6102 sayılı TTK'ya eklenen 5/A maddesinde, Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olan ticari davalarda arabuluculuk, dava şartı olarak belirlenmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirtilen davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilerek bu uyuşmazlıkların temelinden, çok daha kısa süre içinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Madde metninde '...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında...' denilmek suretiyle, talep sonucu eda istemi niteliğinde olan, alacak ve tazminatın ödenmesine ilişkin ticari davalarda, davadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Tespit davaları ise, bir hakkın veya hukukî ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Menfî tespit davaları ile davacı, borçlu olmadığını tespitini talep etmektedir. Menfî tespit davalarında borçlu olunmadığının tespiti istendiğine ve alacak ya da tazminat ödenmesi istenemeyeceğine göre, bu tür davalardan önce arabulucuya başvurma şartı aranması, Kanun'un açık ifadesine aykırı olacaktır. Diğer taraftan alacaklının arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olmadan takip başlatması mümkün iken, borçlunun açtığı menfî tespit davasında arabuluculuğa başvurulma-

²⁶ Bakırköy 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, 13.03.2020, 224/334 (UYAP).

²⁷ İstanbul 17. BAM, 27.02.2020, 2019-2227/594 (UYAP).

sının dava şartı sayılması amaca uygun düşmeyeceği gibi, borçlunun menfi tespit davasından önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun kabulü halinde, borçlunun İİK'nun 72. maddesinde menfi tespit davasında öngörülen tedbirden yararlanması imkânı ile ilgili gecikme ve sakıncalar da söz konusu olabilecektir. Öyleyse mahkemece, menfi tespit davasında, zorunlu arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden...".

Yine İstanbul 9. Bölge Adliye Mahkemesi'nin²⁸ şu kararı başka bir örnektir:

"...TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı ise de menfi tespit davaları alacak davası mahiyetinde değerlendirilemeyeceğinden somut uyuşmazlıkta davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır".

Keza İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi²⁹, İstanbul 16. Bölge Adliye Mahkemesi³⁰, menfi tespit davası açılması için arabuluculuğa

²⁸ İstanbul 9. BAM, 29.11.2019, 2845/3863 (UYAP).

²⁹ "Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit ve ipoteğin fekki istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucuna, yani netice-i talebe göre belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları ve buna bağlı olarak ipoteğin fekki talebi bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticarî dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır". İstanbul 14. BAM, 26.12.2019, 1709/1695 (UYAP); İstanbul 14. BAM, 26.12.2019, 1621/1703 (UYAP).

³⁰ "...Somut uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkin olup, uyuşmazlık kambyo senedinden kaynaklanmaktadır. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı ise de menfi tespit davaları alacak davası mahiyetinde değerlendirilemeyecek olup somut olay yönünden davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır...". İstanbul 16. BAM, 26.11.2019, 2741/2642 (UYAP). İstanbul 16. BAM, 16.03.2020, 631/677 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 13.03.2020, 613/665 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 06.03.2020, 538/580 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 06.03.2020, 523/581 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 27.02.2020, 528/495 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 27.02.2020, 479/496 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 27.02.2020, 424/486 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 25.02.2020,

başvurulmuş olmasını dava şartı olarak değerlendirmemektedir. Bu kararlar kanunun açık ifadesinin alacak ve paranın ödenmesi yönünde olduğunu, tespit ve menfî tespit davalarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini, menfî tespit davalarının hukukî niteliğinin buna uygun olmadığını belirten gerekçeler ortaya koymaktadır.

B. Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemelerinin Genel Kapsamı

1. Zorunlu Arabuluculuğa Genel Bakış

2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile arabuluculuk sistematik ve kanunî bir temele dayanarak hukukumuzda girmiştir. HUAK ile birlikte tabiatına ve ismine uygun olarak “iradî ve ihtiyarî” olarak kabul edilen arabuluculuk, önce 2017 yılında 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu’ndaki ayrı bir madde ve daha sonra 2018 yılında 7155 sayılı Kanunla Türk Ticaret Kanunu’na eklenen yeni bir madde ile “dava şartı” şeklinde “zorunlu arabuluculuk” olarak da hukuk sistemine girmiştir. Şu anda başka alanlara da yaygınlaştırılması şeklinde bir eğilimin, hatta kanun tekliflerinin olduğu görülmektedir. Zorunlu arabuluculuk, temelde iş ve ticarî uyuşmazlıklarda, alacak ve tazminat talepleri ile ilgili olarak dava şartı şeklinde kabul edilmiş, ayrıca iş hukukunda işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

Arabuluculuğun temel ilkesi, HUAK’da da vurgulandığı üzere (m. 3/1) iradî yani gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıdır.³¹ Ancak çok kısa sürede, iş hukuku ve ticaret hukuku gibi hem hayat hem hukuk bakımından oldukça geniş ve farklı boyutları olan iki alanda,

391/456 (UYAP); 21.02.2020, 481/413 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 13.02.2020, 287/359 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 24.01.2020, 64/105 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 24.01.2020, 63/109 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 30.12.2019, 2020/2903 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 30.12.2019, 2946/2896 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 30.12.2019, 2845/2878 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 26.12.2019, 2978/2815 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 15.11.2019, 2603/2482 (UYAP).

³¹ Arabuluculuk ilkeleri hakkında bkz. Muhammet Özekes, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. 3, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2818 vd.; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 28 vd.; Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 57 vd.; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 600 vd.

zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi, zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin temelde yanlışlığı yanında, yetersiz ve muhtemel sorunlara cevap vermeyişi, kendisi ile birlikte birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Zorunlu arabuluculuk, kurum olarak kendisi sorunludur, arabuluculuğun özünden, amacından ve ilkelerinden uzaklaşmak demektir. Çünkü, müzakereye, iknaya, karşılıklı menfaatleri dengeleme ve karşılıklı anlayışa dayanan arabuluculukta “zorunluluk”, kelime anlamıyla ve ifade olarak zaten kurumla uyumlu değildir. Birbiriyle tartışan iki öfkeli kişiyi, bu öfkeleri henüz kontrol altına alınmamış ve kendi istekleri de yokken, gönülsüz şekilde bir araya getirip barıştırmaya benzemektedir. Böyle bir durumda, olsa olsa çoğunlukla kavgada daha güçlü olanın diğerine baskın gelmesi gerçekliği ortaya çıkacaktır. Biraz da anlaşmazsanız başınıza şunlar gelir zorlamasıyla görünüşte bir anlaşma ortaya çıkabilir. Ancak bu anlaşmanın, arabuluculuğun temelinde aranan menfaat dengesine uygunluğu, hakkaniyetli ve kalıcı olması, ileride doğuracağı muhtemel sorunlar tartışmaya açıktır. Oysa arabuluculukta beklenen, ortaya çıkartılmaya çalışılan ve önemli olan, kalıcı ve gönül huzuruyla devam edecek anlaşmayı, barışı sağlamaktır; kişilerin içinde tereddüt barındıran, gönülsüz oldukları anlaşma, gerçek bir anlaşma değildir. Bu ancak olsa olsa “ölümü gösterip sıtmaya razı etmektir”; keza “gönülsüz yenilen aş ya karın ağrıtır ya baş” atasözünü göz ardı etmektir. Bu sebeple zorunlu arabuluculuk gerçekte arabuluculuk da değildir.³²

Zorunlu arabuluculuğun kabulünde en önemli etken ve motivasyon, arabuluculuk kurumunun doğru temeli ve gerekçeleri değil, bürokrasi, onun yönlendirdiği siyasetin, yargının iş yükünü azaltma görüntüsünden elde edeceği sonuçtur. Keza bu arada arabuluculuk alanında oluşan bir menfaat çevresi de bu yöndeki gelişmeyi destekler hâle gelmiştir. Bizim uzun süreden beri ifade ettiğimiz üzere, bir işin bürokrasisi ve burjuvazisi oluştuğunda onunla baş etmek çok zordur. Çünkü, artık büyük bir menfaat söz konusudur; onun yıkılması istenmez, onu meşrulaştırmak, güzel göstermek için inceleme konumuzda olduğu gibi, yüzyılların yerleşik kurumlarının başka türlü anlaşılması için “fetvalar” (!) üretilir, onun doğruluğunu ispata yönelik görünür-

³² Bu konuda haklı ve yerinde bazı eleştiriler için bkz. Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBBD* 2020 (147), s. 111 vd.

de bilimsel “istatistiklere” (!) yer verilebilir. Zorunlu arabuluculukta durum şu anda tam da budur. Örneğin, konumuz bakımından menfi tespit davasının niteliği üzerine birçok kitap, makale, çalışma yapılmıştır; ancak bunun bir alacak, ödeme veya eda talebi olduğunu söyleyen kimse çıkmamıştır.³³ Zira ismi üstündedir “tespit”. Ancak, hiçbir hukukî temeli olmayan ve sonuçları düşünülmeyen birtakım gerekçeler, keza borcun olmadığı tespitinin, tersinden alacağı da tartışmaya açtığı gibi hukuken ciddiyeti olmayan kelime oyunları ile meşruluk kazandırılması buna örnektir. Yine başarı hikâyesi olarak gösterilen istatistikler de yanıltıcıdır. Çünkü, o an için anlaşmaya varılan veya varılmış gibi görünen arabuluculuk süreçleri bu istatistiklere yansıtılmakta, ancak tarafların bu konuda daha sonra dava açması ya da bu anlaşmayı yerine getirmemesi gibi hususlar bu istatistiklerde yer almamaktadır. Nitekim buna ilişkin uygulama örnekleri yavaş yavaş farklı şekilde -hem de suç oluşturacak davranışları da doğuracak nitelikte- yargı kararlarına yansımaya başlamıştır.

Yukarıda mevcut hazin ve vahim duruma dikkat çekmekle birlikte, zorunlu arabuluculukla ilgili eleştirilerimizi daha önce ayrıntılı şekilde başka çalışmalarda belirttiğimizden bu çalışmada zorunlu arabuluculukla ilgili diğer sorun ve tartışmalara girmeyeceğiz;³⁴ burada zorunlu arabuluculuğun menfi tespit davaları bakımından ortaya çıkardığı gereksiz tartışma ve bunun değerlendirmesi üzerinde duracağız.

³³ Baki Kuru/Ali Cem Budak, *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 73-79; Ahmet Türk, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Ankara 2006, s. 70 vd.

³⁴ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 137 vd.; Muhammet Özekes/Murat Atalı, “7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ömer Ekmekçi, *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine*, İstanbul 2018, s. 41 vd., özellikle 76 vd.); Muhammet Özekes, “Arbuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, *Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası*, 2019/1, s. 52-63; Muhammet Özekes, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arbuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi*, Ankara/6-7 Aralık 2018 (Toplantı Kitabı: Edt. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 111 vd.).

2. Zorunlu Arabuluculuk Kapsamına Giren Uyuşmazlıklar ve İçeriği

Üzerinde duracağımız konunun doğru anlaşılabilmesi için zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıkların tespiti doğru yapılmalıdır. Zira, nelerin zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu doğru tespit edilirse, menfi tespit davasının da bu kapsamda olup olmayacağı değerlendirilebilir. Bu sebeple aşağıda zorunlu arabuluculuğun kapsamı genel hatlarıyla ortaya konulacaktır.

2017 yılında kabul edilen 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu³⁵ (İşMK) ile belirli iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir; taraflar belirli iş uyuşmazlıkları bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvurmak, bu yoldan sonuç alamadıklarını veya başarısız olduklarını belgelendirdikten sonra dava açmak durumundadırlar; aksi halde dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir (İşMK m. 3).³⁶ Ayrıca bu kapsamda İş Kanunu ve ilgili hükümlerde de zorunlu arabuluculuk kapsamında düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun kabulünün üzerinden kısa bir süre sonra, 2018 yılında bu sefer Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) yeni bir madde eklenerek (TTK m. 5/A) ticarî uyuşmazlıklarda da dava açmadan önce dava şartı şeklinde arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile³⁷ yapılan bu değişiklikle ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş; ancak bu sefer arabuluculuk süreciyle ilgili İşMK'daki gibi özel bir düzenleme yapmak yerine, daha doğru olarak, tüm zorunlu arabuluculukları kapsayacak şekilde 6325 sayılı HUAK'a eklenen yeni bir bölüm (5. Bölüm) ve 18A maddesi ile dava şartı olan arabuluculuk için ayrıca genel bir düzenleme yapılmıştır.³⁸ Esasen buradaki düzenlemenin tamamı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile hemen hemen aynıdır. Daha önceki çalışmalarımızda da belirttiğimiz üzere, Kanun yapma tekniği bakımından temel hata, önce konuyla ilgili genel kanun olan HUAK'da düzenleme yapıp daha sonra özel kanunlarda sadece o konuyla ilgili

³⁵ RG, T. 25.10.2017, S. 30221.

³⁶ İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125 vd., özellikle 199 vd.

³⁷ RG, T. 19.12.2018, S. 30630.

³⁸ Ticarî uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125 vd., özellikle 287 vd.

kısmını düzenlemek yerine, önce özel bir kanunda ayrıntılı düzenleme yapılmış, daha sonra genel düzenlemeye gidilmiş olmasıdır. Bu, uygulamada zaman zaman karışıklığa yol açabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu iş hukuku ve ticaret hukukunda uyuşmazlıkların tamamında zorunlu arabuluculuk söz konusu değildir. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklar İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren **alacağı ve tazminatı ile işe iade** talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*" şeklinde belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise, aslında alacak ve tazminat niteliğinde olmakla birlikte, bazı uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğun dışına çıkartılmıştır. Bu fıkraya göre ise, "*İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*". Yani önce nelerin dahil olduğu belirtilmiş, sonra da bunun istisnalarına değinilmiştir.

Ticarî uyuşmazlıklarda ise Türk Ticaret Kanunu'na yeni eklenen 5A maddesinde bu konuda düzenleme yapılmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre "*Bu Kanun'un 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan konusu **bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri** hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*".

Zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu iş ve ticaret hukuku alanlarına bakıldığında her ikisinde de ortak bazı hususların ve benzer bir temel bakış açısının bulunduğu görülmektedir. Bu hususun belirlenmesi konumuz, yani menfi tespit davalarının durumu bakımından çok önemlidir. Çünkü, zorunlu arabuluculuğa tâbi olacak uyuşmazlığın kapsamının ve içeriğinin belirlenmesi, o konuda eda ya da tespit taleplerinin akıbetini belirlemek bakımından yol göstericidir. Bu çerçevede yukarıda belirtilen konuyla doğrudan ilgili iki hüküm de dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda ortak temel noktanın "***alacak ve tazminat talepleri***" olduğu görülmektedir. İş uyuşmazlıklarında buna ek olarak bir de işe iade talepleri zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmış, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan alacak ve tazminatlar ise dışarda tutulmuştur. Ticaret hukukunda, iş hukukundan daha net ve açık bir ifade kullanılarak alacak ve tazminatın "***bir paranın ödenmesine yönelik***" olacağı belirtilmiştir.

C. Menfi Tespit Davalarının Zorunlu Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Yönündeki Tartışmanın Gereksizliği

1. Alacak ve Para Alacağından Ne Anlaşılacağı ve Menfî Tespit Talepleri

Yukarıda açıklanan iki farklı alandaki konuyla ilgili her iki hüküm de dikkate alındığında, uyuşmazlıkların kapsamı bakımından ortak hususun, her iki alanın kendine ilişkin özellikleri dikkate alınarak “bir paraya ilişkin” “*alacak ve tazminat talepleri*” olduğu görülmektedir. Bunun dışında iş uyuşmazlıklarında ayrıca “*işe iade*” talepleri söz konusudur.

Bu durumda alacak ve tazminat talebinden ne anlaşılması gerektiği kısaca belirtilmelidir. Alacak ve tazminat talebi maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından ister istemez farklı bir görünüme sahiptir. Alacak ve tazminat talepleri maddî hukuk bakımından genel olarak bir edimin yerimin getirilmesini amaçlayan taleplerdir. Her iki hükümde de alacaktan bahsedilmiş, bunun yanında tazminat da vurgulanmış olmakla birlikte, aslında alacağı belirttiikten sonra ayrıca tazminatı belirtmeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü, tazminat da alacağın kapsamında olan bir hak ve o talebin kapsadığı olan bir yetkidir. Fakat daha somut olarak belirtilmesinin de bir sakıncası yoktur. Özellikle iş hukukunda ve ticaret hukukunda tazminat adı altında bazı hükümlerin bulunması, ortaya çıkacak tereddütleri gidermek bakımından yanlış sayılmaz. Bu talepler, usûl hukuku bakımından ise eda (ifa) amaçlı talepler olup esasen eda davasının konusunu oluştururlar. Çünkü, alacak ve tazminat genel anlamda bir hukukî ilişkide karşı tarafı bir edime zorlamayı da içinde barındırır.³⁹

Her ne kadar ticarî uyuşmazlıklarda daha somut “paranın ödemesi” şeklinde bir ifade kullanılmışsa da “ödeme” ve “paranın ödemesi” de aynı sonuca götürecektir, farklı bir anlam çıkarmak doğru değildir.⁴⁰ Ayrıca iş uyuşmazlıklarında da ticarî uyuşmazlıklardaki gibi

³⁹ Alacak ve talep kavramlarıyla bunların kapsadığı yetkiler hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Ankara 2016, s. 77 vd.; Mustafa A. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Ankara 2016, s. 28 vd.; Sulhi Selahattin Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 13.

⁴⁰ Para borcu hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 771 vd.; Eren, s. 993 vd.; Kılıçoğlu, s. 628.

açıkça para alacağından ve para alacağının ödenmesinden söz edilmese de gerek madde gerekçesine bakıldığında⁴¹ gerekse yapılan açıklamalar ve örneklerin tümünün para alacağı olduğu anlaşılmaktadır.⁴²

Alacak hakkı borç ilişkisinden (sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme) doğan asli hakktır.⁴³ Alacak hakkının sahibi olarak alacaklı, borcun konusunu teşkil eden edimin yerine getirilmesini alacak talebi olarak borçluya yöneltmektedir. Borçlu da edimin konusuna uygun şekilde ifade bulunur. Edimin niteliği ve konusu da ifa şeklini belirlemektedir. TTK m. 5/A’da yer alan “ödeme” terimi ise, para borcunun ifa edilmesi anlamına gelmektedir. TBK m. 99/1’de “Konusu para olan borç Ülke parasıyla *ödenir*” denilerek bu durum açıkça vurgulanmıştır. Sadece ödeme terimi kullanıldığı zaman buna dair borcun konusunun bir miktar para olduğu sonucuna ulaşılır.⁴⁴ Para borcu, konusunu millî para dışında yabancı bir ülkenin parasını konu almasına göre geniş ve dar anlamda kullanılmaktadır.⁴⁵ Geniş anlamda para borcu gerek millî gerekse de yabancı ülke parasını ifade etmektedir ki, TTK m. 5/A’da yer alan “*para*” teriminin de bu geniş anlamıyla kullanıldığı açıktır. Zira, kanun koyucu bu hususta herhangi bir sınırlamaya gitmemiştir.

Ticarî uyumsuzluklar açısından bir miktar “paranın ödenmesi” ancak eda taleplerinin konusunu oluşturabilir. Zira mahkemeye yöneltilen ve yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına dayanmayan bu talep davalının *edimde* (belirli veya en azından yargılama sırasında belirlenecek bir miktar paranın ödenmesi) bulunmasına mahkûm edil-

⁴¹ 7036 sayılı İşMK m. 3’ün gerekçesinde, “Bu kapsamda işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır” denilmektedir. Burada sayılanlar ve ifade edilenler parayla ilgili taleplerdir.

⁴² Zorunlu arabuluculuğa dahil olan uyumsuzlukların genel çerçevesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 129 vd.

⁴³ Eren, s. 28, 48; Kılıçoğlu, s. 22.

⁴⁴ Ayrıca ödeme terimi sadece sözleşmeden doğan para borçlarını değil, aynı zamanda diğer borç ilişkilerinden kaynaklanan para alacaklarının da ifasını kapsamaktadır. Örneğin, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir miktar paraya dair iade borcu da para borcu olup, ödeme yoluyla ifa edilir.

⁴⁵ Eren, s. 994.

mesine dayanır. Mahkemenin bir miktar paranın ödenmesi hakkında vereceği hüküm de “eda hükmü” olacaktır. Bu itibarla, TTK m. 5/A’da yer alan “ödeme” kavramı açılacak davanın sadece bir eda davası olması anlamına gelmektedir. Şunu da belirtelim ki, bazı yenilik doğuran taleplere bağlı olarak belirli bir ödemenin yapılması da davada talep edilebilir. Örneğin, ortaklıktan çıkma ile birlikte belirsiz alacak hakkı niteliğindeki çıkma payı da dava konusu yapılabilir. Sadece çıkma payı bakımından davada para alacağının yargılama konusu yapılması kanımızca davayı zorunlu arabuluculuk kapsamına sokmaz. Çünkü aslî talep olan ortaklıktan çıkma yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına dayanır ve bu hususta mahkemenin yenilik doğuran hükmüyle birlikte çıkma gerçekleşecek, alacak hakkı doğacaktır. Yenilik doğuran nitelikteki aslî talebin zorunlu arabuluculuk dışında olması sebebiyle bu talebin kabul edilmesine bağlı alacak hakkı da aynı şekilde değerlendirilecektir. Yenilik doğuran çıkma talebiyle alacak talebi niteliğindeki çıkma payı arasındaki bağlılığın zorunlu arabuluculuk kurallarının uygulanması suretiyle koparılmaması gerekir.

İş uyuşmazlıkları açısından da “alacak ve tazminat talepleri” de davanın türü bakımından farklı bir sonucu ortaya çıkarmamaktadır. Zira, alacak hakkı sahibine borçlunun yükümlendiği edimin yerine getirilmesini talep hakkı verir. Dolayısıyla alacak taleplerini konu alan davalarda şüphesiz birer eda davasıdır. Bir alacak hakkı türü olan tazminat davasının da eda davası olduğu konusunda tereddüt yoktur.

Bu çerçevede tam bir netlik kazandırmak amacıyla tespit ve özellikle menfî tespit davalarının neyi ifade ettiğini de belirtmekte fayda bulunur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenen, bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini hedefleyen davalara, tespit davası denir.⁴⁶ Tespit davaları bir hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı ya da bir senedin sahte olup olmadığının tespitine yarar. Bir hukukî ilişkinin varlığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunuyorsa bu uyuşmazlık tespit davası yoluyla giderilir.⁴⁷ Tespit davası ile davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden

⁴⁶ Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usul- Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2017, s. 972.

⁴⁷ Kuru/Budak, s. 69; Pekcanitez, s. 972.

kaçınmaya mahkûm edilmez, sadece taraflar arasındaki hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da tereddütlü olan içeriği tespit edilir.⁴⁸ Bu anlamıyla tespit davaları, eda ve inşâî davalardan farklı olarak maddî hukuka ait bir talep hakkının dava yoluyla ileri sürülmesi anlamına gelmez.⁴⁹ Örneğin, bir malın mülkiyetinin kime ait olduğu veya taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı tespit davasının konusunu oluşturur. Bu nedenle tespit davasında verilen hükmün etkisi eda davasında verilen hükme nazaran oldukça sınırlıdır.⁵⁰ Ancak tespit davasının açılacağı haller eda davasına nazaran daha geniştir. Nitekim tüm eda davasına konu hususlarda hukukî yarar varsa tespit davası açılacağı gibi, bir inşâî hakkın da tespiti istenebilir.

“... Bilindiği üzere mahkemeden istedikleri hukukî korunmaya göre davalar eda davaları, tespit davaları ve inşâî davalar olarak ayrılmaktadır.

Eda davalarında, bir şeyin yapılması, bir şeyin verilmesi veya bir şey yapılmaması istenmekte iken; inşâî (yenilik doğuran) davalar ile de var olan bir hukukî durumun değiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir hukukî durumun yaratılması istenir. İnşâî (yenilik doğurucu) davanın kabulüyle yeni bir hukukî durum yaratılır ve hukuksal sonuç genellikle bir yargı kararı ile doğar.

Tespit davaları ise, bir hakkın veya bir hukukî ilişkinin var olup olmadığının yahut bir belgenin sahte olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Tespit davası, genel olarak 6100 Sayılı HMK'nın 106. maddesinde düzenlenmiş olup, bunun dışında tespit davalarını düzenleyen bazı özel kanun hükümleri de bulunmaktadır (Örneğin TMK m. 26, TTK m. 56/1-a).

Tespit davası yolu ile mahkemeden bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilebilir, dolayısıyla konusunu yalnız hak veya hukukî ilişkiler oluşturur. Bir hukukî ilişki için önemli olsalar bile maddi vakıalar (olaylar ve olgular) yalnız başına tespit davasının konusunu oluşturamazlar (HMK m. 106/3). ...

⁴⁸ Pekcanitez, s. 973

⁴⁹ Kuru/Budak, s. 69.

⁵⁰ Kuru/Budak, 69-70; Pekcanitez, s. 973.

Tespit davalarında davacının amacı ve dolayısıyla talep sonucu, bir hak veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesi olup, hak veya hukukî ilişkinin varlığı yahut yokluğu tespit davası açılabilmesi için yalnız başına yeterli değildir. Bundan başka, tespit davasının dinlenebilmesi (esasına girilebilmesi için), konusunu oluşturan hak veya hukukî ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının korunmaya değer güncel bir hukukî yararının bulunması gerekir (HMK m. 106/2).

Bir hukukî ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukukî yararın bulunması, şu üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukukî durumu güncel (HMK m. 106/2) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit nedeniyle davacının hukukî durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır.

Tespit davasında, eda davasından ve inşa “davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz. Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın, ancak tespit davası ile giderilebileceğini kanıtlamalıdır. Çünkü tespit davası, hukukî bir durum ya da hak henüz inkâr ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabilirdiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır (Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2017, s. 287)”.⁵¹

Tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenmiştir. Diğer bazı kanunlarda da tespit davasıyla ilgili hükümler yer almaktadır (örneğin, İİK m. 72). Menfî tespit davası ile davacı, davalı tarafından iddia edilen bir hukukî ilişkinin mevcut olmadığını tespit edilmesi ister.⁵²

“... Menfî tespit davası 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 72. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵¹ HGK 22.10.2019, 2017-8-1854/1096 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

⁵² Kuru/Budak, s. 73.

Davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukukî ilişkinin mevcut olmadığını (yok olduğunun) tespiti için açılan davaya menfî tespit davası denir.

Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında (takipten sonra) borçlu bulunmadığını ispat için, menfî tespit davası açabilir (İİK m. 72/I).

Borçlunun icra takibinden sonra menfî tespit davası açabilmesi için de, borçlu olmadığını hemen tespit edilmesinde korunmaya değer güncel bir hukukî yararının bulunması gerekir (HMK m. 106/2) (Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Eylül 2017, s. 136,141).⁵³

2. Menfî Tespit Talebini Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Etme Yönündeki Çabanın Hukuku, Akli ve Ahlâkı Zorlayan Sonucu

Yukarıdaki açıklamalar ve hukukî gerekçeler karşısında menfî tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığını tartışmak dahi gereksiz bir tartışmadır. Ancak bazen bu tür gereksiz tartışmalar yapılması, ortaya çıkan yanlışlık karşısında zorunluluk arz etmekte, gereksiz bir tartışmanın içinde gerekli ve zorunlu açıklama yapılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Bu tür vahim yanlışlara, bu kadar da yanlış da olmaz ki, buna cevap bile verilemez anlayışıyla sessiz kaldığında, yeterli bilgisi olmayanların bir süre sonra tekrarlanan bu yanlış kanıksayarak doğru zannetmesi gibi bir tehlike ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple aslında, bir iki cümleyle yanlışlığı açıklanabilecek, anlaşılabilir bir konuda böyle bir makale yazmak zorunluluğu doğmuştur. Çünkü, bu yanlış vahim, yüzyılların birikimi olan kavram ve kurumları tahrip eden bir yanıştır. Böyle bir kötülüğü, istatistikler mutlu olsun, görünürde yargının iş yükü azalsın diye kısa süreli geçici bir menfaat için hukuka ve hukukçulara, Ülkemize yapmaya kimsenin hakkı yoktur. Şayet menfî tespit davalarında da zorunlu arabuluculuğun geçerli olması isteniyorsa -tavsiye etmemek ve doğru bulmamakla birlikte-, bir kanunî düzenleme yapılarak açık hüküm konulabilir. Zira, bu konuda aslında kanuna yazılmayacak birçok şey yazılmış, kanun tekniği konusunda zaten yeterince zorlanmıştır. O zaman en

⁵³ HGK, 18.12.2018, 19-2739/1956 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

azından, menfî tespit davasını kelime oyunları ile ve hukuku zorlayan gerekçelerle tahrip etmemiş; sadece yanlış da olsa kanun koyucunun bir tercihi olarak görmüş oluruz.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, alacak, tazminat, bir paranın ödenmesi, hukuken tespiti aşan bir anlam ifade etmekte, edayı, yani bir şey vermeyi ve yerine getirmeyi gerekli kılmaktadır. Tespit ise, eda şeklinde olmayan, doğrudan bir şey vermeye, ödemeye yönelik olmayan hukukî ilişkinin tespitine yönelik anlam taşımaktadır. Bir şeyin varlığı söz konusu ise müspet, yokluğu söz konusu ise menfî tespit talebi/ uyuşmazlığı/ davası karşımıza çıkmaktadır. Ancak o şeyin yerine getirilmesi zorlanması söz konusu ise karşımıza alacak, talep, eda, ifa, ödeme çıkmaktadır. Yani, sadece ilişkinin tespiti yeterli olmamakta zorlayıcı bir bölüm daha ona eklenmektedir.

Gerek iş uyuşmazlıklarında gerekse ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğun konusu, (ticarî uyuşmazlıklarda açıkça belirtilerek iş uyuşmazlıklarında ise gerekçesinden anlaşılacağı üzere) temelde bir "paranın ödenmesi" olan "bir alacak ve tazminat" talebi söz konusudur. Ortada alacak, tazminat ve ödeme şeklinde ifa, eda şeklinde bir talep söz konusudur. Daha açık ifade ile bir taraf diğer tarafa, bana "paramı öde", "borcunu ver", "hakkım olan parayı ifa et" şeklinde bir talep ile gitmektedir. Sadece tespit bu kapsamda bir talebin konusu olmamaktadır. Kaldı ki, benim borcum yok diye bir talep de aslında edada olduğu gibi karşı tarafa tam olarak yöneltilebilecek ve istenecek bir şey değildir. Taraflar bir hak veya alacak varsa, o zaman bunun ne olduğu ve ne kadar olduğu, nasıl yerine getirileceği konusunda müzakere edebilirler, asgarî bir müzakere zemini oluşur. Ancak bir tarafın borcum yok dediği bir konuda, "sen bilmiyorsun, gel ben seni ikna edeceğim aslında borcum var, ama sen farkında değilsin" demek, hukuk bir yana işin mantığına da aykırıdır. Karşı tarafın zekâsını bu şekilde hafife alarak başlayacak bir arabuluculuk müzakeresinin, arabuluculuğun hangi yönüyle bağdaşır olduğu sorusu tüm çıplaklığıyla karşımızda durmaktadır. Hukuk ise aklın ve mantığın dışında bir alan değildir. Bu durumda, uzlaşılacak, müzakere edilecek bir şey ve müzakerenin zemini yoktur. Kaldı ki, bu tür durumların çoğunda yemin dahi teklif edilemez (HMK m. 226/1-c), tanıklıktan çekinmek mümkündür (HMK m. 250/1-b), isticvap yapılamaz (HMK m. 175), belge ibrazından kaçınılabılır (HMK m. 221/3). Ayrıca tehdit, sahtelik gibi

durumlar birer suç oluşturmaları bakımından zaten tarafların üzerinde tasarruf edebileceği, sulh olabileceği, arabuluculuk konusu olabilecek işler de değildir (HMK m. 313/2; HUAK m. 1/2). Bu tür taleplerde menfî tespitin zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı, ama diğerlerinde olduğu yönünde ikili bir ayırım da yapılamaz. Bir dava ya zorunlu arabuluculuğa dahildir veya değildir.

Menfî tespit davasının konusu bir alacak talebi değildir, borcun bulunmadığını tespittir. Davacı borcunun olmadığını tespitini talep ediyorsa da bu talebin tersinden davalının alacağını olduğu, bu sebeple de kanunun aradığı “alacak” ve “paranın ödenmesi” gibi hususların gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilemez. Bu yorum, yorum kurallarıyla da bağdaşmayan zorlama ve yüzyılların hukuk bilgisinden mahrum ve cahilce bir yorum olur, ayrıca hem usûl hukukunun ilkerlerini hem de bu konudaki anlayışı reddetmektir. Esasen menfî tespit ile alacak talebinin aynı olmadığı, yukarıda eleştirdiğimiz içtihatlarda bile kesin bir dille kabul edilmektedir.⁵⁴ En basit haliyle ve tasarruf ilkesinin gereği olarak, dava davacının talebine göre şekillenir. Bu kural bugün icat edilmiş bir şey de değildir. Roma hukukundan beri gelen “*ne procedat iudex ex officio*” (davacı yoksa hâkim de yoktur) bir yerleşik hukuk ilkesidir. Aksine yapılan yorum ancak hukuk ve usûl bilmemekle mümkündür. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu bunu belirten ilkeleri açıkça da düzenlemiştir. Zira HMK m. 24’e göre “(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz”; keza yine m. 25’e göre “(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek daoranışlarda dahi bulunamaz”. Davacının yerine geçerek adeta onun adına yeni bir talep üretip menfî tespitten alacak ve ödeme ihdas etmek, bu kuralları da yok saymaktır. Davacı, “benim talebim menfî tespit” demesine rağmen, hâkimin, “tamam ama ben onun arkasında alacaklının da alacak talebini görüyorum” demesi, davalıyı davacıya dönüştürmesi, asıl davacının söylemediği şeyi farz

⁵⁴ Örnek olarak bkz. yuk. dn. 9: “Elbette ki ‘menfî tespit’ talebi ile ‘alacak’ talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır”. İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2456/1688 (UYAP).

etmesi, bunun yanında davalıyı davacıya tercih etmesi anlamına da gelir. Bunun ne usûl kurallarıyla ne hâkimlikle izahı yoktur. İzah yapılsa da bu hukukçunun izahı değil, hukuk bilmeyen bir kişinin izahı olabilir. Bu temel usûl ilkeleri bilinmeden ve yok farzedilerek yorum yapılması ancak bilgiye ve hukuka değil, keyfi bir yorum olacaktır.

Tüm bu aklî ve mantikî durumla, menfi tespit davasının doğasının bu işe uygun olmaması karşısında, menfi tespit davalarının konuları da buna uygun değildir. Örneğin, bir menfi tespit davasında davacı, aramızda hiçbir hukukî ilişki kurulmadı ya da hukukî ilişki baştan geçersizdi o sebeple borcum yok diyebilir; keza borcum vardı ama ifa ettim o sebeple borcum yok da diyebilir. Hatta konumuz bakımından daha çarpıcı olacak şekilde, menfi tespit davasında borçlu olduğu iddia edilen davacı, alacaklı olduğunu iddia eden davalının elindeki belgenin sahte olduğunu ya da irade fesadına uğratılarak, hata, hile, ikrahla bu belgeyi aldığını ileri sürebilir. Böyle bir durumda, seni tehdit edenle, hile yapanla, aleyhine sahte belge düzenleyenle otur bir anlaş bakalım, en azından dene mi demek gerekir? Belki karşılaşmak dahi istemediği, karşılaştığında korku ve endişe taşıyacak birine, sen seni tehdit edene mahkûm ve mecbursun, yoksa menfi tespit davası açıp hakkını dahi arayamazsın demenin hukuk ve akıl bir yana, ahlâkla ve insanlıkla bağdaşır bir tarafı da yoktur. Hukuk, bazı menfaatler ve inatlar için ahlâktan bu kadar uzaklaşmamalı, ahlâkın sınırları bu kadar zorlanmamalıdır. Salt istatistiklerde uyuşmazlıkları ve yargının iş yükünü azalttık inadı ve ısrarı, salt arabuluculuğa daha çok iş çıksın lobici bakış açısı ile hukuk ve ahlâk sınırları bu kadar zorlanmamalıdır.

Menfi tespit davasındaki bu gereksiz tartışmaya benzer tartışmalar başka bazı dava türlerinde, örneğin itirazın iptali davasında da yapılmaktadır. Ancak, konumuz dışında kaldığından onların üzerinde durmuyoruz. Bununla birlikte o konularda da burada yaptığımız eleştirilerin önemli ölçüde geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Aslında hukukta tartışılacak ve tartışmayı hak eden çok konu vardır, ancak birçok şey de çok açıktır, bunları tartışmak hem hukukî değildir hem de boşuna enerji harcamak ve hukukun kavramlarıyla

oynamak demektir. Hukuk, sınırları zorladığında meşruluğunu da ahlâkî alt yapısını da savunulabilirliğini de sorgulatır. Bu sebeple, bu kadar açıklamayı yapmak ve hukuk literatüründe yer alacak bu gereksizlik üzerine tartışma yapıp makale yazmak zorunda kalmak ayrıca üzüntü vericidir.

Menfî tespit davalarının, kelime oyunları ve hukukî niteliğinden uzaklaştırılarak -deyim yerindeyse zorla- zorunlu arabuluculuk kapsamına sokulması gayretkeşliği karşısında, menfî tespit davalarının alacak talebi olmadığı ve zorunlu arabuluculuk kapsamına girmeyeceği konusunda böyle bir makale yazmak konusundaki hissiyatımızı *Fuller'in "Hukukun pratik etkililiği için hukukî ahlâka asgarî bir itibar gösterilmesi gerektiği önermesi oldukça bariz olmasına rağmen açıklamak için bu kadar çok zaman harcamış olduğum için aslında özür dilemem gerekiyor"*⁵⁵ sözüyle ifade etmekten başka çare bulamıyoruz. Bu, hukuk adına gerçekten çok acı ve üzüntü verici bir durumdur.

Sonuç: Hukuken Gereksiz Bir Tartışma İçin Yazılmaması Gereken Sonuç

Kendi ilkeleri ve olması gereken çerçevede doğru uygulandığında uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayacak olan, aslı ve temel ilkesi gönüllülük esasına dayanan arabuluculuk, olmadık bir zorlamayla yavaş yavaş zorunlu arabuluculuğa doğru deyim yerindeyse itilmektedir. Burada doğru bir hukuk anlayışından ve arabuluculuğun özünden çok, kısa vadeli, günlük ihtiyaçlara acele ve pragmatik çözüm üretme anlayışı öne geçmektedir. Bunun birçok sakıncası farklı çalışmalarda ele alınmıştır; biz de bunu farklı çalışmalarımızda ortaya koymaya çalıştık.

Zorunlu arabuluculuğu, hukukun da sınırlarını zorlayarak kabul ettirme çabası, mevcut hukukî kavram ve kurumları da zedelemeye doğru gitmektedir. Bunun bir yansıması da kendini bazı dava türlerinde göstermeye başlamış, o dava türlerinin niteliğiyle bağdaşmayacak bir uygulama, adeta zorla kabul ettirilmeye, meşrulaştırılmaya

⁵⁵ Lon L. Fuller (Çev. Engin Arıkan), *Hukukun Ahlâkı*, İstanbul 2016, s. 188.

çalışılmaktadır. Bunlardan biri de menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu, bu sebeple dava şartı olarak önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu bulunduğu görüşü ve uygulamasıdır. Oysa bu değerlendirme kanunî düzenlemelere aykırı olduğu gibi, menfi tespit davasıyla, o davadaki vakıa ve taleplerle de bağdaşabilir değildir.

Öncelikle zorunlu arabuluculuğun uygulandığı iş ve ticaret hukukunda bir paranın ödenmesine, yani tahsiline yönelik alacak ve tazminat taleplerinin bu kapsamda olduğu belirtilmiştir. Tespit davasının talep veya hüküm kısmında ise böyle bir eda, tahsil, alacak değil, hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu istenir ya da hüküm altına alınır. Yani, kanunî düzenlemeden bu anlamı çıkarmak zorlama bir sonuçtur. Ayrıca, menfi tespit davasının tersinden, aslında karşı taraf bakımından bir alacak talebinin olduğu da doğru değildir. Dava, davalıya göre değil, davacının talebine göre şekillenir: “*ne procedat iudex ex officio*”. Bu Roma hukukundan beri gelen temel bir ilkedir. Davacının yerine geçerek, talebi tersinden yorumlayarak menfi tespit talebini alacak talebine dönüştürmek, yargılama ilke ve kurallarına aykırı olduğu gibi, gerçekten hukuktan uzaklaşmak demektir. Ayrıca menfi tespit talebinin temelinde sahtelik, hata, hile, ikrah gibi suç olması söz konusu olan durumlar dahi bulunabilir. Böyle bir durumda davacıya, önce senin hakkında sahte belge düzenleyen veya seni aldatanla ya da istemediğin bir borcu sana kabul ettirenle otur anlaşmaya çalış demekten ve bunu tartışmaya açmaktan daha anlamsız bir şey olamaz. Bu hukuk ve akıl bir yana, insan doğasını bilmemek, ahlâka aykırı, hatta suç oluşturan bir durumu meşrulaştırmak demektir.

Aslında menfi tespit davasının bir eda talebi içermediği, zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayacağını ifade etmeye birkaç cümle yetebilecekken, bu şekilde bir makale yazmak zorunda kalmak gerçekten hukuk adına da üzüntü vericidir. Bu makaleyi yazmamızın sebebi, bu gereksiz iştigalin parçası olmaktan çok, bu kadar vahim, hukuku, akli ve ahlâkı zorlayan anlayışın doğru sanılarak kanıksanmasının önüne geçmektir. Buna itirazımız olduğu için bu makale kaleme alınmıştır. Hukuk, insan için vardır; insan doğasının, aklın ve ahlâkın dışında hukuk var olamaz.

Kaynakça

Kitaplar

- Aktepe Artık Sezin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- Çiftçi Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016.
- Fuller Lon L. (Çev. Engin Arıkan), Hukukun Ahlakı, İstanbul 2016.
- Kekeç Kısmet Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu A. Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016.
- Koçyiğit İlker/Bulur Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf> (Erişim tarihi: 01.01.2020).
- Köküsarı İsmail, Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi, Ankara 2015.
- Kurt Konca Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Özekes Muhammet, Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2004.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. 3, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Tekinay Sulhi Selahattin/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Türk Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.

Makaleler

- Gözler Kemal, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf> (Erişim tarihi: 01.01.2020).
- Özekes Muhammet/Atalı Murat, "7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ekmekçi Ömer, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul 2018, s. 41 vd.

- Özekes Muhammet, "Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş", *Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası*, 2019/1, s. 52 vd.
- Özekes Muhammet, "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme", VII. Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, (İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008), TBB Yayını, Ankara 2009.
- Özekes Muhammet, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara/6-7 Aralık 2018 (Toplantı Kitabı: Edt. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 111 vd.).
- Tanrıver Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *TBB D* 2020 (147), s. 111 vd.
- Yetim Servet, "Yargı Kararlarına Erişim Hakkı", *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, <http://www.uyumsuzluk.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-2017servetyetim.pdf> (Erişim tarihi: 01.01.2020).

İCRA VE İFLÂS HUKUKU AÇISINDAN TİCARÎ DAVALARDA ARABULUCUYA BAŞVURU ZORUNLULUĞU (TTK m. 5/A) THE REQUIREMENT TO APPEAL TO A MEDIATOR IN COMMERCIAL CASES IN THE CONTEXT OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

İbrahim ERMENEK*
Betül AZAKLI ARSLAN**

Özet: Ticarî davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartıdır. Arabulucuya başvuru zorunluluğunun dava konusu üzerinden tanımlanmış olması nedeni ile teori ve uygulamada hangi davaların bu zorunluluk kapsamında olduğu yoğun tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar özellikle icra ve iflâs hukuku alanında açılabilen davalar üzerinde yoğunlaşmıştır. Tartışmaların daha ziyade icra ve iflâs hukuku alanında açılan davalar üzerinde yoğunlaşmasının nedeni, bu davaların icra takipleri ile olan sıkı ilişkisi nedeniyle, talep sonucuna göre medeni yargı alanındaki gibi kolaylıkla tespit davası, eda davası ve inşai dava şeklinde nitelendirilememesidir. Diğer taraftan bu davaların amacı ve korumaya çalıştığı menfaat dengesi de medeni yargı alanında açılabilen diğer davalardan farklıdır. Eldeki çalışmada, önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun genel çerçevesi çizilmiş, sonra arabulucuya başvuru zorunluluğunun icra ve iflâs hukuku alanındaki genel etkisi üzerinde durulmuş, daha sonra ise icra ve iflâs hukuku alanında açılabilen bazı spesifik davalar arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından teker teker ele alınıp incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, Dava Şartı Arabuluculuk, İcra Hukukunda Arabuluculuk, İflâs Hukukunda Arabuluculuk, Konkordatoda Arabuluculuk

Abstract: The requirement to appeal to a mediator in commercial cases is subject to the article 5/a of the Turkish Code of Commerce. According to the said provision, application to a mediator before

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ermenek33@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2823-7646, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.04.2020, Kabul Tarihi: 20.04.2020

** Öğr. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, betul.azakli@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0949-9525

filing a court case is a cause of action in claims for compensation or payment of an amount of money. As the requirement to appeal to mediation is defined by basing on being a cause of action the scope of this requirement caused debates both in theory and legal practise. These debates are mostly concentrated on cases in the field of enforcement and bankruptcy law. The reason for this concentration is that the cases in this field cannot be categorized as declaratory actions, performance cases or constructive cases as easily as in the field of civil litigation. On the other hand, the purpose and the balance of interests protected by these cases are different. Within this framework, the present study firstly sets the general framework of the requirement to appeal to a mediator then discusses general effects of this requirement in the field of enforcement and bankruptcy law and lastly reviews certain specific case types in the field of enforcement and bankruptcy law with regard to their relationship with the requirement to appeal to a mediator.

Keywords: Requirement to Appeal to A Mediator, Mediation as a Cause of Action, Mediation in Enforcement and Bankruptcy Law, Mediation in Composition with Creditors

GİRİŞ

Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin yardımı ile bir araya gelen tarafların, kural olarak sürdürülmesi kendi iradelerine tabi olan bir süreç içerisinde uyuşmazlık konusunu bizzat müzakere ederek, çözümü kendi iradeleri ve menfaatleri çerçevesinde şekillendirdikleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.¹ Uyuşmazlıkla-

¹ Benzer tanımlar için bkz.: Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 28; Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 88; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Ankara 2006, S. 64, (s. 151-177), s. 165, (Tanrıver-Arabuluculuk); E. Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 25; M. Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 592, (Özbek-Alternatif); Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 20019, s. 17; Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2813, (Özkes-Pekcanitez Usul); İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 1056; Christopher W. Moore, *Arabuluculuk Süreci* (4. Baskı), Tarkan Kaçmaz, Abbas Türnüklü, Mustafa Tercan (Çev.), Ankara 2016, s. 20; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 768, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul); Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, On

rın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesinde hem başvuru hem de sürecin yürütülmesi kural olarak ihtiyari olmakla birlikte; hukukumuzda istisnaî olarak, çözümü adli yargının görev alanına giren bazı davaların görülebilmesi için öncelikle arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmaktadır (İMK md. 3; TTK m. 5/A). Bu yol tüketilmeden dava açılması halinde açılan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmektedir (HUAK m. 18/A/II; İMK m. 3/II).

İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamı doğrudan başvurucunun talep sonucu dikkate alınarak belirlenmişken, Türk Ticaret Kanunu'nda dava konusu dikkate alınarak belirlenmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının belirlenmesinde açıkça talep sonucuna işaret edildiğinden, uygulamada hangi iş uyuşmazlıklarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespitinde fazla bir tereddüt yaşanmadığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda İş Mahkemeleri Kanunu bakımından bir değerlendirme yapılmayacak olup, bu hükümlere sadece yeri geldiğinde karşılaştırma yapmak üzere başvurulacaktır. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının tespitinde kriter olarak dava konusunun esas alınmış olması nedeniyle, teori ve uygulamada hangi uyuşmazlıkların arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespiti bakımından ciddi sorunlar ve tereddütler ortaya çıkmıştır.

Ticarî davalar bakımından hangi uyuşmazlıkların arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespiti noktasında ortaya çıkan tartışmalar esasen Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın yorumuna ilişkin yaklaşımların farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede tartışmalar, ilk olarak söz konusu düzenlemede işaret edilen dava konusu kavramının içeriğinin ne şekilde doldurulacağı; ikinci olarak da söz konusu hükmün yorumunda düzenlemenin lafzına bağlı kalınıp kalınmayacağı noktasından yürütülmektedir. Son

İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 616; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 443-444; Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 8-9; İlker Koçyiğit/Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 14.

dönemde bu tartışmaların daha ziyade menfi tespit davaları özelinde yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Ancak bu tartışmalar sadece menfi tespit davaları bakımından değil, aşağıda işaret edeceğimiz gerekçelerle neredeyse icra ve İflâs hukuku alanında açılabilen davaların tamamı bakımından önemlidir. Bu nedenle, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin icra ve iflâs hukuku alanındaki genel ve spesifik sorunlara geçmeden önce, işaret ettiğimiz tartışmalar değerlendirilecek ve bu tartışmaların icra ve iflâs hukukuna yansımaları üzerinde durulacaktır.

İşaret ettiğimiz sorunlar ve tartışmalar dikkate alındığında, icra (ya da iflâs) takibine konu edilmiş (ya da edilecek) bir uyuşmazlıkla bağlantılı olarak açılan her bir davanın arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından ayrı ayrı ele alınıp incelenmesinin önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Ancak her bir davanın bu şekilde ele alınıp incelenmesi başlı başına bir monografik çalışmaya konu teşkil edebilecek niteliktedir. Bu nedenle biz bu çalışmada, icra ve iflâs hukuku alanında açılan her bir davayı spesifik olarak ele alıp incelemek yerine, daha ziyade üzerinde tartışmaların yoğunlaştığı veya ilerleyen dönemlerde yoğunlaşacağını düşündüğümüz davaları ele alıp inceleyeceğiz.

Uygulamada icra ve iflâs hukuku alanında açılan davalar arabulucuya başvuru zorunluluğu açısından değerlendirilirken, özellikle bu davalar ile icra takipleri arasındaki sıkı ilişkinin göz ardı edildiği, bu davaların amacı ve koruduğu menfaat dengesinin dikkate alınmadığı; uygulamanın dava konusundan ziyade uyuşmazlık konusu üzerinden şekillendiği gözlemlenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda icra ve iflâs hukuku alanında açılan davaları kendi görüşümüz çerçevesinde izah etmenin yanı sıra, özellikle arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesinin icra ve iflâs hukuku alanında açılan davalar bakımından ortaya çıkaracağı sorunlara işaret edilecektir.

A- Konu Kapsamının Sınırlandırılması

Türk Ticaret Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamı dava konusuna göre belirlediğinden (TTK m. 5/A) dava niteliği taşımayan, çekişmesiz yargı işleri, icra takipleri, doğrudan doğruya iflâs halleri, ihtiyati tedbirler, ihtiyati hacizler bu zorunluluğa tabi

değildir. Bu kapsamda önemli olan, bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağına ilişkin ticarî davaya vücut verir bir uyuşmazlığın bulunmasıdır. Bu uyuşmazlığın hangi hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğinin bir önemi yoktur.² İşaret ettiğimiz nitelikleri taşımak kaydıyla açılması düşünülen dava asliye ticaret mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi, tüketici mahkemesi³ veya fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinden birisinin görev alanına girebilir.

Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olan talepler ilâmlı icra takibine konu olabile-

² “TTK 4. maddesi kapsamında, ticari dava sayılan bu davaların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 1.maddesinde açıklanan gerekçeyle zayıf tarafı koruma amacıyla ihtisas mahkemesi niteliğindeki tüketici mahkemesinde görülmesi davanın ticari olma niteliğini değiştirmez. Çünkü TTK 4/1-g maddesi ile davanın ticari olması tarafların sıfatına değil, davanın dayanağı yasal düzenlemenin niteliğine yani bankacılık işlemlerine göre belirlenmiştir. Zaten bankacılık işlerinin büyük bölümü tüketicinin taraf olduğu hususlara ilişkindir. Dolayısıyla da dava tüketici mahkemesinde görülse de ticari davadır. Aynı Kanun’un 83-2maddesinde ‘Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engelleme’ denmesinin nedeni de tam bu gibi durumlara açıklık getirmek içindir”, İstanbul BAM 18. HD, 16.05.2019, 1066/1022, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 18/04/2020.

³ Koçyiğit/Bulur, Türk Ticaret Kanunu madde 4 kapsamına gire uyuşmazlıklardan birisinin tüketici işlemi olması onun ticari dava olma vasfını ortadan kaldırmayacağını ve bu tip uyuşmazlıkların çözümünde tüketici mahkemeleri görevli olsa bile, arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunduğunu ileri sürmektedir. Bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.125; Buna karşılık Tanrıver, tüketici uyuşmazlıklarının niteliğinin arabulucuya başvuru zorunluluğu ile uyuşmadığını; ticari dava niteliğindeki bir uyuşmazlığın taraflarından birisinin tüketici olması halinde ticari uyuşmazlık olmaktan çıkıp tüketici uyuşmazlığına dönüşeceğini, bu halde görev ve yetki kurallarının öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre belirleneceğini, bu Kanun’un madde 83/II hükmü çerçevesinde bu Kanun’un göreve ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasının, başka kanunlarda bu konuda açık bir düzenleme olmadıkça, engellenemeyeceğini, bu nedenle tüketici mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıkların arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmadığı görüşündedir. Bkz.: Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, Ankara 2020, S. 147, (s.111-142), s. 117, dn. 2, (Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk). Kanımızca, özellikle mutlak ticari davalar söz konusu olduğunda işlemin taraflarından birisinin tüketici olması (uyuşmazlığın tüketici işlemi olması) onun ticari dava vasfını ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un madde 83/II hükmü, kanun hükümlerinin uygulanma önceliğinin belirlenmesi bakımından (önceki kanun-sonraki kanun, genel kanun-özel kanun ve özel norm-genel norm gibi) bir üst norm değildir. Ancak, tüketici uyuşmazlıklarının niteliği ve bu Kanun’un sevk amacı dikkate alındığında, bu Kanun’un amacını ve koruduğu menfaat dengesini aşacak uygulamalar Anayasa’nın 172’nci maddesinin ihlali anlamına gelir.

cekleri gibi ilâmsız icra takibine de konu olabilirler. İlâmlı icra yoluna başvurulması halinde talepte bulunanın yeniden dava açmasını hukuk düzeni korumaz. Zira ilâmlı takip yoluna başvuran tarafın açacağı dava, takibin dayanağının bir ilâm olması halinde, kesin hüküm (HMK m. 114/1-i) veya derdestlik (HMK m. 114/1-i) nedeniyle; takibin dayanağının bir ilâm niteliğinde belge olması halinde ise hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilecektir (HMK m. 114/I-h). Bu nedenle cüzi icra bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu, sadece ilâmsız takip prosedürü içerisinde açılabilen davalar bakımından ele alınıp incelenecektir.

İflâs hukukunda, doğrudan doğruya iflâs (İİK m. 177 dv), iflâsın kaldırılması (İİK m.182) ve iflâsın kapanması (İİK m. 254) hallerinde asliye ticaret mahkemesi görevli olmakla birlikte, bu haller ticarî nitelikte birer mutlak çekişmesiz yargı işi sayıldıklarından (TTK m. 4/I-f, HMK m. 382/II-f) arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamına dâhil değildir. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hakkında yapılan yorumlar dikkate alındığında, birer çekişmeli yargı işi olan iflâs davası, sıra cetveline itiraz davası ve istihkak davası (*bir ticarî dava olduğu kabul edilirse*) arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından tartışılabilir niteliktedir.

Konkordatoya ilişkin olarak, borçluya konkordato mühleti verilmesi, konkordato komiseri atanması (HMK m. 382, II-f/6), konkordatonun tasdiki (HMK m. 382, II-f/6) ve konkordato prosedürü içerisinde borçlunun doğrudan doğruya iflâsının açılmasına karar verilebilen hâller birer mutlak çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır (HMK m. 382, II-f/2). Bu nedenle söz konusu haller arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamına dâhil değildir.⁴ Ancak konkordato prosedürü içerisinde açılan konkordatonun feshi davaları, çekişmeli alacak davaları ve tasarrufun iptali davaları birer çekişmeli yargı işidir.⁵ Bunlardan, tasarrufun iptali davaları diğer kısımlarda inceleneceğinden konkordato kısmında ayrıca incelenmeyecek; bu kısımda konkordatonun feshi davaları ile çekişmeli alacak davalarının incelenmesi ile yetinilecektir.

⁴ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

⁵ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 647, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra).

B. Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğunun Kapsamının Tespitine Yönelik Tartışmalar ve Söz Konusu Tartışmaların Değerlendirilmesi

I. Dava Konusu Çerçevesinde Yapılan Tartışmalar ve Değerlendirilmesi

Dava konusu, davaya konu edilmiş hak, yani dava ile elde edilmek istenen sonuç (netice) olarak tanımlanmaktadır.⁶ Dava konusunun belirlenme yöntemine ilişkin birçok görüş bulunmakla birlikte,⁷ Türk hukukunda bu görüşlerden özellikle ikisi taraftar bulmuştur. Bunlardan ilki ve azınlık sayılabilecek olan iki unsurlu dava konusu teoridir.⁸ Bu teori, dava konusunun belirlenmesinde vakıalar ile talep

⁶ Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München 1954, s. 183 vd.; (Schwab-Streitgegenstand); Karl Heinz Schwab, *Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozessrecht*, Juristische Schulung 1965, (s. 81-86), s. 80, 83 (Schwab-Lehre); Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2010, § 92 III/3; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, s. 232, (Postacıoğlu-Usul); Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 692; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 160, (Önen-Yargılama); Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, s. 381, (Berkin-Usul); Burhan Gürdoğan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ay Yıldız Matbaası*, Ankara 1960, s. 75, (Gürdoğan-Kesin Hüküm); Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 536 (Kuru-Usul); Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I, II, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1488, (Kuru-Usul El Kitabı); Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 687, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul); Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 81, (Tanrıver-Derdestlik); Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 122; Meltem Ercan Özler, *Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 57; Levent Börü, "Dava Konusu Kavramı ve Teoriler", *BATİDER*, Ankara 2012, C. XXVIII, S. 2, (s. 257-292), s. 283.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 162 vd., (Ermenek-Birleştirme); Börü, s. 261-274.

⁸ Yavuz Alangoya, "Yargılama Sırasında Taraf (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", *İÜMHA Dergisi*, İstanbul 2011, C. 3, S. 5, (s. 125-194), s. 149 dn. 68; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Filiz Kitapevi Basım, İstanbul 2000, s. 529 dn. 36.; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 100, (Muşul-Terdit İlişkileri); M. Kamil Yıldırım, "Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri", *MÜHFA Dergisi*, İstanbul 1991, C. 6, (s. 23-50), s. 41; H. Özden Özkaya-Ferendeci, Kesin

sonucunun birlikte ele alınması gerektiğini,⁹ bu kapsamda dava konusunun belirlenmesine her iki unsurun da eşit değerinde etki ettiğini ileri sürer.¹⁰ Bu teori çerçevesinde, başvuru talebinin Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında kalıp kalmadığının tespitinde, talep sonucu ile vakıalar birlikte ele alınarak değerlendirilecektir. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirmede, uyuşmazlık konusu vakıanın bir para alacağı veya tazminata ilişkin olması koşulu ile, talep sonucu salt bir usulî talebi içerse bile, uyuşmazlık arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacaktır. Bu düşünceden hareketle, özellikle dava konusunun belirlenmesinde dava sebebinin oynadığı rol dikkate alınarak menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığı söylenebilir.¹¹

Türk hukukunda dava konusunun belirlenmesinde taraftar bulan diğer görüş ise tek unsurlu dava teorisidir.¹² Bu teori çerçevesinde dava konusunun belirlenmesinde talep sonucu dikkate alınmakta olup hayat olayları önemli değildir.¹³ Bu görüşe göre, talep birden fazla hayat

Hükmün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 177; Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayımları, İstanbul 2009, s.222; Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 376.

⁹ Walter J Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956, s. 221 vd.; Rosenberg/Scwab/Gottwald, § 92 III/2; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, C. H. Beck, München 2012, § 2.4.A.

¹⁰ Althammer Christoph, Streitgegenstand und Interesse, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, s. 57 vd.

¹¹ Ali Cem Budak, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *MİHDER*, İstanbul 2019, C. XLII. S. 1, s. 33; Şükrü Saraç, "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", *İnşaat Sanayi Dergisi*, Ankara 2019, S.173, (s. 54-66), s. 62; Nesibe Kurt Konca, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", *Seta Perspektif*, Aralık 2018, S. 225, s. 5. www.seta.org, e.t.: 02.10.2019.

¹² Doktrinde bu teoriyi destekleyenler için bkz.: Bilge/Önen, s. 692; Tanrıver-Derdestlik, s. 81; Hanağası, s. 124; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Mimoza Basım Yayını, Konya 1991, s. 19-20; Ejder Yılmaz, İslah, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 190, (Yılmaz-İslah); Kuru-Usul, s. 536; Kuru-Usul El Kitabı, s. 1488; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul, s. 687; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt I-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 666 (Tanrıver-Usul); Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 380; Budak/Karaaslan, s. 163; Ercan Özler, s. 57; Börü, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 449; Murat Atalı, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2069.

¹³ Schwap-Streitgegenstand, s.183 vd.; Schwap-Lehr, s. 82; Rosenberg/Scwab/Gott-

olayına dayandırılabilir; fakat bu durum o dilekçede birden fazla dava konusu olduğu anlamına gelmez.¹⁴ Bu nedenle her bir dava dilekçesi tek bir dava konusuna vücut verir.¹⁵ Dava konusunun belirlenmesi bakımından vakıalar talep sonucunun yorumlanmasında kullanılabilir;¹⁶ ancak bu husus onların taleplerle eş değerde olduğu anlamına gelmez.¹⁷ Türk hukuku uygulamasında da, dava konusunun belirlenmesinde talep sonucu dikkate alınmaktadır.¹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 303/I'de kesin hükmün unsurları sayılırken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 237'de kullanılan müddeabih (dava konusu) kavramı yerine, talep sonucu kavramı tercih edilmiştir. Bu açıklığa rağmen Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki dönemde de maddî anlamda kesin hüküm ve derdestlik kavramları dava konusu üzerinden açıklanmaya devam edilmiştir.¹⁹

wald, § 92 III/3; Ermenek-Birleştirme, s.163.

¹⁴ Ermenek-Birleştirme, s.163.

¹⁵ Schwap-Streitgegenstand, s.87 vd.; Schwap-Lehr, s. 80, 83; Ermenek-Birleştirme, s.163.

¹⁶ Schwap-Streitgegenstand, s.89; Schwap-Lehr, s. 80, 84; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 506-508; Ermenek-Birleştirme, s.163; Börü, s. 264.

¹⁷ Ermenek -Birleştirme, s.163; Tanrıver-Derdestlik, s. 78-79; Börü, s. 264.

¹⁸ "Kesin hükmün ikinci koşulu olan müddeabih, dava konusu yapılmış olan hak, yani dava ile elde edilmek istenilen sonuçtur. Önceki dava ile yeni davanın müddeabihlerinin (konularının) aynı olup olmadığını anlamak için hâkimin eski davada verilen kararın hüküm fıkrası ile yeni davada ileri sürülen talep sonucunu karşılaştırması gerekir. Eski ve yeni davanın konusu olan maddî şeyler fiziki bakımdan aynı olsa bile, bu şeyler üzerinde talep olunan haklar değişirse, müddeabihler aynı değil demektir (YHGK'nun 21/12/2005 gün ve 2005/5-710-754 sayılı ilamı, 12/9/1956 gün ve 1956/6-29-28 sayılı ilamı). Bu yönden somut olaya bakıldığında, önceki ve şimdiki davada davanın konusu olan kiralanan aynı olmakla birlikte, ilk davada 01/02/2000 ile 01/02/2001 dönemi için sözleşme dışında kira bedelinin mahkemece tespiti istenilmekte, oysa görülmekte olan dosyada, aynı dönemde sözleşmeye göre kiralayan tarafından talep edilen bedelin haksız olduğunun tespiti ve istirdati istenilmektedir. Bu durumda her iki davanın konusunun aynı olduğundan söz edilebilmesi mümkün değildir", HGK 05.07.2006, 19-505/504; benzer kararlar için bkz.: Yarg. 14. HD, 6.12.2005, 9332/10954; Yarg. 14. HD, 13.2.2006, 11469/1148, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20.11.2019.

¹⁹ "Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, bir hükmün maddî anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için bu dava ile yeni açılan davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekmektedir... Dava konusu değerlendirilirken, davacının dava dilekçesindeki talebinin esas alınması gerekir. Zira usul hükümlerinden olan tasarruf ilkesi ve resen getirme ilkeleri gereğince, davacı açısından dava konusunun bağlayıcı olması için kendi talebinin bulunması gerekir. İlk davada davacının dava konusu etmediği bir blok olan A bloğu hüküm kurulurken hükmünde yer almıştır. Dava konusu olmayan ve hakkında yargılama da yapılmayan bir taşınmazın yanlışlıkla hükmünde yer alması dava konusu haline getirmeyecektir. Hukuk güvenli-

Ancak, arabuluculuk söz konusu olduğunda özellikle bölge adliye mahkemeleri dava konusunun belirlenmesinde talep sonucundan ziyade uyumsuzluk konusundan hareket etmektedir.²⁰

Dava konusunun belirlenmesinde tek unsurlu dava teorisi esas alınacak olursa, başvurunun talebinin Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında kalıp kalmadığı doğrudan doğruya davacının talep sonucuna göre tespit edilecektir. Bu kapsamda davacı bir tespit veya inşai talepte (usulî talepler) bulunmuşsa, taraflar arasındaki uyumsuzluk bir para alacağına ilişkin olsa bile, bu uyumsuzluk arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacaktır. Kanımızca, taraflar arasındaki

ği açısından maddi anlamda kesinliği aramızın sebebi, tarafların dava konusu ettikleri bir hususun tekrar dava konusu edilmemesidir. Ancak tarafların dava konusu etmedikleri bir hususun yargılama sırasında da yargılamada bulunmazken talep açılarak, hükümde yanlışlık yer alması, tarafın iradesini yansıtmadığı gibi dava konusu edilmeyen bir hususu da dava konusu haline getirmeyecektir. Netice itibari ile her iki davanın konusunun aynı olmadığı açıkça ortadadır”, Yarg. 15 HD, 26.12.2019, 1630/5279; “Dava konularının aynı olup olmadığını tespit edebilmek için davaların ilkinde verilebilecek kararın, ikinci davada verilebilecek kararı gereksiz hale getirip getirmeyeceği, ya da ikinci davada verilebilecek kararlar aynı sonuçların sağlanıp sağlanamayacağına bakılmalıdır”, Yarg. 10. HD, 03.02.2020, 4627/610, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20.03.2020; “TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır”, Konya BAM 3. HD, 13.06.2019, 528/554, kararlar için bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 18.02.2020.

²⁰ “Burada kanun koyucu kanaatimizce netice-i talep veya dava türü ne olursa olsun ‘dava konusu bir miktar para alacağı’ olan tüm talepler hakkında, alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmadan ve bir sınırlama getirilmeden dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını, dava şartı olarak düzenlemeyi amaçlamıştır. Elbette ki ‘menfi tespit’ talebi ile ‘alacak’ talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir miktar para alacağı ise, açılacak davanın ya da talebin ne olduğunun bir önemi yoktur. İster alacak ister menfi tespit ister istirdat ister itirazın iptali ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası ‘dava konusunun bir miktar para alacağı’ olduğudur. Sadece netice-i talepler ve mahkemelerde kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece ‘alacak’ veya ‘tazminat’ davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı muhakkaktır. Zira böyle sınırlayıcı bir yorum yapıldığında 2004 sayılı İİK’nın 67. maddesinde düzenlenen ‘İtirazın İptali’ ve 72. maddesinde düzenlenen ‘İstirdat’ davaları ne olacaktır? Bu davalarda da aslen talep ‘bir miktar paranın ödenmesi’ dir”, Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 20.02.2020.

uyuşmazlık bir para alacağına ilişkin olsa bile, Türk hukukunda dava konusunun tespitinde talep sonucundan hareket edildiğinden davacının usulî talepleri (tespit ve inşâî talepler) söz konusu olduğunda Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü işlerlik kazanmamalıdır.²¹

Dava konusundan hareketle bir uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesinde ister iki unsurlu dava teorisi isterse tek unsurlu dava teorisi dikkate alınsın, her halde talep sonucu oldukça önemlidir. Dolayısı ile dava dilekçesi esas alınarak ileri sürülen bu görüşlerden bağımsız olarak, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında bir uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesinde, başvurucunun açmayı düşündüğü davanın talep sonucunun niteliği oldukça önemlidir. Bu çerçevede talep sonucunun bir maddî talebe (eda hükmüne) yöneldiği hallerde uyuşmazlıklar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi iken, bir usulî talebe (tespit veya inşâ) yöneldiği hallerde uyuşmazlık çözümü arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacaktır. Bunun nedeni maddî hukuka ilişkin talep haklarının doğrudan bir kişiye (hasıma) yöneltilmesine rağmen, usulî taleplerin mahkemeye yöneltilmesidir.²²

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 106 çerçevesinde tespit davaları, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesine yönelik olarak açılan ve salt usulî talep içeren davalardır.²³ Bu nedenle, açılması düşünülen tespit talepli davalar kanımızca arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.

İnşâî talepler söz konusu olduğunda, inşâî neticenin mutlak olarak mahkeme kararına bağlı olarak ortaya çıkıp çıkmadığına bakmak

²¹ Aynı yönde, Atalay/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 772-773; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkın/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 131; Yardım M. Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 123, dn. 11; Ekmekçi/Özekes/Atalay/Seven, s.190-191; Ali Paslı, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin Yorumu, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 19-20.

²² Tanrıver-Derdestlik, s. 81.

²³ Tanrıver-Derdestlik, s. 80.

gerekir. İnşai talep, maddî hukuk alanında yenilik doğuran bir hakka dayanır.²⁴ İnşai neticenin ortaya çıkmasının tek taraflı irade beyanına veya mahkeme kararına bağlı olmadığı (tarafların karşılıklı iradesine bağlı olduğu) hallerde ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurmak mümkündür (fahiş ceza şartın indirilmesinde olduğu gibi). Buna karşılık, kanımızca Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da açıkça, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ifadesine yer verildiğinden ve inşai talepler aynı zamanda birer usulî talep mahiyetinde olduğundan, inşai talepler arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değerlendirilemez.

II. Hükmün Amacı Çerçevesinde Yapılan Tartışmalar ve Değerlendirilmesi

Arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalan ticarî davaların tespiti bakımından Türk hukukunda tartışmaların yoğunlaştığı diğer bir nokta ise Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın yorumudur. Bu noktada bir görüş, hükmün ihdas amacından hareket ederek (amaçsal yorum yaparak) menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğunu ileri sürmektedir.²⁵ Bu görüşü savu-

²⁴ Ergun Önen, İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk, Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 50 (Önen-İnşai Dava); Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 340; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul, s. 301; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 215.

²⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 141 vd., Aynı yönde yargı kararlarında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Kanun metninin, yoruma muhtaç ifadeler içermesi sebebiyle sırf kanun diliyle sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre, yorumun, Kanun'un amacına uygun yapılması gerekir. Kanun'un amacı ise, gerekçesinden ve ruhundan faydalanılarak tespit edilmelidir. Somut Kanun hükmünün madde metninde, olumsuz tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre, genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden, anlaşılan gayeden hareketle yorum yapılmalıdır. Genel gerekçe ve madde gerekçesi, uyumsuzluk kriterine işaret ettiğinde, dava türüne göre değil, uyumsuzluk türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda, eldeki davanın, (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olmadığını tespiti ve ödenen tutarların istirdadı davası) TTK 5/A maddesi gereğince, dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır", Ankara BAM 21. HD, 19.9.2019, 851/1045, bkz.: www.lexpera.com.tr, e.t. 20.04.2020; "Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi uyarınca 'Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır'. Bu hüküm gereğince kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlam birbirine uygun değilse, bu durumda kanunun özüne uygun anlamın tespit edilmesi gerekir. Kanun'un özüne uygun anlamın tespiti bakımından ise, onun amacının belirlenmesi şarttır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.02.1997 gün ve 1996/1 E.1997/1 K. sayılı kararında da

nan yazarlar, medeni usul hukukunun şekli bir hukuk alanı olmasının bu alana ilişkin normların dar ve lafzi yorumlanmasını gerektirmeyeceği; arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin normun davanın niteliğinden bağımsız olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği dikkate alınarak yorumlanması gerektiği, ayrıca arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün tahsis amacının da bu şekilde olduğu, gerekçelerine dayanmaktadırlar.

Diğer bir görüş ise, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzından hareket ederek, hükmün lafzının açıklığı karşısında tespit taleplerinin arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmadığını ileri sürmektedir.²⁶ Bu görüşe göre, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması onu bir maddî hukuk normu yapmaz. Bu düzenleme niteliği itibari ile bir usul normu ihtiva etmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm lafzına uygun olarak dar yorumlanmalıdır. Normun dar yorumlanması halinde ise, menfi tespit davaları arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamına girmecektir.

Taraflar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 1 kapsamında kalan ticarî bir uyuşmazlığın çözümü için bu Kanun hükümleri çerçevesinde ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurabilecekleri gibi, Türk Ticaret Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde yargısal yollara da başvurabilirler. Bu kapsamda, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ile öngörülen arabulucuya başvuru zorunluluğu, her iki yöntemin de istisnasını teşkil eder. Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü öncelikle bu niteliği nedeniyle dar yorumlanmalıdır.

Diğer taraftan ticarî davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğu her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da bu onun

'...Kanun'un yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun düşmez' şeklinde kanunun özüne (amacına) uygun yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. (HGK'nın 15/11/2017 tarih ve 2015/22-1389 Esas, 2017/1368 Karar)", Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 20.02.2020.

²⁶ Paslı, s. 19.

bir usul hükmü olması gerçeğini değiştirmez. Şekli hukuk normlarının ise dar yorumlanması esastır. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ile getirilen düzenleme, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünü sınırlandıran ve mahkemeye erişim hakkını şarta bağlayan bir hükümdür. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir düzenleme olması nedeni ile de Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü dar yorumlanmalıdır.²⁷

İşaret ettiğimiz hususlar birlikte değerlendirildiğinde, her ne kadar son dönemlerde kanun koyucunun iradesinin arabuluculuğun yaygınlaştırılması suretiyle mahkemelerin iş yükünün azaltılması yönünde olduğu ileri sürülebilirse de²⁸ bu genel amaç, aynı zamanda ihtiyari arabuluculuğun da bir istisnasını teşkil eden arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümlerin geniş yorumlanmasını gerektirmez.

²⁷ “Özel dava şartlarının bu niteliği gereği dar biçimde yorumlanmaları gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi zorunlu arabuluculuk dava şartını ‘...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...’ ile sınırlı tutmuştur”, Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72, “Bu bakımdan dava şartlarının yanlış uygulanması bir dava engeli ve mahkemeye erişim hakkı ile bu kapsamda adil yargılanma hakkına saldırı sayılır (AİHS m.6). Özel dava şartlarının bu niteliği gereği dar biçimde yorumlanmaları gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi zorunlu arabuluculuk dava şartını ‘...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...’ ile sınırlı tutmuştur”, Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464, kararlar için bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 18.02.2020, “Doğrudan alacak veya tazminat davası açıldığında açılan davalar arabulucuya tabi tutulacak, ancak 2004 sayılı İİK gereğince kanunen de tanınan bir hak olan takip yapıp itiraz edildiği takdirde, açılacak itirazın iptali davası arabulucuya tabi tutulmayacak mıdır? Bu durum kanunun dolanması neden olacak ve gerek ilk derece mahkemelerinde gerekse istinaf mahkemelerinde farklı uygulamalara sebep olacağı tartışmasıdır. Kaldı ki uygulamada çok farklı kararlar verilmekte, bu konuda bir uygulama birliği sağlanamamaktadır. Yine aynı durum ‘istirdat’ davası için de geçerlidir. Örneğin alacaklı tarafından açılacak alacak davasının ‘arabulucuya başvurma’ dava şartına tabi tutulması, ancak aynı konu ve alacak ile ilgili borçlu tarafından açılacak menfi tespit veya istirdat davasının ‘arabulucuya başvurma’ dava şartına tabi tutulmaması durumunda bu uygulamanın alacaklı yönünden T.C. Anayasa'sının 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı kapsamında hak ihlallerine yol açacağı muhakkaktır”, Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 20.02.2020.

²⁸ Meseleye ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 120, 121; Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 126.

C) İcra ve İflâs Hukuku Alanında Açılan Ticarî Davalar İle Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu Arasındaki İlişki

I. İcra Takipleri Açısından Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

Para alacaklarının tahsili amacıyla doğrudan ilâmsız takip yoluna başvurulduğunda tartışılması gereken ilk mesele, bu hallerde arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir takip şartı teşkil edip etmediğidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak düzenlenmiş olup, ayrıca cebri icra hukuku bakımından da bir takip şartı olup olmadığı hususuna yer verilmemiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nda takip şartları açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, taraf ehliyeti, takip ehliyeti ve takip yetkisi gibi kaynağını medeni hukuktan alan bazı takip şartları bu alanda da uygulanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş diğer dava şartları ise ilâmsız takiplerde uygulanmamaktadır. Ancak doktrinde bunlardan bazılarının ilâmsız takiplerde de uygulanabileceği ileri sürülmektedir.²⁹ Kanımızca, dava konusundan hareket edilerek düzenlenmiş dava şartına ilişkin bir hükmün kıyasen dahi olsa icra takipleri bakımından uygulanması mümkün olmamalıdır. Zira para alacakları bakımından ilâmsız takip yoluna başvuru alacaklıya tanınmış alternatif bir hak arama yöntemidir.³⁰ Hak arama özgürlüğünün ise açık bir kanun hükmü olmaksızın sınırlandırılması mümkün değildir (Any m. 13; m. 36). Bu çerçevede, salt davalar için getirilen bir sınırlandırmanın kıyasen ilâmsız takipler bakımında da uygulanması caiz olmamalıdır.³¹

²⁹ Mesela, derdestliğin icra takiplerinde de uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 96; Buna karşılık, Atalı/Ermenek/Erdoğan da derdestliğin icra takiplerinde de bir takip şartı olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmekle birlikte, görüşlerinin gerekçesini derdestliğin varlığına değil, aynı takibin ikinci kez yapılmasında hukuki yarar bulunmaması gerekçesine dayandırmaktadır, bkz.: Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 122. Benzer yönde bkz.: Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra). Buna karşılık Kuru, derdestlik iddiasının ödeme emrine itiraz yolu ile ileri sürülmesi gerektiği görüşündedir. Bkz.: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 205, (Kuru-İcra El Kitabı).

³⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 195.

³¹ Benzer yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 195; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 122; Mustafa Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 90-91; Özge Yakıcı, Bireysel İş Hukukunda Arabu-

II. İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen Davaların Amacı

İcra ve iflâs hukuku kural olarak özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkları konu almakla birlikte, cebri icra işlemlerinin tarafları ile cebri icra organları arasındaki ilişki dikkate alındığında kamu hukuku karakteri de taşıyan bir hukuk alanıdır.³² Burada ortaya çıkan en karakteristik özellik temel hak ve özgürlüklere hem hukuki hem de fiili olarak müdahale edilebilmesidir. Bu nedenle cebri icra hukukuna ilişkin normlar, müdahale sınırları baştan çizilmiş, belirli ve öngörülebilir olmak zorundadır.³³ Bu yönüyle şekli bir hukuk dalı olan icra ve iflâs hukukunda normların yorumu ve uygulanması kat'î bir şekilde kanun tarafından çizilen sınırlar içinde kalmalıdır. İcra ve iflâs hukukunun bünyesinde, aynı zamanda kamu hukukunun karakteristik özelliklerinin de bulunması ulaşılan bu sonucu haklı kılar. Bu nedenle arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği, sadece ilâmsız takipler bakımından değil, bu takip prosedürü içerisinde açılabilen bütün davalar bakımından ele alınıp incelenmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davaların tamamı doğrudan veya dolaylı olarak bir icra takibi ile bağlantı kurularak açılmaktadır. Bu davaların düzenlenmesindeki temel amaç, taraflara bir kesin hüküm koruması sağlamaktan ziyade, takibin bir an önce ve sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasını temin etmektir.³⁴ Özellikle bu tip davalar için öngörülen icra tazminatları ve dava sonunda verilen kararların öncelikli olarak ve doğrudan icra takipleri üzerinde etki göstermesi, bu hususun en somut delillerini teşkil eder.

İcra ve İflâs Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 89.

³² Bu yönüyle icra hukukunun karma karakterli olduğu söylenebilir. Bkz.: Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 26, (Özkes-İlkeler); Benzer yönde bkz.: Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 6. İcra hukukunun niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz.: M. Necmettin Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1980s. 14-15, (Berkin-İcra); İbrahim Aşık, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 13 vd.

³³ Özkes-İlkeler, s. 89,90; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 29.

³⁴ "Bu açıklamalar göstermektedir ki, itirazın iptali davası icra takibine sıkı sıkıya bağlı; itiraz üzerine duran icra takibinin devam edebilmesini sağlayan ve takip hukuku içinde olmakla birlikte, maddi hukuk ilişkisinin incelenerek uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlandırıldığı bir davadır. Davanın takibe bağlılığı alacağın miktarı bakımından söz konusu olduğu gibi, alacağın kaynağı bakımından da geçerlidir", HGK, 17.09.2019, 19-918/886, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 23.03.2020.

İlâmsız icra prosedürü içerisinde açılan davalarda da bir yargılama faaliyeti yürütülmekle birlikte, bu faaliyet esnasında öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen usul hükümleri uygulanmaktadır. Bu durum icra ve iflâs işleri için, usul hükmü düzenleyen diğer kanunlara nazaran İcra ve İflâs Kanunu'nun özel nitelikli bir kanun olmasının doğal bir sonucudur. Ayrıca bu düzenlemelerin birçoğunda davaların genel hükümler çerçevesinde açılıp yürütüleceğine ilişkin özel hükümlere de yer verilmiştir (İİK m. 67/I, m. 72/VII, m. 89/IV, m. 97/XI, m. 158/II gibi.). Bu düzenlemeler olmasaydı dahi medeni yargının genel kanunu mahiyetindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri niteliğine aykırı düşmedikçe ilâmsız takip prosedürü içerisinde açılan davalar hakkında da uygulanacaktı.³⁵

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yanı sıra, diğer bazı özel kanunlarda da medeni yargıyı ilgilendiren usul hükümleri yer almaktadır. Bu hükümlerin tipik örneklerinden birisini de Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da yer alan bazı ticarî davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenleme oluşturmaktadır. Bu tip Kanunlarda yer alan özel hükümlerin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davalara da uygulanabilmesi için, bu düzenlemelerin işaret ettiğimiz davaların niteliğine uygun olması ve bu davalar ile ulaşılmak istenilen amaçla uyumlu olması gerekir. Bu kapsamda İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davaların yukarıda işaret ettiğimiz amacı ile Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da öngörülen arabulucuya başvuru zorunluluğunun amacı birbirleri ile uyumlu değildir.

Diğer taraftan, icra ve iflâs hukuku alanında alacaklının, takip içerisinde ve bir takiple bağlantılı olarak üçüncü kişilere (*hatta bazen üçüncü kişinin alacaklıya karşı açabildiği İİK m. 89/III çerçevesinde menfi tespit davası ve İİK m. 99 çerçevesinde açılan istihkak davası gibi*) veya borçlu ile birlikte üçüncü kişilere karşı açabildiği (*istihkak davası, sıra cetveline karşı itiraz davası, tasarrufun iptali davası, İİK m. 89/IV çerçevesinde açılan tazminat davası, İİK m. 120 çerçevesinde açılan çekişmeli alacağın tahsili davası ve kayıt kabul davası gibi*) bazı spesifik dava türleri bulunmaktadır. Bu davaların bazılarının bir ticarî dava olup olmadığı tartışılabilirse de yukarıda işaret ettiğimiz genel amaç bu davalar bakımından da geçerlidir.

³⁵ Yarg. 12. HD, 11.12.2012, 19983/37190, bkz.: Kuru-İcra El Kitabı, s. 350.

III. İcra ve İflâs Hukukunda Menfaat Dengesi

Cebri icra yoluna başvuran alacaklının bu başvuru ile amacı cebri icra organları vasıtasıyla alacağına kavuşmaktır. Alacaklının menfaatinin gerçekleştirilebilmesi borçlunun malvarlığına ve hatta bazı istisnâî hallerde şahıs varlığına müdahale edilmesini zorunlu kılar. Bu noktada alacaklı ile borçlu arasında, özellikle konusunu anayasal temel hak ve özgürlüklere müdahalenin oluşturduğu yoğun bir menfaat çatışması ortaya çıkar. Öte yandan icra ve iflâs hukuku alanında sadece alacaklı ve borçlunun menfaatleri değil, sıklıkla onlarla üçüncü kişilerin menfaatleri de çatışır. Bu noktada cebri icra uygulamaları, bazen üçüncü kişilerin malvarlığına, şahıs varlığına, konut veya işyerlerine hukuka aykırı şekilde müdahale edilmesi sonucunu doğurabilirken; bazen de üçüncü kişilerin hukuka aykırı işlem ve eylemleri nedeni ile alacaklının mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Bu gibi hallerde hem alacaklının hem borçlunun ve hem de takibin tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatinin aynı derecede korunması gerekir.

Gelinen bu noktada alacaklı ile borçlu arasında ya da üçüncü kişi ile takibin tarafları arasında çatışan menfaatlerin dengelenmesi; başka bir ifadeyle oluşan menfaat çatışmasının anayasal sınırlar içerisinde ölçülü bir şekilde giderilmesi, icra hukuku kuralları ile sağlanmaktadır.³⁶ İcra ve İflâs Kanunu'nda, bir takip süreci içerisinde bazen alacaklı ile borçlu arasındaki bazen de üçüncü kişi ile takibin tarafları arasındaki menfaat dengesini korumak ve sağlamak üzere birçok hükme yer verilmiştir. Bu hallere, itirazın kaldırılması, itirazın iptali davası, istihkak davası, sıra cetveline itiraz davası ve tasarrufun iptali davası gibi davalar örnek olarak verilebilir. Bu davalar ile korunan menfaat dengesi, her bir dava bakımından aşağıda ayrı ayrı ele alınıp inceleneceğinden³⁷ burada sadece tespit yapmakla yetiniyoruz. Ancak icra ve iflâs hukuku alanında açılan davaların koruduğu menfaat dengesi bakımından

³⁶ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 8. Benzer yönde bkz.: Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 11,12; İlhan E. Postacioğlu, "İcra ve İflas Tadili Hakkında Çalışmalar", İBD, İstanbul 1962, C. XXXVI, S. 7, (s.169-184), s.169, (Postacioğlu-Çalışmalar); S. Şakir Ansay, "İcra ve İflas Kanunu Etrafında Düşünceler", Adliye Ceriyesi, Ankara 1938, (s. 1457-1464), s. 1457; M. Reşit Belgesay, "İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun", İÜHFİM, İstanbul 1940, C. VI, (s. 756-774), s. 767.

³⁷ Bkz.: a.ş.a., C. IV/1; C.IV/3; C. IV/4.

özellikle, icra tazminatı ve sıra cetveline itiraz davası üzerinde kısaca değinmek gerekir.

Amaç kısmında da işaret ettiğimiz üzere kanun koyucu, itirazın iptali davasının açıldığı veya itirazın kaldırılmasının talep edildiği hallerde, alacaklının haksız takip yapmış veya borçlunun haksız olarak ödeme emrine itiraz etmiş olma ihtimaline binaen; haksız çıkan tarafın, takip veya davada talep edilen (İİK m. 67/V) alacak miktarının yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir icra tazminatı ödemesini öngörmüştür (İİK m. 67/II; m. 68/VII; m. 68/a/VIII; m. 69/V). Bu tazminatın ödenmesinden kanun koyucunun muradı, haksız takip veya haksız itiraz nedeni ile borç ilişkisinin tarafları arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden sağlanmasıdır.³⁸

Mesele sıra cetveline itiraz davası bakımından ele alındığında ise, söz konusu davada hem davanın tarafları olan davacı alacaklı ile davalı alacaklının menfaatleri hem de takip borçlusunun menfaatleri birbirleri ile çelişir. Bu davada arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kabul edilmesi halinde, arabuluculuk süreci sonunda varılacak anlaşma, daha sonraki rücu ilişkisinde özellikle sürecin gizliliği nedeni ile sıra cetveline itiraz davasının davalısı olan alacaklı ile takip borçlusu arasında yeni bir uyuşmazlık kaynağı olarak ortaya çıkar.

IV. İlâmsız İcra Prosedürü İçerisinde Açılabilen Bazı Davalar Bakımından Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

1. Genel Tespitler

İlâmsız takip prosedürü içerisinde açılabilen davalarda verilen kararların hiçbirisi alacaklının takip talebi ile ileri sürdüğü alaktan bağımsız değildir. Bu nedenle söz konusu davalarda verilen kararlar öncelikli etkisini takip üzerinde doğurur. Kanun koyucunun talebin içeriğini açıkça düzenlemediği hallerde, kanımızca medeni usul hukuku alanında mahkemeden istenilen hukuki himayenin içeriğine göre yapılan, tespit davası, eda davası ve inşaî dava şeklindeki ayırımdan hareketle icra hukuku alanındaki davaları sınıflandırmak, bu tip davaların amacı ile bağdaşmaz.

³⁸ Çiftçi, s. 264.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 119/I-ğ'ye göre, davacı dava dilekçesinde talep sonucunu açık bir şekilde göstermek zorundadır. Aynı Kanun'un madde 26/I hükmüne göre hâkim de talep sonucu ile bağlı olup, ondan fazlasına veya ondan başka bir şeye karar veremez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 297/II hükmüne göre ise, hükmün sonuç kısmında, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenilen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde talep sonucuna göre davaların, eda davası (HMK m. 105), tespit davası (HMK m. 106) ve inşâî dava (HMK m. 108) şeklinde sınıflandırılmasında tek kriter dava dilekçesinin talep sonucu kısmıdır. Mahkeme, tarafların talep sonucu çerçevesinde karar vermek zorunda olmakla birlikte (HMK m. 26/I; m. 297/II); hükmün niteliğinin tespitindeki kriter tarafların talep sonucu değildir. Hükmün niteliği, tarafların her bir talebinin mahkeme kararında yer alan karşılığına göre belirlenir. Bu kapsamda, talep sonucunun niteliğine göre bir eda davası veya inşâî dava sonunda verilen karar (davanın reddi halinde) bir tespit hükmü mahiyetinde olabilir.

1. İtirazın İptali Davası

İtirazın iptali davası, İcra ve İflâs Kanunu'nda (m. 67/I) düzenlenen ilâmsız icra prosedürüne özgü bir davadır. İtirazın iptali davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olup olmadığı, bu davanın amacı, bu dava ile korunan menfaat dengesi ve bu davanın hukuki niteliği dikkate alınarak yapılmalıdır. Ayrıca itirazın iptali ile birlikte talep edilebilen icra tazminatı da bu davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olup olmadıklarının tespitinde dikkate alınmalıdır.

İtirazın iptali davası, icra ve iflâs hukuku alanında borçlunun itirazı ile alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanması için öngörülen bir hak arama yöntemidir. Ancak bu alanda kanun koyucu, belirli belgelere sahip olmak şartıyla (İİK m. 68; m. 68/a) alacaklıya bir alternatif imkân daha sunmaktadır. Bu imkân ise itirazın niteliğine göre, itirazın geçici veya kesin kaldırılmasıdır. İcra ve iflâs hukuku bakımından esasında hem itirazın iptali davasının hem itirazın geçici kaldırılmasının hem de itirazın kesin kaldırılmasının amacı aynıdır. Zira her iki müessesenin de amacı, icra ve iflâs hukuku prose-

dürü içerisinde takibin devam etmesini veya sona ermesini sağlamaktır. Bu noktada alacaklı kesin hüküm korumasından yararlanmak için itirazın iptali davası yolunu seçmiş olsa bile, bu koruma ona İcra ve İflâs Kanunu'nun değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sağladığı bir imkândır. İşaret ettiğimiz gerekçelerle, aynı amacı gerçekleştirmeye yönelmiş iki müesseseden birisinin arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değerlendirip, diğerini kapsam dışında tutmak icra ve iflâs hukukunun amacı ile bağdaşmaz.

İtirazın iptali davasının konusu, borçlunun itirazının hukuka aykırılığı nedeni ile itirazın iptali ve borçlunun dava konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir icra tazminatına mahkûm edilmesidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunu ise, takibe konu edilen alacak oluşturur. Borçlu ödeme emrine itiraz edinceye kadar taraflar arasında itirazın hukuka aykırılığı ve icra tazminatı konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Başka bir anlatımla, borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş olsaydı icra tazminatına ilişkin bir uyuşmazlık tarafların gündemine gelmeyecekti. Nitekim takibin, borçlu itiraz etmeksizin sonuçlanması halinde, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre açılacak istirdat davasında veya Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre açılacak sebepsiz zenginleşme davalarında bu tazminat gündeme gelmeyecektir.

Mesele itirazın iptali davalarının hukuki niteliği çerçevesinde değerlendirildiğinde ise, öncelikle itirazın iptali davasının hukuki niteliği üzerinde doktrinde ve uygulamada bir görüş birliği olmadığına işaret edilmelidir. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, itirazın iptali davası aynı zamanda bir alacak davası olup, alacaklı dava dilekçesinde hem itirazın iptalini (ve icra tazminatını) hem de alacağın tahsilini talep etmektedir.³⁹ Bu görüşe göre bir alacak için tek

³⁹ Kuru-İcra El Kitabı, s. 248; Benzer şekilde bkz.: Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 174; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 369 (Yılmaz-İcra Şerh); Ejder Yılmaz, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009), s. 615, (Yılmaz-İtirazın İptali); Burhan Gürdoğan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1970, s. 38, (Gürdoğan-İcra); Berkin-İcra, s. 420-421; İlhan E. Postacıoğlu, "İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", *BATIDER*, Ankara 1978, C. IX, S. 4, (s. 951-970), s. 960 vd., (Postacıoğlu-İcra İnkâr Tazminatı); İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969, s. 180 vd., (Postacıoğlu-İcra).

bir dava açılabilir ve borçlunun itirazından sonra bir yıl içinde yukarıdaki taleplerle açılan dava itirazın iptali davası adını alır. Aynı taleple süre geçtikten sonra dava açılırsa, bu dava alacak davası olarak nitelendirilir.

Arabulucuya başvuru zorunluluğu bu görüş çerçevesinde değerlendirildiğinde, bir eda davası niteliğinde olan itirazın iptali davası açılmadan önce Türk Ticaret Kanunu madde 5/A çerçevesinde arabulucuya başvuru zorunludur. Ancak bu sonuç sadece davacının dava dilekçesinde alacağının ifasına da hükmedilmesini talep ettiği hallerde ve yine sadece bu talep için anlamlı olabilir. Zira, davacının itirazın iptali talebi inşâî niteliktedir ve Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzından hareket edildiğinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamına girmez. Kanımızca icra tazminatına ilişkin talep de takibin dayanağı olan temel ilişkiden bağımsız ve usulî bir taleptir. Bu talebin bağımsız olduğunun en önemli göstergesi, itirazın iptali davasının reddi halinde borçlu lehine de icra tazminatına hükmedilebilmesidir. Bu nedenle icra tazminatına ilişkin talep ticarî nitelikte bir davaya vücut vermez. Kaldı ki, bu halde itirazın iptali davası açılmadığından icra tazminatına hükmedilmesinin koşullarından birisi de gerçekleşmiş değildir. Dolayısıyla itirazın iptali ve icra tazminatına ilişkin talepler arabulucuya başvuru zorunluluğunun değil ancak ihtiyari arabuluculuğun konusu olabilirler. Başka bir ifade ile, bu taleplerin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 1 anlamında ihtiyari arabuluculuğa konu olabilmesi, onların istisnâî bir düzenleme olan Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuk sürecinde de müzakere edilebileceği anlamına gelmez.

Bu görüş çerçevesinde, itirazın iptali davası açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu kabul edilir ve taraflar süreç sonunda anlaşamazlarsa, dava şartı yerine getirilmiş olacağından itirazın iptali davası açılmasının önündeki engel de ortadan kalkmış olur.⁴⁰

⁴⁰ İtirazın iptali davası bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğunun kabul edilmesi, bu dava ile ilgili bazı sürelerin hesaplanmasında da birtakım sorunlara neden olmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A/XV'te "arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez" düzenlenmesi mevcuttur. Aynı düzenlemenin birinci fıkrasında ise, bu hükmün uygulanması, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurunun bir dava şartı kabul edilmiş olması şartına bağlanmıştır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildi-

Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaları halinde, tarafların anlaşmış olması tek başına takibin iptaline veya dosyanın işlemde kaldırılmasına neden olmaz. Şayet borçlu anlaşma çerçevesinde borcu ifa ederse dosya kapatılır. Ancak taraflar kısmî olarak anlaşır veya tam olarak anlaşmalarına rağmen borçlu borcunu ödemezse; alacaklı, anlaşma belgesi ile takibe devam edilmesini isteyemez.⁴¹ Bu halde alacaklı, bir icra edilebilirlik şerhi alarak ilâmlı icra takibi yapabileceği gibi, anlaşma belgesinin kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermesi kaydıyla (henüz süresi geçmemişse) itirazın kaldırılması yoluna da başvurabilir.⁴²

Öte yandan doktrinde bu iki davanın ayrı davalar olduğu ve itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olup, bu davada alacaklının alacağın tahsiline yönelik bir talebinin olmadığı da ileri sürülmektedir.⁴³ Alacaklının talebi itirazın iptal edilerek takibe devam edilmesi ve borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesidir.⁴⁴

ğinde, esasen arabulucuya başvuruya dava açılması ile ilgili olarak hak düşürücü ve zamanasımı sürelerini durdurma fonksiyonu yüklediği görülmektedir. Buna karşılık, arabulucuya başvuru bir takip şartı olarak öngörülmediğinden kural olarak takip hukukundaki sürelerle bir etkisi olmayacaktır. Bu kapsamda bir davaya ilişkin hak düşürücü süre olduğu için (İİK m. 67/I) arabulucuya başvurulması halinde itirazın iptali davası açma süresi korunacaktır. Ancak, İcra ve İflas Kanunu madde 78/II çerçevesinde, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde haciz istenmesine ilişkin sürenin durması itirazın iptali davası açılması veya itirazın kaldırılmasının talep edilmesi koşulu bağlandığından, bu süre işlemeye devam edecektir.

⁴¹ Zira alacaklı, lehine aldığı bir ilama dayanarak borçlunun itirazı üzerine durmuş olan ilamsız icra takibine devam edilmesini isteyemez, ancak ilamı, ilamlı icra takibine konu edebilir. Kuru-İcra El Kitabı, s. 273. Ayrıca bkz.: Yarg. 12. HD. 6.3.2006, 2626/4339, www.lexpera.com.tr, e.t.: 18.04.2020.

⁴² Arabuluculuğa başvurunun hak düşürücü sürelerle etkisinin düzenlendiği HUAK m. 18/A gereği itirazın kaldırılması süresinin de işlemeyeceği söylenebilirse de kanımızca bu süre salt takip hukukuna özgü olup dava açılması ile bir ilgisi bulunmadığından, arabulucuya başvurulması itirazın kaldırılması süresini durdurmaz.

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 108; Benzer yönde bkz.: Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 152; Gönen Eriş, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *ABD*, Ankara 1977, S. 5, (s. 822-841), s. 828; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 78, 83; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012, s. 712; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 318-319, (Muşul-İcra); Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123.

⁴⁴ Bu noktada icra inkâr tazminatı talebinin arabulucuya başvuru zorunluluğu kap-

Bu görüşe göre, itirazın iptali davasının amacı, itiraz üzerine duran takibe devam edilmesini sağlamak olduğundan alacaklının hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini talep etmesi durumunda, mahkemenin bu taleplerden hangisini istediğini alacaklıya sorması gerekir. Başka bir görüşe göre de, alacaklı borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istemediği ve mahkeme de itirazın iptali kararı ile birlikte borçluyu bir edaya mahkûm etmediği için itirazın iptali davası, bir alacak hakkında açılan tespit davası mahiyetinde olup,⁴⁵ dava sonunda tespit hükmü içeren bir karar verilmektedir.⁴⁶ İşaret ettiğimiz her iki görüşe göre de itirazın iptali davasının konusu belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmadığından, bu görüşlerin kabulü halinde arabulucuya başvuru zorunluluğu söz konusu olmaz.

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, ödeme emrine itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıl içerisinde açılmış olmak kaydıyla mahkeme alacaklının talebini, dava dilekçesindeki hukuki nitelikleme ile bağlı kalmaksızın "itirazın iptali davası" olarak nitelendirmektedir.⁴⁷ Zira, davacı dilekçesinin neticeyi talep kısmında, daha sonra ilâmlı icra yoluna da başvurabilmek düşüncesiyle, alacağın tahsilini de isteyebilir. Dolayısıyla mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda, alacaklının alacaklı olduğu anlaşılırsa talebe göre "alacağın tespiti ile takibin devamı" veya "alacağın tahsili ile takibin devamına" karar verilir. Bu durumda tarafın talep sonucu esas alınarak "alacağın tahsili ile takibin devamına" karar verilmesi durumunda belli miktar paranın ödenmesi talebi söz konusu olduğundan bu halde arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı teşkil edecektir.

samında yer aldığı düşünülebilir. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz.: aşa, C.IV/5.

⁴⁵ Tahir Çağa, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", *BATİDER*, Ankara 1976, C. VIII, S. 3, (s. 21-31), s. 21 vd., Talih Uyar, *İcra Hukukunda İtiraz*, 2. Baskı, Manisa 1990, s. 313, (Uyar-İtiraz); Yönel Özkan, *İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Turhan Kitapevi, Ankara 2004. s. 12-15.

⁴⁶ İtirazın iptali davası ve ilamının yargılama giderlerine ve icra inkâr tazminatına ilişkin kısmi bir eda (tahsil) davası ve ilamı olduğunu ileri sürmektedir. Çağa, s. 25; Yavuz Okçuoğlu, "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *BBD*, Bursa 1980, S. 11, (s. 10-14), s. 10-14, Uyar-İtiraz, s. 312-313. Bu hususun davanın hukuki niteliğini belirlemede ana kural olmayıp, bir nevi tali kural olarak kabul edildiğine ilişkin bkz.: Özkan, s. 14.

⁴⁷ Yılmaz-İtirazın İptali, s. 1785.

Yargıtay bazı kararlarında itirazın iptali davasını bir tespit davası olarak nitelendirirken⁴⁸ bazı kararlarında ise bir eda davası⁴⁹ olarak nitelendirmiştir. Bir Hukuk Genel Kurulu Kararında ise, süresinden sonra itirazın iptali davası açılması halinde, bu davaya alacak davası olarak devam edilmeyip, iki davanın takip hukuku bakımından sonuçlarının farklı olması nedeni ile davanın reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.⁵⁰ Bu kararda özellikle davacının talep sonucu kısmında, alacağın tahsilinden hiç bahsedilmeyip şüphe götürmeyecek açıklıkta itirazın kaldırılmasından bahsedilmesi nedeni ile, taleple bağlı olan hâkimin usul ekonomisi ilkesi gereği de davaya alacak davası olarak devam edemeyeceğine vurgu yapılmıştır.⁵¹ Ancak bu durum, sürenin geçtiğini fark eden davacının tahkikat aşamasında ıslah yolu ile davasını alacak davasına dönüştürmesine engel değildir. Davanın ıslah yolu ile genel hükümlere göre açılmış bir alacak davasına dönüştürülmesi halinde ise, bu dava Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükümleri çerçevesinde arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacaktır.

⁴⁸ Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203; Yarg. 11. HD, 5.4.2004, 9065/3572; Yarg. 19. HD, 19.3.2004, 4746/3086; Yarg. 13. HD, 21.4.2003, 1529/4743, www.kazanci.com.tr, e.t.: 17.10.2019.

⁴⁹ HGK, 26.9.1980, 11-2004/2181; HGK, 21.11.1979, 4-993/1378; Yarg. 4. HD, 26.12.1970, 8715/9875, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 17.10.2019.

⁵⁰ “Bir an için bir yıllık sürede açılmadığı için reddi gereken davanın alacak davası olarak sürdürüldüğünü kabul ettiğimizde aslında itirazın iptali sonuca bağlanmamış olduğundan takibin durumunun ve açıklanan sonuçların sürüncemede kalması söz konusu olacaktır. Zira alacak olarak devam edilecek davanın sonuçları itirazın iptali davasının sonuçları ile aynı değildir. En başta takibe etkili olmayacağı açıktır. İcra takibinin askıda kalması elbette yasa koyucunun istediği bir şey değildir ki, itirazın iptali davasına takibe sıkı sıkıya bağlı sonuçlar yüklemiştir... Bu açıklamalar da göstermektedir ki, itirazın iptali davası, takiple dolayısıyla İcra Hukukunun kendine özgü kuralları ile sıkı sıkıya bağlı kendine özgü bir dava türüdür. Salt alacak davasının doğuramayacağı sonuçlar bu davanın sonuçlanmasına bağlı olup, süresinde açılmayan itirazın iptali davasının sonuçlarını etkileyecek, hatta bu nedenle verilecek ret kararı nedeniyle doğacak hukuki etkileri ve borçlu yararına gerçekleşecek hakları ortadan kaldıracak, takibi askıda bırakacak şekilde, eldeki itirazın iptali davasının bir başka davaya alacak (Tahsil) davasına dönüştürülerek davaya devam edilebileceğini kabule olanak bulunmamaktadır”, HGK, 12.10.2005, 19/528-568, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 17.10.2019.

⁵¹ Buna karşılık, Yargıtay’ın vermiş olduğu başka bir kararında davacının açacağı dava ile hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini istemiş olması durumunda, mahkemenin davacının talebini “takibin devamı” veya “alacağın tahsili” ne dönüştürmesini isteyerek; davacının yapacağı tercihe göre karar vereceğini belirtmiştir. Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203, bkz.: Yılmaz-İtirazın İptali Davası, s. 605, dn. 29.

Görüldüğü üzere doktrinde ve uygulamada itirazın iptali davaları üzerine görüş birliği bulunmamakta olup, açılan davanın tek bir dava mı yoksa alacaklının tercihine göre iki ayrı dava mı olduğu hususu, bu davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir dava şartı olup olmadığının tespitinde bir belirsizliğe yol açmaktadır. Kanımızca da itirazın iptali davası, asli sonuçlarını doğrudan icra takibi üzerinde doğuran, davacının talep ettiği hukuki himayeye göre, tespit davası, eda davası ve inşai dava gibi bir sınıflandırmaya tabi tutulamayan icra ve iflâs hukukuna özgü bir davadır. Bir davanın itirazın iptali davası olarak nitelendirilebilmesi için alacaklının itirazın iptalini talep etmiş olması yeterlidir (İİK m.67/I). Alacaklının talebinin itirazın iptali davası olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca bir tahsil ya da eda talebinde veya icra tazminatına yönelik bir talepte bulunulmasına gerek yoktur. Alacaklının itirazın iptalinin yanı sıra bu taleplerden birisini de ileri sürmüş olması davanın niteliğinin değil, dava sonunda verilen hükmün etkisinin tartışılmasını gerektirir. Hükmün etkisi ise, davacının talep sonucuna göre değil, hükmün niteliğine göre belirlenir.

Sonuç itibari ile kanımızca itirazın iptali davası hem davanın amacı hem koruduğu menfaat hem de hukuki niteliği dikkate alındığında, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü çerçevesinde arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir.⁵²

2. Menfi Tespit ve İstirdat Davası

Bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitine yönelik açılan dava menfi tespit davası olarak adlandırılır. İcra takiplerine etkisinin belirlenmesi bakımından menfi tespit davaları İcra ve İflâs Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir.⁵³ Menfi tespit davası, bu yönü ile icra hukukuna özgü bir davadır.⁵⁴ Borçlu, icra takibinden önce veya takip başladıktan sonra borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilir (İİK m. 72). Bu dava ile borçlu, alacaklı tarafından varlığı iddia edilen

⁵² Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.196-197; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123; Yardım, s. 103; Aksi yönde bkz.: Yakıcı, s. 90; Koçyiğit/Bulur, s. 67; Paşlı, s. 22; Çiçek, s.91; Saraç, s. 61; Kurt Konca, s. 5; Budak, s. 33.

⁵³ Kuru-İcra El Kitabı, s. 346; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 351; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 11, (Kuru-Menfi Tespit Davası).

⁵⁴ Yılmaz-İcra Şerh, s. 414.

hukuki ilişkinin mevcut olmadığıнын tespitini istemektedir. Şu hâlde bu davanın konusu, iddia edilen bir hukuki ilişkinin hiç doğmadığıнын veya sona erdiğiнын tespitidir. İcra ve İflâs Kanunu'nda, menfi tespit davalarından başka (İİK m. 72), benzer içerikte borçtan kurtulma davası (İİK m. 69/II) ve borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacaklarının haczinde, üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine açılan menfi tespit davaları da (İİK m. 89/III) yer almaktadır. Bu davalarda da genel hükümler dairesinde inceleme yapılarak bir yargılama faaliyeti yürütülmekte ve verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Menfi tespit davaları esasen yukarı kısımlarda ele alınıp incelenmiş olmakla birlikte bu başlık altında sadece davacının talep sonucu açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Doktrinde bir görüş, hem İcra ve İflâs Kanunu madde 72 çerçevesinde açılan menfi tespit davalarının hem madde 69/II çerçevesinde açılan borçtan kurtulma davasının hem de madde 89/III çerçevesinde açılan menfi tespit davasının, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığını ileri sürmektedir.⁵⁵ Bu görüş dayanağını, ticarî davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün amaçsal yorumlanması gerektiği düşüncesinden almaktadır. Bu görüşe göre, madde lafzında kullanılan dava konusu yerine uyuşmazlık konusunun esas alınması arabuluculuğun amacına da uygun olacaktır.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, menfi tespit davasının konusu, bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat talebi olmadığından hem takipten önce hem de takipten sonra açılacak menfi tespit davaları arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değildir.⁵⁶

⁵⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 67-68.

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 131; Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 772-773; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.190-191; Paşlı, s.19-20; Yardım, s. 99 vd.; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123, dn. 11; Tanrıver'e göre, "takipten önce açılacak olan menfi tespit davası bağlamında, borçluyu, arabuluculuğa müracaata zorlamak, arabuluculuğa başvuru, cebri icraya işlerlik kazandırmayı engellemeyeceği için, aleyhinde cereyan edecek olan takibin, bir an önce başlatılmasına sebebiyet verecek ve takipten önce menfi tespit davası açılması olanağını tümüyle ortadan kaldıracaktır. Başlangıçta takipten önce açacağı menfi tespit davasıyla alacağın yüzde on beşi oranında teminat göstermek suretiyle alacağı ihtiyatî tedbir kararıyla icra takibini durdurma olanağına sahip olan borçlu, artık açacağı dava takipten sonra açılan bir menfi tespit davası olacağı için, ancak alacağın tamamını depo edip; yüzde on beş oranında da teminat göstermek sure-

Konu yargısal kararlarda da tartışılmıştır. Bu konuda bölge adliye mahkemelerinin birbirleri ile çelişen kararları bulunmaktadır. Menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığı görüşünde olan bölge adliye mahkemeleri; Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde, talep sonucuna değil dava konusuna vurgu yapıldığı; dava konusu olarak bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağı şartı arandığı; menfi tespit davalarının konusunun esas itibarıyla bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması nedeniyle arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalması gerektiği; aksi yönde bir yorumun kanun koyucunun amacına aykırı olacağı ve bu durumun uygulamada kargaşaya neden olabileceği gerekçesine dayanmaktadırlar.⁵⁷ Buna karşılık menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmadığı görüşünde olan bölge adliye mahkemeleri; Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirildiğini, dava konusunun ise dava dilekçesinin netice-i talep kısmına göre belirleneceği, menfi tespit davasında davacının bir miktar paranın ödenmesi veya bir tazminat alacağı talebinde bulunmadığı gerekçesini ileri sürmektedirler.⁵⁸

Kanımızca, takipten önce menfi tespit davası açmayı düşünen borçlu, icra ve İflâs Kanunu madde 72 hükmüne dayanacağını beyan etmiş olsa bile, bu aşamada alacaklı henüz bir takip başlatmak suretiyle borçluya karşı harekete geçmediğinden, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin değerlendirme İcra ve iflâs hukuku bakımından değil, genel hükümler çerçevesinde yapılmalıdır. Mesele bu yönü ile

tiyle alınacak olan ihtiyatî tedbir kararı ile icra takibini durdurabilecek; alacağın tamamını ödeme olanağı yoksa sadece yüzde on beş tutarındaki teminatla mahkemenin temin edeceği ihtiyatî tedbir kararıyla, icra vizesine giren paranın alacaklıya ödenmemesini sağlayabilecektir." , bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123,124, dn. 11.

⁵⁷ İstanbul BAM 19. HD, 28.06.2019, 1734/1521; Benzer yönde, Erzurum BAM 3. HD, 27.03.2019, 531/549; Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, kararlar için bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 01.11.2019.

⁵⁸ İstanbul BAM, 14. HD, 21.03. 2019, 521/423. Benzer yönde bkz.: Antalya BAM 11. HD, 28.05.2019, 1142/1136; İstanbul BAM 19. HD, 23.05.2019, 1509/1299, kararlar için bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 01.11.2019; İstanbul BAM 16. HD, 19.05.2019, 1086/1021; İstanbul BAM, 16. HD, 24/05/2019, 1159/1194; Gaziantep BAM 8. HD, 09.07.2019, 1107/1478, kararlar için bkz.: www.lexpera.com.tr, e.t.: 19.04.2020.

yukarı kısımlarda ele alındığından burada ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır.⁵⁹

Takipten sonra açılan menfi tespit davaları ile borçtan kurtulma davaları bakımından ise, alacaklı eda içerikli bir ifa talebinde bulunmuştur. Ancak, talep mahkemeye değil icra dairesine yöneltilmiştir. Alacaklının bu talebine karşı borçludan beklenen, borçlu olmadığına tespitine yönelik mahkemeden bir talepte bulunmasıdır. Borçlunun bu iradeyi mahkemeye yöneltmesine ve bu irade sonucunda ortaya çıkan mahkeme kararına ise İcra ve İflâs Kanunu madde 72’de birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Buna karşılık arabulucuya başvurulmuş olmasının takip üzerinde bir etkisi yoktur. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 15/III hükmü nedeniyle arabulucunun yargısal yetkiler kullanması da mümkün değildir. Başka bir ifade ile, arabulucuya başvurulmuş olması borçlunun İcra ve İflâs Kanunu madde 72’de öngörülen imkânlardan yararlanmasına engel olur; ancak takibi durdurmaz. Bu nedenle arabuluculuk süreci devam ederken takip sona ermiş olabilir. Oysa, borçluya takipten sonra menfi tespit davası açma imkânı verilmesinin nedeni, alacaklının ilâmsız takip yoluna başvurmuş olması nedeni ile borçlu aleyhine bozulan menfaat dengesini, gerektiğinde bir mahkeme kararı ile yeniden sağlayabilmektir.

Diğer taraftan tespit istemi tamamen usulî bir talep olup, maddî hukuk bakımından böyle bir talebin borçlu tarafından alacaklıya yöneltilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu talebin muhatabı doğrudan doğruya mahkemedir. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, borçlunun menfi tespit davası açmadan önce arabulucuya başvurmada hukuki ve mantıki bir neden yoktur. Kanımızca bu halde borçlu ihtiyari arabuluculuk yoluna dahi gidemez. İşaret ettiğimiz aynı gerekçeler borçtan kurtulma davası için de geçerlidir.⁶⁰

İcra ve İflâs Kanunu madde 89/III çerçevesinde açılan menfi tespit davaları bakımından ise, bu davanın tarafları alacaklı ve üçüncü kişi

⁵⁹ Bkz.: yuk., B. I; B. II

⁶⁰ Borçtan kurtulma davalarının parasal bir edime mahkûmiyeti içeren bir eda davası konumunda bulunmaması ve imzaya itirazın hükümden düşürülmesi prosedürünün ayrılmaz bir parçası ve cüzü oldukları için dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi kılınamayacaklarına ilişkin bkz., Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 124, dn. 11.

olduğundan, icra hukuku alanında açılan davaların amacı ve bu davalarla korunan menfaate ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.⁶¹

İstirdat davası bakımından ise (İİK m. 72/VI; m. 72/VII), salt dava konusundan hareket edildiğinde, bu davanın Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu söylenebilir. Bu dava mahkemen talep edilen hukuki koruma açısından değerlendirildiğinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105'inci maddesi çerçevesinde bir eda davası olarak değerlendirilebilir.⁶² Bu yönü ile Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da yer alan koşulları da sağlamaktadır. Ancak, mesele istirdat davasının "borçlu olunmayan bir paranın cebri icra tehdidi altında ödenmesi" koşulu çerçevesinde ele alındığında, istirdat davası açmak isteyen borçluyu arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutmak taraflar arasındaki menfaat dengesinin borçlu aleyhine açıkça bozulması anlamına gelir.⁶³ Bu yaklaşımın kabulü, aynı zamanda icra ve iflâs hukuku alanında açılabilen davaların amacına açıkça aykırı olur. Zira, esas uyuşmazlığa neden olan alacak bakımından maddî hukuka göre talepte bulunma hakkına sahip olan alacaklı, hiçbir engelle karşılaşmaksızın talebini cebri icra organları önünde ileri sürmüş ve cebri icra tehdidi ile alacağına kavuşmuştur. Başka bir ifade ile, uyuşmazlığın esası bakımından maddî hukuka göre ifa talebinde bulunabilme yetkisine sahip olan takip alacaklısı uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutulmamışken, maddî hukuk bakımından ifa talebinde bulunma yetkisi olmayan borçluyu cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kaldığı bedelin iadesi için arabulucuya başvuru zorunlulu-

⁶¹ Bkz.: yuk., B. I; B. II.

⁶² Kuru-İcra El Kitabı, s. 392; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 229; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 139; Kuru-Menfi Tespit Davası, s. 234; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 465, (Muşul-Menfi Tespit).

⁶³ İstirdat davalarının belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak davaları olması nedeniyle diğer şartları da taşınması durumunda dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında kalacağına ilişkin bkz.: Saraç, s. 62; Koçyiğit/Bulur, s. 68; İstirdat davasının şartlarının tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş ve yalnızca ilamsız icra bağlamında uygulama alanı bulacak özel bir dava konumunda olması sebebiyle, alalâde bir alacak davası, bir eda davası gibi yaklaşıp, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmadığı yönündeki görüş için bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 124, dn. 11.

ğuna tabi tutmak, icra ve iflâs hukukunun taraflar arasında kurduğu menfaat dengesine aykırı olduğu gibi, hakkaniyete de uygun değildir. Söz konusu yaklaşım bu yönü ile de Anayasa madde 36'da yer alan hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına da aykırıdır.

3. Tasarrufun İptali ve İstihkak Davaları

a) Tasarrufun İptali Davası ve İstihkak Davasına Yönelik Ortak Tespitler

Arabulucuya başvuru zorunluluğu çerçevesinde öncelikle tasarrufun iptali davaları ve istihkak davalarının birer ticarî davaya vücut verip vermediği sorunu üzerinde durulmalıdır. Takibe konu edilen alacak, alacaklı ile takip borçlusu arasında ticarî davaya vücut verecek bir borç ilişkisinden kaynaklansa bile, böyle bir takip ile bağlantılı olarak açılabilen bu tip davaların birer ticarî dava olup olmadığı hukukumuzda tartışmalıdır. Davanın her iki tarafının tacir olduğu ve dava sonunda verilecek hükmün her iki tarafın ticarî işletmesini ilgilendirdiği haller de bu tartışmaya dâhildir.

Türk Ticaret Kanunu madde 4'e göre bir davanın ticarî dava sayılabilmesi için, tarafların her ikisinin tacir olması ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğması veya ticarî nitelikte çekişmesiz yargı işi olması veyahut davanın aynı maddede altı bent halinde sayılan dava türlerinden birisine girmesi gerekir. Dolayısıyla kanunda belirtilen altı bent halinde sayılan veya özel kanunlarda ticarî dava olduğu belirtilen davalar (*Kooperatifler Kanunu m. 99; İcra İflâs Kanunu m. 154; Finansal Kiralama Kanunu m. 31, Ticarî İşletme Rehni Kanunu m. 22 gibi*) dışında taraflardan birinin tacir olmaması veya tacir olmasına rağmen uyuşmazlığın ticarî işletmeyle ilgisinin bulunmaması durumunda ticarî davanın varlığından söz edilemez.⁶⁴ İstisnai

⁶⁴ "Davacı şirket, davalı şirkete satmış olduğu malların bedelini alamaması nedeni ile tahsili için takip yapmış, bu takip sırasında davalı şirketin diğer davalı gerçek kişiye yapmış olduğu araç satışının muvazaalı olduğunu iddia ederek alacağını teminini sağlamak için TBK'nın 19. maddesi gereğince, tasarrufun iptali istemli eldeki davayı açmıştır. Davada alacaklı ve borçlu olan şirketler arasında ticarî bir alım satım ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak davaya konu edilen taraflar arasındaki bu alım satım ilişkisi değil, davalı şirket ile diğer davalı 3. kişi arasındaki muvazaalı olduğu ve iptali istenilen işlemdir. Tasarrufun iptali davasında ya da somut olayda olduğu gibi TBK'nın 19. maddesi gereğince ve İİK'nın kıyasen uygulanması istemli olarak açılan davalarda alacaklı ile borçlu taraflar arasındaki ticarî nitelikteki alım satım ya da banka alacağını oluşturan ticarî ya

durum yalnızca bir tarafın ticarî işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalar olup, bu davalar da kanun gereği ticarî dava sayılmıştır (TTK m. 4). Hatta Yargıtay'a göre, takibin tarafları arasında mutlak ticarî davaya vücut veren bir ilişki bulunsa bile, tasarrufun iptali davası şahsi nitelikte bir dava olduğundan bu davaları görmekle asliye hukuk mahkemesi görevlidir.⁶⁵

Esasında buraya kadar işaret ettiğimiz sorunların, takip (asıl uyuşmazlık) içerisinde takip bakımından ferî ve fakat dava bakımından asli nitelikteki yeni bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bu çerçevede, takip ile dava arasındaki sıkı ilişki dikkate alındığında, bu tip davaların ticarî nitelikte olması gerektiği, zira söz konusu davalar ile alacaklının yargılama konusu yapmadığı asıl takibe konu uyuşmazlığa ilişkin talebinin gerçekleştirildiği söylenebilir.⁶⁶ Buna karşılık mesele dava konusu açısından ele alındığında, bu tip davaların Türk Ticaret Kanunu madde 4 çerçevesinde birer ticarî dava olmadığı sonucuna varılabilir.⁶⁷

da genel kredi sözleşmeleri görevin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Ne tasarrufun iptali davası ne de TBK m. 19 gereğince İİK'nun 283. maddesi kıyasen uygulanması istemli muvazaa davası TTK'nun 4. maddesinde belirtilen mutlak ya da nispi ticari dava niteliğine haiz olduğundan 6100 sayılı HMK'nun 2. maddesi gereğince genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanında kalmaktadır", HGK, 10.02.2016, 17-2389/129, bkz.: www.sevgipinari.org, e.t.: 15.11.2019.

⁶⁵ "Dava, İİK'nun 277. vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davalar ile güdülen amaç bir alacağın tamamının ya da bir kısmının tahsiline olanak bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı hukuksal işlemlerle, borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yapılan bütün hukuksal işlemlerin hükümsüzlüğünü sağlamak ve bu yol ile alacağı tahsil etmektir. Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder. Bu nedenle iptal davası alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlayan nisbi nitelikte, yasadan kaynaklanan bir davadır. Bu niteliği itibarıyla ticaret mahkemesinin görevi içinde sayılan ticari davalardan değildir. 6102 sayılı Kanun'da bu konuda yeni bir düzenleme de bulunmamaktadır. Açıklanan bu maddi ve hukuksal nedenlerle eldeki davada Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olması...", Yarg. 17 HD, 16.12.2015, 17344/14279, bkz.: www.legalbank.com.tr, e.t.: 15.11.2019.

⁶⁶ "...iptal davası ile maddi hukuka ilişkin yeni bir sonuç doğmamakta, sadece üçüncü kişiye takibe katlanma yükümlülüğü yüklenmektedir. -Tasarrufun iptali davalarının bir miktar para alacağının ya da tazminatının ödenmesine ilişkin eda davası niteliğinde olduğu, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatine varılarak", Hatay 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2019/82, K. 2019/79 (Yayımlanmamış karar), bkz.: Budak, s. 37. Buna karşılık, tasarrufun iptali davalarının bir miktar para alacağının ya da tazminatının ödenmesine ilişkin nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, bu davanın niteliği gereği bir inşai dava olduğu yönündeki görüş için bkz.: Budak, s. 35, 38.

⁶⁷ "Kaldı ki davada incelenmesi gereken husus davalı borçlunun yaptığı tasarruflarının iptali gerekip gerekmediği, başka bir anlatımla İİK 277 vd. maddelerinde

İşaret ettiğimiz tartışmalardan ari olarak, söz konusu davaların ticarî dava olduğu kabul edilse bile, bu davaya konu uyuşmazlıklar yine de arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacaktır. Zira bu davalar neticesinde verilen karar çoğu kere bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bir eda hükmünü içermez.

Türk Ticaret Kanunu madde 5/A, arabuluculuğun amacından hareketle salt uyuşmazlık konusu üzerinden yorumlandığında; takip konusu yapılmış asıl uyuşmazlık arabulucuya başvuru zorunluluğu dışında tutulmuşken, onun çözümüne katkı sağlayacak ferî uyuşmazlık arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi kılınmış olur. Bu sonuç ise, davanın tarafı olmamakla birlikte takibin tarafı olan kişilerin menfaatleri ile bağdaşmadığı gibi söz konusu davaların koruma amacı ile de bağdaşmaz.

İstihkak davaları söz konusu olduğunda da takibe konu asıl uyuşmazlık ile dava konusu arasında bir farklılık vardır. Alacaklı, Türk Ticaret Kanunu madde 4’de işaret edilen ticarî dava kategorilerinden birisine giren bir uyuşmazlık için ilâmsız takip yoluna başvurmak yerine dava açma yolunu tercih etseydi, öncelikle arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktı. Oysa alacaklı dava açmak yerine ilâmsız takip yolunu tercih ettiğinde, takibe konu talebi bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacak, ancak alacaklının bu talebinin gerçekleştirilmesi için ferî nitelikteki bir uyuşmazlığın (*istihkak davasına konu uyuşmazlığın*) çözümü arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacaktır. Kaldı ki, takibin tarafları arasındaki uyuşmazlık bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olsa bile, bu uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak olan istihkak davasının konusu belirli bir miktar para veya tazminat ödenmesine ilişkin değildir. Bu dava ile bir para alacağının ifasının gerçekleştirilmesi değil, haczedilen (ya da iflâs masasına kaydedilen) bir mal üzerinde cebri icraya devam edilip edilmeyeceğinin tespiti amaçlanır.⁶⁸

belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Açıklanan şekli ile görevin, İİK 281/1 maddesine göre genel mahkemelere ait olduğu, davanın ticari dava olmadığı da açıktır. Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece; davacı banka tarafından davalıların kendi aralarında yapmış oldukları tasarrufun İİK’nın 277 ve devamı maddeleri gereğince iptali istemi ile açılan tasarrufun iptali davasının ticari dava olarak değerlendirilmesi ile davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi hatalı olup..”, Konya BAM, 3. HD, 13.06.2019, 528/554, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 18.02.2020.

⁶⁸ HGK, 11.12.2002, 15/917-104, HGK, 26.4.1989, 13/197-336; Yarg. 21. HD, 16.9.2003,

Kanımızca, tasarrufun iptali davaları ve istihkak davalarının koruduğu menfaat dengesi dikkate alındığında da bu davalar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır. Zira bu dava ile haczin üçüncü kişilerin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkardığı menfaat çatışmasının önüne geçilmek istenmektedir. İstihkak davasının amacı, borçluya ait olduğu gerekçesi ile haczedilen mal üzerinde üçüncü kişinin (*veya alacaklının ya da borçlunun*) iddia ettiği hakkın mevcut olup olmadığının cebri icra prosedürü içerisinde çözülerek bu mal üzerindeki haciz işleminin akıbetinin tespit edilmesidir.⁶⁹ İstihkak davalarında da taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasına ilişkin düzenlemelere, özellikle karineler ve ispat yüküne ilişkin hükümler örnek olarak verilebilir.⁷⁰ İstihkak davası açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmesi durumunda; alacaklı ile üçüncü kişinin, istihkak iddiası hakkında yapacakları bir anlaşma, üzerinde istihkak iddia edilen malın haczine ilişkin doğrudan bir etki göstermeyecektir. Zira istihkak davasına konu uyuşmazlığın gerçek nedeni, üçüncü kişinin istihkak iddiası sonucunda alacaklının, bir miktar para alacağına kavuşamaması ya da kavuşmasının gecikmesidir. Oysa istihkak davasının konusu bir miktar para alacağının ödenmesi değil, üçüncü kişinin (*veya alacaklı/ya da borçlunun*) istihkak iddiasının açıklığa kavuşturulmasıdır.

İstihkak davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu varsayımında, bu süreçte yapılacak anlaşmadan beklenti, anlaşmanın istihkak iddiasına konu hacizli mal üzerinde cebri icranın devamı bakımından bir etki göstermesidir. Oysa alacaklı bakımından, takipten bağımsız olarak, borçluya ait bir mal varlığı üzerindeki istihkak iddiasının bir önemi yoktur. Zira borç ilişkisinin nispiyeti kuralı, maddî hukuk bakımından alacaklının, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye müdahil olmasına engeldir. Burada yapılacak anlaşma, daha sonra asıl borçlu ile üçüncü kişi arasındaki rücu ilişkisinde de yeni bir uyuşmazlık kaynağı olarak ortaya çıkacaktır. Zira takip borçlusu istihkak

5796/6813, Yarg. 21.HD, 30.04.2002, 3201-3622, kararlar için bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 18.04.2020.

⁶⁹ Aslan, s. 22.

⁷⁰ Çiftçi, s. 290.

davasının ve arabuluculuk sürecinin tarafı olmadığından, sürecin gizliliği nedeni ile anlaşmanın içeriğini ve kapsamını öğrenemeyecektir. Benzer sorunlar tasarrufun iptali davaları bakımından da geçerlidir.

b) Tasarrufun İptali ve İstihkak Davası İle Birlikte Açılabilen Yan Davadan Kaynaklı Spesifik Sorunlar

Tasarrufun iptali davaları ve istihkak davalarının hem amacı hem korudukları menfaat dengesi hem de bir ticari dava olmadıkları yönündeki ağırlıklı görüş dikkate alındığında bu davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadıklarına yukarıda işaret etmiştir.⁷¹ Ancak arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından bu davalarla ilgili olacak esas sorun, İcra ve İflâs Kanunu'nun madde 283/III hükmü çerçevesinde tasarrufun iptali davası ile birlikte üçüncü kişi tarafından borçluya karşı açılabilen yan davadan⁷² kaynaklanmaktadır. Yan dava ile üçüncü kişi aynı dava içerisinde borçludan, tasarrufun iptal edilmesi halinde uğrayabileceği zararların tazminini talep etmektedir. Diğer taraftan üçüncü kişinin İcra ve İflâs Kanunu madde 97/XVII hükümleri çerçevesinde alacaklıya karşı açtığı istihkak davasında, alacaklı da aynı mahkemede (icra mahkemesinde) bir karşı dava olarak tasarrufun iptali davası açabilmektedir. Tasarrufun iptali davası açılması halinde, üçüncü kişi de bir yan dava şeklinde aynı mahkemede ve aynı dava dosyası içerisinde tasarrufun iptali halinde uğrayacağı zararın giderilmesi için borçluya karşı tazminat talebinde bulunabilir (İİK m. 283/III). Bu ihtimal gerçekleştiğinde, icra mahkemesinde aynı dosya içerisinde üçüncü kişinin alacaklıya (ve borçluya) karşı açtığı istihkak davası, alacaklının borçlu ve üçüncü kişiye karşı birlikte açtığı tasarrufun iptali davası ve üçüncü kişinin borçluya karşı açmış olduğu tazminat davası hep birlikte görülmek durumundadır.

⁷¹ Bkz.: yuk., C. IV/3-a.

⁷² Yan dava terimi Türk hukukunda pek yaygın olarak kullanılmamakla birlikte, Amerikan hukukunda aynı dava içerisinde dava arkadaşlarının birbirlerine yönelttikleri talepler yan dava (crossclaim) olarak nitelendirilmektedir. Yan davalarda, asıl davaya konu edilen işlem ile dava konuları arasındaki ilişkinin aynı vakıya ya da işlemde kaynaklanmış olması ya da dava konusu şey üzerinde bir hak iddia edilmesi gibi bir ilişki aranmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: Ermenek-Birleştirme, s. 66. Bu açıdan üçüncü kişinin, tasarrufun iptali davasına konu işlemin iptali nedeni ile malvarlığında hasıl olacak eksikliğin giderilmesi için, asıl dava olan tasarrufun iptali davası içerisinde ileri sürdüğü talep (İİK m. 283/III) tipik bir yan dava teşkil etmektedir Ermenek-Birleştirme, s. 64, dn. 145.

Yan dava açılması halinde mahkeme, her iki davanın birlikte görülmesine karar verebileceği gibi üçüncü kişinin talebini tefrik ederek iptal davasının daha önce hükme bağlanmasına da karar verebilir. Bu davaların birlikte görülmesi halinde, üçüncü kişinin açacağı yan dava başlı başına bir ticarî davaya konu olabilir. Bu ise esasen ticarî dava niteliğinde kabul edilmeyen ve arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayan tasarrufun iptali davası ile Türk Ticaret kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacağı şüphe götürmeyen üçüncü kişi tarafından açılan yan davanın aynı dava dosyası içerisinde birlikte görülmesi zorunluluğunu doğurur. Bu ihtimalde, maddî olarak birbirinden tamamen bağımsız olan bu davalar, usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesi amacıyla aynı dava dosyası içerisinde (şekli olarak dava dosyasının tekliği) birlikte görülmektedir.⁷³ Bu nedenle dava şartları her biri dava bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu halde üçüncü kişinin yan dava açmadan önce arabulucuya başvurması zorunludur denilirse, bu defada aralarındaki sıkı bağ nedeni ile yan davayı doğrudan etkileyecek olan tasarrufun iptali davası sonuçlanmadan (üçüncü kişinin henüz zararı ortaya çıkmadan) arabulucuya başvurulması halinde, arabuluculuk sürecinde müzakerelerin konusunu doğmamış bir alacak teşkil edecektir. Bu noktada esasen doğmamış alacakların da arabuluculuk sürecinde müzakere edilebileceği ileri sürülebilirse de tasarrufun iptali davasının mahkeme tarafından reddedilmesi halinde, arabuluculuk sürecinde doğması hukuki olarak mümkün olmayan bir alacak müzakere edilmiş olacaktır.

İkinci bir ihtimal de mahkeme yan davayı tefrik ederek tasarrufun iptali davasının sonucunu bekletici mesele yapabilir. (İİK m. 283/ III son cümle). Ancak bu halde, tefrik edilen yan dava ayrı bir esasa kaydedileceğinden,⁷⁴ arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmediğinden dava usulden reddedilecektir (HUAK m. 18/A-2). Kaldı ki, sırf bu nedenle davaların ayrılması tarafların hukuki dinlenilme hakkının da ihlali sonucunu doğurur.⁷⁵ Oysa üçüncü kişinin talebinin ayrılarak öncelikle iptal davasının görüşülmesindeki amaç alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengenin sağlanması ve çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesidir.

⁷³ Ermenek-Birleştirme, s. 260.

⁷⁴ Ermenek-Birleştirme, s. 277, 278.

⁷⁵ Ermenek-Birleştirme, s. 262.

Mesele istihkak davası bakımından ele alındığında da benzer sorunlar ortaya çıkmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu madde 97/XVII hükümleri çerçevesinde istihkak davasına karşı alacaklının da aynı mahkemede bir karşı dava olarak tasarrufun iptali davası açması halinde; üçüncü kişi de bir yan dava olarak, tasarrufun iptali halinde uğrayacağı zararın giderilmesini aynı mahkemede ve aynı dava dosyasında borçludan talep edebilir (İİK m. 283/III). Bu noktada her ne kadar Yargıtay tasarrufun iptali ve istihkak davalarının birer ticarî dava olmadığı yönünde görüş beyan etse de borçlu ile üçüncü kişi arasında ticarî davaya vücut veren bir ilişki söz konusu olduğunda, üçüncü kişinin borçluya karşı yan dava şeklinde açacağı tazminat davasının bir ticarî dava olacağı ve dava konusunun bir tazminat alacağı olacağı muhakkaktır. Tasarrufun iptali davaları kısmında da işaret ettiğimiz üzere bu davanın açılabilmesi için Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunludur. Bu sonucun kabulü ise, İcra ve İflâs Kanunu madde 97/XVII ve madde 283/III'ün yukarıda işaret ettiğimiz amacına tamamen aykırıdır. Ulaştığımız bu sonuç, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davaların amacı ve korudukları menfaat dikkate alındığında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaması gerektiğinin başka bir gerekçesini teşkil etmektedir.

Bu noktada üzerinde durduğumuz meseleyi de yakından ilgilendiren Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli bir kararına da işaret etmek gerekir. Yargıtay, objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, taleplerden birisinin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaması halinde, diğer talebin de arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacağına karar vermiştir.⁷⁶ Kanımızca öncelikle Yargıtay'ın somut olayda objektif dava birleşmesi bulunduğu ilişkin tespitinin yerinde olmadığına işaret edilmelidir. Zira somut olayda Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 110 anlamında birbirin-

⁷⁶ "Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığına tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir", Yarg. 11 HD, 17.02.2020, 197/1578, bkz.: www.emsal.uyp.gov.tr, e.t.: 15.04.2020.

den bağımsız iki talep bulunmamaktadır. Somut olayda, her ne kadar davacı davalı ile aralarında geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespitini talep etmişse de esasen diğer talebi olan ödediği bedelin tahsiline ilişkin talebinin içinde ortaklık ilişkisinin geçerli olmadığına tespiti talebi de bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, davacı sadece ödediği bedelin tahsilini talep etmiş olsaydı da mahkeme bu talep hakkında karar verebilmek için her halde taraflar arasında geçerli bir ortaklık ilişkisi olup olmadığını tespit edecekti. Ancak Yargıtay'ın bu kararında esasen üzerinde durulması gereken kısım, dava yığılması halinde Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da yer alan arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün uygulanma şekline yönelik yaptığı tespittir.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin bu görüşü diğer daireler tarafından da benimsenirse, öncelikli olarak dava yığılması halinde her bir dava bakımından ayrı ayrı yapılan dava şartına ilişkin değerlendirmenin ortadan kalkmasına neden olacak ve davalardan birisi için dava şartının tam olması halinde, diğer dava şartlarındaki eksiklik dikkate alınmayacaktır. Yaklaşım bu hali ile, dava yığılması halinde her bir davanın maddî olarak birbirinden bağımsız olduğuna ilişkin medeni usul hukuku alanındaki temel prensibi ortadan kaldıracaktır.⁷⁷ Diğer taraftan bu yaklaşımın kabulü, arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir dava şartı olduğu hallerde, ilgili hükümleri fiilen uygulanamaz hale getirecektir. Zira arabuluculuk yoluna başvurmak istemeyen her davacı, asıl maddî talebinin yanına, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmayan ve reddedilmesi halinde kendisine ekonomik bir külfet yüklemeyen bir talep eklemek suretiyle arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin yasa hükümlerini dolanabilecektir.

⁷⁷ Doktrinde, objektif dava birleşmesi halinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 192. Aynı yönde bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 136; Koçyiğit/Bulur, s. 69. Bu durumda dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında kalan talepler bakımından münferit dava açma zorunluluğu doğacağına ilişkin görüş için bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 136. Dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmayan aralarında bağlantı bulunan diğer talepler bakımından dava açılması durumunda da mahkeme arabuluculuk sürecine konu yapılan taleplerle ilgili ulaşılabilecek sonucu diğer talepler bakımından bekletici mesele yapabilir. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 193.

Kararın olumlu yönü, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzına uygun bir yorum yapılarak tespit talebinin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı, buna karşılık bir eda talebi içeren tahsil kısmının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Bu karar özelinde, Yargıtay'ın tercihini arabulucuya tabi olmama yönünde kullanmış olması da kanımızca Anayasa'nın 36'ncı maddesi kapsamında hak arama özgürlüğüne daha uygundur. Yargıtay'ın bu kararı da Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın medeni usul hukukunun temel dinamikleri gözetilmeksizin düzenlendiğinin tipik başka bir göstergesidir.

4.İcra Tazminatının Özel Durumu

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde "*ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*" ile açılan davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, alacak talebinin yanı sıra bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan tazminat talepleri de arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nda tazminata ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden birçoğu, alacaklının, borçlunun veya üçüncü kişilerin icra ve iflâs hukukunun kendilerine tanıdığı imkânları amacı dışında kullanmaları nedeniyle uğranıldığı varsayılan zararın tazminine ilişkindir (İİK m. 67/II, 68/VII, 69/V, 72/V, 89/III, 97/XIII, 169 a/VII, 170/III gibi). Kanun koyucu bu tazminatlardan bir kısmının ödenmesini kötü niyetli olma şartına bağlamışken bir kısmı bakımından kötü niyetli olma şartını dahi aramamıştır. Ayrıca bu tazminatlardan bazılarının tarafların talebi üzerine karar verilebilirken bazılarının hâkim kendiliğinden karar vermektedir.⁷⁸

İcra tazminatı, icra hukukuna özgü davalarla bağlantılı olup, o davalardan ayrı olarak ileri sürülemez.⁷⁹ İcra tazminatına ancak İcra ve

⁷⁸ Mesela, borçtan kurtulma davası ve istihkak davalarında durum böyledir. İcra tazminatının hukukumuzda düzenlenişi hakkında detaylı bilgi için bkz.: Ayşe Kılınç, "İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi, Bakımından Değerlendirilmesi", *DEÜHFD*, İzmir 2019, C. XXI, S. 1, (s. 205-230), s. 213 vd.

⁷⁹ Hakan Pekcanitez, "Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra İnkâr Tazminatına Karar Verebilir mi", *FHD*, Ankara 2018, C. 10, S. 100, (s. 57-65),

İflâs Kanunu'nun izin verdiği hallerde hükmedilebildiğinden, taraflar takip hukukunun kendilerine verdiği hukuksal imkânları amacı dışında ve hatta kötü niyetli kullanmış olsalar bile, İcra ve İflâs Kanunu'nun izin verdiği davalardan birisi açılmadan (veya taleplerden birisi icra mahkemesinde ileri sürülmeden) bu tazminatın talep edilmesi veya genel hükümlere göre açılan davalarla birlikte ya da onlardan bağımsız bir talep olarak ileri sürülmesi mümkün değildir.⁸⁰ İcra tazminatının işaret ettiğimiz niteliği dikkate alındığında, bu tazminatın da arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

İcra tazminatının hukuki niteliği itibarıyla icra hukukuna özgü bir müeyyide olduğunu söylemek mümkündür.⁸¹ Bu tazminat ile bir yandan tarafların lüzumsuz şekilde cebri icra organlarını meşgul etmelerinin önlenmesi amaçlanırken diğer yandan da karşı tarafın bu nedenle uğradığı varsayılan zararın tazmini amaçlanmaktadır. Ayrıca bünyesinde taşıdığı zorlama unsuru nedeni ile bu tazminata sadece mahkemeler tarafından hükmedilebilmekte olup, hakemler tarafından hükmedilememektedir.⁸² Kanımızca, icra tazminatının işaret ettiğimiz spesifik özelliklerinin yanı sıra salt takip hukukundan kaynaklı bir talep olması ve talep edilebilmesi için mutlaka İcra ve İflâs Kanunu'nun izin verdiği davalardan birisinin açılmış olması zorunluluğu dikkate alındığında, bu talepler arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir.

-
- s. 60 vd.
- ⁸⁰ Kuru-İcra El Kitabı, s. 230; HGK. 19.04.1995, 12-296/404; 11. HD. 25.5.1992, 1990-852/7091 (Deynekli/Kısa, s. 185, 680); Uyar-İtiraz, s. 214; Yılmaz-İcra Tazminatı, s. 696.
- ⁸¹ İcra tazminatının hukuki niteliği konusundaki tartışmalar için bkz.: Ejder Yılmaz, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, *DEÜHFD*, İzmir 2014, C.XVI, Özel Sayı, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), s 535 vd., (Yılmaz-Tahkim); Pekcanitez, s. 60 vd.
- ⁸² Pekcanitez, s. 63; "Ancak usul ekonomisi de gözetilerek hakemde açılan bu dava alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılabilirse de davalı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilemez. Bu yön gözetilmeden itirazın iptali ile takibin devamına, davacı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir", Yarg. 19. HD, 02.03.2000, 7127/1554, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 05.02.2020.

V. İflâs Takibi Prosedürü İçerisinde Açılan Bazı Davalar Bakımından Arabulucuya Zorunluluğu

1. İflâs Davası

İflâs davası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 154 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bir mutlak ticarî davadır (İİK m. 154/III).⁸³ Doktrinde iflâs davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı ileri sürülmektedir.⁸⁴ İflâs kararı verilmesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmaması bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır.

Koçyiğit/Bulur'un iflâs davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığına ilişkin görüş bakımından öncelikle bu yaklaşımlarının, menfi tespit ve itirazın iptali davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğuna ilişkin görüşleri ile çeliştiği tespiti yapılmalıdır. Esasen taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık konusu bakı-

⁸³ Mine Akkan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 160; Tanrıver-Usul, s. 156, 157; Koçyiğit/Bulur, s.101; Seyithan Deliduman/Yakup Oruç, "Ticari Dava," *MÜHFD*, İstanbul 2012, C. 18, S. 2, (s. 99-110), s. 105; Şükrü, s. 61."6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine göre bir davanın ticari dava sayılması için ya uyuşmazlık konusu işin taraflarının her ikisinin birden ticari işletmesiyle ilgili olması ya da tarafların tacir olup olmadıklarına veya işin tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmamasına bakılmaksızın Türk Ticaret Kanunu veya diğer kanunlarda o davaya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bakacağı yönünde düzenleme bulunması gerekir. Örneğin, ödünç para verme işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, iflâs davaları ise 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 154 ve devamı maddeleri hükmüne ticari dava sayılır". Yarg. 15. HD, 20.11.2017, 2048/4015, bkz.: Koçyiğit/Bulur, s. 93, dn. 49.

⁸⁴ Koçyiğit/Bulur, s.75; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s.116, 117, dn. 2; Ayrıca Tanrıver, iflas davalarının bir an için tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir dava olarak kabulü halinde dahi, "takipli iflâs yollarından birisine başvuru üzerine, borçlunun iflâsının sağlanması için, açılmış olan iflâs davası ise, alelade bir alacak davası olmayıp; takip prosedürünün devamını sağlamaya yönelmiş, onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden dava konumunda bulunması ve verilecek olan iflâs kararının, sadece iflâs takibini yapan alacaklının değil; borçlunun tüm alacaklılarının hukukî durumunu etkileyecek şekilde, derhal hüküm ve sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşıması sebebiyle borçlunun süresi içerisinde iflâs ödeme emrine itiraz etmesi üzerine iflâs isteyen alacaklının alacağının varlığının, genel hükümler çerçevesinde, mahkemece, araştırılacak bir boyut kazanmış olduğu hallerde bile, bu tip davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı gibi, ihtiyari arabuluculuğa da tabi olmayacağını ileri sürmektedir. Bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2. Budak ise, iflas davalarının inşai nitelikte ticari davalar olması nedeniyle dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığını ileri sürmektedir. Budak, s. 34.

mından, itirazın iptali davası, menfi tespit davası ve iflâs davası arasında bir fark yoktur.⁸⁵ Her üçünde de taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık belirli bir miktar para alacağının ödenmesine ilişkindir.⁸⁶ Nasıl ki itirazın iptali davasında itirazın iptaline karar verebilmek için öncelikle alacaklının takibe konu alacağının varlığının tespiti gerekiyorsa, aynı şekilde iflâsın açılmasına karar verilebilmesi için de öncelikle alacaklının iflâs takibine konu alacağının varlığının tespiti gerekir.⁸⁷ Nihayet her iki dava sonunda verilen karar da inşâî niteliktedir. Ancak iflâs külli bir takip yolu olduğundan verilen iflâsın açılması kararı tarafların dışında diğer alacaklılar için de sonuç doğurur.

İflâs davası tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan bir dava değildir. Bu davada tarafların hem davanın açılması hem de iflâs takibine konu edilmiş alacak bakımından tasarruf yetkileri vardır. Bu nedenle dava tasarruf ilkesine göre açılır. Ancak, dava sonunda verilecek iflâsın açılması kararı davanın tarafları dışında diğer alacaklıları da ilgilendirdiğinden kanun koyucu onların da menfaatlerini koruyabilmek için, bu davayı re'sen araştırma ilkesine tabi kılmıştır. Bir davanın re'sen araştırma ilkesine tabi olması, tarafların o dava üzerinde tasarruf yetkisini tümüyle ortadan kaldırmaz. Bu çerçevede iflâsın açılması kararı verilinceye kadar davacı davasından feragat edebilir, taraflar takibe konu alacak üzerinde sulh olabilirler; ancak sulh yolu ile iflâsın açılması sonucunu sağlayamazlar. Zira iflâsın açılması inşâî bir taleptir ve bu talebe ilişkin inşâî netice ancak mahkeme kararı ile gerçekleşebilir.⁸⁸ Buna karşılık, taraflar iflâs takibine konu alacak üzerinde iflâs

⁸⁵ Başka bir ifade ile iflasın sebebi para alacağı olarak bir edayı içerirken (vakıa olarak), talep inşâî bir sonucu içermektedir. Bu çerçevede menfi tespit davası ve itirazın iptali davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu kabul edilirse, iflas davası da aynı akibete tabi olmalıdır.

⁸⁶ Nitekim doktrinde Saraç, iflas davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediğinin iflas çeşitlerine göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini, bu kapsamda iflas yoluyla adi takipte ve kambiyo senetlerine özgü iflas yoluyla takipte, borçlunun ödeme emrine itiraz etmediği durumlarda açılacak iflas davalarında alacaklının sadece iflas kararı verilmesini talep ettiğini ve bu durumda açılacak iflas davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığını ileri sürmektedir. Ancak Yazar'a göre, borçlunun itirazı üzerine açılan iflas davasında alacaklı iflas kararı verilmesinin yanı sıra itirazın kaldırılmasını da talep etmekte ve bu talebin içinde bir miktar paranın ödenmesine ilişkin takibe yönelik itirazın kaldırılması istemi de bulunduğundan dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almaktadır. Saraç, s. 64.

⁸⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 538, 539.

⁸⁸ İflâsın açılmasına karar verilmesinden sonra feragat edilememesi iflas kararının

davası devam ederken de sulh olabilirler. Bu halde, mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sulhe dair hükümleri çerçevesinde hareket eder. Davayı kabul bakımından ise, davayı kabul doğrudan davacının netice-i talebine yönelik olduğundan⁸⁹ ve iflâs davasının kabulü iflâsın açılması sonucunu doğuracağından, bu davalarda davayı kabul söz konusu olmaz.⁹⁰ Davayı kabulün iflâs davasında caiz olmamasının nedeni, muvazaalı iflâsların önlenmesi ve iflâsın açılmasına ilişkin inşai neticenin ancak mahkeme kararı ile ortaya çıkabilmesindedir. Fakat iflâs davasında davayı kabulün caiz olmaması, davalının takip konusu alacağı ödemesine engel değildir. Depo kararı süresi sona erinceye kadar davalı yargılamanın her aşamasında takibe konu alacağı ödeyebilir. Bu halde taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık taraf iradesi ile sona ererken, dava mahkeme kararı ile sona ermektedir. Ancak mahkeme her halde davanın reddine karar verecektir.

İşaret ettiğimiz gerekçelerle, kanımızca iflâs davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamasının ilk nedeni bu dava üzerinde tarafların tasarruf yetkisinin olmaması değil, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzı çerçevesinde, davanın konusunun belirli bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesine ilişkin olmamasıdır.

İkinci olarak iflâs davası ile korunan menfaat dengesi de bu tip davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamasını gerektirir. Zira iflâs hukuku alanında üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gerekliliği icra hukukuna nazaran daha fazla öne çıkmakta ve bu alanda çok taraflı bir menfaat çatışması meydana gelmektedir.⁹¹ Bu çerçevede takip alacaklısı ve borçlusunun (*ya da iflâs davasının ta-*

inşai hüküm niteliğinde olması ve açılan iflâsın sonuçlarının herkese karşı etkili olmasından kaynaklandığına ilişkin görüş için bkz.: M. Serdar Özbek, "İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti", *AÜHFD*, Ankara 2012, C. 61, S. 1, (s. 207-274), s. 264, (Özbek-İflâs Davası), Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları*, Ankara 2010, s. 312, (Akyol Aslan-Davada Feragat). "İflâs hükmü inşai bir karardır. Açılmış olan iflâs herkese karşı etkili olup, iflâs davasını yürüten alacaklı bu nedenle bu konudaki tasarruf yetkisi ve kuvvetini kaybeder" Yarg. 11 HD, 05.04.1991, 132/2415, bkz.: Yılmaz-İcra Şerh, s. 875.

⁸⁹ İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 16, (Ermenek-Davayı Kabul).

⁹⁰ Ermenek-Davayı Kabul, s.26.

⁹¹ İbrahim Ermenek, *İflâsın Ertelenmesi*, Ankara 2010, Adalet Yayınevi, s. 76, (Ermenek-İflâsın Ertelenmesi); Nevhis Deren Yıldırım, "İflâsın Hukuki Mahiyeti", *İÜHF*, İstanbul 1994, C. LIV, (s. 331-346), s. 343.

raflarının) menfaatlerinin dengelenmesinin yanı sıra, diğer alacaklıların, işletmede çalışan işçilerin alacak ve istihdamlarının, iktisadi kamu düzeninin ve teşebbüs özgürlüğünün korunması gibi birçok menfaatin de dengelenmesi gerekir.⁹² Bu noktada kanun koyucu, iflâs takibinin başladığı andan iflâs tasfiyesi sona erinceye kadar işaret ettiğimiz menfaat dengesini koruyabilmek için birçok hükme yer vermiştir (*muhafaza tedbiri alınmasına ilişkin hükümler, iflâs talebinin ilanı, iflâsın açılmasından sonra davadan feragat edilememesi gibi*). Kanun koyucunun iflâs hukukunda gözettiği bu menfaat dengesi de dikkate alındığında, iflâs davası arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.

2. İflâsta Sıra Cetveline İtiraz Davası

Sıra cetveline itiraz davası İcra ve İflâs Kanunu'nun 235'inci maddesinde düzenlenmiştir. Alacaklının, talebinin haksız olarak ret veya tenzil edildiği iddiası ile iflâs masasına veya alacağının miktar veya sırasına itiraz ettiği alacaklıya karşı asliye ticaret mahkemesinde açtığı dava sıra cetveline itiraz davası olarak nitelendirilir (İİK m. 235/II). Bu davaya uygulamada kayıt kabul davası da denir. Bu dava ile davacı, ya sıra cetveline kabul edilmeyen alacağının sıra cetveline yazılmasını ya da sıra cetvelinin düzeltilmesini talep eder. Dava iflâs masasına karşı açıldığında, masa iflâs idaresi tarafından temsil edilir (İİK m. 226/I), ancak iflâs idaresinin, kabul, sulh ve tahkim yetkisi sınırlıdır (İİK m. 226/II).⁹³

Türk hukuku bakımından hem doktrinde⁹⁴ hem de uygulamada,⁹⁵

⁹² Çiftçi, s. 9; Deren Yıldırım, s.343.

⁹³ "İflas idaresinin iki bin liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, "daha ziyade alacaklardan" alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabileceğine ve tahkim yapabileceğine ilişkin düzenleme ise masanın borçlu olduğu halleri değil, aksine masanın alacaklı olduğu halleri ifade etmek üzere yasaya konulmuştur (İİK m.226/II). Bu nedenle masanın borçlu olduğu hallerde iflas idaresinin bir sulh ve tahkim yetkisi olduğu da düşünülemez. Bu yetkiyi haiz olmayan iflas idaresinin arabuluculukta masayı temsil etmesi ve uzlaşma suretiyle belirlecek tutarı masaya kaydetmesi de mümkün değildir", Gaziantep BÂM 11. HD, 25.10.2019, 1849/1239, bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

⁹⁴ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 116, dn. 2; Koçyiğit/Bulur, s. 75; Saraç, s. 63.

⁹⁵ "Masaya kayıt ettirilen (iflas kararından önce doğan) iflas alacağının, iflas idaresince tahkik edilerek kısmen veya tamamen reddi halinde; bu kez, iflas alacaklısının, kayıt ve kabul davası açmadan önce, TTK'nın 5/A maddesine dayalı olarak, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce zorunlu dava şartı kapsamında arabulu-

gerekçeleri farklı olmakla birlikte, sıra cetveline itiraz davalarının (*kayıt kabul davalarının*) arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı kabul edilmektedir. Doktrinde, sıra cetveline itiraz davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaması, bu tip davaların kamu düzenine ilişkin olması ve tarafların dava üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı gerekçesine dayandırılmaktadır.⁹⁶

Kanımızca da sıra cetveline itiraz davası arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Bu davanın arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamasının nedeni, arabulucuya başvuru zorunluluğunun bu dava ile korunmak istenilen menfaat dengesi ve davanın amacı ile uyuşmamasıdır. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzı da buna engeldir. Zira her şeyden önce alacaklı bu dava ile kendisine belirli bir miktar para ödenmesini talep etmemektedir.⁹⁷ Başka bir ifa-

culuğa başvurulması için yasal zorunluluk bulunmadığı; çünkü, yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar kapsamında, iflas tasfiyesinin, genel paradigmasına, niteliğine ve uygulamasına aykırı bulunduğu gibi iflas tasfiyesinin kısa zamanda ve en az masrafla sonuçlandırılması ilişkin somut ilkelere de aykırı bulunduğu ve ayrıca, İflas alacağının iflas idaresince bir kez reddettikten sonra, arabuluculuk sürecinde ve diğer alacaklıların katılımı olmaksızın bu kez tamamen ve/veya kısmen kabulünün masanın menfaatine bir temsil biçimi olarak da kabul edilemeyeceği gibi davacı/iflas alacaklısının bu şekilde yeni süreçlere başvurmak zorunda bırakılması *İİK*'nin 235. maddesinden doğan dava hakkını kısıtlamaktadır". Sakarya BAM 7. HD, 27.01.2020, 95/93; "Eldeki dava on beş günlük hak düşürücü süreye tâbi tutulmuş olmakla birlikte dava süresinde açılmasa dahi tasfiye sonucunda tasfiye artığı kalmalı halinde alacaklının bu kısma müracaat edebileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kayıt kabul davası subjektif bir hakkı konu almakta ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenmekle birlikte maksadı bu tutarın 'tahsilî' değildir... Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davası 'konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri' cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tâbi değildir", Gaziantep BAM 11 HD, 25.10.2019, 1849/1239; "Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davasının 'konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri' cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacağı, işbu sıra cetveline itiraz/masaya kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulmasının bir dava şartı olmadığı, iflas idaresinin arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin de bulunmadığı anlaşıldığından..", Kayseri BAM 6.HD, 11.09.2019, 89/72; aynı yönde Ankara BAM 23.HD, 11.9.2019, 1464/1298 ve 06.03.2020, 416/464, kararlar için bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

96

Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 116, dn. 2; Koçyiğit/Bulur, s. 75.

97

Doktrinde iflas idaresine karşı açılan sıra cetveline itiraz davasının normal bir eda davası olduğu ancak bu dava ile alacaklının iflas idaresinin alacağını tamamen veya kısmen haksız olarak reddettiğini iddia ederek, masanın bu alacağı ödemeye mahkûm edilmesini başka bir ifadeyle sıra cetveline alınmasını istediğine ilişkin görüş için bkz.: Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 515. Bu davanın normal bir eda davası olduğu ve bu davalı ile alacaklının iflas masasının

de ile bu dava bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bir eda (ya da tahsil) davası niteliğinde değildir.⁹⁸ Gerçi davanın kabulü halinde verilen mahkeme kararı bir tespit ve emir kısmını içerir. Ancak emir kısmının muhatabı davalı alacaklı değil, iflâs idaresidir.

Sıra cetveline itiraz davası ile, tasfiye sonunda davacı alacaklının (ve bazı hallerde davalı alacaklının) pay cetvelinin düzenlenmesinde esas olan alacak miktarının belirlenmesi ve sıra cetvelinin buna göre düzeltilmesi amaçlanır.⁹⁹ Sıra cetvelinin yeniden düzenlenmesi davacı alacaklının yanı sıra diğer alacaklıların da lehine sonuçlar doğurabilir. Zira İcra ve İflâs Kanunu madde 235/III gereği, davanın davacı lehine sonuçlanması halinde, dava konusu alacağa tahsis edilen hisse, sırasına bakılmaksızın itiraz edene verilir. Artan miktar ise diğer alacaklılar arasında sıra cetveline göre paylaşılır.¹⁰⁰ Şu hâlde bu davanın

alacağı ödemesine mahkûm edilmesini isteyebileceği ancak uygulamada alacaklının bu dava ile alacağının sıra cetveline kayıt ve kabulüne karar verilmesini talep ettiğine ilişkin görüş için bkz.: Kuru-İcra El Kitabı, s. 1333, 1334; Davanın normal bir eda davası olduğu ve bu davanın alacaklı tarafından kazanılması durumunda sıra cetvelinin mahkemenin kararına göre düzeltileceğine ilişkin bkz.: Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, s. 451.

⁹⁸ “Nitekim doktrinde de sıra cetveline itiraz davasının, iflas idaresi tarafından düzenlenen sıra cetveline karşı tanınmış bir kanun yolu olduğu ve yalnızca sıra cetvelinin düzeltilmesi amacını taşıdığı; bu dava ile alacaklının, iflas idaresinin bir alacağı kabulü veya reddi, miktarı ve sırası ile sınırlı bir aynı hakkın mevcudiyeti ve mahiyeti hakkında vermiş olduğu kararın doğru olmadığını ileri sürerek, iflas alacaklılarından birinin maddi hukuka uygun bir şekilde garameye dâhil edilip edilmemesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu dava ile güdülen amaç, alacak hakkında kesin hüküm oluşturacak bir karar verilmesi olmayıp, sadece ortak borçlunun (müflisin) aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paranın dağıtımında alacaklının hangi ölçüde dikkate alınacağıdır. Davanın kabul edilmesi belirli bir para alacağının tahsilini değil sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur (bkz., Hunkeler/Sprecher: Kurzkomentar, 2. Bası, Basel 2014, m.250, kn.1)”, Gaziantep BAM 11 HD, 25.10.2019, 1849/1239; aynı yönde Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464, kararlar için bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020. “Kayıt kabul davaları, alacağın iflas masasına kaydı işlemine ilişkin olup, belirli bir miktarın tahsiline yönelik olmadığından, alacağın iflas masasına kaydına karar verilmekle yetinilir. Alacağın ödenmesi ancak tasfiye sonunda masa mevcudunun sıra cetveline uygun biçimde dağıtım aşamasında gerçekleşir ve alacakların tam olarak ödenip ödenmeyeceği ancak bu aşamada anlaşılabilir”, Yarg. 23. HD, 26.02.2015, 1041/1206, bkz.: Saraç, s. 63.

⁹⁹ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁰ “Somut dava bir alacak ya da tazminat davası olmayıp masaya kayıt-kabul davasıdır. Masaya Kayıt-kabul davası ile alacağın müflis şirketin masadaki iflas tasfiyesinden pay alıp almayacağı veya ne miktarda pay alacağı hususu tespit edilir. Buna bağlı olarak dava sonunda verilecek hükmün sonucu sadece davacı alacaklı

sonucundan sadece davacı alacaklı değil, diğer alacaklılar da yararlanmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu sıra cetveline itiraz eden alacaklıyı dava sonucundan öncelikle yararlandırarak, sıra cetveline itiraz eden alacaklı ile itiraz etmeyen alacaklılar arasındaki menfaat dengesini de sağlamıştır. Sıra cetveline itiraz davasının amacı ve iflâs tasfiyesine katılan alacaklılar arasında sağladığı menfaat dengesi dikkate alındığında, sıra cetveli ile menfaatinin ihlal edildiğini düşünen alacaklının iflâs idaresi ile veya menfaatini ihlal ettiğini düşündüğü alacaklı ile arabuluculuk yolu ile anlaşması hem sıra cetveline itiraz davasının amacına hem de bu dava ile korunan menfaat dengesine uygun değildir.

3. İflâsta İstihkak Davası

İflâs hukukunda, istihkak davası üçüncü kişi tarafından iflâs masasına karşı açılabilir gibi, iflâs idaresi tarafından üçüncü kişiye karşı da açılabilir. Üçüncü kişinin iflâs masasında bulunan bir malın mülkiyetinin kendisine ait olduğu iddiası ile masaya karşı açtığı dava iflâsta istihkak davası olarak nitelendirilir. İflâsta istihkak davasının konusu, hacizdeki istihkak davasından farklı olarak, sadece mülkiyet iddiası olabilir. Bu nedenle, iflâsta istihkak davası arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümlere tabi değildir.

İflâs tasfiyesi sırasında, masaya ait olup da üçüncü kişi elinde bulunan ve üçüncü kişinin üzerinde mülkiyet iddia ettiği malvarlığının masaya teslimini sağlamak üzere, iflâs idaresi de genel hükümler çerçevesinde üçüncü kişiye karşı bir istihkak davası açabilir.¹⁰¹ Konusu belirli bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesi olmadığından, bu dava da zorunlu arabuluculuk hükümlerine tabi değildir.

ile müflis borçlunun haklarını etkilemeyip, masada kayıtlı olan veya olacak olan ve işbu davanın tarafı da olmayan dava dışı alacaklı 3. kişilerin de haklarını etkileyecektir. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri sonunda yapılacak anlaşma da yine dava dışı işbu 3. Kişi alacaklıların maddi hukuktan kaynaklanan hak ve alacaklarını yani masadaki paylarını doğrudan etkileyecektir. Bu nedenle de işbu sıra cetveline itiraz/masaya kayıt ve kabul davası niteliği itibarıyla zorunlu arabuluculuğa elverişli görülmemiştir”, Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72, bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

¹⁰¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 606, 607; Kuru-İcra El Kitabı, s. 1314; Yılmaz-İcra Şerh, s. 1057; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 509, 510; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 447.

VI. Konkordato Prosedürü İçerisinde Açılan Bazı Davalar Bakımından Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

1. Konkordatonun Feshi Davaları

Konkordatonun feshi davaları, İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordatonun kısmen feshi (İİK m. 308/e) ve konkordatonun tamamen feshi (İİK m. 308/f) şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir. Konkordatonun kısmen feshi, kendisine konkordato hükümleri çerçevesinde ödeme yapılmayan bir alacaklının, tasdik edilen konkordato ile kendisine sağlanan hakları muhafaza etmek kaydı ile, konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak sadece kendisi için konkordatonun feshini talep etmesidir. Şayet mahkeme talepte bulunan alacaklı hakkında konkordatonun feshine karar verirse, bu alacaklı konkordato hükümleri ile bağlı olmaktan kurtulur (İİK m. 308/e).¹⁰² Buna karşılık, borçlunun kötü niyetle konkordatoyu tasdik ettirdiğinin veya tasdikten sonra kötü niyetli davranışlarla konkordatoyu sakatladığının anlaşıldığı hallerde, alacaklılardan birisinin tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak bütün alacaklılar için konkordatonun feshini talep ettiği hallerde konkordatonun tamamen feshi söz konusu olur (İİK m. 308/f). Konkordatonun tamamen feshi talebinin kabulü halinde, bütün alacaklılar konkordato ile bağlı olmaktan kurtulur ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birisinin bulunması halinde mahkeme kendiliğinden iflâsa tâbi borçlunun iflâsının açılmasına karar verir.¹⁰³

¹⁰² Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 705; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 562; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 512; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 161; M. Serhat Sarısözen, Konkordato, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 427.

¹⁰³ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 705; Sarısözen, s. 438; Selçuk Öztekin/Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel/Serdar Kale/Bilgehan Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 480; Timuçin Muşul, İflas ve Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 144, (Muşul-İflas ve Konkordato). Buna karşılık, konkordatonun tamamen feshi halinde başka bir doğrudan iflas sebebi aranmaksızın mahkemece re'sen iflasa karar verilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Pekcanitez/Erdönmez, s. 173; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 562; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 513; Leyla Akyol Aslan, "7101 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller", *MİHDER*, İstanbul 2019, C. 15, S. 42, 1, (s. 41-104), s. 99, (Akyol Aslan-Konkordato).

Doktrinde hem konkordatonun tamamen feshi talebinin hem de konkordatonun kısmen feshi talebinin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁰⁴ Bu görüşe göre, öncelikle konkordatoya ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzenine ilişkin olduklarından arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Ayrıca, belirli bir parasal edime mahkûmiyete yönelmemiş ve dürüstlük kuralına aykırılığın bir yaptırımı mahiyetinde olan konkordatonun tamamen feshi kurumu arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı gibi, ihtiyari arabuluculuğun da işlerlik kazanmayacağı bir müessesedir.¹⁰⁵ Aynı sonuç, belirli bir parasal edimin ifasına yönelmemiş bilakis tasdik edilmiş bir konkordatonun şartlarına uyulmamasının yaptırımı mahiyetinde bulunan konkordatonun kısmen feshi müessesesi için de geçerlidir.¹⁰⁶

Kanımızca da hem konkordatonun kısmen feshi hem de tamamen feshi davaları arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Zira ilk olarak, borçlunun konkordato projesi konkordatonun tasdiki aşamasından önce, alacaklılar tarafından müzakere edilerek oylanmış ve kanunda öngörülen çoğunluğa uygun olarak kabul edilmiştir. Daha sonra ise, söz konusu projenin uygulanabilirliği mahkeme tarafından tasdik edilmiştir. Konkordatonun feshi halinde cüzi icra takibi yapmak isteyen alacaklılar, daha önce mahkeme tarafından tasdik edilmiş konkordato projesine dayanarak borçluya karşı ilâmlı icra takibi yapabilirler.¹⁰⁷ Bu koşullar ortada iken, konkordatonun feshi talebinde bulunan alacaklıyı arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi kılmak, onun adalete erişim hakkının kısıtlanmış olmasından başka bir anlam ifade etmez.¹⁰⁸ Zira sürecin önceki aşamalarında borçlunun mahkeme

¹⁰⁴ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁵ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁶ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁷ Sümer Altay/Alı Eskiocak, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 67, 199; "Mahkemeye tasdik olunan konkordato umum alacaklılar için mecburi olup, alacaklının defteri mahsusuna kaydettirdiği alacağını konkordato talebinde bulunmuş olan borçlunun kabul ederek itirazda bulunmaması ve kaziyet muhkeme halini alan tasdik hükmü ile teyyüt ettikten sonra ticaret mahkemesince konkordatonun feshine karar verilmesi halinde deftere kayıtlı alacağın tahsili için borçluya icra emri tebliği için bir mai kalmaz", *Yarg. İİD*, 25.03.1965, 3903/3918, bkz.: Altay/Eskiocak, s. 1053.

¹⁰⁸ Aksi bir yaklaşımın kabulü, borçlunun arabulucu huzurunda yapılan anlaşmayı ihlal etmesi halinde, cebri icra organlarına başvurmak için alacaklının tekrar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutulması ile aynı sonuçları doğurur.

gözetiminde alacaklılara sunduğu teklif, alacaklılar tarafından müzakerelere edilerek kabul edilmiş ve mahkemece de tasdik edilmiştir. Buna rağmen borçlu tasdik edilen konkordato projesinin hükümlerini yerine getirmemiştir.

Konkordatonun feshini talep eden davacı ister kısmen feshi isterse tamamen feshi talep etmiş olsun, talebi her halde bir inşâî sonuca yöneliktir. Davacının talebinin kabulü halinde verilen karar da inşâî niteliktedir. Bu kararlar, kısmen fesih halinde davacı alacaklı (İİK m. 308/e), tamamen fesih halinde ise alacaklıların tamamı (İİK m. 308/f) konkordato hükümleri ile bağlı olmaktan kurtulur. Esasen bu davalarda alacaklı hukuki yararı bulunmadığı için eda talebinde de bulunamaz. Zira konkordatonun feshi halinde alacaklı (ya da alacaklılar), mahkemenin daha önceki konkordatonun tasdiki kararına dayanarak ilâmlı icra takibi yapabilmektedir.¹⁰⁹ Diğer taraftan, taraflar arasında belirli bir miktar para alacağının ödenmesi gerekip gerekmediği hususunda da bir uyuşmazlık yoktur. Bu davaların konusunu, konkordatonun feshi nedenlerinden birisinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve bu tespite bağlı olarak konkordatonun kısmen veya tamamen feshi talebi oluşturur. İşaret ettiğimiz gerekçelerle, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ister uyuşmazlık konusu üzerinden ister dava konusu üzerinden yorumlansın, konkordatonun feshi talepleri her halde arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.

Konkordatonun tamamen feshinin talep edildiği hallerde arabulucuya başvuru zorunluluğunu, bu davalarla korunmak istenilen menfaat dengesi ve konkordatonun amacı bakımından da değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda öncelikle, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde tasdik ettirilmiş bir konkordatonun bir tek alacaklının talebi ile dahi tamamen feshi imkânı getirilerek,¹¹⁰ hem alacaklılar arasındaki eşitliğin korunmasının hem de alacaklılar ile borçlu arasında bozulan

¹⁰⁹ Altay/Eskiocak, s. 67, 199; "İİK'nın 38'nci maddesi gereğince mahkeme huzurunda yapılan sulhler ve kabullerin ilamların icrası yolu ile takibinin mümkün bulunmasına ve konkordato hakim tasdikine bağlı resmi bir sulh akdi niteliğinde olup, kabul etmiş olsun olmasın, konkordato mehlinden evvel doğan bütün alacaklılar hakkında mecburi olması hasebiyle konkordato projesine giren bu alacak hakkında ilamların icrasına mahsus yolla takip yapılmasında yasaya aykırı bir cihet bulunmamasına..", *Yarg. İİD*, 6.04.1976, 1196/4211, bkz.: Altay/Eskiocak, s.1081.

¹¹⁰ Altay/Eskiocak, s. 360.

menfaat dengesinin yeniden sağlanmasının amaçlandığı tespiti yapılmalıdır. Ayrıca, doğrudan doğruya iflâs hallerinden birisinin gerçekleştiğini tespit eden mahkeme, konkordatonun tamamen feshi kararı ile birlikte kendiliğinden iflâsa tabi borçlunun iflâsının açılmasına da karar vermek zorundadır (İİK m. 308/f-III; m. 308). Bu düzenleme ile kanun koyucu konkordatonun feshine rağmen borçluya karşı cüzi takip yapmak istemeyen alacaklının dahi menfaatini korumuştur. İşaret ettiğimiz gerekçelerle arabulucuya başvuru zorunluluğunun, özünde bir sulh barındıran konkordato müessesesinin amacı ve konkordatonun feshi davaları ile korunmak istenen menfaat dengesi ile de bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

2. Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava

Alacaklarına borçlu tarafından itiraz edilmiş olan alacaklılar konkordato tasdik kararının îlânından itibaren bir ay içerisinde borçluya karşı bir alacak davası açabilirler (İİK m. 308/b-I). Söz konusu alacak davası, çekişmeli yargıya ilişkin genel hükümlere göre açılır ve taraflarca hazırlanma ilkesi çerçevesinde yürütülüp karara bağlanır. Görevli ve yetkili mahkeme de bu çerçevede tayin edilir.¹¹¹ Çekişmeli alacaklar hakkındaki dava, alacağı itiraza uğrayan alacaklı tarafından, bizzat konkordato borçlusuna karşı açılır. Konkordato komiserine yönetim yetkisi verildiği haller de bu kurala tabidir. Zira bu aşamada konkordato tasdik edilmiş ve konkordato komiserinin görevi sona ermiştir.

Konkordatoda, iflâs tasfiyesinden farklı olarak, bildirimde bulunan alacağı kabul edip etmeme yetkisi konkordato komiserine (*iflâs tasfiyesinde iflâs idaresine karşılık olarak*) değil, bizzat borçluya aittir (İİK m. 300).¹¹² Borçlu bildirilen alacağın tamamına itiraz edebileceği gibi, bir kısmına veya faizine ya da para alacağı dışındaki bir alacağın konkordato masasına bildirilen Türk Lirası karşılığına itiraz edebilir

¹¹¹ Pekcanitez/Erdönmez, s. 153; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 504; Sarısözen, s. 407 vd.; Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s. 408. Davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği yönünde bkz.: Altay/Eskioçak, s. 269.

¹¹² Sarısözen, s. 344; Pekcanitez/Erdönmez, s. 57; Altay/Eskioçak, s. 187; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 556; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 493.

(İİK m. 294/VII). Bu çerçevede davacının talep sonucu (*dava konusu*), borçlunun itirazının içeriği dikkate alınarak belirlenecek ve her halde, borçlu tarafından itiraza uğramış alacağın tespiti ile bu alacağın konkordato hükümlerine göre (*tasdik edilen konkordato projesinde öngörülen miktarın; konkordatonun feshi halinde tamamının*) tahsili talebini içerecektir. Bu tespit dikkate alındığında, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın hukuki niteliği itibari ile belirli bir miktar paranın konkordato hükümlerine göre tahsili amacına yönelmiş bir eda davası olduğunu söylemek mümkündür.¹¹³ Burada salt bir tespit talebinin de aynı fonksiyonu ifa edip etmeyeceği tartışılabilirse de kanımızca aynı sonucun ortaya çıkabilmesi için salt tespit talebi yeterli değildir. Zira konkordatonun feshi halinde diğer alacaklılar, daha önceden konkordato projesinin tasdiki nedeni ile, borçluya karşı ilâmlı takip yapabilirlerken, salt alacağının tespitine karar verilmiş bir alacaklı ilâmlı icra imkanlarından yararlanamaz.

Dava konusu dikkate alındığında çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu sonucuna varılabilir. Ancak kanımızca, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın konkordato prosedürü ile arasındaki sıkı ilişki ve bu dava ile korunan menfaat dengesi dikkate alındığında, bu davalar da arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Zira, bu dava ile hem davanın taraflarının hem de konkordato hükümlerine tabi olan bütün alacaklıların menfaati dengelenmektedir. Aynı zamanda bu durum, çekişmeli alacak davasının kabulüne ilişkin kararın konkordato projesini doğrudan doğruya etkilemesinin doğal bir sonucudur. Ayrıca dava açan çekişmeli alacaklılara ödenmek üzere belirli bir miktar paranın bankaya bloke edilmesine karar verildiği hallerde; davanın reddi kararı, bu bedelin konkordato masasına iade edilmesi sonucunu doğurur (İİK m. 308/b, II). Bu nedenle çekişmeli alacak davasının reddi kararı da diğer alacaklıların menfaatini doğrudan doğruya etkilemektedir.

SONUÇ

İcra ve iflâs hukuku açısından arabulucuya başvuru zorunluluğunu incelediğimiz bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır.

¹¹³ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s.709.

1. Ticarî davalar bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde düzenlenmiş olan arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının belirlenmesinde kriter olarak, dava konusunun esas alınması yerinde değildir. Bu düzenlemede arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmadığı göz ardı edilerek arabulucuya başvuru zorunluluğu medeni usul hukukunun en merkezi kavramlarından birisi olan, dava konusu üzerinden tanımlanmıştır. Kanun yapma tekniğine aykırı olarak yapılan bu düzenleme nedeni ile, bir görüş arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamını medeni usul hukuku alanında kullanılan klasik dava konusu tanımı üzerinden belirlemeye çalışırken, diğer bir görüş arabuluculuk faaliyetini öne çıkararak uyuşmazlık konusu kavramı üzerinden belirlemeye çalışmıştır. Bugün için her ne kadar doktrinde bizim de katıldığımız birinci görüşün ağırlıklı olduğu söylenebilirse de bölge adliye mahkemelerinin uygulamalarının ağırlıklı olarak ikinci görüş etrafında şekillendiğini söylemek mümkündür.
2. Arabulucuya başvuru zorunluluğu ile hem doğrudan doğruya dava açılmasına hem de ihtiyari arabuluculuk yöntemine bir istisna getirilmiştir. Bu düzenleme aynı zamanda Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile teminat altına alınan mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmaktadır. Bu çerçevede arabulucuya başvuru zorunluluğu hem istisnâî bir düzenleme hem de sınırlandırıcı bir hüküm olması nedeni ile dar yorumlanmalıdır.
3. Arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesi icra ve iflâs hukuku alanında yaşanan sorunların da asıl kaynağını teşkil etmektedir. Bu kapsamda;
 - a) Arabulucuya başvuru zorunluluğunun aynı zamanda bir takip şartı olarak düzenlenmemiş olması nedeni ile maddî hukuk bakımından ifayı talep yetkisi olan alacaklı arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaksızın ilâmsız takip yoluna başvurmak suretiyle hak arama özgürlüğünü kullanabilirken, borç ilişkisinin pasif tarafı olan borçlu arabulucuya başvuru zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaktadır.
 - b) Arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesi, maddî hukuk bakımından ileri sürülmesi mümkün olmayıp, sadece bir dava yolu ile ileri sürülebilen usulî

taleplerin de (tespit talebi, inşâî talepler ve icra tazminatı gibi) arabuluculuk sürecine dâhil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmadığı göz ardı edilmektedir.

- c) Arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesi, özellikle dava yığılmalarının söz konusu olduğu hallerde veya icra tazminatı gibi salt icra takipleri ile bağlantılı olarak ileri sürülebilen bazı taleplerin de bu süreç içerisinde müzakere edilmesini zorunlu kılmaktadır. Tarafların, ihtiyari arabuluculuk kapsamında (HUAK m. 1) kalan (*fakat arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayan*) bazı uyuşmazlıklar bakımından, arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi uyuşmazlıklarla birlikte müzakereye zorlanması, arabulucuya başvurunun ihtiyari olması ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün istisnâî nitelikte olması ile de uyumlu değildir. Zira ihtiyari arabuluculuğun kapsamı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'nci maddesinde, maddî hukuk uyuşmazlıkları dikkate alınarak belirlenmiştir. Arabulucuya başvuru zorunluluğu ise, esasen uyuşmazlık henüz maddî hukuk sahasında olmasına rağmen, açılmamış ve fakat açılacağı belirli olan bir dava konusu üzerinden tanımlanmıştır. Bu durum icra ve iflâs hukuku alanında, öncelikle maddî hukuk alanındaki uyuşmazlığın takip hukukuna yansması, daha sonra ise, takip hukuku alanındaki bir uyuşmazlığın davaya yansması şeklinde ortaya çıkmaktadır.
4. İcra ve iflâs hukuku alanı esasen takip yöntemlerinin düzenlendiği bir hukuk alanıdır. Bu alandaki asıl uyuşmazlığın konusunu takibe konu edilen alacağın ifası oluşturur. İcra ve iflâs hukuku alanında açılan davaların tamamı bu alacağın ifasının gerçekleştirilmesi veya ifasının engellenmesi amacı ile açılır. Bu çerçevede söz konusu davaların konusu doğrudan doğruya bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağına ilişkin olmayabilir. Hatta bazen asıl uyuşmazlığın tarafları ile davanın tarafları da birbirinden farklı kişiler olabilir. Bu davaların amacı dikkate alındığında, asıl uyuşmazlık için bir takip şartı öngörülmemişken, bu uyuşmazlığın çözümüne hizmet eden davaların açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğunun öngörülmüş olması, bu davaların amacı ile uyumlu değildir.

5. İcra ve iflâs hukuku alanında düzenlenen davaların önemli fonksiyonlarından birisi de alacaklı (veya alacaklılar), borçlu ve üçüncü kişiler gibi farklı menfaat grupları arasındaki menfaat dengesini sağlamasıdır. Bu menfaat dengesi içerisinde asıl talepte bulunan alacaklı bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu öngörülmemişken, borçlu, üçüncü kişi veya diğer alacaklılardan birisinin dava açmak için arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutulması, taraflar arasında kanun koyucunun kurduğu menfaat dengesini bozucu niteliktedir.
6. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davalardan bazılarının konusu bir miktar para alacağıнын ödenmesi veya bir tazminat alacağına ilişkin olmaması nedeni ile arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değilken, konusu bir miktar paranın ödenmesi veya bir tazminat alacağına ilişkin olan davalar da amaçları ve koruduğu menfaat dengesi dikkate alındığında, bu davalar da arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.
7. Hukuk uyuşmazlıklarının çözümü noktasında kanun koyucunun son dönemlerdeki iradesinin arabuluculuk uygulamalarının yaygınlaştırılması yönünde olduğu gözlemlenmektedir. Bu kapsamda arabuluculuğun yaygınlaştırılması her ne pahasına olursa olsun yöntemi ile değil, temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek yapılmalıdır. Uygulamanın mevcut hali ile devam etmesi hukuksal bir kargaşaya neden olabileceği gibi telafisi güç zararlara da neden olabilecektir. Bu çerçevede icra ve iflâs hukuku alanında da takip yapmadan ya da dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmek isteniyorsa, bunun için açık bir yasal düzenleme yapılması şarttır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyol Aslan Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, (Akyol Aslan-Davada Feragat).
- Alangoya Yavuz/Yıldırım Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayımı, İstanbul 2009.
- Altay Sümer/Eskioçak Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019.

- Althammer Christoph, Streitgegenstand und Interesse, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul).
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra).
- Aslan Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Aşık İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2006.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul).
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra).
- Azaklı Arslan Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Baumbach Adolf/Lauterbach Wolfgang/Albers Jan/Hartmann Peter, Zivilprozessordnung, C. H. Beck, München 2012.
- Berkin Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, (Berkin-Usul).
- Berkin Necmettin M., Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1980, (Berkin-İcra).
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Çiçek Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Deynekli Adnan/Kısa Sedat, İtirazın İptali Davaları, Turhan Kitapevi, Ankara 2013.
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 20019.
- Ercan Özler Meltem, Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Ermenek İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, (Ermenek-Birleştirme).
- Ermenek İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Ermenek-Davayı Kabul).
- Ermenek İbrahim, İflasın Erteleme, Ankara 2010, Adalet Yayınevi, (Ermenek-İflasın Ertelenmesi).
- Gürdoğan Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1970, (Gürdoğan-İcra).

- Gürdoğan Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ay Yıldız Matbaası, Ankara 1960, (Gürdoğan-Kesin Hüküm).
- Habscheid Walter J, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.
- Hanağası Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Ildır Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- İyilikli Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012.
- Kekeç, E. Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Koçyiğit İlker/Bulur Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Kuru-Usul).
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, II, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (Kuru-Usul El Kitabı).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, (Kuru-İcra El Kitabı).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, (Kuru-Menfi Tespit Davası).
- Moore Christopher W., Arabuluculuk Süreci (4. Baskı), Tarkan Kaçmaz, Abbas Türnüklü, Mustafa Tercan (Çev.), Nobel Yayıncılık, Ankara 2016.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, (Muşul-İcra).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, (Muşul-Menfi Tespit).
- Muşul, Timuçin, İflas ve Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, (Muşul-İflas ve Konkordato).
- Muşul Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Muşul-Terdit İlişkileri).
- Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk, Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, (Önen-Yargılama).
- Önen Ergun, İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk, Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, (Önen-İnşai Dava).
- Özbek M. Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Özbek-Alternatif).
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Özekes-İlkeler).
- Özkan Yönel, İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.

- Özkaya-Ferendeci H. Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Öztek Selçuk/Budak Ali Cem/Tunç Yücel Müjgan/Kale Serdar/Yeşilova Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Paslı Ali, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesinin Yorumu, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, (Postacıoğlu-Usul).
- Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969, (Postacıoğlu-İcra).
- Postacıoğlu İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Rosenberg Leo/Schwap Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2010.
- Sarisözen, M. Serhat, Konkordato, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Schwab Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht, C.H. Beck, München 1954, (Schwap-Streitgegenstand).
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, (Tanrıver-Derdestlik).
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Tanrıver-Usul).
- Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Mimoza Basım Yayımları, Konya 1991.
- Uyar Talih, İcra Hukukunda İtiraz, 2. Baskı, Manisa 1990, (Uyar-İtiraz).
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Filiz Kitapevi Basım, İstanbul 2000.
- Yakıcı Özge, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Yardım M. Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Yazıcı Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Yılmaz Ejder, *Islah*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Yılmaz-Islah).

Yılmaz Ejder, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Yılmaz-İcra Şerh).

Makaleler

Akyol Aslan Leyla, "7101 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, İstanbul 2019, C. 15, S. 42, 1, (s. 41-104), (Akyol Aslan-Konkordato).

Alangoya Yavuz, "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2011, C. 3, S. 5, (s. 125-194).

Ansay S. Şakir, "İcra ve İflas Kanunu Etrafında Düşünceler", *Adliye Ceriyesi*, Ankara 1938, (s. 1457-1464).

Belgesay M. Reşit, "İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1940, C. VI, (s. 756-774).

Börü Levent, "Dava Konusu Kavramı ve Teoriler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 2012, C. XXVIII, S. 2, (s. 257-292).

Budak Ali Cem, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, İstanbul 2019, C. XLII, S. 1, (s.25-40).

Çağa Tahir, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 1976, C. VIII, S. 3, (s.21-31).

Deliduman Seyithan/Oruç Yakup, "Ticari Dava," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, İstanbul 2012, C. 18, S. 2, (s. 99-110).

Deren Yıldırım Nevhis, "İflaşın Hukuki Mahiyeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1994, C.LIV, (s. 331-346).

Eriş Gönen, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1977, S. 5, (s. 822-841).

Kılınç Ayşe, "İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi, Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2019, C.XXI, S.1, (s. 205-230).

Kurt Konca Nesibe, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", *Seta Perspektif*, Aralık 2018, S. 225, www.seta.org, e.t.: 02.10.2019.

Okçuoğlu Yavuz, "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *Bursa Barosu Dergisi*, Bursa 1980, S. 11, (s. 10-14).

Özbek M. Serdar, "İflas Davasının Hukuki Mahiyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 61, S. 1, (s.207-274), (Özbek-İflas Davası).

Pekcanitez Hakan, "Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra İnkâr Tazminatına Karar Verebilir mi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Ankara 2018, C. 10, S. 100, (s. 57-65).

Postacıoğlu İlhan E., "İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 1978, C.IX, S.4, (s. 951-970), (Postacıoğlu-İcra İnkâr Tazminatı).

- Postacıoğlu İlhan E., "İcra ve İflas Tadili Hakkında Çalışmalar", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1962, C. XXXVI, S. 7, (s.169-184), (Postacıoğlu-Çalışmalar).
- Saraç Şükrü, "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", *İnşaat Sanayi Dergisi*, Ankara 2019, S.173, (s. 54-66).
- Schwab Karl Heinz, "Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozessrecht", *Juristische Schulung*, 1965, (s. 81-86), (Schwap-Lehre).
- Tanrıver Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2020, S. 147, (s.111-142), (Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk).
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2006, S. 64, (s. 151-177), (Tanrıver-Arabuluculuk).
- Yıldırım Kâmil, "Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, İstanbul 1991, C. 6, (s. 23-50).
- Yılmaz Ejder, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Yılmaz-İtirazın İptali).
- Yılmaz Ejder, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C.XVI, Özel Sayı, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), (Yılmaz-Tahkim).

İnternet Kaynakları

- www.kazanci.com.tr
www.seta.org
www.e-uyar.com
www.lexpera.com.tr
www.emsal.uyap.gov.tr
www.sevgipinari.org
www.legalbank.com.tr

Mahkeme Kararları

- HGK 05.07.2006, 19-505/504
HGK, 17.09.2019, 19-918/886
HGK, 26.9.1980, 11-2004/2181
HGK, 21.11.1979, 4-993/1378
HGK, 12.10.2005, 19/528-568
HGK, 10.02.2016, 17-2389/129
HGK, 11.12.2002, 15/917-104
HGK, 26.4.1989, 13/197-336
HGK. 19.04.1995, 12-296/404
Yarg. İİD, 25.03.1965, 3903/3918
Yarg. İİD, 6.04.1976, 1196/4211
Yarg. 14. HD, 6.12.2005, 9332/10954

- Yarg. 14. HD, 13.2.2006, 11469/1148
Yarg. 15 HD, 26.12.2019, 1630/5279
Yarg. 10 HD, 03.02.2020, 4627/610
Yarg. 12. HD, 11.12.2012, 19983/37190
Yarg. 12. HD. 6.3.2006, 2626/4339
Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203
Yarg. 11. HD, 5.4.2004, 9065/3572
Yarg. 19. HD, 19.3.2004, 4746/3086
Yarg. 13. HD, 21.4.2003, 1529/4743
Yarg. 4. HD, 26.12.1970, 8715/9875
Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203
Yarg. 17 HD, 16.12.2015, 17344/14279
Yarg. 21. HD, 16.9.2003, 5796-6813
Yarg. 21.HD, 30.04.2002, 3201-3622
Yarg. 11 HD, 17.02.2020, 197/1578
Yarg. 11. HD. 25.5.1992, 1990-852/7091
Yarg. 19. HD, 02.03.2000, 7127/1554
Yarg. 15. HD, 20.11.2017, 2048/4015
Yarg. 11 HD, 05.04.1991, 132/2415
Yarg. 23. HD, 26.02.2015, 1041/1206
İstanbul BAM 18. HD, 16.05.2019, 1066/1022
Konya BAM 3. HD, 13.06.2019, 528/554
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
Ankara BAM 21. HD, 19.9.2019, 851/1045
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72
Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
İstanbul BAM 19. HD, 28.06.2019, 1734/1521
Erzurum BAM 3. HD, 27.03.2019, 531/549
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
İstanbul BAM, 14. HD, 21.03. 2019, 521/423
Antalya BAM 11. HD, 28.05.2019, 1142/1136
İstanbul BAM 19. HD, 23.05.2019, 1509/1299
İstanbul BAM 16. HD, 19.05.2019, 1086/1021
İstanbul BAM, 16. HD, 24/05/2019, 1159/1194
Gaziantep BAM 8. HD, 09.07.2019, 1107/1478
Konya BAM, 3. HD, 13.06.2019, 528/554

Gaziantep BAM 11. HD, 25.10.2019, 1849/1239

Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72

Ankara BAM 23.HD, 11.9.2019, 1464/1298

Ankara BAM 6. HD, 06.03.2020, 416/464

Sakarya BAM 7. HD, 27.01.2020, 95/93

Gaziantep BAM 11 HD, 25.10.2019, 1849/1239

Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464

Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72

Hatay 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2019/82, K. 2019/79

COVID-19 SALGINI SEBEBİYLE İCRA TAKİPLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE PROVISIONS REGARDING THE SUSPENSION OF DURATIONS OF EXECUTIVE PROCEEDING DUE TO COVID-19, THEIR LEGAL QUALITY, SCOPE, EFFECTS AND RESULTS

Aziz Serkan ARSLAN*

Özet: Dünya üzerinde ve ülkemizde son günlerde ortaya çıkan ani COVID-19 salgını, işletmeleri ve kişileri olduğu kadar devletleri de ekonomik ve sosyal olarak ciddi şekilde sarsacak sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Kişilerin bağışıklık mekanizmalarını etkisiz hale getirerek hayatlarını tehdit eden bu durumun aynı zamanda ülkelere kamu düzenini ve ekonomilerini de tahrip etmesinin önlenmesi veya etkilerinin en aza indirilmesi amacıyla devletler de bir takım yasal tedbirler almaya yönelmektedir. Çalışmamızda özellikle 2020 Mart ayından itibaren ülkemizde etkisini gösteren salgına karşı Cumhurbaşkanlığı Kararları, Kanunlar, Genelgeler ve Bakanlık Görüşleri şeklindeki yasal tedbirlerin kronolojik olarak icra ve iflas takiplerine, sürelere, konkordato süreçlerine, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ve delil tespiti gibi kurumlara etkileri ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Salgın Hastalık, 7226 sayılı Kanun, Küresel Salgın, Koronavirüs, COVID-19

Abstract: Sudden COVID-19 outbreak across the world and in our country have many serious economic and social consequences on states, as well as businesses and individuals. The states try to take some legal measures to prevent this situation from destroying their economies and public order and to minimize its effects, which also threatens the lives of people by deactivating their immune systems. In our study, the effects and consequences of these legal measures such as Presidential Decrees, Laws, Circulars and Ministerial Opinions against the epidemic which has been effective in our country since March 2020, on execution and bankruptcy proceedings, concordat procedures, precautionary liens, precautionary measures and evidence determination will chronologically be examined.

Keywords: Epidemic Disease, Law No. 7226, Pandemic, Coronavirus, COVID-19

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, azizserkanarслан@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7703-3044 Makalenin Gönderim Tarihi: 18.04.2020, Kabul Tarihi: 18.04.2020

GİRİŞ

Yargı süreçlerinde olduğu gibi icra ve iflas takiplerinde de gerçekleşecek olan işlemlerin çabuk şekilde yapılması için kanun koyucu belli süreler koymuştur. Kural olarak taraflar ve icra organları kendi yapacakları işlemleri bu süreler içerisinde gerçekleştirmek zorundadırlar. Ancak kanun koyucu bazı hallerde kamu düzeninin veya borçluların korunması gibi sebeplerle sürelerin işlemesinin durdurulabileceğini ve işlemlerin gerçekleştirilmeyeceğini düzenleme altına almıştır. Bu haller, İcra İflas Kanununun 3. babının 3. kısmında m. 51-56 arasında düzenlenen “Tatil ve Talik” halleri ile Kanun’un 15. babında düzenlenen “Fevkalade Hallerde Mühlet ve Tatil” durumlarıdır. Salgın hastalık, umumi bir musibet veya harp hali gibi olağanüstü hallerde hem kamu düzeninin hem de borçluların korunması amacıyla sürelerin durdurulması ve borçlulara yeniden süre verilmesi kökeni Roma Hukukuna kadar dayanan bir uygulamadır.¹ Mehaz İsviçre hukukunda da 1930’larda ekonomik buhran, 1940’lı yıllarda savaş, 1993 yılında Brig kasabası sel felaketi, son olarak da COVID-19 salgını gibi sebeplerle defalarca başvurulmuş fevkalade hal nedeniyle mühlet ve tatil uygulamasına ülkemizde COVID-19 salgını dışında hiç başvurulması gerektiği duyulmamıştır. Bunun nedenlerinden biri de bazı özel kanunlarda kamu alacakları, çiftçiler açısından koruyucu özel düzenlemelerin yer almasıdır.

Çalışmamızda öncelikle 2020 Mart ayından itibaren ülkemizde etkisini gösteren salgına karşı en önemli yasal tedbirlerden biri olan İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı kararı ve devamında düzenlenen 7226 sayılı Kanun’un geçici maddeleri ele alınacak, bu düzenlemelerin icra hukuku mevzuatındaki yasal dayanağı İİK m. 330 hükmü incelenecek, bu arada salgına yönelik tedbirler kapsamında yürürlüğe giren Kanunlar, Genelgeler ve Bakanlık Görüşleri şeklindeki yasal tedbirlerin kronolojik olarak icra ve iflas takiplerine, konkordato süreçlerine, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ve delil tespiti kurumlara etkileri ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

¹ Hans Fritzsche, *Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischen Recht*. 2. Auflage, B. II, Zürich-1968, s. 366.

I- COVID-19 SALGIN SÜRECİ VE HUKUKİ DURUM

COVID-19 hastalığı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11.03.2020 tarihinde Pandemi olarak ilan edilmiş ve bu hastalık Ülkemizde de görülmeye başlamıştır. Bu durum üzerine salgının Ülkemizde yayılmasının en aza indirilmesi ve kişilerin sağlığının korunması amacıyla birçok idari tedbir yanında adli tedbirler alınmaya başlanmıştır.

Ülkemizde salgına ilişkin ilk adli tedbir, duruşma ve keşiflere ilişkin olarak Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliği tarafından 13.03.2020 tarihinde alınmıştır. HSK Genel Sekreterliğinin tebliğinde yargı mercilerine “Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Koronavirüs Bilim Kurulu’nun önerileri kapsamında; yargılama faaliyetlerinin yürütülmesinde herhangi bir soruna sebebiyet vermemek amacıyla, tutuklu işlere yönelik soruşturma ve kovuşturmalar ile ivedi sayılacak diğer hususlar haricinde duruşma ve keşiflerin ertelenmesi ile gerekli görülen hâllerde SEGBİS uygulaması kullanılması hususunun mahkemelerimizce değerlendirilmesi, mezkûr Kurulun önerileri doğrultusunda yeni tedbirlerin hayata geçirilmesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi gerektiği” bildirilmiştir.²

Aynı süreçte Türkiye Barolar Birliği’nin ve Baro Başkanlıklarının COVID-19 salgınına karşı aldığı önlemler çerçevesinde Birlikçe avukatların bürolarına gitmeksizin acil iş ve işlemleri takip etmeleri konusunda tavsiye kararı alınmış ve Adalet Bakanlığı ile görüşmeler başlamıştır. Bunun neticesinde Adalet Bakanlığı’nun Adalet Komisyonlarına gönderdiği tebliğ ile avukatların 30.03.2020 tarihine kadar ofislerine gitmeksizin işlerini evlerinden sürdürmeleri nedeniyle hak kayıplarının oluşmaması için Mahkemeler ve İcra Dairelerince elektronik ortamdan veya zarf usulü ile avukatlara tebligat yapılmaması komisyonlara tebliğ edilmiştir.³

Yargısal anlamda COVID-19 salgın hastalığına karşı başvuru en önemli tedbirlerden biri 22.03.2020 tarihinde 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı’dır. Buna göre COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önle-

² <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/duyuru-13-03-2020.pdf>

³ Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı, 20.03.2020, Sayı: 2020/7143 Muh.

mek amacıyla alınan tedbirler kapsamında Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihten 30.04.2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflas takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınmasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir. Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren yürürlüğe giren İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın icra hukuku mevzuatındaki yasal dayanağının, ülkemizde tekrar kullanılmaması temennisi ile İcra ve İflas Kanunu'nun 330. maddesi olduğu da kararda açıkça vurgulanmıştır.⁴

Cumhurbaşkanlığı kararından hemen sonra 24.03.2020 tarihinde Adalet Bakanlığı İcra İşleri Başkanlığı tarafından, Karar'ın uygulanması sırasında oluşacak tereddütleri giderebilmek ve uygulama birliğinin sağlanmasına katkıda bulunmak amacıyla durdurma kararının gayesi gözetilmek suretiyle ilgili kişi ve kurumlardan gelen görüş ve talepler de dikkate alınarak yapılan değerlendirmeler neticesinde bazı görüşler belirlenmiş ve bu görüşler çerçevesinde ortaya çıkan ihtiyaçlar giderilmeye çalışılmıştır.⁵

COVID-19 salgın hastalığına karşı yargısal tedbirlerle ilgili en kapsamlı düzenleme ise 26.03.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici madde hükümleridir.⁶ Hem 22.03.2020 tarihli 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı hem de dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri, İYUK, CMK, HMK'daki sürelerin nerdeyse tamamının 30.04.2020 tarihine kadar durdurulmasını içeren 7226 sayılı Kanun ile COVID-19 salgın hastalığının yayılmasının önlenmesi

⁴ İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Karar, 22.03.2020, Karar Sayısı: 2279, RG sayısı: 31076, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200322-2.pdf>

⁵ T.C. Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı, 24.03.2020, Sayı:86420598-296/2543 http://www.iidb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2432020130013MX-2614N_20200324_122952.pdf

⁶ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 7226, RG. Yayımlı Tarihi: 25.03.2020, RG sayı:31080, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200326M1-1.htm>

ve salgınla mücadele sürecinde oluşabilecek yargısal hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır.⁷

30.04.2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2480 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı’na göre, 7226 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen durma süresi 01.05.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar (salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere) uzatılmıştır.⁸

II- KONUyla İLGİLİ DÜZENLEMELERİN DAYANAKLARI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

İcra ve İflâs Kanunu’nun 317 ile 330. maddeleri arasında, kanun koyucu “Fevkalade Hallerde Mühlet ve Tatil” başlığı altında, ekonomik kriz, harp, seferberlik, deprem, salgın hastalık gibi fevkalâde (olağanüstü) hallerde maddi yükümlülüklerini yerine getiremeyen ilgili gerçek veya tüzel kişilerin daha da zor duruma düşmemeleri için belli icra takip işlemlerinin durdurulmasına veya topyekûn tatil edilmesine müsaade etmiştir. Zira böylesi felaket zamanlarında ekonomi durur, haberleşme ve telekomünikasyon gibi hizmetler kötü çalışır. Bu gibi elverişsiz durumlarda malî durumu bozulmuş olan borçluya mühlet verilmesi veya takiplerin tatil edilmesi, borçlunun olduğu kadar alacaklıların ve milli ekonominin de yararınadır. Çünkü borçlu bu mühlet içinde durumunu düzeltmek imkânını bulacağından, alacaklılar müh-

⁷ Düzenlemelerin amacı alacaklı veya borçluya zarar vermek değil, elde olmayan bir sebeple ortaya çıkan durumda tarafların mümkün olan en az şekilde etkilenmesini sağlamak, menfaatlerini dengelemek, zarar görmesinin önüne geçme, bu arada hukukî güvenlik ve istikrarı, kamusal menfaati de korumaktır. Bkz Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes; 27.03.2020; 7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar; <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/> (Bu çalışmaya ilişkin olarak bundan sonraki atıflarda “Atalay/ Özkes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>” kısaltması kullanılacaktır.)

⁸ Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Karar, 30.04.2020, Karar Sayısı: 2480, RG sayısı: 31114, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200430-1.pdf> Bu nedenden çalışmamızda 7226 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ve 30. 04. 2020 olarak belirlenen durma süreleri yerine son uzatma tarihi olan 15.06. 2020 tarihi esas alınacaktır.

let sonunda alacaklarına tam olarak kavuşur ve borçlu (iflasa tabi ise) iflas etmekten ve dolayısıyla ekonomik bakımdan yıkılmaktan kurtularak, milli ekonomi sistemi içinde, kendisine düşen görevi yapmaya devam edebilir.⁹

İcra ve İflas Kanunu m. 330'da fevkalade hallerde tatil başlığı altında düzenlenen icra takiplerinin durdurulması sebepleri, kanun koyucu tarafından salgın hastalık, umumi bir musibet veya harp hali şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır. Ülkemizde ilk defa uygulanan 330. madde hükmü, takiplerin durdurulması halleri arasında ilk sırada sayılan salgın hastalık nedeniyle gerçekleşmiştir. Maddenin uygulanmasına neden olan salgın hastalık, dünyanın birçok ülkesinde görülen COVID-19 isimli virüsten ismini alan COVID-19 salgın hastalığıdır. Bu salgın hastalık sonucunda dünya üzerinde çok sayıda insan hayatını kaybetmiş olup, Dünya Sağlık Örgütü tarafından bu virüs salgını için 02.03.2020 tarihinde küresel risk seviyesi "yüksekten", "çok yüksek" seviyesine çıkarılmış, devam eden günlerde salgının devam etmesi üzerine 11.03.2020 tarihinde Pandemi olarak ilan edilmiştir. Dünya genelinde olduğu gibi salgın ülkemizde de görülmüş ve bulaşıcılığı yüksek olan bu virüs halk sağlığı için önemli bir tehdit oluşturmuştur. Bu bağlamda salgının önlenmesi amacıyla ülke genelinde idari, iktisadi ve hukuki açıdan birçok tedbir alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. İş bu gibi kamusal hayatın pek çok alanında sıkıntı doğuran durumlarda göz önünde bulundurularak önce Cumhurbaşkanlığı Kararı ile salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla alınan

⁹ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013, s. 1578; İİK m. 330 hükmü sadece borçluyu korumaya yönelik bir hüküm olmayıp aynı zamanda bir sosyal icra hukuku hükmü olup sosyal dayanışma hükmü olarak da değerlendirilmelidir. Bu tür hükümler "sosyal cebrî icra", "cebrî icranın sosyal uygulaması" veya "koruyucu cebrî icra" şeklinde de ifade edilmektedir. Soruna bu kapsamda bakmak, maddenin amacını bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Aşağıda belirtilen tüm hususlarda bu amaç dikkate alınmalı ve yorum buna göre yapılmalıdır. Amaç alacaklı veya borçluya zarar vermek değil, elde olmayan bir sebeple ortaya çıkan durumda tarafların mümkün olan en az şekilde etkilenmesini sağlamak, zarar görmesinin önüne geçme, bu arada hukuki güvenlik ve istikrarı korumaktır. Bkz. Oğuz Atalay/Muhammet Özeker; 23.03.2020, İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar;

tedbirler kapsamında Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihten 30.04.2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflas takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 330. maddesinde düzenlenen fevkalade hallerde tatil hükmü ile İİK 317-329. maddeler arasında düzenlenen fevkalade hallerde mühlet hükümleri her ne kadar borçluları koruma amacı ve şartları yönünden birbirine benziyor ise de bu iki kurumu birbirinden ayırt etmek gereklidir. Zira borçlunun fevkalade mühlet hükümlerinden istifade edebilmesi için icra mahkemesinden talepte bulunması ve talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi gereklidir. İİK m. 330 hükmünde ise borçlunun fevkalade hallerde tatil imkânından yararlanabilmesi için ise talepte bulunması gerekmez. Cumhurbaşkanı kararı ile borçlu coğrafi alan olarak veya ekonomik sınıf olarak (tarım, maden vb. gibi) şartları taşıyor ise aleyhine yapılan takipler kendiliğinden durdurulur.¹⁰

Cumhurbaşkanınca kararlaştırılacak fevkalâde hallerde tatil kararnameinde icra takip işlemlerinin ne kadar süre için tatil (tâlik) edildiğinin kararnamede açıkça gösterilmesi gerekir. Bu bağlamda kararda ve daha sonra çıkarılan 7226 sayılı Kanun'da tatil süresinin 30.04.2020'ye kadar olduğu açıkça belirtilmiştir. İİK m. 330 gereğince Cumhurbaşkanı fevkalade hallerde takip işlemlerinin tatiline karar verirken tatil imkânından kimlerin istifade edeceğine dair karar verebilir. Bu bağlamda kararda ve daha sonra çıkarılan 7226 sayılı Kanun'da herhangi bir sınırlamaya gidilmeksizin tatil kararından herkesin istifade edeceği düzenlenmiştir. İİK m. 330 gereğince tatil kararı ile icra takiplerinin durdurulması belirli bir coğrafi bölge için ilan edilebilir. O zaman takiplerin durmasından faydalananlar ilgili bölgede ikamet eden veya ilgili bölgede İİK m. 51 uyarınca takip edilebilecek olan bütün borçlulardır. İkinci olarak Cumhurbaşkanı icra takiplerinin durmasını belli bölgedeki halkın belirli bir kısmı için ilan edebilir. Cumhurbaşkanının bu tür bir karar vermesi halinde icra takiplerinin tâlik edilerek durma-

¹⁰ Ejder Yılmaz, Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması (Batider 1977/IX/1 s. 153-191), s. 178.

sı imkânından faydalanabilecek borçlular topluluğu, pratik nedenlerle örneğin hangi meslek türleri için hangi bölgelerde faydalanılabileceği, mümkün mertebe objektif olarak tanımlanmalıdır.¹¹ Bu bağlamda gerek Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ve gerekse 7226 sayılı Kanun'da herhangi bir ayrıma gidilmeksizin durma kararının bütün yurt genelinde geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir.

Mehaz İsviçre hukukunda da SchKG Art. 62'ye göre salgın hastalık (epidemi), ulusal felaket ve savaş zamanlarında Kanton hükümeti Federal Konsey'in onayıyla belirli bir bölge için veya halkın belirli kısımları için icra takip işlemlerinin tâlik edilerek takibin durmasına (tatil edilmesine) karar verebilir.¹² Bu şekilde icra takip işlemlerinin tatili, SchKG Art. 317a'da düzenlenen ve ilgili borçlunun talebi üzerine fevkalade hallerde mühlet verilmesi kurumundan farklıdır.¹³

İsviçre'de SchKG Art. 62 hükmü özellikle sel, hayvanlarda salgın hastalıklar, çiçek hastalığı salgınları, yangın felaketlerinde belediyelerin, adliyelerin dahi tahrip olması ve de her iki dünya savaşı zamanlarında yaygın şekilde uygulanmıştır.¹⁴ İsviçre'de yakın zamanlarda ise icra takip işlemlerinin tatil edilerek takiplerin durması 24 Eylül 1993 tarihinde Brig kasabasındaki sel felaketinden dolayı gerçekleşmiştir. Şehrin bazı kısımlarının bir metre kadar sel suları altında kalması ve bu nedenle şehrin enkaz haline gelmesi üzerine Wallis Kanton hükümeti 29 Eylül 1994 tarihinde Federal Konsey'in onayıyla Brig belediye topraklarında ikamet eden bütün borçlular için 31 Ekim 1994 tarihine kadar icra takip işlemlerinin tatil edildiğini ilan etmiştir.¹⁵

¹¹ Carl Jaeger, *Schuldbeitreibung und Konkurs*, Band I, 3. Auflage, Zürich-1911, SchKG Art. 62, N. 3.

¹² Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse*, Band I, II, Art 1-87, Art 88-220, Basel/Genf/München-1998; SchKG Art. 62, N. 1; Erwin Brügger, *SchKG Gerichtspraxis 1946-2005*, 2006-Zürich, Art. 62, s. 121; Kurt Amonn/Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbeitreibungs und Konkursrechts*, 7. Auflage, Bern-2003, § 11, N. 4, 58.

¹³ Hugo Wyssen, *Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand* (Art. 56 FF. SCHKG), Basel-1995, s. 38.

¹⁴ Jaeger, SchKG Art. 62, N. 1; Antoine Favre, *Cours de Droit des Poursuites*, Fribourg-1953, Almanca tercümesi, E.Steiner tarafından, *Schuldbeitreibungs-und Konkursrecht*, Freiburg-1956, s. 115; Hans Ulrich Walder, *Schuldbeitreibung und Konkurs*, 17. Auflage, Zürich-2007, s. 127.

¹⁵ *Amtsblatt des Kantons Wallis vom 8. Oktober 1993*, s. 1727; Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG Art. 62, N. 3.

İsviçre Federal Konseyi COVID-19 salgınında da SchKG 62. maddede hükmüne dayanarak tüm İsviçre’de icra takip işlemlerini 18 Mart 2020 tarihinden 4 Nisan 2020 tarihine kadar tatil etmiştir. Konsey bu kararında 4 Nisan’dan 18 Nisan’a kadar süren Paskalya tatilini de göz önünde bulundurarak salgına karşı yaklaşık bir aylık tatil süreci öngörmüştür. Tatil süresinden etkilenen icra takip işlemleri için ise süreler durma süresinin sona erdiği günü takip eden ilk iş gününden başlamak üzere üç gün uzatılmıştır.¹⁶

Alman hukukunda ise ülkemizdeki 7226 sayılı Kanun’a benzer şekilde yargılama ve takip alanında sürelerle ilişkin genel bir düzenleme yapılmamakla birlikte, iflâsların özel durumu sebebiyle COVID-19 salgınının sonuçlarını hafifletmek için 27 Mart 2020 tarihinde “Gesetz zur Abmilderung der Folgender COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVInsAG)” ismi ile ayrı özel bir Kanun yürürlüğe girmiştir.¹⁷

III- KONUyla İLGİLİ DÜZENLEMELERİN BİRBİRİYLE İLİŞKİSİ SORUNU

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de etkisini gösteren salgın hastalık kanun koyucuyu birtakım tedbirler almaya yöneltmiş bu çerçevede yaklaşık 20 gün içerisinde başta Cumhurbaşkanı Kararı olmak üzere, 7226 sayılı Kanun hükümleri ve Bakanlık görüşleri ile sürece ilişkin yasal düzenlemeler oluşturulmuştur. Bu düzenlemelerin ivedi olarak oluşturulması esnasında ileride uygulamada sorun yaratabilecek bazı durumlarda ortaya çıkmıştır.

İcra ve İflas Kanunu m. 330 hükmüne dayanılarak hazırlanan ve maddedeki tüm şartları karşılayan Cumhurbaşkanı Kararı’ndan sonra aynı konuda TBMM tarafından çıkarılan 7226 sayılı Kanun’un geçici 1 ve 2. maddeleri, dört gün önce yayımlanan ve icra takipleriyle ilgili işlemleri içeren Cumhurbaşkanı Kararı’ndaki hükümleri de kapsadığı için Cumhurbaşkanı kararı hükümsüz hale gelmiştir.¹⁸

¹⁶ https://www.vgbz.ch/wp-content/uploads/2020/04/BJ_Weisung-Nr.-6-COVID-19-Rechtsstillstand-und-Betriebsferien_200403.pdf

¹⁷ Muhammet Özkes/Nilüfer Boran Güneysu, 05.04.2020, COVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukuki Durum ile Özellikle İflâslar (Külli İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış, <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/>

¹⁸ Cumhurbaşkanı kararı, Cumhurbaşkanı kanunlarla verilmiş olan ve seçme ve

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-1-b fıkrası doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararı esas alınarak düzenlendiği için Cumhurbaşkanlığı kararı ile 7226 sayılı Kanun arasında doğabilecek uygulama sorunları 7226 sayılı Kanun'un fıkraları arasında da doğabilecektir. Zira Kanun'un geçici madde 1-1-a fıkrası ile 1-1-b fıkrasında özellikle icra takibine ilişkin konularda aynı işlemlerden bahsedildiği halde iki fıkra hükmü farklı durma tarihleri belirlemiştir. Bu uygulamada ve teoride sıkıntılara neden olabilecektir. Bir kanunun maddeleri arasında çelişki söz konusu ise bu sorun ne Lex Superior'a (üst kanun alttakini ilga eder) ne de Lex Posterior'a (sonraki kanun öncekini ilga eder) göre düzenlenebilir. Böyle bir çelişkiyi çözmek için Lex Specialis (özel hüküm genel hüküm ilga eder) gereği özel hüküm niteliğinde olanı uygulanır. Genel nitelikte olanı ihmal edilir.¹⁹ Bu bağlamda Kanun'un 1-1-a fıkrasındaki işlemler b fıkrasında düzenlenen işlemlere göre teker teker sayılarak tarif edildiği ve özel nitelikte olduğu, b fıkrasındaki işlemlerin Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda önceden düzenlenen işlemlerin tekrarı niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulursa, a fıkrası yeni bir düzenleme olduğu için iki fıkra arasındaki çelişen işlemlerde a fıkrasındaki tarih (13.03.2020) durma tarihi olarak kabul edilebilir. Çelişmeyen durumlarda ise b fıkrasındaki tarih (22.03.2020) durma tarihi olarak kabul edilmelidir.

Esasen İİK m. 330 hükmü mevcutken ve bu maddeye dayalı olarak konuyla ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararı da yayımlanmışken, 7226 sayılı Kanun'da icra takipleriyle ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararı'ndaki hükmü de aynen içerecek şekilde yeniden düzenleme yapılması, üstelik aşağıda ayrıca değineceğimiz aynı işlemlere dönük farklı süreler belirlenmesi karışıklığa yol açabilecek niteliktedir. Bu bakımdan ülkemizde de İsviçre örneğinde olduğu gibi İİK m. 330 hükmü Cumhurbaşkanlığı

atama dâhil her tür yetkinin kullanılmasına dair yetkilerin somut olayda kullanılmasını ifade eder. Cumhurbaşkanlığı kararı idari işlem niteliğine haizdir ve yargısal denetim merci Danıştay'dır. Anayasa m.104/17 hükmüne göre TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. Buna kıyasen normlar hiyerarşisinde hukuki nitelik ve denetim açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olan ve ondan sonra gelen Cumhurbaşkanlığı kararının da hükümsüz hale geleceği kesindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeref İba/Yasin Söyler, Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 195-223.

¹⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa-2011, s. 309.

Kararı ile doğrudan uygulanmaya devam edilebilir ya da Almanya örneğinde olduğu gibi İİK m. 330'a dayanılmaksızın özel bir kanun ile dava ve takip süreçlerine ilişkin geçici bir düzenleme yapılabilirdi. Bu iki yöntem yerine karma bir yöntem tercih edilmesi halinde ise 7226 sayılı Kanun'da sadece Cumhurbaşkanı Kararı'nda yer almayan ancak yasal düzenleme ihtiyacı duyulan konulara açıklık getirilmesi daha uygun olurdu.²⁰

IV- KONUyla İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İÇERİĞİ VE KAPSAMI

A. Genel Olarak

Cumhurbaşkanlığı Kararı'ndan sonra çıkarılan 7226 sayılı Kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararı'ndakiler ile birlikte duracak olan bütün işlemleri teker teker sayarak belirtmiş ve uygulamada doğabilecek tereddütleri gidermeye çalışmıştır. Bununla birlikte düzenlemelerde geçen "durur" ifadesinin, henüz başlamamış takip ve dava süreçleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler için "yapılmaz" kavramını ifade etmek için kullanıldığı kabul edilebilir.²¹

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-1-a hükmüne göre durma tarihinin başlangıcı 13.03.2020 (bu tarih dâhil) olarak belirlenen işlemler şunlardır; dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki süreler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi

²⁰ Atalay/Özekes de bu hususa ve doğuracağı sorunlara dikkat çekerek eleştirmiştir. Bkz. Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

²¹ Düzenlemenin amacı daha önce başlamış taraf ve icra takip işlemlerinin durması değil, yeni işlem yapılmasının engellenmesi ise, işlemlerin durması yerine "işlemler yapılmaz" şeklindeki bir ibarenin tercih edilmesi yerinde olurdu. Bu durumda, talepte bulunulamayacağı ve bulunulsa dahi etkisiz olacağı hükmüne bağlanmış olurdu. Bu durumda, devam etmekte olan işlem süreci bulunmadığından, durmadan söz edilmesi yerinde olmamıştır. "Durma" terimi, düzenlemenin amacı göz önünde bulundurulduğunda, "yapılmaz" şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

Kanunu'ndaki süreler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ile bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler, arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki sürelerdir.

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-1-b hükmüne göre durma tarihinin başlangıcı 22.03.2020 (bu tarih dâhil) olarak belirlenen işlemler şunlardır; icra ve iflas kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemlerdir.

Bu işlemler içerisinde icra, iflas ve konkordato, hukuki himaye tedbirleri, 6183 sayılı kamu alacaklarının durumu ile ilgili süreçlerde durma kararının etkisini daha detaylı olarak aşağıda inceleyeceğiz.

B. İcra Takipleri

Cumhurbaşkanlığı Kararı'na ve 7226 sayılı Kanun'a dayanak olan İİK m. 330 gereğince icra takiplerinin durdurulması sonucunu doğuracak olan hukuki neden, icra ve iflas takibini alacaklıyı alacak hakkına kavuşturmak için izlenecek bir zincire benzetecek olursak zincirin başından sonuna kadar halkaları sayabileceğimiz taraf ve takip işlemlerinin yapılamayacak olmasıdır. Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun ile maddenin kapsamı salgın nedeniyle ülkemizin içinde bulunduğu süreç ve kamu düzeni gözetilerek sadece icra hukukuna özgü taraf ve icra takip işlemleri ile sınırlandırılmamış iflas takiplerini de kapsayacak şekilde genişletilmiş; ayrıca uygulamada tereddüte yer vermemek için nafaka alacaklarına ilişkin icra takiplerinin karar kapsamına girmeyeceği, bunun dışında yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınmayacağı, ihtiyati haciz kararlarının ise icra ve infaz edilmeyeceği ayrıca vurgulanmıştır.

C. İflas Takipleri

Esasen İİK m. 330 lafzında her ne kadar sadece icra takiplerinin duracağı belirtilmiş olsa dahi Mehaz İsviçre İcra Kanunu'nda (SchKG Art.56) ve İsviçre doktrininde duracak olan işlemlerin icra takip işlem-

leri olduğu kabul edilmiş,²² icra takip işlemlerinin ise sadece borçluya karşı yapılan icra takip yoluna ilişkin işlemlerle sınırlı olmadığı, iflas yoluna ilişkin işlemleri kapsadığı da kabul edilmiştir.²³ Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ve 7226 sayılı Kanun'un kapsamı belirlenirken iflas takiplerinin de bulunduğu açıkça vurgulanmamış olsaydı dahi İİK m. 330'un mehz SchKG Art.56 hükmü uygulamasına ve doktrindeki genel kabule dayanarak iflas takibine ilişkin işlemleri kapsadığı da kabul edilebilecekti.²⁴

D. Konkordato Süreci

2004 sayılı İcra İflâs Kanunu'nun değişen 285. maddesine göre; borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordatoya başvurabilir. Konkordato prosedürüyle ilgili olup icra dairesinde yapılan işlemler konkordatonun sadece alacaklıyı alacağına kavuşturmayı amaçlayan bir takip usulü olmaması, bir nevi alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin dengelendiği bir sözleşme niteliğinde olması gereği icra takip işlemi değildir.²⁵ Bununla birlikte borçluya alacaklıları ile konkordato müzakerelerini gerçekleştirebilmesi amacıyla verilen geçici ve kesin mühlet

²² İcra takip işlemleri icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, borçlunun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli olan, zamanaşımını kesme ve tatil tâlik hallerinde yapılamama gibi etkileri bulunan, cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelik işlemlerdir. Bkz. Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri, Ankara-2019, s. 23.

²³ Borçluya karşı girişilen iflas takibin de iflâs ödeme emrinin düzenlenerek borçluya tebliğ edilmesi icra takip işleminin bütün ön şartlarını taşır ve borçluya karşı iflâs yolu ile takipte ilk icra takip işlemidir. Bkz. Walder, s. 121; BGE 120 III 10; Amonn/ Walther, § 11, N. 3, 41; Jaeger, SchKG Art. 56, N. 3; Wyssen, s. 97; BGE 29 I 68; BISchKG 40 (1976) 173 f. 1 (1937) 65 Nr. 53 = SJZ 30 (1934) 49 Nr. 46; Amonn, § 11, N. 27; Louis Dallèves, Fristen, Betreibungsferien, Rechtsstillstand, SJK Karte 518, Genève, 26. August 1985, s. 11; Favre, s. 112.

²⁴ İflâs kararı verilmeye kadar ödeme emri, depo kararı, iflâsın açıklanması gibi işlemler icra takip işlemi olarak kabul edilirken özellikle iflâs kararı verildikten sonra iflâsın tasfiyesine ilişkin iflâs dairesinin hiçbir işlemi icra takip işlemi değildir. Bkz. Bilge Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir-1973, s. 187, 190; Kamil Mehmet Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra Hukuku, 5.Baskı, İstanbul-2012, s. 53; Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

²⁵ Umar, s. 187.

içinde İİK m. 294 hükmü gereğince borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işleme.²⁶ Ayrıca Cumhurbaşkanı Kararı'nda açıkça düzenlenmese de sonradan yürürlüğe giren 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-3-c bendinde konkordato kurumuna ilişkin mühlet ve sürelerin, durma süresinin kapsamında olacağı, durma süresince konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçlarının devam edeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda konkordato mühletine ilişkin geçici mühlet, kesin mühlet, komiserlerin rapor sunma süreleri, mahkemenin tasdik kararına ilişkin sürelerin 22.03.2020 tarihinden şimdilik son uzatma tarihi olan 15.06.2020 tarihine kadar duracağı ve bu tarihten itibaren tekrar işlemeye başlayacağı, durma süresince de konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçlarının devam edeceği açıklığa kavuşmuştur.²⁷

Salgın sırasında azalan veya duran ticari faaliyetler, salgın sonrasında borçluları likidite sorunu ile yüz yüze bırakabilecektir. Bu durumda borçluları ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında olan borçlular için başvurulabilecek en elverişli hukuki çare konkordato kurumuna müracaat etmektir. Gerek şirketler gerekse kişilerin başvurabileceği konkordato kurumu sayesinde şartları taşıyan borçlular, bir yandan malvarlığını koruyarak ticari faaliyetlerine devam ederken diğer yandan belirli süre için kamu alacakları da dahil olmak üzere icra takiplerinden ve iflastan kurtulma imkanına sahip olacaklardır.

²⁶ Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul-2018, s. 32; Selçuk Öztekin/ Ali Cem Budak/Bilgehan Yeşilova/Müjgan Tunç/Serdar Kale, Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanun'la Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285 - 309 Şerhi, Ankara-2018, s. 209 vd.; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara-2016, s. 284; İsviçre icra hukukunda da SchKG Art. 56 Ziff. 4 uyarınca konkordato mühleti süresince icra takip işlemleri yapma yasağı, özel tâlik hallerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bkz. Wyssen, s.39.

²⁷ Durma süresince konkordato başvurusuna ilişkin görünürde bir engel bulunmasa da zaten hakkında takip yapılamayacak borçlunun böyle bir talepte bulunmasında hukuken korunan bir yararı yoktur. Bkz. Hakan Pekcanitez, 28.03.2020; 2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi; <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/>; Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

E. Rüşhanlı ve İmtiyazlı Alacaklar

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-1-b hükmü gereğince durma süresince yalnızca İİK m. 206'nın birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklardan sadece nafaka alacakları için haciz yoluyla takip yapılabilecektir. Kanun koyucunun salgın süresince sosyal devlet ilkesi gereği takibe devam etmesine müsaade ettiği nafaka alacakları; nakden ifası gereken tedbir nafakası, iştirak nafakası, yoksulluk nafakası gibi aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacaklarıdır. Nafaka alacakları için yapılan bu takiplerde satış işlemlerine de devam edilebilecektir. Ancak nafaka alacaklarına ilişkin takiplerde sıra cetveli düzenlendikten sonra kesinleşmesini engellemek için, ilgililer tarafından şikâyet veya itiraz davası yoluna gidildiğinde nafakaya ilişkin takip de duracaktır. Böyle bir durumda salgın sürecinde nafaka alacaklısının mağduriyetini önlemek adına İİK m. 138/1 ve m. 142/a da düzenlenen erken ödeme (geçici dağıtma) hükümlerine başvurulabilecektir.²⁸

İşçi alacakları için yapılacak takiplere ilişkin ise 22.03.2020 tarihinden itibaren takip talebinde bulunulamayacaktır. Bu tarihten daha önce başlamış takipler ise 13.03.2020 tarihinden şimdilik son uzatma tarihi olan 15.06.2020 tarihine kadar durdurularak sürelerin işlemeye devam etmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır. Esasen salgın nedeniyle ekonomik açıdan zor durumda olan kişileri ve işletmeleri korumak yanında kamunun menfaatlerini de korumayı amaçlayan 7226 sayılı Kanun hükümleri ile tek gelir ve geçim kaynağı ücret alacağı olan işçilere de nafaka alacağına ilişkin takiplerde olduğu gibi muafiyet sağlanması imkânı, kanun koyucu tarafından zorunlu arabuluculuk süreci, takibe itiraz ve bundan doğabilecek yargılama sürecinde salgının artış ihtimali göz önünde bulundurularak verilmemiştir.²⁹

Rehinli alacaklar için ise 7226 sayılı Kanun'da bir muafiyet öngörülmemiş olup 22.03.2020 tarihinden itibaren takip talebinde bulunulamayacağı gibi bu tarihten daha önce başlamış takipler ise 13.03.2020 tarihinden şimdilik son uzatma tarihi olan 15.06.2020 tarihine kadar

²⁸ Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhur-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

²⁹ Aziz Serkan Arslan, Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.142, Y.32, Mayıs Haziran 2019, s.249-273.

durdurularak sürelerin işlemeye devam etmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek hak kayıpları önlenmiş olacaktır. Ancak rehinli taşınır veya taşınmaz malların satışından sonra, ihale kesinleşmiş ve bu aşamada durma süresi devreye girmiş ise, bu durumda satılan malın teslimi ve taşınmaz malların tapuya tescili için müzekkere yazılması takip sonunda paranın alacaklıya ödenmesinde olduğu gibi icra takip işlemi niteliğinde olmayacağı için durma süresinden etkilenmemelidir.

F. İhtiyati Hacizler

İhtiyati hacze ilişkin olarak 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın 1. maddesinde ve 7226 sayılı Kanun'da ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemlerin 22.03.2020 (bu tarih dahil) tarihinden itibaren şimdilik son uzatma tarihi olan 15.06.2020 tarihine kadar duracağı düzenlenmiştir. İhtiyati haciz kurumu talep, şartlar, yargılama, karar, icra, infaz ve karara itiraz işlemlerinden oluşan bir bütündür. Her ne kadar 21.03.2020 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ihtiyati haczin sadece icra ve infazına ilişkin işlemlerinin duracağı belirtilse bile 26.03.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 51. maddesine eklenen Geçici Madde 1-1- a. fıkrası hükmü, dava açma icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü sürelerin 22.03.2020 tarihi itibarı ile duracağını belirtmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ve 7226 sayılı Kanun'un 1-1-b fıkrasında ihtiyati haczin icra ve infazına ilişkin işlemlerinin yapılmayacağı belirtildiği için alacaklı ihtiyati haciz isteyebilecek kararda verilebilecek ancak ihtiyati haczin uygulanmasını talep edemeyecektir.³⁰

Salgın sürecinde ihtiyati haciz gibi koruyucu tedbirler ve duran yargısal işlemler nedeniyle kötüniyetli borçlular, yapacakları tasarruf

³⁰ Her ne kadar ihtiyati haciz uygulanamasa bile alınan ihtiyati haciz kararı ile hem daha sonra hacze iştirak vs. imkânlardan yararlanmak için zaman kazanılmış hem de şayet söz konusu olursa ileride tasarrufun iptali davası açılması halinde, en azından mahkemeye kanaat vermek bakımından bir gerekçe ortaya çıkartılmış olur. Bkz. Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>; Hakan Pekcanitez, 28.03.2020; 2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi; <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/>

işlemleri ile malvarlığını eksilterek alacaklılara zarar verme yoluna gidebilecektir. Bu olumsuz durumdan etkilenen alacaklıların başvuracakları tasarrufun iptali davasında bu dönemde yapılacak tasarrufa tâbi işlemlerde ispat ve kanaat oluşturması daha kolay olabilecektir. Buna ilave olarak alacaklı, borçlunun salgın nedeniyle durma süresinden istifade ederek İİK m. 331’de düzenlenen “alacaklısını zarara sokmak amacı ile malvarlığını eksiltme suçunu” işlediğini şikâyet yolu ile ileri sürerek cezalandırılmasını isteyebilecektir.

G. İhtiyati Tedbirler

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin süreler konusunda 7226 sayılı Kanun’un geçici madde 1-2-c. fıkrası ile düzenlemeye gidilmiş ve ihtiyati tedbiri tamamlayıcı işlemlere ilişkin süreleri, sürelerin duracağını düzenleyen maddenin kapsamı dışında tutmuştur. İhtiyati tedbir de ihtiyati hacizde olduğu gibi talep, şartlar, yargılama, karar, icra, infaz ve karara itiraz işlemlerinden oluşan bir bütündür. Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında genel mahkemelerce ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Genel mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır. İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar.

7226 sayılı Kanun’un geçici madde 1-2-c fıkrasına göre ihtiyati tedbiri tamamlayan merasimlerden olan kararın verilmesinden sonra tedbirin uygulanması için verilen bir haftalık süre ve henüz dava açılmamışsa tedbirin uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki dava açma süresinin durmayacağı anlaşılmak-

tadır.³¹ 7226 sayılı Kanun uyarınca her ne kadar sadece ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin süreler Geçici 1. maddenin kapsamı dışında bırakılmış olsa da HSK tarafından gönderilen yazı doğrultusunda erteleme süresince salgının önlenmesine yönelik tedbirlere riayet edilmek suretiyle ivedi işlerden sayılan ihtiyati tedbir başvurularının ve buna yapılan itirazlarında değerlendirilmesi gerekliliği ilgili yargı birimlerine tebliğ edilmiştir.³² Bu çerçevede ihtiyati tedbir başvuruları, itirazlar ve ihtiyati tedbiri tamamlayan merasimler durma süresince yargı mercilerince kabul edilmeye devam edilecektir.

H. Delil Tespiti

Salgın nedeniyle durma süresi içerisinde delil tespiti ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun maddelerinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 7226 sayılı Kanun uyarınca ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin süreler geçici 1. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu, tarafından yargı birimlerine gönderilen 30.03.2020 tarih, 2020/51 sayılı duyuru doğrultusunda ivedi işlerden sayılan delil tespiti başvuruları da ihtiyati tedbirde olduğu gibi yargı mercilerince kabul edilmeye devam edilecektir.

I. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

Gerek Cumhurbaşkanı Kararı gerekse 7226 sayılı Kanun'un düzenlenmesinde 6183 sayılı takip usulüne tabi kamu alacaklarına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Bu konu üzerinde aşağıda ayrı bir başlık altında durulacaktır.

V- DÜZENLEMELERİN ETKİLEDİĞİ İŞLEMLER VE SONUÇLARI

Takip işlemleri, kendi içinde taraf ve icra takip işlemi (devletin takip işlemleri) olarak ikiye ayrılır. 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı

³¹ Atalay/Özkes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhur-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

³² Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu, 30.03.2020, Sayı: 2020/51, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/uu.pdf>

Kanun'un geçici maddesi ile sadece icra takip işlemlerinin değil taraf takip işlemlerinin de yapılmayacağı açıkça vurgulanmıştır.

A- Duracak Olan Taraf Takip İşlemleri

Taraf takip işlemleri, genel anlamıyla takip prosedürü içinde tarafların yaptıkları, takibe yön ve şekil veren, çoğunlukla da icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlamaya yönelik işlemlerdir. Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ve 7226 sayılı Kanun'da takiplerin kapsamı belirlenirken tereddütleri gidermek ve işlemleri somutlaştırmak amacı ile yeni icra ve iflas takip talebinde bulunulması yasağı açıkça vurgulanmamış olsaydı dahi bu işlem taraf takip işlemi niteliğinde olduğu için gerçekleştirilemeyecektir.³³ Takip prosedürü içinde tarafların yaptıkları, takibe yön ve şekil veren, çoğunlukla da icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlamaya yönelik taraf takip işlemleri, icra takip talebinde bulunma, ödeme emrine borçlunun itiraz etmesi, mal beyanında bulunması, ödeme yapması,³⁴ alacaklının itirazı hükümden düşürmek için icra mahkemesinden kaldırılmasını talep etmesi (m. 67), itirazın iptali davası açması, ödeme emrinin kesinleşmesi üzerine alacaklının haciz talebinde bulunması (m. 78/1) veya mahcuz malların satışının istenmesi (m. 106, 107), iflas takip talebinde bulunulması, iflas ödeme emrine itiraz, iflas davasının açılması gibi taraf takip işlemleridir.³⁵ Bunların tümünün kaydı, elektronik ortamda veya fiilen yapılması

³³ Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhur-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

³⁴ İcra dairelerinde uygulanan UYAP sistemi sayesinde internet üzerinden icra dairelerine yapılan ödemeler kabul edilerek, dosya kapsamına göre sıra cetveli yapılmasını gerektirmeyen ve borçlu ya da üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda paraların alacaklılarına ödenebilmesi, dosya borcunun ödenmesi halinde veya alacaklı vekili talebi ile haciz ve yakalama şerhlerinin kaldırılabilmesi, dosya kapama işlemlerinin öncelikle yapılabilmesi Cumhurbaşkanlığı Kararının zımni amaçları arasında yer alan mümkün olduğu kadar insanların sokağa çıkmayarak salgının önlenmesi ve kamu sağlığının korunması ile çelişmediği için gerçekleştirilebilecek işlemlerdendir. Bu nedenle 7226 sayılı Kanun'da rızaen yapılan ödemelerin kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir.

³⁵ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara-2019, s. 111; Nilüfer Boran Güneysu, İcra Takip İşlemleri, *TBB Dergisi*, S. 101, Ankara-2012, (s. 31-60), s. 35; Kuru, s. 148; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul-2019. s. 5 vd.; Umar, s. 171; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 24; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara-2019, s. 76, Arslan, s. 28.

mümkün değildir. Bir işlemin genel olarak taraf takip işlemi mi, yoksa icra takip işlemi mi olduğunun tespiti o işleme bağlanan sonuçlar bakımından önemlidir. İcra takip işlemleri ile zamanaşımı kesilir veya tatil ve talik (erteleme) hallerinde kural olarak icra takip işlemi yapılamaz (İİK m. 51-56). Buna karşılık taraf takip işlemi ile kural olarak zamanaşımı kesilmez.³⁶ Tatil ve talik (erteleme) hallerinde kural olarak taraf takip işlemi yapılabilir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun'da tatil nedeniyle duracak işlemler sayılırken açıkça taraf takip işlemlerinin de sayılması hem alacaklı hem de borçlunun genelde süreli olan hak kayıplarının önüne geçecektir.

Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda sadece taraf ve takip işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmekle birlikte üçüncü kişilerin durumu hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus 7226 sayılı Kanun'da ele alınarak takiple ilgili üçüncü kişilerin durumunu da ilgilendiren 1-1-a fıkrasında dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm sürelerin duracağı belirtilerek istihkak iddialarını ileri sürme, haciz ihbarnamelerine itiraz süreleri gibi durumlarda üçüncü kişilerin hak kaybına uğramasının önüne geçilmiştir.³⁷

B- Duracak Olan İcra Takip İşlemleri

Doktrinde "devletin takip işlemleri",³⁸ "icra takip muamelesi",³⁹ "icra takip işlemi"⁴⁰ İsviçre hukukunda "Betreibungshandlung"⁴¹ ola-

³⁶ Amonn/Walther, § 11, N. 3, 42.

³⁷ Hakan Pekcanitez, 28.03.2020; 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi; <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/>

³⁸ Umar, s. 171.

³⁹ Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul-2000, s. 76.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 5; Kuru, s. 147; Boran Güneysu, s. 32; Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul-2017, s. 67 vd.

⁴¹ İsviçre İcra Hukuku'nda birebir takip işlemi şeklinde tercüme edilebilecek "Betreibungshandlung" kavramı ile icra takip işlemleri kastedilmektedir. Zira bu kavram, tatil ve erteleme hâllerinde yapılamayacak işlemleri açıklamak için kullanılmaktadır. Bunun içindir ki, icra takip işlemi için aranan üç unsura sahip bir işlem "Betreibungshandlung" olarak ifade edilmekte ve bu işlemlerin tatil ve erteleme

rak isimlendirilen icra takip işlemleri Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ve 7226 sayılı Kanun'da "takip işlemi" kavramı ile ifade edilmiştir. İcra takip işlemleri bir icra organı tarafından borçluya karşı yapılmış, onun hukuki durumunu kötüleştiren ve cebri icranın ilerlemesini hedef alan (alacaklıyı hedefine yaklaştıran) işlemlerdir. İcra takip işlemi gerçekleştirebilecek olan icra organları, işlemi gerçekleştiren organın niteliğine göre asıl ve yardımcı icra organları olmak üzere iki şekilde sınıflandırılır. Sadece cebri icra işlerini yürütmek için kurulmuş olan organlar asıl icra organları olup, bunlar icra ve iflâs daireleri, icra mahkemeleri ile icra mahkemelerinin kararlarını temyizden inceleyen Yargıtay'ın ilgili daireleridir. Yardımcı nitelikteki icra organları ise, asıl görevleri icra ve iflâs işleri olmamakla beraber, icra takip prosedürü sırasında asıl icra organlarına yardım eden Mahkemeler, Adalet Müfettişlikleri, C. Savcılıkları ve zabıta (polis, jandarma) gibi organlardır.

1- Asıl İcra Organlarının Tatil Nedeniyle Durdurulan İcra Takip İşlemleri

Asıl icra organı olan icra dairelerinin Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun ile tatil olunarak durdurulan işlemleri, ödeme emrinin gönderilmesi, icra organınca gerçekleştirilen tebligat ve hazırlık işlemleri, üçüncü kişilere haciz ihbarnamesinin gönderilmesi, haczin icrası, haciz tutanağının düzenlenmesi, haciz esnasında kıymet takdiri, haciz tutanağının İİK m. 103 hükmü gereğince borçluya tebliği, ilave haciz, tamamlama haczi, paraya çevirme işlemlerinin tamamı,⁴² iflas takibine ilişkin ödeme emri, iflas davasının açıldığı tebliği, İİK m.159 ve 161 gereği malvarlığı listesinin hazırlanması ve koruyucu tedbirlerin alınması, depo kararı, doğrudan iflas yoluna ilişkin işlemler, iflas kararı gibi işlemlerdir. Borçlunun malvarlığının paraya çevrildikten sonra paraların paylaşılması bakımından alınmış olan önlemler, pay cetveli ve sıra cetvelinin yapılması ve açık tutulması, iştirak edenlere yapılan tebliğler doğrudan borçluya karşı yapılmadığı ve artık onun

hâllerinde yapılamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/M. Thomas Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art.1-158, Zürich-1997, SchKG Art. 56, N. 4; Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG Art. 56, N. 25; Hakan Pekcanitez/Evrim Erişir, 6352 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, *İBD*, C. 86, S. 6 (s. 17-40), İstanbul-2012, s. 24.

⁴² Amonn/Walther, § 11, N. 3, 41.

durumunu olumsuz etkilemediği için icra takip işlemi sayılmamaktadır. Bunun gibi iflas yolu ile takipte iflâs dairesi ve iflâs idaresinin tasfiyeye ilişkin işlemleri takip süreci içerisinde yapılmadıkları için ve aynı zamanda borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi (likiditasyonu) birincil olarak alacaklıların işi olduğu için icra takip işlemi değildir.⁴³

Hal böyle olmakla birlikte Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın uygulanmasına ilişkin hususlarda icra dairelerine yapılan ödemelerin UYAP üzerinden alınabileceği kabul edilirse, dosya kapsamına göre sıra cetveli yapılmasını gerektirmeyen ve borçlu ya da üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda paraların alacaklılarına ödenebileceği, dosya borcunun ödenmesi halinde veya alacaklı vekili talebi ile haciz ve yakalama şerhlerinin kaldırılabilmesi, dosya kapama işlemlerinin yapılabileceği kabul edilebilir. Bu bağlamda borçluya borcunu taksitle ödeme imkânı veren İİK m. 111/1 veya alacaklı ile borçlunun icra dairesinde yaptıkları taksitle ödeme anlaşmasında kararlaştırılan vadeler, takip hukukuna ilişkin sürelerden ziyade maddi hukuka ilişkin sürelerden sayılacağı için; borcun taksitle ödenmesine ilişkin ödeme işlemlerine devam edilebilir.

Maaş hacizlerine ve kesintilerine durma süresinin etkisine ilişkin 7226 sayılı Kanun hükümlerinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığının (Muhakemat Genel Müdürlüğü) "kamu personelinin maaşından yapılan icra kesintilerine devam edilip edilmeyeceğine ve birden fazla icra dosyası olanlardan icra kesintisi bitenler için bekleyen yeni icra dosyalarına kesinti yapılıp yapılmayacağına ilişkin" görüş talebi yazısına istinaden 02.04.2020 tarihli görüşünde haciz müzekkerelerinin gereği yerine getirilerek maaş kesintilerinin ilgili icra dairesi hesabına gönderilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.⁴⁴

Salgın nedeniyle yargısal süreçlerin durduğu zaman zarfında maaş hazine ve kesintilere devam edilip edilmemesine ilişkin dokt-

⁴³ Walder, s. 122; BGE 96 III 77 E. 1; Amonn/Walther, § 11, N. 3, 42; BGE 96 III 77, 114 III 61; Blumenstein, s. 204; Jaeger, SchKG Art. 56, N. 3; Dallèves, s. 11.

⁴⁴ Muhammet Özkes, 18.04.2020; 7226 sayılı Kanun'un (ve İİK m. 330'un) Açık Hükümü ile Açık Yargıtay Kararlarına Rağmen Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığının Maaş Kesintilerine İlişkin Görüşü Hukuka, Kanuna ve Yargıtay İçtihatlarına Açıkça Aykırıdır, <https://blog.lexpera.com.tr/adalet-bakanligi-icra-isleri-daire-baskanliginin-maas-kesintilerine-iliskin-gorusu-hukuka-aykiridir/>

rinde tam bir fikir birliği yoktur. Atalay/ Özeker takiplerin tamamen durmasından dolayı muhafaza tedbiri niteliğindeki haciz ihbarnamelerinin de durması gerektiğini keza hacizli mal muhafaza altına alınmazken muhafaza tedbiri niteliğini haiz maaş kesintisinin devam etmesinin de çelişki olacağını, nitekim konkordato mühletinde, doğmuş alacakların tatil döneminde ödenmeyeceği konusunda tartışma yokken konkordatodan daha kapsamlı olan bu dönemde maaş kesintisinin sürmesinin fiili ve hukuki bir sebebi olmadığını ifade etmişlerdir. Bununla beraber hükmün sosyal bir hüküm olmasından dolayı da kesintilerin yapılmaması gerektiğini belirtmişlerdir.⁴⁵

Pekcanitez ise durma süresi içinde icra ve iflâs hukuku bakımından doğan sonuçların ortadan kalkmayacağını, nasıl hacizler durma kararından sonra muhafaza ediliyorsa, haciz ihbarnameleriyle konulmuş olan hacizlerin de geçerliliğini muhafaza edeceğini, eğer kesinleşen haciz ihbarnamesi üzerine kesinti yapılarak icra dairesine ödeme yapılmazsa bu durumun hacizlerin kalkması anlamına geleceğini, yapılan düzenlemelerin mevcut durumun muhafaza edilmesini amaçladığını, salgın sürecinde mevcut hacizleri muhafaza ederken haciz ihbarnameleri ile konulan hacizleri kaldırmanın haklı ve makul bir ayırım olmayacağını belirterek daha önce kesinleşmiş haciz ihbarnamesine göre ödenmesi gereken işçi alacaklarının da durma süresi içinde kesilerek alacaklıya ödenmesine devam edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁶

Borçlunun maaş haczi ve kesintilerin durumuna ilişkin olarak öncelikle salgın sürecinde işçinin işine normal koşullarla devam edip etmediği önemlidir. İşçinin çalıştığı işyeri kapanmış veya üretime ara vermiş, bu nedenle işçinin çalışma süresi kısalmış hatta durmuş ise özetle normal koşullarda çalışma imkânı ortadan kalkmış ise işçiye şartları taşıması durumunda üç aya kadar kısa çalışma ödeneği ödenecektir. Böyle bir durumda işçiye maaşı yerine İŞKUR tarafından öde-

⁴⁵ Atalay/Özeker, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhur-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>; Benzer görüş için bkz. Oğuzhan Taşkın, 29.03.2020; Korona Günlerinde Maaş Haczi, <https://www.hukukihaber.net/korona-gunlerinde-maas-haczi-makale,7609.html>

⁴⁶ Hakan Pekcanitez, 28.03.2020; 2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi; <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/>

necek olan kısa çalışma ödeneğine işçinin maaşına daha önceden haciz konulmuş olsa bile nafaka borçları dışında haciz uygulanarak kesinti yapılamayacaktır. Buna karşın işçi işine salgından önceki aynı koşullarla devam ediyorsa yine ikili bir ayrıma gidilerek durma süresinden önce gönderilen haciz ihbarnamesine henüz itiraz süresi dolmamış veya itiraz edilmiş ise durma süresi boyunca maaş haczi uygulanması gerekliliği hem İİK m. 330'un hem de salgın sürecinde ki düzenlemelerin amacına uygun olacaktır. Buna karşın borçluya karşı durma süresinden önce gerçekleşmiş bir maaş haczi söz konusu ise 7226 sayılı Kanun'un amacı ve sürelerin durmasına ilişkin hükümlerin üçüncü kişi konumundaki işvereni kapsamadığı göz önünde bulundurularak işverenin gerçekleşen haciz üzerine maaştan kesinti yaparak icra dairesine göndermeye devam etmesi alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi açısından da kabul edilebilecektir.

Cumhurbaşkanı Kararı ve 7226 sayılı Kanun'da geçen "takiplerin durması" ifadesi İİK m. 40 hükmünde düzenlenen ve Yargıtay'ın maaş kesintisine ilişkin kararlarına dayanak olan "Bir ilâmın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya temyizden bozulması icra muamelelerini olduğu yerde durdurur" ifadesiyle benzerlik taşısa da İİK m. 40 hükmü alacağı dayanak teşkil eden kararın kaldırılması veya bozulması nedeniyle oluşan belirsizlik durumundan borçlunun daha fazla zarar görmesini engellemek ve borçlunun zararlarının telafisi için başvuracağı icranın iadesini kolaylaştırmak amacını gütmektedir⁴⁷. 7226 sayılı Kanun gereğince takiplerin durmasının nedeni ise alacağın var olup olmadığının belirsizliğinden dolayı borçlunun zarar görmesinden ziyade COVID-19 salgın hastalığının yayılmasının önlenmesi ve salgınla mücadele sürecinde oluşabilecek yargısal hak kayıplarının önlenmesidir. Ancak Yargıtay yukarıda belirtilen kararlarında kabul edildiği üzere daha önceden konulan hacze dayalı olarak yapılan maaş kesintileri takibi ilerletici nitelikte olmayan mevcut durumun muhafazasını amaçlayan işlemlerdir ve icra takip işlemi sayılmaz. Gerek fevkalade hallerde tatil ve gerekse 7226 sayılı Kanun'da geçen durma ifadesi, olağanüstü koşullara rağmen, mevcut durumun muhafaza

⁴⁷ Yargıtay 12. HD, E. 2002/4914, K. 2002/6070, T. 25.3.2002; Yargıtay 8. HD, E. 2013/5974, K. 2013/9986, T. 25.6.2013; Yargıtay 8. HD, E. 2015/15192, K. 2017/17169, T. 20.12.2017 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari>)

edilmesini amaçlamaktadır. Salgın süresince muhafaza işlemleri durduğu için Yargıtay'ın kabul ettiği gibi maaş kesintilerinin de durması bu açıdan düşünülebilir.⁴⁸

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-3 kapsamında, durma süresi içinde icra ve iflas daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma tarihleri içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinin bitiminden sonra, yeni bir talep aranmaksızın icra ve iflas dairelerince satış günü verilecek ve satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılacak ve ilan için ücret alınmayacak; durma süresince rızaen yapılan ödemeler kabul edilecek; taraflardan biri diğer taraf lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilecektir. Buna benzer şekilde taşınır veya taşınmaz malların satışından sonra, ihale kesinleşmiş ve bu aşamada durma süresi devreye girmiş ise, bu durumda satılan malın teslimi ve taşınmaz malların tapuya tescili için müzekkere yazılması takip sonunda paranın alacaklıya ödenmesi işlemi olduğu gibi takibi borçlu aleyhine sonraki aşamaya geçiren bir icra takip işlemi niteliğinde olmayacağı için durma süresinden etkilenmeyecektir.⁴⁹

2- Yardımcı İcra Organlarının Tatil Nedeniyle Durdurulan İcra Takip İşlemleri

Yardımcı icra organı niteliğindeki mahkemelerce verilen bazı kararlar mevcut takibin bir sonraki aşamaya geçmesinde rol oynayan önemli yapı taşları olduğundan sürdürülen takip açısından icra takip işlemi niteliğindedirler. Yardımcı icra organlarınca gerçekleştirilen bazı önemli icra takip işlemlerine genel mahkemelerce görülen itirazın iptali davası sonucunda borçlunun itirazının iptal edilmesini veya icra mahkemesince itirazın kaldırılması kararının verilmesini, borçtan kurtulma davasının reddi kararı verilmesini, borçlu tarafından açılan menfi tespit davasında davanın reddi kararı verilmesini, istihkak davasına ilişkin karar verilmesini veya alacaklı lehine genel

⁴⁸ Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhur-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>; Benzer görüş için bkz. Oğuzhan Taşkın, 29.03.2020; Korona Günlerinde Maaş Haczi, <https://www.hukukihaber.net/korona-gunlerinde-maas-haczi-makale,7609.html>

⁴⁹ Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhur-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

mahkeme tarafından ihtiyati haciz kararı verilmesini gösterebiliriz. Ancak burada sürelerin durumu icra takiplerinden çok davaların ve yargılamaların durmasıyla ilgili fıkra kapsamında ele alınmalıdır. Genel mahkemede görülen istirdat davasıyla ilgili karar ise icra takibinin ilerlemesini sağlama, alacaklının alacağına yaklaşma ve borçluya karşı yapılmış olma unsurlarını taşımaz.⁵⁰ Bunun neticesinde istirdat davası ile ilgili genel mahkemece verilebilecek lehe veya aleyhe kararlar icra takip işleminin unsurlarını taşımadığı için icra takip işlemi olarak kabul edilemez.⁵¹

İcra takibinin devamı için genel mahkemede dava açma süreleri veya açılan dava süresince mahkeme veya taraflarca yapılan işlemler ise borçlu aleyhine henüz yeni bir durum yaratmadığı için icra takip işlemi sayılmazlar. Ancak genel mahkemelerde veya icra mahkemesinde açılacak davaya ilişkin süreler ve açılan dava süresince mahkeme veya taraflarca yapılan, normal koşullarda icra takip işlemi sayılmayacak işlemler, 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1-1-a ile durdurulmuştur. Buna göre dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikayet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hakim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13.03.2020 (bu tarih dahil) tarihinden itibaren durdurulmuştur⁵². Böylece her ne kadar icra veya taraf takip işlemi

⁵⁰ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 252; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 225.

⁵¹ Boran Güneysu, s. 42.

⁵² Kanun sadece sürelerin durması yönünde düzenleme getirmektedir. Bunun anlamı durma süresi içinde dava açılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Dava açılmasıyla meydana gelen sonuçlar doğacaktır. Bu nedenle dava açılmasıyla meydana gelen maddi ve usul hukuka ilişkin sonuçlar doğacaktır. Durma süresi içinde tebligat yapılmasını önleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle taraflara durma süresi içinde tebligat yapılabilir. Ancak bu tebligat herhangi bir şekilde sürenin işlemeye başlamasını sağlamayacaktır. Örneğin durma süresi içinde davalıya dava dilekçesi tebliğ edilirse, davalı bakımından durma süresi olan 30.04.2020 tarihine kadar cevap süresi işlemeye başlamayacak bu sürenin bitiminden sonra süre işleyecektir. Bkz. Hakan Pekcanıtez, 28.03.2020; 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1.

olmasa dahi maddi hukuk, usul hukuku ve takip hukukuna ilişkin süreler ile işlemlerin durması konusunda oluşabilecek tereddüt ortadan kalkmıştır.

VI- SÜRELERİN DURUMU

İcra hukukunda ve yargılama hukukunda taraflar haklarını belirli bir süre içinde kullanılmak zorundadır. Bununla birlikte COVID-19 isimli salgın hastalığın ülkemizde görülmesine bağlı olarak, alınan tedbirler ve insanların sosyal temastan kaçınmaları nedeniyle kişilerin bu haklarını etkin bir şekilde kullanmaları ve süresi içinde hukuki işlemleri yapmaları zorlaşmıştır. Bu gerçeklikten hareketle kişilerin maddi hukuk, usul hukuku ve takip hukuku çerçevesinde süreye bağlı olan haklarının korunması amacıyla düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun'la sürelerin durdurulması yoluna gidilmiştir.

7226 sayılı Kanun'un geçici maddesinin 1-1-a bendine göre durma tarihinin başlangıcı 13.03.2020 (bu tarih dâhil) olarak belirlenen işlemler şunlardır;

- Dava Açma,
- İcra Takibi Başlatma,
- Başvuru,
- Şikâyet,
- İtiraz,
- İhtar,
- Bildirim,
- İbraz ve zamanaşımı süreleri,

-Hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler;

- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki süreler,

-5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki süreler,

- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ile bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler,

-Arabuluculuk ve Uzlaştırma kurumlarındaki sürelerdir.⁵³

7226 sayılı Kanun'un geçici maddesinin 1-1-b bendine göre durma tarihinin başlangıcı 22.03.2020 (bu tarih dâhil) olarak belirlenen işlemler ise şunlardır;

- İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler,

- Nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri,

- Yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması,

- İhtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemlerdir.

7226 sayılı Kanun'un geçici maddesine göre durdurma süresi ister 13.03.2020 isterse de 22.03.2020 den itibaren başlamış olsun her iki sürenin de bitiş tarihi 30.04.2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2480 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'na göre, şimdilik 15.06.2020 (bu tarih dahil)'dir. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden 16.06.2020 tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.⁵⁴

⁵³ 7226 sayılı Kanun'un geçici maddesinde (2. fıkra, (a) bendi) "Suç ve ceza, kabahat ve idari yaptırım ile disiplin hapsi ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süreleri" kapsam dışına çıkartılmıştır, yani bu süreler işleyeceği için gerekli başvurular yapılmak durumundadır. Böyle bir durumda icra ve iflâs suçlarına ilişkin şikâyet süreleri de bu süreçte işleyecektir. Ancak, icra ve iflâs suçu oluşturan durum bu zaman dilimine denk gelmişse (örneğin, taahhüdü ihlâl, mal beyanında bulunmama vs.), haklı ve meşru sebep kabul edilmelidir. Hatta bu konuda kanunun kabul ve uygulama tarihi değil, ondan önce salgının kamusal hale geldiği daha önceki zaman dilimi olarak kabul edildiği anlaşılan 13.03.2020 tarihi dikkate alınmalıdır. Bkz. Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

⁵⁴ Hukukta sürenin durması ile kesilmesi farklı kavramlardır. Basit bir anlatımla sürenin kesilmesi, işlemiş olan sürenin sıfırlanması, kesilme nedeni gerçekleş-tikten sonra en baştan başlaması anlamına gelir. Durma halinde ise daha önce işlemiş olan süreler, durma sebebi ortadan kalktığıında, kaldığı yerden işlemeye devam eder. Örneğin, zamanaşımının durması demek, o ana kadar işlemiş olan

7226 sayılı Kanun'a göre durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Örneğin 15.03.2020 tarihinde alınmış bir ihtiyati haciz kararının icra edilmesi süresi 10 gündür. Durma kararı verilen 22.03.2020 tarihi itibarı ile alacaklının bu kararı icra ettirebilmesi için üç gün süresi kalmıştır. Durma süresinin başladığı 22.03.2020 tarihi itibarı ile alacaklının kararın icrası için on beş günden az süresi kaldığı için durma süresinin şimdilik sona ereceği 15.06.2020 tarihini takip eden günden itibaren on beş gün daha icraya başvurma hakkı olacak ve alacaklı 30.06.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) kararın icrasını isteyebilecektir.

Diğer bir örnek verecek olursak, kural olarak borçlunun ödeme emrine yaptığı itiraz üzerine alacaklıya itirazın kaldırılması için tanıyan hak düşürücü süre itirazın tebliğinden itibaren altı aydır. Somut olayda durma kararı verilen 22.03.2020 tarihi itibarı ile alacaklının itirazın kaldırılmasını talep edebilmesi için iki aylık hak düşürücü süresi kaldığını kabul edelim. Durma süresinin başladığı 22.03.2020 tarihi itibarı ile alacaklının itirazın kaldırılması için on beş günden fazla süresi olduğu için, on beş günlük uzama süresi onu etkilemeyecek, alacaklı için sadece 22.03.2020 tarihinden itibaren (iki aylık hak düşürücü) süre durmuş kabul edilerek 15.06.2020 tarihinden itibaren tekrar işlemeye başlayacaktır. Bu bağlamda alacaklı 15.08.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) itirazın kaldırılmasını isteyebilecektir. Kanun koyucunun İİK'da yasal süresi on beş günden az olan işlemlere dahi durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün ek süre vermesinin nedeni, salgının sona ermesiyle birlikte bir anda yargı mercilerinde oluşacak yoğunluğun önlenmek istemesi olarak kabul edilebilir.

zamanaşımı süresinin işlediği noktada durması, buna yol açan sebebin ortadan kalktığı andan itibaren, kaldığı yerden işlemeye devam etmesi demektir. Daha önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı durmuşsa, sebep ortadan kalkınca, zamanaşımı kaldığı yerden işlemlerini sürdürür. Diğer bir deyişle, işlemiş bulunan süreler dikkate alınır, geri kalan süre için zamanaşımı yeniden işlemeye devam eder. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.09.2013 tarihli ve E:2013/15-169, K:2013/1365 sayılı Kararı. Bkz. Burak Y. Aslanpınar, <https://www.hukukihaber.net/hukuki-surelerin-koronavirus-covid-19-salgini-nedeniyle-durdurulmasi-ve-surelerin-yeni-son-gunlerinin-belirlenmesi-makale,7595.html>

VII-OLAĞANÜSTÜ HALLERİN ORTAYA ÇIKMASI NEDENİYLE YARGISAL SÜREÇLERİN DURDURULMASINA İLİŞKİN DİĞER KANUNLARDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Cumhurbaşkanı Kararı ve 26.03.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un geçici maddesi dışında ülkemizde daha önceden yaşanan kuraklık, sel, deprem gibi olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde uygulamaya konularak çiftçiyi, üreticiyi, yoksulları koruyan kanunlar mevcuttur. Bunların başlıcaları şunlardır:

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun: Cumhurbaşkanı Kararı ve 7226 sayılı Kanun’un geçici maddelerinde 6183 sayılı Amme Alacaklarına ilişkin açık bir düzenleme yer almakla birlikte 7226 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen sürelerinde 22.03.2020 tarihinden itibaren duracağı belirtilmiştir. Salgına ilişkin düzenlemelerin amacı göz önüne alındığında geçici madde metninde her ne kadar açıkça zikredilmese de “takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar” ifadesinin amme alacaklarının takibine ilişkin süreleri de kapsadığı ve bunları da durduracağı kabul edilebilir. Aksi bir düşünce kamu alacakları ile bireylerin alacakları arasında eşitliği zedeleyecek, kamu alacaklarını birey alacaklarının önüne geçirerek haksız bir rekabet durumu yaratacaktır.⁵⁵

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da “Tabii Afetler Sebebiyle Terkin” başlığı altında Kanun’un 105. maddesinde yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara maruz kalan varlıklarının ve mahsullerinin en az

⁵⁵ Kamu alacaklarına ilişkin özel düzenleme yapılmaması doğru olmamıştır. Zaten kendisi eleştiriye açık olan ve alacaklı tarafta yer alan kamunun tek tarafı olarak takip yapması sonucunu doğuran 6183 sayılı Kanun’un kapsama alınmaması sebebiyle, şu anda ancak kamunun fiilen aynı sürede bu alacakların takip ve tahsilini durdurması önerilebilir. Fakat bu sürelerin işlenmesi vs. hususlar ortadan kalkmayacak, sadece idarî yargıyla ilgili düzenlemelerden yararlanılması mümkün olabilecektir. Devletin bireylere, siz alacaklarınızı almayın ama ben tahsilata devam edeyim demesi, hak aramada eşitliği zedeleyecek bir durum olup temel hakları da ihlâl sonucunu doğurabilecektir. Bkz. Atalay/Özekes, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar/>

üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili amme alacaklarının Cumhurbaşkanı kararı ile kısmen veya tamamen terkin olunabileceği düzenlenmiştir. Bu madde hükmünden faydalanmak için afetin vukuu tarihinden itibaren 6 ay içinde ilgili amme idaresine yazı ile müracaat edilmesi şarttır. Bu madde şumulüne giren bir zararın mevcut olup olmadığı mahalli il veya ilçe idare kurullarınca, zararın derecesi, Maliye Vekaletince genel olarak belirtilecek esaslar dahilinde ilgili amme idarelerince tespit olunacaktır. Vergi Usul Kanunu mevzuuna giren amme alacakları hakkında mezkûr kanunun 105 inci maddesi hükümleri tatbik olunur.

Vergi Usul Kanunu: Verginin terkinin başlığı altında 115. madde de düzenlenen hükme göre yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, muzır hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzer afetler yüzünden: 1. Varlıklarının en az üçte birini kaybeden mükelleflerin bu afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili bulunan vergi borçları ve vergi cezaları; 2. mahsullerinin en az üçte birini kaybeden mükelleflerin, afete maruz arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına tesadüf eden yıla ait olarak tahakkuk ettirilen arazi vergisi borçları ve vergi cezaları; Maliye Bakanlığı'nca zararla mütenasip olmak üzere, kısmen veya tamamen terkin olunacağı düzenlenmiştir. Maliye Bakanlığı terkin yetkisini mahalline devredebilir. Zarar derecesini ve ilgili bulunduğu gelir kaynağını mahalli idare heyetleri yaptıracağı tahkikat üzerine tespit eder.

Gümrük Kanunu: Kanunun m. 10-1-b fıkrasına göre Tabii afetler, tehlikeli ve salgın hastalıklar, büyük yangınlar, radyasyon ve hava kirliliği gibi önemli nitelikteki kimyasal ve teknolojik olaylar ile büyük nüfus hareketleri gibi kriz hallerinde kriz bölgelerinde kullanılmak üzere yurt dışından gelecek araç, gereç, makine, teçhizat ve benzeri malzemelerin, giriş kayıtları tutulmak ve gümrük ile ilgili mevzuat gereğince yerine getirilmesi gereken işlemler sonradan yapılmak üzere, yurda girişine izin vermeye; bu şekilde yurda giren her türlü araç, gereç, makine ve teçhizatın tekrar yurt dışına çıkarılmalarına veya ihtiyaçlara ve günün şartlarına uygun olarak serbest dolaşıma girişine karar vermeye Müsteşarlığın bağlı olduğu Bakan yetkilidir.

VIII- YAPILAN DÜZENLEMELERE AYKIRI DAVRANILMASI HALİNDE BAŞVURULACAK YOLLAR

İcra hukuku, medeni hukukun aksine, hangi icra takip işlemlerinin hükümsüzlük hangilerinin iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğunu veya bunun kriterlerini açıkça belirtmemiştir.⁵⁶ İcra ve iflas takiplerinin durdurulması hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun'un geçici maddesi hem lafzı hem de amacı gereği kamu düzeninin (menfaatinin) korunması için düzenlenmiştir. Kamu düzenine aykırı icra takip işlemleri hükümsüzlük müeyyidesine tabidir.⁵⁷ Hükümsüz icra takip işlemleri her zaman için herhangi bir biçimsel hukuk yolu kullanılmadan da kendiliğinden geçersiz kabul edilir. Bu bağlamda icra mahkemesine şikâyet yolu ile yapılan başvuru sadece hükümsüz işlemin tespiti ve ortadan kaldırılması amacı ile yapılır. İcra ve İflâs Kanunu'nda hükümsüz işlemlere karşı şikâyet süresini sınırlayan bir hüküm yoktur. Ancak hukuki güvenliğin sağlanması ve üçüncü kişilerin haklarının korunması için, bu konuda üst sınır olarak takibin sona ermesinden itibaren bir yıl daha şikâyet hakkının bulunduğu doktrin ve Yargıtay tarafından genel olarak kabul görmektedir.⁵⁸

İcra mahkemesi tarafların şikâyeti olmasa bile dosya içeriğinden durma süresince yapılan işlem ile karşılaşır ise kamu düzenine aykırı bu işlemin hükümsüz olduğuna re'sen karar verebilmelidir.⁵⁹ İcra mahkemesinin kamu düzenine aykırı takip işlemlerine karşı vereceği iptal kararı esasen teknik anlamda hükümsüzlüğün tespiti kararıdır.⁶⁰

⁵⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Aile Hukuku" başlıklı ikinci kitabında, hukuka aykırı evlilik işlemlerine uygulanacak müeyyideler TMK m. 145 ile m. 160 arasında düzenlenmiştir. Hukuka aykırı evlenmelerden bir kısmının mutlak butlanla, bir kısmının ise nisbi butlanla geçersiz olduğuna yer verilmiştir.

⁵⁷ Hükümsüzlük yaptırımına tabi olan işlemlerle ilgili Türk hukukundaki uygulama bu işlemlerin süresiz şikâyete konu olmasıdır. Bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara-2015, (s. 1537-1550), s. 1547.

⁵⁸ Taşpınar Ayvaz, s. 1551; Pekcanıtez/Simil, s. 152; Arslan, s. 232; Yargıtay 12. HD., 26.02.2014 T.; 2014/29529 E. 2014/3943 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁹ Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibung und Konkursrechts, Bern-1997, s. 42.

⁶⁰ Taşpınar Ayvaz, s. 1548.

SONUÇ

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11.03. 2020 tarihinde Pandemi olarak ilan edilen COVID-19 hastalığı maalesef ülkemizde de görülmeye başlamıştır. Salgının ülkemizde yayılmasının en aza indirilmesi ve kişilerin sağlığının korunması amacıyla birçok idari tedbir yanında yargısal tedbirlerde alınmıştır.

Yargısal tedbirlerle ilgili en önemli düzenlemeler 22.03.2020 tarihinde 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 26.03.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’a eklenen geçici madde hükümleridir. Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri, İYUK, CMK, HMK’deki sürelerin nerdeyse tamamının 30.04.2020 tarihine kadar durdurulmasını içeren 7226 sayılı Kanun’un geçici maddelerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte İcra ve İflas Kanunu m. 330 hükmüne dayanılarak hazırlanan ve maddedeki tüm şartları karşılayan Cumhurbaşkanlığı Kararı, aynı konuda TBMM tarafından yeni bir kanun düzenlemesi yapıldığı için hükümsüz hale gelmiştir.

7226 sayılı Kanun’un geçici madde 1-1-b fıkrası doğrudan hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı Kararı esas alınarak düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde de tartışma konusu olan 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 7226 sayılı Kanun arasında doğabilecek uygulama sorunlarını 7226 sayılı Kanun fıkralarına taşımıştır. Zira Kanun’un geçici madde 1-1-a fıkrası ile 1-1-b fıkrasında özellikle icra takibine ilişkin konularda aynı işlemlerden bahsedildiği halde iki fıkra hükmü farklı durma tarihleri belirlemiştir.

Aynı kanunun maddeleri arasında çelişki söz konusu ise bu sorun ne Lex Superior’a (üst kanun alttakini ilga eder) ne de Lex Posterior’a (sonraki kanun öncekini ilga eder) göre düzenlenebilir. Böyle bir çelişkiyi çözmek için Lex Specialis (özel hüküm genel hükmü ilga eder) gereği özel hüküm niteliğinde olanı uygulanır. Genel nitelikte olanı ihmal edilir. Bu bağlamda Kanun’un 1-1-a fıkrasındaki işlemlerin, b fıkrasında düzenlenen işlemlere göre teker teker sayılarak tarif edildiği ve özel nitelikte olduğu, b fıkrasındaki işlemlerin Cumhurbaşkanlığı

kararında önceden düzenlenen işlemlerin tekrarı niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulursa a fıkrası yeni bir düzenleme olduğu için iki fıkra arasındaki çelişen işlemlerde a fıkrasındaki tarih (13.03.2020) durma tarihi olarak kabul edilebilir. Çelişmeyen durumlarda ise b fıkrasındaki tarih (22.03.2020) durma tarihi olarak kabul edilebilir.

7226 sayılı Kanun geçici maddeleri yargısal süreçleri başta 30.04.2020 tarihine kadar durdurmuş ve gerekli görürse Cumhurbaşkanı bu süreyi 6 aya kadar uzatma yetkisi vermiştir. Cumhurbaşkanı salgın nedeniyle bu yetkisini 30.04.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2480 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile kullanmış, 7226 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen durma süresi 01.5.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar uzatılmıştır.

7226 sayılı Kanun’un geçici maddeleri hemen hemen bütün takip işlemleri ve yargısal süreçleri durdurmakla birlikte Kanun’un geçici madde 1-1-b hükmü gereğince durma süresince yalnızca İİK m. 206’nın birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklardan nafaka alacakları için haciz yoluyla takip yapılabilecektir. Kanun koyucunun salgın süresince sosyal devlet ilkesi gereği takibe devam etmesine müsaade ettiği nafaka alacakları; nakden ifası gereken tedbir nafakası, iştirak nafakası, yoksulluk nafakası gibi aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacaklarıdır. Nafaka alacakları için yapılan bu takiplerde satış işlemlerine de devam edilebilecektir. Ancak nafaka alacaklarına ilişkin takiplerde sıra cetveli düzenlendikten sonra kesinleşmesini engellemek için, ilgililer tarafından şikâyet veya itiraz davası yoluna gidildiğinde nafakaya ilişkin takip de duracaktır. Böyle bir durumda salgın sürecinde nafaka alacaklısının mağduriyetini önlemek adına İİK m. 138/1 ve m. 142/a da düzenlenen erken ödeme (geçici dağıtma) hükümlerine başvurulabilecektir.

İmtiyazlı alacaklardan olan işçi alacakları ve rehinli alacaklar için ise 7226 sayılı Kanun’da bir muafiyet öngörülmemiş olup yapılacak takiplere ilişkin 22.03.2020 tarihinden itibaren takip talebinde bulunulamayacaktır. Bu tarihten daha önce başlamış takipler ise 13.03.2020 tarihinden şimdilik son uzatma tarihi olan 15.06.2020 tarihine kadar durdurularak sürelerin işlemeye devam etmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte re-

hinli taşınır veya taşınmaz malların satışından sonra, ihale kesinleşmiş ve bu aşamada durma süresi devreye girmiş ise, bu durumda satılan malın teslimi ve taşınmaz malların tapuya tescili için müzekkere yazılması takip sonunda paranın alacaklıya ödenmesinde olduğu gibi icra takip işlemi niteliğinde olmayacağı için durma süresinden etkilenmemelidir.

Salgın sürecinde duran ihtiyati haciz gibi koruyucu tedbirler ve yargısal işlemler nedeniyle kötüniyetli borçlular yapacakları tasarruf işlemleri ile malvarlığını eksilterek alacaklılara zarar verme yoluna gidebilecektir. Bu olumsuz durumdan etkilenen alacaklıların başvuracakları tasarrufun iptali davasında bu dönemde yapılacak tasarrufa tâbi işlemlerde ispat ve kanaat oluşturması daha kolay olabilecektir. Buna ilave olarak alacaklılar, borçlunun salgın nedeniyle durma süresinden istifade ederek İİK m. 331’de düzenlenen “alacaklısını zarara sokmak amacı ile malvarlığını eksiltme suçunu” işlediğini şikâyet yolu ile ileri sürerek cezalandırılmasını isteyebilecektir.

2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun’un geçici maddelerinde 6183 sayılı amme alacaklarına ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte 7226 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen sürelerin de 22.03.2020 tarihinden itibaren duracağı belirtilmiştir. Salgına ilişkin düzenlemelerin amacı göz önüne alındığında geçici madde metninde her ne kadar açıkça zikredilmese de “takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar” ifadesinin amme alacaklarının takibine ilişkin süreleri de kapsadığı ve bunları da durduracağı kabul edilmelidir. Aksi bir düşünce kamu alacakları ile bireylerin alacakları arasında eşitliği zedeleyecek, kamu alacaklarını birey alacaklarının önüne geçirerek haksız bir rekabet durumu yaratacaktır.

7226 sayılı Kanun’un geçici maddelerine göre durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği gün olan 15.06.2020 tarihini takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Bu bağlamda örnek olarak 15.03.2020 tarihinde alınmış bir ihtiyati haciz kararının icra edilmesi süresi normalde 10 gündür ve durma kararı verilen 22.03.2020 tarihi itibarı ile alacaklının bu kararı icra ettirebilmesi için

üç gün süresi kalmıştır. 7226 sayılı Kanuna göre durma süresinin başladığı 22.03.2020 tarihi itibarı ile alacaklının kararın icrası için on beş günden az süresi kaldığı için durma süresinin şimdilik son uzatma tarihi olan 15.06.2020 tarihini takip eden günden itibaren on beş gün daha icraya başvurma hakkı olacak ve alacaklı 30.06.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) kararın icrasını isteyebilecektir.

Salgın sırasında azalan veya duran ticari faaliyetler, salgın sonrasında borçluları likidite sorunu ile yüz yüze bırakabilecektir. Bu durumda borçlularını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında olan borçlular için başvurulabilecek en elverişli hukuki çare konkordato kurumuna müracaat etmektir. Gerek şirketler gerekse kişilerin başvurabileceği konkordato kurumu sayesinde şartları taşıyan borçlular, bir yandan malvarlığını koruyarak ticari faaliyetlerine devam ederken diğer yandan belirli süre için kamu alacakları da dahil olmak üzere icra takiplerinden ve iflastan kurtulma imkanına sahip olacaklardır.

İcra ve iflas takiplerinin durdurulması hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 sayılı Kanun'un geçici maddesi, hem lafzı hem de amacı gereği kamu düzeninin (menfaatinin) korunması için düzenlenmiştir. Bu nedenle durma süresince yapılması yasak olan icra takip işlemleri kamu düzenine aykırıdır ve hükümsüzlük müeyyidesine tabidir. Hükümsüz icra takip işlemleri her zaman için herhangi bir biçimsel hukuk yolu kullanılmadan da kendiliğinden geçersiz kabul edilir. Bu bağlamda icra mahkemesine şikâyet yolu ile yapılan başvuru sadece hükümsüz işlemin tespiti ve ortadan kaldırılması amacı ile yapılacaktır.

Kaynakça

- Amonn Kurt/Gasser Dominik, Grundriss des Schuldbetreibung und Konkursrechts, Bern-1997.
- Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern-2003.
- Arslan Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Ankara-2019.
- Arslan Aziz Serkan, Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.142, Y.32, Mayıs Haziran 2019, (s. 249-273).
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara-2019.

- Aslanpınar Burak Y., 26.03.2020; <https://www.hukukihaber.net/hukuki-surelerin-koronavirus-covid-19-salginini-nedeniyle-durdurulmasi-ve-surelerin-yeni-son-gunlerinin-belirlenmesi-makale,7595.html>
- Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, 23.03.2020; İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar: <https://blog.lexpera.com.tr/iik-m330-hukmunu-uygulayan-cumhurbaskanligi-karari/>
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/ Erdoğan Ersin, İcra ve İflas Hukuku, Ankara-2019.
- Brügger Erwin, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, 2006-Zürich.
- Dallèves Louis, Fristen, Betreibungsferien, Rechtsstillstand, SJK Karte 518, Genève, 26. August 1985.
- Favre Antoine, Cours de Droit des Poursuites, Fribourg-1953, Almanca tercümesi, E.Steiner tarafından, Schuldbetreibungs-und Konkursrecht, Freiburg-1956.
- Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischen Recht. 2. Auflage, B. II, Zürich-1968.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa-2011.
- Jaeger Carl/ Walder Hans Ulrich/ Kull M. Thomas/ Kottmann Martin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art.1-158, Zürich-1997.
- Jaeger Carl, Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 3. Auflage, Zürich-1911.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013.
- Boran Güneysu Nilüfer, İcra Takip İşlemleri, *TBB Dergisi*, S. 101, Ankara-2012, (s. 31-60).
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özekes Muhammet/Boran Güneysu Nilüfer, 05.04.2020; KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Küllî İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış, <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukundayargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/>
- Özekes Muhammet, 18.04.2020; 7226 sayılı Kanun'un (ve İİK m. 330'un) Açık Hükmü ile Açık Yargıtay Kararlarına Rağmen Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığı'nın Maaş Kesintilerine İlişkin Görüşü Hukuka, Kanuna ve Yargıtay İçtihatlarına Açıkça Aykırıdır, <https://blog.lexpera.com.tr/adalet-bakanligi-icra-isleri-daire-baskanliginin-maas-kesintilerine-iliskin-gorusu-hukuka-aykiri-dir/>
- Öztek Selçuk/Budak Ali Cem/Yeşilova Bilgehan/Tunç Müjgan/Kale Serdar, Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanun'la Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285 – 309 Şerhi, Ankara-2018.
- Pekantez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul-2019.
- Pekantez Hakan/Simil Cemil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul-2017.

- Pekcanıtez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul-2018.
- Pekcanıtez Hakan/Erişir Evrim, 6352 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, *İBD*, C. 86, S. 6 (s. 17-40), İstanbul-2012.
- Pekcanıtez Hakan, 28.03.2020; 2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi, <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/>
- Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Band I, II, Art 1-87, Art 88-220, Basel/Genf/München-1998.
- Taşkın Oğuzhan, 29.03.2020; Korona Günlerinde Maaş Haczi, <https://www.hukuki-haber.net/korona-gunlerinde-maas-haczi-makale,7609.html/>
- Taşpınar Ayvaz Sema, İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara-2015, (s. 1537-1550).
- Umar Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir-1973.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul-2000.
- Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs, 17. Auflage, Zürich-2007.
- Wyssen Hugo, Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand (Art. 56 FF. SCHKG), Basel-1995.
- Yıldırım Kâmil Mehmet/Yıldırım Nevhis Deren, İcra Hukuku, 5.Baskı, İstanbul-2012.
- Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara-2016.
- Yılmaz Ejder, Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması (Batider 1977/IX/1 s. 153-191).

BORÇLAR HUKUKUNDA TEMSİL YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI

ABUSE OF PROCURATION WITHIN THE SCOPE OF THE LAW OF OBLIGATIONS

Gülşah Sinem AYDIN*

Özet: Uygulamada temsilcinin temsil olunanın menfaatine aykırı biçimde davrandığı durumlarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Görünüm olarak temsil yetkisinin sınırları içinde kalmakla beraber, temsilcinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde, yapması gerekenleri yapmayarak ya da yapmaması gerekenleri yaparak, temsil yetkisini temsil olunanın menfaatine aykırı şekilde kullanması halinde temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilir. Türk Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin hükümleri arasında temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda hangi hükümlerin uygulanması gerektiği hususu tartışmalıdır. Çalışmada temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının hukuksal dayanağı, unsurları, temsil yetkisinin kötüye kullanılması halleri, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları kapsamında yapılan hukukî işlemin geçerliliği ile iade ve tazminat talepleri, Türk, İsviçre ve Alman öğretisinde ileri sürülen görüşler ve ilgili Yargıtay kararları ışığında ele alınmış, savunduğumuz görüşler gerekçeleri ile ortaya konmuştur. Ayrıca temsil yetkisinin kötüye kullanıldığının ispatı zor ve önemli bir sorundur. Bu nedenle çalışmada temsil yetkisinin kötüye kullanılması konusunda ispat yüküne ve Yargıtay kararlarında ispat konusunda kabul edilen karinelere de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Temsil Yetkisi, Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanılması, Hileli Anlaşma, Yetkisiz Temsil

Abstract: In practice, many situations where the representative's acts contrary to the interests of the principal are frequently encountered. Although being within the boundaries of procuration in appearance, the procuration is abused if the representative uses the procuration in a way contrary to the interests of the principal, in contradiction with the principle of acting in good faith, by not doing what he should do or by doing what he should not do. There is no specific provision regarding the abuse of procuration under the Turkish Code of Obligations. Thus there is a controversy on the provisions to be applied in this case. In this study, the legal basis of

* Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-0336-6732, gsaydin@nku.edu.tr, Makale Gönderim Tarihi: 26.11.2019, Kabul Tarihi: 26.11.2019

the abuse of procuration, the components, the cases forming abuse of procuration, the validity of the transaction, claims for return and compensation within the scope of the consequences of the abuse of procuration shall be discussed in the light of the opinions put forward in the Turkish, Swiss and German doctrines and relevant Supreme Court decisions. As well, our opinion shall be presented with the argumentation. Since the proof of abuse of procuration is a difficult and important problem, the burden of proof on the abuse of procuration and the presumptions adopted in the Supreme Court decisions shall also be included in the study.

Keywords: Procuration, Principle of Acting in Good Faith, Abuse of Right, Fraudulent Agreement, Unauthorized Representation

GİRİŞ

Bir hukukî işlemin, o hukukî ilişkiye taraf olacak kimse tarafından yapılması kural olarak zorunlu değildir. İşlem, işleme taraf olacak kimsenin temsilcisi tarafından da yapılabilir. Temsilci tarafından açıklanan irade beyanı neticesinde kurulan işlem temsilciyi değil, temsil olunanı bağlar. Bu kapsamda temsilde; temsil olunan, temsilci ve temsilci ile hukukî işlemi kuran üçüncü kişi olmak üzere üç kişi bulunur.¹ Burada iki ayrı hukukî işlem vardır. Birincisi temsil olunan ve temsilci arasındaki temsil yetkisinin verilmesine ilişkin işlemidir. İkincisi ise temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan hukukî işlemidir (örneğin satış sözleşmesi).² Temsilcinin hukukrmekesirı mekle görevlisininin dan lrg, Einleitungensartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016, ol niü işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapmasıyla, işlemin hukukî sonuçlarının temsil olunan üzerinde

¹ Bruno Von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 152; Andreas Von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. auflage, Zürich 1979, s. 348; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. baskı, Ankara 2019, (Borçlar Genel), N. 1325; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 22. bası, Ankara 2018, s. 307, s. 313; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, (Necip Kocayusufpaşaoğlu), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. basıdan 5. tıpkı bası, İstanbul 2010, § 45, N. 1, N. 5; İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 4. baskı, Ankara 2019, s. 101; Murat Doğan/Gökhan Şahan/İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 1. baskı, Ankara 2019, s. 157; Serdar Nart, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 1 (Madde 1-82), Temsil, m. 40-48, 3. baskı, İstanbul 2019, m. 40, N. 1-2.

Murat M. İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. baskı, İstanbul 2009, s. 7.

² Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 6.

doğmasına doğrudan doğruya temsil denir.³ Çalışmanın konusu da bu kapsamda borçlar hukukunda doğrudan doğruya temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile sınırlı olup, dolaylı temsil olarak adlandırılan vekâlet ilişkisi çalışmanın kapsamı dışındadır.⁴ Ayrıca çalışmada temsil yetkisinin kötüye kullanılması borçlar hukuku kapsamında ele alındığından, saf/basit anlamda temsil sayılmayan, örneğin dernek başkanının derneğin organı ve organ vasfından kaynaklanan temsilcisi olarak bu yetkisini kötüye kullanması, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkisini kötüye kullanması ya da ticaret şirketleri alanında temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumları çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Temsilci kullanılması, mesleki ve toplumsal anlamda işlere yeti-şilebilmesi için hızluluk bakımından çoğu zaman bir zorunluluktur.⁵ Diğer taraftan temsil olunan bir kişiye temsil yetkisi vermekle, kendi adına sözleşme kurulmasına izin vererek bir risk üstlenmektedir.⁶ Bununla beraber bir kimseye temsil yetkisi verilmesi, bu yolla temsil yetkisini verenin menfaatine aykırı işlem de yapılabileceği anlamına gelmez. Temsilcinin bu yetkisini temsil olunanın menfaatini gözeterek

³ Von Tuhr/Peter, s. 348; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993, s. 167; Eren, Borçlar Genel, N. 1326; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. auflage, Zürich 1988, s. 596; Ayfer Kutlu Sungurbey, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 9; Kılıçoğlu, s. 311; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. bası, İstanbul 2019, N. 670; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. auflage, Bern 2016, N. 40.02; İbrahim Kaplan, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 6. baskı, Ankara 2012, s. 132; Erdoğan, s. 107; İnceoğlu, s. 7.

⁴ Dolaylı temsilin TBK m. 40-48 hükümlerinde düzenlenen temsilin dışında bir durum olduğuna ilişkin bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 669; Gerçek anlamı ile temsilin doğrudan doğruya temsil olduğu, borçlar hukukunda temsil denilince, bundan aksi belirtilmedikçe gerçek anlamı ile temsilin yani doğrudan doğruya temsilin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Kocayusufoğlu, § 45, N. 15; Aynı yönde bkz. Halûk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, İstanbul 2018, N. 83; Erol Cansel/Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenmiş 2. baskı, Ankara 2017, N. 604; Krş. Nart, m. 40, N. 8.

⁵ Von Büren, s. 152; Kılıçoğlu, s. 307; Erdoğan, s. 101; Nart, m. 40, N. 1.

⁶ Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§1-240, 5. auflage, München 2006, §§ 164-185, § 164, N. 106; Eberhard Schilken, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2004, §§ 164-181, § 167, N. 91.

kullanması gerekir.⁷ Ancak uygulamada temsilcinin, bazen de temsilci ile beraber onunla işlem yapan üçüncü kişinin, temsil olunanın menfaatine aykırı hareket ettikleri görülmektedir. Belirtilmelidir ki temsil olunanın aldığı riske rağmen, temsilcinin görünüm olarak geçerli şekilde verilmiş temsil yetkisinin kapsamında kalmakla birlikte, temel ilişkiden doğan borçları ile bağdaşmayacak biçimde temsil olunanın menfaatine aykırı hukukî işlem yaparak temsil yetkisini kötüye kullanmasına hukuk düzeninin izin vermesi kabul edilemez.⁸

Bu kapsamda çalışmada ilk olarak borçlar hukukunda doğrudan doğruya temsil bakımından temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumunun hukuksal dayanağı tespit edilerek tanımı yapılacak, devamında temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının unsurları ile kötüye kullanma halleri ele alınacaktır. Sonrasında çalışmada temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları irdelenecek ve ispat konusu üzerinde durulacaktır.

I. Hukuksal Dayanak ve Tanım

Temsilci temsil yetkisini kullanırken, temsil olunanın iradesine aykırı fiil ve işlemlerden kaçınmalı, onu zarara uğratmadan onun menfaatine olacak şekilde hareket etmelidir.⁹ Ancak uygulamada temsilci tarafından görünüm olarak temsil yetkisinin sınırları içinde kalınmakla birlikte,¹⁰ temsilin amacına ve temsil olunanın menfaatine aykırı

⁷ "Hiçbir vekâletname, vekil eden tarafından hakkının yok edilmesi için verilemez. Vekâletnamenin vekil edene sağlayacağı belirli bir yarar vardır. Vekil vekâletnamenin amacı dışına çıkıp, müvekkili aleyhinde tasarruflarda bulunamaz", Y. 1. HD, E. 1983/10691, K. 1983/10530, T. 17.10.1983, Eraslan Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. bası, Ankara 2016, s. 1321.

⁸ Şener Akyol, Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, (Temsil), s. 377-378.

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 1; İnceoğlu, s. 332.

¹⁰ Von Tuhr/Peter, s. 363; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 183; "BK'nın temsile ve vekâlet aktine ilişkin hükümlerinden anlaşılacağı üzere vekâleten temsil yetkisi kural olarak vekâlet verenin yararına kullanılmalıdır. Eğer vekil vekâletnameye dayalı temsil yetkisini vekâlet verenin zararına kendisinin ya da iş ve elbirliği yaptığı anlaşılın başka birinin yararına kullandığı takdirde yapılan işlem temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalmış olsa bile vekâlet vereni (temsil olunanı) bağlamaz", Y. 1. HD, E. 1986/10872, K. 1986/10913, T. 10.06.1986, Özkaya, s. 1315; Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; YHGK, E. 1992/1-779, K. 1993/116, T. 17.03.1997, Özkaya, s. 1243.

biçimde davranıldığı durumlarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Örnek olarak, kendisine dilediği bedelle satma yetkisi verilen bir temsilcinin temsile konu olan taşınmazı değerinin çok altında bir bedelle satması¹¹ ya da kendisine dilediği bedelle satın alma yetkisi verilen bir temsilcinin temsil olunan adına çok yüksek bedelle taşınmaz satın alması¹² verilebilir. Yine uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir başka örnek kiraya verme yetkisi verilen bir temsilcinin, kiralananı çok düşük bir kira bedeli ile kiralamasıdır.¹³ Belirtilmelidir ki bu durum yetkisiz temsilden farklıdır. Zira burada temsil yetkisinin kapsamı bakımından değil, kullanılma tarzı bakımından sorun çıkmaktadır.¹⁴

Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁵ temsile ilişkin hükümleri arasında temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, hukuksal dayanak bakımından öğretilerde tartışma bulunmaktadır. Öğretilerde bu durumda yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin (TBK m. 46 vd.; OR Art. 38 vd.) uygulanması gerektiği yönünde görüş bulunduğu gibi, culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulması gerektiği yönünde de görüş bulunmaktadır.¹⁶

Diğer bir görüş uyarınca temsilcinin temsil yetkisini temsil olunanın menfaatine uygun şekilde kullanma yükümlülüğünün hukuksal dayanağı, temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkidir. Bu yükümlülüğe örnek olarak vekilin sadakat ve özen borcu (TBK m. 506/II) verilmektedir. Buna göre vekil vekâleti, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmelidir.¹⁷

¹¹ Kutlu Sungurbey, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 1; Mustafa Alper Gümüş, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, (Özen), s. 278-279; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-II, 3. bası, İstanbul 2014, (Borçlar Özel), s. 172-173; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1, Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2019, N. 2817.

¹² Kutlu Sungurbey, s. 12; Fatma Zeynep Altuner, Yetkisiz Temsil, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 44.

¹³ Gümüş, Özen, s. 278-279; Gümüş, Borçlar Özel, s. 173.

¹⁴ Roger Zäch/Hans Reiner Künzle, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990, Art. 38, N. 14; İnceoğlu, s. 333, dn. 891.

¹⁵ Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

¹⁶ Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 15-16.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 1; Bu yönde bkz. Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, Ankara 2017, s. 160-

Öğretideki başka bir görüşe göre ise temsilde temsil olunan temsilciye güvenmekte, onun kendi yararına işlem yapacağı inancı ile temsil yetkisi vermektedir.¹⁸ Bu nedenle temsilci temsil yetkisini kullanırken, dürüstlük kuralına uygun şekilde temsil olunanın iradesine aykırı fiil ve işlemlerden kaçınarak, onu zarara uğratmadan onun menfaatine olacak şekilde hareket etmekle yükümlüdür.¹⁹ Böylece temsilcinin temsil yetkisini temsil olunanın menfaatini gözeterek kullanma yükümlülüğü TMK²⁰ m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralın-

-
- 161; Vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat ve özen borcu bakımından bkz. Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 407 vd.
- 18 İnceoğlu, s. 339; Temsil yetkisi bakımından temel ilişki olabilecek vekâlet sözleşmesine yönelik benzer yönde tespit yapan karar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016: "... vekâlet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar", www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.
- 19 İnceoğlu, s. 332; Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da temsilcinin temsil yetkisini kullanırken dürüstlük kuralını göz ardı edemeyeceğini vurgulanmıştır: "... vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez", YHGK, E. 2013/1-1290, K. 2014/1057, T. 17.12.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Dilediği bedelle dilediği kişilere satış yetkisi" sınırsız bir yetki değildir. Böyle bir yetkiye sahip vekilin taşınmazları yok pahasına satabileceği, vekil edenini zarara sokabilme hakkına sahip bulunacağı düşünülemez. Hiçbir vekâletname, vekil eden tarafından hakkının yok edilmesi için verilemez. Vekâletnamenin vekil edene sağlayacağı belirli bir yarar vardır. Vekil vekâletnamenin amacı dışına çıkıp, müvekkili aleyhinde tasarruflarda bulunamaz. ... Eğer vekil, müvekkilinin var sayılan milyon değerindeki malını yukarıda yazılı nitelikte bir yetkiye dayanarak 15.000.-liraya, hem de bir akrabasına satmış ise, 'vekâlet görevini iyi bir suretle ifa ettiği' söz konusu olamaz. Vekâlete dayalı böyle bir tasarruf MK'nun 2'nci maddesinde yazılı objektif iyi niyet kuralı ile asla bağdaşmaz. Böyle bir olgu hayatın olağan akışına, ülkemizin ekonomik gerçeklerine de ters düşer. 'Al da milyonluk malımı on beşbin liraya sat' yetkisini vermek insan doğasına aykırıdır", Y. 1. HD, E. 1983/10691, K. 1983/10530, T. 17.10.1983, Özkaya, s. 1321; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2016/2925, K. 2019/2686, T. 16.04.2019; Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016; Y. 1. HD, E. 2008/3961, K. 2008/5456, T. 01.05.2008; YHGK, E. 2007/1-609, K. 2007/595, T. 19.09.2007; YHGK, E. 1993/1-460, K. 1993/699, T. 03.11.1993 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).
- 20 Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607, Yürürlük Tarihi: 01.01.2002.

dan²¹ kaynaklanır.²² Dolayısıyla temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumu da hukukî niteliği itibarıyla bir hakkın kötüye kullanılması halini oluşturmaktadır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmamasının hukuksal dayanağı ise TMK m. 2/II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.²³ Dürüstlük kuralı da hakkın kötüye kullanılması yasağının hukukî temelini oluşturmaktadır.²⁴ Ayrıca temsilcinin temsil olunanın menfaatini gözetme şeklindeki özen yükümlülüğünün varlığı için, temsil olunan ve temsilci arasında bir temel ilişkinin bulunması da gerekmez.²⁵ Bu nedenledir ki, söz konusu özen yükümlülüğünün soyutluk ilkesi gereği temel ilişkinin bulunmadığı bir temsil ilişkisini de kapsayacak şekilde dürüstlük kuralından kaynaklandığı kabul edilmelidir.²⁶

Gerçekten de her ne kadar uygulamada çoğu zaman temsilci ile temsil olunan arasındaki bir sözleşmeye (örneğin hizmet ya da vekâlet sözleşmesine) dayanılarak temsil yetkisi verilmekteyse de aslında temsil yetkisinin mutlaka bir temel sözleşmeye dayanılarak verilmesi zorunlu değildir. Temsil yetkisinin temelinde bir ilişki bulunmaya-

²¹ Dürüstlük kuralı ahlâkî temele dayalı, orta vasıfta, makul ve dürüst bir insanın davranışını gösterir. Dürüstlük kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. bası, İstanbul 2006, (Dürüstlük Kuralı), s. 12.

²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 183; Kutlu Sungurbey, s. 12, s. 14; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. bası, İstanbul 2014, s. 1204, dn. 236; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 417; Nomer, N. 83.3; Gümüş, Özen, s. 287, dn. 1194; Veysel Başpınar, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2004, s. 204; Akyol, Temsil, s. 382; İnceoğlu, s. 333, s. 338; Hulki Cihan, Temsil Yetkisinin Verilmesinin ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 66-67; Antalya, N. 2816.

²³ Kutlu Sungurbey, s. 14; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 1; İnceoğlu, s. 352; Cihan, s. 80; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, Medeni Hukuk, Cilt 1, Genişletilmiş 3. baskı, Ankara 2019, N. 1946, N. 1948 vd.; Aynı yönde İsviçre hukukunda Zäch/Künzle, Art. 38, N. 18-19; Alman hukukunda da temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakta olup, temsil yetkisinin kötüye kullanılması temelinde dürüstlük kuralını barındıran BGB § 242'ye dayandırılmaktadır. Bkz. Schramm, § 164, N. 106, N. 108, N. 110; Schilken, § 167, N. 97; Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, 11. auflage, München 2016, § 17, N. 57, § 20, N. 82.

²⁴ Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 23.

²⁵ İnceoğlu, s. 332.

²⁶ İnceoğlu s. 333; Cihan 67.

bileceği gibi,²⁷ söz konusu ilişki geçersiz veya sona ermiş de olabilir. Buna soyutluk prensibi ya da temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığı denilmektedir.²⁸ Bu nedenle *kanımızca* temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının hukuksal dayanağını TMK m. 2 olarak kabul eden görüş daha isabetlidir. Temsil yetkisinin verilmesi ile temsilci ve temsil olunan arasında dürüstlük kuralına göre edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kapsamında temsil olunanın menfaatine uygun davranma yükümlülüğünü içeren bir güven ve özen ilişkisi meydana gelmektedir. Temsil olunan, temsil yetkisinin kendisinin menfaatine aykırı davranılmadan kullanılacağı konusunda temsilciye güvenir. Dolayısıyla temsilcinin özen yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynaklandığı ve bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesinin bir hakkın kötüye kullanılması hali oluşturarak TMK m. 2'ye aykırılık meydana getireceği kabul edilmelidir.

Bununla birlikte bu görüşe, temsil yetkisinin TMK m. 2/II anlamında bir "hak" oluşturmadığı,²⁹ bu sebeple de burada hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği gerekçesiyle itiraz edilebilir.³⁰

²⁷ Tek başına bir yetkilendirme ile kurulan temsil yetkisinin anormal nitelik taşıdığı ve pek nadir hallerde ortaya çıkabileceği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 24; Schwenger, N. 42.07; Vekâletsiz temsilin mümkün olamayacağı yönünde bkz. Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. bası, İstanbul 2015, § 13, N. 4.

²⁸ Hugo Oser/Wilhelm Schönerberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art 1-183, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929, Art. 32, N. 26 vd.; Von Tuhr/Peter, s. 359; Max Keller/Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. auflage, Basel und Frankfurt am Main 1982, s. 60; Eren, Borçlar Genel, N. 1362, N. 1364; Bucher, s. 615; Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 698; Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 22, N. 24; Peter Gauch/Walter R.Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. auflage, Zürich 2008, N. 1351; Schwenger, N. 42.07; Kaplan, s. 133-134; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. baskı, Konya 2019, s. 126-127; Suat Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 206; Akyol, Temsil, s. 36-37; İnceoğlu, s. 26-27.

²⁹ Tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluğun görüşüne göre temsil yetkisi bir hak değildir. Bkz. Zäch/Künzle, Art. 33, N. 28-29; Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 5; Aksi yönde bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 1320; Temsil yetkisinin, talep yetkisi vermeyen ve bir hukukî ilişki yanında bulunan ikincil haklar kapsamında yetki hakkı niteliğinde olduğuna ilişkin görüş olarak bkz. Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, 8. bası, İstanbul 2017, § 9, N. 65-67.

³⁰ Bu yönde görüş hakkında bilgi için bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 17.

Ancak belirtilmelidir ki temsil yetkisinin bir hak sayılmadığı sonucuna varılsa bile, bu itiraz isabetli olmayacaktır. Çünkü TMK m. 2/II'nin uygulanabilmesi için mutlaka teknik anlamda bir "hakkın" bulunması gerekmez. Hukukî kurumların TMK m. 2/II anlamında kötüye kullanılması³¹ ve bu kapsamda temsil yetkisinin kötüye kullanılması da mümkündür. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralından bağımsız da değildir. Bütün hakların kullanılmasında uyulması gerekli olan kural, dürüstlük kuralıdır. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması halinde ise o hak kötüye kullanılmış olur.³² Böylece hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralının bir uygulama yönü olmaktadır.³³ Dürüstlük kuralı da yine sadece hakların kullanılmasını değil, ayrıca yetki ve hukukî kurumların -bu kapsamda çalışma öze- linde temsil yetkisinin- kullanılmasını da kapsayan genel bir hukuk

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, § 41, N. 5; Ernst A. Kramer, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 19-20, N. 114, N. 232; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 14. baskı, İstanbul 2019, N. 1254; Bettina Hürlimann-Kaup/Jörg Schmid, Einleitungensartikkel des ZGB und Personenrecht, 3. auflage, Zürich-Basel-Genf 2016, N. 296 a.

³² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, 25. bası, İstanbul 2019, N. 901; Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler, Ankara 1979, s. 320; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. auflage, Zürich 2009, s. 57 vd.; Aydın Zevkliler/Beşir Acabey/Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, 6. bası, Ankara 1999, s. 179; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 12. baskı, Ankara 2016, s. 201; Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2018, s. 295; Aksi yönde dürüstlük kuralının kanunun veya hukukî işlemin yorumlanması ile tamamlanması fonksiyonuna sahip olduğu, buna karşılık hakkın kötüye kullanılmasının uygulanacak hukuk kuralını düzeltici fonksiyona sahip olduğu ve değiştirici kural niteliği taşıdığı görüşünde bkz. Antalya/Topuz, N. 1786 vd.; Türk Medenî Kanunu m. 2/II'nin düzeltme görevi olduğuna ilişkin bkz. Hasan Erman, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. basım, İstanbul 2016, s. 107-108; Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının aynı ilkenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı ifadesi niteliğinde olduğu, bununla birlikte zaman içerisinde gösterdikleri gelişim ile dürüstlük kuralının, kanun hükümlerinin ve hukukî işlemlerin yorumlanması ile tamamlanması işlevini, hakkın kötüye kullanılmasının ise uygulanacak olan hukuk kuralını düzeltici işlevi yerine getirdiği görüşünde bkz. Şaban Kayıhan/Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. baskı, Ankara 2019, s. 392-393; Dural/Sarı, N. 1220.

³³ Oğuzman/Barlas, N. 901.

ilkesidir.³⁴ Bu nedenledir ki *kanımızca* temsil yetkisinin kullanılması bakımından dürüstlük kuralına bir aykırılık söz konusu ise TMK m. 2'nin kıyasen değil, doğrudan doğruya uygulanacağı sonucuna varılmalıdır.³⁵

Bu doğrultuda temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumu, görünüm olarak temsil yetkisinin sınırları içinde kalmakla beraber, temsilcinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde, yapması gerekenleri yapmayarak ya da yapmaması gerekenleri yaparak, temsil yetkisini temsil olunanın menfaatine (çıkarına) açıkça aykırı şekilde kullanması olarak tanımlanabilir.³⁶

³⁴ Genel olarak dürüstlük kuralı bakımından bkz. Hürlihan-Kaup/Schmid, N. 259; Edis, s. 296: "Görev yükleyen hak ve yetkiler, korunması söz konusu olan kimse- nin yararına olmak üzere öngörüldükleri için bunların sınırını korunacak kimse- nin yararı çizer. Bu nedenledir ki, görev yükleyen hak ve yetkilerin doğruluk ve güven ilkesine uygun yorumundan çıkan amacına aykırı olarak kullanılması du- rumunda, hak ve yetki sahibi, doğrudan doğruya kanuna aykırı davranmış olur"; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 163; Kayıhan/Ünlütepe, s. 387-389; Temsil yetki- sinin kötüye kullanılması bakımından bkz. Gümüş, Özen, s. 287, dn. 1194: "Temsil yetkisini kötüye kullanan vekilin, MK m. 2'nin 'borçların ifasında da dürüstlük kuralına riayet araması' karşısında, aynı zamanda iş görme borcunu dürüstlük kuralına aykırı olarak da ifa etmiş olacağı açıktır".

³⁵ Aksi yönde ticari temsil yetkisi bakımından temsilcinin bir hakkı değil, kendisine tanınan temsil yetkisini kullandığı, bu nedenle TMK m. 2/II'nin burada ancak kı- yasen uygulanabileceği görüşünde bkz. Oruç Hami Şener, Ticari Temsilci ve Tica- ri Temsil Yetkisi, Ankara 2015, s. 326; Temsil yetkisinin bir hak sayılması halinde TMK m. 2/II'nin doğrudan doğruya, aksi halde kıyas yolu ile uygulanacağına ilişkin bkz. Kocayusufoğlu, § 50, N. 1, dn. 2; Vekâlet sözleşmesi kapsamın- da verilen temsil yetkisinin kötüye kullanılması bakımından TMK m. 2'nin kıyas yolu ile uygulanabileceğine ilişkin bkz. Von Tuhr/Peter, s. 363; Tandoğan, s. 441.

³⁶ Öğretide yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Von Tuhr/Peter, s. 363; Tekinay/Ak- man/Burcuoğlu/Altop, s. 183; Kutlu Sungurbey, s. 12; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14; Kocayusufoğlu, § 50, N. 1; Akyol, Temsil, s. 378; İnceoğlu, s. 333, s. 338; Cihan, s. 66; Antalya, N. 2812 vd.; Yargı kararlarında da konu şu ifadelerle ele alınmaktadır: "Vekil, temsil yetkisini kasten, vekillik verenin zararına, kendisinin veya elbirliği ile hareket ettiği başka birinin yararına kullandığı takdirde yapı- lan iş, temsil yetkisinin sınırları içinde kalsa bile böyle bir işlemin vekillik vere- ni bağlamasından ve yapılan işlemin geçerli olduğundan söz edilemez", YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "BK'nın temsile ve vekâlet aktine ilişkin hükümlerinden anlaşılacağı üzere vekâleten temsil yetkisi kural olarak vekâlet verenin yararına kullanılmadı- r. Eğer vekil vekâletnameye dayalı temsil yetkisini vekâlet verenin zararına kendisinin ya da iş ve elbirliği yaptığı anlaşılın başka birinin yararına kullandığı takdirde yapılan işlem temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalmış olsa bile vekâlet vereni (temsil olunanı) bağlamaz", Y. 1. HD, E. 1986/10872, K. 1986/10913, T. 10.06.1986, Özkaya, s. 1315; YHGK, E. 1992/1-779, K. 1993/116, T. 17.03.1997, Öz- kaya, s. 1243.

II. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Unsurları

A. Genel Olarak

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için her şeyden önce temsilciye geçerli şekilde verilmiş bir temsil yetkisi bulunmalıdır.³⁷ Zira temsil yetkisinin bulunmamasının hukukî sonucu işlemin doğrudan doğruya yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olmasıdır. Ayrıca yapılan hukukî işlemin görünüm olarak temsil yetkisinin sınırları içinde kalması gerekir.³⁸ Bu yönüyle temsil yetkisinin kötüye kullanılması, temsil yetkisinin sınırının aşılması durumundan farklıdır.³⁹ Geçerli şekilde verilmiş bir temsil yetkisinin bulunmadığı⁴⁰ veya

³⁷ Turhan Esener, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 86; Bu yönde karar olarak bkz. YHGK, E. 1991/2-300, K. 1991/418, T. 18.09.1991: "... temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için birinci koşul temsilcinin temsil yetkisinin bulunmasına ilişkindir", Özkaya s. 1247; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 1992/183, K. 1992/5033, T. 16.04.1992, Özkaya, s. 1986; Y. 1. HD, E. 1991/12317, K. 1991/11703, T. 18.10.1991, Özkaya, s. 1294.

³⁸ Von Tuhr/Peter, s. 363; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 183; Kutlu Sungurbey, s. 19; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14; Kocayusufoğlu, § 50, N. 1; İnceoğlu, s. 333; Cihan, s. 66; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318; YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; YHGK, E. 1992/1-779, K. 1993/116, T. 17.03.1997, Özkaya, s. 1243; Y. 1. HD, E. 1986/10872, K. 1986/10913, T. 10.06.1986, Özkaya, s. 1315.

³⁹ Akyol, Temsil, s. 382.

⁴⁰ İsbetli şekilde temsil yetkisinin ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz olması halinde temsil yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığını değerlendirmeye gerek olmadığı yönünde verilmiş karar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2010/6868, K. 2010/7747, T. 30.06.2010: "Dava, ehliyetsizlik ve vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenlerine dayalı tapu iptal ve tescil isteklerine ilişkindir. ... öncelikle dava tarihinde sağ olan ve yargılama sırasında ölen H.'nin gerek vekaletnamenin düzenlenmesi tarihinde ve gerekse temlik tarihinde hukuki ehliyete haiz olup olmadığı yönünde gerekli ve yeterli olacak nitelikte delillerin toplanması ... ehliyetsiz olduğunun anlaşılması halinde bu sebeple davanın kabul edilmesi, yok eğer ehliyetli olduğunun belirlenmesi durumunda vekalet görevinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönünde taraf delillerinin toplanarak değerlendirilmesi ...", www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde bkz. Y. 1. HD, E. 2016/17729, K. 2019/3911, T. 19.06.2019; Y. 1. HD, E. 2016/8841, K. 2019/2705, T. 17.04.2019; Y. 1. HD, E. 2016/8600, K. 2019/2567, T. 10.04.2019 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019); Bu bağlamda bazı Yargıtay kararlarında geçen "vekaletin hile ile alındığı iddiasının vekaletin kötüye kullanılması iddiasını da kapsadığı tartışmasızdır" ifadesine de değinilmelidir. Bu yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2017/3724, K. 2019/3636, T. 11.06.2019; Y. 1. HD, E. 2008/3961, K. 2008/5456, T. 01.05.2008 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019). Bu ifadenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira temsil yetkisinin kötüye kullanılması için geçerli şekilde verilmiş bir temsil yetkisinin varlığı gerekli iken, temsil yetkisinin veril-

yapılan işlemin görünüm olarak temsil yetkisinin sınırlarının dışında kaldığı durumlarda, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından işin doğası gereği söz edilemeyeceği için, bu durumlar çalışma kapsamında özel olarak ele alınmayacaktır.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması hukukî niteliği itibarıyla bir hakkın kötüye kullanılması hali olduğundan, bu kurumun unsurlarını belirlerken esas olarak hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarına başvurulmalıdır. Öğretide hakkın kötüye kullanılmasının unsurları, bir hakkın varlığı ve söz konusu hakkın dürüstlük kuralına aykırı biçimde amacını aşarak kullanılması olarak ifade edilmektedir.⁴¹

Bu doğrultuda temsil kurumu genellikle temsil olunanın menfaatleri çerçevesinde ihtiyaçlarının karşılanmasını amaçlar.⁴² Temsilde edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde temsilci ile temsil olunanın birbirlerinin menfaatlerini gözetme borcunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda temsilcinin, temsil olunanın objektif olarak önemli görülebilecek menfaatlerine⁴³ veya subjektif olarak temsil yetkisini vermekteki amacına aykırı hareket etmesi,⁴⁴ temsil kurumunun⁴⁵ TMK m. 2/II anlamında kötüye kullanıldığı so-

mesinde aldatma söz konusu ise iptal hakkının TBK m. 39'da öngörülen süreler içinde kullanılması gerekliliği gündeme gelecek ve bunun neticesinde temsilcinin yaptığı hukukî işlem geçerli olmayan bir temsil yetkisine dayanacaktır (Aynı yönde aldatma iddiası yönünden hak düşürücü süreye ilişkin araştırma ve inceleme yapılması gerekiyorsa vekâletin kötüye kullanıldığı gerekçesi ile davayı kabul etmenin isabetli olmayacağına ilişkin bkz. Y. 1. HD, E. 2019/854, K. 2019/3338, T. 23.05.2019 sayılı kararda geçen karşı oy yazısı, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019). Her ne kadar her iki durumun sonucunda da yetkisiz temsil meydana gelmekte ise de hukuk tekniği bakımından iki durumun birbirinden ayrılması daha doğru olur.

⁴¹ Antalya/Topuz, N. 1898, N. 1931; Kayıhan/Ünlütepe, s. 422; Altaş, s. 295.

⁴² Esener, s. 2, s. 26; İnceoğlu, s. 8.

⁴³ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 19; Schramm, § 164, N. 113; Schilken, § 167, N. 94; Başpınar, s. 204; Öz kaya, s. 1232; İnceoğlu, s. 338; Objektif bir değerlendirme neticesinde yetkinin kötüye kullanılmasının yeterli olduğuna ilişkin bkz. Antalya, N. 2825.

⁴⁴ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 19; Schramm, § 164, N. 113; İnceoğlu, s. 338.

⁴⁵ Türk Medenî Kanunu m. 2/II'nin uygulanabilmesi için mutlaka teknik anlamda bir "hakkın" bulunmasına gerek olmadığı, hukukî kurumların da TMK m. 2/II anlamında kötüye kullanılabilmesi yönünde bkz. Kocayusufoğlu, § 41, N. 5; Kramer, Art. 19-20, N. 114, N. 232; Hürlimann-Kaup/Schmid, N. 296 a; Antalya/Topuz, N. 1944; Hukukî bir kurumun kanun koyucunun amaçladığından farklı ve bu amaca aykırı kullanılması dürüstlük kuralına aykırıdır. Hukukî kurumun amacında yatan temel ruha (öze) açıkça aykırı kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bkz. Antalya/Topuz, N. 1928, N. 1944.

nucuna götürür.⁴⁶ Ancak öğretilerde temsil olunanın menfaatine aykırı davranılmış olmasının, temsil yetkisini kötüye kullanılmasının varlığı için tek başına yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre kötüye kullanmanın varlığı bakımından temsil olunanın menfaatine aykırılığın “açık” da olması gerekir.⁴⁷ Buna karşılık öğretilerde diğer bir görüş daha isabetli olarak temsil yetkisinin kötüye kullanılması bakımından zorunlu unsurun, temsil olunanın menfaatine aykırı davranılması olduğunu, aykırı davranışın açık olmasının ise kötüye kullanmanın varlığının ispatında bir yan unsur olduğunu kabul etmektedir.⁴⁸

Bunlara ek olarak öğretilerde, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu unsurları arasında, temsilcinin *temsil olunana zarar verme kastının* da bulunması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁹ Belirtilmelidir ki kusur kapsamında temsilcinin yetkisini kötüye kullandığını bilmesi halinde kastından, bilmesi gerekirken özen eksikliği sonucu bilmeden temsil olunan adına hareket etmesi halinde ise ihmâlınden söz edilir. Oysa TMK m. 2/II uyarınca hakkını kötüye kullananın kusurlu olması ya da özellikle zarar verme kastı ile hareket etmesi gerekmemektedir.⁵⁰ Nitekim öğretilerde isabetli şekilde diğer bir görüş olarak temsil yetkisi-

⁴⁶ Antalya/Topuz, N. 1946, N. 1948 vd.; “İkinci koşul ise, dış temsil yetkisinin temsilci tarafından temsil olunanın irade beyanına ve çıkarına (menfaatine) aykırı biçimde kullanılmasıdır”, YHGK, E. 1991/2-300, K. 1991/418, T. 18.09.1991, Özkaya s. 1247; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 1992/183, K. 1992/5033, T. 16.04.1992, Özkaya, s. 1986; Y. 1. HD, E. 1991/12317, K. 1991/11703, T. 18.10.1991, Özkaya, s. 1294.

⁴⁷ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 20; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 4; Schramm, § 164, N. 113; Schilken, § 167, N. 97; Wolf/Neuner, § 49, N. 105; Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2016, N. 967.

⁴⁸ İnceoğlu, s. 350.

⁴⁹ Başpınar, s. 203; Özkaya, s. 1232; YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008; YHGK, E. 1993/1-658, K. 1993/832, T. 15.12.1993 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 6; Antalya/Topuz, N. 1901; Kayıhan/Ünlütepe, s. 423; Hakkın kötüye kullanılmasına dair birçok olayda kastın bulunduğu, ancak kastın zorunlu bir unsur olmadığına, zarar verme kastı bulunmamasıyla beraber hakkın kötüye kullanıldığı kabul edildiği durumların da olduğuna ilişkin bkz. Oğuzman/Barlas, N. 869; “... hak sahibinin başkasını zarar verme amacıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur”, Y. 1. HD, E. 2012/5692, K. 2012/5762, T. 17.05.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; İsviçre öğretisinde de TMK m. 2/II'nin uygulanabilmesi için zarar verme kastı aranmamakta ve tamamen objektif bir nitelendirme ile yetinilmektedir. Bkz. Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 59; BGE 89 II 262-263 (https://swisslex.ch, erişim tarihi: 01.11.2019).

nin kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, temsilcinin temsil olunana zarar verme yönünde kusurunun ya da bu kapsamda özellikle kastının bulunmasına gerek olmadığı belirtilmektedir.⁵¹ Ancak temsilcinin kusuru, somut olayın özelliklerine göre temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının ispatı bakımından etkili olabilir. Ayrıca kusur, TMK m. 2'den doğan özen borcunun ihlâli ve temsil olunanın temsilciden koşulları varsa aralarındaki temel ilişkiye aykırılık gereği TBK m. 112'ye göre isteyebileceği tazminat⁵² açısından önemlidir.

Öğretide temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu unsurları arasında üçüncü kişinin *kötüniyetli olmasına* da yer verilmektedir. Bu görüşe göre temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlemin geçersiz sayılması için, TMK m. 3 çerçevesinde yetkinin kötüye kullanıldığını üçüncü kişinin bilmesi veya bilmesinin gerekmesi aranmalıdır.⁵³ Hileli

⁵¹ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14, N. 19; Kocayusufoğlu, § 50 N. 6; İnceoğlu, s. 349; Altınar, s. 44-45; Cihan, s. 80; Alman hukukunda da temsilcinin kastının aranmaması yönünde bkz. Schramm, § 164, N. 113; Schilken, § 167, N. 94; Medicus/Petersen, N. 968.

⁵² Kocayusufoğlu, § 50, N. 3, dn. 9; Antalya, N. 2823; Antalya/Topuz, N. 1952.

⁵³ Hermann Becker, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK- Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, Bern 1945, Art. 32, N. 2, Art. 33, N. 17; Esener, s. 86-87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altınar, s. 183; Tandoğan, s. 441; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14, N. 19; Kocayusufoğlu, § 50, N. 3; Nomer, N. 83.3; Schramm, § 164, N. 110; Başpınar, s. 204; Yıldırım, s. 161; Medicus/Petersen, N. 967; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen 2006, N. 1582; Özkaya, s. 1232-1233; Altınar, s. 46; Antalya, N. 2829; Antalya/Topuz, N. 1953; Bahadır Demir, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, Yıl: 2015, (s. 249-278), s. 261; Bu yönde karar olarak bkz. YHGK, E. 1991/2-300, K. 1991/418, T. 18.09.1991: "Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının üçüncü koşulu da, temlikin yapıldığı üçüncü kişinin Medeni Yasanın üçüncü maddesi anlamında iyi inançlı olmamasıdır", Özkaya s. 1247; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 1992/183, K. 1992/5033, T. 16.04.1992, Özkaya, s. 1986; Y. 1. HD, E. 1991/12317, K. 1991/11703, T. 18.10.1991, Özkaya, s. 1294; Aksi yönde TMK m. 3 çerçevesinde iyiniyetin koruyucu fonksiyonunun yalnızca "kanunun açıkça iyiniyetin korunmasını öngördüğü hallerde" mümkün olduğu, bu bakımdan temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde üçüncü kişinin iyiniyetine yönelik olarak kanunî himaye eksikliğinin bulunduğu, TMK m. 3'ün uygulanma alanının yorum veya kıyas yolu ile genişletilemeyeceği, dolayısıyla burada TMK m. 3'ün değil, eski TMK m. 198 gibi bir hükmün kıyasen uygulanması ile üçüncü kişiyi koruyan bir sonuca varılmasının daha doğru olacağı, yine bir diğer çözüm tarzı olarak mevcut satış sözleşmesinin geçerli sayılması, fakat temsil olunanın (vekâlet verenin) temsilciden (vekiliden) uğradığı zararlar için tazminat talep etme hakkı yanında satış bedelinin hâkim tarafından tamamlanmasına imkân tanınabileceği görüşünde bkz. Gümüş, Özen, s. 287-288.

anlaşmanın bulunmadığı -yani üçüncü kişinin kastının olmadığı- ihtimalde, üçüncü kişinin kötüye kullanmayı bilmesinin gerekmesi bakımından TMK m. 3 anlamında göstermesi gereken özenin derecesi hakkında ise şu tespitler yapılmıştır. Görünüm olarak dış temsil yetkisinin⁵⁴ sınırları içinde hareket eden bir temsilci karşısında, üçüncü kişiden her durumda temsilcinin temsil yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığını araştırmasını beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır.⁵⁵ Alman öğretisinde üçüncü kişinin bilmesi gerektiğinden söz edilebilmesi için, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı yönünde çok yoğun şüphelerin mevcut olması aranmakta⁵⁶ ve bu durumda üçüncü kişinin ağır ihmâlinde söz edilebileceği kabul edilmektedir.⁵⁷ Türk ve İsviçre hukuklarında da aynı yönde sonuca varılmaktadır.⁵⁸ Buna göre üçüncü kişinin kural olarak temsil yetkisinin temsilci tarafından kötüye kullanılıp kullanılmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğü temsilcinin bu yetkiyi şüpheli şekilde kullanması halinde olur.⁵⁹ Üçüncü kişi ancak ağır ihmâli sonucunda temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını fark edememişse kötüniyetli kabul edilmelidir.⁶⁰ Böylece temsilci temsil yetkisini yoğun şüphe uyandıracak şekilde kullanmışsa ve bu durum üçüncü kişi açısından apaçık görülebilir ve anlaşılabilir nitelikte ise üçüncü kişi kötüniyet-

⁵⁴ Temsil olunanın bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirdiğini, onunla işlem yapacak üçüncü kişiye bildirmesi halinde dış temsil yetkisinden söz edilir. Bkz. Esener, s. 41 vd.; Keller/Schöbi, s. 62; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 173; Eren, Borçlar Genel, N. 1354; Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 9; Akyol, Temsil, s. 48; İnceoğlu, s. 112 vd.; Cihan, s. 10; Bu beyanın işlevinin üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasına yönelik bir güven olgusu oluşturmaktan öteye gitmediği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 18.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 4; Aynı yönde Esener, s. 87; Antalya, N. 2831; Antalya/Topuz, N. 1955; Alman hukuku bakımından bkz. Schramm, § 164, N. 114.

⁵⁶ Schramm, § 164, N. 110, N. 114, N. 117; Schilken, § 167, N. 97; Wolf/Neuner, § 49, N. 105; Medicus/Petersen, N. 967.

⁵⁷ Schramm, § 164, N. 114-115.

⁵⁸ Becker, Art. 32, N. 2; Esener, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 4; Akyol, Temsil, s. 396; İnceoğlu, s. 343; Antalya, N. 2831 vd.; Antalya/Topuz, N. 1957; Aksi yönde üçüncü kişinin hafif ihmâlinin dahi kendisinin iyiniyetini kaldırmaya yeteceği görüşünde bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 20.

⁵⁹ Esener, s. 87; Akyol, Temsil, s. 396; Antalya, N. 2831.

⁶⁰ Becker, Art. 32, N. 2; Kutlu Sungurbey, s. 15; Akyol, Temsil, s. 396-397; Antalya, N. 2833; "... davalı bankanın dava dışı vekilin vekalet görevini kötüye kullanmasına bilerek veya ağır kusurlu bir şekilde katılmadığı ...", Y. 11. HD, E. 2013/4626, K. 2014/10818, T. 06.06.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

li sayılmaktadır.⁶¹ Örnek vermek gerekirse temsilci temsil olunanın hesabından kendi hesabına havale yapmak isterse, bankanın temsil olunana sorarak bu hususta araştırma yapması gerekir. Aksi halde bankanın ağır ihmâl ile hareket etmiş sayılması mümkündür.⁶² Buna karşılık yoğun/ciddi şüphe uyandıran bir durum yoksa, durumu aydınlatmak için çabalamadığı gerekçesiyle gerekli özeni göstermekteki hafif ihmâline dayalı olarak üçüncü kişiyi kötüniyetli saymak mümkün olmamalıdır.⁶³

Buna karşılık öğretilerde bir diğer görüş isabetli olarak üçüncü kişinin kötüniyetli olmasının, bu kapsamda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının apaçık görülebilmesinin, yetkiyi kötüye kullanmanın zorunlu unsuru olmadığını, bu hususun ancak kötüye kullanmanın varlığına işaret edeceğini belirtmektedir.⁶⁴ *Kanımızca* da üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu gerekçesi ile bir olayda temsil yetkisinin kötüye kullanılmadığı sonucuna varılamaz. Ancak üçüncü kişinin iyiniyeti temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları bakımından etkili olabilir.⁶⁵ Yine üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması/kötüniyeti somut olayın özellikleri çerçevesinde temsil olunanın menfaatine aykırılığın bulunduğunu ortaya koyan bir kıstas olarak görülebilecektir.⁶⁶

Son olarak öğretilerde bir görüşe göre temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu unsuru olarak *temsil olunanın zarara uğraması* da aranmalıdır.⁶⁷ Buna karşılık *kanımızca* da isabetli olan diğer görüşe

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 4; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schramm, § 164, N. 114-115, N. 118; Bork, N. 1582; Kusurdan bağımsız bir özen kriteri olarak apaçık olma kriterinin varlığına ilişkin bkz. Antalya, N. 2834; Antalya/Topuz, N. 1959.

⁶² Benzer örnek olarak bkz. Şener, s. 319-320; Başka bir örnek olarak dilediği bedelle dilediğiyle sözleşme yapma yetkisi verilmesi durumunda, yetkili temsilciyle sözleşme bedelinin belirlenmesi bakımından, üçüncü kişinin bedele ilişkin olarak objektif özen yükümlülüğü içinde hareket etmesi gerektiği düşüncesinde bkz. Antalya, N. 2837.

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 4; Akyol, Temsil, s. 397; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schramm, § 164, N. 114; Ancak ciddi şüphe uyandıran durumlarda üçüncü kişinin kötüniyetli sayılabileceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı olarak bkz. BGE 119 II 23, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2119023.html>, erişim tarihi: 01.11.2019.

⁶⁴ İnceoğlu, s. 345.

⁶⁵ Üçüncü kişinin iyiniyetinin temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçlarına etkisi için bkz. Başlık IV., A.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. İnceoğlu, s. 350.

⁶⁷ Başpınar, s. 203; Özkaya, s. 1231-1232; Bazı Yargıtay kararlarında da "zararına"

göre temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz etmek için temsilcinin temsil olunanın menfaatlerine aykırı davranması yeterli olup,⁶⁸ ayrıca temsil olunanın bir zarara uğraması gerekmez.⁶⁹ Nitekim TMK m. 2/II kapsamında bir hakkın kötüye kullanıldığının tespitinde zarar verme şartı aranmamaktadır.⁷⁰

Açıklamalar doğrultusunda, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının unsurları bakımından yaptığımız tespitleri özetlemek gerekirse; temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu/olmazsa olmaz unsuru, temsilcinin temsil olunanın menfaatine aykırı davranışta bulunmasıdır. Ancak kötüye kullanmanın varlığını ispat noktasında bu unsurun yan unsurlarla desteklenmesi gerekebilir. Bu kapsamda zarar ya da zarar tehlikesinin bulunması,⁷¹ temsil olunanın menfaatine aykırı davranışın açık olması, hileli anlaşmanın varlığı, temsilcinin kasten hareket etmesi veya temsilci ile hukukî işlem yapan üçüncü kişinin kötüniyetli olması, kötüye kullanmanın varlığını ortaya koyabilir.⁷²

ifadesi kullanılmakla birlikte, bu ifadenin teknik anlamda değil, “temsil olunanın menfaatlerine aykırılık oluşturacak biçimde” anlamına gelmek üzere kullanılmış olmasının da ihtimal dâhilinde olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 6; “Zararına” ifadesine yer veren söz konusu kararlar olarak bkz. YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008; YHGK, E. 1993/1-658, K. 1993/832, T. 15.12.1993 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

⁶⁸ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 20; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 6; Antalya, N. 2827; Antalya/Topuz, N. 1953.

⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 6; Antalya, N. 2827; Antalya/Topuz, N. 1953.

⁷⁰ Oğuzman/Barlas, N. 870, N. 895-896; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 6; Ayan/Ayan, s. 205; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 22; İsviçre öğretisinde de TMK m. 2/II'nin uygulanabilmesi için zarar verme şartı aranmamakta ve tamamen objektif bir nitelendirme ile yetinilmektedir. Bkz. Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 59; BGE 89 II 262-263, <https://swisslex.ch>, erişim tarihi: 01.11.2019; Krş. Nami Barlas, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, *İHFM*, C. LV, S. 3, İstanbul 1997, (s. 191-208), s. 192, dn. 2; Aksi yönde karar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2012/5692, K. 2012/5762, T. 17.05.2012: “Bir hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar vermesi, hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Bu durumda hak sahibinin başkasına zarar verme amacıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Önemli olan, başkasına zarar verme kastı değil, fakat hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılması sonucunda başkasının zarar görmüş olmasıdır”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, bundan dolayı başkasının zarar görmesi ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalması gerektiği görüşünde bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Medeni Hukuk*, 25. baskı, İstanbul 2019, s. 96; Kayıhan/Ünlütepe, s. 423; Altaş, s. 296.

⁷¹ Antalya, N. 2827; Antalya/Topuz, N. 1953.

⁷² Aynı yönde bkz. Inceoğlu, s. 350.

B. Temsil Olunanın Menfaatine Aykırı Davranış

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için temsil olunanın menfaatine aykırı davranılmış olması zorunludur.⁷³ Belirtilmelidir ki iradi temsilde, işlemi kendi yapmak yerine bir temsilci aracılığı ile yapmayı tercih eden temsil olunan, temsilciyi seçme olanağına sahip olsa da, bu davranışı ile aynı zamanda bir risk alır.⁷⁴ Diğer taraftan üçüncü kişi de temsilci ile işlem yaparken, bu kimsenin yetkisinin bulunmayabileceği, dolayısıyla temsilci ile yapmış olduğu işlemin geçersiz olabileceği konusunda risk almaktadır. Bu nedenledir ki temsil olunan ve temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin menfaatleri arasında bir dengenin sağlanması gerekir.⁷⁵ Söz konusu dengenin temsil olunan aleyhine bozulması durumunda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilebilecektir.

Ayrıca bir hukukî işlemin yapılması yararlar sağlamanın yanı sıra bazı ödünlere verilmesini de gerektirebilir. Verilen ödünlere, işlem dengesinin temsilci ya da temsilciyle hukukî işlem yapan üçüncü kişi lehine bozulmasına yol açmıyorsa, temsil olunanın menfaatine aykırı davranıştan bahsedilemez. Dolayısıyla üçüncü kişi ile yapılan hukukî işlemin bir bütün halinde ele alınarak işlem dengesinin değerlendirilmesi gerekir.⁷⁶ Bu değerlendirmede, temsilcinin davranışı neticesinde, hukukî işlemin gerektirdiği mali yükümlülüklerin temsil olunan yönünden olumsuz anlamda değiştiği, dengenin temsil olunan aleyhine bozulduğu sonucuna varılabilirse, menfaate aykırı davranış gerçekleşmiş demektir.⁷⁷ Örnek olarak temsilcinin hesabına ödenmek üzere temsil olunan adına bankaya bir havale talimatı verilmesi ya da temsilcinin kendi alacaklısı ile temsil olunanı temsilen bir borcun nakli sözleşmesi yapması ve kendi borcunu temsil olunanın üzerine nakletmesi⁷⁸ durumlarında, işlem dengesi temsil olunanın aleyhine olarak değişmiştir. Yine örneğin inancılı olarak malını devredecek olan kişi, inanılan kişiye, malı (kendisine-inanılana) devretmesi için temsil yet-

⁷³ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 19-20; Schilken, § 167, N. 94; Schramm, § 164, N. 113; Başpınar, s. 203; İnceoğlu, s. 340; Antalya, N. 2826.

⁷⁴ Schramm, § 164, N. 106; Schilken, § 167, N. 91; Akyol, Temsil, s. 377.

⁷⁵ Schramm, § 164, N. 106; Schilken, § 167, N. 91; İnceoğlu, s. 339.

⁷⁶ Schramm, § 164, N. 106; Özkaya, s. 1231; İnceoğlu, s. 340.

⁷⁷ Özkaya s. 1232; İnceoğlu, s. 340; Cihan, s. 79.

⁷⁸ Genel olarak temsilcinin kendi menfaatine işlem yapmasına ilişkin bkz. İnceoğlu, s. 223; Nart, m. 41, N. 22.

kisi vermiş, ancak inanılan kişi malı üçüncü bir kişiye devretmişse, bu davranış temsil olunanın menfaatine aykırı bir davranıştır.

Öğretide menfaate aykırı davranışın, temsil olunanın objektif menfaatine aykırı davranılması⁷⁹ veya sübjektif olarak temsil yetkisini vermekteki amacına aykırı bir işlemin yapılması⁸⁰ şeklinde gerçekleşebileceği belirtilmektedir. *Kanımızca* da temsil olunanın gerek sübjektif gerekse objektif açıdan menfaatlerine aykırılık temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına yol açabilir. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde, temsil olunanın aleyhine bir temsil yetkisi kullanımı söz konusu olup, bunun öznellik taşıması da mümkündür.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması bakımından menfaate aykırı davranış zorunlu bir unsur olmakla birlikte, kötüye kullanmanın varlığını ispat noktasında bir yan unsur olarak menfaate aykırı davranışın açık olduğunun da ortaya konması beklenmektedir.⁸¹ Bu kapsamda önemli bir aykırılık varsa, temsil olunanın menfaatine açıkça aykırı davranıldığı kabul edilmektedir.⁸²

Temsil olunanın menfaatine aykırı davranılan durumların neler olduğu konusunda önceden kesin kıstaslar koymak güçtür. Bu hususta her somut olayın özelliği dikkate alınmalıdır.⁸³ Örnek olarak satış malın borsa değeri üzerinden yapılırsa, temsil olunanın menfaatine aykırılıktan söz edilemeyeceği düşünülebilir. Ancak fiyatın ve sözleşmenin ana hatlarının temsil olunan tarafından belirlenmiş olduğu bir durumda dahi, temsilci sözleşmeye koyduğu olağandışı hükümlerle kendi menfaatini gözeterek, işlem dengesini temsil olunan aleyhine

⁷⁹ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 19; Schramm, § 164, N. 113; Schilken, § 167, N. 94; Başpınar, s. 204; Özkaya, s. 1232; İnceoğlu, s. 338; Objektif bir değerlendirme neticesinde yetkinin kötüye kullanılmasının yeterli olduğuna ilişkin bkz. Antalya, N. 2825; Antalya/Topuz, N. 1961.

⁸⁰ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 19; Schramm, § 164, N. 113; İnceoğlu, s. 338.

⁸¹ Menfaate aykırı davranışın açık olması gerektiğine ilişkin bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 20; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 4; Schramm, § 164, N. 113; Schilken, § 167, N. 97; Wolf/Neuner, § 49, N. 105; Medicus/Petersen, N. 967; Antalya, N. 2826-2827; Antalya/Topuz, N. 1959.

⁸² İnceoğlu, s. 341.

⁸³ Hakın kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususunun her olayın kendi şartları içinde araştırılması gerektiğine ilişkin bkz. Oğuzman/Barlas, N. 871; Her olayın o tür olaylara uygulanabilecek objektif ölçüler esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Antalya/Topuz, N. 1906.

değiştirebilir.⁸⁴ Örneğin mal borsada kayıtlı ya da malın fiyatı temsil olunan tarafından belirlenmiş olsa da, temsilci temsil olunan aleyhine satış sözleşmesine çok yüksek temerrüt faizi ya da ceza koşulu öngören hükümler koyarsa veya diğer tarafa serbest cayma hakkı tanırsa yine temsil olunanın menfaatine aykırılık olur. Başka bir örnek olarak piyasa ve borsa fiyatlarının değişken olduğu durumlarda, işlemin yapılacağı tarih temsil olunan tarafından belirlenmemişse, borsada malın fiyatı belli olsa bile temsilcinin satış işlemini en elverişsiz zamanda gerçekleştirmesi, temsil olunanın menfaatine aykırılık olduğu sonucuna götürülebilir.⁸⁵

Ayrıca belirtmelidir ki, temsilcinin davranışının temsil olunanın menfaatine açıkça aykırı olduğunun ispat edilemediği durumlarda, temsilcinin kasten hareket etmesi veya temsilciyle hukukî işlem yapan üçüncü kişinin kötüniyetli olması da menfaate aykırılığı ortaya koyabilir.⁸⁶ Hileli anlaşmanın varlığı halinde ise bu hususların hepsi var olup, temsil olunanın menfaatine aykırılığın bulunduğu açıktır.⁸⁷

Bu başlık altında son olarak temsil yetkisinin temsil olunanın talimatına aykırı tarzda kullanılmasının, temsil yetkisinin kötüye kullanılması kapsamında menfaate aykırı davranış olmadığı belirtilmelidir.⁸⁸ Talimat, temsil olunanın, aralarındaki temel ilişkiye dayanarak, temsilciye temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin verdiği emir ve direktiflerdir.⁸⁹ Öğretide talimatın temsil yetkisini sınırlamadığını kabul edenler, dış temsil yetkisinin varlığı ile birlikte üçüncü kişinin kötüniyetli olduğu durumda, temsil olunan için son çare olarak talimata aykırılığın temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının özel bir türünü oluşturduğunu belirtmektedirler.⁹⁰ Buna karşılık bize göre de isabetli olan diğer görüş uyarınca⁹¹ talimat doğrudan temsil yetkisini de sınırlar. Dolayısıyla talimata aykırılık aslında basit bir yetkisiz temsil halidir.

⁸⁴ İnceoğlu, s. 216.

⁸⁵ Temsilcinin kendisi ile işlem yapmasına ilişkin benzer örnekler olarak bkz. İnceoğlu, s. 214-215.

⁸⁶ İnceoğlu, s. 350.

⁸⁷ Cihan, s. 73.

⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 6.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 11.

⁹⁰ Kutlu Sungurbey, s. 13; Aynı yönde bkz. BGE 77 II 143-144, <http://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2077138.pdf>, erişim tarihi: 01.11.2019; Söz konusu görüş hakkında bu yönde tespit olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 15.

⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 14.

Talimata aykırılık halinde temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına başvurmaya gerek yoktur. Şöyle ki; sadece iç temsil yetkisi verilip sonradan talimat ile yetki sınırlandırılmışsa, temsilcinin bu talimatın dışına çıkması halinde yetkisiz temsil meydana gelir ve bu ihtimalde üçüncü kişinin iyiniyetli olsa bile korunması mümkün değildir. Buna karşılık dış temsil yetkisi de varsa, temsil yetkisi ile talimatın birlikte verildiği ancak temsil yetkisi belgesinde talimatın yazmadığı durumda, talimatın TBK m. 41/II uyarınca üçüncü kişiye ileri sürülmesi mümkün olmaz. Yine dış temsil yetkisinin varlığı halinde, temsil yetkisi verildikten sonra talimat verilmiş ve talimat üçüncü kişiye bildirilmemişse, TBK m. 42/III uyarınca talimatın iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Bununla beraber talimat ispat edilemezse ve aynı zamanda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının unsurları da olayda varsa (örneğin temsile konu eşyanın değerinin çok altında satılması), dosyadan anlaşılması halinde hâkim temsil yetkisinin kötüye kullanılması üzerinden re'sen hareket ederek yine TBK m. 46'ya göre sonuca varabilir.⁹²

III. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması Halleri

A. Temsilci ve Üçüncü Kişinin Hileli Anlaşması (Kollusion/Collusion)

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması konusunda tipik örnek, temsilci ve onunla işlem yapan üçüncü kişi arasında hileli anlaşmanın bulunmasıdır.⁹³ Hileli anlaşmada, temsilci ile üçüncü kişinin iradesi, temsil olunan aleyhine bir işlem yaparak temsil yetkisinin temsil olunanın menfaatine aykırı kullanılması bakımından, karşılıklı ve birbirine uygundur.⁹⁴ Yapılan hileli anlaşma neticesinde temsilci ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilen hukukî işlem, genellikle üçüncü kişinin yararına olup, üçüncü kişi de temsilciye bu anlaşmanın karşılığında

⁹² Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 17.

⁹³ Kutlu Sungurbey, s. 18; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 2; Schramm, § 164, N. 107; Schilken, § 167, N. 93; Özkaya, s. 1233; İnceoğlu, s. 333; Cihan, s. 69; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318.

⁹⁴ Von Tuhr/Peter, s. 363; Kutlu Sungurbey, s. 18-19; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 18; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 2; Schramm, § 164, N. 107; Schilken, § 167, N. 93; Medicus/Petersen, N. 966; Bork, N. 1575; Akyol, Temsil, s. 380-381, s. 407; Özkaya, s. 1233; İnceoğlu, s. 334; Cihan, s. 70; Antalya, N. 2819, N. 2838; Antalya/Topuz, N. 1962-1963; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318.

bir menfaat sağlamaktadır.⁹⁵ Hileli anlaşmada gerek temsilci gerekse üçüncü kişi kasten hareket eder.⁹⁶ Dolayısıyla üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması, yani kötüye kullanmayı bilmesi veya bilmesi gerekmesi yetmemekte, temsilcinin iradesinin oluşumuna hileli anlaşma yolu ile etki etmesi aranmaktadır.⁹⁷

Temsil olunanın menfaatine aykırı davranılması konusundaki kasıt, temsil olunanın malvarlığı veya şahıs varlığı haklarına yönelik olabilir. Hukukî işlem sırasında temsil olunanın bir sırrının açıklanması, şahıs varlığı haklarına yönelik kasıt durumuna örnek olarak verilebilir.⁹⁸ Malvarlığı haklarına yönelik kasıt olarak uygulamada en çok karşılaşılan örnek ise, temsilciye taşınırı/taşınmazı dilediği bedelden satma yetkisi verildikten sonra temsilcinin söz konusu eşyayı bir yakınına gerçek değerinin çok altında satmasıdır.⁹⁹ Bu noktada vurgulan-

⁹⁵ Başpınar, s. 203; Akyol, Temsil, s. 381; İnceoğlu, s. 333-334; Cihan, s. 70; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318.

⁹⁶ Kutlu Sungurbey, s. 19; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14, N. 18; Schramm, § 164, N. 107; Wolf/Neuner, § 49, N. 107; Medicus/Petersen, N. 966; Bork, N. 1582; "Vekalet görevinin kötüye kullanımından söz edilebilmesi için vekille alıcının el ve işbirliği içerisinde satıcıyı zararlandırma kastıyla hareket etmesi gerekmektedir", Y. 1. HD, E. 2019/68, K. 2019/663, T. 06.02.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... vekil Cevdet ile ilk malik Mustafa'nın el ve işbirliği içinde davacıyı zararlandırma kastı ile hareket ettikleri ...", Y. 1. HD, E. 2014/10430, K. 2015/11820, T. 13.10.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Vekil, temsil yetkisini kasten, vekillik verenin zararına, kendisinin veya elbirliği ile hareket ettiği başka birinin yararına kullandığı ...", YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde bkz. Y. 1. HD, E. 2016/4101, K. 2019/2444, T. 04.04.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

⁹⁷ Schramm, § 164, N. 107; İnceoğlu, s. 337.

⁹⁸ Özkaya, s. 1230, s. 1232.

⁹⁹ Benzer başka örnekler için bkz. Wolf/Neuner, § 49, N. 108; Medicus/Petersen, N. 965; Bork, N. 1576-1577; "... değerli taşınmazın düşük bir bedelle temlik edilmesi de zararlandırma kapsamındadır", Y. 1. HD, E. 2017/3724, K. 2019/3636, T. 11.06.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılabilecek ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez", YHGK, E. 2013/1-1290, K. 2014/1057, T. 17.12.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016; Y. 1. HD, E. 2008/3961, K. 2008/5456, T. 01.05.2008; YHGK, E. 2007/1-609, K. 2007/595, T. 19.09.2007; YHGK, E. 1993/1-460, K. 1993/699, T. 03.11.1993 (www.kazanci.com,

malıdır ki, düşük bedelden bir yakınına olağanüstü kısa zamanda satış yapma ya da temsil olunanın düşmanı olan birine satış yapma gibi ek hususlar olmadan, sadece satış bedelinin temsil olunana verilmemesi tek başına temsil yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez. Böyle bir olgu yalnızca aradaki temel ilişki olarak vekâlet sözleşmesinin ihlali anlamına gelecektir.¹⁰⁰

Ayrıca hileli anlaşma, kanuna karşı hileden de farklıdır. Kanuna karşı hilede, emredici hukuk kuralına aykırı bir fiile veya hukukî işleme uygulanacak yaptırımı bertaraf etmek için, hukuken uygun görülen başka yollara başvurularak aynı sonuca ulaşılmakta iken,¹⁰¹ temsil yetkisinin kötüye kullanılması ve bunu gerçekleştirmek için kullanılan hileli anlaşma halinde böyle bir durum yoktur.¹⁰² Bu noktada aslında “hileli anlaşma” teriminin hukuken teknik bir terim olmadığı da belirtilmelidir.¹⁰³ Temsil yetkisini kötüye kullanmak için yapılan hileli anlaşma, aslında TBK m. 27 kapsamında ahlâka aykırı içerik taşıyan bir sözleşme niteliğindedir.

B. Temsil Yetkisinin Diğer Kötüye Kullanılması Halleri

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması için hileli bir anlaşmanın varlığı zorunlu değildir.¹⁰⁴ Hileli anlaşmanın yanı sıra, temsilcinin

erişim tarihi: 01.11.2019).

¹⁰⁰ Bu durumda zamanaşımı TBK m. 147 uyarınca beş yıldır. Ancak temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına dayalı olarak açılan tapu iptal ve tescil (doğru adlandırma ile tapu sicilinin düzeltilmesi) davasında vekâlet görevinin kötüye kullanılmasına dayalı unsurlar ispat edilememiş ve sadece bedelin ödenmediği sabitse, bedelden kaynaklanan tazminat isteği tapu sicilinin düzeltilmesi davasının sonucuna bağlı olduğundan beş yıllık zamanaşımı süresi bu davanın reddi kararının kesinleşmesi ile başlamalıdır (Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2012/1-715, K. 2013/236, T. 13.02.2013 sayılı kararına konu olan Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin E. 2010/9891, K. 2011/1400, T. 11.02.2011 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

¹⁰¹ Oğuzman/Barlas, N. 906; Dural/Sarı, N. 1228; Altaş, s. 297.

¹⁰² Akyol, Temsil, s. 384.

¹⁰³ Yargıtay kararlarında hileli anlaşmanın “davalıların el ve iş birliği içinde hareket etmesi” şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Bu yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2018/1898, K. 2019/104, T. 15.01.2019; Y. 1. HD, E. 2017/3724, K. 2019/3636, T. 11.06.2019; Y. 1. HD, E. 2018/967, K. 2018/15654, T. 18.12.2018; Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016; Y. 1. HD, E. 2013/15132, K. 2013/16067, T. 18.11.2013; YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008; Y. 13. HD, E. 2003/8883, K. 2003/13352, T. 10.11.2003 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

¹⁰⁴ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14; Schramm, § 164, N. 108, N. 110.

kasten hareket etmesi, temsilci ile hukukî işlem yapan üçüncü kişinin kötünietli olması¹⁰⁵ veya menfaate aykırı davranışın açık olması da kötüye kullanmanın varlığını ortaya koyabilir.

Bu kapsamda ilk olarak hileli bir anlaşma olmasa bile temsilci kasten hareket etmişse, bu durum temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına işaret eder.¹⁰⁶ Söz konusu ihtimalde temsilci üçüncü bir kişi ile hukukî ilişkiye girerek temsil yetkisini kötüye kullanıyorsa, üçüncü kişinin iyiniyetli olması ya da kötünietli sayılmasını gerektirmeyecek derecede hafif ihmâl ile hareket etmiş olması, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı sonucunu değiştirmez. Ancak bu ihtimalde üçüncü kişiyi koruyan hükümlerin (kıyasen TBK m. 41/II, m. 42/III) devreye girebileceği de unutulmamalıdır.¹⁰⁷

Diğer taraftan temsilcinin üçüncü bir kişi ile hukukî ilişkiye girmeden de kasten hareket ederek temsil olunanın menfaatine aykırı davranmış olması mümkündür.¹⁰⁸ Bu durumda sorumluluk sadece temsilcide olacaktır.¹⁰⁹ Buna ilişkin temsilcinin kendi kendisi ile işlem yapması durumu örnek olarak verilebilir. Ancak öğretilerde temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile temsilcinin kendi kendisi ile işlem yapması durumlarının birbirinden ayırt edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre¹¹⁰ temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında temsilci, temel ilişkiden doğan yükümlülüklerine aykırı davranarak temsil olunanın menfaatine aykırı bir işlemi üçüncü kişi ile yapmakta ve üçüncü kişi temsil yetkisinin varlığına haklı olarak güvenmişse işlem geçerli kabul edilmektedir. Oysa temsilcinin kendi kendisi ile işlem yapması durumunda, sadece temsil olunanın menfaatlerinin korunması söz konusu olup, sözleşmenin her iki tarafı için de tek bir kişi (temsilci) irade beyanında bulunmakta ve ancak temsil olunanın bu hususta izni varsa

¹⁰⁵ Üçüncü kişinin kötünietli olması durumu ile hileli anlaşma yapılması durumunun birbirinden ayırt edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Gümüş, Özen, s. 289; Antalya, N. 2818; Antalya/Topuz, N. 1965.

¹⁰⁶ İnceoğlu, s. 350-351.

¹⁰⁷ Bkz. Başlık IV., A.

¹⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 3; Özkaya, s. 1232; İnceoğlu, s. 338; Cihan, s. 73.

¹⁰⁹ Özkaya, s. 1232.

¹¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 65; Çıkar çatışması dışında hakkın kötüye kullanılmasının temsilcinin kendi kendisi ile işlem yapması ile ilgisi bulunmadığı düşüncesinde bkz. Antalya, N. 2816; Temsil yetkisinin kötüye kullanılması için, temsilcinin temsil olunanın menfaatine aykırı işlemi üçüncü bir kişiyle yapması gerektiği düşüncesinde bkz. Antalya/Topuz, N. 1949.

ya da temsil olunanın bir zarar görmesi söz konusu değilse işlem geçerli kabul edilmektedir. Buna karşılık daha önce belirttiğimiz üzere¹¹¹ katıldığımız görüş uyarınca üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu unsuru sayılmadığından, kendi kendisi ile işlem yapan temsilcinin davranışının da temsil olunanın menfaatine aykırılık söz konusu ise temsil yetkisinin kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği düşüncesindeyiz. Örnek olarak kendisine dilediği bedelle satış yapma yetkisi verilen bir temsilcinin, temsile konu olan taşınmazı değerinin çok altında bir bedelle kendisinin satın alması hali verilebilir.

İkinci olarak temsilcinin kastı bulunmasa bile, yapılan işlem temsil olunanın menfaatine aykırı ise, temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin kötüniyeti de yetkinin kötüye kullanıldığını gösterebilir.¹¹² Hileli anlaşmanın bulunmadığı -yani üçüncü kişinin kastının olmadığı- ihtimalde, üçüncü kişinin kötüye kullanmayı bilmesi gerekmesi bakımından TMK m. 3 anlamında göstermesi gereken özenin derecesine daha önce değindik.¹¹³ Buna göre temsil yetkisinin kötüye kullanılması özelinde, üçüncü kişi ancak ağır ihmâli sonucunda yetkinin kötüye kullanıldığını fark edememişse kötüniyetli kabul edilmelidir.¹¹⁴ Bu kapsamda temsilci temsil yetkisini yoğun şüphe uyandıracak şekilde kullanmışsa ve bu durum üçüncü kişi açısından apaçık görülebilir ve anlaşılabilir nitelikte ise üçüncü kişi kötüniyetli sayılmaktadır.¹¹⁵ Buna karşılık yoğun/ciddi şüphe uyandıran bir durum yoksa, durumu aydınlatmak için çabalamadığı gerekçesiyle gerekli özeni göstermekteki hafif ihmâline dayalı olarak üçüncü kişiyi kötüniyetli saymak mümkün olmamalıdır.¹¹⁶ Bununla birlikte uygulamada hileli anlaşma olma-

¹¹¹ Bkz. Başlık II., A.

¹¹² Kutlu Sungurbey, s. 20; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14; İnceoğlu, s. 351.

¹¹³ Bkz. Başlık II., A.

¹¹⁴ Becker, Art. 32, N. 2; Kutlu Sungurbey, s. 15; Kocayusufoğlu, § 50, N. 4, dn. 12; Schramm, § 164, N. 110, N. 114-115, N. 117; Schilken, § 167, N. 97; Medicus/Petersen, N. 967; Akyol, Temsil, s. 396-397; İnceoğlu, s. 343; Aksi yönde üçüncü kişinin hafif ihmâlinin dahi kendisinin iyiniyetini kaldırmaya yeteceği görüşünde bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 20.

¹¹⁵ Kocayusufoğlu, § 50, N. 4; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schramm, § 164, N. 114-115, N. 118.

¹¹⁶ Kocayusufoğlu, § 50, N. 4; Schramm, § 164, N. 114; Akyol, Temsil, s. 397; Ancak ciddi şüphe uyandıran durumlarda üçüncü kişinin kötüniyetli sayılabileceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı olarak bkz. BGE 119 II 23, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2119023.html>, erişim tarihi: 01.11.2019.

dan, sadece temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı bilinerek sözleşme yapılması, çok az rastlanan bir durumdur.¹¹⁷

Son olarak temsilcinin kastı ya da üçüncü kişinin kötüniyeti olmasa bile, temsilci tarafından yapılan işlem temsil olunanın menfaatine açıkça aykırı ise yine temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilir.¹¹⁸

IV. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Sonuçları

A. Temsil Olunan ve Üçüncü Kişi Arasındaki Hukukî İşlemin Geçerliliği

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması, bir hakkın kötüye kullanılması hali olduğundan, sonuçları kapsamında temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukukî işlemin geçerliliği tespit edilirken, öncelikle genel olarak hakkın kötüye kullanılmasının sonucuna değinilmelidir. Türk Medenî Kanunu m. 2/II uyarınca “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*”. Bu kapsamda hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmaması, kötüye kullanılan hakka -ya da hukukî kuruma- dayanan taleplerin veya savunmaların dikkate alınmaması anlamına gelmektedir.¹¹⁹ Böylece hak sahibi bu yolla elde etmek istediği yararı elde edemez. Hakkını kötüye kullananın davacı olması halinde davası reddedilirken, davalı olması halinde uyuşmazlık davacı lehine karara bağlanır.¹²⁰

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması özelinde değerlendirme yapıldığında ise ortaya yetkisiz temsil durumu (TBK m. 46-47) çıkmak-

¹¹⁷ Özkaya, s. 1233.

¹¹⁸ İnceoğlu, s. 351.

¹¹⁹ Oğuzman/Barlas, N. 897; Dural/Sarı, N. 1268; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 186; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 107 vd., s. 120 vd.; Antalya/Topuz, N. 1914; “Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, TMK.nun 2.maddesi uygulama bulur ve olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir. ... Hakkın kötüye kullanımının genel yaptırımı, hukuk düzeninin herhangi bir hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılmasını korumamasıdır. Bu, bir kimsenin hakkını objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanmakla gerçekleşmesini arzuladığı amacın ya da hukuki sonucun elde edilmesini sağlayacak imkanlardan yoksun bırakılması demektir”, Y. 1. HD, E. 2012/5692, K. 2012/5762, T. 17.05.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹²⁰ Edis, s. 324; Altaş, s. 306.

tadır.¹²¹ Şöyle ki; temsile konu olan söz konusu hukukî işlemde temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını hukuk düzenini korumayacak ve temsil yetkisi kullanılamaz hale gelmiş olacaktır. Böylece temsilcinin yetkisini kötüye kullanarak yaptığı işlem, yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlem niteliğinde olur.¹²² Dolayısıyla burada yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46-47 hükümlerinin kıyasen değil, doğrudan doğruya uygulandığından söz edilmelidir.¹²³ Bu durumda işlemin geçerliliği askıdadır.¹²⁴ İşlemin geçerli olması temsil olunan tarafından onay (icazet) verilmesine bağlıdır. Onay verilene kadar işlem askıda hükümsüzdür.¹²⁵ Askıda hükümsüzlük devam ettiği sürece, üçüncü kişi sözleşme ile bağlı kalmaya devam ederken,¹²⁶ temsil olunan söz konusu işlemle bağlı olmaz (TBK m. 46/I). Durumdan haberdar olmayan veya olup da hareketsiz kalan temsil olunana karşı, TBK m. 46/II uyarınca üçün-

¹²¹ Kutlu Sungurbey, s. 15; Zäch/Künzle, Art. 38, N. 14, N. 19; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 1; Schramm, § 164, N. 111; Schilken, § 167, N. 103; Wolf/Neuner, § 49, N. 104, N. 107; Medicus/Petersen, N. 967; Başpınar, s. 204; İnceoğlu, s. 352; Cihan, s. 72, s. 81; Antalya, N. 2843; Antalya/Topuz, N. 1966-1967; Bülent Karasu, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil, İstanbul 2018, s. 352; Nart, m. 46, N. 2; Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını yetkisiz temsile ilişkin hükümler çerçevesinde karara bağlayan Yargıtay kararı olarak bkz. Y. 1. HD, E. 1986/15131, K. 1986/540, T. 29.01.1986, Özkaya, s. 1317.

¹²² Aynı yönde bkz. Becker, Art. 36, N. 8; Schramm, § 164, N. 106, N. 118; Schilken, § 167, N. 103; Antalya, N. 2843; Antalya/Topuz, N. 1966; Farklı gerekçeyle, hakkın kötüye kullanılması halinde söz konusu hakkın sınırlarının da aşılmış olacağı, bu nedenle temsil yetkisinin de sınırlarının aşıldığı ve yetkisiz temsil durumunun ortaya çıktığı yönünde görüş olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 8; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318; Krş. Becker, Art. 33, N. 17; Ancak temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile temsil yetkisinin sınırlarının aşılması birbirinden farklı durumlardır (Akyol, Temsil, s. 382). Temsil yetkisinin, yetkinin sınırları içinde de kötüye kullanılması mümkündür (Altner, s. 44). Bu nedenle kanımızca temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının yaptırımını, o işlemde temsil yetkisinin kullanılamaz hale gelmesi şeklinde ifade etmek daha doğrudur.

¹²³ Bu yönde görüş hakkında bilgi için bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 17; Aksi yönde burada yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceği görüşünde bkz. Wolf/Neuner, § 49, N. 104, N. 107.

¹²⁴ Kılıçoğlu, s. 337; Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 761; Schilken, § 167, N. 103; Schwenzer, N. 43.04; Antalya, N. 2843; Antalya/Topuz, N. 1967.

¹²⁵ Keller/Schöbi, s. 73; Kılıçoğlu, s. 337; Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 761; Schramm, § 164, N. 111; Schwenzer, N. 43.04; Akyol, Temsil, s. 464; İnceoğlu, s. 358; Antalya, N. 2843; Antalya/Topuz, N. 1967; Bu durum öğretilen noksanlık olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Barlas, N. 767; Bu durumda sözleşmenin "eksik" olduğu yönünde bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1406.

¹²⁶ Keller/Schöbi, s. 73; Von Büren, s. 163; Schwenzer, N. 43.04; Akyol, Temsil, s. 465; İnceoğlu, s. 360-361.

cü kişi uygun bir süre belirleyerek kararını bildirmesini isteyebilir.¹²⁷ Bu sürede temsil olunan tarafından onay verilirse işlem baştan itibaren geçerli hale gelirken, onay verilmemesi halinde işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olur.¹²⁸ Sürenin susarak geçirilmesi ise kural olarak onay verilmediği anlamına gelmektedir.¹²⁹

Üçüncü kişi tarafından herhangi bir süre verilmemesi halinde, temsil olunanın sessiz kalmasının işleme onay anlamına gelip gelmeyeceği de değerlendirilmelidir.¹³⁰ *Kanımızca* tek başına temsil olunanın susması işleme onay verdiği şeklinde yorumlanamaz¹³¹. Buna karşılık temsil olunan işlemi biliyor ve susuyorsa, ayrıca işlemin diğer tarafı da temsil olunanın sustuğunu bilmekte ve bunu onay olarak anlamakta haklı ise, yani temsil olunanın hareketsizliği diğer tarafta güven uyandırıyor, susmanın onay anlamına geldiği sonucuna varılabilir.¹³² Bu koşullar yoksa sadece belirli bir sürenin geçmesi sebebi ile, işlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak da değerlendirilemez.

¹²⁷ Von Büren, s. 163; Keller/Schöbi, s. 73; Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 761; Kocayusufpaşaoğlu, § 49, N. 4; Schwenger, N. 43.05; Akyol, Temsil, s. 472.

¹²⁸ Von Büren, s. 163; Keller/Schöbi, s. 73; Kılıçoğlu, s. 337; Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 762-763; Schwenger, N. 43.03; Başpınar, s. 204; İnceoğlu, s. 358; Akyol, Temsil, s. 465; Antalya, N. 2843; Antalya/Topuz, N. 1967.

¹²⁹ Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 763; Kocayusufpaşaoğlu, § 49, N. 4; Schwenger, N. 43.05; Akyol, Temsil, s. 473.

¹³⁰ "Nitekim, temlik işleminden haberdar olan mirasbırakanın ölene kadar bu yönde bir dava girişiminde bulunmamış olması da varılan kanaati güçlendirmektedir", Y. 1. HD, E. 2016/2925, K. 2019/2686, T. 16.04.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... davacıların 2 yıl süre ile sessiz kalmalarının da vekaletname ile yapılan işlemlerin davacılar tarafından benimsendiğini gösterdiği...", Y. 11. HD, E. 2013/4626, K. 2014/10818, T. 06.06.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹³¹ Aynı yönde, işlemin askıda olduğu süreçte temsil olunanın sessiz kalmasının onay verilmediği anlamına geleceği görüşünde bkz. Cansel/Özel, N. 645; Nart, m. 46, N. 12.

¹³² Genel olarak yetkisiz temsil bakımından aynı yönde bkz. Nart, m. 46, N. 12; "Mahkemece, temlik yapıldığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında çok uzun bir sürenin geçtiği ve ses çıkartılmadığı gerekçe yapılarak davanın reddine karar verilmiştir. Oysa davacıardan Serap'ın yurtdışında yaşadığı, Madale'tin de yaşlı ve yatalak olduğu (ve sonucunda da yargılama sırasında ölümü ile tek mirasçısı Serap'ın kaldığı) kendilerinin satışın haberdar edilmedikleri ve satışı öğrendikleri zaman şaşırıklarını dinlenen tanık beyanları ile yurtdışında yaşama keyfiyetinde dosyaya mübrez belgelerle sabittir", YHGK, E. 2012/1-715, K. 2013/236, T. 13.02.2013 sayılı kararına konu olan Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin E. 2010/9891, K. 2011/1400, T. 11.02.2011 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

Bir diğer husus temsil olunanın örtülü olarak onay vermesidir. Örneğin temsil olunanın temsilciden satış bedelini teslim alması halinde örtülü olarak onay vermesi söz konusu olup, artık yetkinin kötüye kullanıldığı iddiasının ileri sürülmesi mümkün değildir.¹³³ Dolayısıyla özellikle çok düşük bedelle yapılan satışlarda, temsil olunan tarafından düşük satış bedeli kabul edilecek ise ihtirâzî kayıt konulmasına dikkat edilmelidir. Aksi halde temsil olunanın düşük satış bedelini ihtirâzî kayıt koymadan kabul etmesi, işleme örtülü olarak onay verdiği anlamına gelecektir.

Temsil olunanın işlemin geçersizliğini ileri sürerek bir dava açması halinde ise, bu davranış TBK m. 46 çerçevesinde işleme onay vermediği anlamına gelir ve temsil olunana süre vermeye gerek kalmaz.¹³⁴ Bu durumda açılacak davayı sadece tespit davası olarak¹³⁵ nitelendirmek gerekir. Zira tespit davası açanın, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması gerekir (HMK¹³⁶ m. 106/II). Oysa temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında talebin niteliği başka bir davanın açılmasını ve kötüye kullanmanın o davada dile getirilmesini gerektirebilir. Örneğin temsilci tarafından bir borç ikrarı yapılmışsa açılacak dava tespit davası (HMK m. 106) iken, devir söz konusuysa istihkak (TMK m. 683/II; TMK m. 1025), malvarlığına karışma söz konusuysa sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77 vd.) veya kira sözleşmesi kurulmuşsa haksız elatmanın önlenmesi (TMK m. 683/II) davasıdır ve bu davalarda yetkinin kötüye kullanılması sebebi ile işlemin geçersizliği ön sorun olarak ele alınır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, temsilcinin başka olaylarda da kullanılması mümkün bir yetki belgesine sahip olduğu durumda, süregelen bu temsil yetkisine dayanarak başka bir olayda TMK m. 2/II'nin kapsamına girmeksizin diğer bir işlem yapabileceğinde şüphe yoktur. Zira temsilci sadece kötüye kullanma oluşturan işlemi bakımından yetkisiz sayılmaktadır.¹³⁷

¹³³ Özkaya, s. 1234; Yetkisiz temsilde onayın örtülü olarak verilebileceğine ilişkin bkz. Akyol, Temsil, s. 501.

¹³⁴ Kocayusufoşaoğlu, § 50, N. 10; Antalya, N. 2843; Antalya/Topuz, N. 1967; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 327.

¹³⁵ Bu yönde ifade olarak bkz. Şener, s. 327.

¹³⁶ Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.10.2011.

¹³⁷ Kocayusufoşaoğlu, § 50, N. 10, dn. 25; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yön-

Temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki hukukî işlemin geçerliliği bakımından bir diğer etkili husus üçüncü kişinin iyiniyetli olmasıdır.¹³⁸ Temsil yetkisinin kötüye kullanılması olgusuna rağmen üçüncü kişilerin güvenini koruyan hükümlerin devreye girmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları hakkında yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 41/II ve m. 42/III hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Çünkü temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile temsil yetkisinin sınırının aşılması açısından üçüncü kişinin güveninin korunması benzerdir. Bu durumda TBK m. 41/II¹³⁹ ve TBK m. 42/III hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde, üçüncü kişiye temsil yetkisinin kapsamı bildirilmişse, özellikle de temsilci bir vekâletnameye dayanarak işlem yapmakta ise, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin güveni korunmalı ve işlem geçerli kabul edilmelidir.¹⁴⁰ Buna karşılık üçüncü kişiye bildirim yapılmadığı hallerde, sadece temsilci beyanına güvenerek hareket eden üçüncü kişinin iyiniyeti korunmamalıdır.¹⁴¹

Hileli anlaşmanın varlığı halinde ise yetkisiz temsil durumunun ortaya çıkıp çıkmayacağı öğretide tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre¹⁴²

de bkz. Şener, s. 326, dn. 727.

¹³⁸ Hafif ihmâl ile temsilcinin temsil yetkisini kötüye kullanmış olduğunu öğrenememiş olan üçüncü kişinin güveninin korunacağı ve işlemin geçerli sayılacağı yönünde bkz. Esener, s. 87; Kocayusufoğlu, § 50, N. 3 ve N. 4; Özkaya, s. 1232-1233; Akyol, Temsil, s. 397; Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında üçüncü kişinin hafif ve ağır ihmâlinde ne anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Başlık II., A.

¹³⁹ Bu hükümden yararlanacak üçüncü kişide iyiniyet şartının aranması gerektiği yönünde bkz. Oser/Schönenberger, Art. 1-183, Art. 33, N. 17; Zäch/Künzle, Art. 33, N. 155; Kocayusufoğlu, § 46, N. 13; Aksi yönde temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda, bu hüküm (818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılık gelen hüküm olarak m. 33/II) uyarınca üçüncü kişinin kendisine bildirilen temsil yetkisine güveninin korunmayacağı düşüncesinde bkz. Kutlu Sungurbey, s. 12-13; Altner, s. 46.

¹⁴⁰ İnceoğlu, s. 347-348.

¹⁴¹ İnceoğlu, s. 351.

¹⁴² Von Tuhr/Peter, s. 363, dn. 45; Kutlu Sungurbey, s. 18-19; Tandoğan, s. 441; Kocayusufoğlu, § 50, N. 2; Başpınar, s. 204; Akyol, Temsil, s. 383; Altner, s. 45; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318; Türk Medeni Kanunu m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralından yola çıkarak aynı yönde sonuçla söz konusu sözleşmenin temsil olunarı bağlamayacağı görüşünde bkz. Gümüş, Özen, s. 289; Alman Federal Mahkemesi'nin aynı yönde kararı olarak bkz. BGH, 17.5.1988, NJW 1989, s. 26; Alman hukukunda BGB § 138'e dayalı olarak aynı yönde sonuçla bkz. Schramm, § 164, N. 107; Schilken, § 167, N. 93, N. 100; Medicus/

hileli anlaşma ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olup (TBK m. 27), bu geçersizlik aradaki sıkı bağıllık sebebi ile temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişi ile yaptığı hukukî işlemi de kesin hükümsüz kılar. Buna karşılık diğer görüşe göre¹⁴³ hileli anlaşma halinde de yetkisiz temsil hükümleri (TBK m. 46-47) devreye girmelidir. Bu görüşe göre kanun koyucu temsil yetkisinin olmadığı ihtimalde dahi işlemi geçersiz saymayıp, işlemin geçerliliğini temsil olunanın arzusuna bırakmıştır. Hileli anlaşma halinde de bu prensipten ayrılmamak gerekir. Bu nedenle hileli anlaşma neticesinde yapılan hukukî işlemleri kesin hükümsüz saymak yerine, bu işlemler bakımından yetkisiz temsil hükümleri uygulanmalı ve işlemin geçerli olup olmadığı temsil olunanın iradesine bırakılmalıdır. Böylece temsil olunan işlemin kendi açısından ifade edeceği yarar zarar dengesini gözeterek kararını verebilecektir.¹⁴⁴ Ayrıca hileli anlaşma olmadan temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı halleri yetkisiz temsil hükümlerine tâbi tutarken, hileli anlaşmanın varlığı halinde bu anlaşmaya dayalı olarak yapılan işlemin kesin hükümsüz olacağını kabul etmek, benzer durumlar için farklı yaptırımın uygulanması anlamına gelir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun genel sistemi ile uyumlu olarak hileli anlaşma halinde de yetkisiz temsil hükümleri uygulanmalıdır.¹⁴⁵ Başka bir görüşe göre¹⁴⁶ ise hileli anlaşma halinde yapılan işlem ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olmakla birlikte, yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46 uygulanmalıdır. Son olarak öğretilerde hileli anlaşmanın varlığı halinde temsil olunanın hile def'ini ileri sürmesinin de mümkün olduğunu belirten bir görüş bulunmaktadır.¹⁴⁷

Petersen, N. 966; Temsil olunanın hem ahlâka aykırılık hem de temsil yetkisinin kötüye kullanılması hukukî sebebine dayanabileceği düşüncesinde bkz. Antalya, N. 2820.

¹⁴³ Wolf/Neuner, § 49, N. 104, N. 107; Bork, N. 1575-1576; İnceoğlu, s. 335; Cihan, s. 72; Bu yönde görüş hakkında bilgi için bkz. Von Tuhr/Peter, s. 363, dn. 45.

¹⁴⁴ Wolf/Neuner, § 49, N. 104, N. 107; Bork, N. 1575-1576.

¹⁴⁵ İnceoğlu, s. 336-337; Cihan, s. 72-73.

¹⁴⁶ Zäch/Künzle, Art. 38, N. 18; Bu görüşe yönelik eleştiri olarak kesin hükümsüzlük yaptırımı ile askıda hükümsüzlük yaptırımının bir arada bulunamayacağına ilişkin bkz. İnceoğlu, s. 335 dn. 900.

¹⁴⁷ Akyol, Temsil, s. 392, s. 404; Aksi görüşte hile def'inin ancak geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde gündeme gelebileceği, oysa burada geçerli bir sözleşme olmadığından hile def'ine başvurmaya ihtiyaç olmadığı yönünde bkz. İnceoğlu, s. 335, dn. 901.

Konuya ilişkin *kanaatimiz* şu şekildedir. Temsilci ve üçüncü kişi arasındaki hileli anlaşma, konusu itibarıyla TBK m. 27 uyarınca ahlâka aykırılık sebebi ile kesin hükümsüzdür. Üçüncü kişi bu anlaşmaya dayanarak temsilciden bir talepte bulunamaz. Ayrıca hileli anlaşmaya dayalı olarak yapıldığından, hileli anlaşma ile arasındaki bağıllık, temsil olunan adına yapılan işlemin de amacını ahlâka aykırı kılar. Yine aynı sonuca varmak için “*bilgide temsil*” kavramından yola çıkılabilir. Şöyle ki; bir sözleşmenin yapılmasında ahlâka aykırı amaç güdülmesi sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılabilmesi için, her iki tarafın bu amacı gütmesi ya da hiç değilse bir tarafın güttüğü amacın diğer tarafça bilinmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁸. Bilgide temsil kavramı uyarınca da hukukî sonuç doğuran bazı olguların temsilci tarafından bilindiği (onun bilinç içeriğine dâhil sayıldığı) veya bilinmesi gerektiği zaman, söz konusu bilgi temsil olunanda da varsayılmaktadır.¹⁴⁹ Buradan yola çıkarak üçüncü kişinin ahlâka aykırı amacını bilen temsilcinin bu bilgisinin temsil olunana da izafe edilmesi düşünülebilir. Böylece sözleşmedeki diğer taraf olan temsil olunanın da ahlâka aykırı amacı bilmesi sebebiyle sözleşmenin TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacağı sonucuna ulaşmak mümkün olur.

Bununla beraber hileli anlaşma aynı zamanda bir temsil yetkisinin kötüye kullanılması halidir. Dolayısıyla TMK m. 2/II kapsamında yaptırım olarak, temsile konu işlemde yetkinin kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumaması neticesinde, temsil yetkisinin kullanılamaz hale gelmiş olduğu ve yetkisiz temsil durumunun ortaya çıktığı sonucuna da varılabilir. Yetkisiz temsil halinde ise geçersizlik türü askıda hükümsüzlüktür. Böylece hileli anlaşma yolu ile temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde, kesin hükümsüzlük ve askıda hükümsüzlük yaptırımları bir arada bulunmaktadır.¹⁵⁰ Nitekim Alman hukukunda ileri sürülen “*Hukukta çift etki*” (*Doppelwirkungen im Recht*) kuramı uyarınca aynı anda birden fazla geçersizlik sebebinin bir arada bulunması mümkündür. Bu kurama göre örneğin başka bir nedenle

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, Cilt-1, N. 285.

¹⁴⁹ Kocayusufoğlu, § 45, N. 5; Kavram için ayrıca bkz. Pierre Tercier/Pascal Picchonnaz/Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. baskı, İstanbul 2016, § 9, N. 385.

¹⁵⁰ Benzer şekilde hileli anlaşma halinde hukukî işlemin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı, ancak bu durumda yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N. 18.

geçersiz olan bir sözleşme, koşulları varsa aynı zamanda iptale tâbi olabilir. Bu durumda hak sahibi istediği geçersizlik sebebine dayanabilecektir.¹⁵¹ Bu doğrultuda *kanımızca* hileli anlaşma halinde de işlemin geçerli olup olmadığı temsil olunanın iradesine bırakılmalı ve yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanabilmesine imkân tanınmalıdır. Böylece temsil olunan dilerse işleme onay verebilir. Kaldı ki, hileli anlaşma dışındaki temsil yetkisinin kötüye kullanılması hallerinde yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanıp, hileli anlaşmanın varlığı halinde işlemin kesin hükümsüz sayılması, benzer durumlar için farklı yaptırımların uygulanması şeklinde çelişkili bir sonuca yol açacağı için de uygun değildir.¹⁵²

Belirtilmelidir ki, bu sonuca ulaşmak için *esnek hükümsüzlük* kurumuna¹⁵³ başvurmak da mümkündür. Şöyle ki; hileli anlaşma sebebiyle temsil olunan adına yapılan işlemleri kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutarken, Türk Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin getirdiği sistemin anlam ve amacı da gözetilmelidir. Bu kapsamda ilk olarak kanun koyucunun temsil yetkisinin olmadığı bir ihtimalde dahi işlemi kesin hükümsüz saymadığı ve işlemin geçerli olup olmayacağı hususunu temsil olunanın iradesine bıraktığı vurgulanmalıdır. İkinci olarak temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin diğer hallerde yetkisiz temsilin varlığını kabul edip, bir diğer benzer durum olan hileli anlaşma bakımından farklı yaptırım öngörmenin de adaletli bir sonuç doğurmayacağı belirtilmelidir.¹⁵⁴ Bu nedenle her ne kadar hileli anlaşmaya dayalı olarak temsil olunan adına yapılan işlemin TBK m. 27 uyarınca ahlâka aykırılık sebebi ile kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılabilecekse de, temsil sisteminin kabul ettiği düzen ve koruma amacı gö-

¹⁵¹ Attila Michael Kali, Die begründungsabhängige Gestaltungserklärung, Ein Beitrag zur Kündigung, von Miet- und Arbeitsverträgen, Frankfurt am Main, 2003, s. 74-75; Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 212-213.

¹⁵² Yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması görüşüne ilişkin aynı yönde gerekçe olarak bkz. İnceoğlu, s. 336-337; Cihan, s. 72-73.

¹⁵³ Görüş hakkında bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 28 vd.; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2012, N. 433; Pakize Ezgi Akbulut, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul 2016, s. 61 vd.

¹⁵⁴ Yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması görüşüne ilişkin aynı yönde gerekçe olarak bkz. İnceoğlu, s. 336-337; Cihan, s. 72-73.

zetildiğinde, örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilmeli ve hükmün amaca göre sınırlanması (teleolojik redüksiyon)¹⁵⁵ yoluyla TBK m. 27 uyarınca burada kesin hükümsüzlük uygulanmamalıdır. Öte yandan hileli anlaşma halinde yetkisiz temsil durumu da ortaya çıktığından, temsil olunan yararına yorum yapılmalı ve hileli anlaşma bakımından da yetkisiz temsile ilişkin hükümler kapsamında askıda hükümsüzlük yaptırımının uygulanabileceği kabul edilmelidir. Böylece hileli anlaşma halinde de işlemin geçerli olup olmadığı temsil olunanın iradesine kalmış olacaktır.

Geçersizliğin türü noktasında Yargıtay ise hileli anlaşmanın varlığı halinde yapılan işlemin temsil olunanı bağlamayacağı, buna karşılık hileli anlaşma söz konusu değil ise yetkinin kötüye kullanılmasının temsilci ile temsil olunan arasında bir iç sorun olarak kalacağı ve dolayısıyla sözleşmenin geçerli olacağı görüşündedir.¹⁵⁶ Kanımızca kararlarda geçersizlik bakımından yalnızca yapılan işlemin temsil olunanı bağlamayacağının belirtilmesi yeterli değildir. Çünkü “bağlamaz” ifadesinin kapsamına bütün hükümsüzlük türleri girebilir. Bu nedenle kararlarda teknik anlamda hükümsüzlük türünün tespit edilmesi uygun olacaktır.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Esnek hükümsüzlüğün, ihlâl edilen hükmün anlam ve amacı doğrultusunda kesin hükümsüzlüğün hukukî sonuçlarının amaca uygun sınırlanması niteliğinde olduğu görüşünde bkz. Akbulut, s. 76.

¹⁵⁶ “Öte yandan, vekil ile sözleşme yapan kişi Medeni Kanun’un 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olmaz. Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanun’un 2.maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir”, YHGK, E. 2013/1-1290, K. 2014/1057, T. 17.12.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2019/68, K. 2019/663, T. 06.02.2019; Y. 1. HD, E. 2016/8841, K. 2019/2705, T. 17.04.2019; Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016; YHGK, E. 2012/1-715, K. 2013/236, T. 13.02.2013; Y. 1. HD, E. 2008/3961, K. 2008/5456, T. 01.05.2008; YHGK, E. 1993/1-460, K. 1993/699, T. 03.11.1993; (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

¹⁵⁷ Aynı yönde eleştiri olarak bkz. Cihan, s. 73.

Ayrıca vurgulanmalıdır ki, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının yaptırımını, temsil olunanın fesih hakkına sahip olduğu şeklinde ifade edilmemelidir. Fesih, tek taraflı ve yöneltmesi gerekli bir bildirim ile sürekli sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirilmesidir.¹⁵⁸ Oysa burada bir geçersizlik yaptırımını söz konusudur.¹⁵⁹

Bir diğer husus taşınmazın çok düşük bedelle satıldığı durumda, hileli anlaşmaya dayanan satış sözleşmesinin karma bağışlama olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.¹⁶⁰ Belirtilmelidir ki bir şeyin değerinin çok altında satışının, her zaman karma bağışlama niteliğinde olduğu sonucuna varılamaz. Bu hususta tarafların iradesine bakılmalıdır.¹⁶¹ İrade karma bağışlama yapılması değil de taşınmazın hileli bir şekilde üçüncü kişiye ucuza satılması da olabilir, ki bu halde karma bağışlamadan değil hileli anlaşmaya dayalı temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından, dolayısıyla katıldığımız görüş uyarınca da yetkisiz temsilden söz edilmelidir. Diğer taraftan taşınmazları konu alan bağışlama sözleşmesi özel temsil yetkisi gerektiren bir işlem olduğu için, karma bağışlama olarak nitelendirmenin yapılması halinde temsil yetkisi veren belgede (vekâletnamede) karma bağışlama yapma konusunda yetki yoksa sonuç yine yetkisiz temsil olacaktır. Varılan sonuç her iki gidiş yolunda yetkisiz temsil şeklinde aynı olsa da teknik olarak gidiş yolunu doğru nitelendirmek isabetli olur.¹⁶²

¹⁵⁸ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. bası*, İstanbul 2007, s. 115.

¹⁵⁹ "Fesih" ifadesinin kullanımına örnek olarak bkz. YHGK, E. 1993/79, K. 1993/195, 05.05.1993, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 01.11.2019; "Fesih" ve "sözleşmeden dönme" ifadelerinin kullanımına örnek olarak bkz. Özkaya, s. 1231; Bu hususta gerek "fesih" gerekse "sözleşmeden dönme" teriminin kullanılmasının yerinde olmadığına ilişkin tespit olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 7, dn. 22.

¹⁶⁰ "... çok değerli olduğu iddia edilen taşınmazların vekil tarafından akrabasına on beş bin liraya satılması günün ekonomik koşulları karşısında bir bağış niteliğindedir. Oysa dayanak vekâletnamelerde vekile verilmiş bağışlama yetkisi yoktur. BK'nın 388/3 maddesine göre, vekil özel bir yetkiyi haiz olmadıkça bağışlamada bulunamaz", Y. 1. HD, E. 1983/10691, K. 1983/10530, T. 17.10.1983, Özkaya, s. 1321.

¹⁶¹ Karma bağışlamada, edimler arasında bilinçli bir dengesizlik bulunmakta ve bu dengesizlik bağışlama sebebi ile (causa donandi) olmaktadır. Causa donandi iradesi yoksa karşılıklı edimler arasındaki fark ne kadar fazla olursa olsun karma bağışlamadan söz edilemez. Bkz. Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. bası, Ankara 2013, s. 174; Cem Akbıyık, *Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri*, İstanbul 1997, s. 25; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama Sözleşmesi*, Ankara 2016, s. 235.

¹⁶² Aynı yönde bkz. Cihan, s. 68.

Temsile konu eşyanın çok düşük bedelle satılması halinde, satış sözleşmesinin aşırı yararlanma (gabin) sebebiyle iptali ile temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının teknik olarak birbirinden farklı olduğu da belirtilmelidir. Şöyle ki; TBK m. 28’de düzenlenen aşırı yararlanma kurumunun şartları temsilci bakımından varsa hukukî işlemin temsil olunan tarafından iptali mümkündür.¹⁶³ Temsil yetkisinin kötüye kullanılması bakımından da her ne kadar uygulamada genellikle çok düşük bedelle satış hileli anlaşma yolu ile yapılmaktaysa da kural olarak temsilcinin kasten hareket etmesi kötüye kullanmanın bir unsuru değildir. Bu kapsamda örneğin temsil olunanın acilen olması gereken bir ameliyat için para bulması gerekiyorsa, temsilcinin taşınmazı temsil olunanın bu durumunu bilen kötüniyetli üçüncü kişiye çok düşük bedelle satmak zorunda kalması durumunda, aşırı yararlanmanın ve temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının şartları aynı olayda gerçekleşebilir. Bu durumda temsil olunan dilerse TBK m. 28 uyarınca sözleşmeyi iptal edebilir ya da oransızlığın giderilmesini isteyebilir, dilerse de yetkinin kötüye kullanılması sebebiyle oluşan yetkisiz temsile dayanarak onay vermeyip işlemi kesin hükümsüz kılabilir. Bu ihtimalde üçüncü kişinin aradaki bedel farkını ödeyerek temsil olunanı işleme onay vermeye zorlamasının mümkün olmadığı da belirtilmelidir.¹⁶⁴ Buna karşılık Yargıtay temsilci tarafından yapılan işlemlerde kural olarak aşırı yararlanmadan söz edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu durumda temsil olunanın elindeki tek imkân, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına dayanarak sözleşmeyi geçersiz kılmak olacaktır.¹⁶⁵

¹⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 190; Kocayusufpaşaoğlu, § 45, N. 7; İnceoğlu, s. 25.

¹⁶⁴ Özkaya, s. 1231.

¹⁶⁵ “... temlik edenin hiffetinden yahut tecrübesizliğinden yararlanmak suretiyle, satışın gerçekleştirildiği iddiasıyla ve gabin hukuksal sebebine dayalı olarak, açılan tapu iptali davalarında, eğer satış, malikin serbest iradesiyle verdiği vekaletnameyle yetkili kıldığı, vekil aracılığıyla yapılmışsa, gabin iddiası dinlenemez. Ancak somut olayda çok açık biçimde, davalıların el ve düşüncü birliği içerisinde hareketle, çekişmeli taşınmaz ait tapunun iki gün içerisinde intikalini sağladıkları, dosya içeriğinden duraksanmayacak biçimde anlaşılmaktadır. ... Vekil, kendisine vekalet verenin aleyhinde bir tasarrufta bulunamayacağı gibi, taşınmaz mal satışında dilediğine, dilediği bedelle intikali sağlama hususunda yetkili kılınmış olması da dürüstlük kurallarını ve günün ekonomik koşullarını göz ardı ederek düşük bedelle satış gerçekleştirme hakkını kendisine vermez. Olayda ise, davalılarca birlikte hareketle vekil edenin zararına satışın sağlandığı açıklıkla anlaşılmaktadır”, YHGK, E. 1993/1-591, K. 1993/821, T. 15.12.1983, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde karar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2014/5500, K.

B. Tazminat ve İade Talepleri

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları kapsamında, olayın şartları çerçevesinde iade ve tazminat taleplerinin de ileri sürülmesi mümkündür. İlk ihtimal olarak temsilci temsil yetkisini üçüncü bir kişi ile hukukî ilişkiye girmeden, örneğin kendi kendisi ile işlem yaparak kötüye kullanabilir. Bu durumda temsil olunan, hukukî işleme onay vermemesi üzerine işlemin geçersizliğine ek olarak uğradığı zararını kusurlu temsilciden, aralarında geçerli bir temel ilişki varsa¹⁶⁶ bu ilişkiye aykırı davranılması sebebine dayanarak TBK m. 112 uyarınca¹⁶⁷, aksi halde haksız fiil sorumluluğuna dayanarak TBK m. 49 vd. uyarınca ve her halde vekâletsiz işgörenin sorumluluğuna dayanarak TBK m. 530 uyarınca¹⁶⁸ isteyebilir.

İkinci ihtimal olarak temsilci temsil yetkisini üçüncü bir kişi ile hukukî ilişkiye girerek kötüye kullanabilir. Bu ihtimal, temsilci ile üçüncü kişi arasında hileli bir anlaşmanın var olup olmamasına göre ayrı ayrı ele alınmalıdır.

- İlk olarak hileli anlaşma yoksa, TBK m. 41/II ve m. 42/III hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla, üçüncü kişinin *iyiniyetli olması* ve güveninin korunması neticesinde işlemin geçerli sayıldığı durumda, temsil olunan iade talep edemeyecek olup, zararını istemek için kusurlu temsilciye, aralarında geçerli bir temel ilişki varsa bu ilişkiye aykırı davranılması sebebi ile TBK m. 112 uyarınca,¹⁶⁹ aksi halde haksız

2016/471, T. 19.01.2016; Y. 1. HD, E. 2014/14896, K. 2016/3047, T. 14.03.2016; Y. 1. HD, E. 2010/7504, K. 2010/9383, T. 27.09.2010 (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 01.11.2019).

¹⁶⁶ Temsil olunan ile temsilci arasında temel ilişkinin olmaması pek mümkün değildir. Herhangi bir temel ilişki bulunmaksızın, tek başına bir yetkilendirme ile kurulan temsil yetkisine pek nadir rastlanacağı görüşünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N. 24; "Tek başına" temsil yetkisinin bulunmasının nadir olduğu hususunda aynı yönde bkz. Schwenzer, N. 42.07.

¹⁶⁷ Alman hukukunda temel ilişkinin ihlali açısından aynı yönde bkz. Schramm, § 164, N. 120; Schilken, § 167, N. 105.

¹⁶⁸ Genel olarak yetkisiz temsil bakımından bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1424; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 164; Vekâletsiz işgörmeye hükümlerinin uygulanması bakımından bkz. Akıncı, s. 134; Cansel/Özel, N. 653; Nart, m. 46, N. 21-22.

¹⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 3; Altıner, s. 46; Temel ilişkinin ihlali konusunda bkz. Antalya, N. 2823, N. 2840; Cansel/Özel, N. 653; Antalya/Topuz, N. 1964; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 164; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schramm, § 164, N. 120; Schilken, § 167, N. 105.

fiil sorumluluğuna dayanarak TBK m. 49 vd. uyarınca¹⁷⁰ ve her halde vekâletsiz işgörenin sorumluluğuna dayanarak TBK m. 530 uyarınca¹⁷¹ başvurulabilir.

Buna karşılık hileli anlaşma bulunmamakla beraber üçüncü kişi *kötüniyetli ise* temsil olunanın işleme onay vermemesi halinde gerek iade gerekse tazminat talepleri gündeme gelebilir. İade talebinin hukuksal dayanağı bakımından çeşitlilik söz konusudur. Talebin dayanağı devir konusu şey bir taşınır ise istihkak davası¹⁷² (TMK m. 683/II), taşınmaz ise tapu sicilinin düzeltilmesi davası¹⁷³ (TMK m. 1025), malvarlığına

¹⁷⁰ Genel olarak yetkisiz temsil bakımından bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1424; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 164.

¹⁷¹ Genel olarak yetkisiz temsil bakımından vekâletsiz işgörme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1424; Akıncı, s. 134; Cansel/Özel, N. 653; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 164; Nart, m. 46, N. 21-22; İşgörenin, işi işsahibinin yasaklamasına rağmen işgörenin adına görmesi halinde yetkisiz temsil ve vekâletsiz işgörmenin bir arada bulunabileceği düşüncesinde bkz. Ece Baş Süzel, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul 2015, s. 232.

¹⁷² Genel olarak yetkisiz temsil bakımından bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1423; Taşınmaz mülkiyetine ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu TMK m. 1024/II'de açıkça düzenlenmiştir. Taşınır mülkiyetine ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı mı soyut mu olduğu konusunda ise kanunda bir düzenleme olmadığından konu öğretilerde tartışmalıdır. Katıldığımız sebebe bağlılık görüşü uyarınca, taşınmazlar açısından kanunda yer verilen açık hüküm karşısında sebebe bağlılık prensibi taşınırlarda da kabul edilmeli, böylece hukuk sisteminde taşınmaz ve taşınır mülkiyetinin kazanılmasında uyum sağlanmalıdır. Bkz. Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 4. baskı, Ankara 2016, (Mülkiyet), s. 499. Bu kapsamda taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık görüşünde olduğumuz için çalışma kapsamında burada açılacak olan davayı istihkak davası olarak nitelendirmiş bulunmaktayız (Aynı yönde nitelendirme olarak bkz. Gümüş, Özen, s. 289). Buna karşılık soyutluk görüşünün kabul edilmesi halinde, temsil olunanın işleme onay vermemesi üzerine baştan itibaren geçersiz hale gelen sözleşmeye dayalı olarak yapılan kazandırmanın iadesi için açılacak olan dava sebepsiz zenginleşme davası olacaktır.

¹⁷³ Elbirliği mülkiyeti söz konusu ise pay oranında dava açılmayacağı yönünde karar olarak bkz. "... vekalet görevinin kötüye kullanılması iddiasıyla üçüncü kişiler aleyhinde açılan tapu iptali ve tescil davalarında, terekeyi temsil eden tüm mirasçılardan bir arada hareket etmek suretiyle davayı birlikte açmaları, ayrıca mirasçılardan birisinin terekeye iade şeklinde dava açması halinde de tüm mirasçıların davada muvafakatlarının sağlanması, aksi takdirde terekenin atanacak temsilci marifetiyle davada temsil edilmesi ve yürütülmesi gerekmektedir", Y. 1. HD, E. 2018/418, K. 2019/723, T. 07.02.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Ayrık durumlar dışında mirasçılardan birlikte hareket etmek suretiyle tereke adına dava açmaları gerekeceğinde kuşku yoktur. Eldeki davadaki istek vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı davacının payına yöneliktir. Elbirliği mülkiyetine tabi olan terekede davanın niteliği gözetildiğinde pay oranında dava açılmasının yasal olduğu söylenemeyeceği gibi davanın dinlenilmesine de olanak bulunmamaktadır", YHGK, E. 2009/1-243, K. 2009/288,

karışma söz konusu ise sebepsiz zenginleşme davası¹⁷⁴ (TBK m. 47/ III; TBK m. 77 vd.), kira sözleşmesinin kurulduğu durumda da haksız elatmanın önlenmesi davasıdır (TMK m. 683/II). Buna karşılık bir borç ikrarı söz konusu ise olumsuz (menfi) tespit davasının açılması gerekir (HMK m. 106). İade sağlanmasına rağmen, temsil olunanın başka bir zararı varsa, bu zararın tazmini için temsil olunan gerek temsilciye gerekse temsilci ile hukukî işlem yapan üçüncü kişiye başvurabilir. Şöyle ki; temsil olunan, aralarında geçerli bir temel ilişki varsa bu ilişkiye aykırılık sebebi ile TBK m. 112 uyarınca zararını kusurlu temsilciden isteyebilir. Aksi halde temsil olunan zararı için haksız fiil sorumluluğuna ve her halde vekâletsiz işgörenin sorumluluğuna dayanarak temsilciye başvurabilir¹⁷⁵. Diğer taraftan temsil olunanın culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca zararını üçüncü kişiden istemesi de mümkündür. Zira üçüncü kişi, temsil olunan ile bir sözleşme öncesi güven ilişkisine girdiğinden, onu zarara uğratmamakla yükümlüdür.¹⁷⁶ Bu durumda temsil olunanın uğradığı zarardan temsilci ve üçüncü kişi müteselsilen sorumlu olur (TBK m. 61).¹⁷⁷

- İkinci olarak hileli anlaşma varsa, temsil olunanın iade talepleri tıpkı hileli anlaşmanın bulunmadığı ancak üçüncü kişinin kötüniyetli olduğu ihtimalini anlattığımız bir üst paragrafta olduğu gibi aynen gündeme gelecek,¹⁷⁸ zarar tazmini taleplerinin hukuksal dayanağı bakımından ise değişiklik söz konusu olacaktır. Buna göre temsil olunan, yine aralarında geçerli bir temel ilişki varsa bu ilişkiye aykırılık sebebi ile TBK m. 112 uyarınca zararını kusurlu temsilciden¹⁷⁹ isteyebilir. Hileli anlaşmanın varlığı sebebi ile temsil olunanın zararını üçüncü kişiden istemesi halinde ise, artık culpa in contrahendo sorumluluğu-

T. 24.06.2009, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹⁷⁴ Genel olarak yetkisiz temsil bakımından bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1423; Schwenzler, N. 43.06; Akıncı, s. 134; Cansel/Özel, N. 652.

¹⁷⁵ Genel olarak yetkisiz temsil bakımından bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1424; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 164; Temel ilişkinin ihlali ve vekâletsiz işgörme hükümlerinin uygulanması bakımından bkz. Akıncı, s. 134; Cansel/Özel, N. 653; Nart, m. 46, N. 21-22.

¹⁷⁶ Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schilken, § 167, N. 105.

¹⁷⁷ Temsilci ve üçüncü kişinin temsil olunanı karşı müteselsil sorumlu olduğu yönünde bkz. Akyol, Temsil, s. 408.

¹⁷⁸ Aynı yönde bkz. Kutlu Sungurbey, s. 20; Gümüş, Özen, s. 289.

¹⁷⁹ Schramm, § 164, N. 107, N. 120.

nun¹⁸⁰ yanı sıra TBK m. 49/II'ye dayalı sorumluluk gündeme gelebilecektir.¹⁸¹ Yine temsil olunanın temsilciye de TBK m. 112'nin yanı sıra TBK m. 49/II uyarınca başvurması mümkündür.¹⁸² Temsil olunanın hileli anlaşma yüzünden uğradığı zarardan, temsilci ve üçüncü kişi müteselsilen sorumlu olur (TBK m. 61).¹⁸³ Belirtilmelidir ki, genelde hileli anlaşma karşılığında üçüncü kişinin temsilciye bir şeyin teslimi şeklinde menfaat sağladığı görülmektedir.¹⁸⁴ Türk Borçlar Kanunu m. 81/c. 1 uyarınca hukuka ve ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Dolayısıyla üçüncü kişinin temsilciye menfaat olarak sağladığı bu kazandırma da ahlâka aykırı amaç elde etmek için yapılmış olduğundan geri istenemeyecektir.¹⁸⁵ Buna rağmen üçüncü kişinin menfaat olarak temsilciye verdiği şeyi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istemesi halinde, davada TBK m. 81/c. 2'nin uygulanması gerekir. Böylece açılan davada hâkim, temsilciye menfaat olarak verilen şeyin Devlete mal edilmesine karar vermelidir.

Üçüncü ihtimal olarak temsilci ile hukukî işlem yapan üçüncü kişi, işleme konu olan taşınır ya da taşınmazı başka bir üçüncü kişiye devrederse, iade ve tazminat durumunun nasıl olacağı değerlendirilmelidir.

Devre konu eşyanın taşınır olduğu durumda temsilci emin sıfatı ile zilyet konumundadır. Emin sıfatı ile zilyedin (temsilci), emin sıfatıyla zilyetleri de (temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi), malike (temsil olunan) nispetle emin sıfatı ile zilyet sayılır.¹⁸⁶ Şu durumda emin sıfatı ile zilyet konumunda olan temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi, taşınırı başka bir üçüncü kişiye (Ü'ye) devreder ya da taşınırda sınırlı aynı hak

¹⁸⁰ Kutlu Sungurbey, s. 20; Schilken, § 167, N. 105.

¹⁸¹ Akyol, Temsil, s. 401, s. 409; Ticari temsil yetkisi bakımından aynı yönde bkz. Şener, s. 318; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schilken, § 167, N. 105.

¹⁸² Akyol, Temsil, s. 408-409; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schilken, § 167, N. 105.

¹⁸³ "... elbirliği ve işbirliği içerisinde hareket edilmesi nedeniyle müştereken ve müteselsilen davalıların sorumlu tutulmuş olmasında kural olarak bir isabetsizlik bulunmamaktadır", Y. 1. HD, E. 2012/7366, K. 2012/12002, T. 30.10.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Tandoğan, s. 441; Başpınar, s. 204; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Schramm, § 164, N. 107; Schilken, § 167, N. 105.

¹⁸⁴ Başpınar, s. 203.

¹⁸⁵ Akyol, Temsil, s. 383; İnceoğlu, s. 338.

¹⁸⁶ Emin sıfatı ile zilyedin iyiniyetli olup olmaması TMK m. 988 anlamında önemli değildir. Türk Medenî Kanunu m. 988 uyarınca iyiniyet emin sıfatı ile zilyetten taşınırda mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinen kişide aranır.

kurarsa (örneğin irtifak hakkı ya da taşınır rehni), (Ü) iyiniyetli olması halinde TMK m. 988 uyarınca aynî hakkı kazanır.¹⁸⁷ Temsil olunan, (Ü)'nün kazandığı hakkın mülkiyet hakkı olması ihtimalinde taşınırdaki mülkiyet hakkını kaybederken; sınırlı aynî hak olması ihtimalinde bu hakka hakkın süresi boyunca katlanacaktır. Bu durumda temsil olunan zararını kusurlu temsilciden, aralarında geçerli bir temel ilişki varsa bu ilişkiye aykırılık sebebi ile TBK m. 112 uyarınca, aksi halde haksız fiil sorumluluğuna ve her halde vekâletsiz işgörenin sorumluluğuna dayanarak isteyebilir. Yine temsil olunanın zararını, temsilci ile işlem yapan üçüncü kişiden istemesi, hileli anlaşmanın olmadığı durumda culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca, hileli anlaşmanın olduğu durumda ise ayrıca TBK m. 49/II uyarınca mümkündür. Temsil olunanın uğradığı zarardan temsilci ve üçüncü kişi müteselsilen sorumlu olur. Buna karşılık (Ü) kötüniyetliyse, TMK m. 988 uyarınca (Ü)'nün aynî hakkı kazanması mümkün olmayacağından, temsil olunan TMK m. 683 uyarınca taşınırın iadesini sağlayabilir. Temsil olunan ek bir zararı varsa, (Ü)'nün iyiniyetli olması ihtimali için belirttiğimiz tazminat talepleri yine gündeme gelebilecektir.

Devre konu eşyanın taşınmaz olduğu durumda ise, temsil olunan tarafından işleme onay verilmemesi üzerine, temsilci ile işlem yapan kötüniyetli üçüncü kişi adına tapuda gözükene tescil, yolsuz tescil haline gelmektedir.¹⁸⁸ Bu kişinin taşınmazı başka bir üçüncü kişiye (Ü'ye) devretmesi ya da taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurması halinde, (Ü) iyiniyetli ise aynî hakkı TMK m. 1023 uyarınca kazanır.¹⁸⁹ Buna

¹⁸⁷ Kutlu Sungurbey, s. 20.

¹⁸⁸ "Davalılar iyiniyet savunmasında bulunmuşlarsa da davalılar yolsuz tescile güvenerek taşınmaz mülkiyetini iktisap eden üçüncü kişi olmayıp, bizzat yolsuz tescile esas satış işleminin tarafı olduklarından iyiniyetli olup olmadıkları bu davada önemli olmadığı gibi ...", YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹⁸⁹ Kutlu Sungurbey, s. 20; "... ilk el ...'e temlikin vekalet görevinin kötüye kullanılması suretiyle yapıldığı belirlenir ise ondan sonraki kayıt malikleri bakımından 4721 sayılı TMK'nın 1023. maddesi kapsamında iyiniyet araştırmasının yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken ...", Y. 1. HD, E. 2018/134, K. 2019/2603, T. 11.04.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Davacı, davalılardan Cevdet'e ... vekaletname verdiğini, bir gün sonra taşınmazın davalı Cevdet'e el ve işbirliği içinde hareket eden davalı Mustafa'ya satış suretiyle devredildiğini, Mustafa'nın da 3 ay sonra taşınmazı davalı Levent'e sattığını, ... Davalı Levent; tapuya güvenerek taşınmazı satın alan iyi niyetli 4. kişi olduğunu, bu nedenle vekilin görevini kötüye kullanmasından sorumlu tutulamayacağını, taşınmazı gerçek bedeli ile satın aldığı belirterek davanın reddini savunmuştur.

karşılık (Ü) kötüniyetli ise taşınmazın mülkiyetini TMK m. 1023 uyarınca kazanamayacağından, temsil olunanın TMK m. 1025 uyarınca açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davası¹⁹⁰ ile taşınmazın kendi adına tescilini sağlaması mümkündür.¹⁹¹

... Mahkemece, davalı Levent hakkındaki davanın reddine, davalılar Mustafa ve Cevdet hakkındaki tazminat davasının kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalı Mustafa ve davacı Cevdet tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; ... vekil Cevdet ve ilk malik Mustafa'nın el ve işbirliği içinde davacıyı zararlandırma kastı ile hareket ettikleri, ... temyiz itirazları yerinde değildir", Y. 1. HD, E. 2014/10430, K. 2015/11820, T. 13.10.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2016/7756, K. 2019/2144, T. 25.03.2019; Y. 1. HD, E. 2016/4101, K. 2019/2444, T. 04.04.2019; Y. 1. HD, E. 2016/8793, K. 2019/2951, T. 13.05.2019 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

¹⁹⁰ Bu durumda açılması gereken davanın adı TMK m. 1025 uyarınca "tapu sicilinin düzeltilmesi davası" iken (Gümüş, Borçlar Özel, s. 173), uygulamada hatalı şekilde "tapu iptal ve tescil davası" olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bu yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2019/68, K. 2019/663, T. 06.02.2019; Y. 1. HD, E. 2018/134, K. 2019/2603, T. 11.04.2019; Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016; Y. 1. HD, E. 2010/9860, K. 2010/11120, T. 27.10.2010; YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008; Y. 1. HD, E. 1997/13932, K. 1997/15049, T. 24.11.1997; YHGK, E. 1992/1-273, K. 1992/391, T. 19.06.1992 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019); Belirtilmelidir ki Türk Medenî Kanunu'nda tapunun iptaline ilişkin bu ifade ile kaleme alınmış hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk disiplini içinde mahkeme kararları ile kanundan ayrı terminoloji oluşturulması sıkıntıları beraberinde getirebilir. Nitekim uygulamada bu hatalı ifadenin kullanımı birbirinden tamamen ayrı davalar olan tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) ve tescili isteme (tescile zorlama/ferağa icbar) davalarının (TMK m. 716) aynı terminoloji ile "tapu iptal ve tescil davası" olarak isimlendirilmesi gibi sakıncalı boyutlara ulaşmıştır. Bkz. Etem Sabâ Özmen/Gülşah Sinem Aydın, "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", *İstanbul Barosu Dergisi*, Kasım-Aralık 2014, C. 88, S. 2014/6, (s. 179-215), s. 179.

¹⁹¹ "Vekaletin kötüye kullanılması nedeni ile açılan iptal ve tescil davalarının zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerle bağlı olmadığı da kuşkusuzdur", Y. 1. HD, E. 1997/13932, K. 1997/15049, T. 24.11.1997; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2016/4627, K. 2019/873, T. 11.02.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Y. 1. HD, E. 6669, K. 7396, T. 18.06.2003, Özkaya, s. 1256; Belirtilmelidir ki, kararlarda "iptal ve tescil davası" olarak ifade edilen dava ile kast edilen TMK m. 1025 uyarınca açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasıdır. Dolayısıyla kararda bu davanın zaman aşımı ve hak düşürücü süreye tâbi olmadığını belirtmek doğrudur. Aynı yönde bkz. Başpınar, s. 204. Zira aynı hakkın herkese karşı ileri sürülmesini sağlayan talep ve davalar hakkında zaman aşımı ve hak düşürücü süre yoktur. Bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 21. baskı, İstanbul 2018, N. 130; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I*, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. baskı, Ankara 2016, s. 59; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 13. baskı, İzmir 2017, N. 80; Mehmet Ünal/Veynel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 9. baskı, Ankara 2017, s. 81; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. baskı, İstanbul 2018, s. 448; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. baskı,

Devre konu eşyanın gerek taşınır gerekse taşınmaz olduğu ihtimalde (Ü) kötüniyetli olması sebebi ile aynî hakkı kazanamayıp eşyayı iade etmek durumunda kalırsa, zapttan doğan sorumluluk bakımından da değerlendirme yapılmalıdır. (Ü)'nün, kendisi ile işlem yapan üçüncü kişiye zapttan doğan sorumluluk uyarınca başvurması mümkün olmakla birlikte, kötüniyetli olması sebebi ile TBK m. 214/II uyarınca ancak ayrıca üstlenilmişse (taahhüt edilmişse) zapttan dolayı sorumluluk gündeme gelebilecektir. Ancak zapt sorumluluğu olmasa bile (Ü), her durumda kendisi ile işlem yapan üçüncü kişiye TBK m. 112 uyarınca başvurabilir. Belirtilmelidir ki, TBK m. 112'ye başvurma noktasında (Ü)'nün kötüniyeti önemli değil iken, tazminatın belirlenmesinde kötüniyet rol oynayabilir. Bu durumda TBK m. 52 uyarınca (Ü)'nün kötüniyetinin zarar görenin kusuru olarak dikkate alınması neticesinde, tazminatın indirilebileceği veya tamamen kaldırılacağı kanaatindeyiz.

Son olarak belirtilmelidir ki temsilci ile hukukî işlem yapan üçüncü kişinin kötüniyetli olması halinde, temsil olunanın yetkisiz temsil hükümleri uyarınca işlemi onay vermemesi üzerine işlemin geçersiz olması dolayısıyla, üçüncü kişinin temsilciden TBK m. 47 uyarınca tazminat istemesi de mümkün değildir. Zira TBK m. 47/I, c. 2 uyarınca işlemin yapıldığı sırada üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, temsilciden zararın giderilmesi istenemez.¹⁹² Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bildiği veya bilebilecek

Ankara 2017, s. 63; Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 6. baskı, Ankara 2018, s. 36; Halûk Nami Nomer/Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. bası, İstanbul 2019, N. 23; Ayrıca belirli bir sürenin geçmesi sebebi ile, işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmenin de hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmalıdır. Ancak şu hususlara dikkat etmek gerekir. İlk olarak her ne kadar bu davanın açılması süreye tâbi olmasa da temsil olunan işlemi biliyor ve susuyorsa, ayrıca işlemin diğer tarafı temsil olunanın sustuğunu bilmekte ve bunu onay olarak anlamakta haklı ise, yani temsil olunanın hareketsizliği diğer tarafta güven uyandırıyor ise susma onay anlamına gelebilir. İkinci olarak temsilci ile işlem yapan kötüniyetli üçüncü kişinin taşınmazı başka bir iyiniyetli üçüncü kişiye devretmesi halinde TMK m. 1023 dolayısıyla taşınmazın mülkiyetinin kaybedilmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle tapu sicilinin düzeltilmesi davası bakımından bir süre olmasa da temsil olunanın, davayı açmakta gecikmemesi ve ayrıca taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılmasını önlemek için açtığı davada TMK m. 1011/I uyarınca geçici tescil şerhinin konulmasını talep etmesi yararına olur.

¹⁹² Temsilci ile birlikte hareket eden üçüncü kişinin temsilciden tazminat istemesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağına ilişkin bkz. Zäch/Künzle, Art. 38, N.

durumda olduğu halde temsilci ile sözleşmeyi yapan üçüncü kişi, temsil olunanın onay vermemesi tehlikesini göze almış ve bundan doğacak zararlara razı olmuştur.¹⁹³ Bununla birlikte öğretide kasten hareket eden yetkisiz temsilcinin, hafif ihmâlle hareket eden üçüncü kişi karşısında TBK m. 47/I, c. 2 uyarınca tamamen sorumluluktan kurtulmaması gerektiği ve TBK m. 52 çerçevesinde üçüncü kişinin indirimli de olsa bir tazminat elde edebileceği yönünde görüş bulunmaktadır.¹⁹⁴ Ancak temsil yetkisinin kötüye kullanılması kapsamında üçüncü kişinin hafif ihmâlle hareket ettiği durumlarda TBK m. 41/II ve m. 42/III uyarınca güveni korunduğundan¹⁹⁵, işlemin geçersiz olması için üçüncü kişi ya kasten ya da ağır ihmâlle hareket etmelidir. Ağır ihmâlle hareket eden üçüncü kişinin ise temsilciden TBK m. 47 uyarınca tazminat isteyememesi gerektiği kanaatindeyiz.

V. İspat

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde, yetkisiz temsil hükümleri uygulanırken mahkemeye başvurmaya gerek yoktur. Yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme temsil olunan onay vermezse, bu işlem temsil olunan için bağlayıcı olmayacaktır. Bunun için temsil olunanın onay vermediğine yönelik iradesini açıklaması yeterli olup, dava yoluyla kullanılması gerekmez. Ancak yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme onay verilmediği takdirde, yetkisiz temsil nedeniyle doğacak iade ve tazminat istemlerinin ileri sürülmesi bakımından taraflar arasında uyuşmazlık yaşanırorsa mahkemeye başvurulması söz konusu olabilir. İşte bu durumda temsil yetkisinin kötüye kullanıldığının ispatı zor ve önemli bir sorundur. Bu kapsamda hâkimin de temsil yetkisinin kötü-

18, N. 21; Burada hakkın kötüye kullanılmasına başvurmaya gerek olmadığı, TBK m. 47'de iyiniyetli olmayan üçüncü kişinin tazminat isteme hakkı olmadığına zaten düzenlenmiş olduğu yönünde bkz. İnceoğlu, s. 337-338, dn. 905.

¹⁹³ Yetkisiz temsil bakımından TBK m. 47/I, c. 2 hakkında bu düşüncede bkz. Kutlu Sungurbey, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, § 49, N. 35.

¹⁹⁴ Türk Borçlar Kanunu m. 47/I, c. 2'nin fazla geniş tutulduğu, ortada bir örtülü boşluk olduğu, bu nedenle amaca uygun sınırlandırma yapılarak kasten veya ağır ihmâlle hareket eden yetkisiz temsilcinin, hafif ihmâlle hareket eden üçüncü kişiye karşı her türlü sorumluluktan kurtulamaması gerektiği, TBK m. 52 uyarınca üçüncü kişi lehine indirimli bir tazminata hükmedilebileceği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 49, N. 36; Karar olarak yetkisiz temsil bakımından TBK m. 47/I, c. 2 hakkında bu yönde bkz. BGE 116 II 689, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2116689.html>, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹⁹⁵ Bkz. Başlık II., A. ve IV., A.

ye kullanılıp kullanılmadığını belirlerken somut olayın özelliklerini iyi değerlendirmesi gerekir.¹⁹⁶

Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı konusunda ispat yükü, TMK m. 6 ve HMK m. 190/I uyarınca kötüye kullanma neticesinde menfaatinin ihlâl edildiğini iddia eden temsil olunandır.¹⁹⁷ Temsil olunan temsil yetkisinin kötüye kullanılması hallerinden birinin varlığını, bu kapsamda hileli anlaşma söz konusu ise gerek üçüncü kişinin kastını gerekse hileli anlaşmanın varlığını ispatlamalıdır.¹⁹⁸ Burada maddi vakianın ispatına ilişkin bir husus olduğundan, delil sınırlaması olmaksızın, tanık dâhil her türlü delille ispat mümkündür.¹⁹⁹ Yargıtay kararları incelendiğinde de temsil yetkisinin kötüye kullanılması bakımından tanıkla ispatın olanaklı olduğu açıkça ifade edilmiştir.²⁰⁰ Yine hileli an-

¹⁹⁶ “Hak sahibinin hakkını kullanmada iyi ya da kötü niyetli olduğunu saptamak kullananın iç dünyası ile ilgili olduğundan bunu belirlemek oldukça güçtür. Ancak bunun belirlenmesi her somut olaydaki durum gözetilerek dışa yansıyan olgulara göre belirlenmelidir”, Y. 1. HD, E. 2012/5692, K. 2012/5762, T. 17.05.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹⁹⁷ İnceoğlu, s. 337, s. 353; Şener, s. 331; Bu yönde sonuca işaret eder şekilde bkz. Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, 2. auflage, Zürich 1945, Art. 459, N. 16; Özkaya, s. 1232; Genel olarak hakkın kötüye kullanılmasında ispat yükü bakımından bkz. Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 125; “... vekalet görevinin kötüye kullanıldığı iddiasının 6100 sayılı HMK’nun 190. maddesiyle 4721 Sayılı TMK’nun 6. maddesi uyarınca davacı tarafından usulünce ispatlanması gerekmektedir”, Y. 1. HD, E. 2016/4146, K. 2019/1565, T. 06.03.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aksi yönde ispat yükünün vekil konumunda olan temsilcide olduğuna ilişkin karar olarak bkz. Y. 13. HD, E. 2013/24404, K. 2014/3626, T. 12.02.2014: “Mahkemece her ne kadar taraflar arasındaki ticari ve 3.kişilere olan borçlardan kurtulmaya yönelik olarak verilen vekaletnamelere dayalı olarak verilen vekalet görevinin kötüye kullanıldığı ispatlanmadığından davanın reddine karar verilmiş ise de vekilin hesap verme yükümlülüğü bulunduğundan, davada ispat yükü vekil olan davalıdadır. Öyle olunca mahkemece davalının hesap vermeye ilişkin tüm delilleri davacının karşı delilleri toplanıp konusunda uzman bilirkişilerden Yargıtay ve mahkeme denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

¹⁹⁸ İnceoğlu, s. 337, s. 353; Şener, s. 331.

¹⁹⁹ Gümüş, Özen, s. 289; İnceoğlu, s. 353; Şener, s. 331; Y. 11. HD, E. 2017/5051, K. 2018/732, T. 05.02.2018, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

²⁰⁰ Y. 1. HD, E. 2016/4101, K. 2019/2444, T. 04.04.2019; Y. 1. HD, E. 2018/134, K. 2019/2603, T. 11.04.2019; Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; Y. 1. HD, E. 2015/16736, K. 2018/15412, T. 11.12.2018; Y. 1. HD, E. 2013/18122, K. 2014/7130, T. 03.04.2014; YHGK, E. 1993/1-460, K. 1993/699, T. 03.11.1993; (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019); “... vekâletin kötüye kullanıldığı iddiası maddi bir vakianın ispatına yönelik bir husustur. Hukuki muamele değildir. Gerçekte de böyle bir maddi olgunun ispatı için davacının daha önceden yazılı bir

laşmanın varlığı konusundaki güçlükler, ispat bakımından Yargıtay kararlarında bazı fiili karinelerin kabul edilmesine neden olmuştur.²⁰¹ Örnek olarak temsilci ile üçüncü kişi arasında kuvvetli bir yakınlığın bulunması,²⁰² üçüncü kişinin dava konusu eşyayı satın alacak mali güce sahip olmaması,²⁰³ temsil olunan ile üçüncü kişinin arasında ihtilaf bulunması,²⁰⁴ temsilciyle üçüncü kişinin işbirliği içinde hareket ettiklerine yani hileli anlaşma yaptıklarına karine olarak kabul edilmiş-

delil tedarik etmesi de maddeden mümkün değildir. O nedenle mahkemece bu yön gözden kaçırılarak tanıklar dinlenmeden sadece belgeler esas alınmak suretiyle karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır", Y. 13. HD, E. 4138, K. 4808, T. 21.05.1992, Özkaya, s. 1282.

²⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 184; İnceoğlu, s. 353.

²⁰² "... davalı ... davacının yeğeni olup aynı zamanda çekişme konusu taşınmazın paydaşlarındadır", Y. 1. HD, E. 2016/9603, K. 2019/2980, T. 15.05.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... davalı ... ile diğer davalıların aynı mahallede ikamet etmekte olup komşu ve arkadaş oldukları, davalı ...'ın, durumu bilen ve bilmesi gereken kişi olup taşınmazın edinilmesinde iyiniyetli sayılamayacağı ...", Y. 1. HD, E. 2015/16736, K. 2018/15412, T. 11.12.2018, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... davacının emlak işleriyle uğraşan ve eşi ile aynı iş yerinde çalışan davalı ...'a davaya konu taşınmazın satışı bakımından vekâlet verdiği, vekil ...'ın anılan taşınmazı patronu ...'in dostu ve ticari ilişki içinde bulunduğu davalı ...'na satış suretiyle temlik ettiği...", Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... davalının kredi kullanıp davacı şirketi borçlandırmak suretiyle yakınlarına ödeme yapmasının görevini kötüye kullanma niteliğinde bulunmasına göre ...", Y. 11. HD, E. 2015/149, K. 2015/10913, T. 22.10.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... davalı vekil tarafından, önce kardeşi Veli'ye, daha sonra da vekilin kızı Seher'e satış yoluyla temlik edildiği...", Y. 1. HD, E. 2003/4303, K. 2003/4637, T. 17.04.2003, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Davalılar karı-koca olup el ve işbirliği içinde hareket ettiklerinin de kabulü ile ...", Y. 13. HD, E. 2003/8883, K. 2003/13352, T. 10.11.2003, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Somut olayda da, dava konusu taşınmaz, vekil tarafından diğer davalı annesine ...", YHGK, E. 1992/1-273, K. 1992/391, T. 19.06.1992, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Ayrıca bkz. Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; YHGK, E. 1998/1-482, K. 1998/407, T. 10.06.1998 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

²⁰³ "Başka bir mal varlığı da bulunmayan davalının yalnızca sahip olduğu maaşla sözü edilen daireleri satın alması mümkün değildir", Y. 8. HD, E. 2009/4377, K. 2009/5967, T. 10.12.2009, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "... gerek Veli'nin gerekse Seher'in temlik tarihleri itibarıyla alışı güçlerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Esasen, adı geçenlerin davacıya bedel ödediklerini ileri sürmedikleri de sabittir.", Y. 1. HD, E. 2003/4303, K. 2003/4637, T. 17.04.2003, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

²⁰⁴ "Davalı ... davacının aynı binada komşusu olup aralarında sürekli huzursuzluk bulunduğu ... davalı ...'nın aralarında ihtilaf olan ve aynı binada oturduğu davacının yukarıda açıklanan şekilde taşınmazı edinmesinde iyiniyetli olduğunun söylenemeyeceği, bir başka ifadeyle vekil davalı ... ile el ve iş birliği içinde hareket ettiği sonucuna varılmaktadır", Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

tir. Ayrıca temsil yetkisinin düzenlenmesi ile tapuda satış işleminin gerçekleşmesi arasındaki olağanüstü kısa sürenin de hileli anlaşmanın bulunduğuna yönelik kuvvetli bir kuşkunun oluşmasına neden olacağını ifade eden kararlar vardır.²⁰⁵ *Kanımızca* da Yargıtay'ın karinelerle temsil olunana ispat kolaylığı sağlaması isabetlidir. Yalnızca tanık delili temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının ispatı için yeterli kabul edilmemeli, karinelerden biri ile tanık beyanı desteklenmelidir.²⁰⁶

Ayrıca karinelerin kabul edildiği Yargıtay kararları incelendiğinde, olaylarda çok düşük bedellerle yapılan satışların bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda Yargıtay kararlarında taşınmazların çok düşük bedellerle satılması da temsilci ile üçüncü kişinin²⁰⁷ iş birliği içinde hareket ettiklerine, yani hileli anlaşma yaptıklarına ilişkin karine olarak kabul edilmektedir.²⁰⁸ Söz konusu kararlarda çekişme konu-

²⁰⁵ “Davacı, davalılardan Cevdet’e ... vekaletname verdiğini, bir gün sonra taşınmazın davalı Cevdet’e el ve işbirliği içinde hareket eden davalı Mustafa’ya satış suretiyle devredildiğini ...”, Y. 1. HD, E. 2014/10430, K. 2015/11820, T. 13.10.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; “Ancak somut olayda çok açık biçimde, davalıların el ve düşünce birliği içerisinde hareketle, çekişmeli taşınmaza ait tapunun iki gün içerisinde intikalini sağladıkları, dosya içeriğinden duraksanmayacak biçimde anlaşılmaktadır”, YHGK, E. 1991/1-591, K. 1993/821, T. 15.12.1993, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde karar olarak bkz. YHGK, E. 2013/1-1290, K. 2014/1057, T. 17.12.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

²⁰⁶ Aynı yönde mirasbırakan (muris) tarafından yapılan muvazaalı işlemlerde de tanık delilinin tek başına yeterli görülmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Selin Sert Sütçü, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları*, Ankara 2018, s. 189.

²⁰⁷ Üçüncü kişinin, bedelde muvazaa yapıldığı ve devir bedelinin aralarında yüksek belirlenip görünüşteki satış sözleşmesinde düşük gösterildiği şeklinde iddiada bulunması halinde, üçüncü kişi ve davacı devir sözleşmesinin tarafı olduğundan, bu iddianın yazılı delille ispat edilmesi gerektiği yönünde karar olarak bkz. Y. 11. HD, E. 2017/5051, K. 2018/732, T. 05.02.2018, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde karar olarak bkz. YHGK, E. 1993/79, K. 1993/195, T. 05.05.1993, www.lexpera.com.tr, 01.11.2019.

²⁰⁸ “Temlike konu davacı payının değeri keşfen 38.470,00 TL olarak saptanmasına karşın akitteki bedel 2.000.00 TL’dir”, Y. 1. HD, E. 2016/9603, K. 2019/2980, T. 15.05.2019, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; “... Davacı, dava dışı şirkette sahip olduğu paylarını rayiç bedelinden çok düşük bedele sattığı ve bedelin kendisine verilmediği iddiası ile dava açmıştır”, Y. 11. HD, E. 2017/5051, K. 2018/732, T. 05.02.2018, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; “satış bedeli ile gerçek bedel arasında fahiş fark olduğu”, Y. 1. HD, E. 2014/7555, K. 2016/3099, T. 15.03.2016, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; “... taşınmazları gerçek değerinin çok altında bir bedelle satın aldıkları dikkate alındığında Yönetim Kurulu üyeleri ile iş ve elbirliği içinde hareket ettiklerini kabul etmek gerektiğinden iyiniyetli oldukları da söylenemez”, YHGK, E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; “... dava konusu ta-

su taşınmazın devir tarihindeki gerçek değerinin saptanması gerektiği vurgulanmaktadır.²⁰⁹ Ancak Yargıtay'a göre sadece satış bedelinin çok düşük olması, zarar verme kastını, bu kapsamda temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını göstermez. Çok düşük bedelden yapılan satış, diğer karinelere biri ile desteklenmelidir.²¹⁰ Aksi halde sadece tarafların arasındaki vekâlet sözleşmesine dayalı özen yükümünün ihlali çerçevesinde iki bedel arasındaki farkın tazminat olarak vekil tarafından vekil edene ödenmesi gerekecektir.²¹¹ Buna ek olarak her ne kadar çok düşük bedelle yapılan satış, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında hileli anlaşmanın varlığına karine oluşturabilirse de, temsil olunanın düşük satış bedelini kabul etmesi hususunun da üzerinde durulmalıdır. Temsil olunan tarafından düşük satış bedeli kabul edilecek ise ihtirâzî kayıt konulması gerekir. Temsil olunanın düşük satış bedelini ihtirâzî kayıt koymadan kabul etmesi, işleme örtülü olarak onay (icazet) verdiği şeklinde yorumlanabilir. İhtirâzî kayıt konulması söz konusu olmaksızın düşük satış bedelinin temsil olunana verildiği konusunda ispat yükü temsilcidedir.²¹²

sınmaz, akit tarihinde belirlenen 143.100.000 TL bedelde olmasına karşın, ... vekaleten 40.000.000 liraya satılmıştır. Vekil, kendisine vekalet verenin aleyhinde bir tasarrufta bulunamayacağı gibi, taşınmaz mal satışında dilediğine, dilediği bedelle intikali sağlama hususunda yetkili kılınmış olması da, dürüstlük kurallarını ve günün ekonomik koşullarını göz ardı ederek düşük bedelle satış gerçekleştirme hakkını kendisine vermez.", YHGK, E. 1991/1-591, K. 1993/821, T. 15.12.1993, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; "Somut olayda da, dava konusu taşınmaz, ... 750.000 liraya satılmasına karşın gerçek değerinin 7 milyon liranın üzerinde olduğu saptanmıştır", YHGK, E. 1992/1-273, K. 1992/391, T. 19.06.1992, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde kararlar olarak bkz. YHGK, E. 2007/1-609, K. 2007/595, T. 19.09.2007; YHGK, E. 1993/1-460, K. 1993/699, T. 03.11.1993 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

²⁰⁹ "... taşınmazın akit tarihindeki gerçek değeri uzman bilirkişi aracılığıyla saptanmalı ...", Y. 1. HD, E. 1990/2309, K. 1990/5411, T. 16.04.1990, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde kararlar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2017/3724, K. 2019/3636, T. 11.06.2019; Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; YHGK, E. 2013/1-1290, K. 2014/1057, T. 17.12.2014 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

²¹⁰ "Somut olayda da dava konusu taşınmaz, ... 750.000 liraya satılmasına karşın gerçek değerinin 7 milyon liranın üzerinde olduğu saptanmıştır ... Temellük eden Fatma'nın, dava konusu taşınmazın kayınpederi davacıya ait olduğunu ve gerçek değerini bilmesi ... muhakkaktır", YHGK, E. 1992/1-273, K. 1992/391, T. 19.06.1992, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

²¹¹ Y. 13. HD, E. 3113, K. 5382, T. 13.05.1991, Özkaya, s. 548; Y. 13. HD, E. 538, K. 2701, T. 18.04.1989, Özkaya, s. 562; Yargıtay uygulamasına ilişkin bu yönde tespit olarak bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s. 173.

²¹² "Davalı Orhan almış olduğu vekalet ile taşınmazı 25.2.1992 tarihinde eşi olan diğer davalıya sattığına göre, satış bedelini davacıya ödemediğini kanıtlaması gerekir",

Yargıtay'ın temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin kararlarında, temsilcinin devirden dolayı temsil olunana bedel adı altında hiçbir para ödememesi olgusuna da önem verildiği görülmektedir.²¹³ Belirtilmelidir ki, sadece temsilcinin temsil olunana satış bedelini ödememesine dayalı olarak temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı sonucuna varılamaz. Bu durumda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, satış bedelinin ödenmemesinin yanı sıra, temsil olunanın menfaatine aykırılık oluşturacak (örneğin temsilcinin taşınmazı temsil olunanın bir düşmanına satması, temsilcinin taşınmazı kendi yakınına düşük bedelle olağanüstü kısa bir zamanda satması gibi) ek bir karinenin varlığı gerekir. Sadece satış bedelinin ödenmemesi durumunda ise temsil olunan yapılan sözleşme ile bağlı olup, aralarındaki temel ilişkiye (çoğunlukla da vekâlet sözleşmesine) aykırılık neticesinde uğradığı zararını temsilciden (vekilden) isteyecektir.

Bu başlık altında son olarak, temsil yetkisinin kötüye kullanılması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan²¹⁴ ve daha öncelikle sözleşmenin geçerliliğini etkilediğinden, bu durum dava dosyasından anlaşılıyorsa, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır.

Y. 13. HD, E. 2003/8883, K. 2003/13352, T. 10.11.2003, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019.

²¹³ Y. 1. HD, E. 2016/9603, K. 2019/2980, T. 15.05.2019; Y. 11. HD, E. 2017/5051, K. 2018/732, T. 05.02.2018; YHGK, E. 1993/1-658, K. 1993/832, T. 15.12.199 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

²¹⁴ Y. 1. HD, E. 2016/4101, K. 2019/2444, T. 04.04.2019; Y. 1. HD, E. 2016/2471, K. 2019/2690, T. 16.04.2019 Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; Y. 1. HD, E. 2012/5692, K. 2012/5762, T. 17.05.2012; Y. 1. HD, E. 1997/13932, K. 1997/15049, T. 24.11.1997 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019); Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkelerinin emredici nitelikte olduğu, bu nedenle hâkimin TMK m. 2'ye uyulup uyulmadığını görevinden dolayı re'sen dikkate alması gerektiğine ilişkin bkz. Oğuzman/Barlas, N. 899; Dural/Sarı, N. 1271; Kocayusufpaşaoğlu, § 50, N. 8, dn. 23; Erman, s. 108; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 10; Hakkın kötüye kullanılması bir def'i değil, itiraz niteliğinde olduğundan davada savunma olarak ileri sürülmesi şart değildir. Bkz. Ayan/Ayan, s. 207; Kayıhan/Ünlütepe, s. 435-436; "Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileriye sürülmüş olmasa dahi bu husus def'i değil itiraz olarak kabul edildiğinden, dava dosyasından anlaşılabilir böyle bir durumu hakim resen göz önüne almak zorundadır", Y. 1. HD, E. 2012/5692, K. 2012/5762, T. 17.05.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019; Aynı yönde karar olarak bkz. Y. 1. HD, E. 2016/4101, K. 2019/2444, T. 04.04.2019; Y. 1. HD, E. 2015/742, K. 2018/15202, T. 04.12.2018; (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.11.2019).

SONUÇ

Çalışma çerçevesinde borçlar hukukunda temsil yetkisinin kötüye kullanılması hususunda şu tespitlere varılmıştır:

- I. Temsilcinin temsil yetkisini temsil olunanın menfaatine aykırı kullanmama yükümlülüğü dürüstlük kuralından (TMK m. 2) kaynaklanır. Temsil yetkisinin verilmesiyle temsilci ve temsil olunan arasında dürüstlük kuralına göre edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kapsamında, temsil olunanın menfaatine uygun davranma yükümlülüğünü içeren bir güven ve özen ilişkisi meydana gelir. Temsilcinin bu yükümlülüğe aykırı şekilde temsil yetkisini kötüye kullanması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.
- II. Görünüm olarak temsil yetkisinin sınırları içinde kalmakla beraber, temsilcinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde temsil yetkisini temsil olunanın menfaatine aykırı şekilde kullanmasına temsil yetkisinin kötüye kullanılması denir.
- III. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için temsilcinin, temsil olunanın objektif olarak önemli görülebilecek menfaatlerine veya sübjektif olarak temsil yetkisini vermekteki amacına aykırı hareket etmesi gerekir. Katıldığımız görüş uyarınca temsilcinin temsil olunana zarar verme yönünde bir kusurunun ya da özellikle kastının bulunması, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında zorunlu unsur olarak aranmaz. Kusur, ancak kötüye kullanmanın ispatı bakımından destekleyici bir yan unsur olabilir. Ayrıca kusur, TMK m. 2'den doğan özen borcunun ihlali ve temsil olunanın temsilciden koşulları varsa aralarındaki temel ilişkiye aykırılık gereği TBK m. 112'ye göre isteyebileceği tazminat açısından önemlidir. Yine katıldığımız görüş uyarınca temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin kötüniyetli olması, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu bir unsuru değildir. Ancak üçüncü kişinin kötüniyeti, kötüye kullanmanın varlığını ispat noktasında yan unsur olarak kolaylık sağlayabilir. Ayrıca üçüncü kişinin iyiniyeti temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları bakımından da etkilidir. Buna ek olarak temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için temsil olunanın bir zarara uğramasının da zorunlu olmadığı görüşüne katılmaktayız.

- IV. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması konusunda tipik örnek temsilci ve onunla işlem yapan üçüncü kişi arasında hileli anlaşmanın varlığıdır. Bundan başka, temsilcinin kasten hareket etmesi, temsilci ile hukukî işlem yapan üçüncü kişinin kötüniyetli olması veya temsil olunanın menfaatine aykırı davranışın açık olması da kötüye kullanmanın varlığını ortaya koyabilir.
- V. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde ortaya yetkisiz temsil durumu (TBK m. 46-47) çıkar. Temsile konu olan hukukî işlemde temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını hukuk düzenini korumaz, yani o işlemde temsil yetkisi kullanılamaz hale gelir. Ayrıca temsilci ve üçüncü kişi arasında yapılan hukukî işlemin geçerliliği noktasında üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının da etkisi olur. Bu kapsamda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının sonuçları hakkında yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 41/II ve m. 42/III hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.
- VI. Hileli anlaşmanın varlığı halinde de katıldığımız görüş uyarınca yine yetkisiz temsil hükümleri (TBK m. 46-47) devreye girmez. Temsilci ve üçüncü kişi arasındaki hileli anlaşma, konusu itibarıyla TBK m. 27 uyarınca ahlâka aykırılık sebebi ile kesin hükümsüzdür. Ayrıca hileli anlaşmaya dayalı olarak yapıldığından, hileli anlaşma ile arasındaki bağıllık, temsil olunan adına yapılan işlemin de amacını ahlâka aykırı kılar ve o da kesin hükümsüz olur. Yine aynı sonuca varmak için "*bilgide temsil*" kavramına da başvurulması mümkündür. Bu kavramdan yola çıkılarak üçüncü kişinin ahlâka aykırı amacını bilen temsilcinin bu bilgisinin temsil olunana da izafe edilmesi düşünülebilir. Bununla beraber hileli anlaşma aynı zamanda bir temsil yetkisinin kötüye kullanılması hali olduğundan yetkisiz temsil durumu da ortaya çıkar. Yetkisiz temsil halinde ise geçersizlik türü askıda hükümsüzlüktür. Alman hukukunda ileri sürülen "*hukukta çift etki*" kuramı uyarınca aynı anda birden fazla geçersizlik sebebi bir arada bulunabilir. Bu kapsamda hileli anlaşma halinde de işlemin geçerli olup olmadığı temsil olunanın iradesine bırakılmalı ve yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanabilmesine imkân tanınmalıdır. Aynı sonuca *esnek hükümsüzlük* kuramına başvurularak ulaşılabilmektedir. Buna göre hileli anlaşma sebebiyle temsil olunan adına yapılan işlemleri kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutarken, Türk Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin getirdiği sistemin anlam ve amacı

da gözetilmelidir. Kanun koyucu temsil yetkisinin olmadığı bir ihtimalde dahi işlemi kesin hükümsüz saymamış, işlemin geçerli olup olmayacağı hususunu temsil olunanın iradesine bırakmıştır. Ayrıca temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin diğer hallerde yetkisiz temsilin varlığını kabul edip, bir diğer benzer durum olan hileli anlaşma bakımından farklı yaptırım öngörmek adaletli bir sonuç da doğurmaz. Bu nedenle temsil sisteminin kabul ettiği düzen ve koruma amacı gözetildiğinde, örtülü boşluğun varlığı kabul edilmeli ve hükmün amaca göre sınırlanması (teleolojik redüksiyon) yöntemi ile burada kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmamalıdır. Öte yandan hileli anlaşma halinde aynı zamanda yetkisiz temsil durumu da ortaya çıktığından, temsil olunan yararına yorum yapılmalı ve hileli anlaşma bakımından da yetkisiz temsile ilişkin hükümler kapsamında askıda hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır.

- VII.** Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde temsil olunan, hukukî işleme onay vermemesi üzerine işlemin geçersizliğine dayalı olarak iade talep edebilir ve buna ek olarak uğradığı bir zarar varsa bu zararını kusurlu temsilciden, aralarında geçerli bir temel ilişki bulunuyorsa, bu ilişkiye aykırı davranılması sebebi ile TBK m. 112 uyarınca isteyebilir. Yine TBK m. 41/II ve m. 42/III hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde üçüncü kişinin iyiniyetli olması ve güveninin korunması durumunda işlemin geçerli sayılması üzerine, temsil olunan zararını kusurlu temsilciden, aralarında geçerli bir temel ilişki varsa, bu ilişkiye aykırı davranılması sebebi ile TBK m. 112 uyarınca istemesi mümkündür. Aksi halde temsil olunan zararı için haksız fiil sorumluluğuna ve her halde vekâletsiz işgörenin sorumluluğuna dayanarak temsilciye başvurabilir. Hileli anlaşma bulunmamakla birlikte üçüncü kişi kötüniyetli ise temsil olunan culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca zararını üçüncü kişiden de isteyebilir. Hileli anlaşmanın bulunduğu durumda ise, temsil olunanın üçüncü kişiye artık TBK m. 49/II uyarınca başvurması mümkündür.
- VIII.** Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı konusunda ispat yükü, TMK m. 6 ve HMK m. 190/I uyarınca hakkın kötüye kullanılması neticesinde menfaatinin ihlâl edildiğini iddia eden temsil olunanadadır. Burada maddi vakıanın ispatına ilişkin bir husus olduğundan, delil sınırlaması olmaksızın, tanık dâhil her türlü delille ispat

mümkündür. Yargıtay kararlarında temsilci ile üçüncü kişi arasında kuvvetli bir yakınlığın bulunması, üçüncü kişinin dava konusu eşyayı satın alacak mali güce sahip olmaması, temsil olunan ile üçüncü kişinin arasında ihtilaf bulunması, temsil yetkisinin düzenlenmesi ile satış işleminin gerçekleşmesi arasında olağanüstü kısa sürenin bulunması, çok düşük bedelle satış yapılması durumları hileli anlaşmanın varlığına karine olarak kabul edilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbyık Cem, Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997.
- Akbulut Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul 2016.
- Akıncı Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. baskı, Konya 2019.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Medenî Hukuk, 25. baskı, İstanbul 2019.
- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Eşya Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2018.
- Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, 2. bası, İstanbul 2006, (Dürüstlük Kuralı).
- Akyol Şener, Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, (Temsil).
- Altaş Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2018.
- Altın Fatma Zeynep, Yetkisiz Temsil, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1, Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2019.
- Antalya O. Gökhan/Topuz Murat, Medeni Hukuk, Cilt 1, Genişletilmiş 3. baskı, Ankara 2019.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. baskı, Ankara 2016.
- Ayan Mehmet/Ayan Nursen, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 12. baskı, Ankara 2016.
- Baş Süzel Ece, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul 2015.
- Başpınar Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2004.
- Becker Hermann, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK- Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, 2. auflage, Bern 1945.
- Bork Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen 2006.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delikt-recht, 2. auflage, Zürich 1988.

- Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Cansel Erol/Özel Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenmiş 2. baskı, Ankara 2017.
- Cihan Hulki, Temsil Yetkisinin Verilmesinin ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011.
- Doğan Murat/Şahan Gökhan/Atamulu İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 1. baskı, Ankara 2019.
- Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 14. baskı, İstanbul 2019.
- Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler, Ankara 1979.
- Erdoğan İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 4. baskı, Ankara 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. baskı, Ankara 2019, (Borçlar Genel).
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, 4. baskı, Ankara 2016, (Mülkiyet).
- Erman Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. basım, İstanbul 2016.
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 13. baskı, İzmir 2017.
- Esener Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, 7. baskı, Ankara 2017.
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. auflage, Zürich 2008.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, (Özen).
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-II, 3. bası, İstanbul 2014, (Borçlar Özel).
- Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, 8. bası, İstanbul 2017.
- Hatemi Hüseyin/Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. bası, İstanbul 2015.
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2012.
- Hürlimann-Kaup Bettina/Schmid Jörg, Einleitungensartikel des ZGB und Personenrecht, 3. auflage, Zürich-Basel-Genf 2016.
- İnceoğlu Murat M., Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. baskı, İstanbul 2009.
- Kali Attila Michael, Die begründungsabhängige Gestaltungserklärung, Ein Beitrag zur Kündigung, von Miet- und Arbeitsverträgen, Frankfurt am Main 2003.
- Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 6. baskı, Ankara 2012.
- Karasu Bülent, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil, İstanbul 2018.
- Kayıhan Şaban/Ünlütepe Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. baskı, Ankara 2019.

- Keller Max/Schöbi Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. auflage, Basel und Frankfurt am Main 1982.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 22. bası, Ankara 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir (Kocayusufpaşaoğlu Necip), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. basıdan 5. tıpkı bası, İstanbul 2010.
- Kramer Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991.
- Kuntalp Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. bası, Ankara 2013.
- Kutlu Sungurbey Ayfer, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.
- Nart Serdar, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 1 (Madde 1-82), Temsil, m. 40-48, 3. baskı, İstanbul 2019.
- Nomer Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, İstanbul 2018.
- Nomer Halûk Nami/Ergüne Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. bası, İstanbul 2019.
- Medicus Dieter/Petersen Jens, Allgemeiner Teil des BGB, 11. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2016.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, 25. bası, İstanbul 2019.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. bası, İstanbul 2019.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 21. baskı, İstanbul 2018.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art 1-183, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, 2. auflage, Zürich 1945.
- Özkaya Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. bası, Ankara 2016.
- Sarı Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.
- Schilken Eberhard, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2004.
- Schramm Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§1-240, §§ 164-185, 5. auflage, München 2006.
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. auflage, Bern 2016.
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. bası, İstanbul 2007.
- Sert Sütçü Selin, Miras Birakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, Ankara 2018.
- Sirmen Lâle, Eşya Hukuku, 6. baskı, Ankara 2018.

- Şener Oruç Hami, Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara 2015.
- Tandoğan Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010.
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. baskı, İstanbul 2016.
- Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burçuoğlu Halûk/Altop Atilâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993.
- Tuor Peter/Schneyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. auflage, Zürich 2009.
- Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 9. baskı, Ankara 2017.
- Vardar Hamamcioğlu Gülşah, Bağışlama Sözleşmesi, Ankara 2016.
- Von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. auflage, Zürich 1979.
- Wolf Manfred/Neuner Jörg, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, 11. auflage, München 2016.
- Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. bası, İstanbul 2014.
- Yıldırım Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, Ankara 2017.
- Zäch Roger/Künzle Hans Reiner, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990.
- Zevkliler Aydın/Acabey Beşir/Gökyayla Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, 6. bası, Ankara 1999.

Makaleler

- Barlas Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İHFM*, C. LV, S. 3, İstanbul 1997, (s. 191-208).
- Demir Bahadır, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, Yıl: 2015, (s. 249-278).
- Özmen Etem Sabâ/Aydın Gülşah Sinem, "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", *İstanbul Barosu Dergisi*, Kasım-Aralık 2014, C. 88, S. 2014/6, (s. 179-215).

İnternet Kaynakları

- www.kazanci.com
- www.lexpera.com.tr
- www.servat.unibe.ch/
- www.swisslex.ch/

HUKUKİ VE PSİKOLOJİK BOYUTUYLA GECE KAVRAMI

THE CONCEPT OF NIGHT WITH LEGAL AND PSYCHOLOGICAL DIMENSIONS

İştar CENGİZ*
Uğur ERSOY**
Alper KÜÇÜKAY***

Özet: Çalışma zamanı ve süresi, çalışanların günlük hayatını ve psikolojik halini etkileyen bir değişken olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde çalışma hayatının getirdiği yükler, çalışma düzenlerindeki değişimler, çalışma süresi ve yoğunluğundaki yükselme ile maddi ihtiyaç ve beklentilerdeki artışlarla birlikte gece çalışmaları ve vardiyalarının insan psikolojisi üzerindeki etkisi de gittikçe artış gös-
termektedir. Bu durumun yanı sıra iş sağlığı, iş hukuku, ceza hukuku ve çalışma psikolojisi alanlarındaki gelişmeler, çalışanların iş hayatı ile sağlığı arasındaki ilişkinin incelenmesi ačíısından büyük değer taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gece Kavramı, Gece Çalışması, Çalışma Süreleri, Gece Kavramına Bağlanan Sonuçlar, Gece Çalışmasının Psikolojik Etkileri

Abstract: Working time and working hours are considered as a variable that affects employees' daily lives and psychological states. Nowadays the burdens of working life together with the changes of work order, increases in working hours and intensity, the rise of financial needs and expectations, the effects of night works and shifts on human psychology show gradual increase. Apart from this situation improvements in the areas of occupational health, labour law, criminal law and psychology of working have great importance in terms of studying the relationship between employees' working life and health.

Keywords: Concept of Night, Night Work, Working Hours, Outcomes Linked to the Concept of Night, Psychological Effects of Night Work

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, istarcengiz@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3769-9260, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.09.2019, Kabul Tarihi: 26.09.2019

** Doç Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugurersoy@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3770-0353

*** Psk., Ortadoğu Teknik Üniversitesi Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, alperk@metu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0040-8869

GİRİŞ

Kural olarak çalışma, günün gündüz döneminde günlük çalışma süresine göre yapılır. Bununla birlikte, işyerinin gerekleri, işin niteliği günlük çalışmanın, gece döneminde yapılmasını gerektirebilir. Çeşitli nedenlerle günlük çalışmanın günün gece dönemine denk düşmesi nedeniyle iş hukukunda “gece çalışması” ve buna bağlı olarak “gece çalışma süresi” kavramları ortaya çıkmıştır. Gece çalışması, günlük normal çalışma bağlamında bir çalışmadır ve çalışma sürelerine ilişkin genel düzenlemeler içinde yer almaktadır. Ancak gecenin, doğal olarak uykuya ayrılan bir gün dönemi olması itibarıyla işçilerin korunması amacıyla özel birtakım kuralların kabulü zorunlu olmuştur.

Çalışma zamanı ve süresi çalışanların günlük hayatını ve psikolojik halini etkileyen bir değişken olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde çalışma hayatının getirdiği yükler, çalışma düzenlerindeki değişimler, çalışma süresi ve yoğunluğundaki yükselme ile maddi ihtiyaç ve beklentilerdeki artışlarla birlikte gece çalışmaları ve vardiyalarının insan psikolojisi üzerindeki de etkisi gittikçe artış göstermektedir. Bu durumun yanı sıra iş sağlığı ve güvenliği ve çalışma psikolojisi alanlarındaki gelişmeler, çalışanların iş hayatı ile sağlığı arasındaki ilişkinin incelenmesi açısından büyük değer taşımaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), gece çalışmasını; gece yarısı ile sabah 05.00 saatleri arasını kapsayacak şekilde peş peşe en az yedi saat süre yapılmış olan çalışmalar şeklinde tanımlamıştır.¹ Vardiyalı ve özellikle de gece çalışması yapılmasının sebepleri ise işin mecbur kılması, bulunan en iyi işin olması, diğer işlerden daha iyi kazanç sağlanması, aile ve yaşam koşulları bakımından daha iyi imkânlar oluşturması olarak sıralanmıştır.²

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) verilerine göre çalışan sağlığına dair problemler çoğu ülkenin gayri safi hasılasında %4 ila 6 civarında ekonomik bir kayıp oranı oluşturmaktadır. Temel sağlık hizmetleri kapsamında iş ile ilgili hastalıkları önlemenin maliyeti her bir çalışan için on sekiz ile altmış dolar arasında değişmektedir. Bu büyük ekonomik boyutun yanı sıra istihdam ve çalışma koşullarının genel anlamda sağlık

¹ ILO, 1990.

² Harvard, 2016.

üzerinde oldukça yüksek derecede etkisi bulunmaktadır. İş yerlerinde oluşan sağlık riski meslek hastalıklarına yol açabildiği gibi diğer sağlık sorunlarını da beraberinde getirmektedir. İnsanların psikolojik stres altında ve/veya istikrarsız çalışma koşulları içerisinde çalışmaları ise iş yaşamlarında maruz kalabildikleri diğer olumsuz etkenler arasında yer almaktadır.³ Bunların ötesinde gece çalışmasının meydana getirmiş olduğu; iş yerinde dinlenememe ve uykusuzluk, aşırı yorgunluk, dikkatin azalması ve bedendeki metabolik aktivitelerdeki bozulmalar gibi değişimler işgücünün maruz kalmakta olduğu önemli sorunlar olarak görülmektedir.⁴

İnsan beyni ve bedeni, hava karardığında dinlenmeye ve sakinleşmeye, sabah olduğunda ise tekrar canlanıp aktif hale gelmeye yönelik gelişim göstermiştir. Gece çalışanlar doğal dinlenme dönemlerinde dinlenme yerine performans göstermek ve uyanık kalmak için çaba göstermekte ve buna yönelik zihinsel ve bedensel bir mücadele içine girmektedir.⁵

İş hayatında artık sıkça uygulanmakta olan vardiyalı çalışma gereksinimi Demirbilek⁶ tarafından üç temel nedenle açıklanmaya çalışılmıştır: 1- Teknolojik zorunluluk (kesintisiz üretim gereksinimi), 2- Kamu yararı, 3- Karlılık ve verimlilik. Günümüzdeki iş ve yaşam koşulları düşünüldüğünde vardiyalı çalışmaların hem daha çok hayatımızda yer almaya devam ettiği hem de vardiyalı çalışmaların insanlar üzerindeki etkilerinin daha çok hissedildiği görülmektedir. Bu bağlamda vardiyalı çalışma ve gece çalışması hem sosyoekonomik hem de psikolegal boyutları ile incelenmeye fazlasıyla değer bir konu olarak değerlendirilmektedir.

Harrington,⁷ Avrupa'da her beş çalışandan birisinin gece vardiyasına dâhil olduğunu ve birçok çalışanın da uzayan mesai saatlerine göre çalışmakta olduğunu ifade etmiştir. Harrington'a göre değişken vardiyalı çalışmalar ve gece çalışması, uyku süresi ve kalitesini düşürmekte, bitkinlik ve tükenmişlik şikâyetlerini ve bunun yanında anksi-

³ WHO, 2017.

⁴ Price, 2011.

⁵ Price, 2011.

⁶ Demirbilek, 2004.

⁷ Harrington, 2001.

yete ve depresyonu artırmakta, sindirim sistemi ve kardiyovasküler sistem üzerinde olumsuz etkiler göstermekte, prematüre, düşük ağırlığa sahip bebek ya da düşük yapma gibi durumların artışında riskler oluşturmaktadır.

İspanya çalışma mevzuatına göre gece çalışması akşam 22.00 ile sabah 06.00 arası olarak belirlenmiştir. Ayrıca günlük dinlenme süreleri, molalar, haftalık azami çalışma ve dinlenme süreleri, yıllık ara vermeler de belirlenerek gece çalışması yapanların ve vardiyalı çalışanların sağlıkları açısından koruyucu birtakım önlemlere yönelik yasal düzenlemeler bulunmaktadır.⁸ Gece çalışması ve vardiyaların standartlaştırılması ve yasal çerçeve altına alınması aynı zamanda çalışan sağlığı bakımından da dikkate alınması pozitif bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir.

Gece döneminde yapılan çalışmanın insan bedeni ve psikolojisi üzerinde birtakım etkileri olmaktadır. Gündüz vardiyalarından ziyade gece vardiyalarının, değişen vardiya düzeninin, nöbet esası ile çalışmanın, yirmi dört saat çalışmanın ya da düzensiz vardiyaların ise sağlık üzerinde olumsuz yönde etki gösterdiği bilinmektedir. Bu bakımdan gece çalışması psikolojik sağlık üzerindeki etkileri yanında iş sağlığı ve güvenliği açısından da değerlendirilmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda makalede gece çalışmasının işçi sağlığı üzerindeki etkileri ve psikolojik boyutları ele alınmaya çalışılacak, ayrıca gece kavramına ceza hukukunda bağlanan sonuçlar üzerinde de durulacaktır.

Ş1. İŞ HUKUKUNDA “GECE SÜRESİ” VE “GECE ÇALIŞMASI” KAVRAMLARI

A. GECE SÜRESİ

4857 sayılı Kanun m.69/I'e göre, “Çalışma hayatında gece en geç saat 20.00’de başlayarak en erken saat 06.00’ya kadar geçen ve herhalde en fazla on bir saat süren dönemdir”.

ILO’nun Kadınların Sanayide Gece Çalışmasına İlişkin 1948 tarihli ve 89 sayılı Sözleşmesi’ne göre; “gece”, saat 22.00 ile 07.00 ara-

⁸ Vicente-Herrero/ Alberich/García/Gómez/Torre/García/Garrido/López-González/Moscardó/Buedo/Vicente-Herrero, 2016.

sında en az on bir saat süren bir dönem olarak tanımlanırken (m.2), Gençlerin Sanayide Gece Çalışmasına İlişkin 1948 tarihli ve 90 sayılı Sözleşmesi'ne göre; on altı yaşından küçükler için saat 22.00 ile 06.00 arasında cereyan eden süre olarak tanımlanmaktadır (m.2/II).

Avrupa Birliği'nin 04.10.2003 tarihli ve 2003/88/EC sayılı Yönergesi m.2'ye göre; gece çalışma süresi, her hâlükârda 24.00-05.00 saatlerine denk düşen ve yedi saatten az olmayan çalışmadır. Bu yönerge bağlamında "gece işçisi", günlük normal çalışma süresinin en az üç saatini gece döneminde geçiren veya yıllık çalışma süresinin belirli bir kısmını gece döneminde geçiren kişi olarak tanımlanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu m.69/I'de yer alan "en geç" ve "en erken" ve "en fazla on bir saat" tabirleri, gece döneminin başlangıç ve bitiş zamanlarının değiştirilebileceğini; ancak başlangıcının akşam 20.00'dan sonraki, bitişinin ise sabah 6'dan önceki bir saat olarak ve buna göre de gece süresinin, hiçbir şekilde on bir saatin üzerinde belirlenemeyeceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda 4857 sayılı İş Kanunu m.69/I hükmünün, nispi emredici nitelikte bir hüküm olduğu söylenebilecektir.

Bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre yahut yurdun bazı bölgelerinin özellikleri bakımından, çalışma hayatına ilişkin "gece" başlangıcının daha geriye alınması veya yaz ve kış saatlerinin ayarlanması yahut gün döneminin başlama ve bitme saatlerinin belirtilmesi suretiyle birinci fıkradaki hükmün uygulama şekillerini tespit etmek yahut bazı gece çalışmalarına herhangi bir oranda fazla ücret ödenmesi usulünü koymak veyahut gece işletilmelerinde ekonomik bir zorunluluk bulunmayan işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasak etmek üzere yönetmelikler çıkartılabilir (4857 sayılı İş Kanunu m.69/II).

B. GECE ÇALIŞMASI

1. Genel Olarak Gece Çalışmalarının Süresi

"Gece çalışması", "gece süresi" içinde iş ilişkisine konu olan çalışma süresi olarak tanımlanabilir. Kanunen akşam saat 20.00 ile sabah saat 06.00 arasında yapılan çalışma "gece çalışması"dır. 4857 sayılı İş Kanunu m.76/II hükmüne dayanılarak hazırlanan Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Kurallar

Hakkında Yönetmelik⁹ m.7/II'ye göre; “Çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır”.¹⁰

Ancak hem gece hem de gündüz saatlerine rastlayan bazı işlerin, gece ve gündüze rastlayan çalışma saatlerinin eşit olması halinde bu çalışmanın gece çalışması mı yoksa gündüz çalışması mı olacağı konusunda Kanun ya da Yönetmelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide¹¹ gece çalışmalarına uygulanan koruyucu hükümler de dikkate alınarak işin gece işi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar olduğu gibi aksini savunan yazarlar¹² da bulunmaktadır. Aksi görüş sahipleri Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Kurallar Hakkında Yönetmelik m.7/II hükmünün bu sonuca varmayı engellediğini ileri sürmektedirler.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında;¹³postalar halinde çalışma bulunmayan işyerlerinde işin yarısından fazlası gece döneminde geçse de çalışmanın tamamının gece çalışması niteliğinde bulunmayacağını belirtmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu m.69/III uyarınca; işçilerin gece çalışmaları güvenlik, sağlık ve turizm işlerinde işçinin yazılı onayını alarak yaptırılan işler hariç yedi buçuk saati geçemez ve 4857 sayılı İş Kanunu m.41/IV uyarınca da gece çalışmasında işçilere fazla çalışma yaptırılmaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca hazırlanan Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği¹⁴ m.7/b' de de gece sayılan gün döneminde yürütülen işlerde fazla çalışma yapılamayacağı hükmü yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu m.41, genel nedenlerle fazla çalışmayı düzenlemektedir. Bu durumda söz konusu yasak, genel nedenlerle fazla çalışmaya ilişkindir ve koşulları oluşmuşsa gece süresinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma (m.42) ile olağanüstü hallerde fazla çalışma (m.43) yapılabilecektir.

⁹ R.G. Tarih-Sayı: 07.04.2004-25426.

¹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.681.

¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.681-682; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2017, s.305; Astarlı, 2008, s.254.

¹² Ekmekçi, 2006, s.50-51; Mülâyim, 2017, s.141.

¹³ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Tarih: 01.04.2014, Esas No: 2013/24796, Karar No: 2014/7184.

¹⁴ R.G. Tarih-Sayı: 06.04.2004-25425.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, gece çalışmalarının günde yedi buçuk saati geçemeyeceğine ilişkin hüküm karşısında, gece çalışmaları yönünden 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedi buçuk saati aşan gece çalışmaları için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.¹⁵

2. Gece Çalışmasına İlişkin Hükümler

4857 sayılı İş Kanunu'na göre; on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin sanayiye ait işlerde gece çalıştırılması yasaklanmıştır (m.73/II), ayrıca gece çalışmalarının yedi buçuk saati geçemeyeceği de ayrıca belirtilmiştir (m.69/III). Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir (6645 sayılı Kanunla değişik m.69/III). O halde sadece söz konusu işlerle sınırlı olarak gece döneminde yedi buçuk saatten daha fazla çalışılması mümkündür.¹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, işçinin genel olarak fazla çalışma yapmaya ilişkin onayının yeterli olmayacağını, işçinin yazılı onayının açıkça gece yedi buçuk saatten daha fazla çalışma yapmaya ilişkin olması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷

4857 sayılı İş Kanunu m.73/II'de ise; on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda hazırlanan ve 2017 yılında değişikliğe¹⁸ uğrayan Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik¹⁹ m.5'e göre; kadın çalışanlar gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması

¹⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 10.11.2016, Esas No: 2016/34978, Karar No: 2016/19619; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 12.03.2012, Esas No: 2011/36448, Karar No: 2012/7871; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 28.01.2010, Esas No: 2008/14699, Karar No: 2010/1530; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 21.05.2012, Esas No: 2011/22849, Karar No: 2012/17760.

¹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.684-685.

¹⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.685.

¹⁸ R.G. Tarih-Sayı: 19.08.2017-30159.

¹⁹ R.G. Tarih-Sayı: 24.07.2013-28717.

yaptırılabilir. Yönetmelik'te yer alan bir diğer önemli düzenleme ise; kadın çalışanların, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanlar ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmayacaklarına ilişkindir (m.9/I).

Ayrıca belirtmek gerekir ki işveren, gece çalışması yapacak işçiler için, kadın ya da erkek olduğuna bakılmaksızın, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri uyarınca sağlık muayenesi yaptırmak ve/veya sağlık raporu almak zorundadır.

Postalar halinde çalışma, kural olarak, günlük çalışmanın gece çalışması olarak devamını gerektiren faaliyetlerin ortaya çıkardığı bir zorunluluktur (4857 sayılı İş Kanunu m.76/II). Gece çalışması, özellikle, günün yirmi dört saati sürekli faaliyet gösteren işyerleri bakımından söze konu olan bir çalışmadır. Ancak bu nitelikte bir iş olmaksızın, işverenin böyle bir uygulamaya karar vermesi durumunda da ortaya çıkabilir.²⁰ Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²¹ m.4'e göre; Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde posta sayısı yirmi dört saatlik süre içinde en az üç işçi postası çalıştırılacak şekilde düzenlenir. Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde düzenleme 24 saatte iki posta olacak şekilde yapılabilir (m.4/I,a).

4857 sayılı İş Kanunu'na göre de gece ve gündüz işletilen ve nöbetleşe işçi postaları kullanılan işlerde, bir çalışma haftası gece çalıştırılan işçilerin, ondan sonra gelen ikinci çalışma haftası gündüz çalıştırılmaları suretiyle postalar sıraya konur. Gece ve gündüz postalarında iki haftalık nöbetleşme esası da uygulanabilir (m.69/VII); postası değiştirilecek işçi kesintisiz en az on bir saat dinlendirilmeden diğer postada çalıştırılmaz (m.69/VIII).

²⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.683.

²¹ R.G. 07.04.2004, No. 25426

§2. GECE ÇALIŞMA DÜZENİ VE GECE ÇALIŞMASI İLE İŞ KAZALARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Çalışma düzeni bireyin kendi iş hayatında önem taşıdığı kadar diğer yaşam alanlarını, aile ve sosyal çevresini de etkileyen bir değişkendir. Bununla birlikte Demiral'a göre,²² küreselleşme ile birlikte artan işsizlik oranları çalışanlarda baskıya neden olmakta ve çalışanların güvencesiz işlerde, olumsuz koşullarda çalışmalarına neden olmakta, iş güvencesinin kaybı ve olumsuz koşullarda çalışma ile birlikte çalışma yaşamında psikososyal etkilenmenin önemini de artırmaktadır. Öte yandan iş kazaları açısından bakıldığında, araştırmalara göre fazla mesai yapanların yapmayanlara göre iş kazası açısından %61 daha riskli olduğunu, günde on iki saat çalışmanın da riski %37 artırdığı ifade edilirken²³ Japonya'da yapılan başka bir araştırmaya göre²⁴ ise değişen vardiyalarla çalışmanın hemşirelerin ruh sağlığının bozulduğu, iş kazası ve tıbbi hata riskinin arttığı ortaya konmuştur.

Sağlık problemleri dışında, gece vardiyası çalışanları iş kazaları açısından önemli derecede risk altındadırlar ve en çok uyku düzenindeki bozulmalardan etkilenmektedirler. Bozulmuş uyku düzeni ve uzun süreli uykusuzluklar gece vardiyasında çalışanlarda en yaygın görülen problemlerdendir ve bunlar sirkadyen ritim düzensizlikleri sonucunda aşırı gündüz uykuları ve/veya insomnia ile bağlantılı ilerleyen "Vardiya Çalışması Bozuklukları" na neden olmaktadır. Bu problemler nedeniyle gece çalışanlarında özellikle araç çarpmaları, endüstriyel kazalar ve iş yerinde kalite kontrol hatalarına daha çok rastlanmaktadır.²⁵

Çalışma esnasında gözlenmekte olan artan uykusuzluk ve uyku bölünmeleri, gece vardiyası çalışanlarında yaygın şekilde görülen şikâyetlerdir. Bu şikâyetler aynı zamanda iş performansında düşüklüğe ve iş kazalarına sebebiyet oluşturabilmektedir. Özellikle sağlık çalışanları, askeri personel gibi düzensiz ve değişken vardiyalara sa-

²² Demiral, 2004.

²³ Dembe/Erickson/Delbos/Banks. S. M., 2005.

²⁴ Suzuki/Ohida/Kaneita/Yokoyama/Miyake/Harano/Yagi/Ibuka/Kaneko/Tsutsui/Uchiyama, 2004.

²⁵ Barger/Ogeil/Drake/O'Brien/Kim/Rajaratnam, 2012.

hip kişilerin uyku problemleri ile daha çok karşı karşıya kaldıkları da gözlenmektedir. Çalışma şartları fiziksel uyanıklık gerektirirken bir yandan değişen vardiyalara bağlı olarak azalma eğilimi gösteren uyanıklık ve dikkat, çalışanı performans kayıpları açısından daha kırılğan hale getirmektedir. Yapılan çalışmalar net olarak göstermiştir ki gündüz vardiyaları ile karşılaştırıldığında gece vardiyalarında bilişsel ve psikomotor performans, duygu durum ve uyku miktarı daha çok bozulmalara uğramaktadır.²⁶

Gece çalışanlarının iş kazası geçirme risklerini yüksek olduğu bilinmektedir. Davas'a göre²⁷; çalışma saatlerinin fazla olması ve gece çalışma iş kazaları açısından anlamlı olarak en riskli etmenlerden sayılmışlardır. Benzer şekilde Çin'de değişen vardiyalarda çalışanlarda²⁸ ve İran'da bir hastanede vardiyalı çalışan hemşirelerde kesici ve delici alet yaralanmaları²⁹ gündüz çalışanlara oranla daha çok görülmüştür. Özellikle sağlık çalışanlarının çalışma vardiyaları, uzun çalışma saatleri, çalışma ortamları ve koşulları nedeniyle sağlık ve güvenlik risklerinin birçok iş sektörü çalışanlarına göre daha yüksek olduğu da vurgulanması gereken diğer bir konudur.

Scott'ın yaptığı araştırma sonuçları göstermektedir ki; 6-10 yıl boyunca yapılan gece çalışması 1-5 yıla oranla altı kat daha fazla depresif bozukluklara yakalanma sıklığını artırmaktadır.³⁰ Buna göre gece çalışmasının yıllarca sürmesi ile ruh sağlığı üzerinde oluşturduğu olumsuz etkiler katlanarak artmaktadır. Gece vardiyasının erkek çalışanlarda dört yıldan daha fazla sürmesi, kadın çalışanlarda ise değişken vardiyalarda dört yıldan fazla sürmesi ruh sağlığı üzerinde olumsuz etkiler gösterdiğine işaret edilmektedir.³¹

Ayrıca, gece vardiyalarında çalışma psikiyatrik ve somatik rahatsızlıklar açısından yüksek risk oluşturmaktadır. Bel ağrısı, tip 2 diyabet ve gastrointestinal rahatsızlıkların³² yanı sıra hipertansiyon, arit-

²⁶ Hart/Haney/Vosburg/Comer/Gunderson/Foltin, 2006.

²⁷ Davas/Türk/Yüksel, 2016.

²⁸ Liu/Zhao/Jiao/Wang/Peters/Qiao/Zhao/Li/Song/Xing/Lu/Wu, 2015.

²⁹ Jahangiri/Rostamabadi/Hoboubi/Tadayon/Soleimani, 2016.

³⁰ Scott/Monk/Brink Scott, 1997.

³¹ Bara/Arber, 2009.

³² Lim/Yoo/Koo/Park/Ryu/Jung/Jeong/Kim/Lee/Koh, 2017.

mi, koroner damar rahatsızlıkları gibi kardiyavasküler hastalıklarla³³ da ilişkili olduğu açıklanmıştır. Almanya menşeli sağlık verilerine göre, gece vardiyasında çalışanların üçte biri ciddi uyku problemleriyle yüz yüze kalmaktayken,³⁴ gece çalışması depresyon riskini de artırmaktadır.³⁵ Gece vardiyasının depresyonla ilişkilendirilmesindeki olası sebeplerden birisi sirkadyen ritimdir (uyku-uyanıklık döngüsü). Bu döngüdeki bozukluklar birçok tıbbi rahatsızlıklara yol açtığı gibi kortizol seviyesindeki dengesizliklerle birlikte depresyona da sebep olabilmektedir.³⁶ Uyku döngüsündeki düzensizliklerin beyinde yer alan bazı mekanizmaları da etkilediği görülmektedir. Düzensiz uyku döngüsünün dopaminerjik sistem üzerinden beynin ve dolayısıyla zihnin çalışma düzeninde olumsuzluklar oluşturduğu düşünülmektedir. Ayrıca bu durumdan vücut ısısı ve melatonin plazması da olumsuz yönde etkilenmektedir.³⁷ Depresyonun kortikotropin ve kortizol salgılamadaki değişimlere bağlı olarak gelişme gösterdiğine dair tıbbi kanıtlar da mevcuttur.³⁸ Kortizol salgınımı, uyku ritmindeki düzensizlikler psikiyatrik olmayan bir popülasyon olan gece çalışanlar için psikolojik sağlık açısından risk oluşturmaktadır. Birbirleri ile sürekli etkileşim halinde olan bu nöropsikolojik ve hormonal mekanizmalar, iş hayatında da karşılaştığımız şekliyle uyku döngüsündeki düzensizlikler sebebiyle olumsuz yönde etkilenmektedir.

Uzun süreli uyku yoksunluğu bazı beyin bölgelerinde, özellikle de kortekste gen ekspresyonu üzerinde etki göstermektedir. Bu şekilde enerji metabolizması, strese hücresel boyutta verilen tepkiler ve bellek fonksiyonları üzerinde de bazı değişimler gözlenebilmektedir. Uyku ve beyin üzerindeki bu etkileri ile ilgili çalışmalar halen sürmektedir.³⁹ Uyku, sosyal, fiziksel ve psikolojik iyilik hali açısından çok önem arz etmektedir ve bu nedenle çok yönlü olarak ele alınmalıdır.⁴⁰ Gece çalışmasının getirmiş olduğu uyku problemlerinin yanı sıra uyku ka-

³³ Tobaldini/Fiorelli/Solbiati/Costantino/Nobili/Montano, 2018

³⁴ DAK-Gesundheitsreport, 2015.

³⁵ Lee/Myung/Cho/Jung/Yoon/Kim, 2017.

³⁶ Baba/Ohkura/Koga/Nishiuchi/Herrera/Matsuse/Inoue, 2015.

³⁷ Honma, 2012.

³⁸ Holsboer, 2000.

³⁹ Cirelli, 2006.

⁴⁰ Matricciani/Hons/Nurs/Bin/Lallukka/Kronholm/Wake/Paquet/Dumuid/Hons/Olds, 2018.

litesinin de psikolojik sağlık açısından önemli bir faktör olduğu görülmektedir. Uyku süresi ve kalitesi, uyku düzeninin karakteristiğini oluşturan faktörler olarak gece çalışanlarının hem kısa hem de uzun vadede dikkat etmesi gereken sağlık konularındandır. Hatta bu konunun beslenme alışkanlıkları ve fiziksel hareket kadar önemli olduğunu vurgulayan araştırmacılar bulunmaktadır.⁴¹ Uyku kalitesinin ve azalmış uyku süresinin psikolojik sağlık üzerindeki olumsuz etkilerini gösteren başka araştırmalar da mevcuttur.⁴²

Gece çalışmasının ağrı algısının artışına yol açtığı bilinmektedir. Bu artışın uykusuzluk nedeniyle değil duygu durumdaki değişiklikler sebebiyle olduğu düşünülmektedir. Bilhassa uyku yoksunluğunun baş, kas ve yaygın bedensel ağrılarla ilişkili olduğu saptanmıştır. Uzun süreli uykusuzlukların ateşli ağrılar için olan eşik düzeyi de düşürmektedir.⁴³

Costa,⁴⁴ gece çalışanlarında yemek alışkanlıklarında oluşan düzensizliklerin bazı sindirim bozukluklarına da yol açtığını ifade etmektedir. Gece vardiyalarında genellikle hazır-çabuk gıdalar, önceden paketlenmiş yemekler, canlandırıcı içeceklerin tüketimi artmaktadır. Bu tarz beslenmelerin sindirim sorunları oluşturabileceğine dikkat çekilmektedir. Hulsegge⁴⁵ ise başta gece çalışanları olmak üzere vardiyalı çalışanların gündüz çalışanlarına göre daha yüksek enerji içeren yiyecekler tükettiklerini vurgulamışlardır. Buna göre, yüksek kalorili ve enerji içeren gıda tüketiminin çalışanların iş kaynaklı kilo alımı, obezite ve başka sağlık problemleri yaşamalarına da sebebiyet verebileceği ifade edilmiştir.

Mezick⁴⁶ ise stresli yaşam olaylarının uyku süresi ve parçalanması üzerinde etkili olduğunu, geceleri artış gösteren norepinefrin hormonu seviyesinin farklı uyku problemleri ve olumsuz duyguların ortaya çıkmasına zemin oluşturduğundan bahsederek bu şekilde stres ve uyku bozuklukları arasındaki ilişkinin de çok önemli olduğuna dikkat

⁴¹ Perry/Patil/Presley-Cantrell, 2013.

⁴² João/Neves de Jesus/Carmo/Pinto, 2018; Biddle/Hermens/Lallukka/Aji/Glozier, 2018.

⁴³ Pieh/Jank/Waiß/Pfeifer/Probst/Lahmann/Oberndorfer, 2018.

⁴⁴ Costa, 1996.

⁴⁵ Hulsegge/Boer/van der Beek/Verschuren/Vermeulen/Proper, 2016.

⁴⁶ Mezick/Matthews/Hall/Kamarcka/Buyse/Owens/Reis, 2008.

çekmişlerdir. Makateb ve Torabifard⁴⁷ ise gece çalışanlarında göz hastalıklarının da baş gösterdiğini belirtmişler; uyku yoksunluğu sonucu endokrin sistemdeki bazı değişimlerle birlikte kortizol ve norepinefrin gibi stres hormonlarının artışı ile başta göz kuruluğu olmak üzere çeşitli göz hastalıklarının oluşabileceğini vurgulamışlardır.

Uyku yoksunluğu ile bilişsel performans arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan araştırmalar da bulunmaktadır. Uyku yoksunluğunun beyin işlevselliği üzerinde derinlemesine bir etkisi olduğuna işaret edilmektedir. Uyku yoksunluğu ile dopamin ve adenozin gibi nörotansmitter ve nöromodülatörlerin aktivitesi arasında ciddi ölçüde bir ilişki bulunduğu da ifade edilmektedir.⁴⁸ Farklı bir araştırmada, 24 saat süren uykusuzluğun bireylerin bellek işlevleri üzerindeki etkileri test edilmiş; uykusuzluk öncesi ve sonrası ölçülen bellek performansları arasında anlamlı bir oranda fark olduğu göze çarpmış, uyku yoksunluğunun bireylerin bilişsel hata düzeylerini artırdığı belirtilmiştir.⁴⁹ Uyku yoksunluğu ve çalışma belleği arasında da bir ilişki bulunmaktadır. Uyku yoksunluğu bellekle ilgili beceriler ve genel dikkati engelleme etkisi bulunmaktayken, çalışma belleği açısından beyinde kritik role sahip frontal ve parietal korteks üzerinde de etkileri görülmektedir.⁵⁰ Bellek ile ilgili işlevlerin çalışanlar görev ve sorumlulukları açısından önemi olduğu kadar iş sağlığı ve güvenliği açısından da önemi büyüktür. Uyku yoksunlukları neticesinde görülen bilişsel bozuklukların hafifletilmesi ya da azaltılmasının ise çalışan sağlığı, güvenliği ve aynı zamanda iş verimliliği açısından kritik bir önem taşıdığı düşünülmektedir.

Çalışanlarda görülmekte olan bilişsel zaman ile fiziksel zaman arasında oluşabilecek farklılıklar bilişsel bazı bozulmalara yol açabilmektedir. Fiziksel zaman saatte görülmekte olan objektif süreyi ifade ederken, bilişsel zaman kişinin öznel deneyimlerine göre yorumladığı ayrışık ve sübjektif zaman anlamında kullanılmaktadır. Bu iki zaman arasındaki oluşacak boşluk çalışan verimliliği üzerinde etki göstermektedir.⁵¹ Çalışma süreleri ve üretkenlik üzerindeki etkileri göz önü-

⁴⁷ Makateb/Torabifard, 2017.

⁴⁸ Ratcliff/Van Dongen, 2017.

⁴⁹ Stepan/Fenn/Altmann, 2018.

⁵⁰ Frenda/Fenn, 2016.

⁵¹ Schéelea/Haftor/Pashkevich, 2018.

ne alındığında özellikle de gece çalışanları açısından henüz çok yeni bir konu olan bilişsel zaman algısı ile ilgili daha çok araştırmaya ihtiyaç olduğu düşünülmektedir.

Gece çalışması psikolojik bozukluklar açısından değerlendirildiğinde karşımıza gene olumsuz bir tablo çıkmaktadır. Özellikle gece nöbeti görevinde çalışanların psikolojisi ile düşünme gücü olumsuz yönde etkilenmekte ve sirkadiyen ritimlerinde ise tahribat oluşmaktadır. Yapılan bir araştırmaya göre, anestezi uzmanları gece nöbetlerinin ve uzun nöbetlerin sıklıkla görüldüğü bir grup olup, anksiyete ve depresyon açısından yüksek risk taşımaktadır. Gece çalışanların 16 saatlik vardiyaları ve ayrıca psikolojik stres düzeylerinin görece yüksek olması nedeniyle bilişsel performans kaybı ile kaygı bozuklukları depresyona yakalanma oranları açısından da yüksek risk grubunda oldukları tespit edilmiştir.⁵² Gece nöbetlerine göre çalışanların ayrıca iş yükü açısından da değerlendirilmeleri iş stresi ve diğer psikolojik bozukluklara yakalanmaları açısından daha manidar bilgiler elde edilmesini sağlayacaktır.

Gece çalışanlarının uyku-uyanıklık ritimlerindeki düzensizlikler psikolojik sorunlar haricinde bir takım metabolik rahatsızlıklar açısından da önemli riskler meydana getirmektedir. Günlük ritim, uyku ritmi ve beslenme düzenindeki oluşabilecek düzensizlikler insülin direncinin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Gözler ve beyin yoluyla algılanan ya da maruz kalınan gün ışığı ve yapay ışık kaynakları otonom sinir sistemi, vücut ısısı ve hormon sistemi üzerinde de etkiler oluşturmaktadır. Sonuç olarak metabolizmik etkiler gün ışığı ve uyku değişimlerine bağlı olarak gözlenmekte, bilhassa vardiyalı çalışanlarda tip 2 türü diyabet hastalığı riskinde artışlara yol açabilmektedir.⁵³

Gece çalışmasının yanı sıra vardiya saatlerinin uzaması da çalışma performansı üzerinde etki gösteren farklı bir parametredir. Özellikle on iki saat ve fazla süreli vardiyalar çalışan performansı üzerinde olumsuz etki göstermeye başlarken, bu etki hemşireler, sanayi çalışanları ve şoförler gibi bir takım meslek çalışanları açısından çok daha fazla önemli hale gelmektedir.⁵⁴

⁵² İnal/Memiş/Büyükkıran/Elken/Demirkıran/Dikmen/Yosunkaya/Tuğlu/Süt, 2010.

⁵³ Stenvers/Scheer/Schrauwen/Fleur/Kalsbeek,2018.

⁵⁴ Åkerstedt, 1990.

B. Çalışma Düzeni Bağlamında Kronotip Faktörü

İnsanların bilişsel kabiliyetleri, onların kişisel sirkadyen durumları ya da “kronotip”lerine göre gün içerisinde değişkenlik göstermektedir. Kronotip kavramı kişinin kendisini “daha” zinde ve enerjik hissettiği gün içerisindeki dönemi belirtmek için kullanılmaktadır; tercih ettiği uyku dönemi ile de alakalıdır. Bazı kişiler için bugün içindeki dönem sabah iken bazıları için akşam saatlerini içermektedir. Uyku-uyanıklık döngüsü ile ilgili olan kronotip Fischer’in⁵⁵ açıklamasına göre bir kişilik özelliği değil biyolojik bir karakteristiktir.

Amerika’da çalışanların yaklaşık %30’u değişken, uzun ya da dönüşümlü vardiyalarda çalışmaktadır. Çalışanların kendilerine özgü en uygun çalışma saatleri ise kendilerine özgü rahatsızlıklar ya da sağlık problemleri yaşamalarına sebep olmaktadır. Çalışanların kronotipleri yani kendilerine en uygun uyku ve aktivite zamanları, çalışma düzeni ve vardiyaları bağlamında çok önem taşımaktadır.⁵⁶ Gece çalışmasına yatkın kişilerin gündüz vardiyalarında bulunması onları zorlayacağı gibi bunun tam tersi de düşünülebilir. Kişilerin “bilişsel zirve” de oldukları dönemleri bilmesi ve buna uygun görevlerde bulunması kendileri açısından fayda sağlayabilmektedir. Bir şekilde kişisel ritimlerinin çalışma düzenine uygun hale getirmeye çalışmak da iş hayatında karşılaşılan durumlardandır. Ancak kronotiplerini yeterince tahmin edemeyen kişilerin bu biyolojik örüntüye tamamen karşı koymaları da güç görünmektedir.⁵⁷ Kişilere uygun çalışma vardiyalarının oluşturulması ve iş hayatına ilişkin düzenlemeler açısından bu yaklaşımın getirdiği bilgilerin anlamlı bir katkı sağladığı düşünülmektedir.

Bir başka kronotip araştırmasına göre kronotipler, uyku süresi ve uyku ihtiyacı arasındaki ilişki incelenmiş, akşam kronotipine sahip çalışanlarda sabah vardiyasında çalıştıklarında daha kısa uyku süreleri ile uyanma şikâyetleri görülmektedir. Erkenci kronotipe sahip çalışanlar da ise geç saatlerde uykuya dalma sıkıntıları gözlenebilmektedir. Bireysel farklılıklar ile birlikte kronotiplere göre çalışma vardiyalarının uyku süresi ve uykuya bağlı şikâyetler üzerine rol oynadığı açıklanmaya çalışılmıştır. Bunların yanı sıra kurum kültürü, iş ile ilgili

⁵⁵ Fischer/Lombardi/Marucci-Wellman/Roenneberg, 2017.

⁵⁶ Fischer/Lombardi/Marucci-Wellman/Roenneberg, 2017.

⁵⁷ Weir, 2018.

karakteristikler ve sosyal yaşam gibi faktörler de uykuya bağlı problemler üzerinde etki gösterebilmektedir.⁵⁸

Tüm bu sağlık boyutları değerlendirildiğinde uyku-uyanıklık ve çalışma periyodları arasında oldukça sıkı bir bağ olduğu görülmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki fiziksel sağlık koşulları, yalnız yaşam, yaş, kilo, cinsiyet, kronotip, psikopatolojiye sahip olma ve stres gibi daha birçok faktör hem iş hayatımız hem de sağlığımız üzerinde rol oynayabilmektedir.

§3. GECE ÇALIŞMASININ MEYDANA GETİRDİĞİ OLUMSUZ ETKİLERİN ÖNLENEBİLMESİ YA DA TELAFİSİNE YÖNELİK TAVSİYELER

Gece çalışmasının sağlık üzerindeki bu denli olumsuz etkileri, bunların nasıl telafi edilebileceği ya da hafifletilebileceği düşüncesini de doğurmaktadır. Smith⁵⁹, gece çalışması esnasında uyanık kalabilmek adına; kafein tüketimi, kısa süreli uyuklama ve uyarıcı olarak modafinil kullanmanın semptomatik rahatlama sağladığını ifade etmiştir. Bunların yanı sıra akşam yapılacak kısa süreli bir uyku gece vardiyasındaki performansı artırıcı etki göstermektedir. Bu uykuyla birlikte yapılacak kafein tüketimi ise gece vardiyasındaki performans ve kabiliyetler üzerinde oldukça büyük bir etki göstermektedir. Smith ve ark.'nın ikinci bir önerisi ise sirkadyen ritmin tekrar düzenlenmesinin bu çalışanlar üzerinde oldukça fayda sağlaması üzerinedir. Her ne kadar sirkadyen ritim değişime karşı inatçı bir yapı olsa da bunun gerçekleşmesi halinde gece çalışmasında verim sağlanmakta ve gündüz uykusu mümkün olabilmektedir. Ayrıca vardiyaların değişim sürecinin çok yavaş yapılması ya da kalıcı hale getirilmesi sirkadyen ritim üzerindeki etkilerine bağlı olarak daha güvenli bir metot olarak değerlendirilmektedir.

Benzer bir çalışmayı Santhi⁶⁰ yapmıştır. Akşam uykusu almanın ilerleyen saatlerde yapılan çalışma sırasında olumlu etkiler gösterdiği, bunu homeostatik basıncın düzenlenmesi yoluyla gerçekleştirdiği açık-

⁵⁸ van de Ven/van der Klink/Vetter/Roenneberg/Gordijn/Koolhaas/de Looze/Brouwer/Bültmann, 2016.

⁵⁹ Smith/Fogg/Eastman, 2009.

⁶⁰ Santhi/Aeschbach/Horowitz/Czeisler, 2009.

lanmıştır. Çalışma öncesi kısa uykular, adeta kafein tüketimi ve parlak ışık etkisine benzer etkiler meydana getirerek bilişsel bozulmaları iyileştirici melatonin hormonunun salgılanmasını artırmaktadır.

Işık terapisi, melatonin takviyesi, uyku-uyanıklık zamanının ayarlanması gibi kronoterapiler uykuyu düzene sokma konusunda denenmiş metotlar arasında yer almaktadır. Ayrıca depresyon, insomnia gibi bazı psikolojik bozukluklara yönelik düzenlenen bilişsel davranışçı terapiler de uyku problemleri açısından katkı sağlayabilmektedir.⁶¹ Eastman⁶² da gece çalışanları üzerinde uygulanan parlak ışık tedavileri hakkında araştırmaları bulunmaktadır. Bu araştırmalarda sirkadyen ritim evrelerindeki değişimlere daha rahat adaptasyon sağlanabilmesi için uygun fiziksel ortam, gürültü ve ışık gibi değişken faktörlerin kontrol altında tutularak gece çalışanları üzerindeki etkileri gözlenmiştir. Özellikle ışık tedavisi uygulanan gece vardiyası çalışanlarının iş performansı, yorgunluk ve uyku kalitesi ölçütleri anlamlı düzeyde ve pozitif yönde değişim göstermiştir.

Çalışma ortamındaki koşullar ve psikososyal çevrenin çalışanların psikolojik sağlığı üzerindeki etkileri bilinmektedir. Bu etkenlerdeki olumsuzluklar psikolojik stres kaynağı olarak görülmektedir. Bu bağlamda, hem iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önleme hem de çalışanların iyilik halini artırmak adına çalışanlara özgü iş sağlığı programları düzenlemek faydalı bir yaklaşım olarak göze çarpmaktadır.⁶³ Vardiya zamanı ve sürelerine uygun iş yükü planlamalarının yapılması, çalışanları daimi gece vardiyasında tutmamak, iş şartları mümkünse sabah 07.00 öncesinde iş başı yapılmaması, vardiyaların azami on iki saat olarak belirlenmesi, zahmetli, monoton, tehlikeli ve riskli işlerde vardiyaları sınırlamak, düzenli iş molalarına imkân verilmesi, iş yeri ısı ve aydınlatmalarının çalışanlara uygun ve yeterli miktarda olması ve gece çalışanları için ücretsiz sağlık taramaları sağlanması gibi birçok tavsiyeler de konu ile ilgili olarak sunulmaktadır.⁶⁴

Bunlara ek olarak çalışanların sağlıklı yaşam tarzı benimsemelelerinin verimli iş performansı göstermeleri üzerindeki etkileri göz ardı

⁶¹ Foster/Kreitzman, 2014.

⁶² Eastman/Boulos/Termam/Campbell/Dijk/Lewy, 1995.

⁶³ Salas/Quezada/Basagoitia/Lic/Herrera/Parra/Muñoz/Weigl/Radon, 2015.

⁶⁴ HSE, 2006.

edilmemelidir. Bilhassa gece çalışanları açısından nadir şekilde uygulanan, fiziksel aktivite, sağlıklı beslenme, stres yönetimi, kişilerarası olumlu iletişim, sigaradan uzak durma gibi faktörler üzerinde durulması ve çalışan psikolojisi ve sağlığına yönelik politikaların geliştirilmesi gerekmektedir. En olumlu katkı ise gece çalışanlarının psikolojik durumları ve sağlık koşullarının yeterince anlaşılıp dikkate alınması ile sağlanabileceği düşünülmektedir.

Ş4. CEZA HUKUKU AÇISINDAN GECE KAVRAMI

Yukarıda incelendiği üzere gece çalışmasıyla ilgili olarak iş hukukunda önemli düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Peki acaba gece vaktinin ceza hukuku açısından önemi nedir? Başka bir ifadeyle bir suçun gece vakti işlenmiş olması durumunda kanun koyucu özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiş midir? Bu durum özellikle iş kazalarında ve iş yerinde işlenen suçlar bakımından özel bir önem kazanmaktadır.

Her şeyden önce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) açısından “gece vakti” deyiminden ne anlaşıldığını ortaya koymak gerekmektedir. TCK’nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinde bu deyimden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır: “Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi” anlaşılır (TCK m.6/1-e). Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukuku sisteminde, gece vakti gibi herkesin farklı anlamlar yükleyebileceği ve failin daha ağır bir şekilde cezalandırılması sonucunu doğurabilecek bir kavrama tanımlar maddesinde yer verilmesinin doğru bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

Uygulamada, güneşin doğuş ve batış saatleri müftülüklerden, meteorolojiden ve Adli Tıp Kurumu’ndan sorulmakta, gelen cevaba göre işlem yapılmaktadır.

TCK’daki pozitif düzenlemelere geçmeden önce ceza hukukuyla çok yakından ilgili bulunan bir başka disiplin olan “viktimoloji” hakkında da kısa açıklamalarda bulunulacaktır. Dilimize “mağdur bilimi” olarak da çevrilebilecek “viktimoloji”nin temel uğraş alanını suç mağdurları oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında viktimolojinin amacının, mağduru psikolojik, sosyal ve hukuki boyutlar kapsamında incelemek ve mağdurluğun önlenmesi için gerekli şartları belirlemek olduğu ifa-

de edilmektedir.⁶⁵ Yine bu bağlamda mağdur olmayı belirleyen temel özelliklerin olduğu, bu özelliklerden birisinin de suça karşı korunmasız olmanın olduğu belirtilmektedir. Korunmasızlıktan kastedilen ise, saldırganın amacına ne kadar kolay ulaşabileceği, mağdura ne kadar kolay saldırabileceği ve hedefin saldırıdan kurtulabilme güçlüğüdür.⁶⁶ Bu açıdan bakıldığında, aşağıda da ifade olunacağı üzere gece vakti de mağdur olmayı belirleyen önemli etkenlerden birisi olarak düşünülebilir. Gerçekten de gece vakti bireyler günün diğer zaman dilimlerine göre suça karşı daha korunmasız bulunmaktadır. Bu nedenle TCK'da bazı suçlar bakımından suçun gece vakti işlenmesinin daha ağır yaptırıma tabi tutulmasının da viktimolojinin verilerine uygun olduğu söylenebilir.

Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında “gece vakti” kavramına, tanımlar maddesi dışında yalnızca üç suç tipinde yer verildiği görülmektedir.

Bunlardan ilki, konut dokunulmazlığının ihlali suçunun düzenlendiği 116. maddedir. Bu suç tipi ile korunması amaçlanan hukuksal değer, mülkiyet veya diğer aynı bir hak olmayıp, konutta, başkalarının müdahalelerinden uzak olarak huzur ve güven içinde yaşama hakkı olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷ Bu suç tipi yalnızca konut olarak nitelenen yerleri kapsamamaktadır; maddenin ikinci fıkrası ile işyerleri ve eklentileri de belli şartlar altında konut dokunulmazlığının ihlali suçuna kapsamı içerisine dahil edilmiştir.⁶⁸ Örneğin, bir avukat bürosuna, özel bir doktor muayenehanesine veya bir fabrikaya hak sahibinin rızası dışında girilmiş olması halinde bu suç oluşacaktır. Kanun'un 116. maddesinin dördüncü fıkrasına göreyse fiilin, *gece vakti* işlenmesi halinde verilecek hapis cezasında artırım yapılması yoluna gidilmiştir. Başka bir ifadeyle konut dokunulmazlığının ihlali suçunun *gece vakti* işlenmesi daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak kanunda düzenlenmiştir. Konut dokunulmazlığının ihlali suçunun gece vakti işlenmesinin nitelikli hal sayılmasının temelinde, korkutucu etkinin artması, suçun işlenmesinin gündüz vaktine göre daha kolay olması ve mağdurun kendisini savunmadaki zorluğu yatmaktadır.⁶⁹

⁶⁵ Demirbaş, 2016, s.357, 359.

⁶⁶ Demirbaş, 2016, s.362-363.

⁶⁷ Tezcan/Erdem/Önok, 2018, s.542.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 2018, s.551 vd.

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, 2018, s.564.

Gece vaktine hukuki sonuç bağlanan suç tiplerinden bir diğeri ise hırsızlık suçu oluşturmaktadır. TCK'nın 143. maddesine göre, hırsızlık suçunun *gece vakti* işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Hırsızlık suçunun *gece vakti* işlenmesinin nitelikli hal sayılmasının altında yatan düşünce, mağdurun kendisini savunma olanağının zayıf olması nedeniyle suçun işlenmesindeki kolaylık ve failin yakalanmasındaki zorluktur.⁷⁰ *Noyan*, gece vaktinin insanları daha korumasız hale getirdiğini, insanların özellikle gece saatlerinde güven ortamına daha fazla ihtiyaçları olduğunu, gecenin ilk saatlerinde tenhalaşan sokakların ilerleyen saatlerde boşaldığını, iş yerlerinin sahipsiz, evlerdeki insanların uykuda olduklarını, böylelikle geceleri suç işlemenin gündüzden daha kolay olduğunu, bundan dolayı da hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin, hırsızlık suçuna verilecek cezanın artırılmasına yol açtığını ifade etmektedir.⁷¹ Literatürde bazı yazarlarca bu nitelikli halin suçun gerek temel şekli gerek tüm nitelikli halleri bakımından uygulanabilir olması eleştiri konusu yapılmaktadır.⁷² Hatta mevcut düzenleme Anayasaya aykırılık iddiasıyla somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne bile götürülmüştür.⁷³

Türk Ceza Kanunu'nda *gece vaktine* sonuç bağlanan son suç tipi ise yağma suçudur. Yağma suçu, cebir (TCK m.108) ve/veya tehdit (TCK m.106) ile hırsızlık suçunun bir araya gelmesinden oluşan bileşik bir suçtur. TCK'nın 149. maddesinin birinci fıkrasının h bendine göre, yağma suçunun *gece vakti* işlenmesi, daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir. Yağma suçunun gece vakti işlenmesinin nitelikli bir hal olarak kabul edilmesinin temelinde de hırsızlık suçundakine benzer gerekçeler yatmaktadır.

Burada bahsedilen bu üç suç tipi dışında ceza hukuku sistemimizde *gece vaktine* açıkça hukuki sonuç bağlayan ve *gece vaktini* değerlendirmeye alan başka bir norm bulunmamaktadır. Elbette TCK'da düzenlenen birçok suç tipinin de *gece vakti* işlenmesi mümkündür. Ör-

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, 2018, s.715.

⁷¹ Noyan, 2007, s.373.

⁷² Tezcan/Erdem/Önok, 2018, s.715-716; Özbek/Başbüyük, 2014, s.110-111.

⁷³ Anayasa Mahkemesi, TCK'nın 143. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmış ve yapılan itirazın reddine karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 05.05.2016 T., 2016/16-37 E.K., R.G. Tarih-Sayı: 31.05.2016-29728.

neğin, bir insan gece vakti de dövülebilir, hakarete uğrayabilir, tehdit edilebilir, tecavüze uğrayabilir ve hatta öldürülebilir. Ancak bu gibi durumlarda suçun salt *gece vakti* işlendiğinden bahisle verilecek cezada artırma yapılması yoluna gidilemez. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir kurum vardır o da TCK'nın 61. maddesinde düzenlenmiş bulunan temel cezanın belirlenmesidir. Konunun önemine binaen bunun üzerinde biraz durmakta yarar vardır.

Kanunlarımızda suçlar için ağırlıklı olarak sabit cezalar öngörülmemekte, alt ve üst sınırlar gösterilerek (örneğin, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası veya 1000 güne kadar adli para cezası gibi) bu sınırlar arasında hâkime cezayı gerekçe göstererek belirleme yetkisi verilmektedir. Basamaklı ceza öngören suçlarda, iki sınır arasında cezayı belirleme konusunda hâkime tanınan takdir yetkisi somut olayın özelliğine göre TCK'nın 61. maddesinde sıralanan ölçütlere göre kullanılacaktır.⁷⁴

Buradaki ölçütlerden inceleme konusu açısından önem arz eden TCK m.61/1-c'de ifade olunan "*suçun işlendiği zaman*" dır. Suçun işlendiği zamanın, temel cezanın belirlenmesinde değerlendirmeye alınabilmesi için, fiilin gerçekleştirildiği sırada fail açısından bir kolaylık sağlamış olması, fail hakkında ceza takibinin yapılmasını imkânsız veya çok zor bir duruma sokmuş olması gerekmektedir. Mağdurun korunma olanaklarının zayıflatılması veya ortadan kaldırılmış olması da cezanın belirlenmesi sırasında, suçun işlenme zamanı unsurunun kullanılmasına neden olabilir. Örneğin, gece vakti mağdureye nitelikli cinsel saldırıda bulunulması, çocuğun gece vakti kaçırılması, cinsel taciz suçunun gece vakti işlenmesi gibi birçok durumda suçun gece vakti işlenmesi, suçun kolayca işlenmesine etkilidir ve temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak değerlendirilebilecektir.⁷⁵ Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda bu hususa dikkat çekmektedir.⁷⁶

Bir işverenin, gece vakti çalışmanın yasak olduğu bir iş kolunda işçiyi çalışmaya zorlaması, şayet çalışmazsa iş sözleşmesini feshedeceğini söylemesi TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma

⁷⁴ Koca/Üzülmez, 2018, s.673.

⁷⁵ Yerdelen, 2013, s.189.

⁷⁶ "Gece sabaha karşı 03:00 sıralarında mağdurun evinde işlenen yaralama suçunda, olayın başlama saati ve olay mahalline göre cezanın asgari haddin üstünde takdir edilmesi gerekir". 1. CD, 14.05.2001 T., 1038/2054 E. K.

hürriyetinin ihlali suçunu⁷⁷ oluşturabilir mi? Burada söz konusu suç tipiyle korunması amaçlanan hukuksal değer dikkate alındığında, işverenin bu davranışının söz konusu suç tipinde aranan “*hukuka aykırı başka bir davranış*” kalıbı içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu, şayet işçinin çalışma hürriyeti de ihlal edilmişse söz konusu suçun gerçekleşeceği söylenebilir. Elbette ki burada işverenin yani failin, işçinin çalışma hürriyetini ihlal etme kastıyla hareket etmiş olması ve kanunda aranan diğer şartların da somut olayda gerçekleşmiş olması şarttır.

Acaba bir işverenin, psikolojisinin bozuk olduğunu bildiği işçisini sürekli olarak gece vardiyasında çalıştırması sonrasında işçinin girmiş olduğu bunalım sonucu intihar etmesi ve hayatını kaybetmesi, TCK'nın 84. maddesinde düzenlenmiş bulunan intihara yönlendirme suçunu⁷⁸ oluşturacak mıdır? Her şeyden önce söylemek gerekir ki, intihara yönlendirme suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu seçimlik hareketler, intihara azmettirme, intihara teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme ve intihara herhangi bir şekilde yardım etmedir. Soruya dönecek olursak: Kanaatimizce işverenin, psikolojisi bozuk olduğunu bilmesine rağmen işçisini sürekli olarak gece vardiyasında çalıştırması ve psikolojisi daha da bozulan işçinin intihar etmesi tek başına işvereni intihara yönlendirme suçunun faili konumuna getirmeye yetmez. Zira bu örnekte işverenin gerçekleştirmiş olduğu fiil, intihara yönlendirme suçunun seçimlik hareketlerinden hiçbirisinin içerisine girmemektedir. Ayrıca işverenin bu suçtan sorumlu tutulabilmesi için kastının, işçinin intihar etmesine yönelik olması gerekmektedir. Şayet somut olayda işveren, kıdem tazminatı ödememek için intihar etmeyi düşünen işçisine intihar etmesi için tavsiye ve telkinlerde bulunursa bu suçun faili olabilecektir.

SONUÇ

Bir gün içerisindeki yirmi dört saatin insan bedeni ve psikolojisi açısından verimli ve sağlıklı kullanılması esastır. Çalışmaya, uykuya ve diğer aktivitelere ayrılan sürelerin dağılımı bu bağlamda önem ta-

⁷⁷ Bu suç tipiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, 2016, s.335 vd.

⁷⁸ Bu suç tipiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, 2018, s.75 vd.

şımaktadır. Günümüzde çalışma hayatındaki tempo, stres ve yoğunluk bu dağılımı etkileyebilmektedir. İş hayatının olumsuz etkilerine karşı sağlıklı bir yaşam tarzı geliştirme ile birlikte günlük rutinleri bir düzende tutmak ise psikolojik açıdan fayda sağlayacağı gibi iş-yaşam dengesi kurulmasına da katkı sağlayacaktır.

Nitekim Avrupa Birliği Çalışma Saatleri Yönergesine (2003) göre, gece çalışanları yirmi dört saatlik periyod içerisinde sekiz saatten fazla ağır, zorlayıcı (fiziksel ve zihinsel) ve tehlikeli işlerde çalışamaz ve belli şartlar dâhilinde gündüz vardiyasına geçme hakkına sahiptir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartları (Madde 31-1, 2012) içerisinde ise “her çalışanın sağlık, güvenlik ve saygınlığına saygı gösteren çalışma koşulları içerisinde çalışma hakkı” maddesi yer almaktadır. Ayrıca bu bildirgeye göre “her çalışanın haftalık, günlük ve saatlik çalışma saatlerinin sınırlaması ile günlük ve haftalık dinlenme dönemleri hakkı” bulunmaktadır (Madde 31-2, 2012). Bu maddeler, hukuki anlamının yanı sıra çalışan sağlığı ve psikolojisine verilen önemi de vurgulamakta olan birer gösterge olarak değerlendirilmektedir.

Ayrıca özel sağlık durumuna sahip olanlar, engelli, hamile gibi sağlık hassasiyetine sahip olan çalışanlar için de durumlarına uygun düzenlemelerin oluşturulması, çocuk işçiler, göçmen işçiler gibi kesimlerin çalışma hayatındaki rollerin ele alınması hem hukuki hem psikolojik hem de tıbbi bağlamda katkı sağlayacaktır.

Gece kavramının gerek ceza hukuku gerek *viktimoloji* açısından da önem arz eden ve kendisine sonuçlar bağlanan bir kavram olduğu söylenebilir. Gece kavramı özellikle iş kazalarında ve iş yerinde işlenen suçlar bakımından üzerinde durulması gereken bir husustur. Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında “gece vakti” kavramına, tanımlar maddesi dışında yalnızca üç suç tipinde (konut dokunulmazlığının ihlali, hırsızlık ve yağma) özel olarak yer verildiği görülmektedir. Bu üç suç tipi dışında ceza hukuku sistemimizde *gece vaktine* açıkça hukuki sonuç bağlayan ve *gece vaktini* değerlendirmeye alan başka bir norm bulunmamaktadır. Bu nedenle bahse konu bu üç suç tipi dışındaki suçların gece vakti işlenmiş olması olsa olsa TCK'nın 61. maddesine göre temel cezanın belirlenmesinde hâkim tarafından dikkate alınacak bir ölçüt olarak değerlendirilebilecektir.

Kaynakça

- Åkerstedt T., (1990). Psychological and psychophysiological effects of shift work. *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, Vol. 16, Supplement 1, 67-73.
- Astarlı M., (2008). İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara.
- Baba M./Ohkura, M./Koga, K./Nishiuchi, K./Herrera, L. R./Matsuse, R./Inoue, T, (2015). Analysis of salivary cortisol levels to determine the association between depression level and differences in circadian rhythms of shift-working nurses. *Journal of Occupational Health*, 57, 237-244.
- Bara A-C./Arber, S, (2009). Working shifts and mental health - findings from the British Household Panel Survey (1995-2005). *Scandinavian Journal of Work, Environment and Health*, 35 (5), 361-367.
- Barger L. K./Ogeil, R. P./Drake, C. L./O'Brien, C. S./Kim T. Ng/Rajaratnam, S. M. W., (2012). Validation of a Questionnaire to Screen for Shift Work Disorder. *Sleep*, Volume 35, Issue 12, 1693-1703.
- Biddle D. J./Hermens D. F./Lallukka T./Aji M./Glozier N., (2018). Insomnia symptoms and short sleep duration predict trajectory of mental health symptoms. *Sleep Medicine*, 54, 53-61.
- Charter of Fundamental Rights of The European Union. (2012), Official Journal of the European Union.
- Cirelli C. (2006). Cellular consequences of sleep deprivation in the brain. *Sleep Medicine Reviews*, 10, 307-321.
- Costa G. (1996). The impact of shift and night work on health. *Applied Ergonomics*, 27, No. 1, 16.
- Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T. (2018). İş Hukuku Dersler, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- DAK-Gesundheitsreport 2015, Martin Kordt, Berlin, 1-183.
- Davas A./Türk M./Yüksel M., (2016). Çalışma Koşulları ile İş Kazaları Arasındaki İlişkisi: Bir Hastane Örneği. *Türk Tabipleri Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Cilt 16, Sayı 60-61, 67-75.
- Dembe A. E./Erickson, J. B./Delbos, R. G./Banks. S. M., (2005). The Impact of Overtime and Long Work Hours on Occupational Injuries and Illnesses: New Evidence from the United States. *Occupational and Environmental Medicine*, 62, 588-597.
- Demiral Y., (2004). Çalışma Yaşamında Psikososyal Etmenler. *Türk Tabipleri Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Cilt 5, Sayı 20, 22-26.
- Demirbaş T., (2016). Kriminoloji, 6. Baskı, Ankara.
- Demirbilek T., (2004). Vardiyalı Çalışmanın Kadının Aile ve Sosyal Yaşamına Etkisi. *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 4 (7), 77-98.
- Directive 2003/88/Ec Of The European Parliament And Of The Council. (2003). Official Journal of the European Union.
- Ekmekçi Ö., (2006). "4857 sayılı İş Kanunu'nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışması", *Çimento İşveren Dergisi*, s.48-55.

- Eastman C./I. Boulos Z./Terman M./Campbell S. S./Dijk, D.-J./Lewy A. J. (1995). Light Treatment for Sleep Disorders: Consensus Report. VI. Shift work. *Journal of Biological Rhythms*, Vol. 10, No. 2, 157-164.
- Ersoy U., (2016). "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu", *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 24.
- Ersoy U., (2018). "İntihara Yönlendirme Suçu", *TBBD*, 136.
- Eyreci Ö./Taşkent S./Ulucan D., (2017). Bireysel İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul.
- Fischer D./Lombardi D. A./Marucci-Wellman H./Roenneberg, T. (2017). Chronotypes in the US – Influence of age and sex. *Plos One*, 12 (6), 1-17.
- Foster R. G./Kreitzman L. (2014). The rhythms of life: what your body clock means to you!. *Experimental Physiology*, Volume 99, Issue 4, 599-606.
- Frenda S. J./Fenn K. M. (2016). Sleep Less, Think Worse: The Effect of Sleep Deprivation on Working Memory. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, Volume 5, Issue 4, 463-469.
- Harrington J. M., (2001). Health effects of shift work and extended hours of work. *Occupational and Environmental Medicine*, 58, 68-72.
- Hart C. L./Haney M./Vosburg S. K./Comer S. D./Gunderson E./Foltin R. W., (2006). Modafinil Attenuates Disruptions in Cognitive Performance During Simulated Night-Shift Work. *Neuropsychopharmacology*, 31, 1526-1536.
- Harvard T. H. Chan School of Public Health (2016). *The Workplace and Health*. U. S. 1-39
- Holsboer F., (2000). The Corticosteroid Receptor Hypothesis of Depression. *Neuropsychopharmacology*, 23, 477-501.
- Honma K., (2012). Biological clock and sleep. *Brain Nerve*, 64, 639-46.
- Hulsegge G./Boer, J. MA./van der Beek, A. J. Verschuren/W.M. M. Sluijs I./Vermeulen, R./Proper, K. I. (2016). Shift workers have a similar diet quality but higher energy intake than day workers. *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, Vol. 42, No. 6, 459-468.
- İnal M. T./Memiş D./Büyükkıranyelken B./Demirkıran O./Dikmen Y./Yosunkaya A./Tuğlu C./Süt, N. (2010). The Effects of Night Duty on Anxiety Levels of Anesthesia Residents. *Türkiye Klinikleri Journal of Anesthesiology Reanimation*, 9 (3), 184-189.
- Jahangiri M./Rostamabadi A./Hoboubi N./Tadayon N./Soleimani A., (2016). Needle Stick Injuries and their Related Safety Measures among Nurses in a University Hospital, Shiraz, Iran. *Safety and Health at Work*, 7: 72-77.
- João K. A. D. R./Neves de Jesus, S./Carmo C./Pinto P., (2018). Sleep quality components and mental health: Study with a non-clinical population. *Psychiatry Research*, 269, 244-250.
- Koca M./Üzülmez İ., (2018). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara.
- Lee A./Myung S./Cho J. J./Jung Y./Yoon J. L./Kim M. Y., (2017). Night Shift Work and Risk of Depression: Meta-analysis of Observational Studies. *Journal of Korean Medical Science*, 32 (7), 1091-1096.
- Lim S./Yoo S. J./Koo D. L./Park C. A./Ryu H. J./Jung Y. J./Jeong J. B./Kim B. G./Lee K. L./Koh S., (2017). Stress and sleep quality in doctors working on-call shifts are

- associated with functional gastrointestinal disorders. *World Journal of Gastroenterology*, 23 (18), 3330-3337.
- Liu H./Zhao S./Jiao M./Wang J./Peters DH./Qiao H./Zhao Y./Li Y./Song L./Xing K./Lu Y./Wu Q., (2015). Extent, Nature, and Risk Factors of Workplace Violence in Public Tertiary Hospitals in China: A Cross-Sectional Survey. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 16; 12 (6), 6801-6817.
- Makateb A./Torabifar H., (2017). Dry eye signs and symptoms in night-time workers. *Journal of Current Ophthalmology*, Volume 29, Issue 4, 270-273.
- Health and Safety Executive Books. 2006. Managing shiftwork. Health and safety guidance. 1-45.
- Matricciani L./Hons B. P./Nurs M./Bin Y. S./Lallukka T./Kronholm, E./Wake M./Paquet C./Dumuid D./Hons B. P./Olds T., (2018). Rethinking the sleep-health link. *Sleep Health*, 4, 339-348.
- Mezick E. J./Matthews K. A./Hall M./Kamarcka, T. W./Buysse D. J./Owens J. F./Reis S. E., (2009). Intra-individual variability in sleep duration and fragmentation: Associations with stress. *Psychoneuroendocrinology*, 34, 1346-1354.
- Mülayım B. O., (2017). "Gece Çalışmasının İş Sözleşmesinin Taraflarınca Düzenlenmesi", *Legal İHD*, 55, s.1183-1210.
- Noyan E., (2007). Hırsızlık Suçları, Ankara 2007.
- Özbek, V. Ö./Başbüyük İ., (2014). "Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi", *TBBD*, 111.
- Perry G./Patil S. P./Presley-Cantrell L. R. (2013). Raising Awareness of Sleep as a Healthy Behavior. *Preventing Chronic Disease*, 10, 1-4.
- Pieh C./Jank R./Waiß C./Pfeifer C./Probst, T./Lahmann C./Oberndorfer S., (2018). Night-shift work increases cold pain perception. *Sleep Medicine*, 45, 74-79.
- Protecting workers' health. (2017). World Health Organization. <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/protecting-workers-health>.
- Price M., (2011). The risks of night work. *Monitor*, Vol 42, No. 1, Print version: page 38.
- R178- Night Work Recommendation. (1990). International Labour Organization. (No. 178). https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R178.
- Ratcliff R./Van Dongen, H. P. A. (2017). The Effects of Sleep Deprivation on Item and Associative Recognition Memory. *Journal of Experimental Psychology*, Vol. 44, No. 2, 193-208.
- Salas M. L./Quezada S./Basagoitia A./Lic T. F./Herrera R./Parra M./Muñoz D. M./Weigl M./Radon K., (2015). Working Conditions, Workplace Violence, and Psychological Distress in Andean Miners: A Cross-sectional Study Across Three Countries. *Annals of Global Health*, Volume 81, Issue 4, 465-474.
- Santhi N./Aeschbach D./Horowitz T. S./Czeisler C. A., (2009). The Impact of Sleep Timing and Bright Light Exposure on Attentional Impairment during Night Work. *Journal of Biol Rhythms*, 23 (4), 341-352.
- Schéelea F./Haftor D. M./Pashkevich N., (2018). Cognitive time distortion as a hidden condition of worker productivity. *Journal of Business Research*, Available online 22 November 2018, In Press.

- Scott A.J./Monk T.H./Brink L.L., (1997). Shiftwork as a risk factor for depression: A Pilot Study. *International Journal of Occupation Environmental Health*, 3 (Supplement 2), 2-9.
- Smith M. R./Fogg L. F./Eastman C. I., (2009). A Compromise Circadian Phase Position for Permanent Night Work Improves Mood, Fatigue, and Performance. *Sleep*, 32 (11), 1481-1489.
- Stenvers D. J./Scheer F. A. J. L./Schrauwen P./Fleur S. E. La/Kalsbeek A., (2018). Circadian clocks and insulin resistance. *Nature Reviews Endocrinology*. Review Article, Published: 07 December 2018, 1-15.
- Stepan M. E./Fenn K. M./Altmann E. M., (2018). Effects of sleep deprivation on procedural errors. *Journal of Experimental Psychology: General*. Advance online publication. Sep 27, 2018.
- Suzuki K./Ohida T./Kaneita Y./Yokoyama E./Miyake T./Harano S./Yagi Y./Ibuka E./Kaneko A./Tsutsui T./Uchiyama M., (2004). Mental health status, shift work, and occupational accidents among hospital nurses in Japan. *Journal of Occupation Health*, 46 (6), 448-454.
- Tezcan D./Erdem M. R./Önok M., (2018). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, 2018.
- Tobaldini E./Fiorelli E. M./Solbiati M./Costantino G./Nobili L./Montano, N. (2018). Short sleep duration and cardiometabolic risk: from pathophysiology to clinical evidence. *Nature Reviews Cardiology*. Review Article, Published: 08 November 2018, 1-12.
- van de Ven, H. A./van der Klink J. J. L./Vetter C./Roenneberg T./Gordijn M./Koolhaas W./de Looze M. P./Brouwer S./Bültmann U., (2016). Sleep and need for recovery in shift workers: do chronotype and age matter? *Ergonomics*, 59:2, 310-324.
- Vicente-Herrero M. T./Alberich J. I. T./García L. C./Gómez J. I./Torre M. V. R. I. de la/García M. J. T./Garrido J. A./López-González Á. A./Moscardó L. M./Buedo V. E., (2016). Night Shift Work and Occupational Health. *Spanish Journal of Legal Medicine*, 42, 4, 142-154.
- Weir K., (2018). Good timing. *Monitor on Psychology*, 49, Print version: page 52.
- Yerdelen E., (2013). Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Ankara.

BELEDİYE ŞİRKETLERİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN 6772 SAYILI KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN İLAVE TEDİYEDEN YARARLANMALARI SORUNU

THE PROBLEM OF WORKERS OF MUNICIPAL INCORPORATIONS BENEFITING FROM THE ADDITIONAL PAYMENT PROVIDED IN THE LAW NO. 6772

Levent ATABAY*

Özet: Kamu kurumları ile bunların sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerde çalışan ve işçi vasfını taşıyan çalışanlara, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılacağı öngörülmüştür.

Söz konusu Kanun'da, ilave tediye hakkından yararlanma koşulları, ödemenin miktarı, ödemede dikkate alınacak veya alınmayacak hususlar ve ödemenin tarihlerine ilişkin ayrıntılara yer verilmiştir.

İlave tediye söz konusu olabilmesi için iki koşulun bir arada olması gerekir. Birinci koşul, işverenin 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen kurum veya kuruluşlardan olmasıdır. İkinci koşul ise kapsamda kalan kurum ve kuruluşlarda çalışan kişilerin işçi vasfına sahip olmalarıdır.

İlave tediye ödenme zamanı Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: 6772 sayılı Kanun, İlave Tediye, Belediye Şirketleri, 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname

Abstract: It is set forth that employees of public institutions and the companies with more than half of their capital belongs to public institutions will receive additional remuneration for one month of each year regardless of their wage systems.

The Law no. 6772 provides details about the conditions to benefit from additional remuneration, the amount of the payment, the matters to be taken into account or not, and the dates of the payment.

Two conditions must be combined for the additional payment. The first condition is that the employer is from the institutions or organizations specified in Article 1 of the Law no. 6772. The second condition is that the persons working in these institutions or organizations within the scope have the qualifications to be considered as worker. The time of payment of additional disbursement is determined by the decision of the President of the Republic.

Keywords: The Law no. 6772, additional payment, municipal incorporations, the statutory decree no. 696.

* Avukat, levent@atabayhukuk.com, ORCID: 0000-1930-3648, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.03.2020 Kabul Tarihi: 03.03.2020

GİRİŞ

Kamu kurumları ile bunların sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları teşekküllerde çalışan ve işçi vasfını taşıyan çalışanlara ilave tediye yapılmasına ilişkin hükümler 6772 sayılı Kanun'da¹ yer almaktadır.

Söz konusu Kanun'da, ilave tediye hakkından yararlanma koşulları, ödemenin miktarı, ödemede dikkate alınacak veya alınmayacak hususlar ve ödemenin tarihlerine ilişkin ayrıntılara yer verilmiştir.

Kanun'un kabul edildiği tarihten günümüze kadar geçen süreç içerisinde, 6772 sayılı Kanun'un kapsamında kalan kamu kurumlarının hangileri olduğu hususunda ortaya birbiriyle çelişen yargı kararları çıkmıştır. Özellikle, belediyelerin kurdukları veya ortak oldukları belediye şirketlerinin Kanun kapsamında kalıp kalmadığı hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Ayrıca, 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname² (KHK) ile 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici maddeler ile getirilen düzenlemelerin de ilave tediye alacağı hakkı üzerinde önemli etkileri ortaya çıkmıştır. İşte bu çalışmada, 6772 sayılı Kanun'un uygulamasında ortaya çıkan bu tür çelişkili veya belirsiz durumlar ile belediye şirketlerinde çalışan işçilerin ilave tediye hakkından yararlanıp yararlanamayacağı sorunu üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

I. İLAVE TEDİYE KAVRAMI VE KANUNİ DAYANAĞI

"Tediye" sözcüğü, "para vb. bir şey verme, ödeme", "gerçekleşen bir alacağı para ile ödeme" anlamına gelmektedir.³ Ancak, 6772 sayılı Kanun'da öngörülen "ilave tediye" kavramı, kanun ile işçilere tanınan bir "ikramiye" olarak kabul edilmektedir.⁴ Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında da ilave tediye kavramı, "kanuni ikramiye" kavramıyla özdeş kabul edilmiştir⁵.

¹ 04.07.1956 tarih ve 6772 sayılı "Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanun'la 6212 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin Kaldırılması Kanunu". 11.07.1956 tarih ve 9355 sayılı Resmî Gazete'de (RG) yayımlanmıştır.

² 696 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", 24.12.2017 tarih ve 30280 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

³ <https://sozluk.gov.tr> (erişim tarihi: 05.11.2019).

⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 18. baskı, İstanbul, 2019, s. 356.

⁵ 22. Hukuk Dairesi (HD)'nin 20.06.2019 tarih, E.2016/16402, K.2019/13539 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 06.11.2019).

İkramiye, işverenin işçilere yaptıkları işten duyduğu memnuniyetini veya işçi-işveren bağlılığını belirtmek amacıyla veya bazı özel vesileler (yılbaşı, bayram, evlenme, doğum, işyerinin kuruluş yıldönümü vs.) nedeniyle verdiği ek bir ücret olarak tanımlanmaktadır.⁶ Bir başka ifadeyle, ilave tediye, işçiye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen temel ücretinin (4857 sayılı İş Kanunu⁷, m. 32/1) dışında, işçiye bir iş akdi veya toplu sözleşme ya da işverenin tek taraflı iradesiyle veyahut da 6772 sayılı Kanun örneğinde olduğu gibi kanunla sağlanan ek bir ücrettir. Bu bağlamda, ilave tediye, 4857 sayılı Kanun'un 32. maddesi anlamında bir ücret değildir.⁸

Kamu kurumlarında çalışan işçilere verilecek ilave tediye kanuni dayanağı ise 6772 sayılı Kanun'dur. Gerçekten de söz konusu Kanun'da, kapsamda bulunan kamu kurumlarında veya devletin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketlerde çalışan işçilere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılacağı öngörülmüştür.

II. İLAVE TEDİYENİN KOŞULLARI

6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, ilave tediye yapılmasına ilişkin iki temel koşul öngörülmüştür. Birinci koşul, işverenin niteliğine ilişkindir. İkinci koşul ise tediye yararlanacak işçiye ilişkindir.

A. İşverenin Niteliğine İlişkin Koşullar

1. Genel Olarak

6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde ilave tediye yapılabilmesi için işverenin sahip olması gereken koşullara yer verilmiştir. Buna göre işverenin;

⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, Lykeion Yayınları, 3. baskı, Ankara, 2019, s. 159; Süzek, 355; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 29. baskı, İstanbul, 2016. S. 260; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ülucan, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. baskı, Ankara, 2016, s. 137.

⁷ Söz konusu Kanun, 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸ Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 17.01.2018 tarih, E.0/, K.2018/43989 sayılı kararı, <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/> (erişim tarihi: 11.12.2019).

- Genel (umumi), katma (mülhak) ve özel (husus) bütçeli daireler,
- Mütedavil sermayeli müesseseler (sermayesi değişen/döner sermayeli kurumlar),
- Sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlar,
- Belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller,
- 3460 ve 3659 sayılı Kanunlar'ın kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseseler,

niteliğinde bulunması şarttır. Görüldüğü üzere, maddenin kapsamında yer alan işverenler beş başlık altında toplanmıştır.

Yargıtay'ın ilave tediye alacağına ilişkin davalarda 6772 sayılı Kanun'un uygulanması açısından işverenin sahip olması gereken koşulları ifade etmek için kullandığı "*Sonuç itibari ile kapsam bakımından, devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruluşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir*" şeklindeki ibarenin,⁹ doğru olmakla birlikte eksik bir saptama olduğunu belirtmek gerekir. Zira, Yargıtay bu saptaması ile sadece Devlet tarafından kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan "kamu tüzel kişileri ile bunlara bağlı kuruluşları" 6772 sayılı Kanun kapsamında görmektedir. Doktrinde bazı yazarlar da Yargıtay'ın bu değerlendirmesi gibi düşünerek, ilave tediye ancak bir kamu kuruluşunda gündeme gelebileceğini ileri sürmüşlerdir.¹⁰ Oysa, bu saptama bizatihi 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan "*sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlar*" ibaresini göz ardı eden ve dolayısıyla kanunun lafzına açıkça aykırı bir durumdur.

⁹ 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2041, K.2019/11473; 20.05.2019 tarih, E.2018/2047, K.2019/11479 ve 22. HD'nin 13.03.2019 tarih, E.2017/20815, K.2019/5970 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 06.11.2019).

¹⁰ Ercan Akyiğit, "İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 23, S. 2- 3, Y. Kasım 2010 - Şubat 2011, s. 77.

Nitekim, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (KDK) bir kararında¹¹ da 6772 sayılı Kanun'un isminde "Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması..." ibaresi bulunmasına rağmen Kanun kapsamında şirket niteliğinde özel hukuk tüzel kişilerinin de bulunduğu dikkate alındığında, 6772 sayılı Kanun'un kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gereken asıl hususun tüzel kişilikten ziyade iştiraklerde kamu kaynaklarının kullanılması durumu olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay da 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın (SYDV) 6772 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığını değerlendirdiği davalarda, bu saptamasını düzeltmiştir. Gerçekten de söz konusu kararda mezkûr ibareye "Burada bağlı kuruluşun özel hukuk hükümlerine tabi olmasının sonucu etkisi yoktur. Sermayesinin %50 sinin kamu kurumuna ait olması yeterlidir" ifadesini eklemiştir. Yargıtay bu saptamayı yaptıktan sonra, SYDV'lerin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmalarına karşın, kanunla ve devlet eliyle kurulduğunu, kamuya bağlı ve kamu yetkilerini kullandığını, sermayesi devlet tarafından karşılanan bir kuruluş olduğunu ve bu nedenle SYDV'lerin devlete bağlı ve 6772 sayılı Kanun kapsamında sayılan işyerlerinden olduğunu, özel hukuk hükümlerine tabi olmasının ise ilave tediye ödenmesine engel olmadığına karar vermiştir.¹² Görüldüğü üzere Yargıtay, 6772 sayılı Kanun'da "vakıf" ibaresinin geçmemesine karşın, "Sermayesinin % 50 sinin kamu kurumuna ait olması" ölçütünü esas alarak, SYDV'lerin kanun kapsamında kaldığı sonucuna ulaşmıştır.

Yine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK)'nin bir kararında¹³ da "Buna göre, sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan ticaret şirketlerinde çalışan işçilere de ilave tediye ödemesi yapılması gerekmektedir" denilmek suretiyle, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirketlerin de 6772 sayılı Kanun kapsamında kaldığı ifade edilmiştir.

¹¹ KDK'nun 22.08.2019 tarih ve 2018/16132 başvuru numaralı kararı, <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/> (erişim tarihi: 12.01.2020).

¹² Yargıtay 9. HD'nin 04.07.2019 tarih, E.2019/4549, K.2019/15703 ve HGK'nun 30.05.2018 tarih, E.2016/1226, K.2018/1141 sayılı kararları.

¹³ 08.03.2017 tarih, E.2015/1391, K.2017/434 sayılı karar, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 16.11.2019).

2. Genel, Katma ve Özel Bütçeli Daireler

6772 sayılı Kanun'da katma bütçeli dairelerden söz edilmiş ise de 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'yla¹⁴ birlikte katma bütçe kaldırılmış ve bu kapsamda yer alan kamu idareleri idari ve malî statüsüne göre genel bütçeli ya da özel bütçeli idareler haline getirilmiştir.

Genel ve özel bütçenin tanımına, 5018 sayılı Kanun'un 12/3. ve 12/4. maddelerinde yer verilmiştir. Buna göre, genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir (m. 12/3). Kanun'daki bu ifadeden yola çıkarak genel bütçeli daireleri, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idareleri olarak tanımlamak mümkündür.¹⁵ 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı Cetvel incelendiğinde; Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), Cumhurbaşkanlığı, yüksek yargı organları, bakanlıklar ve diğer bazı merkezi yönetim kurumlarının bu kapsamda yer aldığı görülmektedir.

Özel bütçe ise bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlere harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanun'a ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir (m. 12/4). Söz konusu hükümden yola çıkarak, özel bütçeli daireleri, özel bütçeye sahip olan ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı Cetvel'de yer alan kamu idareleri olarak tanımlamak mümkündür. 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı Cetvel'de ise özel bütçeli daireler, Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri ile Özel Bütçeli Diğer İdareler başlığı altında iki ana grupta listelenmiştir.

5018 sayılı Kanun'un 12/3. ve 12/4. maddelerinde yer verilen hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere, genel veya özel bütçeli dairelerin ortak özelliği birer kamu idaresi niteliğini taşıyor olmalarıdır.

¹⁴ 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁵ AYM'nin 26.05.2016 tarih, E.2015/7, 2016/47 sayılı kararında da genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, esas olarak Devlet tüzel kişiliğine dahil olan kamu idareleri olarak tanımlanmıştır (Paragraf, 4), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (erişim tarihi: 19.12.2019).

3. Sermayesi Değişen (Mütedavil/Döner Sermayeli) Kurumlar

Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği'nin¹⁶ 3/1-b maddesinde döner sermayenin tanımı yapılmıştır. Buna göre döner sermaye, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine kanunlarla verilen asli ve sürekli kamu görevlerine bağlı olarak ortaya çıkan ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi mümkün olmayan mal ve hizmet üretimine ilişkin faaliyetlerin sürdürülebilmesi için, kamu idaresine bağlı olarak kurulmuş işletmelere tahsis edilen sermayedir.

Yukarıdaki tanımdan yola çıkarak, döner sermayeli kurumların, kamu hizmeti sunan kamu kurumlarının söz konusu hizmetin sonucunda veya bu hizmetle bağlantılı mal ve hizmetleri üretmek amacıyla kamu idarelerine bağlı olarak kurulup işletilen birimleri olduğunu söyleyebiliriz.

Ülkemizde özellikle eğitim, sağlık, kültür, tarım ve orman alanlarında kamu idarelerine bağlı olarak faaliyet gösteren döner sermayeli işletmeler bulunmaktadır. Devlet ve üniversite hastaneleri, meslek liseleri bünyesindeki atölyeler ile orman işletme müdürlükleri söz konusu döner sermaye işletmelerin en sık rastlanan örnekleridir.¹⁷ Dolayısıyla, söz konusu döner sermayeli işletmelerde çalışan işçiler de 6772 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecektir.

4. Sermayesinin Yarısından Fazlası Devlete Ait Olan Şirket ve Kurumlar

Ticaret, sanayi, madencilik, tarım, bankacılık gibi ekonomik faaliyetlerde bulunmak amacıyla kamu sermayesi veya kamu sermayesinin katkısıyla kanun ya da kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulan kamu kurumlarına iktisadi kamu kurumları veya kamu iktisadi teşebbüsleri denilmektedir.¹⁸ Anayasa'nın 165. maddesinde sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının kamu iktisadi

¹⁶ Söz konusu Yönetmelik 01.05.2007 tarih ve 26509 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁷ Ahmet Arslan, "Ülkemizde Döner Sermayeli İşletmeler Ne Durumda?" <https://www.dunya.com/gundem/ulkemizde-doner-sermayeli-isletmeler-ne-durumda> (erişim tarihi: 06.11.2019).

¹⁸ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2014, s. 218.

teşebbüsü (KİT) olduğu ifade edilmiştir. Kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin temel hükümler, 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de¹⁹ yer almaktadır.

233 sayılı KHK'nın 2/1. maddesinde de belirtildiği üzere, KİT tabiri, iktisadi devlet teşekkülü (İDT) ve kamu iktisadi kuruluşunu (KİK) içine alan üst bir kavramdır.²⁰ 233 sayılı KHK'de kamu iktisadi teşebbüsleri, sermayesinin tamamı devlete ait olanlar ve sermayesi başka bir kamu iktisadi teşebbüsüne ait olanlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. KHK'nın 2/2. maddesinde, sermayesinin tamamı devlete ait olan ve iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsleri, "iktisadi devlet teşekkülleri (Teşekkül)" olarak tanımlanmıştır. "Kamu iktisadi kuruluşları" ise sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü olarak tanımlanmıştır (m. 2/3).

Sermayesi başka bir kamu iktisadi teşebbüsüne ait olanlar ise, "müessese" ile "bağlı ortaklık"tır. Müessese; sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğudur (m.2/4). 233 sayılı KHK'nın 2/5. maddesinde sermayesinin yüzde ellisinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketler ise "bağlı ortaklık" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlar" ibaresi, 233 sayılı KHK'da "bağlı ortaklık" olarak tanımlanan şirketlerdir.

Bir kurum veya kuruluşun 6772 sayılı Kanun'un kapsamına girmesi için sermayesinin yarısından fazlasının devlete ait olan bir şirket veya kuruma ait olması yeterlidir. Söz konusu şirketin özel hukuk hükümlerine tabi olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında²¹ da "Burada bağlı kuruluşun özel hukuk hü-

¹⁹ 18.06.1984 tarih ve 18435 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁰ Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. baskı, Ankara, 2015, s. 540.

²¹ 9. HD'nin 04.07.2019 tarih, E.2019/4549, K.2019/15703 sayılı kararı, <https://>

kümlerine tabi olmasının sonuca etkisi yoktur. Sermayesinin %50 sinin kamu kurumuna ait olması yeterlidir” şeklinde ifadelerle yer verilmek suretiyle, bağlı ortaklıkların 6772 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için aslolan hususun sermayesinin yarısından fazlasının kamu kurumuna ait olmasının yeter ve gerekli olduğuna vurgu yapılmıştır.

Nitekim, Yargıtay’ın bir kararında²² da sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlarda çalışan ve 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki tanıma göre işçi sayılan herkesin 6772 sayılı Kanun’da öngörülen ilave tediye alacağından yararlanacağı, somut olayda, davalı limitet şirketin % 52 hissesine Türkiye Standardları Enstitüsü (TSE)’nün, geriye kalan hisseye ise Sojuztest-Moskov özel şirketinin sahip olduğu, ancak TSE’nin bu hissesinin sonradan % 49’a düştüğü, 132 sayılı TSE Kuruluş Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Enstitü, tüzelkişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen bir Kamu Kurumu olup kısa adı ve markası ‘TSE’dir. Bu marka çeşitli şekillerde gösterilir. Türk Standardları Enstitüsü’nün müsaadesi olmadan bu marka hiçbir şekil ve şart altında kullanılamaz.” şeklindeki açık kanuni düzenleme uyarınca TSE’nin bir kamu kurumu olduğu ve dolayısıyla TSE’nin %52 hissesine sahip olduğu dönem için işçinin ilave tediye hakkının bulunduğu ifade edilmiştir.

Yine, Yargıtay’ın bir kararında²³ da bir iktisadi devlet teşekkülü olan Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü’nün²⁴ termik santralinde çalışan işçinin 6772 Kanun kapsamında ilave tediye yararlanması gerektiği ifade edilmiştir.

Maddede geçen “Devlete ait” ibaresi ise “merkezi veya genel idare” kuruluşlarını, bir başka ifadeyle yasama, yürütme ve yargı organlarını ifade eden bir kavramdır.²⁵ 5018 sayılı Kanun’un 3. maddesinde ise, “genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri” bir üst kavram olarak kullanılmış ve merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarele-

www.sinerjimevzuat.com.tr (erişim tarihi: 16.11.2019).

²² HGK’nın 08.03.2017 tarih, E.2015/1391, K.2017/343 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

²³ 22. HD’nin 04.07.2019 tarih, E.2019/5321, K.2019/15252 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

²⁴ Elektrik Üretim Anonim Şirketi Ana Statüsü’nün 2. maddesine göre, Elektrik Üretim Anonim Şirketi bir iktisadi devlet teşekkülüdür.

²⁵ Kemal Gözler, “5018 ve 6085 sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, *AÜHFD*, S: 60 (4), Y. 201, s. 839.

rini, sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri ve düzenleyici ve denetleyici kurumları ifade ettiği belirtilmiştir. Doktrinde, 5018 sayılı Kanun'un bu nitelendirmesinin yanlış olduğu, özellikle "mahalli idareler" in genel idare kapsamında değerlendirilmesinin, Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen merkezi idare - mahalli idare sistematığı ile bağdaşmadığı ileri sürülmüş ise de;²⁶ 6772 sayılı Kanun'da yer alan "devlet" kavramının, 5018 sayılı Kanun'un 3. maddesi bağlamında ele alınıp, mahalli idarelerin de genel yönetim kapsamında kalan idareler olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla belediyeler veya il özel idareleri gibi mahalli idare birimlerinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketlerde çalışan işçilerin de ilave tediye hakkından yararlandırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Kamu iktisadi teşebbüsleri (İDT ve KİK), müesseseler, bağlı ortaklıklar, 233 sayılı KHK ile saklı tutulan hususlar dışında, özel hukuk hükümlerine tabi olmakla birlikte, kuruluş, iç yapı ve ilişkileri bakımından kamu hukukuna bağlıdırlar.²⁷

5. Belediyeler ve Bunlara Bağlı Teşekküller

6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen işverenlerden birisi de belediyeler ve bunlara bağlı teşekküllerdir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun²⁸ 3. maddesinde belediye "*Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerliğe sahip kamu tüzel kişisi*" olarak tanımlanmıştır. Belediyelerde çalışan işçilerin 6772 sayılı Kanun'da öngörülen ilave tediye hakkından yararlanacakları hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

Keza, belediyelere bağlı teşekküllerde çalışan işçilerin de ilave tediye yararlanacağı hususunda herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır. Ancak, burada esas sorun, "belediyelere bağlı teşekkül" kavramının tanımının mevzuatta yapılmamış olmasından dolayı ortaya çıkan belirsizlik durumudur. Özellikle, belediyelerin doğrudan veya dolaylı bir şekilde sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları

²⁶ Gözler, s. 848.

²⁷ Serkan Açar, "Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, www.idare.gen.tr/agar-kamukurumlari.htm (Erişim tarihi: 06.11.2019).

²⁸ 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

“belediye şirketleri”nin “belediyelere bağlı teşekkül” niteliğinde olup olmadığı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, Mahalli İdareler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği'nin²⁹ 4/1-a maddesinde yer alan “Bağlı idare: Belediyelere bağlı, kanunla kurulan, ayrı bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine haiz su ve kanalizasyon, otobüs, ulaştırma ve benzeri hizmetleri yürüten idareleri...ifade eder.” biçimindeki hükümden yola çıkarak, belediye bağlı kuruluşlarını, kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idari bir işlemle kurulan, mevcut durumda sadece büyükşehir belediyelerinde su ve atık su ile kent içi toplu taşıma hizmetlerini yürüten, kural olarak belediyeden ayrı tüzel kişilikleri ve bütçeleri bulunan yerel kamu kurumları olarak tanımlamaktadırlar.³⁰ Bu görüşe göre, belediye bağlı kuruluşları ile belediye şirketleri farklı kuruluşlardır. Belediye bağlı kuruluşu bir şirket değildir. Belediye bağlı kuruluşları kanunla kurulurken, belediye şirketleri belediye meclislerinin aldığı karara dayalı olarak şirket sözleşmesiyle kurulmaktadır.

Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar ise “belediyeye bağlı teşekkül” kavramını “belediye bağlı ortaklığı” veya “belediye şirketi”yle özdeş kabul etmekte ve bu bağlamda belediye şirketlerini veya bağlı ortaklıklarını, belediyelerin kurduğu ve sermayesinin tamamının veya yarıdan fazlasının belediyelere ait olduğu şirketler olarak tanımlamaktadırlar.³¹

Belediye şirketlerinin “belediyelerin bağlı kuruluşu” olup olmadığı hususunda, Yargıtay’ın ilgili daireleri arasında da görüş ayrılıkları bulunduğu ve bu konuda farklı kararlar verildiği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 7. HD’nin bir kararında³², davalı şirketin %99,99

²⁹ Söz konusu Yönetmelik, 27.05.2016 tarih ve 29724 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

³⁰ Erdem Ersöz, Yerel Hizmetlerin Kamu Kurumları Eliyle Yürütülmesi: Belediye Bağlı Kurumları ve Belediye Şirketleri, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2012, s. 23.

³¹ Süleyman Topak, “Belediye İktisadi Teşebbüslerinde Çalışan İşçilerin 6772 Sayılı Yasaya Göre İlave Tediye Ücret Hakkı”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Y. 2015, S. 45, <http://suleymantopak.av.tr/grup/makaleler/belediye-iktisadi-tesebbüslerinde-calisan-iscilerin-ilave-tediye-ucret-hakki.htm> (erişim tarihi: 07.11.2019); Fatma Diden Sevgili Gençay, “Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü”, *TBB Dergisi*, 2018 (134), s. 174.

³² 15.11.2016 tarih, E.2015/45604, K.2016/19402 sayılı karar, <https://www.sinerji-mevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

hissenin Büyükşehir Belediyesi'ne ait bir belediye şirketi olduğu, bu nedenle şirketin 6772 sayılı Kanun kapsamında kaldığının açık olduğu ve bu itibarla ilave tediye ücretinin hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği ifade edilmiştir.³³

Öte yandan, Yargıtay 9. HD'nin bir kararında³⁴ ise büyükşehir belediyesine ait ulaşım şirketinin 6772 sayılı Kanun'da öngörülen belediyeye bağlı kuruluş niteliğinde olmadığı, bağlı kuruluşlardan söz edilebilmesi için, belediyenin bazı hizmetlerinin belediye dışında özel bir kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli ya da katma bütçeli kuruluş olması gerektiği, bağlı kuruluşun genel müdürlük biçiminde özel bir kanunla kurulmuş ve belediye ana hizmetlerinin bir kısmını yürüten kuruluşlar olduğu, oysa davalının çalıştığı şirketin belediye tarafından ortak olarak Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bir şirket statüsünde bulunduğu, bu nedenle de 6772 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği ve buradaki işçilere ilave tediye bulunamayacağı ifade edilmiştir.³⁵ Yargıtay 9. HD'nin bu kararında "belediye şirketi" ile "belediye bağlı kuruluşu"nun farklı kavramlar olduğu ve 6772 sayılı Kanun kapsamında sadece "belediye bağlı kuruluşları"nın kaldığı, belediye şirketlerinin ise bağlı kuruluş kabul edilmeyeceği için 6772 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Benzer bir yaklaşımın Yargıtay 22. HD'nin bir kararında³⁶ da benimsendiği görülmektedir. Söz konusu kararda, %51 hissesi belediyeye ait olan limited şirketin Ticaret Kanunu hükümlerine tabi, belediyeden ayrı ve bağımsız özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu, bu şirketlerin belediyeye bağlı teşekkül sayılmasının mümkün olmadığı,

³³ Yargıtay 7. HD benzer yaklaşımını 15.11.2016 tarih, E.2015/44578, K.2016/19399; 15.11.2016 tarih, E.2016/17862, K.2016/19397; 12.02.2015 tarih, E.2014/21336, K.2015/1391; 18.09.2014 tarih, E.2014/11198, K.2014/17533 ve 18.09.2014 tarih, E.2014/11196, K.2014/17551 sayılı kararlarında da yinelemiştir, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

³⁴ 20.05.2019 tarih, E. 2018/2047, K.2019/11419 sayılı karar, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

³⁵ Yargıtay 9. HD aynı yaklaşımını seri olarak verdiği 20.05.2019 tarih, E.2018/2041, K.2019/11473; 20.05.2019 tarih, E.2018/2046, K.2019/11478 ve 20.05.2019 tarih, E.2018/2048, K.2019/11480 sayılı kararlarında da sürdürmüştür, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

³⁶ 13.06.2017 tarih, E.2016/24028, K.2017/14012 sayılı karar, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sermayesinin yarısından fazlasının Devlete ait olan şirketlerin kanun kapsamında olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, madde metninde sermayesi belediyeye ait olan şirketlere yer verilmemesinin kanun koyucunun tercihinde olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 22. HD'nin kararında yer alan "*sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirketlerin kanun kapsamında olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, madde metninde sermayesi belediyeye ait olan şirketlere yer verilmemesi kanun koyucunun tercihidir*" ibaresinin, yukarıda belirtildiği üzere, eksik ve yanlış bir saptama olduğunu belirtmek gerekir. Oysa, 6772 sayılı Kanun'da "*vakıf*" ibaresinin geçmemesine karşın, Yargıtay'ın başka kararlarında³⁷ "*Sermayesinin %50 sinin kamu kurumuna ait olması*" ölçütü esas alınarak, SYDV'lerin kanun kapsamında kaldığı sonucuna ulaşıldığı dikkate alındığında, Yargıtay 9. HD'nin "*madde metninde sermayesi belediyeye ait olan şirketlere yer verilmemesi kanun koyucunun tercihidir*" biçimindeki gerekçesinin pek de tutarlı olmadığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, belediyelerin sermayesinin tamamına veya yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerin 6772 sayılı Kanun kapsamında olup olmadıkları hususunda Yargıtay 7. HD ile 9. HD ve 22. HD arasında taban tabana zıt bir yaklaşım söz konusudur. Yargıtay 9. HD'nin söz konusu kararında "*belediyenin bağlı kuruluşu*"na ilişkin yaptığı tanımının hangi kanuni düzenlemeye dayandığı yönünde hiçbir açıklama yoktur. Esasen, ne 5393 sayılı Kanun'da ne de 5216 sayılı Kanun'da belediyenin bağlı kuruluşunun tanımına yer verilmemiştir. Aksine, her iki kanunda da belediyelerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu bağlı kuruluşlara ilişkin birtakım hükümlere yer verildiği görülmektedir. Örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 70. maddesinde, "*Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir.*" ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 16. maddesinde "*Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir.*" biçimindeki hükümlerde yer verilen kanuni yetkiye dayanılarak çeşitli yer belediyeleri tarafından Ankara Halk Ekmek A.Ş., İstanbul Halk Ekmek A.Ş., İstanbul Gaz Da-

³⁷ 9. HD'nin 04.07.2019 tarih, E.2019/4549, K.2019/15703 ve HGK'nın 30.05.2018 tarih, E.2016/1226, K.2018/1141 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

ğıtım A.Ş. (İGDAŞ A.Ş.), İstanbul Konut İmar Plan Sanayi ve Ticaret A.Ş. (KİPTAŞ A.Ş.), Ankara Altınpark İşletmeleri Ltd. Şti. (ANFA Ltd. Şti.) gibi bir takım belediye şirketleri kurulmuştur.

Diğer yandan, ülkemizde, bazı büyükşehirlerde İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ), Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) veya Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi (BUSKİ) gibi su ve kanalizasyon idarelerinin genel müdürlük biçiminde müstakil bütçeli olarak ve özel kanunla kurulduğu görülmekle birlikte, belediyelerin bağlı kuruluşlarının sadece bunlarla sınırlı olduğu veya mutlaka özel bir kanunla ve genel müdürlük biçiminde kurulması gerektiği yönünde bir kanuni düzenleme bulunmadığı gibi doktrinde de bu yönde bir görüş bulunmamaktadır. Esasen, 5393 sayılı Kanun'un 70. ve 5216 sayılı Kanun'un 26. maddelerinde de buna ilişkin sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Yargıtay 9. HD'nin belediyelerin bağlı kuruluşuna ilişkin yaptığı tanımlamanın hiçbir kanuni ve teorik dayanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki, yukarıda belirtilen KDK kararında da ifade edildiği üzere, Yargıtay kararlarında belediye bağlı kuruluşu olarak kabul edilen ve özel kanunlarla kurulan İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri (İETT), Ankara Elektrik Havagazı ve Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü (EGO), İzmir Elektrik Su Havagazı Otobüs ve Trolleybüs Genel Müdürlüğü (ESHOT) gibi kuruluşların kendi özel kanunlarında dahi bu kuruluşların "teşekkül" veya "bağlı teşekkül" olarak nitelendirildiğine dair bir ibarenin bulunmadığı, "*..Belediye Reisliğine bağlı bir Umum Müdürlük*" veya "*adı geçen belediyelere bağlı bulunmak üzere birer umum müdürlük veya müdürlük*" yahut da "*Nafia Vekilliğine bağlı muvakkat bir idare*" ibarelerinin kullanıldığı; özellikle 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinin atıfta bulunduğu 3659 sayılı Kanun'un³⁸ 1/C madde-

³⁸ Yargıtay'a göre 3659 sayılı Kanun halen yürürlükte (Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2041, K.2019/11473 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019)).

Ancak, söz konusu Kanun, 11.10.2011 tarih ve 666 sayılı KHK'nın Ek 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 tarih, E.2011/139, K.2012/205 sayılı kararıyla 3659 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 666 sayılı KHK'nın 12/2. maddesi iptal edilmiş ise de bu durum iptal kararının yürürlükten kalkan kanunu kendiliğinden yeniden yürürlüğe soktuğu anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce, 3659 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış olsa bile, 6772 sayılı Kanun'un 1.

sinde yer alan "...belediyelerce ... sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan teşekküller..." şeklindeki hükümde geçen "teşekkül" kelimesinin belediye şirketlerini niteleyecek biçimde kullanıldığı ifade edildikten sonra, son derece yerinde bir saptama ile 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan "teşekkül" ibaresinin belediye şirketlerini de kapsayabileceği ifade edilmiştir (Paragraf, 34).

Esasen belediye şirketlerinin; kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak kurulduğu ve 5393 sayılı Kanun'un 14. maddesinde belediyenin görev alanına giren kamu hizmetlerini yerine getirdiği, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 4/b maddesi uyarınca Sayıştay denetimine tabi olduğu, şirket yönetiminde belediye başkanı ve görevlilerinin bulunduğu, 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde yer alan kamu kurum ve kuruluşları içinde bulunduğu ve son olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesinin (a) bendi uyarınca mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüldüğü bir bütün olarak dikkate alındığında, belediye şirketlerinin alelade bir şirket statüsünde bulunmadığı ve şirketlerin 6772 sayılı Kanun kapsamında kalan bir belediye bağlı kuruluşu olduğu açıktır.

Diğer taraftan, mezkur Yargıtay 9. HD'nin kararında, dava konusu belediye şirketinin sermayesinin tamamı veya yarısından fazlasının belediyeye ait olup olmadığı yönünde bir bilgi bulunmamakla birlikte, kararda bu husus irdelenmeden doğrudan belediye şirketinin yukarıda belirtilen özelliklerine vurgu yapıldığı dikkate alındığında, Yargıtay'ın şirketteki belediye hissesinin miktarının şirketin 6772 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığını değerlendirmede bir ölçüt olarak göz önünde bulundurmadığı anlaşılmaktadır.

maddesinin kapsamının belirlenmesinde anılan Kanun'un 1. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, 6772 sayılı Kanun'un atıfta bulunduğu 3659 sayılı Kanun'un 1/C maddesinde "Devletçe veya mülhak veya hususi bütçeli idarelerce veya belediyelerce veya yukarıdaki bentlerde yazılı teşekkül ve bankalar tarafından sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan teşekküller ve bunların aynı nispette iştirakleriyle vücut bulan kurumlar ve ticaret ve sanayi odaları ve borsalar veya satın alınıp belediyelere bağlanan müesseseler" in bu Kanun'a tabi olduğu ifade edilmesi karşısında, sermayesinin yarısından fazlası belediyelere ait olan şirketler de 6772 sayılı Kanun kapsamındadır.

Oysa, Yargıtay HGK'nın TSE'nin yarısından fazlasına ortak olduğu özel şirketi, 6772 sayılı Kanun kapsamında değerlendirirken, sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası belediyeye ait olan ve kamusal hizmetler gören ve bazı kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerle sahip olan belediye şirketlerini 6772 sayılı Kanun kapsamında görmemesi tam bir tutarsızlıktır. Aynı şekilde, yukarıda ayrıntılı bir biçimde irdelenen Yargıtay'ın bazı kararlarında³⁹ sosyal yardımlaşma vakıflarının 6772 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmesinde baz aldığı kriterler ile Yargıtay 9. HD'nin bu kararında esas alınan kriterlerin birbirleriyle uyumlu olmadığı açıktır. Bir başka ifadeyle, Yargıtay 9. HD'nin belediyelerin bağlı kuruluşları hakkında verdiği karar, bizatihi kendisinin SYDV hakkında verdiği kararlar ile HGK'nın TSE'nin ortak olduğu şirketler hakkında verdiği kararlar ile kapatılan 7. HD'nin belediye şirketleri hakkında verdiği kararlarla taban tabana zıttır. Bu durum, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki güvenlik ilkesine açıkça aykırıdır.

Kanaatimizce, Yargıtay 9. HD'nin belediyelere bağlı kuruluşlara ilişkin verdiği kararlarda ısrar etmesi durumunda, bu kararların bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi (AYM) veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne taşınması durumunda, Yargıtay'ın verdiği bu kararların AYM ve AİHM tarafından "açık bir keyfilik" olarak değerlendirilip hak ihlali olarak görüleceği açıktır. Bu hak ihlali kararları nedeniyle de Devletin çok büyük bir mali yük altına gireceği de kaçınılmazdır.

Nitekim, AYM'nin Ahmet Sağlam başvurusunda da⁴⁰ "... ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, **derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve**

³⁹ HGK'nın 30.05.2018 tarih, E.2016/1226, K.2018/1141 ve Yargıtay 9. HD'nin 04.07.2019 tarih, E.2019/4549, K.2019/15703 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.11.2019).

⁴⁰ AYM'nin 18.09.2013 tarih ve 2013/3351 sayılı kararı, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (erişim tarihi: 05.02.2020).

özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez." denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır.

Kaldı ki, Yargıtay'ın söz konusu kararlarında yer verilen "... Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin davalı şirketin 6772 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmakta ise de, Yargıtay 7. 9.ve 22. Hukuk Daireleri arasında bu yönde oluşan içtihat farklılığın giderilmesi için Yargıtay 1.Başkanlık Makamına İctihadı Birleştirme amacıyla 22. Hukuk Dairesince yapılan başvuru üzerine, Dairemizce Yargıtay 1. Başkanlığına yazılan 30/09/2016 tarihli görüş yazısında; Belediye Başkanlıklarının ortak olduğu şirketlerin bağlı kuruluş olmadığından, bu şirketlerin 6772 sayılı kanun kapsamında kalmadıkları ve işçilerinin de ilave tediye yararlanamayacakları ve hukuk dairelerinin kendi içinde verdiği çelişkili kararlara karşı içtihat birleştirmesi yolu bulunmadığı ve içtihat birleştirilmesinin mümkün olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir. Yargıtay Daireleri arasında bu hususta görüş farklılığı bulunmaması nedeniyle de bu hususta içtihat birleştirme yoluna gidilmemiştir." biçimindeki ibarelerden de anlaşıldığı üzere, belediyenin bağlı kuruluşları yönünden Yargıtay'ın bazı daireleri arasında bir içtihat farklılığının bulunduğu ifade edilmiş olmasına karşın, bu aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulmamıştır. Bu husus, hukuki belirsizliklere neden olduğu ve bu kuruluşlarda çalışan kişiler yönünden açacakları davalar için öngörülemez bir nitelik arz ettiği ve sırf bu durumun dahi Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini de belirtmek gerekir.

Nitekim, AYM de bir kararında⁴¹ SYDV'lerde çalışan kişilerin 6772 sayılı Kanun'da öngörülen ilave tediye yararlanıp yararlanamayacağı konusunda Yargıtay'ın 7., 9. ve 22. Hukuk Daireleri arasında verilen çelişkili kararların hukuki belirsizliğe yol açtığını, bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesi neticesinde uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıktığını, içtihadı birleştirme yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvurucu için öngörülemez olduğunu, bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın

⁴¹ Yasemin Bodur Başvurusu (25.12.2018 tarih ve 2017/29896 sayılı başvuru), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (erişim tarihi: 15.02.2020).

hakkaniyetini ve sonuçta Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir.

Diğer taraftan, 696 sayılı KHK'nın 127. maddesiyle 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici 24. maddenin getirdiği yeni hukuki durum üzerinde de durmak gerekmektedir. Gerçekten de 696 sayılı KHK'nın 127. maddesiyle 375 sayılı KHK'ya eklenen Geçici 24. madde ile birlikte, belediyelerde ve bunların bağlı kuruluşlarında çalışan işçiler ile belediye şirketlerinde çalışan işçiler arasındaki ayırımı son verilmiş ve söz konusu birimlerde taşeronla bağlı olarak çalışan işçilerin tamamı, 375 sayılı KHK'nın ek 20. maddesi kapsamında faaliyet gösteren şirketlerde kadrolu işçi statüsüne geçirilmiştir.

375 sayılı KHK'nın geçici 24. maddesinde, il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanların; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde hizmet alım sözleşmesini yapan idareye veya şirkete, ek 20. madde kapsamındaki şirketlerinde işçi statüsünde çalıştırılmak üzere yazılı olarak başvurabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Bu durumda, 696 sayılı KHK'yla birlikte, 6772 sayılı Kanun'da öngörülen ilave tediye yararlanma için aranan "belediye veya belediyenin bağlı kuruluşunda çalışma kriteri"nin artık hiçbir önemi kalmamıştır. Bir başka ifadeyle, söz konusu düzenlemeyle 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde öngörülen ilave tediye alacağının kapsamına, belediye ve bağlı kuruluşlarının sermayesinin yarısından fazlasına ortak olduğu şirketler de açık bir biçimde dahil edilmiştir. Böylece, uygulamada ortaya çıkan tereddüt ve belirsizlikler de ortadan kaldırılmıştır. Esasen, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi ile bu ilkenin iş hukukuna yansımaları olan işçiler arasında ayrımcılık yapılması yasağı uyarınca da yapılan bu düzenleme, oldukça yerinde bir düzenlemedir. Aksi halde, belediyede veya belediyenin bağlı kuruluşunda çalışan işçiler ilave tediye yararlanırken, aynı belediyenin şirketinde artık daimi işçi olarak çalışanlar, bu haktan yararlanamaya-

caklardır ki böyle bir durumun 696 sayılı KHK'nın amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Zira, nasıl ki 696 sayılı KHK'yla 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici 23. madde uyarınca genel idare kapsamındaki kamu kurumlarında çalışan işçiler arasındaki kadrolu işçi - taşeron işçisi ayırımı kaldırılarak tüm işçiler tek statü altında bir araya getirilmiş ise; aynı şekilde geçici 24. maddeyle de mahalli idare birimlerinde çalışan kadrolu işçi - taşeron işçisi ayırımına son verilmiştir. Dolayısıyla, 696 sayılı KHK'yla yapılan yeni düzenleme uyarınca, belediye şirketinde çalışan işçilere de 6772 sayılı Kanun uyarınca ilave tediye yapılması gerekmektedir.

Nitekim, Kamu Denetçiliği Kurumu da Ekim 2019 tarihinde verdiği bir kararda, 696 sayılı KHK uyarınca Belediyenin sahip olduğu bir şirkette işçi olarak çalışan kişinin ilave tediye alacağı hakkının bulunduğu karar vermiştir⁴².

Sonuç olarak, belediyelerin sermayesinin tamamına ya da yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerin, 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında kabul edilmesi ve buralarda çalışan işçilere ilave tediye bulunması gerektiğini düşünmekteyiz. Buna karşılık, sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası belediyeye ait olmayan, bir başka ifadeyle belediyenin azınlık hissesine sahip olduğu şirketleri kamu kurumu olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁴³

6. 3460 ve 3659 Sayılı Kanunların Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşlar

6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen işverenlerden birisi de 3460⁴⁴ ve 3659⁴⁵ sayılı kanunların kapsamına giren iktisadi devlet teşekkülleri (İDT) ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseselerdir. 3460 sayılı Kanun bugün itibarıyla yürürlükte bulunmamaktadır. Buna karşılık Yargıtay kararlarında, 3659 sayılı Kanun'un

⁴² KDK'nın 22.08.2019 tarih ve 2018/16132 başvuru numaralı kararı, <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/> (erişim tarihi: 12.01.2020).

⁴³ Gözler/Kaplan, s. 251.

⁴⁴ 3460 sayılı "Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretile Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatı İdare ve Murakebeleri Hakkında Kanun", 04.07.1938 tarih ve 3950 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁵ 3659 sayılı "Bankalar ve Devlet Müesseseleri Memurları Aylıklarının Tevhid ve Teadülü Hakkında Kanun", 11.07.1939 tarih ve 4255 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

yürürlükte olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶ 3659 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un kapsamına giren kurum ve kuruluşlar üç bent halinde sayılmıştır. Buna göre;

- Sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküllerin teşkilatıyla idare ve murakabeleri hakkındaki 3460 sayılı Kanun hükümlerine tabi teşekküller ve müesseseler,
- Hususi kanunlarla kurulan bankalar ve teşekküllerle hususi surette teşekkül eden ve sermayesinin yarısından fazlası Devletin veya bu kanunda yazılı teşekkül ve müesseselerin elinde bulunan milli bankalardaki memurlar,
- Devletçe veya mülhak veya hususi bütçeli idarelerce veya belediyelerce veya yukarıdaki bentlerde yazılı teşekkül ve bankalar tarafından sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan teşekküller ve bunların aynı nispette iştirakleriyle vücut bulan kurumlar ve ticaret ve sanayi odaları ve borsalar veya satın alınıp belediyelere bağlanan müesseseler,

3659 sayılı Kanun kapsamındadırlar. Dolayısıyla, 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle 3659 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlarda çalışan işçiler, ilave tediye hakkından yararlanacaklardır.

6. 6772 Sayılı Kanun'da Açıkça Belirtilmemesine Karşın Yargı Kararlarında 6772 Kanun Kapsamına Giren Diğer Kamu Kurumları

6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde açıkça sayılmamakla birlikte, Yargıtay 5018 sayılı Kanun'da öngörülen düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile sosyal güvenlik kurumlarının da Kanun kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁷

⁴⁶ Oysa, söz konusu Kanun, 11.10.2011 tarih ve 666 sayılı KHK'nın Ek 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁷ Yargıtay 9. HD'nin 14.05.2019 tarih, E.2019/3937, K.2019/10904; 18.03.2019 tarih, E.2017/25880, K.2019/5969; 24.12.2018 tarih, E.2018/10898, K.2018/23901; 24.12.2018 tarih, E.2018/10901, K.2018/23904 ve 22. HD'nin 13.03.2019 tarih, E.2017/20805, K.2019/5970 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

Söz konusu düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanun'a ekli (III) sayılı cetvelde gösterilmiştir. Buna göre; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Nükleer Düzenleme Kurumu ve Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu, düzenleyici ve denetleyici kurumlardır.

Sosyal güvenlik kurumları ise 5018 sayılı Kanun'a ekli (IV) sayılı cetvelde gösterilmiştir. Buna göre; Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, sosyal güvenlik kurumları kapsamındadır.

B. Çalışanın Niteliğine İlişkin Koşul: İşçi Vafına Sahip Olması

6772 sayılı Kanun'da öngörülen ilave tediye hakkından yararlanabilmek için aranan ikinci koşul ise Kanun kapsamında kalan işyerlerinde çalışan kişilerin İş Kanunu'nun 1. maddesinde öngörülen tanıma göre işçi vasfını haiz olmalarıdır. Her ne kadar 6772 sayılı Kanun'da İş Kanunu'nun 1. maddesine atıfta bulunulmuş ise de atıfta bulunulan İş Kanunu günümüzde yürürlükte bulunmadığından ve yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise işçinin tanımına 2. maddede yer verilmiş olduğundan, 6772 sayılı Kanun'la yapılan atfın 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine yapıldığını kabul etmek gerekecektir.⁴⁸

1. 4857 Sayılı Kanun'a Göre İşçinin Tanımı

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde işçi "*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi*" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, bir iş sözleşmesine dayalı olarak, 6772 sayılı Kanun kapsamında bulunan kurumlarda çalışan her işçiye ilave tediye yapılması gerekecektir.

Kanun'un uygulanması açısından işyerinin İş Kanunu kapsamında olup olmamasının bir önemi bulunmamakta olup, işyerinde işçi

⁴⁸ Yalçın Bostancı, "6772 sayılı Kanun Uygulaması Kapsamında Kalkınma Ajansları Personelinin Durumunun Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 99, Y. 2012, s. 15.

2. Alt İşveren İlişkilerinde İşçinin Durumu

İşçi vasfını taşıyan kişinin 6772 sayılı Kanun kapsamında kalan kurumlarda, alt işverene bağlı olarak çalışması durumunda, asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa olmadığı takdirde, ilave tediye yararlanması mümkün değildir.⁵¹ Gerçekten de, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratma konusunda anlaşmaları anlamına gelen muvazaa kavramı, iş hukukunda ise işçilerin ücretlerini düşürmek, sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarını kullanmalarını engellemek gibi amaçlara yönelik muvazaalı işlemler şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁵² 4857 sayılı Kanun'un 2/7. maddesinde bazı yasal muvazaa karinelerine yer verilmiştir⁵³. Asıl

⁴⁹ 9. HD'nin 14.06.2012 tarih, E.2010/11863, K.2012/23067 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

⁵⁰ Akyiğit, s. 78.

⁵¹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 875. Baki Oğuz Mülayim, “Kalkınma Ajanslarında 6772 Sayılı Kanun Kapsamında İlave Tediye Uygulaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2018, s. 299.

⁵² Süzek, s. 168.

⁵³ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında asıl işveren alt işveren ilişkisi; “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki” olarak tanımlanmış; aynı maddenin yedinci fıkrasında “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” kuralına yer verilmiştir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi için iki işverenin bulunması, mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin varlığı ve asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi

işveren ile alt işveren arasında muvazaa bulunması durumunda, alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir (4857 sayılı Kanun, m. 7/2). Bu bağlamda, 6772 sayılı Kanun'da kapsamda bulunan kamu kurumlarında muvazaalı olarak alt işveren nezdinde çalışan işçiler de ilave tediye yararlanabilmektedirler. Aksi halde, sadece 6772 Kanun kapsamında çalışan işçiler ilave tediye yararlanabilecektir. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında⁵⁴ da "*Davacının gerçek işverenin dava dışı alt işveren olduğu, kamu kurumundan iş almış olsa da 6772 sayılı yasanın 1.maddesindeki koşulları taşımayan alt işverenin ilave tediye ödeme yükümünün bulunmadığı*" belirtilmiştir.

Buna karşılık, asıl işveren ile alt işveren arasında bir muvazaa ilişkisi bulunduğu takdirde, alt işverene bağlı olarak işçi baştan itibaren asıl işveren olan kamu kurumunun işçisi sayılacağından dolayı, ilave tediye yararlanacaktır. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında⁵⁵ da davacının ihale kapsamında işe alınmasına rağmen büro hizmetlerinde çalıştırıldığı, ihale konusu işte çalıştırılmadığı, hal böyle olunca davacılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayalı olduğu anlaşıldığından, talep edilen ilave tediye alacağının ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yine, Yargıtay'ın bir kararında⁵⁶ da, "*...davalı Elektrik Üretim A.Ş ile dava dışı alt işverenler arasındaki hizmet alım sözleşmelerinin muvazaalı olduğu, mahkemece davalının dava dışı alt işveren şirketlerle yaptığı hizmet alım sözleşmelerinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu ve davacının başlangıçtan itibaren Elektrik Üretim A.Ş işçisi olduğu belirlendiğine göre, 6772 sayılı Kanunun kapsamında bir işyerinde çalışan davacının ilave tediye alacağın ilişkin talebinin kabul edilmesi gerektiği*" ifade edilmiştir.

halinde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" unsurunun gerçekleşmiş olması gerekir. Bundan başka asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması veya daha önce asıl işveren tarafından o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması gibi muvazaa kriterlerinin bulunmaması icap eder. Aksi halde alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir (Yargıtay 22. HD'nin 10.04.2019 tarih, E.2016/10691, K.2019/8131 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

⁵⁴ 9. HD'nin 14.06.2012 tarih, E.2010/11863, K.2012/23067 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

⁵⁵ 22. HD'nin 10.04.2019 tarih, E.2016/10691, K.2019/8131 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

⁵⁶ 22. HD'nin 04.07.2019 tarih, E.2019/5321, K.2019/15252 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

3. Geçici/Ödünç İş İlişkilerinde İşçinin Durumu

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan birisi de geçici iş ilişkisine (ödünç iş ilişkisi) dayalı olarak çalıştırılan işçilerin ilave tediye yararlanıp yararlanamayacakları hususudur. Gerçekten de 6772 sayılı Kanun kapsamında kalan işverenlerin, 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen ve bir işverenin kendisine hizmet sözleşmesiyle bağlı işçisini, işçinin de rızasını almak ve sözleşmenin bu esnada da devamı koşuluyla, iş görme edimini yanında ve yönetimine bağlı bir biçimde yerine getirmesi amacıyla geçici bir süreliğine⁵⁷ üçüncü bir kişiye vermesi olarak tanımlanan⁵⁸ geçici iş ilişkisine dayalı sözleşme ile işçi çalıştırmaları durumunda, söz konusu işçiler hukuken işverenin işçisi kabul edileceklerinden dolayı, ilave tediye yararlanacaklardır. Bu durumda, 4857 sayılı Kanun'un 7/son maddesinde yer alan "*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.*" biçimindeki hüküm uyarınca, ödünç alan işveren, ödünç veren işverenin işçiyeye ödemediği ilave tediye ücretinden dolayı ödünç veren işverenle birlikte sorumlu olacaktır.

Buna karşılık, 6772 sayılı Kanun kapsamında kalan işverenlerin başka işverenlerin işçisini geçici olarak çalıştırmaları durumunda ise, bu işçilerin ilave tediye yararlanması mümkün değildir.⁵⁹

III. İLAVE TEDİYENİN MİKTARI

6772 sayılı Kanun'un kapsamına giren işyerlerinde işçi statüsünde bulunan kişilere, her yıl için birer aylık ücretleri oranında ilave tediye yapılacaktır (6772 sayılı Kanun, m. 1). Ancak, 6772 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışanlarına bu işlerde çalıştıkları müddetle mütenasip olarak her yıl için ayrıca birer aylık istihkakları tutarında bir ilave tediye daha yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Burada önemli olan husus, işçinin sözleşme-

⁵⁷ Geçici iş süresi, 4857 sayılı Kanun'un 7/son maddesi uyarınca, en fazla 6 aydır.

⁵⁸ Ömer Ekmekçi, "Geçici İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008, s. 101.

⁵⁹ Akyiğit, s. 78-79; Topak, <http://suleymantopak.av.tr/grup/makaleler/belediye-iktisadi-tesebbuslerinde-calisan-iscilerin-ilave-tediye-ucret-hakki.htm> (erişim tarihi: 10.11.2019).

de yeraltı işlerinde çalışıyor olmasının öngörülmesi olmayıp, işçinin fiilen maden işletmesinin yeraltı işlerinde çalışıyor olmasıdır.⁶⁰

Görüldüğü üzere, ilave tediye hakkı, yeraltı işlerinde çalışan maden işçileri için yılda iki, diğer işçiler için ise yılda bir defa olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, 6772 sayılı Kanun'un 3. maddesinde kapsamda bulunan işçilere her yıl için bir aylık istihkakları tutarını geçmemek üzere Cumhurbaşkanı kararıyla aynı nispette bir ilave tediye daha yapılabileceği ifade edilmiştir.

6772 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde ise ilave tediye toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılması halinde buna sınır getirilmiş ve *"Bu Kanun uyarınca işçilere yapılan ilave tediyelemlerden ayrı olarak, her yıl için her biri bir aylık istihkakları tutarını (hafta ve genel tatil ücretleri dahil) geçmemek şartıyla toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilir"* düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesi ile yukarıda belirtilen kurumlarda çalışan işçilere en çok iki ay daha ilave tediye ödeneceğinin kararlaştırılabileceği, bu miktar üzerinde ödeme yapılacağı şeklindeki düzenlemenin kanuni sınırı aşan miktarda geçersiz olacağını kabul etmek gerekecektir.⁶¹

Diğer taraftan, kapsam içinde olmayan ancak toplu iş sözleşmesi uygulanacak işyerleri için de 6772 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesiyle bir sınırlama getirilmiş ve kapsamda kalmayan işyerlerinde toplu iş sözleşmeleri ile en çok 4 aylık, yeraltındaki işyerlerin de ise en çok 5 aylık ilave tediye oranında ücret ödeneceği kuralına yer vermiştir. Yargıtay'ın kimi kararlarında⁶² da belirtildiği üzere, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan bu tür ödemeleri ilave tediye olarak değil, akdi ikramiye olarak kabul etmek yerinde olacaktır.⁶³

Yargıtay'a göre, 6772 sayılı Kanun'dan doğan ilave tediye alacaklarının işçiye fiilen ödenen aylık ücret miktarı esas alınarak hesaplanması gerekmektedir.⁶⁴

⁶⁰ Akyiğit, s. 72.

⁶¹ Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2047, K.2019/11479 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 18.12.2019).

⁶² Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2041, K.2019/11473 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁶³ Akyiğit, s. 76;

⁶⁴ Yargıtay 22. HD'nin 05.03.2019 tarih, E.2018/15126, K.2019/5009 ve 26.02.2019 tarih, E.2019/1141, K.2019/4319 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com>.

6772 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında ilave tediye hesabında dikkate alınacak hususlara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere, ilave tediye belirlenmesinde işçinin temel ücreti esas alınacaktır. Nitekim, Yargıtay 7. HD'nin 12.05.2016 tarih, E.2016/2419, K.2016/2419 sayılı kararında da "...ilave tediye ücreti Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen dönemlerde işçiye ödenen çıplak ücret tutarında ödenmelidir." denilmek suretiyle, bu hususa vurgu yapılmıştır. Buna göre, ilave tediye ilişkin aylık istihkakların hesabında; fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretler gibi esas ücrete ek olarak yapılan ödemeler dikkate alınmaz. Bu hüküm nedeniyle, ilave tediye alacağının 26 günlük süre üzerinden hesap edilmesi gerekmektedir. Yargıtay da 6772 sayılı Kanun'un 4/2. maddesinde yer alan bu hüküm nedeniyle ilave tediye alacaklarının bir ay için 26 gün üzerinden hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁵

Buna karşılık, toplu iş sözleşmesi uyarınca ilave tediye hesabında ise 6772 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde hafta ve genel tatil ücretlerinin dahil edileceğinin belirtilmesi karşısında, toplu iş sözleşmeleri ile verilen ilave tediye işçinin 30 günlük (26 + 4) ücreti tutarında olması gerekecektir.⁶⁶

İlave tediye hesabında bir aylık ücretin ödemenin yapılacağı aya ait ücretinin mi yoksa işçinin bir yıllık ücretinin aylık ortalamasının mı dikkate alacağı hususunda, Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, ilave tediye işçinin Cumhurbaşkanı Kararı ile belirlenen ödemenin yapılacağı aya ilişkin ücret esas alınmalıdır.⁶⁷ Nitekim, Yargıtay 7. HD'nin 15.11.2016 tarih, E.2015/45604, K.2016/19402 sayılı kararında da "İlave tediye hesabı, Bakanlar Kurulunun belirlediği ödeme tarihlerindeki ücrete göre yapılmalıdır." denilmiştir.

6772 sayılı Kanun'un 4/2. maddesinde, ilave tediye alacağından sigorta primleri kesilmeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun'un 80/c ve 105.

tr (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁶⁵ Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2046, K.2019/11478 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁶⁶ Akyiğit, s. 74.

⁶⁷ Mülayim, s. 301; Akyiğit, s.74.

maddelerinin açık hükmü uyarınca ücretin eki niteliğindeki bu ödeme, 01.10.2008 tarihinden itibaren sigorta prim kesintisine tabidir.⁶⁸

6672 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, ilave tediyeenin her yıl için birer aylık istihkak tutarı üzerinden yapılacağı belirtilmesinden hareketle, işçinin ilave tediyeeden yararlanması için en az bir yıllık bir süreden beri çalışıyor olması gerektiği ileri sürülebilir ise de; Kanun'un 4/3. maddesinde, *"ilave tediyeelerin tediye tarihinde işçinin işinden ayrılmış olup olmadığına bakılmaksızın işçinin ilave tediyeenin taallük ettiği yıl içinde o yerde veya aynı idare, teşekkül ve müesseseye ait muhtelif yerlerde geçmiş olan hizmetlerinin yekünü nispetinde"* işçiye ilave tediyeenin yapılacağı ifade edilmesi karşısında, işçinin bir yıllık sürenin altında çalışmış olması durumunda da kıstelyevm esasına göre hesaplanacak ilave tediye hakkına sahip olacağı açıktır. Esasen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 405/2. maddesinde yer alan *"Hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir."* biçimindeki hüküm de yukarıdaki kabulü doğrulamaktadır. Nitekim, Yargıtay da *"İşçi tam yıl çalışmamış ise, ilave tediye o yıl için kıstelyevm esasına göre hesaplanıp ödenecektir."* demek suretiyle bu hususu teyit etmektedir.⁶⁹

İlave tediyeenin işçilere yıl baz alınarak ödeneceği 6772 sayılı Kanun'da ifade edilmiş olmasına karşın, "yıl" kavramının ne anlama geldiği hususunda Kanun'da bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, Kanun'un 4/2. maddesinde işçinin bir yıllık çalışma süresinin hesabında hangi sürelerin dikkate alınacağına ilişkin hususlara yer verilmiştir. Buna göre, işçinin bu tediyeelere esas olacak çalışma süresinin hesaplanmasında iş veya hizmet akdinin devamı müddetine rastlayan kanuni ve idari izinlerle hastalık izinleri, hafta tatili ve genel tatil günleri çalışılmış gibi hesaba katılır. Münavebeli işçilerin münavebe sebebiyle çalıştırılmadıkları günler çalışmış gibi sayılır (m. 4/3). Uygulamada, ilave tediyeeye ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararlarında takvim yılının baz alındığı görülmektedir.⁷⁰

⁶⁸ Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2047, K.2019/11479 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁶⁹ Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2047, K.2019/11479 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷⁰ Örneğin 29.1.2019 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda ilave tediyeenin birinci yarısının 31.01.2019, diğer yarısının ise 31.05.2019 tarihinde ödenmesine karar verilmiştir.

IV. İLAVE TEDİYEDE FAİZ

6772 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ilave tediyeleerin ödenme zamanının Cumhurbaşkanlığı tarafından belirleneceği hükmüne yer verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı'nca öngörülen tarihte ilave tediyeleerin yapılması durumunda, işçinin gecikme faizi alacağı doğacaktır.

Yargıtay, ilave tediyeleerin Cumhurbaşkanlığı kararıyla muaccel haline geleceğini, ödeme zamanının taraflarca kararlaştırılmadığından Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi uyarınca temerrüt için alacaklının ihtiarına gerek bulunduğuna karar vermektedir.⁷¹

Yargıtay'a göre, ilave tediye alacağı kanundan kaynaklandığından, talep halinde temerrüt tarihinden itibaren kanuni faiz yürütülmesi gerekir.⁷² Ancak, toplu iş sözleşmelerinde bulunan, 6772 sayılı Kanun maddesinin tekrarından ibaret hükümler, alacağın dayanağının ilgili Kanun olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğinden, bu durumlarda dahi kanuni faize karar verilmelidir.⁷³ Bu tür durumlarda ilave tediye yapılması toplu iş sözleşmesinde zikredilmekle birlikte, ödeme kanundan kaynaklanmakta olup, toplu iş sözleşmesi sadece kanundaki hükümlerin tekrarı niteliğindedir.⁷⁴

Buna karşılık, 6772 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi uyarınca toplu iş sözleşmeleri ile verilen en çok iki aylık ilave tediyeleerin ödenmemesi durumunda ise 6356 sayılı Kanun'un 53/2. maddesi gereğince bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizine hükmetmek gerekecektir.⁷⁵ Zira, bu durumda yapılan ilave tediye 6772 sayılı Kanun'un 1., 2. veya 3. maddeleri uyarınca değil, toplu iş sözleşmesi uyarınca yapılmaktadır. Nitekim, Ek 1. maddede yer alan *"Bu Kanun uyarınca işçilere yapılan ilave tediyeleerden ayrı olarak, toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilir."* şeklindeki ifadeden de toplu iş sözleşmesiyle

⁷¹ Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2046, K.2019/11478 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷² Yargıtay 9. HD'nin 20.05.2019 tarih, E.2018/2046, K.2019/11478 ve 20.05.2019 tarih, E.2018/2047, K.2019/11479 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷³ Yargıtay 22.HD'nin 18.01.2019, E.2017/17650, K.2019/200 ve 7. HD'nin 08.06.2015 tarih, E.2015/17748, K.2015/11438 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷⁴ Nizamettin Aktay, Toplu İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 311.

⁷⁵ Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 363; Ak-yiğit, s. 82.

yapılacak ilave tediyeenin 6772 sayılı Kanun uyarınca yapılacak ilave tediye farklı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Yargıtay da 6772 sayılı Kanun'un Ek.1. maddesinde düzenlenen tediye, "ilave tediye" olarak değil, "akdi tediye" olarak kabul etmekte⁷⁶ ve bu tür ilave tediye alacaklarında en yüksek işletme faizinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁷

İlave tediyeenin toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı durumlarda, gecikme faizi toplu iş sözleşmesinde belirtilen ödeme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

İlave tediye alacağına ilişkin dava miktarının sonradan ıslah edilerek artırılması durumunda; ıslahtan önceki miktar için temerrüt tarihinden itibaren, ıslah ile artırılan miktar bakımından ise ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekecektir. Temerrüt tarihi ise yukarıda belirtildiği üzere, 6772 sayılı Kanun'dan kaynaklanan ilave tediye alacaklarında ihtarla karşı tarafın temerrüde düşürüldüğü tarih; ihtar yapılmamış ise dava tarihidir. Nitekim, Yargıtay da 6772 sayılı Kanun'dan kaynaklanan ilave tediye alacağının dava ile istenen kısmına dava tarihinden, ıslahla artırılan kısmına ise ıslah tarihinden itibaren kanuni faiz uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁸

İlave tediye alacağı beş yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı, ilave tediyeenin yapılması gereken tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.⁷⁹

V. İLAVE TEDİYENİN YAPILMAMASININ SONUÇLARI

İlave tediye, geniş anlamda ücrete dahildir. Dolayısıyla, ilave tediyeenin yapılmaması halinde, bu husus, 4857 sayılı Kanun'un 24/II-e maddesinde öngörülen haklı fesih nedenini oluşturduğundan,

⁷⁶ Yargıtay 9. HD'nin 18.03.2019 tarih, E.2016/35317, K.2019/6954 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷⁷ Yargıtay 7. HD'nin 15.11.2016 tarih, E.2015/44578, K.2016/19399; 7.HD'nin 15.11.2016 tarih, E.2016/17862, K.2016/19397; 7. HD'nin 18.09.2014 tarih, E.2014/11196, K.2014/17551 ve 9. HD'nin 13.09.2011 tarih, E.2011/39204, K.2011/29535 sayılı kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷⁸ Yargıtay 9. HD'nin 18.03.2019 tarih, E.2017/9165, K.2019/5995 sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁷⁹ Mülâyim, s. 300.

işçi sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshetme hakkına sahip olacaktır.⁸⁰ İlave tediye için hiç ödenmemesi yanında, eksik ya da geç ödenmesi de haklı fesih nedenidir.⁸¹

Yine, ilave tediye yapılması gereken tarihten itibaren 20 gün içinde, mücbir bir sebep olmaksızın, ödenmemesi durumunda, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi bulunan işçilerin, söz konusu Kanun'un 34. maddesi uyarınca bireysel olarak iş görmekten kaçınmaları da mümkündür.

Diğer taraftan, işverenin işçiye ilave tediye yapmamasının cezai sonuçları da vardır. 4857 sayılı Kanun'un 102-1-a maddesinde, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını zorunlu tutulduğu halde özel olarak açılan banka hesabına ödemeyen işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiye bu durumda olan her işçi ve her ay için yüz yirmi beş⁸² Türk Lirası idari para cezasının uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

VI. SONUÇ

6772 sayılı Kanun'la kamu kurum ve kuruluşları ile bunların sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları teşekküllerde çalışan ve işçi vasfını taşıyan çalışanlara ilave tediye yapılması öngörülmüştür.

Kanun'da öngörülen ilave tediye hakkının işveren yönünden iki alt unsuru bulunmaktadır. Birinci alt unsur, işverenin kamu kurumu veya kuruluşu olması, bir başka ifadeyle işverenin bizzat Devlet olmasıdır. İkinci alt unsur ise işverenin Devletin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler olması. Uygulamada, ortaya çıkan sorunların kaynağı, çoğunlukla, bu ikinci alt unsurdan kaynaklanmaktadır.

Yargıtay verdiği kimi kararlarda, sadece Devlet tarafından kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan "kamu tüzel ki-

⁸⁰ Mülayim, s. 305; Akyiğit, s. 82-83.

⁸¹ Ercan Güven, Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi Yayınları, 2013, s. 242.

⁸² 2019 yılında yapılan yeniden değerlendirme oranına göre bu para cezası 236 TL olarak uygulanacaktır.

şileri ile bunlara bağlı kuruluşlarını” 6772 sayılı Kanun kapsamında görmekte; kimi kararlarında ise bu görüşünden ayrılarak özel hukuk hükümlerine tabi olsa da sermayesinin yarıdan fazlasının kamu kurumuna ait olduğu işyerlerinde çalışanların da 6772 sayılı Kanun’da öngörülen ilave tediye yararlanacağını ifade etmektedir. Örneğin, Yargıtay belediyenin bağlı kuruluşlarını 6772 sayılı Kanun kapsamında görmezken; bir kamu kurumunun %52 oranında hissedar olduğu bir limitet şirketi Kanun kapsamında görebilmektedir.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın özellikle belediyelerin bağlı kuruluşlarının 6772 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı yönündeki kararları, bizatihi 6772 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer alan *“sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlarla belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller”* ibaresi ile söz konusu Kanun’un 1. maddesinin atıfta bulunduğu 3659 sayılı Kanun’un 1/C maddesinde yer alan *“Devletçe veya mühlak veya hususi bütçeli idarelerce veya belediyelerce veya yukarıdaki bentlerde yazılı teşekkül ve bankalar tarafından sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan teşekküller”* ibaresine açıkça aykırıdır.

Diğer taraftan, 696 sayılı KHK’yla yapılan yeni düzenleme uyarınca da belediye şirketinde çalışan işçilere 6772 sayılı Kanun uyarınca ilave tediye yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yargıtay’ın bu kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınması durumunda, bu durumun belirtilen mahkemelerce *“bariz bir takdir hatası”* veya *“açık bir keyfilik”* olarak kabul edileceği aşikâr olup, sırf bu kararlar nedeniyle Devletin ağır mali bedeller ödemesi kaçınılmaz olacaktır.

Ayrıca, Yargıtay’ın kararlarındaki bu çelişkili yaklaşım, yargı mercileri önünde hak arayan kişilerin açtığı davanın sonucunu önceden öngörebilmesine engel olmakta ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, Yargıtay’ın bu yaklaşımından vazgeçmesi, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi açısından olduğu kadar, Devlet’in maddi kayıplara uğraması tehlikesinin bertaraf edilmesi yönünden de son derece önem arz etmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aktay Nizamettin, Toplu İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Çelik Nuri, Caniklioğlu Nurşen ve Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 29. baskı İstanbul, 2016.
- Eyrenci Öner, Taşkent Savaş ve Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. baskı, Ankara, 2016.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2016.
- Güven Ercan ve Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi Yayınları, 2013.
- Mollamahmutoglu Hamdi, Astarlı Muhittin ve Baysal Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, 3. baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019.
- Ocak Uğur, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre 9. Hukuk Dairesi'nin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları, 2. baskı, Ankara, 2013.
- Sur Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 18. baskı, İstanbul, 2019.

Makaleler

- Ağar Serkan, "Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi", www.idare.gen.tr/agar-kamukurumlari.htm.
- Akyiğit Ercan, "İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 23, S. 2- 3, Y. Kasım 2010 - Şubat 2011.
- Arslan Ahmet, "Ülkemizde Döner Sermayeli İşletmeler Ne Durumda?" <https://www.dunya.com/gundem/ulkemizde-doner-sermayeli-isletmeler-ne-durumda>.
- Bostancı Yalçın, "6772 sayılı Kanun Uygulaması Kapsamında Kalkınma Ajansları Personelinin Durumunun Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 99, Y. 2012.
- Ekmekçi Ömer, "Geçici İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi", Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008.
- Gençay Fatma Didem Sevgili, "Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü", *TBB Dergisi*, S. 134, Y. 2018.
- Gözler Kemal, "5018 ve 6085 sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine", *AÜHFĐ*, S: 60 (4), Y. 2011.
- Mülayim Baki Oğuz, "Kalkınma Ajanslarında 6772 Sayılı Kanun Kapsamında İlave Tediye Uygulaması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2018.
- Topak Süleyman, "Belediye İktisadi Teşebbüslerinde Çalışan İşçilerin 6772s ayılı Yasaya Göre İlave Tediye Ücret Hakkı", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 45, Y. 2015.

Tezler

Ersöz Erdem, Yerel Hizmetlerin Kamu Kurumları Eliyle Yürütülmesi: Belediye Bağlı Kurumları ve Belediye Şirketleri, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2012.

İnternet Kaynakları

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

<https://www.dunya.com>

www.idare.gen.tr

<https://kararlar.ombudsman.gov.tr>

<https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<http://suleymantopak.av.tr/grup/makaleler/>

<https://sozluk.gov.tr>

ABD BÜYÜKELÇİLİĞİ'NİN TAŞINMASI DAVASI'NIN MUHTEMEL SONUÇLARI

POSSIBLE RESULTS OF THE RELOCATION OF US EMBASSY TO JERUSALEM CASE

M. H. Mustafa BEKTAŞ*
Talip ALAN**

Özet: Filistin sorunu, yaklaşık son bir asırdır çeşitli platformlarda ele alınan en önemli uluslararası meselelerden bir tanesidir. Özellikle yakın dönemde uluslararası mahkemelerin de gündeminde olan Filistin meselesi, daha çok Filistin dışındaki aktörler aracılığıyla buna kabil olabiliyordu. Filistin, 29 Kasım 2012 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 67/19 sayılı kararı ile “üye olmayan gözlemci Devlet” (non-member observer State) statüsü elde ettikten sonra, doğrudan kendisi, uluslararası hukuktaki statüsünü güçlendirme ve top raklarındaki sorunları uluslararası yargı mekanizmaları kanalıyla çözüme kavuşturma girişimleri başlatmıştır. Bu bağlamda, İsrail'deki Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Büyükelçiliği'nin Kudüs'e taşınması üzerine, Filistin, 30 Eylül 2018'de Uluslararası Adalet Divanı'na (Divan) başvuru yaparak ABD aleyhine bir dava açtı. Mevcut çalışma, ilk olarak “Divan'ın bu davada yargı yetkisi var mıdır? Filistin, Divan önünde taraf olabilir mi? Filistin'in iddiaları nelerdir?” sorularını cevaplamaya çalışacak; son tahlilde ise, davayı muhtemel sonuçları açısından inceleyip, davanın hem Filistin hem de uluslararası hukuk açısından sembolik mi kalacağını yoksa somut etkiler mi husule getireceğini analiz edecektir.

Anahtar Kelimeler: Filistin, Kudüs, Uluslararası Adalet Divanı, İsrail, ABD

Abstract: The question of Palestine is the one of the most important international issue that has been taken into consideration by variety of platforms in almost one century. The question has recently been put on the agenda of international justice systems via other actors than Palestine. Since Palestine has granted 'non-member observer State' status by UN General Assembly resolution 67/19 on 29 November 2012, Palestine has been striving to empower its status in international law and to resolve the questions related to its land through international justice systems. In this regard, after

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler, mhmbektas@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1733-6339, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.10.2019, Kabul Tarihi:02.10.2019

** Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler, talipalan@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1297-8201

the relocation of the US embassy to Jerusalem, Palestine instituted proceedings against the United States of America before the International Court of Justice (ICJ). The current paper firstly seeks to address the following questions: Does the ICJ have jurisdiction on this case? Could Palestine become a party before the ICJ? What are the claims made by Palestine? The paper will finally examine the possible results of the case to analyse whether they would be symbolic or bear some concrete impact for Palestine and international law.

Keywords: Palestine, Jerusalem, International Court of Justice, Israel, USA

I. GİRİŞ

Filistin meselesi, uluslararası hukuk açısından insan hakları ihlalleri, tanınma sorunu ve sınırların belirlenmesi gibi birden fazla başlığı¹ ihtiva etmektedir.² Gerek uluslararası örgütler gerek uluslararası sivil toplum kuruluşları tarafından çeşitli platformlar aracılığıyla, konu birçok yönüyle ele alınıp bu başlıklara yönelik iyileştirme çabaları olmuştur. Ancak, Filistin sorununu bir ya da birkaç yönüyle ele alıp bir sonuca ulaşan bir uluslararası mahkeme kararı henüz mevcut değildir.

Tarihsel olarak bakıldığında, Filistin ilk olarak 1924'te bir uluslararası mahkemede dava konusu olmuştur. Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından ele alınan bu dava, günümüzdeki Filistin'e ilişkin meselelerden ziyade o dönemde Filistin'deki imtiyazlarla ilgili İngiltere ile Yunanistan arasındaki uyuşmazlığa ilişkindi.³ Filistin'in yaklaşık bir asırdır güncelliğini koruyan meseleleri ise, uluslararası mahkemelerin gündeminden uzak kalmıştır.⁴ Aslında, Filistin'e ilişkin sorunların bir uluslararası mahkemeye götürülmesi fikri, ilk olarak 15 Mayıs 1947 tarihinde kurulan Birleşmiş Milletler Filistin Özel Komitesi (UNSCOP)⁵ tarafından kurulduğu yıl sunmuş olduğu rapor

¹ Özellikle orantılılık ilkesi ve sivil hedeflerin gözetilmesi gibi uluslararası hukukun temel prensiplerinin ihlal edildiğine ilişkin İnsan Hakları İzleme örgütünün raporu için bkz: <https://www.hrw.org/world-report/2019/country-chapters/israel/palestine>

² Tayyar Arı, "Filistin Sorunu", Tarih Bilinci: *Tarih ve Kültür Dergisi*, 2011, Özel Sayı, ss. 139-145, ISBN: 1309-4963.

³ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, P.C.I.J., Series A, No. 2, 30 August 1924.

⁴ Chantal Meloni & Gianni Tognoni (ed), *Is There a Court for Gaza?: A Test Bench for International Justice* (Springer, The Netherlands, 2012).

⁵ UN General Assembly Resolution, "Constituting the UNSCOP", 15 May 1947, A/RES/106 (S-1).

ile gündeme getirilmişti.⁶ Komite'nin raporuna göre sekiz başlıkta Divan'ın danışma görüşü alınmalıydı. Ancak, yapılan oylama sonucunda Komite'nin bu önerisi reddedilmişti.⁷ Komite'nin 1947 yılında reddedilen teklifinden yaklaşık 60 yıl sonra, Divan, Filistin'in güncel meselelerinden birini 2003 yılında gündemine almıştır. Bu gelişme, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun konuya ilişkin danışma görüşü talebi üzerine mümkün olabilmektedir. Divan'ın önüne gelen bu konu, İsrail'in -Filistinli kimi grupların terör saldırıları yaptığı gerekçesiyle- inşa ettiği duvarın⁸ uluslararası hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.⁹

BM Genel Kurulu üzerinden Filistin sorunlarının uluslararası mahkemeler gündemine getirilme çabalarının yanı sıra, Filistin de bu amaçla doğrudan bazı gayretler içerisinde olmuştur. Bu bağlamda, İsrail'in Gazze'ye gerçekleştirdiği deniz, hava ve kara saldırılarının olduğu esnada, Filistin, 22 Ocak 2009 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü madde 12(3)'e¹⁰ istinaden Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmeye Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne (UCM) bildirimde bulunmuştur.¹¹ Yapılan bildirim, UCM Savcılık Bürosu tarafından incelendikten sonra Nisan 2012'de geçersiz bulunmuştur. Gerekçe olarak Filistin'in uluslararası hukuktaki statüsü gösterilmiştir. Bu bağlamda, Filistin'in BM sisteminde sahip olduğu "gözlemci birim" (observer entity) statüsünün belirleyici olduğu ve bu statünün

⁶ The UN General Assembly, "Report of The Ad Hoc Committee on the Palestinian Question", Gen. A/516, para. 16, 25 November 1947, <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/CB265C939B5A551F802564B40053D359>

⁷ Ibid para. 24; Nabil Elaraby, "Some Legal Implications of the 1947 Partition Resolution and the 1949 Armistice Agreements, Law and Contemporary Problems", *The Middle East Crisis: Test of International Law*, 1968, Vol. 33 (1), pp. 97-109.

⁸ Erdem Denk, "Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 1, Sayı 3 (Güz 2004), s. 151-173.

⁹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, "Advisory Opinion", ICJ, 9 July 2004.

¹⁰ "Bu tüzüğe taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirme ile suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile iş birliği yapacaktır".

¹¹ Michael G. Kearney, "Why Statehood Now: A Reflection on the ICC's Impact on Palestine's Engagement with International Law", in Chantal Meloni & Gianni Tognoni (ed), *Is There a Court for Gaza?: A Test Bench for International Justice* (Springer, The Netherlands, 2012), p.391.

Roma Statüsü'ne taraf olabilmek için ya da Roma Statüsü'ne taraf olmaksızın UCM'nin yargı yetkisini kabul edebilmek için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, BM'ye üye olmayan devletler için ifade edilen "üye olmayan devlet" (non-member State) statüsünü haiz olmadığı gerekçesiyle Filistin'in bildirim geçersiz olarak değerlendirilmiştir.¹² Aynı yıl, Filistin, 29 Kasım 2012 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 67/19 sayılı kararı ile "üye olmayan gözlemci Devlet" (non-member observer State) statüsü elde etmiştir. Bu gelişme, geçmişe dönük olarak Filistin'in 2009 yılında yapmış olduğu geçersiz bildirim geçerli hale getirmemiştir, ancak 29 Kasım 2012 tarihinden itibaren Filistin Roma Statüsü'ne taraf olabilecek ya da taraf olmaksızın Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilecek bir konuma gelmiştir.

Nitekim Filistin 1 Ocak 2015 tarihinde, Doğu Kudüs de dâhil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında 13 Haziran 2014'ten bu yana işlendiği iddia edilen suçların¹³ soruşturulması amacıyla madde 12(3)'e göre UCM'ye yeni bir bildirimde bulunmuş¹⁴ ve 2 Ocak 2015'te de Roma Statüsü'ne katılma yoluyla taraf olmuştur.¹⁵ Filistin'in madde 12(3) uyarınca yapmış olduğu bildirim kabul edildiği ve UCM savcısının incelemesine sunulmuş olduğu bilgisi 7 Ocak 2015 tarihinde Filistin tarafına sunulmuştur. Savcılık Bürosu da BM Genel Kurulu tarafından Filistin'e verilen "devlet" statüsünün Roma Statüsü'ne taraf olabilmek için gerekli olan "devlet" statüsü olarak görülmesi gerektiğini vurgulayarak, yapılan bildirim geçerliliğini teyit etmiştir.¹⁶

¹² Fatou Bensouda, "Preliminary Examination of the Situation in Palestine", ICC-OTP-20150116-PR1083, 16 January 2015, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1083>

¹³ Daha sonra 22 Mayıs 2018 tarihinde Filistin Roma Statüsü madde 13(a) ve 14'e göre bir başvuru yaparak, daha önceki başvurusunda işlendiği iddia edilen suçların zaman dilimi ve bölgesini genişletmiştir. Bu bağlamda zaman dilimi "geçmiş, devam eden ve gelecek" olarak, bölge ise "Filistin Devleti topraklarının tüm bölgelerinde" olarak genişletilmiştir. The State of Palestine, "Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute", 15 May 2018, PAL-180515-Ref, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-05-22_ref-palestine.pdf

¹⁴ Filistin'in Roma Statüsü madde 12(3) uyarınca yaptığı bildirim için bknz: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf

¹⁵ Filistin 2 Ocak 2015 tarihinde Roma Statüsü'ne taraf olmak üzere katılım belgesini tevdi etmiş ve 6 Ocak 2015 tarihinde Roma Statüsü'ne kabul edilerek 123'ncü taraf devlet olmuştur. Roma Statüsü'nün Filistin için yürürlüğe giriş tarihi ise 1 Nisan 2015'tir.

¹⁶ Bensouda, "Preliminary Examination of the Situation in Palestine".

UCM usulü gereği, Savcılık Bürosu, yapılan başvuru konusu için so-
ruşturmaya yer olup olmadığını tespit etmek amacıyla bir ön inceleme
sürecini başlatmıştır.¹⁷ Filistin UCM Savcılık Bürosu tarafından daha
önce iki tane ön incelemeye daha konu olmuştur.¹⁸ 2015 yılında başla-
yan üçüncü ön inceleme süreci hala devam etmektedir.¹⁹

Filistin, 29 Kasım 2012 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 67/19 sayı-
lı kararı ile "üye olmayan gözlemci Devlet" statüsü elde ettikten sonra,
bu statüyü en etkin şekilde doğrudan kendisi kullanmaya çalışmıştır.
Fihakika, topraklarındaki sorunları uluslararası yargı mekanizmaları
kanalıyla çözme çabaları sadece UCM ile sınırlı kalmamıştır. Bu bağ-
lamda, ABD'nin 14 Mayıs 2018'de Kudüs'te Büyükelçiliğini açması
üzerine Filistin bu konuyu Divan'a taşıyarak yargısal bir çözüm yoluna
başvurdu. Filistin için uluslararası hukuk alanında belki de en önemli
gelişmelerden birisi olan bu dava, mevcut çalışmanın konusunu oluş-
turmaktadır. Bu bağlamda, mevcut çalışma ilk olarak "Divan'ın yetki-
si var mıdır? Filistin Divan önünde taraf olabilir mi? Filistin'in iddiaları
nelerdir?" sorularını cevaplamaya çalışacaktır. Daha sonra ABD'nin
olası itirazlarını değerlendirecektir. Son tahlilde ise, davanın hem
Filistin hem de uluslararası hukuk açısından önemine değinilecektir.
Filistin bu davadan uluslararası hukuktaki statüsünü güçlendirici so-
nuçlar elde edebilecek midir? Daha önceki uygulamalara bakıldığında,
uluslararası mahkemeler, genelde Filistin'in bir devlet statüsünü
haiz olmaması argümanına dayanıp, yaklaşık bir asırdır uluslararası
hukuku birçok yönüyle ilgilendiren Filistin sorunu konusunda pasif
kalabilmiştir. Acaba, Divan "üye olmayan gözlemci Devlet" statüsüne
sahip olan Filistin için geçmişten daha iyisini yapabilecek mi?

¹⁷ Savcılık Bürosu ön incelemeleri hakkında daha fazl bilgi için bkz: <https://www.icc-cpi.int/about/otp?ln=en>

¹⁸ Diğer iki ön incelemeden biri yukarıda da değinilen Ön İnceleme I, 2009 yılın-
da madde 12(3)'e istinaden yapılan bildirim neticesinde 22 Ocak 2009 tarihinde
açıldı, 3 Nisan 2012'de kapandı. Ön İnceleme II ise, Komorolar tarafından Gazze
Filosu Durumuyla İlgili olarak UCM'ye başvurulması sonucu 14 Mayıs 2013'te
açıldı ve 6 Kasım 2013 tarihinde kapandı. Chantal Meloni, "The ICC Preliminary
Examination of the Flotilla Situation: An Opportunity to Contextualise Gravity",
Questions of International Law, 2016, Vol.33, pp.3-20. Ayrıca bkz: Preliminary
examination: Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia [https://
www.icc-cpi.int/comoros](https://www.icc-cpi.int/comoros)

¹⁹ ICC Preliminary Examination, "Palestine", <https://www.icc-cpi.int/palestine>

II. DAVANIN KONUSU

30 Eylül 2018'de, Filistin, Divan'a başvuru yaparak ABD aleyhine bir dava açtı. Uyuşmazlığın konusu, İsrail'deki ABD Büyükelçiliği'nin Kudüs'e taşınması. Filistin, büyükelçiliğin taşınmasının uluslararası hukuka aykırı olduğunu iddia ediyor ve davasını 18.04.1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne (Sözleşme) dayandırıyor.

ABD'nin büyükelçiliği taşıma kararı aslında 08.11.1995 tarihli bir yasaya (Jerusalem Embassy Act of 1995) dayanıyor. Bu yasada, Kudüs'ün 1950'den bu yana İsrail Devleti'nin başkenti olduğu ve İsrail'deki ABD Büyükelçiliği'nin en geç 31 Mayıs 1999 tarihinde Kudüs'te kurulması gerektiği belirtiliyor.²⁰ Yasa ayrıca, başkana büyükelçiliğin taşınmasını 6 aylık dönemler için erteleme yetkisi veriyor ve ABD başkanları da Trump dönemine kadar taşıma işlemini gerçekleştirmedi.

6 Aralık 2017'ye gelindiğinde ABD başkanı, Kudüs'ü İsrail'in başkenti olarak tanıdı ve İsrail'deki ABD Büyükelçiliği'nin Tel Aviv'den Kudüs'e taşınacağını duyurdu.²¹ Konuyla ilgili olarak 18 Aralık 2017'de toplanan BM Güvenlik Konseyi, Mısır tarafından sunulan karar taslağının ABD tarafından veto edilmesi nedeniyle karar alamadı.²² Bunun üzerine Mısır tarafından sunulan taslak ile benzer çizgilere sahip yeni bir taslak Türkiye ve Yemen tarafından onuncu olağanüstü özel toplantısında²³ 21 Aralık 2017'de BM Genel Kurulu'na sunuldu, sunulan bu taslak için yeterli çoğunluk desteği²⁴ sağlanmasıyla ES-10/19 numaralı karar alındı.²⁵ Karara göre,

“Kudüs'ün karakter, statü veya demografik yapısını değiştirmeye yönelik her türlü karar ve eylem hukuki etkiden yoksundur, hüküm-

²⁰ United States. Cong. Senate., “Jerusalem Embassy Act of 1995”, 104th Cong., S.1322, Washington: GPO, 8 November 1995.

²¹ Mark Landler, Trump Recognizes Jerusalem as Israel's Capital and Orders U.S. Embassy to Move, The New York Times, 6 December 2017, <https://www.nytimes.com/2017/12/06/world/middleeast/trump-jerusalem-israel-capital.html>

²² Taslak karar metni için ABD dışında diğer üyeler (14) lehte oy kullandı. UN Doc S/2017/1060 (18 December 2017).

²³ Olağanüstü özel toplantı yetkisi için bkz: Erdem Denk, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, (Siyasal Kitapevi, Ankara, 2015), s.218.

²⁴ 129 lehte, 9 karşı, 35 çekimser oy kullanıldı.

²⁵ UN General Assembly, Status of Jerusalem, Tenth emergency special session, 22 December 2017, A/RES/ES-10/19.

süzdür ve Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararlarına uygun olarak geri alınmalıdır. Bu bağlamda bütün devletler Konsey'in 478 sayılı kararı uyarınca Kudüs'te diplomatik misyon kurmaktan kaçınmalıdır.”

ABD, BM Genel Kurulu'nun kararına rağmen, 14 Mayıs 2018'de Kudüs'te büyükelçiliğini açtı. Bunun üzerine, Filistin, uyuşmazlığı bu defa BM'nin yargı organı olan Divan'a taşıyarak yargısal bir çözüm yoluna başvurdu. Davayı sırasıyla usul ve esas açısından değerlendirmek yerinde olacaktır.

III. DİVAN'IN YETKİSİ VE BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

Filistin'in başvurusunda yetki ve kabul edilebilirlik hususunda önem arz edebilecek birkaç mesele vardır. Bunlardan birincisi, Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü (UADS) madde 34 gereği, Divan önündeki davalarda yalnızca devletlerin taraf olabilmesidir. Zira ABD, Filistin meselesinde iki devletli çözüm formülünü benimsediğini ileri sürmesine rağmen, Filistin'in bir egemen devlet olmadığını ve Filistin'i devlet olarak tanımadığını²⁶ resmi olarak beyan etmektedir.²⁷ Divan'ın Filistin'i bir devlet olarak kabul etmediği durumda, davanın usulden reddine karar verilebilecektir.

Fakat Filistin'in Roma Statüsü'ne taraf olmasına da dayanak teşkil ettiği üzere; Filistin, BM Genel Kurulu'nun 29.11.2012 tarihli 67/19 sayılı kararından²⁸ bu yana BM'de “üye olmayan gözlemci devlet” statüsüne sahiptir. Söz konusu kararla Filistin'in bir devlet olduğu bir BM organı önünde teyit edilmiştir. Bu sayede Filistin, devletlerin katılımına açık²⁹ bir uluslararası andlaşma olan Roma Statüsü'ne taraf olmak üzere katılım belgesini depozitere tevdi etmiş ve depoziter konumunda olan BM Genel Sekreteri 6 Ocak 2015'te Filistin'in Roma Statüsü'ne

²⁶ Deirdre Shesgreen, “Bolton says U.S. will block legal challenge from ‘so-called state of Palestine’ over embassy move”, USA Today, 3 October 2018, <https://www.usatoday.com/story/news/world/2018/10/03/bolton-blasts-legal-challenge-so-called-state-palestine/1513340002/>.

²⁷ UN Doc, “Depositary Notification”, C.N.256.2014.TREATIES-III.3, 15 May 2014; UN Doc, Depositary Notification, C.N.228.2018.TREATIES-III.5, 1 May 2018.

²⁸ UN General Assembly, Status of Palestine in the United Nations, 29 November 2012, A/RES/67/19.

²⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, madde 125(3)

katılımını kabul etmiştir.³⁰ Benzer durumlar, aşağıda ele alındığı gibi Filistin'in Sözleşme ve Sözleşme'ye Ek İhtiyari Protokol'e katılımında da söz konusudur.

Divan'ın, egemen devlet olmanın şartlarını³¹ göz önünde bulundurarak Filistin açısından bu şartların mevcut olup olmadığını incelemesi mümkündür. Lakin Divan'ın Filistin'in gerek UCM gerek BM Genel Kurulu ve Genel Sekreteri tarafından devlet olarak kabul edildiği gerçeğini göz ardı etmeyeceği kuvvetle muhtemeldir.

İkinci mesele, UADS'ye taraf olmayan Filistin'in Divan önüne çıkabilmek için UADS madde 35/2 ve BM Güvenlik Konseyi'nin 1946 tarihli 9 sayılı kararında³² öngördüğü şartlara uymasındır. Bu bağlamda Filistin 4 Temmuz 2018'de Divan'ın yargılama yetkisini tanıyan bir bildiriye Divan'ın kalemine tevdi ederek söz konusu şartı yerine getirmiştir.³³

Üçüncü olarak, Divan'ın yargı yetkisi tarafların bu hususta vermiş oldukları rızaya dayalı olduğundan ve bu rızanın yokluğunda Divan *ipso facto* (kendiliğinden) zorunlu yargı yetkisine sahip olmadığından,³⁴ söz konusu rızanın yerine gelmiş olması gerekir. Filistin, Divan'ın yetkisini ve tarafların rızasını UADS madde 36/1'e uygun olarak bir uluslararası andlaşmaya dayandırıyor: 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne Ek Zorunlu Uyuşmazlık Çözümüne ilişkin İhtiyari Protokol (Protokol).

ABD ve Filistin'in taraf olduğu Protokol'ün 1. maddesine göre;

“Sözleşmenin yorumlanmasından veya uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda Uluslararası Adalet Divanı zorunlu yargı yetkisine sahiptir ve bu Protokole taraf olan uyuşmazlığın taraflarından herhangi birisinin başvurusuyla uyuşmazlık Divan'ın önüne getirilebilir.”

³⁰ Bensouda, “Preliminary Examination of the Situation in Palestine”.

³¹ Kamuran Reçber, Uluslararası Hukuk, (Dora, Bursa, 2018), s.203.

³² The UN Security Council Resolution, “Admission of States Not Parties to the Statute of the Court”, 15 October 1946, S/RES/9.

³³ International Court of Justice, States not parties to the Statute to which the Court may be open, <https://www.icj-cij.org/en/states-not-parties>

³⁴ UADS, madde 36: “Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ya da yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar...”

Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu bu dava bakımından, davanın her iki tarafının, Protokole taraf olmaları sonucu Divana zorunlu yargı yetkisi tanıdıkları görülmektedir. Fakat ABD bu hususta Divana bir ön itirazda³⁵ bulunarak Divan'ın yetkisini reddetmektedir. 13 Kasım 1972'den bu yana hem Sözleşme'ye hem de Protokol'e taraf olan ABD, Filistin'in 2 Nisan 2014'te Sözleşme'ye³⁶ ve 22 Mart 2018'de Protokol'e³⁷ katılma yoluyla taraf olmasının ardından, depoziter konumunda bulunan BM Genel Sekreteri'ne yaptığı bildirimleri³⁸ ön itirazına dayanak göstermektedir. ABD'nin bu bildirimlerdeki beyanları aşağıdaki gibidir:

Sözleşme'ye [ve Protokol'e] katılım egemen devletlere tanınmıştır. Bu yüzden ABD hükümeti Filistin'in Sözleşme'ye [ve Protokol'e] katılım şartlarını taşımadığına inanmakta ve Sözleşme [ve Protokol] bakımından kendisini Filistin ile bir andlaşma ilişkisi içinde görmeyeceğini bildirmektedir.

ABD ön itirazında bu bildirimlere dayanarak Divan'ın yetkisizliğini ileri sürmektedir.³⁹ Buna karşın, Filistin'in bir devlet olduğu kabul edildiği takdirde ABD'nin kendisini Filistin ile bir andlaşma ilişkisi içinde görmemesinin herhangi bir hukuki değeri yoktur. ABD'nin andlaşma ilişkisi içinde olmamasının yolu bu andlaşmadan çekilmesi olabilirdi. 12 Ekim 2018 tarihli bir bildirim⁴⁰ ile Protokol'den çekildiğini beyan eden ABD'nin bu bildirimini ise dava açıldıktan sonraki bir tarihe rastladığından dolayı davanın görülmesine engel olmayacaktır.

³⁵ Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America), Order, 15 November 2018, General List, No. 176.

³⁶ Sözleşme madde 48 ve madde 50'ye göre; Sözleşme, Birleşmiş Milletler veya ihtisas kuruluşlarından herhangi birinin üyesi ya da Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsüne taraf bütün devletlere ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından taraf olmaya davet edilen herhangi bir devlete açıktır. Filistin, BM ihtisas kuruluşlarından biri olan UNESCO'ya 31 Ekim 2011'den bu yana üye olmasından dolayı Sözleşme'ye katılma hakkı elde etmiştir.

³⁷ Protokol madde 7'ye göre; Protokol, Sözleşmeye taraf olabilecek bütün devletlerin katılımına açıktır.

³⁸ UN Doc, Depositary Notification, C.N.256.2014.TREATIES-III.3, 15 May 2014; UN Doc, Depositary Notification, C.N.228.2018.TREATIES-III.5, 1 May 2018; UN Doc, Depositary Notification, C.N.228.2018.TREATIES-III.5, 1 May 2018.

³⁹ Konuyla ilgili Filistin'in bildirimleri: UN Doc, Depositary Notification, C.N.342.2014.TREATIES-III.3, 12 June 2014; UN Doc, Depositary Notification, C.N.272.2018.TREATIES-III.5, 31 May 2018.

⁴⁰ UN Doc, Depositary Notification, C.N.487.2018.TREATIES-III.5, 12 October 2018.

Dördüncü mesele, Filistin'in bu davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığıdır. Dava, Sözleşme'nin ihlaline ilişkindir. Bu nedenle, Sözleşme'nin gönderen devlet (olayda ABD) ile kabul eden devlet (olayda İsrail) arasındaki ilişkileri düzenlediği ve dolayısıyla üçüncü devletlerin böyle bir davayı açamayacağı iddia edilebilir.⁴¹ Diplomatik misyonun kabul eden devletin ülkesi dışında farklı bir ülkede kurulması varsayımında, bundan üçüncü devlet veya devletlerin haklarının da etkilenebileceği açıktır. Elçiliğin taşındığı yerin Kudüs olduğu düşünüldüğünde, Filistin'in bu davayı açmakta hukuki yararının varlığı kabul edilebilir.

Beşinci mesele, *Monetary Gold Principle* olarak anılan ve Divan'ın bir devletin hak ve yükümlülüklerini söz konusu devletin rızası olmadan karara bağlayamayacağı yönündeki ilkedir.⁴² Dava'da Filistin, ABD Büyükelçiliği'nin kabul eden devlet olan İsrail'in ülkesi dışında kurulduğunu ve bunun Sözleşme'ye aykırı olduğunu iddia etmektedir. Divan'ın söz konusu iddia hakkında karar vermesi halinde, büyükelçiliğin bulunduğu bölgeye ilişkin İsrail'in hak ve yükümlülükleri hakkında da hüküm verilmiş olacaktır. Yani Divan bir ihlalin varlığına ya da yokluğuna karar verdiğinde, misyonun bulunduğu ülkenin İsrail toprağı olup olmadığını söyleyecektir ve dolayısıyla Dava, İsrail'in egemenlik yetkilerini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla Divan, İsrail'in açık veya örtülü bir rızası olmaksızın davaya bakmaktan kaçınabilecektir.

Verilecek hükmün davaya taraf olmayan bir başka devletin hukuki yararını etkiliyor olması, Divan'ı yargı yetkisini kullanmaktan alıkoymaya yeterli değildir. Söz konusu devletin hak ve yükümlülüklerinin davanın konusunu teşkil ediyor olması gerekir.⁴³ Filistin'in davasında, büyükelçiliğin bulunduğu ülkenin İsrail ülkesi olup olmadığı, ABD'nin sorumluluğunun belirlenmesi için bir ön sorundur. Filistin lehine karar verilmesi, o ülkenin İsrail'e ait olmadığı anlamına

⁴¹ Marko Milanovic, "Palestine Sues the United States in the ICJ re Jerusalem Embassy", 30 September, 2018, EJIL Talk, <https://www.ejiltalk.org/palestine-sues-the-united-states-in-the-icj-re-jerusalem-embassy/>

⁴² International Court of Justice, *The Monetary Gold Removed From Rome (Italy V. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland And United States of America)*, 15th June 1954, s. 32.

⁴³ International Court of Justice, *East Timor (Portugal v. Australia)*, 30 June 1995, s. 105.

gelecektir. Bu nedenle Divan, İsrail'in hak ve yükümlülüklerinin bu davanın konusunu oluşturduğunu kabul edebilir ve onun rızasının yokluğunda hüküm vermeyebilir.

Monetary Gold Principle isimli ilkenin uygulanmasıyla alakalı bir ihtimal de, Divan tarafından, diplomatik misyonun kabul eden Devletin ülkesi dışında kurulmasının Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesidir. Bu ihtimalde Divan'ın, misyonun kurulduğu ülkenin İsrail'in ülkesi olup olmadığını araştırması gerekmeyecek, *Monetary Gold Principle* uygulama alanı bulamayacaktır. Fakat bu ihtimalde de dava esastan reddedilebilecektir.

Divan, yetki ve kabul edilebilirliğe ilişkin incelemesinde yukarıda sayılan unsurlardan herhangi biri nedeniyle davayı usulden reddetmezse, davayı esas yönünden inceleyecektir.

IV. DAVA'NIN ESASINA İLİŞKİN İNCELEME

Filistin, ABD Büyükelçiliği'nin Kudüs'e taşınmasıyla, misyonun gönderen Devlet ülkesinin dışında kurulduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin ihlali edildiğini iddia etmektedir. Filistin bu tasarrufun iki yönden Sözleşme'ye aykırı olduğunu savunmaktadır: Birincisi Sözleşme'nin misyonun kurulacağı ülkeyi gösteren hükümlerine aykırılık ve ikincisi Sözleşme'nin amacına aykırılık.

4.1. Diplomatik Misyonun Kurulacağı Ülke

İlk olarak Filistin, Sözleşme'nin çeşitli hükümlerinden hareketle büyükelçiliğin kabul eden devletin ülkesinde kurulması gerektiğini ileri sürmektedir.

Diplomatik misyonun görevlerini düzenleyen madde 3/1 şu şekildedir:

Bir diplomatik misyonun görevleri, diğerleri meyanında, şunları da kapsar:

- a) Gönderen Devleti kabul eden Devlette temsil etmek;
- b) Kabul eden Devlette, uluslararası hukukun müsaade ettiği sınırlar içinde gönderen Devletin ve vatandaşlarının çıkarlarını korumak;
- c) Kabul eden Devlet Hükümeti ile müzakereler yapmak;

- d) Bütün yasal imkânlarla kabul eden Devletteki durumu ve gelişmeleri tespit etmek ve bunlar hakkında gönderen Devlet Hükümetine bilgi vermek;
- e) Gönderen Devlet ile kabul eden Devlet arasında dostane ilişkileri ilerletmek ve ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkilerini geliştirmek.

Filistin'e göre; (a) bendi, açıkça ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde, diplomatik misyonun temsil işlevini kabul eden devletin ülkesinde yerine getireceğini öngörmektedir. Ayrıca (b) ve (d) bentlerinde sayılan işlevler de kabul eden Devlette yerine getirilecektir.

"Kabul eden Devlette" ibaresinin bunun dışında Sözleşme'nin 12 hükmünde daha yer alması, Filistin'e göre, diplomatik misyonun kabul eden Devletin ülkesinde kurulacağını vurgulamaktadır.

Filistin, Sözleşme'nin 21. maddesinin 1. fıkrasının gönderen Devletin, yalnızca kabul eden Devletin ülkesinde bir diplomatik misyon kurabileceğini doğruladığını savunmaktadır:

Kabul eden Devlet, yasalarına uygun olarak, kendi ülkesinde gönderen Devletin misyonu için gereken binaların edinilmesini kolaylaştıracak veya gönderen Devletin başka suretle yer bulmasına yardımcı olacaktır.

Yukarıdaki hükümler, bir diplomatik misyonun birçok işlevini kabul eden Devletin ülkesinde yerine getireceğini ve gönderen Devletin bu ülkede misyon kurmak istemesi halinde kabul eden Devletin bunu kolaylaştıracağını göstermektedir. Hayatın olağan akışında da büyükelçilikler kabul eden Devletin ülkesinde kurulmaktadır. Fakat Sözleşme, devletleri diplomatik ilişki veya diplomatik misyon kurmaya zorlamadığı gibi⁴⁴; Sözleşme'nin hiçbir hükmü, tarafların karşılıklı rızasıyla misyonun üçüncü bir ülkede kurulmasını açıkça yasaklamamaktadır. Aksine 5. madde buna izin verilen bir durumu belirtmektedir:

1. Gönderen Devlet, ilgili kabul eden Devletlere gerekli ihbarda bulunduktan sonra yerine göre bir misyon şefini veya diplomatik kadronun herhangi bir üyesini, kabul eden Devletlerden herhangi biri tarafından açıkça itirazda bulunulmadıkça birden fazla Devlet nezdinde akredite edebilir.

⁴⁴ Sözleşme, madde 2: "Devletler arasında diplomatik ilişkiler ve daimî diplomatik misyonlar kurulması karşılıklı rıza ile olur."

2. Gönderen Devlet bir misyon şefini, bir veya daha fazla sayıda başka Devlete akredite ettiği takdirde, misyon şefinin sürekli oturmadığı Devletlerin her birinde bir geçici Maslahatgüzarın (Charge d’Affaires ad interim) yönettiği bir diplomatik misyon kurabilir.

Bu duruma örnek olarak Türkiye’nin Bern (İsviçre) Büyükelçiliği aynı zamanda Liechtenstein’a, Paris (Fransa) Büyükelçiliği ise aynı zamanda Monako’ya akreditedir. Yani Bern’de kurulan misyon, hem İsviçre hem de Liechtenstein’a ilişkin fonksiyonlarını yerine getirmektedir ve (kabul eden Devlet) Liechtenstein’ın ülkesi dışındadır. Aynı şekilde Paris’teki misyon Monako ülkesinde değildir. Söz konusu durumlar Sözleşme’ye aykırılık teşkil etmemiştir.

Öte yandan, uygulamada büyükelçiliğin kabul eden Devletin ülkesi dışında yer aldığı bir başka örnek de Türkiye’nin Vatikan Büyükelçiliği’dir. Bu misyon Vatikan’da değil İtalya’dadır ve İtalya Büyükelçiliği’nden ayrı olarak kurulmuştur. Bu örneğin de Sözleşme’ye aykırılığı iddia edilmemiştir.

Esasen diplomatik misyonun üçüncü bir ülkede kurulması; gönderen Devlet ile kabul eden Devletin rızasının mevcut olduğu hallerde Sözleşme’ye aykırılık oluşturmayacaktır. Söz konusu üçüncü ülkenin otoritesinin (bir devlet veya BM) de rızası bulunuyorsa hukuki bir problem ortaya çıkmayacaktır. Bu sonuncu rızanın yokluğuna rağmen orada misyon kurulması durumunda ise Sözleşme değil, o ülkenin otoritesinin egemenlik yetkileri ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, kanımızca misyonun kabul eden devletin ülkesi dışında kurulmasının Sözleşme’nin yukarıda yer verilen hükümlerine aykırı düşeceği şeklinde bir yorum yerinde olmayabilir.

4.2. Sözleşmenin Amacı

İkinci olarak, Filistin, Başlangıç kısmından yola çıkarak Sözleşme’nin amacının uluslararası barışa katkı sağlama olduğunu ileri sürmektedir. Başlangıç’ta yer alan ifadeler şu şekildedir:

Bu sözleşmeye taraf olan Devletler,

(...)Birleşmiş Milletler Şartının Devletlerin egemen eşitliği, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve uluslar arasında dostane ilişkilerin geliştirilmesi hakkındaki amaç ve ilkelerini göz önünde bulundurarak,

Diplomatik ilişkiler, ayrıcalıklar ve bağışlıklar hakkında uluslararası bir Sözleşmenin, ulusların farklı anayasal ve sosyal sistemlerine bakılmaksızın aralarında dostane ilişkilerin gelişmesine katkıda bulunacağına inanarak,(...)

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.

Filistin, diplomatik misyonun faaliyet ve amacının da madde 41/3 tarafından sınırlandırıldığı ileri sürmektedir. Bu maddeye göre:

Misyonun binaları, misyonun bu Sözleşmede ya da diğer genel uluslararası hukuk kurallarınca veya gönderen ve kabul eden Devlet arasında yürürlükte olan özel anlaşmalarca belirlenen görevleri ile bağdaşmayacak bir tarzda kullanılamaz.

Büyükelçiliğin Kudüs'e taşınması, Filistin'e göre, Sözleşme'nin yukarıda bahsi geçen hükümlerine aykırı olduğu gibi Sözleşme'nin amacına ve Sözleşme'nin gönderme yaptığı genel uluslararası hukuken diğer kurallarına da aykırıdır.

Nitekim, misyon binalarının özgülenen kullanım amaçlarının dışına çıkılarak kötüye kullanılması, madde 41/3'ün ihlaline yol açacağı gibi Sözleşme'nin amacına da aykırı düşecektir. Örneğin; ABD tarafından, büyükelçilik binasının, uluslararası statüye sahip bir şehrin bu statüsünün değiştirilmesinde veya İsrail'in işgali altındaki bir toprağın İsrail'e ait olduğunun kabul ettirilmesinde bir araç olacak tarzda kullanılması Sözleşme'nin ihlaline neden olabilecektir.

Filistin'in iddia ettiği Sözleşme ihlallerinin her ikisi de misyonun kabul eden Devlet ülkesi dışında kurulduğu savı üzerine bina edilmiştir. Bunun geçerliliğini tespit etmek açısından büyükelçiliğin konumu ve bulunduğu ülkenin statüsünü incelemek gerekmektedir.

4.3. Büyükelçiliğin Konumu ve Kudüs'ün Statüsü

Yukarıda Filistin'in iddiaları açısından Sözleşme'nin yorumuna yer verilmiştir. Sözleşme'nin somut olaya uygulanmasına gelince; Filistin'e göre, olayda diplomatik misyon kabul eden Devlette kurulmamış ve fakat özel bir uluslararası statüye sahip olan Kudüs şehrinde kurulmuştur.

U.S. Embassy site in Jerusalem

The new U.S. Embassy and consulate site in Jerusalem cuts across the historic 1949 Armistice Agreement Lines.

U.S. Consulate General Jerusalem



Extension/annex



Sources: Maps4News; U.S. government; United Nations

C Hughes, 11/05/2018

REUTERS

Harita: Büyükelçiliğin Konumu. Kaynak: Reuters⁴⁵

Filistin'e göre, 181 (II) sayılı BM Genel Kurulu Kararı (1947)⁴⁶ ile Kudüs Şehri'ne özel bir statü tanınmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

⁴⁵ Stephen Farrell & Maayan Lubell, "U.S. Jerusalem embassy lies 'at the end of the world'", 14 May 2018, REUTERS, <https://www.reuters.com/article/us-israel-usa-embassy-land/u-s-jerusalem-embassy-lies-at-the-end-of-the-world-idUSKCN11F1RE>

⁴⁶ UN General Assembly Resolution, "The Report of the Ad Hoc Committee on the Palestinian Question", 23 September 1947, A/RES/181(II).

"Genel Kurul,

Filistin'in mandater gücü Birleşik Krallık'a ve Birleşmiş Milletler'in bütün diğer üyelerine, Filistin'in gelecekteki yönetimine ilişkin olarak, aşağıda düzenlenen Ekonomik Birlik ile Bölünme Planı'nın kabul edilmesini ve uygulanmasını tavsiye eder;

(...)

Kudüs Şehri özel bir uluslararası rejime tabi bir *corpus separatum* olarak kurulacaktır ve Birleşmiş Milletler tarafından yönetilecektir."

181 (II) sayılı karar, Birleşik Krallık'ın manda yönetimi altındaki Filistin'den çekileceğini bildirmesi üzerine ve Filistin'in gelecekteki yönetimi hakkında alınmıştır. Genel Kurul bu kararı BM Şartı'nın 14. maddesinde⁴⁷ kendisine tanınan yetkiye dayanarak almıştır. Zira kararda da belirtildiği gibi Genel Kurul "Filistin'deki durumun kamu esenliğine ve uluslar arasındaki dostça ilişkilere zarar verecek nitelikte olduğunu göz önünde tutmuş" ve bu durumun barışçı yollarla düzeltilmesi için gerekli önlemler alınmasını tavsiye etmiştir. Genel Kurul'un tavsiyesi, Filistin topraklarında bir Arap, bir Yahudi devletinin ve bir *corpus separatum* olarak Kudüs Şehri'nin kurulmasını öngören Bölünme Planı'nın kabul edilmesi ve uygulanmasıdır.

Bölünme Planı, Arap devletleri tarafından reddedilmiş, buna karşın İsrail ise bağımsızlığını ilan etmiştir. Böylece Arap devletleri ile İsrail arasında savaş başlamış ve Bölünme Planı uygulanamamıştır. Dolayısıyla Kudüs'ün bir *corpus separatum* olarak kurulması mümkün olmamıştır.⁴⁸

1949'da İsrail ile Arap devletleri arasında mütareke anlaşmaları yapılmıştır.⁴⁹ 03.04.1949 tarihinde İsrail ile Ürdün arasında imzalanan

⁴⁷ "12. madde hükümleri saklı kalmak koşuluyla, Genel Kurul, Birleşmiş Milletler'in Amaç ve İlkeleri'ni belirten işbu Antlaşma hükümlerinin çiğnenmesinden doğan durumlar da dâhil olmak üzere kamu esenliğine zarar verecek, uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokacak nitelikte gördüğü herhangi bir durumun, kökenine bakılmaksızın barışçı yollarla düzeltilmesi için gerekli önlemler alınmasını tavsiye edebilir."

⁴⁸ Walid Khalidi, "The Ownership of the U.S. Embassy Site in Jerusalem", (2000) Journal of Palestine Studies (University of California Press on behalf of the Institute for Palestine Studies), pp.80-101.

⁴⁹ UN Treaty Series, Israel and Egypt (24 February 1949, No:654, s.251), Israel and Lebanon (23 March 1949, No: 655, s.287), Israel and Jordan (3 April, 1949, No: 656,

anlaşma⁵⁰ ile Yeşil Hat (Green Line) denilen ayırım çizgileri (demarcation line) belirlenmiş ve “tarafardan herhangi birinin askeri veya paramiliter güçlerinden hiçbir unsurun hangi amaç için olursa olsun Mütareke Ayırım Çizgilerinin ötesine ilerleyemeyeceği veya öbür tarafına geçemeyeceği öngörülmüştür.⁵¹ Ayrıca, Mütareke Ayırım Çizgilerinin gelecekteki ülkesel düzenlemelere veya sınır hatlarına ya da tarafların bunlara ilişkin taleplerine hanel getirmeyeceği belirtilmiştir.⁵²

Mütareke Ayırım Çizgileri, Kudüs’ü Doğu Kudüs, Batı Kudüs ve bu ikisi arasındaki alan (no man’s land) olmak üzere üçe ayırmıştır. 1967 savaşında İsrail, Yeşil Hattın doğusuna geçerek Kudüs’ün tamamını işgal etmiştir. BM Güvenlik Konseyi, savaş yoluyla ülke kazanımının kabul edilemezliğini vurgulayarak, İsrail silahlı kuvvetlerini son savaşta işgal edilen topraklardan çekilmeye çağırmıştır.⁵³

Güvenlik Konseyi’nin, 1967’den itibaren İsrail’in Kudüs’ün statüsünü değiştirmeye yönelik aldığı önlemler vesilesiyle aldığı kararlarda, 1967’den bu yana devam eden işgale son verilmesinin gerekliliği belirtilmiş ve işgalci güç İsrail’in Kudüs’ün statüsünü değiştirmek için yaptığı yasama ve idare tasarruflarının tamamen geçersiz olduğu ve bu statüyü değiştiremeyeceği doğrulanmıştır.⁵⁴

26.10.1994’te İsrail ve Ürdün arasında imzalanan ve iki devlet arasındaki sınırları belirleyen barış andlaşmasında⁵⁵ da, bu sınırların 1967’de İsrail askeri yönetiminin kontrolüne giren toprakların “statüsüne” hanel getirmeyeceği öngörülmüştür.⁵⁶

Dolayısıyla, Divan’ın “İşgal Altındaki Filistin Ülkesinde Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Danışma Görüşü”nde (2004)⁵⁷ de belirttiği

s.303), Israel and Syria (20 July 1949, No: 657, s.327).
⁵⁰ UN Treaty Series, “Israel and Jordan: General Armistice Agreement”, 3 April, 1949, No: 656, s.303.
⁵¹ İbid madde 3(2) s.306.
⁵² İbid madde 6(9) s.312.
⁵³ UN Security Council Resolution 242, “Land for Peace”, 22 November 1967, S/RES/242.
⁵⁴ UN Security Council Resolution 298, “Middle East”, 25 September 1971, S/RES/298; UN Security Council Resolution 476, “Territories occupied by Israel”, 30 June 1980, S/RES/476.
⁵⁵ UN Treaty Series, “Jordan and Israel: Treaty of Peace Between the State of Israel and the Hashemite Kingdom of Jordan”, No. 35325, 26 October 1994, s.351.
⁵⁶ İbid madde 3(2), s.394.
⁵⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian

gibi, 1967'de Yeşil Hattı geçerek işgal ettiği topraklarda İsrail işgalci güç statüsündedir. 1967 sonrası gelişmeler bu durumu değiştirmemiştir ve hem Doğu Kudüs hem de Mütareke Ayırım Çizgileri arası bölge işgal altındaki topraklardır.

ABD Büyükelçiliği ise, Yeşil Hattın tam üzerinde yer almaktadır, yani bir kısmı Batı Kudüs'te bir kısmı Mütareke Ayırım Çizgileri arası bölgede (no man's land) kalmaktadır. Batı Kudüs'ün İsrail ülkesi olduğu kabul edilse dahi, büyükelçiliğin bir kısmı için kabul eden Devlet'in ülkesinde kurulmadığı, işgal altındaki bir ülkede kurulduğu söylenebilir. Sonuç olarak Filistin'in diplomatik misyonun kabul eden Devletin ülkesinin dışında kurulduğu yönündeki savı geçerli görünmektedir.

Öte yandan, büyükelçiliğin konumu göz önünde tutulduğunda, diplomatik misyonun orada kurulmasının Kudüs'ün statüsünü değiştirmeye yönelik bir tasarruf olduğu ve bu tasarrufun da Sözleşme'nin amacına aykırı olduğu iddia edilebilir. Bu iddianın geçerliliğini sorgulamak için "Kudüs'ün statüsü nedir?" sorusunu cevaplamak gerekmektedir. Çünkü bu ifadenin geçtiği BM organlarının kararlarında, bu ifadenin ne anlama geldiği açıkça belirtilmemiştir.

Filistin sorununa ilişkin BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararları incelendiğinde, bu kararlarda geçen "Kudüs'ün statüsü" ifadesinin iki şekilde anlaşılabilceği görülmektedir. Birincisi, 181 (II) sayılı Genel Kurul kararında belirtilen "*corpus separatum*" statüsü,⁵⁸ ikincisi ise, 03.04.1949 tarihli Mütareke Anlaşmasına dayanan ve 1967 savaşıyla meydana gelen "işgal altındaki toprak (ülke)" statüsüdür. *Corpus separatum* Kudüs şehrinin bütününe şamil bir statü iken, (Güvenlik Konseyi ve Divan'a göre) işgal altındaki ülke statüsü Batı Kudüs için geçerli değildir. Bunlar dışında Kudüs'ün kutsal yerleri barındırması veya üç dinin merkezi olmasına binaen sahip olduğu ilahi bir statü kastedilmemiştir. Zira 252 sayılı Güvenlik Konseyi kararındaki ifade "Kudüs'ün hukuki statüsü" olduğu gibi, bundan sonraki kararlarda da 252 sayılı karara gönderme yapılmıştır.⁵⁹

Territory, "Advisory Opinion", ICJ, 9 July 2004.

⁵⁸ W. Thomas Mallison and Sally V. Mallison, "An International Law Analysis of Major UN Resolutions Concerning the Question of Palestine", CEIRPP Study, (United Nations, New York, 1979).

⁵⁹ UN Security Council Resolution 252, "Middle East", 21 May 1968, S/RES/252, § 2.

Öncelikle belirtmek gerekir ki “Kudüs’ün statüsü” ifadesinin kullanımı 1967 savaşı sonrasına rastlamaktadır. Daha önceki tarihli olan Genel Kurul’un 181 (II), 194 (III) ve 303 (IV) sayılı kararlarında Kudüs’ün bir *corpus separatum* olarak kurulması tavsiye edilmektedir. 1967 Savaşı sonrasındaki tarihlerde alınan örneğin Genel Kurul’un 2253 (ES-V) ve 2254 (ES-V) ile Güvenlik Konseyi’nin 252 (1968), 267 (1969) ve 298 (1971) sayılı kararlarında ise, İsrail’in Kudüs’ün statüsünü değiştirmeye yönelik önlem ve işlemlerinin geçersiz olduğu vurgulanmaktadır. Eğer söz konusu statünün *corpus separatum* olduğu düşünülürse; Bölünme Planı’nın uygulanamamasına rağmen, Genel Kurul tarafından kabul edilmesiyle Kudüs’ün bu statüye kavuştuğunu kabul etmek gerekir. Yani bu kabule göre 181 (II) sayılı karar, kabul edildiği anda hukuk yaratmıştır.

Oysaki 181 (II) sayılı karar, BM Şartı’nın 14. maddesi kapsamında Genel Kurul tarafından alınmış tavsiye niteliğinde bir karardır. Kararın bu niteliğiyle *per se* (tek başına, kendiliğinden) hukuk yaratma gücü yoktur.⁶⁰ Genel Kurul’un kararı, bir vesayet anlaşmasının kabulü niteliğinde olsaydı bağlayıcı bir güce sahip olabilirdi. Fakat alınan karar Kudüs için bir vesayet rejimi oluşturulmasına ilişkin de değildir. Dolayısıyla 181 (II) sayılı karar, tek başına, Kudüs için bir *corpus separatum* statüsü yaratma gücüne sahip değildir. Bu statünün böyle bir Genel Kurul kararı aracılığıyla oluşumu, söz konusu kararın kabul edilip uygulanmasıyla mümkündür.

“İşgal altındaki toprak (ülke) statüsü” ne gelince; 1967 savaşı sonrası alınan kararların Kudüs’ün statüsünün bu nitelikte olduğunu doğruladığı söylenebilir. 2253 (ES-V) sayılı kararda,

*Genel Kurul, şehrin statüsünü değiştirmek için İsrail tarafından alınan tedbirler neticesinde Kudüs’te cari olan durum hakkında derinden kaygılı olarak, bu tedbirlerin geçersiz olduğunu değerlendirmiş ve İsrail’i hâlihazırda aldığı tedbirleri geri almaya ve Kudüs’ün statüsünü değiştirebilecek herhangi bir işlem yapmaktan derhal vazgeçmeye çağırmıştır.*⁶¹

⁶⁰ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, (1. Kitap, Ankara, 2016) s.309.

⁶¹ UN General Assembly Resolution, “Measures taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem”, 4 July 1967, A/RES/2253(ES-V), § 1-2.

2254 (ES-V) sayılı kararda Genel Kurul, bir önceki kararı hatırlatarak aynı çağrışı tekrarlamıştır.⁶² 252 (1968) sayılı kararında Güvenlik Konseyi, Genel Kurul'un bu iki kararını hatırlatarak İsrail'e aynı çağrışı yapmıştır.⁶³ 267 (1969) sayılı Güvenlik Konseyi kararında da bu son üç karara gönderme yapılmıştır.⁶⁴ 298 (1971) sayılı kararda ise Güvenlik Konseyi, Kudüs'ün statüsüne ilişkin daha belirgin ifadeler kullanmıştır:

Güvenlik Konseyi, İsrail'in Kudüs'ün İsrail işgali altındaki bölümünün statüsünü değiştirmeyi tasarlayan tedbir ve tasarruflarına ilişkin 252 (1968) sayılı 21 Mayıs 1968 tarihli ve 267 (1969) sayılı 3 Temmuz 1969 tarihli kararlarını ve Genel Kurul'un daha önceki 2253 (ES-V) ve 2254 (ES-V) sayılı 4 ve 14 Temmuz 1967 tarihli kararlarını hatırlatarak,

(...)

3. Arazi ve mülklerin kamulaştırılması, nüfus transferi ve işgal altındaki bölümü kendi bünyesine dâhil etmeye yönelik yasama işlemleri dâhil olmak üzere, İsrail'in Kudüs Şehri'nin statüsünü değiştirmek için yaptığı tüm yasama ve idare işlemlerinin tamamen geçersiz olduğunu ve bu statüyü değiştiremeyeceğini mümkün olan en açık şekilde doğrular;

4. İsrail'i, önceki bütün tedbirleri ve işlemleri geri almaya ve Kudüs'ün işgal altındaki bölümünde Şehir'in statüsünün değişmesi anlamına gelebilecek ya da sakinlerinin haklarına ve uluslararası toplumun menfaatlerine veya adil ve kalıcı bir barışa zarar verebilecek daha ileri adımlar atmamaya acilen çağırır; (...)⁶⁵

298 (1971) sayılı kararın giriş paragraflarının ilkinde, İsrail'in tedbir ve işlemlerinin Kudüs'ün işgal altındaki bölümü hakkında olduğu ve yukarıda bahsedilen iki Güvenlik Konseyi ve iki Genel Kurul kararının da bu tedbir ve işlemlere ilişkin olduğu belirtilmiştir. Yani Kudüs'ün bir bölümü (doğusu) işgal altında iken (batısı) işgal altında

⁶² UN General Assembly Resolution, "Measures taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem", 14 July 1967, A/RES/2254(ES-V).

⁶³ UN Security Council Resolution 252, "Middle East", 21 May 1968, S/RES/252.

⁶⁴ UN Security Council Resolution 267, "Middle East", 3 July 1969, S/RES/267.

⁶⁵ UN Security Council Resolution 298, "Middle East", 25 September 1971, S/RES/298.

değildir. Bu çıkarım Kudüs için *corpus separatum* statüsünün geçerli olmadığını da göstermektedir. Zira bu statü geçerli olsaydı Kudüs'ün tamamının işgal altında olduğunu kabul etmek gerekirdi.

Söz konusu kararların, işgal altındaki bölümün statüsüne etki edebilecek tedbir ve işlemlere ilişkin olması dolayısıyla, bu kararlarda yer alan “Kudüs'ün statüsü” veya “Şehir'in statüsü” ifadelerinin Yeşil Hattın doğusu yani Doğu Kudüs için ve Mütareke Ayırım Çizgileri arası bölge için kullanıldığını söyleyebiliriz. Bu statü ise, Divan'ın 2004 tarihli danışma görüşünde de belirttiği gibi “işgal altındaki toprak (ülke)” statüsüdür. Danışma görüşünün 78. paragrafına göre,

Yeşil Hat ile manda yönetimi altındaki Filistin'in eski doğu sınırı arasında yer alan topraklar, 1967'de İsrail ile Ürdün arasındaki silahlı çatışma esnasında İsrail tarafından işgal edilmiştir. Bu cihetle, uluslararası teamül hukukuna göre, bu topraklar İsrail'in işgalci güç statüsüne sahip olduğu işgal altındaki topraklardır.

298 (1971) sayılı kararın 3 ve 4 numaralı paragraflarında geçen “işgal altındaki bölüm” ifadeleri de Kudüs'ün tamamının ortak bir hukuki statüye sahip olmadığı görüşünü destekler niteliktedir. 476 (1980) sayılı kararında da Güvenlik Konseyi, “Kudüs dâhil 1967'den itibaren İsrail işgali altında olan Arap topraklarının uzun süreli işgaline son vermenin ağır basan gerekliliğini yeniden tasdik ederek” Batı Kudüs'ü ayrı bir statüye koymuştur.⁶⁶ Hatta 1967 savaşının ardından alınan 242 (1967) sayılı kararda da Güvenlik Konseyi “İsrail silahlı kuvvetlerinin son çatışmada işgal edilen topraklardan çekilmesinin” gerekliliğini belirtirken, Bölünme Planı'nda gösterilen sınırlara çekilmeye çağırma-
mıştır.⁶⁷

Güvenlik Konseyi 478 (1980) sayılı kararda ise, İsrail'in çıkardığı temel yasaya (basic law) rağmen “Kudüs dâhil Haziran 1967'den itibaren işgal altındaki Filistin ve diğer Arap topraklarında” 12.08.1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanmaya devam edilebileceğini belirttikten sonra,

⁶⁶ UN Security Council Resolution 476, “Territories occupied by Israel”, 30 June 1980, S/RES/476.

⁶⁷ UN Security Council Resolution 242, “Land for Peace”, 22 November 1967, S/RES/242.

Temel yasayı (basic law) ve bu yasanın neticesi olan, Kudüs'ün karakter ve statüsünü değiştirmeyi amaçlayan İsrail'in benzer diğer işlemlerini tanınamaya karar verir ve

(...) Kudüs'te diplomatik misyon kurmuş olan devletleri bu misyonları Kutsal Şehir'den çekmeye çağırır.⁶⁸

478 sayılı kararda da Güvenlik Konseyi Batı Kudüs'ü işgal altında görmemekte ve dolayısıyla "1967'den itibaren işgal altında olan Kudüs'ün" statüsünü değiştirmeyi amaçlayan işlemleri tanınamaktadır.⁶⁹ Fakat bu kararda Divan önündeki davayı ilgilendiren en önemli nokta, Kudüs'te diplomatik misyon kurma tasarrufunun Kudüs'ün statüsünün değişmesine etki edebilecek bir tasarruf olarak görülmesidir. Bu nedendir ki diplomatik misyonlarını Kudüs'te kuran devletlerden misyonlarını buradan çekmeleri istenmiştir.

Filistin'in ABD'ye karşı açtığı davada da, büyükelçiliğin Kudüs'e taşınması, Kudüs'ün statüsünü (1967'den itibaren işgal altında olan bölümün statüsünü) değiştirmeyi amaçlayan bir işlem olarak nitelenebilir. Zira ABD, Kudüs'ü İsrail'in başkenti olarak görmektedir ve ABD büyükelçiliğinin bir kısmı 1967'den bu yana işgal altında olan Mütareke Ayırım Çizgileri arası bölgede (no man's land) bulunmaktadır. Yani büyükelçiliğin taşınmasındaki amacın, işgal altındaki Kudüs'ü, İsrail'in kendi ülkesine katmasının (annexation) kabul ettirilmesi (tanınması) olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla, diplomatik misyonun taşınması Sözleşme'nin amacına aykırı bulunabilir ve Sözleşme'nin ihlal edildiği kabul edilebilir.

V. SONUÇ

Filistin açısından muhtemel sonuçlarına da değinilecek olursa, ABD Büyükelçiliğinin Kudüs'e taşınması meselesi sırasıyla BM

⁶⁸ UN Security Council Resolution 478, "Territories occupied by Israel", 20 August 1980, S/RES/478.

⁶⁹ Divan esas açısından değerlendirme yaparken uyumsuzluğa ilişkin BM Genel Kurulu'nun almış olduğu ES-10/19 numaralı kararında değindiği "tanımama yükümlülüğü" (obligation of non-recognition) ilkesini resen dikkate alabilir. Uluslararası hukukta etkisi sınırlı olan bu ilkenin, Divan tarafından dikkate alınması Filistin açısından olumlu olacaktır. Bkz.: Maurizio Arcari, "The Relocation of the US Embassy to Jerusalem and the Obligation of Non-Recognition in International Law", 2018, Questions of International Law, vol., 1-13.

Güvenlik Konseyi, Genel Kurul ve son olarak Divan'a taşınmıştır. Güvenlik Konseyi'nden ABD vetosu nedeniyle karar çıkmaması ve Genel Kurul kararının ABD'yi taşıma kararından vazgeçirememesi göz önüne alındığında, Divan'ın uyuşmazlık hakkında Filistin lehine alacağı her türlü kararın da ABD'nin direnciyle karşılaşması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, Filistin açısından somut bir fayda elde edilemeyeceği de düşünülebilir. Bu fikir ABD'nin büyükelçilik adından geri dönmeyeceği açısından haklı olabilir. Ancak, politik kazanımları veya kayıpları bir kenara bırakacak olursak, büyük olasılıkla Filistin bu süreçten çok daha güçlü bir uluslararası hukuk aktörü/kişisi/öznesi olarak çıkacaktır. Zira artık topraklarında yaşanan uluslararası hukuk uyuşmazlıklarını başka aktörler üzerinden değil doğrudan kendisi bir devlet olarak uluslararası yargı mercilerine taşımaktadır.

Bu hususu biraz daha açacak olursak, yukarıda da anıldığı üzere Divan'ın Filistin'in başvurusunda usule ve esasa ilişkin takip edileceği bazı yollar var. Bu noktada, iki husus Filistin için uluslararası hukuk açısından önemli sonuçları ihtiva etmektedir. Bunlardan ilki usule ilişkindir. Yetki ve kabul edilebilirlik yönü açısından önemli olan nokta, Divan'ın yalnızca devletlere açık olması hasebiyle Filistin'in statüsünü nasıl takdir edeceğidir. Divan'ın Filistin'i bir devlet olarak kabul etmediği durumda, davanın usulden reddine karar verecektir. Böyle bir sonuç hem Filistin'in hem de Divan'ın uluslararası sistemdeki konumlarını zayıflatıcı etki doğuracaktır. Ancak, Filistin'in devlet olma statüsü hakkında Divan'a sunmuş olduğu yukarıda değinilen hukuki argümanlar, Divan'ın bu yönde menfi bir karar vermesini hukuken zorlaştırmaktadır. Buna binaen, Divan'ın da Filistin'in devlet olduğu yönündeki kabule göre hareket etmesi güçlü bir ihtimaldir. Bu durum, Filistin açısından, uluslararası hukuktaki statüsünün bir başka yargı organı tarafından teyit edilmesi ve güçlenmesi demek olacaktır.

Diğer önemli olan husus ise esasa ilişkindir. Kanımızca Divan'ın *Monetray Gold Principle* nedeniyle usulden reddetmesi muhtemel ise de eğer Divan bu gerekçeyle veya yukarıda anılan hukuki yararın bulunup bulunmadığı gerekçesiyle de davayı usulden reddetmezse

esasa geçilecektir. Bu aşamanın sonucuna dair iki senaryodan bahsetmek mümkün. İlki, Filistin'in lehine davayı sonuçlandırması. Bu durumda Filistin'in uluslararası hukukta elde etmiş olduğu statüsü hukuki anlamda somutlaşmış olacaktır. Bu durumun, Divan açısından kendisinin tarafsız olma özelliğini pekiştirmiş olacağı ve uyuşmazlıkların halli için diğer devletlerin de hukuki yollara başvurmasında teşvik edici olacağı söylenebilir. Muhtemelen ABD ve İsrail böyle bir kararı tanımayacaktır, ancak kararın uluslararası sistem üzerinde doğuracağı önemli etkilerinin yanında ABD üzerinde de bir baskı unsuru olacaktır. Esasa ilişkin ilk senaryodan daha muhtemel diğer senaryo ise Divan'ın 2004 tarihli danışma görüşünde yaptığı gibi uyuşmazlığa ilişkin sarih ifadeler kullanmaktan kaçınması ve müphem gerekçelerle dolu bir karar almasıdır.⁷⁰ Böyle bir durumda bile, yukarıda değinildiği üzere, Filistin'in uluslararası hukuktaki statüsü, Divan'ın Filistin'i devlet olarak kabul etmesi hasebiyle kuvvet kazanmış olacaktır.

Yakın döneme kadar uluslararası yargı organları Filistin'in devlet olmadığı argümanını Filistin meselesine kapılarını kapatmasına veya etkisiz kalmasına gerekçe olarak gösterebilmiştir. UCM, 2009 yılında Filistin'in devlet olmamasını gerekçe gösterip başvurusunu geçersiz sayarken, Divan da 2004 tarihli danışma görüşünde Filistin için devlet demekten imtina edebilmiş ve İsrail'in ihlalleri konusunda pasif bir tavır takınabilmişti.⁷¹ Bugün, Divan'ın BM bünyesinde "üye olmayan gözlemci Devlet" statüsüne sahip olan Filistin için geçmişten daha iyisini yapıp yapamayacağı bahsi, Divan uyuşmazlığa ilişkin kesin karar veya hükmünü açıklayıncaya kadar müphem kalacaktır. Ancak, dava muhtemel sonuçları açısından tahlil edildiğinde, Filistin'in doğrudan kendisinin bir devlet olarak uluslararası yargı mercilerine müracaat ettiği gerçeği ışığında, Divan Filistin'in devlet olma statüsünü reddetmediği sürece, Filistin'in uluslararası hukuktaki statüsünün her hâlükârda daha da güçlenmesi mümkün görünmektedir.

⁷⁰ Denk, (2004), s. 152.

⁷¹ Denk, (2004), s.161.

Kaynakça

- Arcari Maurizio, "The Relocation of the US Embassy to Jerusalem and the Obligation of Non-Recognition in International Law", 2018, *Questions of International Law*, vol., 1-13.
- Arı Tayyar, "Filistin Sorunu", *Tarih Bilinci: Tarih ve Kültür Dergisi*, 2011, Özel Sayı, ss. 139-145, ISBN: 1309-4963.
- Bensouda Fatou, "Preliminary Examination of the Situation in Palestine", ICC-OTP-20150116-PR1083, 16 January 2015, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1083>.
- Denk Erdem, "Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 1, Sayı 3 (Güz 2004), s. 151-173.
- Denk Erdem, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi*, (Siyasal Kitapevi, Ankara, 2015).
- Elaraby Nabil, "Some Legal Implications of the 1947 Partition Resolution and the 1949 Armistice Agreements, Law and Contemporary Problems", *The Middle East Crisis: Test of International Law*, 1968, Vol. 33 (1), pp. 97-109.
- Farrell Stephen & Lubell Maayan, "U.S. Jerusalem embassy lies 'at the end of the world'", *REUTERS*, 14 May 2018, <https://www.reuters.com/article/us-israel-usa-embassy-land/u-s-jerusalem-embassy-lies-at-the-end-of-the-world-idUSKCN1IF1RE>.
- ICC Preliminary Examination, "Palestine", <https://www.icc-cpi.int/palestine>.
- International Court of Justice, *East Timor (Portugal v. Australia)*, 30 June 1995.
- International Court of Justice, *The Monetary Gold Removed From Rome (Italy V. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland And United States of America)*, 15th June 1954.
- Kearney Michael G., "Why Statehood Now: A Reflection on the ICC's Impact on Palestine's Engagement with International Law", in Chantal Meloni & Gianni Tognoni (ed), *Is There a Court for Gaza?: A Test Bench for International Justice* (Springer, The Netherlands, 2012).
- Khalidi Walid, "The Ownership of the U.S. Embassy Site in Jerusalem", (2000) *Journal of Palestine Studies (University of California Press on behalf of the Institute for Palestine Studies)*, pp.80-101.
- Landler Mark, *Trump Recognizes Jerusalem as Israel's Capital and Orders U.S. Embassy to Move*, *The New York Times*, 6 December 2017, <https://www.nytimes.com/2017/12/06/world/middleeast/trump-jerusalem-israel-capital.html>.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, "Advisory Opinion", ICJ, 9 July 2004.
- Mallison W. Thomas & Mallison Sally V., "An International Law Analysis of Major UN Resolutions Concerning the Question of Palestine", CEIRPP Study, (United Nations, New York, 1979).

- Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom), P.C.I.J., Series A, No. 2, 30 August 1924.
- Meloni Chantal & Tognoni Gianni (ed), *Is There a Court for Gaza?: A Test Bench for International Justice* (Springer, The Netherlands, 2012).
- Meloni Chantal, "The ICC Preliminary Examination of the Flotilla Situation: An Opportunity to Contextualise Gravity", *Questions of International Law*, 2016, Vol.33, pp.3-20.
- Milanovic Marko, "Palestine Sues the United States in the ICJ re Jerusalem Embassy", 30 September, 2018, EJIL Talk, <https://www.ejiltalk.org/palestine-sues-the-united-states-in-the-icj-re-jerusalem-embassy/> .
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, (1. Kitap, Ankara, 2016).
- Preliminary examination: Registered Vessels of Comoros, *Greece and Cambodia* <https://www.icc-cpi.int/comoros> .
- Reçber Kamuran, *Uluslararası Hukuk*, (Dora, Bursa, 2018).
- Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America), Order, 15 November 2018, General List, No. 176.
- Shesgreen Deirdre, "Bolton says U.S. will block legal challenge from 'so-called state of Palestine' over embassy move", *USA TODAY*, 3 October 2018, <https://www.usatoday.com/story/news/world/2018/10/03/bolton-blasts-legal-challenge-so-called-state-palestine/1513340002/>.
- The State of Palestine, "Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute", 15 May 2018, PAL-180515-Ref, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-05-22_ref-palestine.pdf .
- UN Doc S/2017/1060 (18 December 2017).
- UN Doc, "Depositary Notification", C.N.228.2018.TREATIES-III.5, 1 May 2018.
- UN Doc, "Depositary Notification", C.N.256.2014.TREATIES-III.3, 15 May 2014.
- UN Doc, "Depositary Notification", C.N.272.2018.TREATIES-III.5, 31 May 2018.
- UN Doc, "Depositary Notification", C.N.342.2014.TREATIES-III.3, 12 June 2014;
- UN Doc, "Depositary Notification", C.N.487.2018.TREATIES-III.5, 12 October 2018.
- UN General Assembly Resolution, "Constituting the UNSCOP", 15 May 1947, A/RES/106 (S-1).
- UN General Assembly Resolution, "Measures taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem", 4 July 1967, A/RES/2253(ES-V).
- UN General Assembly Resolution, "Measures taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem", 14 July 1967, A/RES/2254(ES-V).
- UN General Assembly Resolution, "Report of the Ad Hoc Committee on the Palestinian Question", 23 September 1947, A/RES/181(II).
- UN General Assembly Resolution, "Status of Jerusalem", Tenth Emergency Special Session", 22 December 2017, A/RES/ES-10/19.
- UN General Assembly Resolution, "Status of Palestine in the United Nations", 29 November 2012, A/RES/67/19.

- UN Security Council Resolution 9, "Admission of States Not Parties to the Statute of the Court", 15 October 1946, S/RES/9.
- UN Security Council Resolution 242, "Land for Peace", 22 November 1967, S/RES/242.
- UN Security Council Resolution 252, "Middle East", 21 May 1968, S/RES/252.
- UN Security Council Resolution 267, "Middle East", 3 July 1969, S/RES/267.
- UN Security Council Resolution 298, "Middle East", 25 September 1971, S/RES/298.
- UN Security Council Resolution 476, "Territories occupied by Israel", 30 June 1980, S/RES/476.
- UN Security Council Resolution 478, "Territories occupied by Israel", 20 August 1980, S/RES/478.
- UN Treaty Series, "Israel and Egypt", 24 February 1949, No:654.
- UN Treaty Series, "Israel and Jordan: General Armistice Agreement", 3 April, 1949, No: 656.
- UN Treaty Series, "Israel and Lebanon", 23 March 1949, No: 655.
- UN Treaty Series, "Israel and Syria", 20 July 1949, No: 657.
- UN Treaty Series, "Jordan and Israel: Treaty of Peace Between the State of Israel and the Hashemite Kingdom of Jordan", No. 35325, 26 October 1994.
- United States. Cong. Senate., "Jerusalem Embassy Act of 1995", 104th Cong., S.1322, Washington: GPO, 8 November 1995.

AİHM KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

THE FULFILMENT OF THE DECISIONS OF ECtHR

A. Fusun ARSAVA*

Özet: AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) AİHK'dan doğan mükellefiyetlerin üye devletlerden birisi tarafından yerine getirilmemesi halinde mükellefiyetin yerine getirilmediğini tespit eder. Bu tespitin gereğinin yerine getirilmesi üye devletlerin mükellefiyetidir. Mükellefiyetin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yeniden AİHM'ne başvuru imkânı bulunmaktadır. *AİHM'nin bununla beraber 2003'ten itibaren kararlarda ihlâl tespitinin ortadan kaldırılması bağlamında somut öneriler yaptığı görülmektedir. Bu tablo AİHM'nin tespit kararından eda kararına geçiş yaptığını ortaya koymaktadır.* Makalede AİHM'nin Konvansiyonda dayanağı olmayan eda kararları yerine yeniden tespit kararları ile ilgili Konvansiyon düzenlemesine dönmesi gerekliliğine ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: AİHK (Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu), Pilot Karar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Subsidiarite İlkesi, No Real Choice

Abstract: The ECtHR's task is to ensure that the member states respect the rights and guarantees set out in the ECHR. If a member state breaches one or more of these rights and guarantees, the Court delivers a judgment determining the violation. The Committee of Ministers of the Council of Europe has the possibility to bring a state which does not fulfil the obligations before the ECtHR again. The ECtHR, however, appears to have made concrete recommendations since 2003 beyond just to determine that a member State has breached rights and guarantees and obligates that state to act accordingly. This article discusses that ECtHR should act within the context of the Convention instead of giving decisions which are beyond determining the violations.

Keywords: ECtHR, pilot decision, Committee of Ministers of the Council of Europe, principle of subsidiarity, no real choice

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2275-7664, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.05.2020, Kabul Tarihi: 04.05.2020

GİRİŞ

AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), AİHK'na Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu) riayeti denetlemekle görevlidir. Konvansiyon'dan doğan mükellefiyetlerin Konvansiyon üyesi devletlerden birisi tarafından yerine getirilmemesi halinde AİHM kararında Konvansiyon mükellefiyetinin yerine getirilmediğini tespit eder. Konvansiyonun 1. maddesi Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisi altında bulunan herkese Konvansiyon'da yeralan hakları ve temel özgürlükleri garanti ederken ve Konvansiyon'un 19. maddesi AİHM'ne Konvansiyon mükellefiyetlerine riayeti denetleme mükellefiyeti veririrken, Konvansiyon'un 33. madde vd., 39, 41 ve 46.f bendi mahkemede esas alınacak prosedür ve kararların içeriği düzenlenmektedir. İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 41. madde, 1. fıkrası Konvansiyon taraflarını AİHM'nin kararlarına uymakla mükellef kılmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi AİHM kararlarının icrasını denetleme yetkisine sahiptir. İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 46. madde, 3-5. fıkraları kararların gerektiği gibi icra edilmemesi durumunda Bakanlar Komitesi'ne yeniden mahkemeye başvuru imkânı vermektedir. Mahkeme bunun üzerine şüphesiz sadece, yükümlülüğünü yerine getirmeyen Konvansiyon tarafı devlet üzerinde siyasi baskıyı arttıran bir tespit yapar. Sonuç olarak AİHM prensip olarak sadece tespit kararları almaya yetkilidir.¹ Konvansiyon'un sadece 41. maddesine göre hakları ihlâl olan tarafa adil bir tazminat verilmesini öngören karar verilmesi mümkündür. Eda kararı sadece muayyen bir durumla sınırlıdır.

I - Tespit Kararından Eda Kararına Geçiş

AİHM'nin bununla beraber 2003'ten itibaren sık bir şekilde kararlarında Konvansiyon'un ihlâli tespiti yanısıra, davaya taraf olan devlete bir süre vererek somut önlemler önerdiği yahut bağlayıcı önlemler öngördüğü görülmektedir. AİHM bu çerçevede daima kararlarının beyanî nitelikte olduğunu, teorik olarak yahut prensip olarak Konvansiyon ihlâllerini ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri belirlemenin kendi görevi olmadığını, bunun mahkûm olan devletin kendi takdir

¹ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5.Aufl., 2012 (basi), C.H.BECK, Helbing Lichtenbahn-Mainz, §16, Rdnr.3

alanında olduğunu vurgulamaktadır.² AİHM bununla beraber sık bir şekilde karara bağlanan davada istisnai olarak somut önlemler öngörmek durumunda olduğuna işaret ederek, mahkûm olan devletin öngörülen süre içinde yasama nitelikli yahut idari, mali önlemler almasını istemektedir. Bu şekilde tespit kararından eda kararına bir geçiş söz konusu olmaktadır³ AİHM bu çerçevede yargı sürecinin yeniden işletilmesini,⁴ kanunların değiştirilmesini, hukuki kurumların oluşmasını yahut tazminat ve ceza evlerindeki durumun değişmesini talep etmektedir.⁵ AİHM kararlarında oldukça özenli bir üslup kullanarak karar muhatabı devletin yapılan önerilere uyması sağlanmaktadır. Kararın lâfzı ve sonuçları itibariyle bir eda kararı olduğu hakkında herhangi bir tereddüt kalmamaktadır.

1 - Eda kararlarının problemleri

Konvansiyon devletlerinin Konvansiyonda sadece AİHM'nin tespit kararını kabul etmelerine karşın ulusal hukuk düzenlerine yapılan bu doğrudan müdahale ile ilgili gelişmeye izin vermeleri gerçekten şaşırtıcı görülmektedir. Eda kararı verilen davaların çoğunda kişilerin özgürlüklerinin polis yahut ceza mahkemeleri tarafından uzun süre sınırlandırılması yahut tersine bir dönüşüm mümkün olmadığı durumlarda olduğu gibi Konvansiyon'un ağır ve sürekli ihlâli söz konusudur. Bu gibi durumlarda Konvansiyon ihlâllerine duyulan rahatsızlık bununla beraber AİHM'nin yetkilerini genişletmesini mazur göstermektedir.

Konvansiyonun uluslararası hukuk anlaşması karakteri de bu tür eda kararlarına manidir. AİHM kararlarının Konvansiyon tarafı devletleri bağlaması Konvansiyon devletlerinin kabul ettiği bir mükellefiyettir. Ancak bu mükellefiyet onların egemenlik alanlarına ve ulusal hukuk düzenlerine müdahaleye izin verir şekilde yorumlan-

² AİHM, Aleksanyan/Rusya, karar 22.12.2008, Nr.46468; Driza/Arnavutluk, karar 13.11.2007, Nr.33771/02, Ziff.125

³ AİHM (4. Sektion), Manole ve diğerleri/Moldavya, karar 17.09.2009, Nr.13936/02, Ziff.117; Eltari/Arnavutluk, karar 08.03.2011, Nr.16530/06, Ziff.99; Slawomir Musial/Polen, karar 20.01.2009, Nr.28300/06, Ziff.107

⁴ AİHM (Birinci.Sektion), Stoichkov/Bulgaristan, karar 24.03.2005, Nr.9808/02, Ziff.81; Maksimov/Azerbeycan, karar 08.10.2009, Nr.32228/05, Ziff.46

⁵ AİHM (4.Sektion), Mutishev ve diğerleri/Bulgaristan, karar 28.02.2012, Nr.18967/03, Ziff.38; Dybeku/Arnavutluk, karar 18.12.2007, Nr.41153/06, Ziff.64

masını mümkün kılmamaktadır. Tespit kararı Konvansiyon tarafı devlete Konvansiyon'a riayetle ilgili sadece genel bir yükümlülük getirirken, eda kararları yasama, yargı ve yürütmeye muayyen bir tasarrufta bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Başka çözümler için tasarruf alanı bırakılmamaktadır. AİHM bu durumlarda ulusal tasarruflara karşı başvuru yapılan bir istinaf mahkemesi niteliği kazanmaktadır. Bu çerçevede Strazburg yargıçlarının demokratik meşruiyeti de önemli bir tartışma konusu oluşturmaktadır;⁶ aynı şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Konvansiyon'un 46. madde, 2-5. fıkralarına göre sahip olduğu kararların icrasını denetleme yetkisi önemini yitirmektedir.⁷ Söz konusu norm Bakanlar Komitesi'nin politik araçlarla mahkeme kararlarının icrasını takip etmesini öngörürken, eda kararları uygulaması ile AİHM bu görevi kendine mal etmiş ve Bakanlar Komitesi'ni sadece bir gözlemci statüsüne indirgemmiştir.

AİHM Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu muvacehesinde sahip olmadığı yetkiyi kendi ihdas ettiği usul tüzüğü'nün 61. maddesi üzerinden elde etmiştir. AİHM usul tüzüğü'nün 61. madde, 3. fıkrasında öngörülen "pilot karar prosedürü" ile karar muhatabı Konvansiyon devletinin karar ışığında ulusal seviyede alacağı önlemleri belirleme yetkisi kullanmaktadır. AİHM'nin kendi ihdas ettiği usul tüzüğü'nün Konvansiyon'da öngörülen yetkilerin ötesinde mahkemeye yetki tanınması mümkün değildir. Aynı sonuç AİHM genel kurulunun usul tüzüğü'nü ihdas yetkisi öngören Konvansiyon'un 25. madde, d-bendinden de istihraç edilmektedir. Usul tüzükleri sadece mevcut yetkileri detaylandırma ve uygulanabilir kılma işlevine sahiptir. AİHK'nun AİHM'ne sadece tespit yetkisi veren ve kararların icrasının denetimini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne veren 33. madde vd. yeralan maddelerden ve 46. madde vd. yer alan maddelerden de paralel sonuçlar çıkmaktadır.

⁶ krş.: Marten Breuer, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte), EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift), 2012, Heft 1-4, s.1

⁷ Marten Breuer, Zur Anordnung konkreter Abhilfemassnahmen durch den EGMR. Der Gerichtshof betritt neue Wege im Fall Assanidze gegen Georgien, EuGRZ 2004, Heft 9-12, s.257

2 - AİHM'nin Eda Kararı Verme Yetkisinin Yazısız Hukuktan İstihraç Edilmesi

Pozitif hukukta eda kararlarına ilişkin yetki normlarının mevcut olmaması nedeniyle AİHM'nin eda kararlarının sadece AİHK'da yeralan yazısız hukuki dayanaklardan istihraç edilmesi mümkündür. AİHM, öncelikle iki istisnai durum olarak "no real choice"⁸ ve Konvansiyon'a riayet konusunda sistemik yahut strüktürel problemlerin bulunması durumunda⁹ eda kararına hükmedebileceğini kabul etmektedir. AİHM söz konusu istisnai durumlarda verdiği eda kararlarını bir süre sonra olağan uygulamaya dönüştürmüş¹⁰ ve özel durum koşulu olmaksızın doğrudan AİHK'nun 41. ve 46. maddelerine istinaden bu yetkiyi kullanmaya başlamıştır.

a- "no real choice" durumları

Konvansiyon ihlâlinin ortadan kalması sadece zorunlu olarak belli şekilde davranılmasını gerektirdiği takdirde AİHM başka seçeneğin olmaması anlamında "no real choce" durumunu kabul etmektedir. Konvansiyon devletinin Konvansiyon ihlâlini ortadan kaldırma konusunda takdir hakkı bu çerçevede ortadan kalkmaktadır. AİHM bu durumlara ilişkin kararlarında Konvansiyon ihlâlini ortadan kaldıracabilecek yegâne olası tutumu mükellefiyet olarak öngörmektedir.¹¹ AİHM'nin bu çerçevede kararın hukuki sonuçlarını güçlendiren herkes tarafından kabul edilebilir bir üslup kullanması nedeniyle bu yöntemin hukuki sorun yaratmayacağı düşünülse de "no real choice" yöntemi görüldüğü kadar masum değildir. AİHM bu yöntemle Konvansiyon devletinin tespit edilen Konvansiyon

⁸ AİHM, Assanidze/Gürcistan, karar 08.04.2004, Nr.71503/01, Ziff.202 ("does not leave any real choice"); AİHM (4.Sektion), Slawomir Musial/Polen, karar 20.01.2009, Nr.28300/06, Ziff.107 ("dows not leave any real choice")

⁹ AİHM (5.Sektion), Baltiyskiy/Ukrayna, karar 03.11.2011, Nr.12793/03, Ziff.54 ("the structural nature of the problem"); AİHM (4.Sektion), Boguslaw Krawczak/Polonya, karar 31.05.2011, Nr.24205/06, Ziff.128 ("structural problem")

¹⁰ Marten Breuer, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen – Das erste "Piloturteil" des EGMR. Anmerkungen zum Fall Broniowski gegen Polen, EuGRZ 2004, Heft 16-18, s.445

¹¹ Örneğin hukuka aykırı tutuklamada Konvansiyona uygun durumun tesisi ancak hukuka aykırı tutuklanan kişinin serbest bırakılmasıyla mümkündür; bknz.: Assanidze/Gürcistan, karar 08.04.2004, Nr.71503/01, Ziff.203; Tehrani ve diğerleri/Türkiye, karar 13.04.2010, Nr.32940/08, 41626/08, 43616/08, Ziff.107

ihlâlini sadece belli bir eylemle ortadan kaldıracabileceğini nihai olarak karara bağlamaktadır. Konvansiyon ihlâlinin esasen sadece bir şekilde ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu bir davada hukuki ve pratik bir gerekliliği olmamasına karşın AİHM'nin hangi nedenle eda kararı alma gereksinimi duyduğunu açıklamak mümkün gözükmemektedir. Konvansiyon devletlerinin takdir hakkını ortadan kaldıran bu tür durumların AİHM'nin eda kararı vermesini mümkün kılan istisnai özel durumlar içinde kategorize edilmesi uygun görülmemektedir.

b- Kurumsal ve Sistemik Problem Durumları

AİHK'na riayet bakımından kurumsal ve sistemik problemlerin bulunması durumlarında AİHM'nin yine usul hukukuna istinat eden savunma yaklaşımı ile eda kararları aldığı görülmektedir.¹² Bu tür durumlar Konvansiyon devletlerinin AİHK'na uygun davranmasını sürekli engelleyen sistemik ve kurumsal eksiklikler göstermesi halinde ortaya çıkmaktadır.¹³ Bu durumlar pratik nedenlerle AİHM'nin ulusal yasama organından veya diğer ulusal mercilerden kimi önlemler alma talebi yapmasına vesile oluşturmaktadır. AİHM'nin amaca uygun yahut etik olarak meşru görülebilecek bu tutumunun AİHK'da dayanağı olan yetkilerinin genişletilmesine bir gerekçe oluşturması mümkün değildir.

AİHM sistemik ve kurumsal problemlerin bulunması durumunu aynı problemin çok sayıda kişi yahut aynı paralelde açılan davalarda kabul ettiği "pilot karar prosedürü" ile tamamlamıştır.¹⁴ AİHM bu tür davalarda Konvansiyon ihlâli tespiti yanısıra öngörülen süre içinde sorumlu ulusal mercilerden belli önlemler almasını talep etmektedir. Bu bir somut önlemin alınması mükellefiyeti olabileceği gibi¹⁵ hukuken bağlayıcı yönlendirmelerle belli istikametler yahut seçenekler çer-

¹² Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechts-konvention, 5.Aufl., 2012, C.H. BECK, Helbing Lichtenbahn-Mainz, §16, Rdnr.3

¹³ Örneğin ulusal ceza yargılamasının hukuki yahut fiili eksiklikleri yahut belli bir ulusal grubun ayrımcı muamele görmesi)

¹⁴ Broniowski/Polonya, karar 22.06.2004, Nr.31443/96, Ziff.189; Hutten-Czapska/Polonya, Nr.35014/97, Ziff.190

¹⁵ AİHM (4.Sektion), Delvina/Arnavutluk, karar 08.03.2011, Nr.49106/06, Ziff.87; AİHM (4.Sektion), Gatt/Malta, karar 27.07.2010, Nr.28221/08, Ziff.59

çevesinde gelecekte Konvansiyona riayeti temine matuf tasarruflarda bulunma mükellefiyeti olarak öngörülebilir.¹⁶

AİHM sıklıkla dava tarafı Konvansiyon devletini bu tür Konvansiyon ihlallerini ulusal mahkemede derdest davalar bakımından da ortadan kaldırmakla yükümlü kılmaktadır. AİHM bu gibi durumlarda sadece tespit kararından eda kararına geçişle ilgili olarak değil, somut davanın ötesinde henüz delilleri değerlendirmedeği ve hukuki değerlendirme yapmadığı davalar için yetki kullanarak yetkilerini genişletmektedir.

II - Yetki genişletilmesine ilişkin farklı görüşler

AİHM'nin yetkilerinin büyük ölçüde genişletilmesinin ve bu yetkilerin usul yönetmeliğinin 61. maddesine istinat ettirilmesinin AİHK'da bir hukuki dayanağının bulunmaması AİHM bakımından hukuki sorunlar yaratmaktadır. Başlangıçtaki zımni yetki genişletilmesi daha sonra mahkemenin iş yükünün zorunlu olarak davaya taraf olmayan üçüncü kişiler bakımından da etki doğuran pilot karar prosedürünün uygulanmasına yol açtığı gerekçesine istinat ettirilmiştir.¹⁷ Bu gerekçe daha sonra AİHM nezdinde görülen derdest davaların süresiz talik edilmesine,¹⁸ yapılan bireysel başvuruların davalı Konvansiyon devletinin pilot davada öngörülen esaslar ışığında ulusal alanda uyumsuzluğu çözmesi gerektiğine istinaden baştan reddedilmesine yol açmıştır.

AİHM yetkilerini nezdinde açılan dava sayısını gerekçe göstererek arttırırken¹⁹ Konvansiyon devletlerinden davaların makul sürede karara bağlanmasını talep etmesi çelişkili bir durumdur.²⁰ Mahkemelerin usul hukuku yetersizliklerini yetkilerini genişleterek değil, iç ilişkilerde çözmesi gerekmektedir. AİHM'nin kendisi de durumun farkında olması nedeniyle, pilot karar gerekçesini birçok kez değiştirmiştir.

¹⁶ AİHM (2.Sektion), Gülmez/Türkiye, karar 20.05.2008, Nr.16330/02, Ziff.63; AİHM (1.Sektion), Abbosov/Azerbeycan, karar 17.01.2008, Nr.24271/05, Ziff.37,41 vd.)

¹⁷ Marten Breuer, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, EuGRZ, 2012, Heft 1-4, s.5

¹⁸ AİHM (3.Sektion), Lukenda/Slowenien, karar 06.10.2005, Nr.23032/02, Ziff.98

¹⁹ AİHM'de derdest başvuru sayısı 30.06.2012 itibarıyla 144.000 olarak görülmektedir; bkz.: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5E03F01F-E899-4C56-A6E0-9ED85F8FAB10/0/CMS_300\(2012_EN\).pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5E03F01F-E899-4C56-A6E0-9ED85F8FAB10/0/CMS_300(2012_EN).pdf)

²⁰ AİHM (3.Sektion), Lukenda/Slovenya, karar 0.6.10.2005, Nr.23032/02, Ziff.91)

Mahkeme öncelikle çok sayıda kişinin aynı Konvansiyon ihlâlinden etkilendiği ve onlara hızlı şekilde etkin çözüm bulunması gerekçesinden yola çıkmıştır.²¹ Diğer mahkemeler tarafından da takip edilen bir yol olarak usul hukuku ışığında benzer gerekçe ile açılan davaların ancak kendi özelliği olan hususların dikkate alınması kaydı ile önceden verilen karara atıf yapılması suretiyle hızlıca karara bağlanması mümkündür.

AİHM'nin yetkilerini genişletmesine esas aldığı bir başka gerekçe ise subsidiarite (yetki ikâmesi) prensibine istinat etmektedir.²² Bu hukuki müesseseye istinaden mahkeme Konvansiyon ihlâli çerçevesinde ulusal seviyede alınacak önlemlerin önüne geçmek istememekle beraber kendi nezdinde yapılan başvurularda prensip olarak pilot karar prosedürüne göre karar vermektedir. Mahkeme bu tutumu ile subsidiarite prensibinin maddi hukuk içeriğini tahrif etmektedir. Subsidiarite prensibi bireysel başvuru davalarının koşulu olarak iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmektedir. Subsidiarite prensibi ileride yapılacak bireysel başvuruları peşinen reddetme yetkisi vermemektedir. Mahkemenin subsidiarite prensibine istinaden pilot dava kararı sonrası benzer Konvansiyon ihlâli nedeniyle yapılan başvuruları reddetmesi subsidiarite prensibinin işlevine uymamaktadır.²³

AİHM aradan geçen zaman içinde pilot dava kararlarını AİHK'nun etkin fonksiyonunu temin etme gerekçesi ile açıklamaktadır.²⁴ Davaları münferit karara bağlamak yerine benzer davalarda pilot dava kararlarının belirsiz, kapsamlı etkisini kabul etmenin AİHK'nun garanti etmek istediği temel hak ve özgürlükleri koruma yaklaşımına uygun olduğunun iddia edilmesi mümkün değildir.

AİHM'nin pilot dava kararlarına ilişkin gerekçesini birçok kez değiştirmesi ve bu gerekçelerin bazen birarada kullanılması, AİHM'nin yetkilerini genişletmesi konusunu çıkmaza sokmuştur. Kurumsal ve

²¹ AİHM (1.Sektion), Ananyev ve diğerleri /Rusya, karar 10.01.2012, Nr.42525/07 ve 60800/08, Ziff.190

²² AİHM (1.Sektion), Burdov/Rusya (Nr.2), karar 15.01.2009, Nr.33509/04, Ziff.127; AİHM (4.Sektion), Driza/Arnavutluk, karar 13.11.2007, Nr.33771/02, Ziff.123

²³ Marte Breuer, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, EuGRZ, 2012, Heft 1-4, s.7 vd.

²⁴ AİHM (1.Sektion), Ananyev ve diğerleri/Rusya, karar 10.01.2012, Nr.42525/07 ve 60800/08, Ziff.182

sistemik problemlerin bu problemlerin çok sayıda kişiye ilişkin sonuçları olması nedeniyle ve AİHK'nun geçerliliğini engellemesi nedeniyle hızlı ve etkin olarak çözülmesi gerekliliği inkâr edilemez. Diğer taraftan genel problemlere ilişkin normatif çözümlerin demokratik meşruiyeti olan ulusal yasama organları tarafından gerçekleştirilebileceğinin ve AİHM'nin bu çerçevede AİHK muvacehesinde somut durum için sadece motivasyon yapabileceğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. AİHM'nin eş zamanlı olarak çok sayıda başvuruyu aynı gerekçe ile karara bağlaması ve sistemik problemlere dikkat çekmesi somut başvuruları karara bağlama misyonuna uygun düşmemektedir. Konvansiyon hukuku tarafından kararların kural olarak tespit niteliğine sahip olduğunun kabul edilmesi, AİHM tarafından aradan geçen zaman içinde olağan bir müessese olarak uygulanan ve usul yönetmeliğinin 61. maddesinde genel usul müessesesi olarak şekillendirilen pilot dava yönteminin istisnai bir müessese olarak kategorize edilmesi gerektiğine karine teşkil etmektedir.

III - Eda kararlarının kural duruma dönüşmesi

Pilot dava kararları ve “no real choice” durumları açık olarak belirlenen konular ve bireysel başvurular için söz konusudur. AİHM tarafından “istisnai durum” çerçevesinde mütalâa edilen diğer bireysel başvurularda mahkeme eda kararlarına özel durumları değil, AİHK'nun 1 ve 19. maddesinde yer alan Konvansiyona riayet konusunda öngörülen genel yükümlülüğe ve Konvansiyonun 41 ve 42.maddelerine istinat etmektedir.²⁵ Eda kararlarının verildiği diğer davalarda hernekadar özel durum gerekçe olarak kullanılmasa da mahkemenin kararların kapsamlı etkisine istinat ettiği görülmektedir. AİHM'nin AİHK'na riayet yükümlülüğü konusunda herhangi bir tereddüt bulunmaması nedeni ile Konvansiyonda yetkileri bireysel başvuruları kabul etme ve bu çerçevede tespit kararı almakla sınırlı olarak tarif edilen AİHM'nin yetkilerini usul hukuku üzerinden genişletmesi mümkün değildir. Buna ilave olarak somut durum bağlamında Konvansiyon devletleri bakımından Konvansiyona riayet mükellefiyeti

²⁵ Broniowski/Polen, karar 22.06.2004, Nr.31443/96, Ziff.189; Gatt/Malta, karar 27.07.2010, Nr.28221/08; Görgülü/Almanya, karar 26.02.2004, Nr.74969/01, Ziff.64

doğmaktadır. Mükellefiyetin ihlâli bireysel başvuruya yol açmaktadır. Ancak bu durumdan AİHM'nin eda yükümlülüğünü karara bağlama yahut ulusal yasama organına sistemik ve kurumsal problemleri gidermek üzere hukuk düzenini şekillendirecek bağlayıcı talimatlar verme yetkisinin istihraç edilmesi mümkün değildir.

Konvansiyon'un icrası bağlamında doğan etkinlik yahut hızla ilgili sorunların AİHM'nin genel esaslarla ilgili usul hukuku normlarının yorumu üzerinden çözümü mümkündür. Ancak bu genel esaslar AİHM'nin yetkilerinin genişletilmesine gerekçe oluşturamaz. "Implied Powers" teorisi de bu çerçevede dayanak oluşturmamaktadır. Klasik bir kurumsal eksiklik nedeniyle doğan Konvansiyon ihlâlinin bir yetki genişlemesine yol açma konusunun Avrupa Konseyi tarafından gündeme getirilme ihtimali söz konusu olsa da, onun bir organı olan AİHM için bu yetkinin kullanılması Konvansiyon'a uygun değildir.²⁶

AİHM genişlettiği yetkisini AİHK'nun 41. maddesine de istinat ettirmektedir. Konvansiyon ihlâllerinin sadece ulusal düzenlemelerin veya devlet tasarruflarının değiştirilmesi ile giderilebileceği (resitution in inegrum nitelikli norm) kabul edildiği takdirde bu hüküm eda kararlarının hukuki dayanağını oluşturabilir.²⁷ Bu yaklaşımın status quo'nun yeniden tesisi ile zararın tazmin edilmesi bakımından savunulması mümkün olsa da AİHK'nun 41. maddesi muvacehesinde kabul edilmesi mümkün değildir. 41. maddenin lâfzı AİHM'ne status quo'nun yeniden tesisi için talimat verme yetkisi öngörmektedir. 41. madde Konvansiyon'un ihlâli sonucu olarak eski hale iadenin ulusal hukukta tam olarak sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda hakları ihlâl olan tarafa adil bir tazminat verilmesini öngörmektedir. 41. madde zararın tazmin edilmesinden farklı olarak konuyu status quo'nun tesis edilememesinin makul malî telafisi olarak düzenlemiştir. Konvansiyon'un 41. maddesi AİHM'nin eda kararlarını Konvansiyon'a uygun durumun yeniden tesisi edilmesi

²⁶ Solveig Haß, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Charakter, Bindungswirkung und Durchsetzung, 2006, Peter Lang GmbH, Berlin, s.201

²⁷ AİHM, Papamichalos/Yunanistan, karar 31.10.1995, Nr.14556/89, Ziff.34; AİHM (3.Sektion), Qufaj Co.SH.P.K./Arnavutluk, karar 18.11.2004, Nr.54268/00, Ziff.55

bağlamında değil, malî zararı giderme yükümlülüğünün gerekçesi olarak ele almıştır. AİHK'nun 46. madde, 1. fıkrası ve 2. fıkrası da eda kararlarına dayanak olma durumunda değildir. Konvansiyon devletleri AİHM kararlarının gereğini yerine getirme taahhüdü yapmıştır. Konvansiyon bu bağlamda AİHM'ne eda kararı verme yetkisi tanımamıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi verilen tespit kararlarının icrasını Avrupa Konseyi'nin siyasi organı olarak denetleme yetkisine sahiptir.²⁸

SONUÇ

AİHM'nin eda kararları yöntemi ile kararlarına kapsamlı etkiler tanınması, ulusal yasama organlarına talimatlar vererek yetkilerini genişletmesi, bireysel başvuru yapanların hukuki sorunlarının hızlı, öngörülebilir çözümünü sağlayan bir formül olarak hukuk siyasetinde ve hukuk pratiğinde anlayışla karşılanırsa da dogmatik olarak AİHK'da hukuki bir dayanağa sahip değildir. Yetkileri AİHK'na istinat eden AİHM hukuk pratiği mülâhazaları ile usul yönetmeliğinin 61. maddesine istinaden kendini eda kararları için yetkili kılarak, yetkilerinin hukuki dayanağını genişletemez. AİHM'nin yeniden tespit kararları ile ilgili Konvansiyon düzenlemesine dönmesi gerekmektedir. Genel ve sistemik problemler nedeniyle yapılan bireysel başvurularda verilen tespit kararları takip eden benzer bireysel başvuru davalarının hızlı şekilde sonuçlanmasına imkân hazırlar. Bu tür bir prosedür AİHM'nin her bir başvurunun ayrı bir prosedürün çerçevesinde ele alınmasını, somut durumun özellikleri muvacehesinde davanın münferiden karara bağlanmasını öngören standart içtihatına daha uygun düşeceği kuşkusuzdur.

Kaynakça

Makaleler

Breuer Marten, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen -Das erste Piloturteil des EGMR. Anmerkungen zum Fall Broniowski gegen Polen, EuGRZ 2004, Heft 16-18, s.445

²⁸ Marten Breuer, Zur Anordnung konkreter Abhilfemassnahmen durch den EGMR. Der Gerichtshof betritt neue Wege im Fall Assanidze gegen Georgien, EuGRZ 2004, Heft 9-12, s.257

Breuer Marten, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, EuGRZ, 2012, Heft 1-4, s.1

Breuer Marten, Zur Anordnung konkreter Abhilfemaßnahmen durch den EGMR. Der Gerichtshof betritt neue Wege im Fall Assanidze gegen Georgien“, EuGRZ 2004, Heft 9-12, s.257

Kitaplar

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 5.Aufl., 2012, C.H.BECK, Helbing Lichtenbahn-Mainz, §16, Rdnr.3).

Haß Solveig, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschen-rechte: Charakter, Bindungswirkung und Durchsetzung, 2006, Peter Lang GmbH, Berlin, s.201