

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

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

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Mehmet Türker Karapınar

Türkiye Barolar Birliği Dergisi Haber Müdürü

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu

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 Özekes

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 Özak 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 : 16. 09. 2021

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmaları düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

- 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

- Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

- İlk maddedeki kural "**çeviriler**" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
- Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
- Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

- Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının ön düzeltmeden sonra kabul edildiği ve hangi sayının yayın listesine alındığının yazara bildirildiği tarihi ifade eder.

Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmmez.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yazin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgöl olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece baş harfleri büyük ve soyadı ve adın sonunda sadece virgöl olmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metni, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme, mahkeme vs. isimlere ek getirilirken diğer özel isimlerde olduğu gibi kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin, İzmir 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,

5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, HUMK'un
6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/Erdem/Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgular sunularında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalandığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 1 Uğur KOÇ**
ABD ve Türkiye'de Başkanlık Sisteminde Devlet Başkanının Düzenleme Yetkisi /
Regulatory Authority of Head of State In The Presidential System in the United
States and Turkey
- 33 Ercan YAŞAR**
Ceza Hukukunun İktidarı Sınırlama Fonksiyonu Üzerine Bir Değerlendirme / An
Assessment on the Power-Limiting Function of Criminal Law
- 63 Uğur ORHAN**
Cezaları Ağırlandırmak Caydırıcılığı Artırır mı? / Does Aggravating Penalties
Increase Deterrence?
- 87 Mahmut Fevzi ÖZLÜER**
Ekolojik Krizin Yeniden Üretiminde Hukuk / Law in Reproduction of the Ecological
Crisis
- 139 Etem Sabâ ÖZMEN / Ahmet AYAR**
Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Eski Arsa Payından Paylı Mülkiyete ve Yeni Arsa
Payına Uzanan Süreçte Yanılgılar / Misconceptions in the Process Extending from
Old Land Share to Shared Property and New Land Share in Urban Transformation
Applications
- 165 Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ**
Temsil Yetkisinin Geri Alınması / Withdrawal of Representative Power
- 217 Gönül BÜYÜKNACAR**
Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı / Right of Charge
Regarding Thea Brokerage Contract in the Light of Judicial Decisions
- 271 Nurcan ARSLAN**
İnşaat Sözleşmesinde Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanı / Performance Time of
the Payment Debt in Construction Contracts

301 Mustafa ÖKSÜZ

Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları / Consequences of Trademark Infringement

341 Duygu HATİPOĞLU AYDIN

Sosyal Dışlanma, Sosyal İçerme ve Vatandaşlığın Dönüşümü / Social Exclusion, Social Inclusion and the Transformation of Citizenship

375 Emre ŞİMŞEK

Sosyo-Hukuki Perspektiften Hukuk Devleti Krizi Karşısında Kaygılı Hukuk Öznesi / Concerned Legal Subject in the Face of the Rule of Law Crisis From a Socio-Legal Perspective

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Eylül ayının başında 2021-2022 Adli Yılı açılışı gerçekleştirildi.

Bu törende yaptığım konuşmada, mesleğimizi ve meslektaşlarımızı çok yakından ilgilendiren çözüm için bekletilen sorunları bir kez daha kamuoyu gündemine taşıdım.

Bu çerçevede bazı örnekleri satır başlarıyla ifade etmek gerekir ise:

Çok uzun süre yeni hukuk fakültesi açılmamalıdır. Eğitim öğretim kadroları mevcutlar açısından dahi yeterli değildir. Yarı hekim candan yarı hukukçu adaletten eder. Uygulama yanlışlarının önemli bir kısmının sebebi, eğitim öğretim eksikliği ve tecrübe yoksunluğudur.

Hukuk mesleklerine giriş sınavı tarihi bir adımdır. Başarı eşiğinin getirilmesi eşit derecede değerlidir. 100.000'e yükseltilmesi önemlidir. Önümüzdeki sene, 80.000 olarak güncellenmesini öneriyoruz. Bu eşiği geemeyenlerin, kuralı dolanmak maksadıyla başka fakültelere girdikten sonra hukuk fakültesine geçişlerine izin verilmemelidir.

Barolar tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca görevlendirilen müdafiler ve vekiller için geçerli ücret tarifesi çok düşüktür. Örneğin asliye ceza mahkemesinde takip edilen işler için öngörülen ücret KDV dahil sadece 856 TL'dir. İlk derece, istinaf ve varsa temyiz aşamalarıyla birlikte, çok sayıda duruşma yapılacak ve ortalama üç yıl sürecek bir dava için hak görülen bu ücretin ne kadar düşük olduğu tartışma götürmez bir gerçektir. Meslektaşlarımızın yarısından fazlasının meslek kıdemi beş yılın altındadır. En az altmış bin avukatın geçimi, baro tarafından yapılan CMK ve adli yardım görevlendirmelelerine bağlıdır. Üzülererek ifade etmek gerekir ise, on binlerce meslektaşımız serbest çalışmaları sonucunda yıllık ortalamada asgari ücret dahi kazanamamaktadır.

İnsan Hakları Eylem Planı'nda bu görevlendirmeler için ödenen ücretlerin arttırılacağı ve vergilerin düşürüleceği hususu yer almaktadır. Meslektaşlarımız, bu taahhüdün yeni dönemde yerine getirilmesini haklı bir heyecanla beklemektedir. Hızla atılabilecek ilk adım, Katma Değer Vergisi Kanunu madde 28 uyarınca Cumhurbaşkanı kararıyla vergiyi düşürmek olacaktır. 2022 için ise CMK tarifesinin avukatlık hizmetinin önemi ve vazgeçilmezliği dikkate alınarak belirlenmesini, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin ise son iki yılda olduğu gibi enflasyona karşı meslektaşlarımızı korumasını diliyoruz.

Serbest avukatların emekli maaşı 2000 Türk lirası civarındadır. Bu maaşla hiçbir avukatın emekliliği tercih etmesi mümkün değildir. Emekli maaşlarının arttırılması zorunludur. Bunun için çeşitli kaynaklar yaratılması mümkündür.

Koruyucu avukatlık hizmetlerinin kapsamı genişletilmelidir. Bu kapsamda, tapu dairelerinde gayrimenkullere ilişkin tüm sözleşmeler tarafların avukatlarının da zorunlu katılımıyla yapılmalıdır.

İş uyuşmazlıklarında arabuluculukta, sosyal devlet ilkesinin de gereği olarak, işçinin avukat tarafından temsili zorunlu hale getirilmelidir. Bunun için farklı fonlardan destek alınması mümkündür.

Yargıtay ceza dairelerinde yapılan mürafaalı, yani duruşmalı incelemelerin belli ağırlıkta cezalarda talep üzerine eskisi gibi zorunlu hale getirilmesi gereklidir. Mürafaayı takdire bırakan düzenleme yerinde olmamıştır. Bazı daireler hiç mürafaa yapmamakta, dinlenme hakkı ihlal edilmektedir.

Takdir edersiniz ki Yargıtay, önüne gelmeyen ve gelme ihtimali bulunmayan uyuşmazlıklarla ilgili bir içtihat yaratamaz. İstinafta kesinleşen hükümler, yeni katalog sayımları yapmak yoluyla değil, genel bir düzenlemeyle azaltılmalıdır. Temyiz denetiminin kapsamı genişletilmelidir. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olma özelliği güçlendirilmelidir.

Haciz mahallerinde avukatlara yönelik saldırılarda maalesef çok sayıda meslektaşımız hayatını kaybetti ve yaralandı. Oysa haciz, avukatın hakkını savunduğu bireyin menfaatini korumak için hazır bulunduğu bir işlemdir. Yargı ne kadar doğru bir karar verirse versin, bu karar icra edilemez ise bir etkisi ve anlamı olmaz. Haciz mahallindeki

şiddet, sadece avukata ve orada bulunan diğer insanlara değil aynı zamanda Devletin cebri icra tekeline yönelmiş bir zorbalıktır. Eline silah alıp avukata doğrudan saldırgan, bu hareketiyle Devletin egemenliğine de başkaldırmaktadır. Bu nedenlerle fiili haciz işlemlerinde orada bulunanların can güvenliğinin etkin şekilde korunması için kolluk görevlilerinin hazır bulunması zorunluluğu kanunla düzenlenmelidir. Kanun değişikliği önerimizi hazırladık. Yetkili makamlara sunduk. Üzerinde ortak bir çalışmayı da gerçekleştirdik. Yeni yasama döneminde kanunlaşmasını diliyoruz.

İcra iş ve işlemlerindeki sorunların çözülmesi, icranın etkinliğinin arttırılması gerekiyor. Büyük gibi görünen sorunların çözümü bazen inanılmayacak kadar basit olabiliyor. Doğru teşhis, doğru tedavinin ön şartı. Yargı reformu sürecinde kendimize görev çıkarttık. İcra iş ve işlemlerine ilişkin hangi sorunların yaşandığını ve çözümlerin neler olabileceğini işin içindekilere, yani avukat meslektaşlarımıza sorduk. Bize gelen 7187 yorumu tasnifledik, rapor haline dönüştürdük. Yeni dönemde Adalet Bakanlığımızla bu rapor üzerinde çalışmak istiyoruz. Ardından çözümler için ilgili makamlara başvuracağız.

Yeni adli yılın meslektaşlarımız ve tüm vatandaşlarımız için adalette dolu, huzurlu bir yıl olmasını diliyorum.

Meslektaşlarımızın sorunlarını çözmek için biz var gücümüzle çalışmaya devam edeceğiz.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ABD VE TÜRKİYE'DE BAŞKANLIK SİSTEMİNDE DEVLET BAŞKANININ DÜZENLEME YETKİSİ

REGULATORY AUTHORITY OF HEAD OF STATE IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM IN THE UNITED STATES AND TURKEY

Uğur KOÇ*

Özet: Normlar hiyerarşisinde en üst konumda olan ve son zamanlarda gündemde oldukça fazla yer alan Anayasa, diğer mevzuat için de esas teşkil eden bir düzenlemedir. Ülkemizde 2017 yılında yapılan referandum ile yönetim sisteminde köklü değişikliklere gidilmiş, Başkanlık sisteminin temelleri atılmıştır. Bu değişikliklere ilişkin eleştiriler ve tartışmalar devam ederken hükümet yeni Anayasa'nın sinyali de vermiştir. Yapılan değişikliklerle oldukça önemli bir konuma gelen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yeni Anayasa ile etkinliğini artıracığı beklenmektedir. Nitekim Başkanlık sisteminin uygulandığı ABD'de yürütme emirleri altında birçok düzenleme yayınlanmakta adeta sistemin artan ihtiyacı, vazgeçilmez olarak görülmektedir. Bu çalışmada hükümet sistemimizde Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yapma yetkisi ve Anayasa'mızda yer alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuki rejimi ele alınmış, ABD'de Başkan'ın yürütme emirleri ile karşılaştırması yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek alanlar Anayasa Mahkemesi'nin de 2020 yılında vermiş olduğu karar çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık sistemi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yürütme Emri, Normlar Hiyerarşisi

Abstract: The Constitution, which is at the top of the hierarchy of norms and has recently been on the agenda, is an essential regulation for other legislation. With the referendum held in 2017 in our country, radical changes were made in the management system and the foundations of the Presidential system were laid. While the criticism and debates about these changes continue, the government also signaled the new Constitution. It is expected that the Presidential Decree, which has gained a very important position with the changes made, will increase its effectiveness with the new Constitution. As a matter of fact, many regulations are published under executive orders in the USA, where the presidential system is applied, and the increasing need of the system is seen indispensable. In this study, the authority of the President to make regulations in our gov-

* Dr., İş Müfettişi, Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ugurkoc@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-1809-9005, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.02.2021, Kabul Tarihi: 15.02.2021

ernment system and the legal regime of the Presidential Decree in our Constitution are discussed and compared with the executive orders of the President in the USA. The areas that can be regulated by the Presidential Decree have been evaluated within the framework of the decision of the Constitutional Court in 2020.

Keywords: Presidential system, Presidential Decree, Executive Order, Hierarchy of Norms

Giriş

16 Nisan 2017'de gerçekleşen ve Anayasanın 18 maddesi üzerinde değişikliklerin oylandığı 2017 Anayasa değişikliği referandumu %51,41 "Evet" oyu ile sonuçlanmış, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Milletvekili sayısının artması, Hâkimler ve Savılar Yüksek Kurulunun yapısının değişikliği ve Başbakanlık makamının kaldırılması gibi önemli değişiklikler içeren bu referandum Türkiye'nin yönetim biçimini değiştirmek adına önemli bir yapı taşı olmuştur.

Genel gerekçesinde¹ belirtildiği üzere sert kuvvetler ayrılığını temel alan yeni Anayasada özellikle 87, 104 ve 105'inci maddelerde yapılan değişikliklerle, Başkanlık sisteminin asli unsurlarından olan yasama ve yürütme organlarının organik ve işlevsel anlamında birbirinden ayrılması, Bakanlar Kurulunun yürütme yetkisinin alınarak sadece Cumhurbaşkanına verilmesi, yürütmenin başı olarak yürütme yetkisine dair kararname çıkarma yetkisinin Cumhurbaşkanına verilmesi gibi hükümler yer almaktadır.

Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104'üncü maddedeki değişiklik kamuoyunun en çok tartıştığı maddelerden biri olmuştur. Bu maddedeki iki husus hukukçuların da çalışmaları için oldukça verimli ve tartışmalıdır. Bunlardan biri Cumhurbaşkanının üst düzey kamu yöneticilerini tek başına atayabilmesi ve görevlerine son verebilmesi diğeri de kamu hukuku alanında radikal bir dönüşüm yaratan ve hükümet sisteminde oldukça önemli bir husus olan Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi vermesidir.²

Çağdaş hükümet sistemlerinin gün geçtikçe daha çok tartışıldığı hukuk derslerine ve birçok makaleye konu olan unsurlarının değişip

¹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf> [Erişim Tarihi: 07.02.2021]

² Vahap Coşkun, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.36, 2017, s. 19.

farklı sistemlere entegre edildiği bir ortamda ülkemizde yapılan bu değişikliğin nelere sebep olacağı ve ülkenin gidişatını ne yönde etkileyeceğini tabii ki zaman gösterecektir lakin sadece sistem üzerinden bir eleştiri yaparak diğer etkenleri göz ardı etmek araştırmacıları doğru yöne sevk etmeyeceği gibi yanlış tahlillerin yapılmasına da sebebiyet verebilecektir.

Bu çalışmada Türkiye’de uygulanan Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) sisteminde Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisi ele alınacak ve ABD’deki Başkanlık sistemindeki Başkan’ın düzenleme yetkisi ile benzerlikleri ve farklılıkları ele alınacaktır. ABD’deki Başkanlık sisteminin tam anlamıyla ve asli unsurlarıyla kusursuz bir Başkanlık sistemi olduğunu söylemek tabii ki imkansızdır fakat böylece Türkiye’de uygulanan Başkanlık sisteminin hangi yönlerden geliştirilmesi gerektiği veya etkinliğinin artırılması gerektiğine ilişkin birtakım olgular elde edilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda çalışmanın birinci bölümünde genel olarak Cumhurbaşkanlığının düzenleme yetkisi Anayasa üzerinden ele alınacak yine Cumhurbaşkanının veto yetkisi, bütçe kanununa ilişkin görevleri, meclisi toplantıya çağırma yetkisi gibi konular üzerinde durulacaktır.

Cumhurbaşkanı kararnamesinin konu unsuru olarak ele alınması oldukça elzem bir konudur. Söz konusu kararnamelerin hangi alanda özerklik niteliği taşıdığı, düzenlemenin kapsamı temel hak ve özgürlükler düzleminde ikinci bölümde ele alınacaktır. Ayrıca ABD’deki Yürütme emirlerinin özerkliği hususu da bu kapsamda değerlendirilecektir. Özellikle hem ABD’deki Başkanının yürütme emirlerinin hem de Türkiye’deki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliği birbiriyle karşılaştırmalı şekilde değerlendirilecektir. Cumhurbaşkanlığı düzenleme yetkisinin, geçmişte ülkemizde uygulanan KHK ile de kıyaslanması yapılacaktır.

Son olarak ABD Başkanının yürütme emirlerinin ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin esas, şekil ve yetki yönünden yargısal denetimlerinin ne şekilde gerçekleştirileceğine, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin ve Anayasa mahkemesinin genel yaklaşımının nasıl olduğuna ilişkin bilgiler de üçüncü bölümde verilecektir. Sonuç bölümünde ise tüm bu hususların değerlendirmesi yapılarak konuya ilişkin yazarın önerileri belirtilecektir.

1. Genel Olarak Cumhurbaşkanının Düzenleme Yapma Yetkisi

a. Cumhurbaşkanının Yasama Üzerinde Etkisi

Dünya üzerinde uygulanan Başkanlık sistemlerinin tümünde Başkanların yasama ve yürütme üzerindeki etkinlikleri farklıdır. Saf Başkanlık sistemi olarak nitelendirilen sistemin en önemli özelliklerinden birisi yasama ve yürütme faaliyetlerinin hem kuruluş hem de işleyiş bakımından birbirlerine müdahale yetkisinin tanınmamış olmasıdır. Fakat her iki erkin de birbirine müdahale etmediği birbirleri üzerinde etkide bulunmadığı saf bir başkanlık sistemi dünyanın hiçbir ülkesinde uygulanmamaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerine inşa edilmiş olsalar da erklerin birbirlerinin alanlarına müdahale ettiği zamanlarda fren ve denge mekanizmalarının devreye girmesi bu organların iş birliği içinde çalışması için çok önemlidir.³

Cumhurbaşkanının da yürütmenin başı olması ile birlikte yasama organına bazı müdahalelerde bulunması olasıdır. Anayasa'da kanun yapma yetkisi TBMM'ye verilmiştir. TBMM'ye kanun önerisinde bulunma yetkisi sadece milletvekillerine aittir. Türkiye'de partilerin disiplininin katı olması sebebiyle Cumhurbaşkanının parti başkanı olarak partiye üye olan milletvekilleri aracılığıyla TBMM'ye kanun önerisinde bulunma imkânı mevcut koşullar içerisinde olasıdır. Zira partisine üye olan milletvekillerini doğrudan yönlendirme yaparak, sevk ve idare ederek, yapacağı konuşmalarla meclise mesaj vererek veya kamuoyuna yapacağı halka sesleniş programları gibi yollarla Cumhurbaşkanı bu süreci işletebilir.⁴ Milletvekillerinin parti liderleri tarafından büyük ölçüde kontrol edilmesine neden olan bu sistemin, milletvekillerine partilerinden bağımsız yasama faaliyetinde bulunmamasına yönelik eleştiriler de doktrinde mevcuttur.⁵

Diğer bir konu Cumhurbaşkanının TBMM tarafından çıkarılan kanunlardan yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı

³ Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2018, s. 28.

⁴ Adnan Küçük, *Türkiye'de Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara, Şubat 2020, s. 192.

⁵ Eda Bektaş, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", *Yasama Dergisi*, Sayı 39, Ocak-Haziran 2019, s.211.

kanunları Anayasa'nın 89'uncu maddesine göre tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye tekrar gönderebilmesidir. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise TBMM'ye gelen kanun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul edilirse Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar meclise gönderemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu yüzden kanun yayımlanmasında Cumhurbaşkanının "Güçleştirici Veto" yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Mecliste çoğunluğa sahip parti başkanının Cumhurbaşkanı olması durumunda ise kanunun geri gönderilmesi durumunda Mecliste aynen kabul edilmesi oldukça zor bir ihtimaldir. Aynen kabul edilip resmî gazetede yayımlansa bile Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 150'nci maddesine dayanarak iptal davası açabilme yetkisi vardır. Bu yetki ile Cumhurbaşkanı Yasama organı karşısında aslında bir tür dengeleyici rolü üstlenmektedir.

Anayasa'nın 161'inci maddesinde Cumhurbaşkanının bütçe kanun teklifini hazırlama görevi yer almaktadır. Bütçe kanununun oldukça özellikli ve teknik planlama gerektiren bir iş olması sebebiyle Hazine ve Maliye Bakanlığı kanun taslağının hazırlanmasından sorumludur. Cumhurbaşkanı da Bakanlıkça kendisinin onayına sunulan kanunu teklifini uygun görmesi durumunda TBMM'ye sunar.

Bu çalışmada son olarak incelenecek Cumhurbaşkanının yasama üzerindeki etkisi ise Meclis çalışmalarına ara verme veya tatil esnasında Meclisi toplantıya çağırma yetkisidir. Cumhurbaşkanı dilediği taktirde Anayasa'nın 93'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne dayanarak Meclisi toplantıya çağırabilir. Bu yetki de Cumhurbaşkanının TBMM üzerindeki etkisi olarak kabul edilebilir.⁶

b. Cumhurbaşkanının Düzenleme Yetkisi

Düzenleme yetkisi, devletin ilgili organlarının herhangi bir konuya ilişkin objektif, soyut ve genel özelliklerde "kural koyma" yetkisi anlamına gelmektedir.⁷ Söz konusu yetki ile Devlet halkının neleri yapip neleri yapamayacağına, yasak olarak belirttiği durumların gerçekleştirilmesi durumunda müeyyidesinin ne olacağı dolayısıyla bireylerin özgürlük sınırlarını belirleyebilmektedir.⁸ Ülkemizde uygulanan hü-

⁶ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 45.

⁷ İlhan Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 426.

⁸ Lokman Yeniay, Gülden Yeniay, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzen-

kümet sisteminde Cumhurbaşkanının önemine istinaden Anayasa'da düzenlenen iki toplam üç grup düzenleyici işlemi mevcuttur. Bunlar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanı yönetmelikleri ve diğer düzenleyici işlemlerdir (Adsız düzenleyici işlemler).⁹

Cumhurbaşkanının yasama üzerindeki etkisini değerlendirdikten sonra bu çalışmanın da özünü oluşturan ve düzenleme alanında Cumhurbaşkanına verilen en önemli yetki olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tarihçesinin, kapsamının detaylı bir şekilde irdelenmesi ve hukuki statüsünün ortaya konması oldukça elzemdir.

i. Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Yakın Tarihçesi

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilk olarak 1982 Anayasası ile Hukuk tarihimize girmiştir. 82 Anayasası'nın 107'nci maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun, teşkilat ve çalışma esaslarının, personel atama işlemlerinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükme dayanılarak da 18.08.1983 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiş ve böylelikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi adıyla bu düzenleme işlemi ilk kez uygulanmıştır.¹⁰

Yürütme organını tek başlı bir yapıya çeviren 2017 yılı Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde de kapsamlı bir değişikliğe gidilerek yürütme organının birçok konuda asli düzenleme yetkisi kullanabildiği önemli bir düzenleme aracı konumuna getirilmiştir.¹¹ Bu değişiklik yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi ve özellikle yürütmenin düzenleme yetkisinin genişletilmesi anlamında oldukça önemli bir adım olmuştur.

Diğer taraftan 2017 değişikliği öncesi Anayasa'nın mülga 91'inci maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu, meclisin verdiği yetkiye istinaden yasa benzeri düzenleme yapabilmekteydi. Dolayısıyla TBMM düzen-

leme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 36, Sayı 1, s. 107.

⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, 28. Baskı, Haziran 2019, s.300-301.

¹⁰ Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 3, 2016, s. 940.

¹¹ Taylan Barın, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, *Onikileoha Yayıncılık*, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2020, s.1.

leyici işlem yapma yetkisini Bakanlar Kuruluna belirli sınırlar dahilinde verebilmekte ve idare tarafından yapılacak en üst düzenleyici işlem olarak KHK'lar çıkarılabilmektedir. Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler KHK'larla düzenlenememekle birlikte Bakanlar Kuruluna yetki veren kanunda, çıkarılacak KHK'nın, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağı gösterilmektedir.

KHK'lara ilişkin 2011 yılında önemli bir dönüm noktası olmuş, Anayasa Mahkemesi öncesinde *"Yetki yasalarının her konuda KHK'larla düzenlemelere gidilmesi, "önemli, zorunlu ve ivedi durumlar" dışında bu yetkinin verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece yasama, yürütme ve yargı erki arasındaki denge bozularak yürütme, yasama organına karşı üstün duruma gelir"*¹² içtihadını *"KHK'ların çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır"* gerekçeli içtihadı çevirmiştir.¹³ Böylece KHK ile yürütme organına kanun gücünde geniş kapsamlı kural koyma yetkisi tanınmış, yürütmenin güçlendirilmesi yönünde önemli bir adım atılmıştır. Fakat yine de daha güçlü yürütme arayışı sonlanmamıştır. Daha güçlü yürütme organı için sistem değişikliğinin zaruri olduğu düşüncesi ve tartışmaları giderek yoğun bir şekilde artmış kamuoyunun gündeminde tutulmaya devam edilmiştir. Nitekim ilk defa Ak Parti'nin 2012 yılındaki anayasa önerisinde ortaya çıkmıştır.¹⁴

ii. Cumhurbaşkanının Kararname Çıkarma Yetkisi

Cumhurbaşkanlığı kararname, Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda ve özellikle *"üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esas"* (m.104/9), *"bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması"* (m.106/11), *"Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri"* (m.108/4)

¹² Anayasa Mahkemesi E.2001/9, K.2001/56 sayılı ve 20/3/2001 tarihli karar.

Anayasa Mahkemesi E.2000/45, K.2000/27 sayılı ve 14/4/2000 tarihli karar.

¹³ Anayasa Mahkemesi E.2011/60, K.2011/147 sayılı ve 27/10/2011 tarihli karar.

¹⁴ Barın, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Dene-timi, s. 14.

ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri” (m.118/6) konularında Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında aldığı yetkiyle yaptığı işlemlerdir. Anayasa'da bahsedilen bu düzenlemeler genel, soyut, objektif durumlara ilişkindir ve Cumhurbaşkanı bunlarla norm koyar dolayısıyla söz konusu maddeler düzenleyici işlem niteliğindedir.¹⁵

iii. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ve Başkan'ın Yürütme Emirlerinin Hukuk Düzenindeki Konumu

2017 Anayasa değişiklikleriyle beraber yürütmenin Anayasa'nın 104/17 hükmünden güç alarak yasama işlemine gerek kalmaksızın düzenleme yetkisiyle donatılması idarenin düzenleyici işlemlerini konu edinen çalışma ve tartışmaların birçoğunu işlevsiz bırakmıştır. 2017 öncesi TBMM yetkisi olmadan sadece olağanüstü hâl durumlarında karşılaşılan söz konusu işlem türü oldukça geniş bir alana yayılmış, yürütme yetkisine ilişkin konularda istisnai durumlar dışında kararnamelerle düzenleme yapma yetkisi getirilmiştir. 104'üncü maddenin 17'nci fıkrası aynen şu şekildedir: *“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”*

Doktrinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin iki husus üzerinde oldukça fazla durulmuştur. Bunlardan ilki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki durumu diğeri de bu kararnamelerin münhasır düzenleme alanının olup olmadığı hususudur.

Kelsen'in normlar hiyerarşisine göre normların yürürlük ve geçerliği, kendilerinden üstteki normlar ile hiyerarşik ilişkisinden doğ-

¹⁵ Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 300.

maktadır.¹⁶ Bu tanıma göre bir normun geçerli olabilmesi için bir üst normda belirtilen usûl ve esaslara göre ihdas edilmiş olmalı ve içerik olarak da ona aykırı olmamalıdır. Alt ve üst normdan oluşan ikili norma dizeleri hukukun bütünlüğü içinde belirli bir bütünün parçalarıdır ve diğer normlardan bağımsız olarak düşünülmemesi gerekir.¹⁷

Yeni hükümet sisteminin, en üstün düzenleyici idari işlemi olarak açıklayabileceğimiz Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, düzenleme yetkisi bakımından; 'yetki kanunu' benzeri bir meclis yetkilendirmesine ihtiyaç duymayan; kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan asli bir düzenleme yetkisinin sonucu ve aracıdır.¹⁸ Ayrıca "karşı imza" kuralı ve Bakanlar Kurulunda yer alan bütün bakanların imzalayarak ortak karar şeklinde çıkarttıkları düzenleme yetkisi de yeni sistemde olmadığı için "kolejyal yapı bir hükümet" modeli bulunmamakta, Cumhurbaşkanı da kararnameyi tek başına imzalamaktadır. Tek imzalı kararname, sonrasında Resmî Gazetede yayımlanır ve yayımlandığı gün yürürlüğe girer.¹⁹

Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili olarak öğretilerde yer alan çalışmalarda yazarların büyük çoğunluğu, Anayasa'da kanunlarla eşit olduklarına dair herhangi bir hükmün olmaması, yürütme konusunda düzenlenebiliyor olması, hak ve hürriyetleri sınırlandıramaması, kanunlarla çelişen hükümlerde kanunların esas alınması, münhasıran kanunla düzenlenebilen konulara ilişkin hükümler içermemesi sebebiyle normlar hiyerarşisinde tüzük, yönetmelik ve diğer idari düzenleyici işlemlerin üzerinde fakat kanun ve KHK'ların altında yer alan bir düzenleyici işlem olduğunu değerlendirmektedir.²⁰ Aksi fikirde olan bazı yazarlar ise CBK ile kanunun çatışması durumunda kanunun hükümlerinin uygulanacağını belirten 104/17 maddesinin sadece bir çatışma kuralı olduğunu ve hiyerarşi

¹⁶ Vecdi Aral, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.122

¹⁷ Barın, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Dene-timi, s. 32.

¹⁸ Çağdaş Zarplı, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği: Kanun Hükmünde Kararnamelerden ve ABD Başkanlık Kararnamelerinden Farklarının İncelenmesi", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, Cilt 15, Sayı 26, Haziran 2020, s. 4591.

¹⁹ Küçük, Türkiye'de Başkanlık Sistemi, s. 232.

²⁰ Küçük, Türkiye'de Başkanlık Sistemi, s. 252.

ihdas etmeyeceğini, hükümde belirtilen bu hususun aslında hiyerarşi bakımından eşit seviyeden olan normlar için kullanılabileceğini, dolayısıyla kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ihdas usulünü belirlemediği ayrıca kararnamelerin herhangi bir kanuna uygun çıkarılmasını gerektiren Anayasa hükmünün bulunmaması sebebiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasanın altında kanunlarla aynı basamakta yer aldığını belirtmektedirler.²¹ Küçük de aynı fikirde olduğunu beyan etmiş bunun sebebini de yetkinin kaynağı olarak belirtmiştir. Yazara göre eğer bir normun kaynağı doğrudan anayasal yetkiler ise yani belli bir kanuna dayanmadan asli bir düzenleme yetkisiyse, bu düzenleyici işlemin kanun gücünde olduğunu söylemek mümkündür.²²

Barın ise konuya farklı açıdan bakarak, üç boyutlu bir piramidin bir yüzeyinde Anayasa’nın altında kanun, diğer boyutunda ise Anayasa’nın altında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bulunduğunu, her iki düzenlemenin de birbirleriyle herhangi bir hiyerarşi ilişkisi olmadığı görüşünü savunmaktadır. Bu görüşü Kelsen’in ortaya attığı bağlamda ele alarak bu iki düzenlemenin diğerine geçerlilik sağlayabilme kapasitesinden mahrum olduğunu belirtmiştir.²³

ABD’de Başkan’ın yürütme yetkisi konusu Türkiye’de uygulanan sistemden biraz daha farklıdır. Öncelikle Anayasa’da kazuistik bir madde olmamakla beraber yürütme emirleri adı altında kanun gücünde düzenlemeler yapmasının dayanağı ABD Anayasası’nın 2’nci maddesinde yer alan “Yürütme yetkisi, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı’na verilecektir” hükmüdür. Oldukça soyut bir şekilde düzenlenen bu hüküm baskın ve güçlü Başkanlar tarafından yetkilerini genişletmek amacıyla kullanılmıştır. Her ne kadar madde soyut ve belirsiz şekilde düzenlenmiş olsa da geçmişten günümüze Başkan’ın “Yürütme Emirleri” (Başkanlık Emri) (Executive Order) adı altında düzenleme yapma yetkisi yaygınlaşmış ve normalleşmiştir. Nite-

²¹ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. B, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s.191, 276, Ozan Ergül, *Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, s.31-32, Korkut Kanadoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2018, s.642-645.

²² Küçük, *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, s. 253.

²³ Abdullah Sezer, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), 2019, s.382.

kim Başkanlar bu emirleri çıkarırken bu yetkiyi Anayasa'dan aldıklarını ifade etmektedirler.²⁴

Başkanlık emirlerini en çok çıkaran Başkanlar sırasıyla Franklin D. Roosevelt (3.728 adet), Woodrow Wilson (1.803 adet), Theodore Roosevelt (1.081 adet). Son Başkan Donald Trump ise 2017 yılından bugüne kadar toplam 197 adet Başkanlık Emri yayınlamıştır.²⁵ Başkanlar bu emirleri çıkarırken bazılarında yetki verilmesini sağlayan yetki kanunu bulunmakla beraber çoğunda söz konusu kanun bulunmamaktadır. Anayasa dayanağı net bir şekilde olmamakla beraber Başkan'ların bu yetkilerinin "anayasal teamül" olduğu bazı yazarlarca ileri sürülmektedir.²⁶ Başkan tarafından çıkartılan Başkanlık emirlerinin Kongre'ye onay için sunulmasının mecburiyeti yoktur fakat eğer isterse Kongre çıkaracağı kanuni düzenlemelerle Başkanlık emrini yürürlükten kaldıracaktır. Her ne kadar böylesi bir durum çok yaşanmamış olsa da bazı dönemlerde yasama yürütme arasında bu sebepten dolayı gerilimler olmuştur.²⁷

ABD'de Başkan'ın düzenleyici idari işlemleri Başkanlık emirleri, tebliğ ve genelge olarak gösterilmekle birlikte Başkanlık emirlerinin kanun gücünde olduğu öğretilerinde savunulmaktadır. Başkanlar bu kararnamelemlerle öncesinde kanunla düzenlenmemiş alanı tekrar düzenleyebilmekte hatta mevcut bir kanunda değişiklik yapabilmektedirler. Nitekim Trump göreve gelir gelmez Obama döneminde çıkarılan sağlık ve iklim planıyla ilgili iki kanunu Başkanlık emri ile iptal etmiştir.²⁸ Diğer taraftan Başkanlar Başkanlık emirlerini bazen de Kongreyi kanun yapmaya zorlamak için kullanabilmektedirler. Örneğin Obama göçmenlik reformuna ilişkin kanunu Kongrenin düzenlemesinin uzun sürmesi sebebiyle Başkanlık emri yayınlamış ve kaçak göçmenleri kısmen rahatlatmıştır. Kendisine yöneltilen eleştirilere ise "Yasa çıkarın" gibi kısa ve kendi bakımından anlamlı bir ifadeyle cevap vermiştir.²⁹

²⁴ Adnan Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Adres Yayınları, 1. Baskı, Nisan 2019, s.76-77.

²⁵ <https://www.federalregister.gov/presidential-documents/executive-orders/> [Erişim Tarihi: 07.02.2021]

²⁶ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Bursa, 2018, s.377.

²⁷ Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, s.79.

²⁸ Çağrı D. Çolak, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Management Journal*, Cilt 3 Özel Sayı, 2017, s. 61

²⁹ Çolak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi, s. 61.

iv. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ve Başkan'ın Yürütme Emirlerinin Düzenleme Alanları

2709 sayılı Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilgili olan 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına baktığımızda kararnamelelerin herhangi bir alana özgü çıkartılabileceğine ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır. Hatta tam tersine maddede kanunlarla Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri arasında bir ilişki tesis edilmekte ve kanunla düzenlenen bir alanın kararname ile düzenlenemeyeceği açık bir şekilde belirtilmemektedir. Fakat Anayasa'nın çeşitli maddelerine baktığımız zaman hangi konuların kararname ile düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Bunlar 4 başlık altında sıralanabilir:

1. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları (104/9)
2. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması (106/11)
3. Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/4)
4. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (118/6)

Anayasanın farklı maddelerinde belirtilen bu dört ayrı konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Burada kritik soru söz konusu hususlar sadece kararname ile mi düzenlenebilir yoksa bu hususlara ilişkin kanunla düzenleme de yapılabilir mi? Yeniay, çalışmasında üç sebepten dolayı bu dört konunun yürütme organının münhasır düzenleme alanı olduğu ve bu alanda kanunla düzenleme yapılamayacağını ifade etmektedir. Bu üç sebepten birincisi maddelerde "düzenlenebileceği" ifadesinin değil "düzenleneceği" ifadesinin kullanılması, ikincisi Anayasa koyucu isteseydi bu hususların kanunla düzenlenebileceğini metinde açık bir şekilde belirtebilecek olması, üçüncüsü ise söz konusu 4 konunun yürütmeye ilişkin olduğu ve ayrı ayrı maddelerde bunu düzenlemese bile 104/17'den güç alarak hali hazırda Cumhurbaşkanının zaten bu konuları düzenleyebilecek olmasıdır.³⁰

³⁰ Yeniay, Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s.112-113.

Küçük, yukarıda bahsedilen 4 konuda Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisine münhasır bir düzenleme alanı olduğundan bahisle düzenlemenin özellikle “bölünmüş hükümet” sistemlerinde yasamaya karşı yürütmeye inisiyatif üstünlüğü sağlamak, yürütmenin söz sahibi olduğu bu alanlara yasamanın müdahalesini engellemek dolayısıyla yasama yürütme çatışmasına izin vermemek olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu mahfuz alana ilişkin kanunla düzenleme yapılması durumunda, yargı mercileri tarafından aksine karar verilmediği sürece yürürlükte kalacak olduğunu belirtmiş, fakat bu alanda kanun ve kararname arasında çelişkili durumlar çıkması durumunda kararnamenin uygulanması gerektiğini aksi taktirde kararname lehine sağlanan mahfuz düzenleme ilkesinin göz ardı edileceğini değerlendirmektedir.³¹

Ülgen, Anayasa’nın 21/B maddesinde “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir” hükmünün bu dört maddeye ilişkin olduğunu değerlendirmekte, dört maddenin genel yetkiye göre özel hüküm niteliğinde olduğunu belirtmektedir.³² Tanör, Yüzbaşıoğlu ise Anayasa’da bu dört maddenin münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin bir hüküm olmadığından ve bu konulara ilişkin kanun düzenlenmesini engelleyen hukuki bir engel bulunmadığı için yasama yetkisinin genelliği uyarınca dört konu üzerinde kanun düzenlemeleri yapılabileceğini, bu alanın kararnameler için mahfuz alan olmadığını belirtmektedir.³³

Küçük ve Doğan çalışmalarında 2017 değişikliğinden önce Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine ilişkin düzenlemelerin sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceğini bu alanın münhasır bir alan olduğunu belirtmişler, 2017 değişikliği sonrasında ise 4 maddede belirtilen konularda ilk defa ortaya çıkan ve özellikle bölünmüş hükümetlerde Cumhurbaşkanı’na son sözü söyleme yetkisi veren mahfuz alan oluşturulduğunu değerlendirmişlerdir.³⁴

³¹ Küçük, Türkiye’de Başkanlık Sistemi, s. 249.

³² Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, s. 20.

³³ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul, 2018, s. 438.

³⁴ Adnan Küçük, Bayram Doğan, “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s. 17, 54.

Gerçekten de Anayasa'nın 23.01.2020 tarihli kararında Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun görüşlerine uygun bazı hususlar mevcuttur. Karara konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde "koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabileceği" hususu belirtilmiştir. Bunun iptaline ilişkin açılan davada Anayasa Mahkemesi kararın 34'üncü paragrafında "Koordinatör Başhekimliğe ilişkin olarak karşılaştırmaya esas olabilecek şekilde herhangi bir kanunda düzenleme olduğu tespit edilememiştir" diyerek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanı olduğu çoğu yazarca kabul edilmiş olan Anayasa'nın 106/11 fıkrasında yer alan "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*" hususunun kanun ile düzenlenip düzenlenmediği bir nevi tartışılmıştır. Nitekim farklı gerekçe de 5 üye "*Dolayısıyla, dava konusu bir kuralın Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu tespit edildikten sonra, artık bu konuda ayrıca bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekli değildir*" hususunu belirterek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanında kanun düzenlemesine bakılmasına gerek olmadığını belirtmişlerdir.³⁵

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin verdiği bu kadar doktrinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanına ilişkin değerlendirmeleri ortadan kaldırmakta, Anayasa'nın da yürütmeye verdiği yetkilere ket vurmaktadır. Nitekim 104, 106, 108 ve 118'inci maddelerin ilgili fıkralarının lafzi yorumu dikkate alındığında düzenlemelerde belirtilen hususların ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Zira Anayasa koyucu bu hususlarda kanunla düzenleme de yapılabileceğini öngörseydi fıkraya buna ilişkin bir metin ekleyebilir ya da madde de geçen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği şeklinde yorumda bulunabilirdi. Dolayısıyla bu kararda yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alan olmadığı yorumu çıkarılabilir olsa da Anayasa'nın bu maddelerin ruhuna aykırı olması ve mantık olarak yoruma ters düşmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesinin sonraki kararlarında bu konuya açıklık getireceği de düşünülmektedir.

³⁵ Anayasa Mahkemesi E.2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarihli karar.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek belirtilen bir durum bulunmaktadır. Hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*”. Hükme göre kamu tüzelkişiliği TBMM tarafından kurulabileceği gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de kurulabilir. Doktrinde bu hükmün değerlendirmeye alınırken 104/17 fıkra hükmünün uygulanmaması, kamu tüzel kişiliği kurulmasında kararnamelerin kanun hükmünde yani kanunla eşdeğer olduğu dolayısıyla kararname ve kanunla aynı husus üzerinde düzenleme yapılması durumunda genel kural-özel kural, öncelik-sonralık ilişkileri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olan yazarlar mevcuttur.³⁶ Kanaatimizce kamu tüzel kişiliği kurulmasında kanunda açık bir düzenleme yapılmışsa buna ilişkin 104/17 fıkrası gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkartılmaması gerekmektedir. Fakat kararnameyle kurulan bir kamu tüzel kişiliğinin kanunla düzenleme yapılması durumunda kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli olduğu konularda, 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Bu kararnameler kanun hükmündedir ve tek yetkili merci Cumhurbaşkanlığı makamıdır ve TBMM'den yetki kanunu alınmasına gerek yoktur fakat yayımlandığı gün TBMM onayına sunulması gerekmektedir.³⁷

ABD'de durum Başkan emirlerinin Anayasa dayanağının oldukça soyut olması sebebiyle daha farklıdır. Bu maddeye istinaden ABD Başkanları geçmişten beri yasamaya ilişkin her konuda yürütme emri çıkartabilmektedirler. Bu sebeple ABD'de Başkan'ın Yürütme Emirlerinin sınırlarının belirsiz ve oldukça geniş olduğunu söylemek mümkündür. Nihayetinde günümüze kadar ABD'de yapılan yaklaşık 14.000 adet yürütme emri de düzenleme alanının ne kadar geniş olduğu hakkında bizlere bilgi vermektedir.³⁸

³⁶ Küçük, Türkiye'de Başkanlık Sistemi, s. 256.

³⁷ Mehmet Boztepe, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s. 19.

³⁸ <https://www.federalregister.gov/presidential-documents/executive-orders> [Erişim Tarihi: 07.02.2021]

c. Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri

Cumhurbaşkanının kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla, Anayasa'nın 104/18 ve 124/1 fıkralarından aldığı yetkiyle çıkardığı düzenleyici işlemlerdir. 124/1 fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararı ile düzenlenebilecek Cumhurbaşkanının görevlerine ve yürütmeye ilişkin alanlar kanun ya da kararname ile düzenlenmiş olsa bile bunlara aykırı olmamak üzere Cumhurbaşkanlığı tarafından yönetmelik çıkarılabilmektedir.³⁹ Diğer taraftan 104/18 fıkrasındaki hükme dayanarak kendi görev alanı ya da yürütmeye ilişkin alanlar olmasa bile Cumhurbaşkanının yönetmelik çıkarma yetkisi mevcuttur. Buradaki yönetmelik kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkartılan yönetmeliktir.

Bu yönetmelikler Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer. Günümüzde yürürlükte olan 83 adet Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği bulunmaktadır. Bunların 44 tanesi 2017 Anayasa değişikliğinden sonra yayımlanmıştır. Yönetmeliklerin yargısal denetimi Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılabilir.⁴⁰

d. Cumhurbaşkanının Diğer Düzenleyici İşlemleri

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile eklenen Geçici 21'inci maddenin G fıkrasında "*Kanunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapıncaya kadar Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılır*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümle beraber daha önce Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen düzenleme yetkilerini Cumhurbaşkanlığı aynen kullanmaya devam edecektir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanının "karar", "yönerge", "tebliğ", "sirküler", "genelge", "talimat", "statü", "genel emir", "tarife", "plân", vb. düzenlemeler yapma yetkisi vardır. Bu düzenlemelere Anayasa'da doğrudan yer verilmediği için "adsız düzenleyici işlemler" de denilmektedir. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğine benzer olarak bu mevzuatın da yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılmaktadır.⁴¹

³⁹ M. Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, s. 48.

⁴⁰ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s.301.

⁴¹ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s.301.

2. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

a. Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi

Asli düzenleme yetkisi, bir organın herhangi bir konuyu direkt Anayasa'dan aldığı yetkiyle direkt olarak kendisinin düzenleyebilme yetkisidir.⁴² TBMM'yi Anayasa dışında bağlayan herhangi bir hukuk normu olmadığı için asli düzenleme yetkisine sahip olarak kanunları kabul etmektedir. Bu nedenle TBMM'nin yasama yetkisi aslidir. Yürütme yetkisi ise genellikle kanun normuyla bağlı olduğu için asli yetki söz konusu olmaz.⁴³ Fakat bazı ülkelerin hükümet sistemlerinde yürütmenin daha güçlendirilmesi eğilimi ile bu hususun istisnaları gün geçtikçe artmaktadır. Bu kapsamda yürütme organına asli düzenleme yapabilme yetkisi Anayasa tarafından verilebilmektedir. Ülkemizde de Anayasa değişikliğiyle getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu şekilde yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanına bazı konularda asli düzenleme yetkisi vermektedir.⁴⁴ Öğretide bu düzenleme yetkisinin asli olmadığını, 104/17 fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkartılabilmesi için kanunla yetki verilmesinin gerektiğini, 104, 106, 108 ve 118'inci maddelerdeki doğrudan verilmiş düzenleme yetkilerinin ise kanunlarla bağlı ve sınırlı olduğunu söyleyen yazarların da mevcudiyetinin bilinmesi önem arz etmektedir.⁴⁵ Buna karşın Anayasa Mahkemesi 22/01/2020 tarihinde verdiği kararla bu tartışmalara son koymuş ve "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanına belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır" diyerek asli kelimesini kullanmasa da Cumhurbaşkanının kararname çıkarırken doğrudan Anayasa'dan güç aldığını belirtmiştir.⁴⁶

Küçük ve Doğan, çalışmalarında yasama yürütme düzenlemelerinin en açık ayrımının "işlemin niteliği" olduğunu, eğer bir işlemin ilk-

⁴² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 17. Baskı, Ankara, 2017, s.211.

⁴³ Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2011, s. 37.

⁴⁴ Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 78.

⁴⁵ Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı, 2, 2017, s. 25.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi E.2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarihli karar.

el işlem olarak yapılması durumunda yasama organının alanına girdiği, ikinci-el türev bir işlem olarak yapılması durumunda ise yürütme organının düzenleyici işlemi olduğunu değerlendirmektedirler.⁴⁷

Anayasa'nın Cumhurbaşkanıya verdiği düzenleme yetkileri ile yasama yetkisi adeta Cumhurbaşkanı ve TBMM arasında paylaşılmış olmaktadır. Fakat Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisine bazı sınırlandırmalar getirilmiştir.⁴⁸

b. Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisinin İstisnaları

Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlemeye ilişkin kuralın birçok istisnası vardır. İstisnaların kapsam alanının genişliği oldukça dikkat çekicidir.

i. Temel Haklar, Kişi Hakları ve Ödevleri ile Siyasi Haklar ve Ödevler

Yürütmenin asli düzenleme yetkisinin ilk istisnası ya da sınırlaması "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*" hükmüdür. Bu alanlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabilecek tek alan Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler alanıdır. Örneğin Anayasa'nın 60'inci maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkına ilişkin Cumhurbaşkanı asli düzenleme yapma yetkisine sahipken 70'inci maddede belirtilen kamu hizmetine girme hakkı siyasi haklar ve ödevler bölümünde yer aldığı için ilk elden düzenleme yapılması mümkün değildir.⁴⁹

Temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin asli olarak sadece kanunla düzenlenebilmesi, öğretide savunulan bir konu olmuştur. Bu alana yürütmenin düzenleme yetkisiyle müdahale edilememesi de oldukça yerinde bir uygulamadır. Zira halkın temel

⁴⁷ Küçük, Doğan, Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı, s. 9.

⁴⁸ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 79.

⁴⁹ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 88.

hak ve özgürlüklerine sınırlama getirilecekse halkın her kesiminin temsil edildiği meclis tarafından getirilmesi daha yerinde bir uygulama olacaktır. Ayrıca demokrasinin gelişiminde de gerekli bir hükümdür. Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere ilişkin yürütmenin düzenleme yapma yetkisinin, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesine ilişkin hükmün bir istisnası niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim 104'üncü maddede yapılan düzenlemenin daha sonra yapıldığı düşünülecek olursa, sosyal hak ve ödevlere ilişkin getirilecek sınırlandırmalarda öncelikle 104'üncü madde hükmünün kullanılmasının daha doğru olacağı açıktır.⁵⁰

ii. Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular

Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan ikinci sınırlama "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" hükmüdür. Yılmaz çalışmasında bu hükümdeki münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular ifadesinden "ancak kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" ifadesi anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Aksi durumda kanunla düzenleme yapılan yaklaşık 90 madde yer almaktadır. Nitekim 104/17 fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlesinde aynı husus tekrar edilerek durum pekiştirilmiştir.⁵¹ Anayasa'da sadece kanunla düzenlenebileceği belirtilen hükümler 5 maddede yer almaktadır. Bunlar:

- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. (Madde 13/1)
- Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. (Madde 20/3)
- Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. (Madde 38/3)

⁵⁰ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 89.

⁵¹ Halit Yılmaz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, s. 246.

- Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. (Madde 66/3)
- Yüksek öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları ancak kanunla düzenlenebilir. (Madde 68/6)

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi’nin 23.01.2020 tarihli verdiği kararda Anayasa’da bir konunun kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmışsa o konuya ilişkin CBK çıkarılamayacağına karar vermiştir.⁵² Bu sebeple 90 maddede yer alan ve kanunla düzenleme yapılması öngörülen konulara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkartılabilmesi mümkün değildir.

iii. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine getirilen 3’üncü sınırlama ise “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükmüdür. Bu hükmü istinaden özel konulu kararnameler ya mahfuz alanda düzenlenmiş olması gerekmekte ya da mahfuz alanının dışına çıkarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. Mahfuz alanda kararname çıkartılmışsa ve buna rağmen mahfuz alanda kanunla düzenleme yapılmışsa kanunun iptaline kadar kanunun uygulanması gerekmektedir. Mahfuz alanın dışına çıkılarak kararname düzenlenirse ki bu daha olası bir ihtimaldir bu durumda 104’üncü maddede belirtilen “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*” hükmü geçerli olacak ve mahfuz alanın dışında düzenlenen kararnamelerin uygulanmasını engelleyecektir.⁵³

Anayasa’nın yine 23.01.2020 tarihli verdiği kararda, 5018 sayılı Kanun’un “*Ön ödeme*” başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde “*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır*” lafzının Anayasa’nın kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin tanınmadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz kuralına

⁵² Anayasa Mahkemesi E.2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarihli karar.

⁵³ Yılmaz, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları, s. 247.

aykırı olması sebebiyle konuya ilişkin yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal etmiştir.⁵⁴

Aynı kararın farklı bir bölümünde Anayasa'nın bir konuyu kanunla düzenleneceğini öngörmesi durumunda açık ve net bir şekilde bu alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını da belirtmiştir. Diğer tarafta Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen hususlarda ise yine cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabileceği belirtilerek kanunla düzenlenmesine de ışık yakılmıştır.⁵⁵

c. Çatışma Halinde Kanun Hükümlerinin Uygulanması

Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" ve "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır" düzenlemeleri münhasır alanda düzenlenen kararnameler için geçerli olmaktadır.⁵⁶ Bu hükümler ile bir nevi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki hiyerarşik ilişki ortaya konmuş uygulamada ortaya çıkabilecek sorun ve çatışmaların engellenmesi gaye edinilmiştir.⁵⁷

Bir konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunda farklı hükümler bulunup bulunmadığı konusunun tespiti mahkemeler tarafından verilmesi gereken kararlardır. İdari anlamda kamu personelinin baktığı her olayda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi var mı yok mu diye bilmesi daha zordur bu sebeple karşılaştığı somut olaylarda kanunu uygulaması pratikte daha olasıdır. Nihayetinde karşılaşılan olayda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve kanun farklı düzenlemeler yapmış olsa dahi Anayasa'nın yukarıda bahsedilen açık hükmü gereği zaten kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.⁵⁸

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi E.2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarihli karar.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi E.2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarihli karar.

⁵⁶ Yılmaz, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları, s. 248.

⁵⁷ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 99.

⁵⁸ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 100.

d. Aynı Konuda Çıkarılan Kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini Hükümsüz Kılması

Anayasa'nın 104/17. fıkrasının son cümlesinde "TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir" denmektedir. Bu hükmün, yürütmenin asli düzenleme yetkisine istinaden bir düzenleme yapmış olması durumunda TBMM'ye, iradesinin her durumda yasama alanına ilişkin son sözü söyleme hakkını tanıdığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan TBMM'ye Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetleme ve düzeltme yetkisinin de verildiğini söylemek mümkündür.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanunla düzenleme yapılması durumunda ve kanunun ilgili maddeleri daha sonrasında ilga edilirse ya da kanun yürürlükten kaldırılırsa Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki durumunun ne olacağı öğretide tartışılmaktadır. Ardıçoğlu, kanunun maddesinin ya da kanunun yürürlükte kaldığı müddetçe Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçici olarak hükümsüz kalacağını, kanunun yürürlükten kaldırıldıktan sonra Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerinin tekrardan geçerli sayılacağını belirtmektedir.⁵⁹ Söyler ise böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuken yeniden dirilmesinin mümkün olmadığını, kanunla bir şekilde hukuken geçersiz kılındığını ve fakat o konuya ilişkin tekrar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenlenmesinin de önünde hukuken bir engel olmadığını belirtmektedir.⁶⁰ Biz de Ardıçoğlu'nun konu hakkında değerlendirmelerine katılıyor, kanunda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kaldıran açık bir hüküm olsa bile kanunun yürürlükten kaldırılması durumunda dahi konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kullanılmasının hukuken daha doğru olduğunu değerlendiriyoruz. Çünkü hem kamu hukukunda hem de özel hukukta, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanması prensibi gereği, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de yürürlükten kaldırıldığına ilişkin hükmün yürürlükte bulunmadığı sürece işlemlere esas alınmaya devam edecektir.

⁵⁹ Ardıçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 46.

⁶⁰ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 102.

e. ABD’de Başkan’ın Yürütme Emirlerinin Asliliği

ABD’de yürütme emirleri üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki dayanağını ABD Anayasası 2’nci maddeden alan ve asli yürütme yetkisi olarak gösterilen ve Türkiye’de uygulanan hükümet sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile aynı özellik gösteren yürütme emirleridir. İkincisi kongrenin bir kanunla yetki vererek Başkanın bir konu hakkında düzenleme yapması olarak gösterilen yürütme emirleridir. Bu yürütme emrinin de 2017 Anayasa değişikliği öncesi TBMM’den kanunla yetki alınarak Bakanlar Kurulu tarafından düzenlenen KHK’lara benzetmek mümkündür. Üçüncü yürütme emri ise bir kanunda belirtilen ve kanundan yetki alan kanuna uygun olarak düzenlenen ve geçerlik kazanan kararlardır. Türkiye’de uygulanan Başkanlık sisteminde Cumhurbaşkanının kanunlara uygun ve kanunların açıklayıcı konumunda olay yönetmelikleri çıkarma yetkisi üçüncü yürütme emri ile benzerlik göstermektedir. Geneline bakıldığında yürütme emirlerinin her iki ülkede birbirlerine benzerlik gösterdiği görülmektedir. Asli yürütme emirlerinin yani direkt olarak Anayasa’nın ikinci maddesine uygun olarak çıkarılan yürütme emirlerinin özellikle dış ilişkiler, millî güvenlik ve uluslararası antlaşmaların konu olduğu alanlarda düzenlendiği görülmektedir.⁶¹

ABD’de Başkanların asli yürütme yetkilerine dayanarak çıkardıkları yürütme emirlerini kongre onayına sunmak zorunda değildirler. Kongre çıkaracağı kanunla emirleri ilga edebilir veya yürürlükten kaldırabilir ancak bu ABD’de çok alışlagelmiş bir durum olmamakla birlikte bazen yasama yürütme arasında gerginliklere sebebiyet vermiştir. Bazen de Başkanlar bu yetkilerini kongreyi atlayarak düzenleme yapma yetkisi olarak gördükleri için yürütme emirleri geniş siyasi etkilere sebep olabilmektedir.⁶² Bazı zamanlarda Başkan siyasi politikalarını hayata geçirmek için kullandığı yürütme emrini, kongrenin ve halkın da desteğini almak için kongrenin onayına sunabilmektedir. Bu şekilde kongrenin onayına sunulan yürütme emri oldukça fazladır. Örneğin 1793 yılında George Washington İngiltere Fransa savaşında ABD’nin tarafsızlığına ilişkin karar açıklamış ve siyasi destek sağlayabilmek için de bu kararı kongre onayına sunmuştur.⁶³

⁶¹ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 106.

⁶² Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, s.79.

⁶³ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 107.

Başkan'ın çıkardığı yürütme emirlerinin Kongre tarafından iptal edilme oranı yaklaşık yüzde 3,8'dir. Dolayısıyla Kongre yürütme emirlerini "siyasi sorun" olarak değerlendirmekte ve müdahale etmeye çalışmaktadır.⁶⁴ Bu sebeple fiiliyatta Kongre'nin yürütme emirlerini etkisizleştirmesiyle pek karşılaşmamaktadır.

3. Yargısal Denetim

a. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

Anayasa'nın 148'inci maddesinin birinci fıkrası Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetim hükmünü içermektedir. "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar*" hükmü ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas yönünden Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceği öngörülmüştür.

AYM'nin yeni görev tanımı içinde CBK'lara ilişkin vereceği kararlar iptal veya ret şeklinde olabilir.⁶⁵

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere Anayasa'nın 150'nci maddesi ile verilmiştir. İptal davasının açılma süresi de yayımlanma tarihinde itibaren 60 gündür. Diğer taraftan bir davaya bakmakta olan mahkemenin, somut olayda uygulanacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin Anayasa aykırılığı hakkında değerlendirmesi mevcutsa veya taraflardan biri bu hususu ileri sürmüşse Anayasa mahkemesinin vereceği karara kadar dava geri bırakılabilir.

⁶⁴ Merve Ünal Açıkgöz, Hasan Tahsin Fendoğlu, Abdul Samet Güller; "Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkanlığın Düzenleyici İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 149, s. 228.

⁶⁵ Bahadır Apaydın, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri", Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı, 2020, s. 18.

Anayasa mahkemesi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilgili bakacağı iptal davasının neticesinde kararnamenin tümünü veya bir hükmünü iptal edebilir. İptal kararları Resmî Gazetede yayımlandığı gün Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükten kalkmış olur. Anayasa mahkemesi dilerse kararnameyi veya bir hükmünü geçici olarak da yürürlükten kaldırabilir ancak bu süre 1 yılı geçemez.

Anayasa'da yer alan bu hükümlerle beraber Anayasa mahkemesinin kritik bir rolü üstlenmesi sağlanmış ve böylece yeni sistemde belki de en fazla güç kazanan organ olmuştur. Keza mahkeme vereceği kararlarla TBMM tarafından düzenlene kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki ilişki ve sınırları belirleyecek, kimi yazarlara göre kanunda soyut bir şekilde belirtilen alanların netleştirme işlemini uygulamada yapacaktır.⁶⁶

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin iptal davalarının neden idari yargıda değil de Anayasa Mahkemesinde görülmesi gerektiğine ilişkin öğretilerde bazı eleştiriler bulunmaktadır. Atalan, bu konuda Anayasa Mahkemesinin kararlarının geriye doğru yürümediğini bu sebeple kararnamenin iptal kararına kadar geçecek sürede meydana gelen hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmayacağı görüşünü benimsemektedir. Halbuki idare mahkemesinde alınacak iptal kararının kararnamenin hiç düzenlenmemiş sayılacağı için haksızlıklara ilişkin geriye yönelik işlemlerin yaptırılabilceğini değerlendirmektedir.⁶⁷

Gençay çalışmasında Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarih ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı, 23.01.2020 tarih ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarih ve E.2019/78, K. 2020/6 sayılı kararlarını inceleyerek, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin iki aşamada denetlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasaya uygunluk denetiminin ilk aşamasında konu bakımından yetki açısından Anayasa'ya uygun olup olmadıkları, uygun olması durumunda ise ikinci aşamada içerik incelemesi yapılması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁸

⁶⁶ Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri Karşılaştırmalı Bir Analiz*, İmge Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2017, s. 167.

⁶⁷ Mustafa Atalan, "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", *Kırıkkale Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora tezi*, s.343.

⁶⁸ Fatma Didem Sevgili Gençay, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler", *TBB Dergisi*, 2020, s. 4-5

Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yetki yönünden incelemesi kararnameyi yürürlüğe koyan iradenin Cumhurbaşkanı olup olmadığının incelenmesi şeklinde olabilir. Şekil yönünden ise kararnamenin Resmî Gazetede yayın zorunluluğuna ilişkin incelenebilir. Bu hususlar dışında Anayasa'da farklı bir inceleme yapılması yetki ve şekil yönünden belirtilmemiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sebep yönünden denetimi pek mümkün görünmemektedir zira kararnamenin çıkarılması için gerekli hukuki unsur Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine yönelik hükümlerdir. Amaç yönünden ise kararnamelerin kamu yararına uygunluğu denetimi yapılabilir fakat Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre hem kanun hem de KHK açısından kamu yararına uygunluk denetimi yapmanın alanı çok dardır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin esas yönünden denetimine ilişkin Anayasaya hükümlerine uygunluk ve Anayasa'da somutlaştırılan hukuki çerçevesine ve kanunlara uygunluğu olmak üzere genel ve özel uygunluk denetimlerini kapsamaktadır.⁶⁹

Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı iptal ve tam yargı davaları Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi gerekmektedir.⁷⁰

Olağanüstü hallerde ve savaş halinde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun hükmünde olup, bunların şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılmaz.

b. Yürütme Emirlerinin Yargısal Denetimi

ABD'de yürütme emirlerinin, kongrenin kanuni düzenlemeleriyle geçersiz kılınabilmesi ile beraber Federal Yüksek Mahkemesi tarafından yargısal denetime de tabi olduğunu söylemek mümkündür. Başkan'ın Yürütme Emirlerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığını Yüksek Mahkeme anayasallık denetimi kapsamında denetlemektedir.⁷¹

⁶⁹ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 185.

⁷⁰ Tolga Şirin, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Dergisi*, Sayı 14, 2018, s.300.

⁷¹ Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları,

1803 yılında Yüksek Mahkemece verilmiş “Marbury v. Madison” davasından beri yürütme emirleri Yüksek Mahkeme’de denetlenmektedir. Doktrinde ise yürütme emirlerine ilişkin değerlendirmelerin büyük bir kısmında Yüksek Mahkeme’nin 1952 yılında verdiği “Yongtown Sheet & Tube Co. V. Sawyer” davasına gönderme yapılmaktadır. Bu karar ile Başkan’ın Yürütme Emirlerinin anayasal çerçevesi çizilmiştir. Bu kararda konunun özeti şu şekildedir:

Kore savaşı sırasında Başkan Truman çelik şirketlerinde yapılan grevleri ulusal güvenlik gerekçesiyle etkisiz kılmak istemiş ve şirketlerin pay çoğunluğunu yürütme emri ile Devletin satın almasını ve yönetimini de Ticaret Bakanlığı’na bırakılmasını sağlamıştır. Çelik şirketlerinin açtığı dava neticesinde Yüksek Mahkeme şirketleri haklı görerek yürütme emrinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme davaya konu olan kararın yasama işlemi niteliğinde olduğuna ve bu kararın Başkan tarafından alınamayacağını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme kuvvetler ayrılığı ilkesine vurgu yaparak “*Bu ulusun kurucuları iyi ve kötü zamanlarda yasama yetkisini sadece Kongre’ye emanet etmiştir*” hükmünü esas almıştır. Mahkeme üç unsurlu bir değerlendirme yapmış ve unsurları şu şekilde sıralamıştır:

- 1- Başkan’ın Yürütme Emirlerinin açık ve zımni bir yasal yetkiye dayanıyorsa Başkanın sahip olduğu yetki en geniş seviyededir.
- 2- Kongre’nin yasal bir düzenleme yapmadığı durumlarda Başkan’ın işlem yapma yetkisinin kapsamında belirsizlik vardır fakat Başkan’ın sahip olduğu özerk düzenleme yapma yetkisi etkinliğini sürdürmektedir.
- 3- Başkanın Kongre’nin iradesinden farklı şekilde bir işlem tesis etmesi durumunda Anayasa’da verilen yetkiler çerçevesinde işlem tesis etmesi gerekmektedir. Mahkemelerin böyle durumlarda yargısal denetim kapsam alanı genişlemektedir.

Bu üç unsur kapsamında Anayasal çerçevesi çizilen ve söz konusu unsurlar kapsamında değerlendirme yapan Yüksek Mahkeme, Başkan’ın çelik fabrikalarına el koyma işlemine ilişkin kararı hukuka aykırı bulmuştur.⁷²

s.79.

⁷² Söylar, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 185.

ABD Başkanları genel olarak olağanüstü durumlarda veya savaş dönemlerinde olayların büyüklüğüne, ciddiyetine ve süreçlerine bağlı olarak devletin sürdürülebilirliğinin sağlanması için Anayasa hükümlerine göre olağan dönemlerde sahip olmadıkları yetkileri kullanmış ve bu yetkilerin sahibi olduklarını savunmuşlardır, kararların akabinde Yüksek Mahkeme tarafından Anayasallık denetimleri de yapılmıştır.⁷³

ABD'de yürütme emirlerinin Anayasa hükümlerine veya dayandığı kanun hükümlerine uygunluğunun denetimleri yapılırken Türkiye'de ki uygulanan hükümet sisteminde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir kanuna dayanması mümkün değildir. Kanun kapsamında çıkartılan sadece Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği veya Cumhurbaşkanı genelgeleri de yargısal denetime tabi olmakla beraber denetim Anayasa Mahkemesinde değil idari yargı mercilerinde yapılması gerekmektedir. Ayrıca ABD'de Yüksek Mahkeme yürütme emirlerine ilişkin davalarında oldukça çekimser davranmaktadır. Bu sebeple yapılan bir çalışmada 1943-1997 yılları arasında Amerikan Yüksek Mahkemesinde yürütme emirlerine karşı açılan 83 davanın sadece 14 tanesini kişiler kazanabilmiştir.⁷⁴

ABD tarihinde görev yapan 45 Başkandan sadece bir tanesi beş yürütme emri yayımlamamıştır. Diğer taraftan, kararnamelerin kapsam ve sınırları belirsizdir fakat yürütme emirleri kanunu bile değiştirebilmektedir. Ancak hem Kongre hem de Federal Yüksek Mahkeme tarafından denetlenmektedir. Kongre, Yürütme emirleri üzerindeki denetimini yalnızca o konuyla ilgili kanun çıkarıp kararnamenin iptal olmasına yol açarak sağlayabilir. Federal Yüksek Mahkeme ise kararnamelerin anayasaya uygunluğunu denetlemektedir.⁷⁵

⁷³ Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, s.81.

⁷⁴ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 204.

⁷⁵ Çağrı D. Çolak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi, s. 61.

Sonuç

Günümüzde halen hangi hükümet sisteminin daha iyi olduğuna ilişkin binlerce makale, tartışma ve eğitimler bulunmaktadır. Fakat çağdaş hükümet sistemlerinde hangi hükümet sisteminin iyi olduğunu tartışmaktansa hangi hükümet sisteminin hangi ülkeye daha iyi bir şekilde uyum sağlayacağı veya hangi ülkede nasıl değişikliklerle uygulanmasının etkin ve yerinde olacağı hususu üzerinde çalışmalar yapılması belki de gelecek açısından daha faydalı olabilecektir.

Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisi ele alınmış ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi irdelenmiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ABD’de uygulanan Başkanlık sistemindeki yürütme emirleri ile kıyaslaması da yapılmıştır.

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle yeni bir hükümet sistemi artık ülkemizde uygulanmaya başlanmış ve yeni uygulamalar yürürlüğe konulmuştur. Türkiye için bu hükümet sisteminin gelecekte ne getireceği tahmin edilmesi zor bir konudur. Fakat bazı hususların sadece Anayasa ile değil Anayasa Mahkemesi’nin vereceği karar ve oluşturacağı içtihatlarla çözüleceği izahtan varestedir. Lakin Anayasa’daki Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin bazı hususların daha kazuistik yorumlarla ve birbiriyle çelişkili maddeler olmadan irdelenmesinin daha iyi olacağı tarafımızca değerlendirilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanda düzenlemelerinde kanunla tekrar farklı bir düzenleme yapılıp yapılamayacağı, normlar hiyerarşisinde kanunlarla arasındaki hiyerarşik yapının ne olduğu, kanunla geçersiz hale getirilebilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunun ilga edilmesi durumunda hukuki durumunun ne olacağı gibi hususların yapılacak Anayasa değişikliğinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Diğer türlü Anayasa Mahkemesi’nin vereceği kararlara göre bazı hususlar değerlendirilecektir nitekim verdiği bir kararda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili birçok hususa değinmiş tartışmalı hususlar biraz daha açıklığa kavuşmuştur.

Yeni sistemle beraber Cumhurbaşkanlığı makamının çok daha etkin olduğu, yasama karşısında önemli bir hukuki güç haline geldiği görülmektedir. Cumhurbaşkanının yasama alanında düzenleme ya-

pabilmesi asli düzenleme yapabilme olanağından kaynaklanmaktadır. Gelecekte ABD’de ve Türkiye’de uygulanan hükümet sistemlerin yasama ve yürütmenin yetkilerinin ne yönde gideceği meçhul olmakla birlikte işlemlerin hızlı yürütülmesi anlaşmazlıkların azaltılması noktasında Yürütmenin başı olan Başkan ve Cumhurbaşkanına verilen yetkilerin artacağı tarafımızca değerlendirilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aral Vecdi, Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.122
- Arıkan Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 37
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 6. B, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s.191.
- Ergül Ozan, Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, s.31-32
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Bursa, 2018, s.377.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, 28. Baskı, Haziran 2019, s.300-301.
- Küçük Adnan, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Adres Yayınları, 1. Baskı, Nisan 2019, s.76-77.
- Küçük Adnan, Türkiye’de Başkanlık Sistemi, Adres Yayınları, Ankara, Şubat 2020, s. 192.
- Özay İlhan, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 426.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2017, s.211.
- Özsoy Boyunsuz, Şule, Dünyada Başkanlık Sistemleri Karşılaştırmalı Bir Analiz, İmge Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2017, s. 167.
- Söyler Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 28.
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul, 2018, s. 438.

Makaleler

- Apaydın Bahadır, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri”, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı, 2020, s. 18.
- Ardıçoğlu M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, s. 46.

- Atalan Mustafa, "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", *Kırıkkale Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora tezi*, s.343.
- Bektaş Eda, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", *Yasama Dergisi*, Sayı 39, Ocak-Haziran 2019, s.211.
- Boztepe Mehmet, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s. 19.
- Coşkun Vahap, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.36, 2017, s. 19.
- Çolak Çağrı D., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Management Journal*, Cilt 3 Özel Sayı, 2017, s. 61
- Kanadoğlu Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2018, s.642-645.
- Küçük Adnan, Doğan, Bayram, "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s. 17, 54.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler", *TBB Dergisi*, 2020, s. 4-5
- Sezer Abdullah, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), 2019, s.382.
- Şirin Tolga, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Dergisi*, Sayı 14, 2018, s.300.
- Taşdöğen, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 3, 2016, s. 940.
- Ülgen Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, s. 20.
- Ünal Açıkgöz Merve, Fendoğlu Hasan Tahsin, Güller Abdul Samet; "Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkanlığın Düzenleyici İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 149, s. 228.
- Yeniay Lokman, YENİAY, Gülden, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 36, Sayı 1, s. 107.
- Yıldırım Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı, 2, 2017, s. 25.
- Yılmaz Halit, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, s. 246.
- Zarplı Çağdaş, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği: Kanun Hükümünde Kararnamelerden ve ABD Başkanlık Kararnamelerinden Farklarının İncelenmesi", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, Cilt 15, Sayı 26, Haziran 2020, s. 4591.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi E.2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 23.01.2020 tarihli karar.

Anayasa Mahkemesi E.2001/9, K.2001/56 sayılı ve 20/3/2001 tarihli karar

Anayasa Mahkemesi E.2000/45, K.2000/27 sayılı ve 14/4/2000 tarihli karar

Anayasa Mahkemesi E.2011/60, K.2011/147 sayılı ve 27/10/2011 tarihli karar.

İnternet Kaynakları

<https://www.federalregister.gov/presidential-documents/executive-orders/> [Erişim Tarihi: 07.02.2021]

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf> [Erişim Tarihi: 07.02.2021]

CEZA HUKUKUNUN İKTİDARI SINIRLAMA FONKSİYONU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN ASSESSMENT ON THE POWER-LIMITING FUNCTION OF CRIMINAL LAW

Ercan YAŞAR*

Özet: Bu çalışmada spesifik olarak ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olmadığı ve varsa bunun hangi mekanizmalarla ve ne şekilde hukuk devleti içinde verimli kullanılabileceği üzerinde durulmuştur. Bilindiği üzere ceza hukuku, ağırlıklı olarak bireye, toplu suç işlenmesi halinde de bu bireylere veyahut bunlardan oluşan örgütlere yönelik yaptırımlarla ilgilenen bir hukuk dalıdır. Keza anayasa hukukundan farklı olarak ceza hukuku, çeşitli hukuk mekanizmaları koyup yasama, yürütme ve yargı erklerinin nasıl çalışmaları gerektiği konusunda ilgilenmez. Dolayısıyla ceza hukukunun doğrudan iktidarı (devlet erklerini) sınırlama gibi bir işlevi bulunmamaktadır. Buna rağmen yakın geçmişte yayınlanan birçok çalışmada ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda ceza hukukunun böyle bir fonksiyonunun olduğunu savunan müellifler olduğu gibi bunun aksini pek de haksız sayılmayan gerekçelerle savunan yazarlar da ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada bu tartışmaların bir derlemesi ve değerlendirmesi amaçlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk Devleti, İktidarın Sınırlandırılması, Ceza Hukukunun Fonksiyonları, Kanunilik İlkesi, İktidar Yanlısı Ceza Hukuku, İktidarı Kısıtlayan Ceza Hukuku, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, Ceza Kanunlarının Tespitinde Parlamento Tekelciliği

Abstract: The purpose of this article is to find out specifically, whether criminal law has a function of limitation when it comes to public authority (government), and if so, how and with what kind of mechanisms this function of criminal law could be used effectively in a state which is run by rule of law. Criminal law concentrates itself to regulate and sanction a specific act and/or omission of individuals. Unlike constitutional law, criminal law does not construct some law mechanisms to ensure the separation of power and to regulate how legislative, executive and judicative organs operate.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ercanyasar279@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9076-6795, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.02.2021, Kabul Tarihi: 09.03.2021

For this reason, criminal law does not have the function of limitation regarding public authorities, especially the government. This holds true even though there are some recent publications which analyse the function of criminal law by limiting the power of government and/or state. Some authors concluded that criminal law does have such functions to limit the state power while others were contradictory with their undeniable arguments. This article aims to outline and analyse the current discussions about this topic.

Keywords: Rule of Law, Constitutional Limitations of Power, The Functions of Criminal Law, Principle of Legality, Negative Criminal Law, Separation of Power, Positive Statutory Law, Parliamentary Monopoly in Criminal Law

Giriş

Bu çalışmada spesifik olarak ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olmadığı ve varsa bunun hangi mekanizmalarla ve ne şekilde hukuk devleti içinde verimli kullanılabileceği üzerinde durulacaktır. Bu çalışmada kullanılan iktidar kavramı, hem geniş anlamda ceza normları koymakla yetkili devleti ve daha spesifik bir tabirle yasama erkini hem de dar anlamda yasama faaliyetlerinde çoğunluğunu elinde bulunduran tek parti yahut koalisyon hükümetlerini (yürütme erkini/hükümeti) kapsamaktadır. Dolayısıyla burada birey ve toplumun özgürlüklerinin geniş anlamda devlet gücüne karşı, dar anlamda ise yasama erkini elinde bulunduran iktidara karşı korunması ele alınmaktadır. Ceza hukukunun mevcut mekanizmalarıyla bu kuvvetlerin (yasama erkinin ve/veya iktidarın) keyfi davranma alanlarının sınırlandırılmasının veyahut tamamen bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı sorunsalı ele alınmaktadır. Konu sınırlaması gerekçesiyle bu araştırma konusunun anayasa hukuku boyutu, hukuk felsefesi (felsefi) boyutu ve kuvvetler ayrılığının hâkim olduğu sistemler dışındaki yönetim sistemleri boyutları ele alınmayacaktır.

J. S. Mill'e göre: "Topluluğun güçsüz üyelerini sayısız akbabalara yem olmaktan kurtarmak için, bu akbabalardan daha güçlü ve onların yükselmesini önlemekle görevli bir avcıya ihtiyaç vardı. Ancak sürünün üzerine çullanmada, küçük çaylakların herhangi birinden daha az istekli olmayacağından, bu avcının gagasına ve pençelerine karşı da mutlaka savunma halinde bulunmak gerekirdi. Bu nedenle, özgürlük dostlarının hedefi, yöneticinin topluluk üzerinde kullanmasına cevaz verebilecek iktidarına sınır koymaktı. Onların özgürlükten anladıkları

şey, işte bu sınırlama idi.”¹ O halde keyfiliğin önüne geçmenin, hukuk devletine layık bir sistem tesis etmenin yolu çok hassas dengeler üzerine kurulmuş bir düzen yaratmaktan geçmektedir. Kuvvetler birbirlerinin sınırlarını çizdiği, birinin diğerine baskın gelmediği kuvvetler dengesi kurulmalıdır ki toplum keyfilikten uzak bir yaşamı barış ve düzen içinde yaşayabilsin.² Çalışmamızla ceza hukukunun sözünü ettiğimiz bu keyfilikten uzak ideal düzene bir katkısının olup olmayacağını, bir katkısı olacaksa bunun nasıl olacağı sorularına cevap aranacaktır.

Kuvvetler ayrılığını prensip edinen sistemlerde bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirlerinden bağımsız hareket ettikleri gibi, karşılıklı olarak birbirlerini dengeleme fonksiyonu da görürler. Bilindiği üzere ceza hukuku daha çok devletin gerçek kişiler üzerindeki cezalandırma hakkını/yetkisini kullanması bağlamında devreye girer ve bireylerin şahsi ölçü alma, kendince suçlu gördüğünü cezalandırma yahut bireylerin kendi kendilerine adaleti sağlama girişimlerine engel olma işlevleri görür.³ Nitekim bu sayede de adaleti sağlama tekeline, bireylerin elinden alıp kendi bünyesinde tutar.⁴ Yine de belirtmekte fayda var ki, günümüzde ceza hukukunda caydırıcılık ve cezalandırma asıl amaç olmaktan çıkmakta olup suç işleyenlerin ıslahı ve rehabilite edilip topluma tekrardan kazandırılmaları temel ceza hukuku saiki olmaya başlamıştır.⁵ Görüldüğü üzere ceza hukukunun asli maksatlarının içinde bu hukuk dalına iktidarı sınırlama gibi bir misyon doğrudan yüklenmemiştir.⁶ Bu hukuk dalına, dolayısıyla, ceza kanunlarına böyle bir misyonun yüklenip yüklenemeyeceği de doktrinde tartışmalıdır. Ancak iktidarların ceza kanunlarını daha geniş anlamda ceza hukukunu kendi amaçları doğrultusunda kullanma

¹ Çeviri için bkz. John Stuart Mill, Hürriyet Üstüne, (çev. Mehmet Osman Dostel) Liberal Düşünce Topluluğu 2003. <http://dusuncentarihi.kapadokya.edu.tr/makale/huerriyet-uezerine.html> (06/06/2020).

² Thomas Möllers/Charl Hugo, Legality and Limitation of Powers, (Edt. Thomas Möllers/Charl Hugo) Nomos 2019, s. 11 vd.

³ Krş. Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. bası, s. 4, Kn. 10 vd.

⁴ Krş. Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. bası, s. 4, Kn. 10 vd.

⁵ Krş. Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. bası, s. 5, Kn. 14 vd.; Detaylı bilgi için bkz. Georg Küpper, “Richtiges Strafen”, in Jahrbuch für Recht und Ethik, Vol. 11, s. 53 vd.

⁶ Cezalandırmadaki amaç üzerine detaylı bir inceleme için bkz. Maden Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yapıtlar, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, Gazi Üniv. Huk. Fak, 2012, s. 52 vd.

arzularının varlığı ilk ceza kanunlarının ortaya çıktığı tarihten bu yana var olup günümüzde de giderek artan bir şekilde devam etmektedir.⁷ Bu da devletlerin (iktidarların) perspektifinde, her ne kadar doğrudan ceza normlarının konuluş amaçlarının içinde sayılmasa da kanunlaştırma süreçlerinde iktidarlarca hep arka planda da olsa düşünülmüş ikincil bir maksattır.⁸ Öyle ki, iktidarların perspektifinde bu ikincil amaç yüzyıllardır ceza kanunlarının oluşum ve gelişiminde aktif bir etki bırakmaktadır, bireylerin hak ve özgürlükleri bağlamında da iktidarlarca ceza hukukuna yüklenmiş bu dolaylı emelin denge unsuru olarak nitelendirebileceğimiz “ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevi” gibi ikincil bir işlev de ceza hukukuna atfedilebilir.⁹ Zira ceza hukuku *Koca/Üzülmez* müelliflerin de zikrettiği gibi “sadece özgürlükleri sınırlandıran değil, aynı zamanda, sınırlandırmayla bağlantılı olarak özgürlükleri koruyan bir hukuk disiplindir”.¹⁰

⁷ Aynı yönde Centel/ Zafer/ Çakmut, CHGH, 11. b., s. 4.; Bkz. Madde Gerekçeleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 1: “Ceza kanunları bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahale eden yaptırımları içermektedir. Bu nedenledir ki bir ülkedeki ceza kanununa hâkim felsefe, değer ve ilkeler, o ülkedeki siyasi rejimin niteliğini gösterir. Nitekim tarihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da tamamen ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler. Yine insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve tedbirlere maruz kılınmaması amacıyla başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşme ve belge de bireyi ceza kanunlarının keyfi uygulanmalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer vermiştir. Bu sözleşmelere taraf olan ülkemizin Anayasa’sında da aynı esaslar öngörülmüş olduğundan, Ceza Kanunu’nun amacını tanımlayan TCK m. 1 ile de bireyin sahip bulunduğu hukukî değerler, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Böylece Türk Ceza Kanunu’nun özgürlükçü karakteri vurgulanmakta, bunun yanında bireyin; adalet ve güvenliğin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, Ceza Kanunu’nun temel amaçları arasında sayılmaktadır.”

⁸ Bkz. Madde Gerekçeleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 1.; Ayrıca bkz. “Devlet ne kadar özgürlükçü ise ceza kanunları da o kadar özgürlükçü, ne kadar otoriter ise ceza kanunları da o kadar katı olacaktır.” Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pinar Bacaksız/ İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. b., Seçkin, Ankara 2017, s. 44.

⁹ Bkz. aynı doğrultuda Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, 4. bası, Madde 1, s. 24: “(...) ceza hukuku, bireyi birbirine ve devlete karşı savunan ya da koruyan bir hukuk dalı kimliğine bürünür.” Aynı doğrultuda Özbek a.g.e. s. 26.

¹⁰ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 102.

Ancak ceza hukuku bu iktidarı sınırlama işlevini tek başına yerine getirememektedir; bunun için değiştirilmesi daha ağır şartlara bağlanmış anayasa hukuku normlarına ve orada güvence altına alınmış ilkelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yüzden ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olamayacağını incelerken ceza hukukunun bazı alt kavramlarına tek tek yer verilir bunların uygulamada iktidarlarca ne gibi durumlarda kullanılabilirdiğini veyahut -varsa- bunların hangi şekillerde iktidarı sınırlama işlevi gördüklerini ele alacağız. Her ne kadar böyle bir tasnif mevcut olmasa da ceza hukukunun iktidarı sınırlama boyutunu ele alırken bu tasnif yoluna başvurmak kaçınılmaz olmaktadır. Üst kavram olarak ceza hukukunu baz alırsak anayasalarda yer alan ceza hukukuna ilişkin güvence ve prensipler, ceza kanunları ve yargı organlarını (burada kastedilen ceza hukuku uygulayıcıları olan mahkeme ve hakimlerdir) bu bağlamda ele alacağız. Keza burada yargı bağımsızlığının yanı sıra bilhassa demokrasinin tam olarak oturmadığı toplumlarda yargıç tarafsızlığını da (bir birey olarak hâkimin herhangi bir görüş yahut zümrenin baskısı altında olmadan objektif davranma, karar alma yükümlülüğünü de) ele alma zarureti doğmaktadır.¹¹

A- Anayasada yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek güvence ve prensipler:

Ceza hukuku, iktidarın doğrudan etki alanlarında yer almamaktadır. Ancak iktidarın dolaylı da olsa ceza hukuku ile etkileşim içinde olduğuna ilişkin emarelere örnek olarak 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin şu ibareleri gösterebiliriz:

“Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu (...).”¹²

Buradan ceza hukukunun uygulayıcıları olan yargı mensuplarının bağlı bulunduğu yargı erkinin yasama ve yürütme erkleri ile eşit po-

¹¹ Jayawickrama, “Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine”, in Yar-
gitay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 2017, in s. 23 vd.

¹² Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982), Başlangıç Bölümü.

zisyonda olduğu ve bunlardan bağımsız ancak bir diğeriyle iş birliği (kooperasyon) içinde çalıştığı sonucu çıkmaktadır. Keza Anayasa'nın kuvvetler ayrılığını düzenleyen 7., 8. ve 9. madde hükümleri de bu sonucu teyit etmektedir. Bu bağlamda yargı erki, iktidarı Anayasa'da kendisine tanınan sınırlar çerçevesinde hareket etmeye zorlar. İktidarların anayasal güvence altında olan temel hak ve hürriyetleri kanuni çerçeveyi aşacak şekilde keyfi sınırlamaları¹³ ve bunların suç teşkil eden haksızlıklar olarak nitelendirilme eğilimlerinin önü Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile kesilebilir. Burada ceza hukukunun iktidarı sınırlama gibi doğrudan bir işlevinden söz edilemez ancak ceza hukukunun iktidar gücünü kuvvetlendirecek bir role bürünmesine Anayasa'da yer alan ceza hukukuna ilişkin bu güvence sayesinde engel olunmuş olacaktır.

Bu bağlamda Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü güvence altına alan Anayasa m. 11 hükmü de kanunların Anayasa normlarına aykırı olamayacağını emretmektedir. Bu anayasal güvence sayesinde ceza ve idare hukuku bağlamında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin meşru sınırları aşacak şekilde (Anayasa m. 13 vd.) kısıtlanmasına kısmen de olsa engel olunmuş olacaktır. Ceza hukuku bu bağlamda Anayasa'da yer alan güvenceler aracılığıyla iktidarın keyfi davranma alanını kapatmış veya kısıtlamış bulunmaktadır. Keza Anayasa m. 19, bir Anayasa normu olmasına rağmen ceza hukuku anlamında kişi hürriyetinin hangi hallerde kısıtlanabileceğini tek tek saymış ve bu haller dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağını güvence altına almıştır. Bu anlamda iktidarın keyfi davranma olanağı kısıtlanmış olmaktadır. Böylece kaynağını usulüne göre uygulamaya konulmuş kanuni düzenlemelerden almayan kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir yaptırım, başkaca bir ad altında (Cumhurbaşkanı Kararnameleri, yönetmelik vs.) çıkarılıp keyfi olarak uygulanamaz. Ceza hukukunun

¹³ Ölçülülük ilkesi olarak nitelendirilen bu ilke suç teşkil eden fiillere karşı öngörülen yaptırımların yasama ve yürütme erklerini yöneten iktidarın kişisel menfaatlerine hizmet etmesi yerine elverişli, gerekli ve orantılı olmaları gerektiğini vurgulamaktadır; bu kriterlere uymayan kanun düzenlemeleri iptal edilerek, iktidarların ceza hukuku araçlarını keyfi kullanmalarının önü kesilmektedir. Bu duruma örnek olarak Anayasa'nın 84. maddesinin 5. fıkrasının 2010 değişikliklerinden önceki düzenlemeleri ve siyasi partilerin kapatılmasına sebebiyet veren kimselerin 5 yıl süreyle herhangi bir partinin kurucusu, üyesi vs. olamaması yaptırımları verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. b. Ankara 2019, s. 150.

iktidar gücünü arttıran (*machtverstaerkendes Strafrecht*) bir mekanizmaya dönüşmesinin önü bu anayasal güvencelerle kesilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda zikretme gereği duyulan bir başka düzenleme ise Anayasa m. 38 hükmüdür. Bu anayasal düzenlemenin “iktidarı sınırlama” bağlamında sağladığı güvenceler, aşağıda “Ceza Kanunlarında yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek norm ve ilkeler” başlığı altında incelenecektir.

İktidar gücünü arttıran ceza hukukundan bahsedildiğinde belki de akla ilk gelen ve iktidarların keyfi kullanımına müsait olan bir alan olarak Anayasa m. 25’te güvence altına alınmış olan düşünce ve kanaat hürriyeti ile ilgili düzenlemeler ele alınmalıdır. Bu alan kanunlaştırma sürecinde de sınırları net bir şekilde konulamayan, bu sebeple de somut olayda düşünce ve ifade özgürlüğü boyutunun aşılıp aşılmadığının tespitinin kolay olmadığı, doktrin ve uygulamada sürekli tartışmalara mahal veren bir alandır. Bu bağlamda sınırları- dilin müsaade ettiği çerçevede- olabildiğince net olarak çizildiği bir kanun düzenlemesi, nelerin kanundaki suç tanımına girdiğini öngörülebilir şekilde belirlemiş olacaktır. Böylece uygulamada düşünce ve kanaat hürriyeti üzerindeki muhtemel iktidar baskısı kısıtlanmış olacaktır. Ayrıca Anayasa’da da güvence altına alınmış olan ceza hukukunda belirlilik ilkesi bu halde keyfiliği en aza indirgeyecek bir mekanizma olarak devreye girebilecektir.

Aynı şekilde mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alan Anayasa m. 9 da bu bağlamda ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevinin işlerliğini sağlayacak bir düzenlemedir. Bu konu önemi gereği aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Adil yargılanmaya ilişkin düzenlemeler, insan onuru ile bağdaşmayacak infaz ve yargılama usullerini yasaklayan hümanizm (insancılık) ilkesi, kusur sorumluluğu ilkesi ve kusurla sınırlı cezai yaptırım uygulanmasını zorunlu kılan orantılılık ilkesi iktidarın ceza hukukunu emellerine hizmet eden bir araca dönüştürmesine engel teşkil edebilecek ilkeler olup doğrudan yahut hukuk devleti olmanın gereği olarak Anayasa ve ceza normları ile güvence altına alınmışlardır. Milletvekili sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı müesseseleri negatif ceza hukukunun birer yansıması olup, iktidarın veya çeşitli organ veya kesimlerin ceza hukuku müesseselerini (soruşturma, kovuşturma, koruma ted-

birleri vs.) kullanarak karşıt fikirlilerin meclis çalışmalarını imkânsız kılmalarını engelleme işlevi görmektedir. Anayasal düzenleme ile getirilen ve ceza hukukunun kişi bakımından uygulanmasına istisna tanıyan bu düzenlemelerle ceza hukuku ve yargı organı iktidarın keyfi biçimde kullanabileceği araçlar olmaktan çıkmıştır.

Keza idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemiyor olması da dolaylı olarak negatif ceza hukukuna katkı sağlamakta ve iktidarın (denetime tabi olmadan) suç teşkil eden fiil ve buna ilişkin yaptırım öngörmesini engellemektedir. Aksi durumda idare/iktidar söz konusu fiillerin haksızlık içeriklerine bakmadan, bu fiillerin işlenmesi ile bozulan kamu düzeninin tesisinin başka hukuk araçları ile (özel hukuk veya idare hukuku araçlarıyla) mümkün olup olmadığını incelemeyen her gün yeni suç tipleri düzenleyip bireyin, toplumun ve/veya muhaliflerin özgürlük alanlarını kısıtlamış olurdu.

Sebebi tartışmalı olmakla birlikte, zinanın ve reşit olanlar arası en- sest ve/veya hemcinsler arası cinsel birlikteliklerin ceza hukukunda yer almamalarının arka planında medeni hukuk ve toplum değerlerinin bu fiillerin işlenmesinin önüne geçebileceği düşüncesidir, denilebilir. Kanun koyucu ceza hukukunun son çare olması gerektiği fikrine dayanarak iktidarın bireylerin özel hayatlarına ağır müdahalelerde bulunmasına engel olmak istemiştir (burada toplumun vekilleri aracılığıyla kendisini yöneten iktidara bir set çektiği iddia edilebileceği gibi, iktidarın kendi kendini kısıtladığından da söz edilebilir).¹⁴ Bu örneklerden yola çıkarak ceza hukukunda yer alan *ultima ratio* ilkesinin (Anayasa'da yer alan orantılılık/ölçülülük ilkeleri ile bağlantılı) iktidarı sınırlama fonksiyonundan bahsetmek mümkündür. Burada yine negatif bir müdahaleden söz edilmesi gerekmektedir (konuya aşağıda ayrıca yer verilecektir).

B- Ceza kanunlarında yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek norm ve ilkeler:

Makale konusunun amacı iktidar ve ceza hukuku ilişkisini ele almak olduğundan *Anayasalarda yer alan ve ceza hukuku bağlamında ik-*

¹⁴ Söz konusu fiillerin suç olması gerektiği konusunda toplumda baskın bir görüşün olduğu düşünüldüğünde milletin yönetimi kısıtladığı sonucundan çok iktidarın kendi kendini kısıtladığı sonucuna varmak gerekmektedir.

tidarı sınırlama işlevi görebilecek güvence ve prensiplere kısaca yer verip bu iktidar – ceza hukuku ilişkisini ağırlıklı olarak ceza kanunlarında yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek norm ve ilkeler çerçevesinde yürütmek istiyoruz; zira giriş kısmında da değindiğimiz üzere, çalışmanın felsefi ve anayasal boyutu çalışma ve uzmanlık alanımızın dışındadır. Her ne kadar anayasa ve ceza kanunlarında yer alan norm ve ilkeler şeklinde bir tasnifi yapmış olsak da ve her ne kadar bu düzenlemelerin bir kısmı anayasalarda yer alsalar da bu hukuk kurum ve prensipleri, ceza hukukuna ilişkindir. Kanunilik ilkesi ve onu tamamlayan ilkeler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalara dair güvenceler gibi ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin anayasalarda yer almasının sebebi bunlara normal kanunlardan daha fazla önem verilmesi ve bu ilkeleri anayasal güvence altına alma düşüncesinden kaynaklanmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla bu ilke ve güvenceler anayasalarda yer alsalar dahi bunların iktidarı sınırlama anlamında oynadıkları rol ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevinin (böyle bir işlevinin varlığını kabul etmemiz halinde) birer tezahürüdürler.¹⁶

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu, mülga kanunun (765 sayılı TCK) aksine birinci maddesinde ceza kanununun amacını ele almış ve ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonuna hizmet edecek şekilde yorumlanmaya müsait birkaç asli amaç zikretmiştir. Buna göre hukuk devletini korumak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve kamu düzen ve güvenliğini korumak Türk Ceza Kanunu'nun amaçlarındandır. Yukarıda zikredildiği üzere bu ilke ve güvenceler Anayasa'da da bilhassa kaleme alınmış bulunmaktadır. Ceza hukukuna bu vesileyle hukuk devletini koruma gibi bir yükümlülüğün yüklenmiş olmasından ceza hukukunun bir iktidarı sınırlama mekanizması olarak işlev görebileceği şeklinde bir çıkarım yapılabilir. TCK m. 1 ve maddeye ilişkin gerekçeden yola çıkılarak kanun koyucunun ceza kanununa suç tiplerini belirlemek ve buna ilişkin cezalara ve yaptırımlara yer vermek dışında başkaca işlevler de yüklediğini iddia edebiliriz. Kanuni

¹⁵ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı 13., 19., 38. maddeleri; aynı şekilde Alman Anayasa'sının 103. maddesi.

¹⁶ Negatif ceza hukukunun (negatives Strafrecht) ceza hukukunda iktidarı sınırlama amacına hizmet edecek muhtemel talepleri şunlardır: "Bağımsız yargı", "Sınırları net olan bir usul formatı", "İnsancıl yaptırımlar", "Açık kanun düzenlemeleri", "Kıyas yasağı" ve "Geriyi yürümezlik". Bunun için bkz. Vossberg, "Negatives Strafrecht", in KritV, Vol. 94, No 4, 2011, s. (365), 407.

çerçevesinin dışına çıkmış bir iktidarın olduğu yerde, ceza normlarının adaletin tesisi amacı dışında amaçlara hizmet ettiği yahut keyfi hukuk uygulamalarının olduğu bir yönetimde hukuk devletinden bahsedilemeyecektir. TCK madde 1'e ait madde gerekçesinde her ne kadar ceza kanunlarının kötüye kullanılmasına engel olmak için hukuk devletini korumak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve kamu düzen ve güvenliğini korumak güvencelerine yer verildiğinden bahsedilmiş olursa da burada hukuk devletini koruma anlamında ceza kanununa somut olarak nasıl bir görev verildiği açıkça belirtilmemiştir; bu çerçevede anayasal düzene karşı işlenen fiillerin suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanması örnek verilebilir ancak anayasal düzen hukuk devletine uygun düşmeyen bir düzen olsa da düzene karşı gelme cezalandırılacağından, doğrudan hukuk devletini koruduğu söylenemez. Kaldı ki bu düzenlemelerle mevcut iktidarın keyfi davranmasının önüne geçmek amaçlanmamakta, aksine mevcut iktidarı ve anayasal düzeni yıkmak ve/veya değiştirmek isteyenler cezalandırılmaktadır. Ancak yine de yürürlükteki Anayasa'mızın hukuka dayalı bir düzen öngördüğüne dayanılarak, anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik fiillerin suç teşkil etmesinin hukuk devletini koruma amacına hizmet ettiği ve hukuk dışı yollarla iktidarı ele geçirip keyfi bir düzen kurmak isteyenleri engellemeyi amaç edindiği söylenmelidir (hukuk devletini korumak beraberinde ceza hukukunun keyfi kullanımının önüne geçmeyi getirmektedir).¹⁷ Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde ilişkin gerekçeden kanun koyucunun bir bütün olarak ceza hukuku normları ile, yasama erkine insan onuruyla bağdaşmayan cezalara yer vermemesi¹⁸, suç tipleri ve onlar için öngörülen yaptırımlarda orantılı olma gibi yükümlülüklerin yüklendiği sonucu çıkarılabilir; zira bunlar her şeyden önce hukuk devletinin birer gereğidir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen maddelerde ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevine dair somut, doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁷ "Ceza Kanunu'nun amacı hukuk devletini korumakla sınırlı olmamalıdır. Hukuk devletini korumaktan çok hukuk devletini sağlamak önemlidir" Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. b., Ankara 2019, s. 46.

¹⁸ TBMM'nin Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 03/08/2004 tarihli raporunda da hukuk devleti ve hümanizm ilkeleri ile ceza hukukunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı vurgulanmıştır. Daha önce zikreden İzzet Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. b., s. 81.

Bu ise çok doğaldır, zira iktidarın sınırları anayasalarda belirlenmektedir. Yine de TCK'nın 1. maddesine ilişkin gerekçede yer verilen bu açıklamalar ve 1. maddede vurgulanan hukuk devleti kavramı, yasama erkine, dolayısıyla kanunları çıkarmada söz sahibi olan iktidara nasıl davranmaması gerektiği yönünde bir çağrıda bulunduğu için iktidarların ceza normlarını keyfi şekilde düzenlemelerinin önüne -zayıf da olsa temenni niteliğinde bir set çekmiş olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki temenniden öteye geçemeyecek olan bu normatif düzenlemenin yürütmenin (iktidarın) iradesini yansıtan yasama erkince ihlal edilmesi işten bile değildir. Dolayısıyla bu düzenleme yeterince koruma sağlayamamaktadır.

Ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonu üzerine bu alanda en iyi çalışmalardan birini yapmış olan Naucke "*Negatives Strafrecht/ Negatif Ceza Hukuku*"¹⁹ adlı eserinde ceza hukukunun iktidarın gücünü arttırmada (das machterstaerkende Strafrecht) bir araç işlevi görebileceği gibi iktidarın yasal sınırlarını aşması durumunda iktidarı sınırlamada da (das machtbegrenzende und/oder verneinende Strafrecht) etkili bir araç olarak devreye girebileceğini aktarmaktadır.²⁰

Ceza hukukunun iktidar yanlısı olarak nitelendirildiği ilk halde ceza hukuku iktidarın gücünü perçinlemek için bir araç olarak kullanılmaktadır. Böylece iktidar, yetkilerini kullanırken yasal olarak kanunları uygulamaktan öteye geçemeyen mahkeme ve hâkimleri kendi çıkar ve amaçları doğrultusunda kullanabilmektedir. İktidar, elindeki parlamento çoğunluğundan faydalanıp çıkarttığı keyfi kanunlar aracılığıyla yargı erkine kendi emellerini dayatabilmektedir.²¹ Yargı organları kanunları uygulamakla yükümlü oldukları için bir anlamda dayatılan pozitif hukuk normlarını önlerindeki davalara uygulamak zorunda kalmaktadır. Bu durumun baskın olduğu ceza hukukunu Naucke iktidar yanlısı/yakını ceza hukuku (das machtnahe Strafrecht) olarak nitelendirmektedir.²² Keza bunun aşırı derecede görüldüğü yönetim şekillerine de öğretilerde demokratik tiranlık denilmektedir.²³ İktidar

¹⁹ Naucke, *Negatives Strafrecht*, Editör, Thomas Vormbaum, LIT, Berlin 2015.

²⁰ Naucke, a.g.e. s. 69.

²¹ Naucke, a.g.e. s. 72.; Aynı yönde görüş için bkz. Fuller, L.L. *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, Ankara 2016, s. 13 vd.

²² Naucke, a.g.e. s. 88.

²³ Papa, "Harmonization of General Principles of Criminal Law, in *International*

tidar yanlısı bir ceza hukuku uygulamasında, bireylerin yargı önünde adil bir yargılama için zaruri olan orantılı ceza normlarına göre bir muamele görmesi neredeyse imkânsızdır. Burada, iktidar karşıtı olanların bireysel güvencelerinin varlığından söz etmek pek mümkün değildir. Çünkü *Radbruch*'un da dediği gibi: “Doğal hukuk ekolünün savunucularının tükendiği bu devirde nasıl ki asker ‘emir emirdir’ diyorsa hukukçu da ‘kanun kanundur’ diyor ancak asker kendisine verilen emrin yasak olduğunu düşünüyorsa; bu emir bir suç veyahut bir kabahat teşkil ediyorsa bunu uygulamaktan imtina edebilirken hukukçu böyle bir istisna oluşturup kanunu uygulamamazlık edemez”.²⁴ Ceza kanunlarının uygulamasında hâkim, kanunların öngördüğü sınırların ötesine geçemez. Nasıl ki her ceza artırımını bir kanuna dayandırılmalı, her ceza indirimi de kanuni bir dayanak ile gerekçelendirilmeli ise.²⁵ norm uygulayıcısının manevra alanı da *Radbruch*'un dediği keskinlikte olmasa da kanun normlarının çerçevesiyle sınırlıdır. Bu vaziyet, “hukuku güçlü olan iktidarların eline teslim ediyor ve adalet, yerini güçlü olanın hukukuna bırakıyor”,²⁶ şeklinde okunabilir.

Keza burada iktidar yanlısı ceza hukukundan kasıt, bireylerin muhalif eylem ve aktivitelerine tanınan anayasal haklarının gözetilmemesinin yanı sıra politik olmayan diğer gündelik yaşam aktivite ve eylemlerinin de iktidar tarafından çıkarılmış ceza normları ile kısıtlanmasıdır.²⁷ Ceza hukuku bilindiği üzere bireylerin özgürlük alanlarına doğrudan etki eden bir hukuk dalıdır. Bu alanda ne kadar yeni suç tipi oluşturulur ve ceza normu haline dönüştürülürse, bireylerin özgürlük alanları (icrai ve ihmali davranış/hareket alanları) o kadar daraltılmış olur.²⁸

Criminal Law; Quo Vadis?” Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC, *Reproduction des articles interdite sans autorisation des éditeurs*, Éditions érès, 2004, p. (353) 355; “mutlak parlamento çoğunluğu veyahut mutlak tek parti çoğunluğu, mutlak monarş olan kralın despotizminden daha az despot değildir.” Von der Heydte, F. A. Freiherr, Charles Baron de Montesquieu vom Geist der Gesetze, De Gruyter, Berlin 1950, s. 72.

²⁴ Radbruch, “Einführung in die Grundprinzipien des Rechts”, in Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.09.1945, s. 1.

²⁵ Bkz. TCK m. 61/10.

²⁶ Radbruch, a.g.e. s. 1.

²⁷ Buna Nazi Almanyası dönemindeki Alman ceza normları ve baskıcı rejim sürdüren İran, Suudi Arabistan vb. ülke ceza normları gösterilebilir.

²⁸ İran ve veya Suudi Arabistan gibi ülkelerde haksızlık içerikleri modern hukukça

Çalışma konusunun ağırlık noktasını oluşturan ikinci halde (ceza hukukunun aktif ve veya pasif şekilde iktidarı sınırlaması) ise ceza hukuku, yukarıda iddia edilenin tam aksi yönde bir işlev görmektedir. Buna göre, iktidarların amaçladıkları keyfi kanunları çıkarmalarına ve bunları uygulamaya koymalarına ceza hukuku engel olacaktır. Keza *Naucke* bunu aynı eserinde iktidarı sınırlayan ceza hukuku (das machtbegrenzende und/oder verneinende Strafrecht) olarak nitelendirmektedir.²⁹ Öyle ki ceza hukukunun bu yönü (iktidarı sınırlaması), hukuk uygulamasında ceza hukukunun iktidar yanlısı olmasına oranla en aktif işlev gören yönüdür. Herhangi bir kanun metni görülmekte olan davaya uygulanacaksa mahkeme yahut hâkim, re’sen veyahut talep üzerine ilgili normu anayasa mahkemesi önüne taşıyabilmektedir. Bu durumda anayasa mahkemesi, bu normun başta Anayasa olmak üzere ceza hukuku ve dolaylı da olsa uluslararası hukuk norm ve prensipleri ile bağdaşıp bağdaşmadığını inceleyip karara bağlar. Dolayısıyla iktidarın, bireyleri veya toplumu baskılamaya hizmet etsin diye çıkardığı normların neredeyse tümünün uygulama görmeden iptal edilebilmesi teorik olarak mümkündür. Böylece hem bireyler kontrolsüz devlet gücüne (bu bağlamda bilhassa – yasama ve yürütme erkini çoğunlukla yönlendiren – iktidara) karşı korunmuş olmakta hem de ceza hukuku (Anayasada yer alan mekanizmalar aracılığıyla) iktidarı sınırlama fonksiyonunu yerine getirmiş olmaktadır.

Keza ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevini yerine getirebilmesi için olmazsa olmaz koşullarından ilki kanunilik ilkesine ve ona bağlı diğer tamamlayıcı tüm ilkelere azami riayettir. Doğaldır ki bu riyeti sadece yargı erkinden beklemek doğru olmaz. Zira kanunilik ilkesinin kanun koyucuya, kanun uygulayıcısı olan yargıya ve alınacak kararları icra edecek olan geniş anlamda yürütme organına (idare-

tasvip edilmeyen fiillerden sayılan “kadınların kamusal alanda başı açık gezmesi” fiillerinin adli para cezası, bedensel ceza ve veya hapis cezası ile cezalandırılmasından, iktidarın ceza hukukunu kendi emellerini gerçekleştirmede baskı aracı olarak kullandığı neticesi çıkartılabilir. Zira bu fiillerin kamu düzenini bozduğuna yahut (velev ki bozulmuşsa) bozulan kamu düzeninin tesis için son çare olarak başvurulması gereken ceza hukuku araçlarına başvurmanın zaruri olduğuna dair güçlü hiçbir argüman yoktur. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/02/iran-dozens-of-women-ill-treated-and-at-risk-of-long-jail-terms-for-peacefully-protesting-compulsory-veiling/> (05/06/2020).

²⁹ *Naucke*, a.g.e. s. 69 vd.

ye) yüklediği birtakım sorumluluklar vardır.³⁰ Kanun koyucu, yeni bir yasa çıkaracağı zaman kanunilik ilkesi ve onun tamamlayıcı ilkeleri olan geriye yürümezlik ilkesi, kıyas yasağı ilkesi, belirlilik ilkesi gibi ilkelere de riayet etmek zorundadır. Bu doğrultuda kanun koyucunun çıkaracağı her (suç ve ceza ihdas eden) ceza hukuku normu kanunilik ilkesi, geriye yürümezlik ilkesi, kıyas yasağı ilkesi ve belirlilik ilkesinin öngördüğü nitelikleri haiz olacak şekilde hazırlanmalıdır. Keza usulüne göre yürürlüğe girmiş bu kanunların uygulayıcısı olan hâkim ve mahkemeler de ceza hukukunda bir hükme varacakları zaman hükümlerini şekli anlamda bir kanun hükmüne dayandırmak, bu hükümde sanık aleyhine kıyasta bulunmamak, kanunun açıkça öngördüğü suç unsurlarına (belirlilik ilkesi) hükmü dayandırmak ve kuralı sanık aleyhine geriye yürütmeyecek şekilde karara bağlamak zorundadırlar.³¹ Nitekim yürütme erki de idari işlevini yerine getirirken açık kanun ve yargı kararlarına uymak durumundadır. Bilindiği gibi erklerle bu yükümlülüğü yükleyen, geniş anlamda kanunilik ilkesidir. Geniş anlamda kanunilik ilkesi, kamu hukukunu da içine alacak şekilde yasama, yürütme ve yargı erklerine yükümlülük yükler. Dar anlamda kanunilik ilkesi ise buna karşılık suç tiplerinin tanımlanmasında ve suç tiplerine uygulanacak yaptırımların tespitinde dikkate alınacak kriter ve uyulacak prensipleri belirler. Tüm bunlar gösteriyor ki kanunilik ilkesi ve buna bağlı diğer olmazsa olmaz prensipler negatif ceza hukuku dediğimiz iktidarı sınırlayan ceza hukuku bağlamında önemli ilkelerdir. Zira negatif ceza hukuku doğrudan aktif/pozitif bir hukuk normu düzenleyip iktidarın çalışma alanının sınırlarını belirlemekte, aksine, mevcut normların aktif alanlarının dışındaki alana ilişkin yorumlar yürüterek ceza hukukuna yeni bir işlev bulmaktadır. Ceza hukukunun doğrudan pozitif normlar ile iktidar gücünün sınırlarını belirlemesi kanaatimizce mümkün değildir; böyle bir düzenleme olsa olsa Anayasa normu olur.

Bilhassa hukuk devletlerinde, –yukarıda da dile getirdiğimiz üzere– keyfi uygulamalara engel olmak için çeşitli kurum, mekanizma ve ilkeler belirlenmiştir. Ceza hukuku da genel geçer ilkeleri ile iktidarların muhtemel keyfi uygulamalarının önüne geçmekte önemli

³⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı TCK, 2. bası, cilt 1, s. 8.

³¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı TCK, 2. bası, cilt 1, s. 7 vd.

bir rol oynamaktadır. Buna karşılık ceza hukukunun ilkeleri ile keyfiliğin önüne geçilebileceği vargısı uluslararası camiada kimi hukukçular tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Bilhassa parlamentoların ceza hukuku normlarını koymaktaki tekelciliği eleştirilmiştir.³² *Michele Papa*, yakın geçmişte yayınlanmış bir eserinde günümüz ceza hukuku teorisyenlerini pozitif hukuk normlarının güvencelerine körü körüne bağlandıkları gerekçesiyle eleştirmiş ve bunun bireyleri devlet karşısında korumaya yetmeyebileceğini haklı olarak vurgulamıştır.³³ Parlamentolarca düzenlenip yürürlüğe girmiş pozitif hukuk normlarının ve anayasalar yahut kanunlar aracılığıyla güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerin iktidarların keyfi uygulamalarına karşı tamamen güvence altına alınmış oldukları söylenemez. Keza hukuk tarihi, bu anayasal güvencelerin mahkemeler yahut hükümetlerce sayısız kez ihlal edildiğine tanıklık etmiştir. Alman hukuk mahkemelerinin Birinci Dünya Savaşı sonrası aldıkları kararlar (Nürnberger Yargılamaları) ve Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden sonraki kanunilik ve geriye yürümezlik ilkelerini ihlal eden kararlar (Mauerschützenprozesse) bunlara verilen en karakteristik örneklerdir.³⁴ Keza Nazi Almanya'sı döneminde parlamento çoğunluğunu elinde bulunduran iktidar partisinin kıyas yasağı ilkesini kanuni bir düzenleme ile devre dışı bıraktığı görülmüştür. Hatta 27-28 Şubat 1933 tarihindeki Alman meclis binasının yakılması (Reichstagsbrand³⁵) olayında da geriye yürütülen bir kanunla ölüm cezasının bu tür olaylar için getirilmesi de geriye yürümezlik ilkesinin hükümetlerce keyfi bir şekilde ihlal edilebileceğini gözler önüne sermiştir.³⁶ Tüm bu olaylar gösteriyor ki yalnızca pozitif

³² Papa, a.g.e. s. 355.

³³ Papa, a.g.e. s. 354.

³⁴ Mauerschützenprozesse olarak nitelendirilen bu davalar serisinde Doğu Alman Devleti tarafından sınır koruma için görevlendirilen ve sınırı aşmaya çalışanın öldürülmesini emreden kuralları yerine getiren askerler, emri veren üst rütbeliler, politik sorumlu kişiler yargılanmış ve kendilerine Batı Alman Devleti kanunlarına ceza verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Herwig Roggemann, "Zur Strafbarkeit der Mauerschützen", in DtZ 1993, Heft I, s. (10) 10 vd.

³⁵ Kararın 269 kenar numaralı paragrafı bilhassa okunmaya değerdir. RG, Urteil vom 23.12.1933- XII H 42/33, <https://openjur.de/u/621967.html> (05/02/2019).

³⁶ Burada geriye etkili kanunların uygulamasında mahkemelerin rolü büyüktür. Zira Alman Anayasası ve Ceza Kanunu'nda yer alan kanunilik ilkesi düzenlemeleri mahkeme heyetine dar yorumlanıp şu neticeye varılmıştır: Kanunilik ilkesi bir fiilin geriye dönük olarak suç olarak nitelendirilmesini yasaklamaktadır, suç teşkil eden fiilin ceza miktarının değiştirilmesi (somut olayda hürriyeti bağlayıcı ceza yerine idam cezasının öngörülmesi şeklindeki değişiklik) kanunilik ilkesini

normların varlığı, kişi hak ve hürriyetlerini keyfi davranan iktidarlara karşı tamamıyla koruma güvencesi veremiyor.

Demokratik tiranlıkların oluşmasının 21. yüzyılda pek mümkün olmadığı çoğunluk görüşü olmakla birlikte *Michele Papa*, böylesi tiranlıkların bu yüzyılda kurulma riskinin daha çok olduğu fikrini savunmaktadır.³⁷ İktidar çoğunluğunu elinde bulunduran parti yahut partilerin azınlık veyahut muhaliflerin hak ve özgürlüklerine hanel getirecek hukuki düzenlemeler yapıp keyfiliğe yol açabileceği durumlarda kanaatimizce ceza hukukunun – bu anlamda – önleyici fonksiyonu devreye girer (ya da girmelidir).³⁸ Temel hak ve özgürlükler ve hukukun temel prensipleri, parlamento çoğunluğuna rağmen keyfi bir şekilde devre dışı bırakılamazlar.³⁹ Zira parlamento çoğunluğunu elinde bulunduran hükümetlerin de bir düzenleme ve hareket sınırlarının olması gerekmektedir; ki bunlar modern hukuk düzenlerine tâbi yönetim sistemlerinin hepsinde öngörülmüşlerdir. Uluslararası hukukça güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetler ve bunların korunması için genel-geçer kabul edilegelmiş hukuk prensiplerinin kanımca parlamentoların üçte iki yahut daha yüksek oranda bir çoğunluk ile kısıtlanması mümkün değildir, olmamalıdır; teknik olarak böyle bir kanunun ilgili çoğunluğu sağladığı sürece ortaya çıkmasına engel bir durum yoktur ancak çıkan bu kanunların uygulanması anayasa mahkemelerince yapılacak inceleme sonucu iptal edilmelidirler; yargı erkinin bağımsızlığı, dengeleyici fonksiyonu (checks and balances) ve hukuk devletini koruma işlevi burada büyük önem arz edip belirleyici olacaktır.⁴⁰ Aksi bir durumda azınlık haklarının ve/veya muhalif haklarının hukuk devletine yaraşır bir şekilde çoğunluk iktidarına karşı korunması sağlanamaz. Kuvvetler ayrılığının kabul edildiği devlet sistemlerinde kanun koyucu, kanunları anayasa ve hukuk devleti gereklerini gözeterek yapar. Aynı şekilde yargı erki de bu kanun normlarını

ihlal niteliği taşımamaktadır, demiştir. Hukuki güvenlik boyutu ise dikkate alınmamıştır. Bkz. kararın 269. kenar numaralı paragrafı, RG, Urteil vom 23.12.1933-XII H 42/33, <https://openjur.de/u/621967.html> (05/02/2019).

³⁷ Papa, a.g.e. s. 355.

³⁸ Karşılaştırma için bkz. Naucke, a.g.e. s. 72, 114 vd.

³⁹ Papa, a.g.e. s. 355.

⁴⁰ Anayasa mahkemelerinin bu görevi hakkıyla yerine getirmemeleri ve iptal kararı vermemeleri halinde, hukuken yapılacak olanın ne olması gerektiği konusunda tatmin edici bir cevap bulunmamaktadır.

anayasa ve hukuk devletinin gereklerine ve adaleti sağlama amacına uygun şekilde uygular. Ceza hukukunun iktidarların keyfi amaçlarına hizmet etmemeleri için yargı erki, anayasa ve genel-geçer temel hukuk prensiplerine aykırı yasal düzenlemeleri uygulamaktan imtina etmeli ve bu kanunları en kısa zamanda Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşımalıdır ki yüksek mahkeme de böylesi hukuksuz normları gecikmeksizin iptal edebilsin. Yargı erkinin iktidarın keyfi kanunlarını (hangi çoğunlukla kabul edilmiş olurlarsa olsunlar) hukuki denetimden geçirip, hukuk devletinin ve evrensel ilkelerin ihlal edildiği gerekçesi ile iptal etmesi kanaatimizce demokrasi ilkesine aykırı değildir; zira halkın kendi kendini yönetmesinin de hukuk çerçevesinde sınırları olmasıdır. Aksi durum demokrasiyi çoğunluk tahakkümüne dönüştürür ki bu tahakküm hukuk devletinde kabul edilemezdir.

Bunun gibi TCK m. 3'te yer alan *cezada adalet ve kanun önünde eşitlik* ilkelerine ilişkin düzenlemeler de ceza kanunlarının iktidar yanlısı olmalarına engel teşkil edebilecek düzenlemedir. Bu düzenlemelerin hiyerarşik bağlamda bir diğer normu iptal ettirme etkisi olmasa da verilecek cezaların adil ve ölçülü olmaları gerektiğini temenni etmeleri suretiyle bu işlevi görmektedir. Burada ceza hukukunun iktidar keyfiliğini önleyici yanı devreye girmektedir. Ceza hukuku adalet ilkesi aracılığıyla (aşağıda Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Tarafsızlığı başlığı altında da inceleyeceğimiz üzere) cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında sanığa verilecek cezanın adil ve orantılı olmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece ceza hukuku hukuk sùjelerini olası orantısız yaptırımlara karşı korumaktadır. Aynı şekilde kanun önünde eşitlik ilkesi, iktidarın keyfi uygulamalarını belli bir muhalif kesime uygulamasının veyahut onların belli hak ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmasının önüne geçmektedir. Burada geniş bir yorumla ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevini yerine getirdiğini ifade edebiliriz.⁴¹ Aynı şekilde TCK m. 11/1; 12/2 (yabancı ülkede aynı ey-

⁴¹ Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan düzenlemenin birincil muhatabının yargı organları olduğu aşikardır. Ancak çalışma konumuzla bağlantılı inceleme yaptığımızda bu düzenlemenin iktidarın orantısız ceza öngördüğü kanun düzenlemelerinin somut olaylara uygulanmasını engelleyici bir rol üstlenebileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda orantısız bedensel cezaların uygulanmasını öngören bir düzenlemenin uygulanması talebiyle dava açıldığında hâkim somut olaya ilgili orantısız normu uygulamak yerine söz konusu normun iptalini anayasa mahkemesinden isteyebilecektir. Benzer

lem nedeniyle verilmiş hüküm bulunması) ve CMK m. 223/7 düzenlemeleri “*ne bis in idem*” ilkesinin (aynı eylem nedeniyle iki defa cezalandırma yasağı) ceza muhakemesine hâkim olduğunu ve bireylerin tek bir fiilden dolayı yalnızca tek bir kez yargılanıp cezalandırılabilceğini güvence altına almaktadır. Bu da geniş bir yorumla ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevlerinden biri olarak nitelendirilebilir. Ceza hukuku burada daha çok negatif anlamda bir koruma sağlamaktadır. Çünkü yargı erkine yönelik olan “bir kimseyi bir fiilinden dolayı ikinci kez cezalandırma” emri, yasama ve yürütme erklerine hükmeden iktidarın çeşitli vasıtalarla geçmişte hükme bağlanmış (beraat gibi) fiilleri yeniden yargı önüne taşıyarak ilgili kimselerin yıpratılmasına hizmet edecek şekilde ceza hukuku araçlarını kendi emelleri için kullanmasını engellemektedir.

Son olarak, herhangi bir somut ceza normuna dayanmadan da şunu söyleyebiliriz: Ceza hukuku (ceza kanunlarındaki pozitif hukuk normları) kişiler arası güveni sağlarken (birey-birey ilişkisindeki yata-yatay güven ilişkisi), negatif ceza hukuku dediğimiz, ceza hukukunun iktidarın işleyişini legal zeminde tutan fonksiyonu ise kişi ile devlet arasındaki güveni (birey-devlet ilişkisindeki dikey güven ilişkisi) sağlamaya hizmet etmektedir.⁴² Böylece bireyleri iktidar gücüne karşı koruyarak bu anlamda devlet gücünün orantılı olmasını sağlayarak, bireye uygulanacak yaptırım konusunda iktidarı, bir nev’i, negatif anlamda da olsa kısıtlamış olmaktadır (Ceza hukukunun özgürlüklerin koruyucusu olması özelliği).

C- Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Tarafsızlığı

Ceza hukukunun iktidarı sınırlama boyutunu işlevsel kılmak için her türlü kişi, zümre ve partilerden arınmış bağımsız mahkemelere ve

durum fiilin haksızlık içeriğinin kanunda yer verilen düzenlemenin alt sınırının da altında bir yaptırım gerektirmesi hallerinde de ortaya çıkabilmektedir. Keza şekli anlamda suç olarak düzenlenen fiilin herhangi bir haksızlık taşıyıyor olması durumunda da 3. maddeye dayanılarak, fiilin suç olmaktan çıkarılması istenebilecektir. Tüm bu hallerde ceza hukuku düzenlemeleriyle yasama etkinin keyfilik alanı kısıtlanmaktadır. Aynı yönde Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. b., s. 82.

⁴² Krş. Ohana, “Trust, Distrust and Reassurance”, in *The Modern Law Review*, s. 722, 730 vd.

tarafsız hâkim ve savcılara ihtiyaç duyulmaktadır.⁴³ Dolayısıyla doğru uygulandığı sürece ceza hukukunun – diğer hukuk dalları ile koordineli bir şekilde – hukuk devletinde keyfi uygulamalara engel olma işlevinin de olabileceği aşikârdır. Hukuk devletinde tüm erklerin önceden anayasa ve kanunlarla belirlenmiş genel-geçer prensiplere riayet etmesi sağlandığı takdirde, bir yandan bireyin bu erklerle olan güveni sağlanıp diğer yandan kesintisiz işleyen hukuk devletinde hukukun üstünlüğü halkın nezdinde tüm erklerle karşı perçinlenmiş olur.⁴⁴ Tabii ki burada sorumluluğun ağırlıklı kısmı yasama ve yürütme erklerinin lokomotifleri olan iktidara (bu hem tek parti hem de koalisyon hükümetleri için geçerli) düşse de yargı erkinin buradaki işlevi ve efektif çalışması da olmazsa olmaz koşullardandır. Keza yasama ve yürütme erkleri ne derece aktif çalışırlarsa çalışsınlar yargı erki, hukuk devletine layık olacak şekilde her türlü etkiden arı bir şekilde bağımsız ve tarafsız işlev görmediği ve hâkimler kendi bağımsız iradeleri ile hareket etmediği sürece hukuk devletinin tecellisi söz konusu olamaz. Hukuk devletine yaraşır bir yargı erkinin olmadığı durumda ceza hukukunun iktidarı hukuk çerçevesi içerisinde sınırlama işlevini yerine getirmesi beklenemeyecektir. Geçmiş uygulamalarda tecrübe edildiği üzere yargı erkinin kendisine rakip gördüğü iktidarı alt etmek için hukuku -bilhassa ceza hukukunu- kullandığı ve keyfilikliğini dayattığı hallerde de hukuktan ve ceza hukukundan beklenen fayda elde edilememiş olacaktır. Zira ceza hukukunun erkler tarafından keyfi kullanılmasını engellemeye dönük ideal kanun düzenlemeleri yapılsa da hukuk devletine yaraşır hareket etmeyen bir yargı erki olmadıkça netice hep başarısızlık olacaktır. Dolayısıyla erklerin kolektif, hukuk ve adaletin sağlanmasına aracılık edecek şekilde hareket etme yükümlülüğünün önemi bir kez daha vurgulanmalıdır.

Ceza hukukunun iktidarın keyfilikliğini sınırlama işlevini yerine getirebilmesi için öncelikle yargı erki, hukuk devleti içerisinde Anayasa'ya, kanuna, uluslararası hukukta genel-geçer olarak kabul görmüş hukuka ve bilhassa ceza hukuku prensiplerine riayet etmelidir. Yukarıda da değinildiği üzere mukayeseli hukuk tarihinde bu hususa ilişkin çeşitli ülkelerin uygulama geçmişlerinde sayısız ihlaller

⁴³ Jayawickrama, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine", in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 2017, s. 23 vd.

⁴⁴ Artuk/Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, s. 8 vd.

görmekteyiz. Keza bu konuda zamanın büyük hukukçuları olarak nitelendirilebilecek kimi hukukçular da bazı koşullar altında (görülmekte olan davada adil bir cezaya hükmedebilmek amacıyla) bu genel-geçer hukuk prensiplerine veyahut pozitif hukuk normlarına riayet edilmeyebileceği şeklinde görüşler beyan etmişlerdir.⁴⁵ Kanaatimizce genel-geçer hukuk prensiplerini böylesi önceden kanunen öngörülmemiş bir istisnai uygulama ile geriye etkili olacak şekilde uygulamaya çalışmak, söz konusu hukuk ilkesinin içini boşaltmaktan başka bir şey değildir.⁴⁶ Bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin ve genel-geçer hukuk prensiplerinin hangi koşullar altında ne derece kısıtlanabileceği yahut hangi istisnai hallerde uygulanamayacağı kanunen önceden açıkça belirlenip usulüne göre yürürlüğe konulmalıdır ki bireyler kendi davranışlarını bunlara uygun şekilde yönlendirebilsinler. Buna karşılık *Radbruch* görülmekte olan davada adaleti sağlamak için bazı durumlarda adaletsiz olan yazılı hukuk kurallarını (gesetzliches Unrecht) uygulamak yerine daha adil bir sonuç vaat eden kanunlarüstü/yazısız hukuku (übergesetzliches Recht), dolayısıyla yazılı hukukta önceden zikredilmemiş yazılı olmayan hukuku uygulamak gerektiğini savunmaktadır.⁴⁷ Kanaatimizce böyle bir uygulama, yazılı hukukun genel olarak tanıdığı olduğu tüm güvencelerin ve bununla ilişkili teminat altına alınmış tüm hukuk prensiplerinin içinin boşaltılması anlamında gelmektedir ki ilkelerin olmadığı bir uygulamanın keyfi uygulama olması dışında bir çıkışı yoktur. Bunun yerine bir önceki adıma gidilip adaletsiz (hukuk devleti ile bağdaşmayan) hukuk kurallarının iptalini yahut geçersizliğini sağlamak, pozitif hukukun teminatlarının devamını sağlamaya daha çok hizmet edebilir niteliktedir; hukuk devleti ile bağdaşmayan düzenlemelerin gecikmeksizin iptali ise ancak bağımsız bir yargı erki sayesinde mümkün olabilecektir; ancak totaliter olma eğilimi gösteren sistemlerde yargı erkinin diğer erklerle karşı gücünü koruduğu ise hiç görülmemiştir! Yine de itiraf etmek gerekir ki *Radbruch*'un bu çözüm önerileri o dönemdeki hukuki soruna bulunabilecek çözümlerden biriydi. Zira Nasyonal Sosyalist Almanya'sı dönemindeki pozitif hukuku uygulamak, telafisi mümkün

⁴⁵ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in *SJZ*, 1946, 105 vd.; Daha fazla bilgi ve aksi yönde görüş için bkz. Radbruch'schen Formel in BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

⁴⁶ Aksi yönde görüş için bkz. BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

⁴⁷ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in *SJZ*, 1946, s. 105.

olmayan adaletsiz sonuçlara sebebiyet veriyordu.⁴⁸ Çünkü o dönemin hukuku adalete hizmet eden, ideal hukuk devletinde olması gereken pozitif hukuk normlarına sahip değildi. Başka bir ifadeyle o dönemde ceza hukuku iktidarın keyfilğini önleme işlevini yerine getirmekte başarısız olmuştu. Uygulamadaki böylesi bir istikrarsızlık yargı bağımsızlığına ve yargıç tarafsızlığına gölge düşürmüş olacaktır. Hatta burada ceza hukuku negatif ceza hukuku normlarıyla bireyi iktidara karşı korumamış olmasının yanı sıra yargı eliyle bireyin özgürlük alanına kanuni sınırları aşacak düzeyde müdahale aracına dönüşmüş olmaktadır.

Bu bağlamda kimi yazarlar, kanunilik ilkesinin, daha doğrusu yargı erkini parlamentolarca çıkarılan yazılı kurallara tabi kılmanın yargı erkini, dolayısıyla ceza hukukunu keyfi iktidarların emrine koyacağını savunmaktadırlar.⁴⁹ Oysa kanımızca kanunilik ilkesi ve onunla bağlantılı olan olmazsa olmaz ilkelere tam anlamda bir riayet, böylesi keyfi uygulamaların önüne geçmekte en etkili yoldur. Örneğin, geriye yürümezlik ilkesi, iktidarların geçmişteki birtakım davranışları sonradan geriye dönük etkili olacak şekilde suç olarak tasvir etmelerine ve bu davranışlarda bulunanları cezalandırmalarına engel olmaktadır. Keza kıyas ve belirlilik ilkeleri de böylesi keyfiliklerin önüne geçmede önemli bir rol oynamaktadırlar. Aynı şekilde bu sayede suç ve ceza öngören normlar daha keskin sınırlarla belirlenmiş olur ve hukuki öngörülebilirlik ilkesi olarak nitelendirilebilecek hukuki güvence (hukuk güvenliği) sağlanmış olacaktır.

Ceza hukukuna (iktidarı sınırlama konusunda başarısız olduğu gerekçesiyle) yöneltilen eleştirilerin bir diğeri ise iktidarların parlamen-

⁴⁸ Aynı durum Doğu Almanya (Alman Demokratik Cumhuriyeti) pozitif hukukunda da söz konusuydu. Duvarın yıkılmasından sonra yapılan yargılamada, sınırı geçmeye çalışan bir Doğu Alman vatandaşını makineli tüfekle öldürmekle yargılanan sınır bekçisi o esnada verilen emri yerine getirmenin yanı sıra kanunun (Sınır Koruma Kanunu) açık bir hükmünün gereğini yerine getirdiğini belirtip cezalandırılmaması gerektiğini iddia etmiştir. Bu ve benzeri birçok olayda Federal Almanya mahkemeleri uluslararası hukuka göre açıkça bir insan hakları ihlali doğuran hallerde sanıkların pozitif hukuka dayanıp kanunilik ve ona bağlı ilkelerin kendilerine de uygulanmasını isteme taleplerini reddetmiştir. Bkz. Ogorek, "Mauerschützen BVerfGE 95, 96 ff.", in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Vol. 83, No 3 / 4 (2000), S. (323) 326.; BVerfGE 95, 96 (Kn. 137).

⁴⁹ Papa, a.g.e. s. 353 vd.

to çoğunluğunu kullanarak çıkarttıkları keyfi yasaları uygulamakta yargı erkini (dolayısıyla ceza hukukunu) araç olarak kullanabilecekleri eleştirisidir. İktidarlar böylece kendilerine muhalif olan yahut siyasi görüşleri ile uyuşmayan azınlık görüş ve davranışlarını suç olarak nitelendirip bunlara orantısız cezai yaptırımlar öngörebilirler. Kanunilik ilkesinin bu anlamda yargı erkini, maddi anlamda hukuka aykırı kanunları uygulamak zorunda bırakabileceği, ihtimal dâhilinde olsa da durum aslında yukarıda da açıkladığımız üzere o derece keyfiliğe izin verecek vahamette değildir. Zira anayasa ve ceza hukukunun temel prensipleri olan ceza hukukunun son çare olması,⁵⁰ hakkın özü, orantılılık ilkesi gibi ilkeler bu aşamada devreye girip ilgili düzenlemelerin iptali sağlanabilecektir.

II- İktidarı Sınırlama Anlamında Negatif Ceza Hukukunun Politik Ceza Hukukundan Farkı

Ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonundan bahsederken negatif ceza hukukunu kast ediyoruz. Negatif ceza hukuku, politik ceza hukuku ile karıştırılmakta ve iki kavramın aynı yönde olduğu, aynı amaca hizmet ettiği yanılığına düşülmektedir. Oysa yukarıda detaylarını açıkça verdiğimiz negatif ceza hukukundan farklı olarak, politik ceza hukukunda amaç mevcut hukuk devletinin bekasını sağlamaktır.⁵¹ Hatta bir adım ileriye gidip şunu da iddia edebiliriz: Politik ceza hukukundaki amaç her ne pahasına olursa olsun devletin devamlılığını sağlamaktır. Buradaki devletin hukuk devleti olmaktan

⁵⁰ Haksızlık içeriklerinin varlığı ve veya yoğunluğu tartışmalı olan, taksirle mala zarar verme, reşit kimseler arası cinsel birliktelik (bilhassa evli birinin eşi dışında bir kimse ile birlikte olması), hemcinsler arası rızaya dayalı ilişki, reşit kimseler arasında vuku bulan enest ilişki gibi fiillerin suç olarak düzenlenip düzenlenmemeleri ultima ratio ilkesi ile açıklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu fiillerin ceza kanunlarında yer almalarına engel teşkil edecek normatif bir düzenleme bulunmamaktadır; yasama organı bu anlamda özgürdür. Ancak yasa ile ceza yaptırımına tabi tutulan bu fiillerin özel hayata müdahale yahut haksızlıkla orantılı olmayan cezai yaptırım çerçevesinde iptali mümkündür. Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında kadının zinasını düzenleyen ceza normunu ilgili normun haksızlık içeriğini incelemeye ihtiyaç duymadan eşitlik ilkesine aykırılık dolayısıyla iptal etmiştir. Karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23638.pdf>; Zinanın haksız fiil teşkil edip etmediğine ilişkin yakın tarihli kararlar için bkz. YİBBGK Kararı, E. 2017/5, K. 2018/7, 06.07.2018.

⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. Richard Schmid, "Das politische Strafrecht", in *Deutsche Rechtszeitschrift*, 5. Jahrg., H. 15/16 1950, s. (337) 337 vd.

çıkması, hukuk prensiplerinden ayrılması da sorun teşkil etmeyecektir. Zira politik ceza hukukundaki sloganlardan biri de düşman ceza hukukundaki sloganlarla örtüşen “özgürlük düşmanlarına, özgürlük tanınmaz” sloganıdır.⁵² Bu çerçevede mevcut devlet sistemini (hukuk devletini) korumak için, mevcut devleti (hukuk devletini) yıkmaya çalışan her güce misli ile karşılık verme öngörülmektedir.⁵³ Burada düşman addedilen zümreye karşı kullanılan devlet gücünün sınırlarının ne olacağı kanunla belirlenmekte ancak kanunla belirlenen güç kullanımının, bireyin hürriyetine müdahalenin hukukun çizdiği hakkın özüne dokunmama vs. kriterlerine uyularak çıkarılıp çıkarılmadığının ise pek bir önemi kalmamaktadır; zira düşman ile mücadele söz konusudur. Politik ceza hukukuna hâkim olan bu bakış, mevcut devlet sistemini hukuk devletinden (başta hukuk devleti olduğunu farz edelim), kanun devletine dönüştürecektir.

Buna karşılık negatif ceza hukukunda devletin bekasına yönelik olumlu yahut olumsuz bir etki amaçlanmamaktadır. Negatif ceza hukukuyla ne devletin devamlılığı için doğrudan önlemler alınmaya çalışılır, ne de devletin egemenliği zayıflatılmaya çalışılır. Negatif ceza hukuku ile sadece hukuk devletindeki iktidar, yine hukuk devleti prensip ve mekanizmalarıyla sınırlandırılmaya çalışılır. Burada amaç, kanunları yahut yargı erkini iktidarların üstünde tutmak olmadığı gibi iktidarın meşru sınırlarını daraltmak da değildir. Negatif ceza hukukunun amacı, hukuk düzeni sınırları içinde ceza hukukunu, iktidarların iç politika içinde muhalefete karşı kullanacağı bir alet/kurum/mekanizma olmaktan çıkarmaya çalışmaktır. Belki de politik ceza hukuku ile tek kesiştiği nokta iç muhalefete yönelik olan durumdur. Ancak burada da politik ceza hukuku aktif bir pozisyonda ve muhalefete yahut bireylere çeşitli kısıtlamalar getirmekte buna karşılık, negatif ceza hukuku ise aksine -isminden de anlaşılacağı üzere- negatif davranarak ceza hukukunun bu politik ceza hukukuna hizmet etmesinin önüne geçmektedir.

⁵² Baumann, “Zur Reform des politischen Strafrechts”, in JZ 21/10, 1996, s. 329.

⁵³ Hukuk devleti kavramı yerine mevcut devlet sistemi demeyi tercih ediyoruz, zira her devlet kendini hukuk devleti olarak addedebilir ancak özde hukuk devleti olmayabilir. Dolayısıyla her devlet, kendi mevcut sistemini korumak için kendi rejimine düşman olanları hukukun dışına çıkararak bastrabilir. Biz bu ihtimalde sınırsız keyfilik tehlikesi görmekteyiz.

Nitekim politik ceza hukuku, (Doğu) Almanya örneğinde olduğu gibi ceza normlarının değişimini şu gerekçelere bağlamıştır: Doğu Almanya (Demokratik Almanya Cumhuriyeti) ve Batı Almanya (Federal Alman Cumhuriyeti), diye ikiye ayrılmış olan ülkenin Doğu Almanya kısmı (ülkesi) kendi varoluşunu tehlikede görmekte ve bu tehlikenin önlenmesi için Batı Almanya'daki düşünce akımlarının kendi bölgesinde yayılmasını, ilgili düşünceleri savunmayı suç olarak nitelendirerek engellemek istemekte; ceza hukuku araçlarına başvurarak devleti siyasi suçlara – dolayısıyla siyasi suçlulara – karşı korumak istemektedir.⁵⁴

III- İktidarı Sınırlama Anlamında Negatif Ceza Hukukunun Düşman Ceza Hukukundan Farkı

Günther Jakobs'un düşman ceza hukuku⁵⁵ konsepti ile iktidarı sınırlayan negatif ceza hukuku konsepti birbirlerinden ayrı amaçlara yönelen konseptlerdir. Hatta biri, diğ erinin varlığını engeller niteliktedir. Düşman ceza hukukunda, toplumu oluşturan bireylerin bir kısmı rejime düşman olduğundan vatandaş ceza hukuku normlarıyla muamele görmez.⁵⁶ Aksine kendisine özgü şekli ve maddi ceza hukuku normlarıyla yargılanır. Burada iktidar olabildiğince geniş bir müdahale ve hareket serbestisine sahiptir. Düşman ceza normlarıyla yargılanacak olan bireyin yargılama öncesi, esnası ve sonrasında hak ve özgürlükleri olabildiğince kısıtlanmıştır. Zira yukarıda da değ indiğimiz üzere “özgürlüğe düşman olana, özgürlük yoktur”. Negatif ceza hukukunda ise bu durumun aksi yönde bir ilerleyiş ve bir amaç söz konusudur. Negatif ceza hukukunda bireyi düşman ve/veya vatandaş olarak nitelendirme yönelişi yoktur. Aksine tüm bireyler gücü elinde bulunduran iktidara karşı korunmak istenir ve bunun için ceza hukuku mekanizmaları devreye sokulmaya çalışılır. Yani negatif ceza hukuku ile bireyin daha özgür olmasına, muhalefetin daha rahat davranabilmesine olanak sağlayan bir fonksiyon ceza hukukuna yüklenir. Oysa düşman ceza hukukunda mevcut düzeni değiştirmek isteyen bireyler vardır ve bunlar muhalif değil rejime düşman kimselerdir, dolayısıyla düşman

⁵⁴ Baumann, “Zur Reform des politischen Strafrechts”, in JZ 21/10, 1996, s. 329.

⁵⁵ Jakobs, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, in HRRS 3/2004, s. 88 vd.

⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. Frank Saliger, “Feindstrafrecht”, in JZ 15/16 2006, s. (756) 756 vd.

için hazırlanmış olan düşman ceza hukuku normlarıyla yargılanır ve mahkûm olurlar; hukuk geleneğinin kazanımları olan muhakeme usullerine ilişkin hiçbir güvenceden rejim düşmanları faydalanamaz ve başta hümanizm ilkesi olmak üzere maddi ceza hukukunu şekillendiren hiçbir güvenceleri korunmaz.⁵⁷

Sonuç

Yukarıda makale formatının sunduğu imkânlar çerçevesinde detayına çok fazla inmeden ele almış olduğumuz üzere, ceza hukukunun iktidarı sınırlama gibi doğrudan bir işlevinin olduğunu söylemek güçtür. Ancak zaten negatif ceza hukukundan kasıt ceza hukukunun doğrudan yüklendiği misyon olmayıp iktidar ve ceza hukuku arasında oluşan dolaylı etkileşimdir. Ceza hukukuna hâkim ilkelerden birinin yahut birkaçının salt iktidarı sınırlama gibi bir işlevle normatif düzenlemeye dönüştürüldüğünü iddia etmek bu sebeple çok güçtür. Fakat ceza hukuku, netice itibariyle yukarıda yer verdiğimiz hukuk kurumları, güvence ve ilkeleri aracılığıyla negatif (dolaylı/doğrudan olmayan şekilde) de olsa iktidarı sınırlama işlevi görmektedir. Ceza hukuku böylece doğrudan bir iktidarı sınırlama işlevini göremiyor olsa da iktidarların ceza hukukunu keyfi olarak kendi emelleri doğrultusunda kullanımına mahal vermeyerek, dolaylı da olsa bu iktidarı sınırlama amacına hizmet etmektedir.

Ceza hukukuna hâkim ilkelerden kanunilik, doğal hâkim, adil yargılanma, ölçülülük, kusur sorumluluğu, hümanizm ilkelerinin yasa koyucuyu, dolayısıyla iktidarı suç tiplerinin belirlenmesi, yargılamanın yapılması ve yaptırımın belirlenmesi bağlamında kısıtladığı görülmektedir. Bu çerçevede geçmişe etkili suç ihdaslarının, yargı erki kararına dayanmayan infazların, kusurlu orantılı verilmeyen mahkumiyetlerin, ölüm cezalarının ve insan onuruyla bağdaşmayan bedensel cezaların verilmesinin önü kesilmiş bulunmaktadır.

Yine tüm bunlar gösteriyor ki, bizim de benimsemiş olduğumuz Kara Avrupası ceza hukuku sistemlerinde öngörülen düzenlemeler ve genel-geçer kabul edilen prensiplere uyulması halinde iktidarların keyfi hareket etmelerinin önü büyük oranda kesilebilecektir. Burada

⁵⁷ Krş. Neumann, "Feindstrafrecht", s. 299 vd.

sorumluluğun büyüğü yargı erkine düşmektedir.⁵⁸ Yargı erki, karar alma süreçlerinde herhangi bir zümre, parti yahut iktidara bağlı olmadan hareket edebilecek bağımsızlığa sahip olabilirse, mevcut düzenlemelerle hukuk devletine yaraşır bir şekilde yaşam, Kara Avrupası sistemlerinde ve mevcut ceza hukuku mevzuatlarıyla mümkündür.⁵⁹ *Radbruch'* un dediği gibi hukuk sadece halkın çoğunluğunun yararına olan kurallar bütünü değildir, adalet ve hukuk güvenliğini sağlamayı amaç edinen kurallar bütünüdür, zira son tahlilde (tüm) halkın yararına olan budur.⁶⁰ Bağımsız bir yargı erkinin ise ancak hukuk kurallarına dayalı yönetilen ve yargı mensuplarına evrensel kabul görmüş güvenceler tesis eden bir hukuk devletinde mümkün olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira ancak hukuk devleti korumasından yararlanan bir yargı erki, hukuku ve ceza hukukunu arzu edilen amaçlarla uygulayabilir. Yasama ve yürütme erklerine karşı direnmede pek başarı elde edememiş yargı erkinin, şu günlerde bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumak için bir de basına karşı kendini koruması zaruretinin ortaya çıkmış olması, yargı erkinin yükünü daha çok arttırmıştır. Sosyal medyanın ve basının yargı erkini bilhassa olumsuz yönde etkilemeye başladığı bu modern çağda yargı erkinin direnç gösterip, oluşan baskılarından etkilenmeden özgürce karar vermesi zarureti gittikçe daha önemli hale gelmektedir. Yargı erkinin bağımsızlığı korunduğu sürece demokratik tiranlıkların oluşumu da engellenebilecektir. Zira teknik olarak değişmez görünen hiçbir normatif kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. Belirli bir çoğunluğa ulaşıldığında anayasalarda güvence altına alınmış her ilke iptal edilebilir yahut ihlal edilebilir. Ancak bağımsız bir yargı erki bu durumda ilgili ilkeleri yok sayan kanun düzenlemelerini iptal edebilir. Güçlü ve bağımsız bir yargı ise evrensel hukuk ilkelerine sadık kalınarak ve toplumun adalet duygularını tatmin ederek uzun vadede tesis edilebilir. Kara Avrupası hukuk sisteminde iktidarın keyfililiğine karşı ceza hukukunun pasif (negatif) gücünden faydalanan yargı, karar verme hürriyetini kısıtlayan her türlü

⁵⁸ Aynı yönde, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri 2018, Başlangıç Bölümü (<https://www.yargitaycb.gov.tr/documents/YargiEtigiIlkeleri.pdf> 01.10.2018).

⁵⁹ Gerek Anglo-Sakson hukuku gerekse Kara Avrupası hukuku ile bunun mümkün olduğunu savunan görüşler için özellikle bakınız: Kellam, "Adaletin Herkes İçin Yerine Getirilmesinde Şeffaf ve Hesap Verebilir Bir Yargı", in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 13-14 Nisan 2017 Ankara, s. 32 vd.

⁶⁰ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in SJZ, 1946, s. 107.

dış baskıdan kurtulacak kanun düzenlemelerine de sahiptir (mesela yargılamayı etkilemeye teşebbüs gibi); yeter ki işlevsel kılınsın.

Ceza hukukunun iktidar tarafından hukukun dışına çıkmak için kullanılacak bir araç olmaktan çıkıp, hukuk devletini, erklerin koordinasyon içinde bağımsız çalışmasını, yargının bütün dış etkilerden bağımsız işlemlerini tesis ve teşvik edecek bir role bürünmesi gerekmektedir. Ancak bu rol de yine kendi sahası ve kendi yetkileri ile sınırlı kalmalıdır. Zira uygulamada gördüğümüz üzere -hangi erkin bir diğerine müdahale ettiğine bakılmaksızın- erklerin bir diğerine müdahalesinden mağlup çıkan her durumda vatandaş ve hukuk devleti olmuştur.

Ceza hukukundan aktif bir rol üstlenmesi ve toplumun ahlak beçiliğini yapması, hukuk devletini koruması beklenmemelidir. Bu görev başka disiplinlerin ve bilim dallarının olmalıdır. Ancak ceza hukukunun dolaylı olarak ahlakı koruması (misal genel ahlaka karşı işlenen müstehcenlik, pornografi suçları gibi) veya hukuk devletini koruması (yukarıda açıkladığımız ilkeler çerçevesinde) beklenebilir. Erklerin hakkıyla işlev gördüğü bir hukuk devletinde ceza hukukunun asli ve yegâne görevi suçlulukla mücadele, kamu düzeni ve adaleti sağlama olmalıdır.

Sonuç olarak yalnızca yasama, yürütme ve yargı erklerinin koordineli ve birbirinden bağımsız hareket edebildiği bir sistemde hukuk devletine ve adalete olan güven kazanılabilir ve gerçek anlamda pratiğe dökülebilir.⁶¹ Burada başta hukukçuları yetiştiren hocalar, hâkim, savcı ve avukatlar olmak üzere adalet mekanizmasının tüm birey ve kurumlarına büyük bir sorumluluk düşmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. bası, Seçkin, Ankara 2019.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. bası, Beta, İstanbul 2020.

⁶¹ Jayawickrama, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine", in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 2017, in s. 31.

- Fuller L.L., Hukukun Ahlakı, Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, Ankara 2016.
- Hoffmann-Holland Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Maden Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2012.
- Möllers Thomas/Hugo Charl, Legality and Limitation of Powers, (Editörler Möllers Thomas/Hugo Charl) Nomos 2019.
- Naucke Wolfgang, Negatives Strafrecht, Editör Thomas Vormbaum, LIT Yayınevi, Berlin 2015.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. bası, Seçkin, Ankara 2019.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bası, Seçkin, Ankara 2017.
- Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, 4. bası, cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1 - 75), Seçkin, Ankara 2010.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. bası, cilt 1 (Madde 1 - 44), Adalet, Ankara 2014.

Makaleler

- Baumann Jürgen, Zur Reform des politischen Strafrechts, in *JZ* 21/10, 1996, s. 329-337.
- Jakobs Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", in *HRRS* 3/2004, s. 88-95.
- Jayawickrama Nihal, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine", Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 13-14 Nisan 2017 Ankara, s. 23 - 32.
- Kellam Murray, "Adaletin Herkes İçin Yerine Getirilmesinde Şeffaf ve Hesap Verebilir Bir Yargı", Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 13-14 Nisan 2017 Ankara, s. 32 - 41.
- Küpper Georg, "Richtiges Strafen", *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, Vol. 11, Strafrecht und Rechtsphilosophie, Duncker & Humblot, 2003, s. 53 - 82.
- Ogorek Reina, „Mauerschützen BVerfGE 95, 96 ff.“, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 83, No 3 / 4 (2000), S. 323 - 343.
- Ohana Daniel, "Trust Distrust and Reassurance", *The Modern Law Review*, 2010, 73(5), s. 721-751.
- Papa Michele, "Harmonization of General Principles of Criminal Law", *International Criminal Law; Quo Vadis? Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November - 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC*, Reproduction des articles interdite sans autorisation des éditeurs, Éditions érès, 2004, s. 353 - 360.

- Radbruch Gustav, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, s. 105 - 108.
- Roggemann Herwig, “Zur Strafbarkeit der Mauerschützen”, in *DtZ* 1993, Heft I, S. 10 - 19 (via Beck Online).
- Saliger Frank, “Feindstrafrecht: kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?”, in *JZ*, Jahrgang 15/16 2006, s. 756 - 762 (via Jstor).
- Schmid Richard, “Das politische Strafrecht: Bemerkungen zum Regierungsentwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 1950”, *Deutsche-Rechtszeitschrift*, 5. Jahrg., H. 15/16 1950, s. 337-341.
- Vossberg Annabelle, “Negatives Strafrecht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 94, No 4, 2011, S. 365 - 407.

Mahkeme Kararı

BVerfGE 95, 96 ff – Mauerschützen.

İnternet Kaynakları

- Mill John Stuart, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel) *Liberal Düşünce Topuluğu* 2003. <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/huerriyet-uezerine.html> (06/06/2020).
- Neumann Ulfried, *Feindstrafrecht*, 2006, s. 299-314 (Erişim Tarihi 08.08.2018 https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann_Feindstrafrecht.pdf).
- Radbruch Gustav, “Einführung in die Grundprinzipien des Rechts”, *Rhein-Neckar-Zeitung* vom 12.09.1945.

CEZALARI AĞIRLAŞTIRMAK CAYDIRICILIĞI ARTIRIR MI? DOES AGGRAVATING PENALTIES INCREASE DETERRENCE?

Uğur ORHAN*

*“Kitle, hiçbir olayı mantıkla yargılamaz; hınc, öfke, bağnazlık, kin, sevgi ve benzeri duygularla yargılar. Hemen her zaman bu duyguların bileşkesi olan ‘ortak düşünce oluşurken, yanlışlıkların gerçeklik gücünü kazanır’”.*¹

Özet: Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen cezaların ağırlığı ve caydırıcılığı son zamanlarda yeniden sorgulanmaya başlamıştır. Yazılı ve görsel medyada yer alan muhtelif olaylar sonucunda; cezaların ağırlaştırılmasının caydırıcılığı artıracağı görüşü sıklıkla ileri sürülmektedir. Cesare Beccaria, henüz 18. yüzyılda, cezaların ağırlığı ve caydırıcılığı ilişkisi üzerine bugün hâlâ geçerliliğini koruyan bazı ortak kabulleri belirtmiştir. Suçları önleyen en önemli frenlerden biri, cezaların ağırlığı değil, onların “mutlak” olmasıdır. Genellikle bir kimse suç işlemeden önce yakalanıp yakalanmayacağını, yakalanırsa bir cezaya çarptırılıp çarptırılmayacağını düşünür. Yakalanmayacağını yahut yakalansa bile cezalandırılmayacağını düşünen kimseler suç işlemekten çekinmezler. Gerçekten de daha hafif bir cezanın mutlak uygulanması durumu, daha ağır bir cezanın uygulanmaması durumundan daha caydırıcı olmaktadır. Bu nedenle, caydırıcı cezalar bakımından, ağırlıktan çok mutlaklığın ön planda olduğunu söylemek gerekir. Cezaları ağırlaştırmak, caydırıcılık açısından umulan sonuçları doğurmamaktadır. Bunun en güzel örneği, ölüm cezası öngörülen suçlardır. Ölüm cezasını uygulayan ülkeler ele alındığında, ölüm cezasıyla cezalandırılan suçların hâlâ işlendiği görülmektedir.

* İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Burslu Doktora Öğrencisi, ugur.orhan@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2589-1389; Makalenin Gönderim Tarihi: 01.02.2021, Kabul Tarihi: 02.02.2021

¹ Gustave Le Bon, Hier et Demain (pensées brèves), Paris 1918, s. 87. (Aktaran: Sami Selçuk, Kendini Tüketen Hukukun Dramı- Bir Doğululaşma Serüveni, İmge Kitabevi Ankara 2015, s. 224).

Ayrıca, ölüm cezasının uygulandığı ülkelerde, bu ceza türüne yöneltilen eleştirilerden birinin de umulanın aksine, failleri suç işlemekten alıkoymadığı olduğunu hatırlamak gerekir. Cezanın mutlaklığının, insan ruhu üstünde daha kuvvetli bir etki ve korku yarattığını söylemek mümkündür. Sonuç olarak, cezaların ağırlaştırılması, tek başına ve kesin olarak onların caydırıcı olmasını sağlamaz. Özellikle af, erteleme, koşullu salıverilme gibi kurumların cezaların caydırıcılığını olumsuz etkilediği ve toplumda, suç işleyenler için “*birkaç sene yatar çıkar*” düşüncesini yerleştirdiği ortadadır. Bu nedenle, cezaların caydırıcı olabilmesi için öncelikli olarak yapılması gereken, cezaları ağırlaştırmak yerine onların mutlak olarak uygulanmasını sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza, Önleme, Caydırıcılık, Cezaların Ağırlığı, Cezaların Mutlaklığı

Abstract: The severity and deterrence of penalties in the Turkish Criminal Code is recently, and once again, being questioned. Due to various events occupying the written and visual media; the argument that aggravating the penalties would increase deterrence is being posed more frequently. Cesare Beccaria, in the 18th century, has put forth various commonly accepted ideas with regards to the relationship between deterrence and aggravation of the penalty, which still hold true. One important break in preventing crime is in fact, not its severity, but rather its “absoluteness”. However, most would consider whether they can be caught, and if so, whether they would be punished prior to committing a crime. Those who believe they will not be caught, or will not be punished if discovered, are less likely to hesitate before committing a crime. Indeed, the absoluteness of a light sentence becomes a more effective deterrent than the inconsistent sentencing of a more severe penalty. Therefore, in terms of deterrence, the absoluteness of sentencing takes precedence over the severity of the penalty. Aggravating a penalty fails to create the desired result in terms of deterrence. Possibly the best example to illustrate this phenomenon is the capital punishment. When considering the countries who implement the capital punishment, it is easy to observe that the crimes punished by the death penalty are nevertheless being committed. Another criticism directed towards the capital punishment in countries which implement it, is that it fails to prevent the crime from being committed. Therefore, it is possible to infer that the absoluteness of a penalty creates a stronger impression of fear on the human soul. In conclusion, aggravating penalties will not, by itself, categorically increase deterrence. It is evident that institutions such as amnesty, postponement of sentencing, release on probation have negatively affected deterrence, thereby reinforcing an idea of “*worst case, the sentencing will only be a couple years*”. Therefore, in order for a penalty to have a deterring effect, it must first be implemented absolutely rather than with increased severity.

Keywords: Penalty, Prevention, Deterrence, Heaviness of Penalty, Absoluteness of Penalty

GİRİŞ

Son zamanlarda Türkiye’de, hukukçu olan olmayan birçok kimse tarafından mevcut cezaların yetersiz olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle de kanunlarda öngörülen cezaların caydırıcı olmadığı, caydırıcı olabilmesi için mevcut cezaların ağırlaştırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Hatta, sayıca az bir kesim tarafından da olsa bu düşünce daha da ileri götürülerek, ölüm cezasının yeniden Kanun’da yer alması gerektiği, caydırıcılığın böyle sağlanabileceği savunulmaktadır.

Elbette kamuoyunu ilgilendiren bir olayda, herkes suçu ve suçluyu kendi adalet anlayışına göre değerlendirmekte özgürdür. Fakat çoğu zaman bu değerlendirme bir uzmanlık işidir. Hukukçuların ve özellikle hâkimlerin ölçü ve değerlerinin daha başka olabileceğini kabul etmek, adalete karşı saygının gereğidir. Bu saygı, toplumsal bir değerdir.²

Suçla mücadelede umulan sonucu doğurmayacak, kolaycı ve hiç de yeni olmayan bu görüşler, caydırıcı cezanın “ağır” ceza olduğu kabulünden hareket etmektedir. Fakat gerçekte durum böyle değildir. Cezaları ağırlaştırmayı tartışmadan önce ceza müeyyidesinin özelliklerinin ve ceza hukukunun temel prensiplerinin hatırlanması gerekmektedir. Ayrıca, ağır cezaların, caydırıcılığı artırmadığına ilişkin evrensel düşünceleri ve araştırmaları da yeniden vurgulamak şarttır. Ve nihayet unutulmamalıdır ki caydırıcılık tek bir nedenin sonucu olmayıp, birçok nedenin ve ceza adalet sisteminin bütününe bir sonucudur.

A. CEZANIN ÖZELLİKLERİ

Ceza, kanun tarafından tehdit olarak öngörülen ve adli makamlarca bir ceza muhakemesi sürecinin sonunda, kanunun bir emrini ihlal eden kişiye uygulanan acı, ıstıraptır.³ Cezanın suçla mücadelede tek ve en etkili araç olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak konuya tarihi açıdan bakıldığında cezadan vazgeçilemeyeceği de ortadadır.⁴

² Selçuk, Hukukun Dramı..., s. 226.

³ Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Giuffrè, 16. Edizione, Milano 2003, s. 676.

⁴ Haluk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2010, s. 13; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hü-

Öyle ki, “ceza hukuku”, adını taşıyıcı eksenini olan müeyyidesinden yani “ceza”dan almaktadır.⁵ Gerçekten de bütün hukuk düzenlerinde, müeyyidelerin en ağırı “ceza müeyyidesi”dir.

Cezanın (yani en ağır müeyyidenin) özelliklerinin iyi kavranması ve ceza ile ilgili yürütülen her tartışmada bunların hatırlanarak, uygun yorumlar yapılması gerekir. Cezanın esasa ilişkin özellikleri: (i) acı verici olması, (ii) süreç olması ve nihayet (iii) son çare (*ultima ratio*) olmasıdır. Pozitif hukuktan doğan özellikleri ise cezaların: (i) şahsi, (ii) orantılı, (iii) kanunî, (iv) insanî, (v) bölünebilir ve (vi) tamir edilebilir olmasıdır.

Ceza hukuku öğretisinde herkesçe kabul edilen bu özelliklerin kısaca hatırlatılması ve her zaman akılda tutulması önemlidir.⁶ Ceza, her şeyden önce acı verici olmalıdır. Acı vermeyen bir cezanın, “karanlık ışık”tan veya “soğuk ateş”ten bir farkı yoktur.⁷

Ceza, özü ve biçimi itibarıyla bir süreçtir. Cezaya hükmedilerek, cezalandırma ilişkisi ortaya konulmaktadır. Ceza, suçluyu hukuken önemli bir duruma soktuğu için biçimsel anlamda ve suçlu yönünden sonuçlar doğuran bir dizi işlemi gerektirdiği için de maddi anlamda bir süreçtir.⁸

Müeyyidelerin en ağırı olarak kabul edilen ceza müeyyidesine, ancak cezaî olmayan diğer müeyyidelerin elverişsiz olması hâlinde veya

kümler, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 571.

⁵ Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 25. Baskı, Ankara 2019, s. 19; “Ceza” hukuku yerine “suç” hukuku ifadesinin daha isabetli olacağı görüşü hakkında bkz. Sami Selçuk, “Suç, Suçun Öz Nitelikleri ve Tanımı”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: 1, İstanbul 2014, s. 86, dn. 7.

⁶ Cezanın özellikleri hakkında detaylı bilgiler için bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 824-825; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 575. Ayrıca bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 560 vd; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 560; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 667; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 772 vd; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2019, s. 578 vd; Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, ÜS-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 187 vd.

⁷ Antolisei, s. 675; Ferrando Mantovani, Diritto Penale, Cedam, 4. Edizione, Padova 2001, s. 763; Aynı doğrultuda bkz. Hafızoğulları, Norm..., s. 188.

⁸ Toroslu, Müeyyide..., s. 75.

korunan değere enerjik bir koruma sağlamak istendiğinde son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulur.⁹

Anayasa'nın 38. maddesine göre ceza sorumluluğu şahsidir. Bir diğer anlatımla ceza, sadece suçun failine veya faillerine verilir.

Ceza, suçla *orantılı* veya ona uygun bir kötülüktür.¹⁰ Suçla orantılı ve suça uygun olmayan bir ceza, "tepki ceza" değil, cezalandırma görüntüsü altında zulmetmektir.¹¹

Kanunilik (yasallık) ilkesi, çağdaş ceza hukukunun temel taşıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde de düzenlenen kanunilik ilkesine göre suç sayılan fiile verilecek ceza, kanunda gösterilmiş olmalıdır. Kanunda düzenlenmedikçe cezalar ne artırılabilir ne de azaltılabilir.¹²

Cezalar *insanî* olmalı; bir diğer anlatımla kimseye insan haysiyeti ve vakarıyla bağdaşmayan cezalar verilmemelidir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 17. maddesi, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağını, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezanın verilemeyeceğini veya böyle bir muamelede bulunulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Uygur bir toplumda, dayak, uzuv kesme, kızgın demirle damgalama, kürek cezası gibi cezalara yer yoktur. Suçlular yok edilemeyeceği ve bir gün yaşadıkları topluma dönecekleri için ceza politikasının insancıl olması zorunludur.

Çağdaş ceza hukuku sistemlerinde, failin kişiliğinin ön plana çıkmasıyla birlikte, cezanın *bölünebilirliği* önem kazanmış ve bu doğrultuda sabit cezalardan büyük ölçüde kaçınılmıştır. Cezaların bireyselleştirilebilmesi ve failin kişiliğine uydurulabilmesi için cezalar bölünebilir olmalıdır.

⁹ Toroslu/Toroslu, Genel..., s. 103.

¹⁰ Suç ile verilecek ceza arasında bir oran bulunması ilkesi, ilk çağlardan beri vardır. Örneğin, Deuteronome'da işlenen günaha göre ceza verileceği (pro mensura peccati erit et plagarum modus), Kur'an'da kim günah işlerse onun dengiyle cezalandırılacağı (6/100) belirtilmiştir. Platon da her suçun cezasının kusura göre verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu ilke, (poena est commensuranda delicto) Eski Roma kanunlarında da benimsenmiştir. Bkz. Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 48, dn. 3.

¹¹ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 418.

¹² Centel/Zafer/Çakmut, s. 561.

Ve nihayet, adli hataların (yanılgıların) zararlı sonuçlarının önüne geçilebilmesi için cezaların *tamir edilebilir* olması gerekmektedir. Yabancı devletlerde olduğu gibi Türkiye’de de adli hataların fazla olduğu düşünülmektedir.¹³ İnsanlık, adli hataları tamamen önleyecek bir sistem geliştirememiştir. Gelecekte de böyle bir sistemin geliştirilmesi beklenmemektedir. Adli hataları tamamen önlemek mümkün olmadığından, cezaların adli hataların tamirine imkân vermesi gerekir. Nitekim, ölüm cezasına yöneltilen en önemli eleştiri de bu cezanın tamir edilebilir olmamasından kaynaklanmaktadır.

Cezanın işlevi konusunda birçok teori geliştirilmiştir.¹⁴ Bugün için bu teorilerin hiçbiri tek başına yeterli olmamakta, özünde hepsinin bir sentezi olan “*karma (bağdaştırıcı) teori*” cezanın işlevi konusunda en doyurucu açıklamaları getirmektedir. Buna göre, cezanın amacı kefaret ile genel ve özel önlemedir. Gerçekten de ceza bir yandan geçmişe ve geleceğe yönelikken, diğer yandan da toplumu suçtan korumayı hedeflemektedir. Failin iyileştirilmesi amacı, failin tekrar suç işlemesinin önüne geçmeyi hedefler. Toplumun eğitici, geliştirici özellikleri de olan günümüz ceza kanunları, ceza müeyyidesi ile bir yandan faili iyileştirerek topluma geri dönmesini sağlamayı (özel önleme), diğer yandan suçlunun cezalandırıldığını gören vatandaşların, suç işlemeleri hâlinde aynı şekilde cezalandırılacaklarını düşünerek suç işlemekten çekinmelerini sağlamayı (*genel önleme*) amaçlar.¹⁵ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 3. maddesi de ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenen temel amacın, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak olduğunu açıkça düzenlemiştir.

¹³ Mustafa Tören Yücel, *Yargı Sistemi Üzerine Denemeler* (Ed: Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 241; Türkiye’deki adli hataların başlıca nedenleri hakkında bkz. Selçuk, Sami, “Şimdi, ‘Genel Af’ın Tam Zamanıdır”, (<https://t24.com.tr/yazarlar/sami-selcuk/simdi-genel-af-in-tam-zamanidir>, 26145 E.T. 30.08.2021).

¹⁴ Bu teoriler hakkında detaylı bilgiler için bkz. Toroslu, Müeyyide..., s. 36 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 541 vd.; Koca/Üzülmez, s. 560 vd.; Ayrıca bkz. İlhan Üzülmez, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2001, Cilt: 5, Sayı: 1-4, s. 265 vd.

¹⁵ Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri* (Çev: Atif Akgüç), Adalet Bakanlığı Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1971, s. 8; Ayrıca bkz. İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 22.

Bu hatırlatmalardan sonra görülmektedir ki, kanunlarda ağır cezaların öngörülmesi, her şeyden ve caydırıcılık kaygısından önce, cezanın son çare (*ultima ratio*) olması, orantılı olması, insanî olması ve tamir edilebilir olması gereklerine ters düşmektedir. Kaldı ki, cezaların ağırlaştırılması caydırıcılığı sağlamak için de yeterli değildir. Yapılan birçok araştırmanın gösterdiği üzere, cezaların ağırlaştırılmasının suç oranları üzerindeki etkisi oldukça sınırlıdır.¹⁶

B. CEZALARIN CAYDIRICILIĞI

Caydırıcılığı incelemeyen önce vurgulamak gerekir ki, kriminolojik araştırmalara göre sadece “caydırıcılık” üzerine kurulmuş ceza adaleti sistemleri, suçu önlemede yetersiz kalmaktadır. Caydırıcılığın yanında “iyileştirme” ve “yeniden kazanma” da çağdaş ceza hukukunun kaygılarından biridir. Gerçekten de çağdaş devlet, kamu düzeninin koruyucusu olmakla birlikte, aynı zamanda halkın eğiticisi ve yönlendiricisidir. Bu geliştirici işlev, ceza hukuku alanında da söz konusudur; çünkü ceza, devletin sosyal hayatı etkilemek ve onu değiştirmek için başvurduğu en etkili araçlardan biridir.¹⁷ Nitekim, özgürlükçü ceza hukuku anlayışı, suçluluğa karşı toplumu korumanın vazgeçilmez gereksinimlerinden taviz vermeksizin, her türlü terörcü cezadan, kamusal öçten, oransız sertlikten ve insanlık dışı infazdan kaçınır; sosyal savunmayı insanın özgürlüğüne ve vakarına ilişkin gereklerle uzlaştırmaya çalışır.¹⁸ Genel olarak, çağdaş ceza hukuku sistemlerinin ve Türk ceza hukukunun amacı budur.

Caydırıcılık tek başına yeterli olmasa da önemini hâlâ korumaktadır. Dolayısıyla, kanun koyucu cezaları belirlerken, caydırıcılığı gözardı edemez. Caydırıcılık, kanunda öngörülen cezanın niteliği ve niceliğinden olduğu kadar, infazı aşamasından da kaynaklanmaktadır. Türkiye’de caydırıcılık konusundaki eleştiriler, cezaların niceliğine ve niteliğine ilişkin olsa da asıl sorunun cezanın infazı aşamasında olduğu açıktır.

¹⁶ Bkz. Zahir Kızmaz, “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Afyon 2005, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 221.

¹⁷ Nevzat Toroslu, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, V Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1987, s. 63.

¹⁸ Toroslu, *Nasıl...*, s. 104.

1. CEZALARIN AĞIRLIĞI

Cezaların nicelik yönünden ağırlığı, işlenen suçun niteliği ve failin kusurluluğu ile orantılı olmalıdır. Hangi suça, ne kadar ceza verileceği konusunda bir formül yahut uluslararası kabul gören bir cetvel yoktur. Olması da beklenemez. Zira, ceza kanunları, toplumdaki tepkileri de gözeterek, cezaların nicelik yönünden ağırlığını belirler. Bu tespitler, toplumların yapısına ve zamana göre değişse de suç ve ceza arasındaki orantının her zaman gözetilmesi zorunludur.

Cezaların ağırlığı konusunda, tarihsel süreçte, Bentham'ın¹⁹ şu tespitleri önemli bir etkiye sahiptir:

- Ceza, failin suç işleyerek elde etmek istediği yararı gidermek için yeterli olandan az olmamalıdır,
- Suçun yarattığı zarar oranında ceza da ağır olmalıdır,
- Suçların cezalarına bakıldığında, suç için öngörülen hafif ceza, faili daha ağır ceza öngören suçu işlemeye yöneltmemelidir,
- Ceza, her suça göre belirlenmeli ve failde, onu suç işlemekten alıkoyacak bir güdü doğurmalıdır,
- Ceza belirlenirken, farklı kişilerin farklı yapılara sahip olduğu hesaba katılmalıdır,
- Cezanın mutlaklığı zayıfladığında, cezanın ağırlığının failin suçtan elde edeceği yararı aşabilmesi için artırılması gerekir,
- Ceza hükmünün verileceği zaman, failin işlendiği zamandan uzaklaştıkça, cezanın failin suçtan elde edeceği yararı aşabilmesi için artırılması gerekir,
- Fail bir suç işleme alışkanlığı gösteriyorsa, onun tarafından daha önce işlenmiş olabilecek benzer suçlardan sağladığı yararı da aşacak biçimde ceza verilmelidir,
- Ahlaken terbiye etmek amacıyla verilecek cezanın amacının gerçekleşmesi için cezaen gerekli miktarı biraz olsun aşmak yararlı olabilir,

¹⁹ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000, s. 140 vd.

- Kaza sonucu işlenen fiiller bakımından ceza faydasız olabileceğinden, cezayı tayin ederken bu cezayı faydasız hâle getirebilecek durumlar da hesaplanmalıdır.

Suç ve cezalar hakkında birçok konuda, İtalyan hukukçu Cesare Beccaria'nın, 1764 yılında yazdığı eseri (*Dei Delitti e Delle Pene*) hâlâ önemini korumakta ve çağdaş ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır. Beccaria'ya göre²⁰, cezanın kendisinden beklenen etkiyi yaratabilmesi için cezanın yarattığı acının, suçun sağladığı yarardan çok olması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca, cezanın mutlaklığının ve suçtan elde edilen yararın kaybedileceğinin de hesaba katılması gerekir. Bu sınırların (oranın) ötesine geçen her ceza fazlalıktır, yararsızdır, gereksizdir ve bu nedenle zorbalıktır. Adaletsiz kanun, kanun değildir (*lex injusta non est lex*). Bir cezanın adil olması için, insanları suç işlemekten caydıracak kadar ağır olması yeterlidir.

Çağdaş ceza kanunlarında, önceki yüzyıllara kıyasla, cezaların hafiflediğini görmek mümkündür. Öte yandan, unutulmamalıdır ki, çok ağır cezaların var olduğu dönemlerde, failer tek bir suçun cezasından yakayı kurtarmak için birçok suça karışmış; canavarca işkencelerin yapıldığı yerlerde ve yıllarda, her zaman en kanlı ve insanlık dışı suçlar işlenmiştir.²¹ Müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gibi ömür boyu devam eden, alt ve üst sınırı olmayan sabit cezalar hâlâ mevcut olsa da, ceza kanunlarının çoğunlukla alt ve üst sınırı olan, süreli hapis cezalarını öngördüğünü söylemek mümkündür. Bu durum, cezaların bireyselleştirilmesi için de olmazsa olmazdır.

Selçuk'a göre,²² hâkim verdiği kararda, cezanın amacını ve niteliklerini dengeli olarak, uyum içinde yansıtmalıdır. "Toplumun tepkisi" ve "suçlunun iyileştirilmesi" arasında, merkezde bulunan hâkim, cezanın amacını ve niteliklerinin bütününe gözeterek sorunu diyalektik bir yöntem ve yaklaşımla çözmelidir. Nitekim bu, suçu değil suçluyu yargılayan çağdaş ceza adaletinin gereğidir.

Somut ceza belirlenirken, failin kişiliğinin nazara alınması, cezanın bireyselleştirilmesi, caydırıcılık için olmazsa olmazdır. Ceza ada-

²⁰ Beccaria, s. 131.

²¹ Beccaria, s. 130.

²² Bkz. Sami Selçuk, "Günde Bin Davayı Sonuçlandıran Bir Yargıtay Olmanın Dayanımlılığı", Milliyet Gazetesi, 09.11.1974.

letinde baş oyuncu, soyut kurallar ve suç olmayıp, Ferri'nin ifadesiyle suçlunun ta kendisidir.²³ Adalet, soyut kurallara göre gözünü kapatarak suçu değil, tam tersine toplumsal ve bireysel bir olgu ve öykü olan suçla beraber suçluyu yargılamak zorundadır. Suçlunun kişiliğini oluşturan etken ve öğelerin bütünü göz önünde tutmayan adalet eksik, ceza ve önlemler ise etkisizdir.²⁴ Bu nedenle, somut ceza ve ağırlığı belirlenirken, failin kişiliği nazara alınır, alt ve üst sınırı olan cezalar bakımından, bu aralıkta bir miktar, bireyselleştirilerek tespit edilir ve temel ceza ortaya konulur.²⁵

2. CEZALARIN MUTLAK VE KAÇINILMAZ OLMASI

Biçimsel kanunilik ilkesinin sonucu olarak, suç sayılan fiillerin kanunda açıkça gösterilmesi gerekir. Ceza kanunlarının kaleme alınışında geçerli olan "açıklık ilkesi"ne göre, neyin suç olduğu herkesin anlayabileceği şekilde ve yalın bir dille ortaya konulmalıdır. Bir diğer anlatımla kanunlar, herkes tarafından anlaşılabilir (leges ab omnibus intellegi debent). Bundan sonra, suç sayılan fiilleri işleyen kişilerin, mutlak surette cezalandırılması gerekir. Cezaların, suçu işleyen herkese, mutlak surette uygulanması, suç işlemiş failerin cezadan kaçabilme ihtimallerinin neredeyse olmaması, caydırıcı bir etki ortaya koymaktadır.²⁶ Yapılan birçok araştırma da bu etkiyi doğrulamaktadır.²⁷

Araştırmaların vardığı sonuçlar hukukçular bakımından şaşırtıcı olmayacaktır. Cezaların mutlak ve kaçınılmaz olması bir madalyonun iki yüzü gibidir. Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, mutlaklık ve kaçınılmazlık, caydırıcılığı sağlamada cezaların ağırlığından daha önemlidir.²⁸ Ceza hukuku öğretisinde, ilk kez, cezaların mutlak ve

²³ Selçuk, Hukukun Dramı..., s. 228.

²⁴ Cezayı bireyselleştirirken, batılı ülkelerin uyguladığı yöntemler ve "suçlunun kişilik dosyası" hakkında detaylı bilgi için bkz. Selçuk, Hukukun Dramı..., s. 228 vd.

²⁵ Toroslu, Müeyyide..., s. 158.

²⁶ Osman Dolu/Hasan Büker/Şener Uludağ, "Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, Cilt: 61, Sayı: 1, s. 80.

²⁷ Bkz. Charles R. Tittle-Alan R. Rowe, "Certainty of Arrest and Crime Rates: A Further Test of the Deterrence Hypothesis", *Social Forces*, Oxford 1974, Cilt: 52, Sayı: 4, s. 457 vd.

²⁸ Bkz. Kızmaz, s. 222.

kaçınılmaz olması gerektiğine vurgu yapan yazarlardan olan Beccaria, bu konuda dönemini ve “ceza” kavramının seyrini değiştirmiş, caydırıcılıkta mutlaklığın ve kesinliğin önemini ortaya koymuştur. Beccaria’nın yeni bir çağı açan bu düşünceleri, bugün hâlâ modern ceza kanunlarının temelini oluşturmaktadır²⁹ ve bu nedenle unutulmamalıdır. Suçları önleyen, cezaların ağırlığı değil, “mutlak” olmasıdır.³⁰ Daha hafif, fakat mutlak ve kurtulmanın olanaksız olduğu bir ceza; kurtulma olanağı veren ve mutlaklığı şüpheli daha ağır bir başka cezanın yarattığı korkudan her zaman daha büyük bir korku doğurur. Küçük bile olsa mutlak olan kötülükler ve acılar, insanların ruhlarını her zaman ürpertirler.³¹

Ceza hukukçuları da dahil olmak üzere hiç kimse, bütün suçlar bakımından öngörülen cezaları eksiksiz, tam olarak bilemez. Nitekim, caydırıcılık açısından, cezaların türünün veya süresinin bilinmesi bir zorunluluk da değildir. Zira, suç işlemeyi düşünen kimseler, çoğunlukla o suçun cezasını değil, eğer suçu işlerlerse yakalanma ihtimallerini ve yakalanırlarsa cezanın çektirilip çekilmeyeceğini hesaba katarlar. Anlık öfkeyle işlenen suçlarda, bunu bile hesaba katmayabilirler. Bu nedenle, suç işlemeyi düşünen kimselerin cezaların ağırlığını hesaba kattığını söylemek genellikle mümkün değildir. Türkiye’de yapılan bir araştırmada ulaşılan sonuçlar da bunu destekler niteliktedir. Örneğin, bu araştırmada, katılımcıların %32,7’si, yakalanmaktan korktukları için şimdiye kadar hiç suç işlemediklerini söylemişlerdir.³² Bir başka çalışmada ise kişilerin cezaları ne ölçüde tahmin edebilecekleri araştırılmıştır.³³ Bu çalışmada katılımcılar, cezaları tam olarak bilememiş; ancak suçla ilgili kimselerin, yaygın suçlar konusunda doğruya yakın cevaplar verebildikleri görülmüştür.

²⁹ Emine Eylem Aksoy Returnaz, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi*, Ankara 2014, Sayı: 112, s. 103.

³⁰ Beccaria, s. 129.

³¹ Beccaria, s. 130.

³² Nurcan Hamzaoğlu/Burcu Türk/Yasemin Sanal, “Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi”, *Adli Tıp Bülteni*, Ankara 2019, Sayı: 24, Cilt: 3, s. 203.

³³ Ropel Apert, “Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence”, *Journal of Quantitative Criminology*, 2013, Sayı: 29, s. 78 vd.

3. CEZALARIN HIZLILIĞI

Cezalar, ne kadar hızlı ve işlenen suça yakınsa, o kadar adil ve yararlıdır. Çünkü, suçun işlenmesi ve buna karşılık gelen cezanın faile verilmesi arasındaki sürenin kısa olması, suç ve cezanın ardışık olduğunu gösterecektir. Bu sayede fail ve toplum, suçun neden, cezanın ise kesin bir sonuç olduğunu görecek, hızlılık insanların üzerinde güçlü ve kalıcı bir iz bırakacaktır.³⁴ Geciken cezaların, uzun yıllar süren yargılamaların bu açıdan yararsız ve hatta zararlı olduğu ortadadır.

Cezaların hızlılığından anlaşılması gereken, suç işlendikten sonra, suçluların en kısa sürede yakalanarak soruşturulması, kovuşturulması ve muhakeme süreçlerinin tamamlanarak, hak ettikleri cezaya çarptırılmalarıdır.³⁵ Caydırıcılık açısından yapılan araştırmalarda varılan sonuç, cezaların mutlak ve kaçınılmaz olması kadar, en kısa sürede verilmesinin de çok önemli olduğudur.³⁶

Son olarak, cezaların hızında da bir denge olmalıdır. Bir diğer anlatımla, *kaş yapayım derken göz çıkarılmamalı*, cezayı faile hızlı ulaştırmak için bu sefer de aksi yönde aşırıya kaçılmamalıdır. Genel olarak, adalettteki gecikme, insanlığın temel bir sorunu olup “geciken adalet, adalet değildir” veya “adalettteki gecikme onun reddi anlamına gelir” (*iustitiae dilatio est quaedam negatio*).³⁷ Fakat, adalet de hiçbir zaman hıza kurban edilmemelidir.³⁸ Muhakeme saat gibi işlemeli; akrep ve yelkovan ne zamanından önce ne de zamanından sonra ilerlemelidir. Roma hukukunda da denildiği gibi, muhakemede acele davranmak, caniyane bir tutumdur (*in juricando criminosa est celeritas*).³⁹

C. TÜRKİYE’DE DURUM

Türkiye’deki durumu, cezaların ağırlığı, mutlak ve kaçınılmazlığı, hızlılığı ve bunların cezaların caydırıcılığına etkisi kapsamında değerlendirmek gerekecektir. Çalışma kapsamında bu dar çerçevede kalıncaksa da bir kere daha ve önemle belirtmelidir ki, sadece caydırıcılığa

³⁴ Beccaria, s. 101, 102.

³⁵ Dolu/Büker/Uludağ, s. 72.

³⁶ Hamzaoğlu/Türk/Sanal, s. 207.

³⁷ Ejder Yılmaz, *Adalet (İnsana Yakışan Anlayış)*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 309.

³⁸ Aynı yönde Yılmaz, s. 309.

³⁹ Beccaria, s. 217, dn. 2.

dayanan ve bunu esas alan ceza adalet sistemlerinin başarılı olması beklenmemelidir.

1. Cezaların Ağırılığı

İlkin, mevcut cezaların hem türü hem de niceliği açısından incelenmesi, yeterince ağır olup olmadığının ortaya konulması gerekir. Aynı ayrı her suçun incelenmesine gerek olmaksızın, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen cezaların çok yüksek olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰ İlkel toplumun çağımıza kalıntısı olan ölüm cezası kanunlarımızdan çıkartılmış olsa da özellikle mevcut hapis cezalarının süreleri bakımından ağır olduğunu söylemek mümkündür. Batılı ülkelerin ceza kanunlarındaki aynı suçlar için öngörülen cezalar dikkate alındığında, bu tespiti yapmak daha da kolaylaşacaktır.

Bu bağlamda, ağırılığı tartışma konusu yapılan "kişilere karşı suçlar" dan birkaçına bakmak yeterli olacaktır. Örneğin, Alman Ceza Kanunu, 212. Maddesinde,⁴¹ kasten öldürmenin temel şekli için asgari beş yıllık hapis cezası öngörmekte, belirli durumlarda ve çok ağır hâllerde müebbet hapis cezasına hükmedilebilmektedir. İtalyan Ceza Kanunu'nda da kasten öldürmenin basit şekli için daha yüksek bir ceza düzenlenmiş olsa da (asgari yirmi bir yıl), süreli hapis cezası tercih edilmiştir.⁴² Buna karşılık, TCK, 81. maddede, kasten öldürmenin cezasını müebbet hapis olarak belirlemiş, nitelikli hâllerin varlığı durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceğini düzenlemiştir.

Yaralama suçunun basit şekli için de durum pek farklı değildir. Alman Ceza Kanunu 223. maddesinde yaralama suçunun basit şekli için beş yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörmüşken; İtalyan Ceza Kanunu 581. maddede, altı aya kadar hapis veya 309 Euro'ya kadar para cezasına hükmedileceğini düzenlemiştir. TCK ise 86. maddede bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

⁴⁰ "Prof. İzzet Özgenç: Bu İnfaz Anlayışı ile Tahliye Olanlar Geri Döner, Sistem Cezaevine Mahkûm", (<https://www.karar.com/prof-izzet-ozgenc-bu-infaz-anlayisi-ile-tahliye-olanlar-geri-doner-sistem-cezaevine-1556809> E.T. 30.08.2021).

⁴¹ "German Criminal Code - Strafgesetzbuch StGB", (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1945 E.T. 30.08.2021).

⁴² "Codice Penale - Libro II", (<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona> E.T. 30.08.2021).

Bir başka örnek ise çocuğun cinsel istismarı suçudur. Örneğin, Alman Ceza Kanunu suçun 14 yaşını tamamlamamış kimselere karşı işlenmesi hâlinde altı aydan on yıla kadar hapis cezasını öngörürken (m. 176/I); TCK çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağını düzenlemiştir (m. 103).⁴³

Örnekleri artırmak mümkündür. Görülmektedir ki, TCK'de düzenlenen cezalar batılı ülkelerin ceza kanunlarında düzenlenen cezalardan hafif olmayıp, birçok suç açısından daha ağırdır. Buradan çıkarılabilecek sonuç, sadece cezaları ağırlaştırmanın veya kanunlarda ağır cezalar öngörmenin, suçlulukla mücadelede kesin bir çözüm olmadığıdır.

Son olarak, geçmişte uygulanan ve çağdaş ceza hukukuyla bağdaşmayan, zaman zaman Türkiye'de de gündeme getirilen "ölüm cezası"na ilişkin istatistikler de çarpıcıdır. Yapılan birçok araştırma göstermiştir ki, ölüm cezası sanıldığı kadar caydırıcı bir ceza değildir. Nitekim, ölüm cezasının uygulandığı dönemde hem Türkiye'de hem de bu cezayı uygulayan bazı devletlerde, ölüm cezasını gerektiren suçların işlenmesinde beklenen bir azalma görülmemiştir. Ölüm cezası mevcut olsa bile, bu suçların işlenmeye devam ettiği, dolayısıyla ölüm cezasının caydırıcı bir fonksiyonunun olmadığı da ortadadır.⁴⁴ Hatta bazı araştırmalar, hapis cezalarının, ölüm cezalarından çok daha caydırıcı olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁵ Hapis cezasının, ölüm cezasından daha caydırıcı olduğunu Beccaria da vurgulamıştır. Beccaria'ya göre "*Bir caninin öldürülmesinin dehşet verici ama geçici görünüşünden çok, özgürlükten yoksun bir insanın uzun ve acılı durumunun örnek olması, suçlara karşı çok güçlü bir dizgindir.*"⁴⁶ Yapılan araştırmalar, Beccaria'nın yüz-

⁴³ Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda İtalya, Almanya, Portekiz, Fransa ve İngiltere Ceza Kanunlarının öngördüğü ceza sürelerine ilişkin tablolar ve özellikle küçükler için işlenmesi hâlinde verilecek cezaların süreleriyle ilgili bkz. Francesco Macri, *Verso un Nuovo Diritto Penale Sessuale*, Firenze U. P., 1. Edizione, Floransa 2008, s. 428; Ayrıca, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda 20. yüzyılın sonlarından itibaren Avrupa hukuk sistemlerinde ortaya çıkan gelişmeler için bkz. Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 51 vd.

⁴⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 565.

⁴⁵ Bkz. John E. Conklin, *Criminology*, Pearson Pub., 11. Baskı, USA 2012, s. 333 vd.

⁴⁶ Beccaria, s. 138.

yıllar önce ortaya koyduğu bu tespitleri desteklemektedir. Gerçekten de insan hafızası özellikle “tutkular” söz konusu olduğunda, anlık ve şiddetli olayları kısa sürede unutabilmektedir. Fakat, daha zayıf ama devamlı acılar karşısında savunmasızdır ve bunları daha zor unutmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye’de caydırıcılığı artırmak için ölüm cezasının tartışılması da yararsızdır.

2. Cezaların Mutlaklığı ve Kaçınılmazlığı

Türkiye’de caydırıcılık konusunda zafiyet yaratan husus, cezaların mutlak ve kaçınılmaz olmaması ve buna ilişkin toplumda yerleşmiş olan inançtır. Öyle ki, birçok ülkede olmayan “*birkaç sene yatar çıkar*” deyimini, dilimize çok uzun yıllar önce yerleşmiştir ve bugün hâlâ varlığını korumaktadır. Toplumda, verilen cezaların etkin şekilde uygulanmayacağına ve bir şekilde çıkış yolu bulunacağına dair inanç yerleşmiştir.⁴⁷

Türkiye’de yapılan ve geçtiğimiz yıl yayımlanan bir çalışmada, suç oranlarının azaltılması veya suçun engellenmesi için suç işleyen faillerin kısa sürede hak ettikleri ceza ile cezalandırılacakları ve hiçbir şekilde cezadan kurtulamayacakları algısının önemli olduğu sonucuna varılmıştır.⁴⁸ Araştırmaya göre⁴⁹, katılımcıların %87,7’si, hırsızlık suçlarının faillerinin yakalanamamasının, bu suçların işlenmesindeki caydırıcılığı azalttığını düşünmektedir. Yine, faili meçhul kalan öldürme suçları bakımından, faillerin yakalanamamasının caydırıcılığı azalttığını düşünen katılımcı oranı %78,7’dir. Gerçekten de suç işleyen bireylerin çeşitli nedenlerle yakalanamamaları hem failleri hem de suç işlemeyi düşünen kimseleri daha çok cesaretlendirmektedir.⁵⁰

Cezaların mutlak ve kaçınılmazlığını erozyona uğratan ve bu nedenle çok dikkatli ve özenli uygulanması gereken af ve koşullu salıverilme gibi kurumlara ilişkin sonuçlar da şaşırtıcı değildir.⁵¹ Anılan

⁴⁷ “Cezaların artması caydırıcı değil, önemli olan...”, (<https://www.hurriyet.com.tr/egce/cezalarin-artmasi-caydirici-degil-onemli-olan-28284419> E.T. 30.08.2021).

⁴⁸ Hamzaoğlu/Türk/Sanal, s. 207.

⁴⁹ Hamzaoğlu/Türk/Sanal, s. 203.

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, Türkiye’deki faili meçhul dosya sayısı azımsanamayacak ölçüdedir. 2010 yılına kadar, hazırlık soruşturmasındaki faili meçhul dosyaların istatistikleri için bkz. Yücel, s. 189.

⁵¹ Af kurumunun lehinde ve aleyhindeki görüşler hakkında bkz. Selahattin Keyman, Türk Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1.

araştırmada, af ve benzeri uygulamaların caydırıcılığı azalttığını düşünenlerin oranı %70,2'dir. Yine, etkin pişmanlığın caydırıcılık etkisini azalttığını düşünenlerin oranı %67,4; iyi hâl indiriminin caydırıcılık etkisini azalttığını düşünenlerin oranı ise %70,8'dir.

Suçların affa uğratılması, suçların cezasız kalabileceğini, cezanın suçların kaçınılmaz sonucu olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, suçlularda cezaya çarptırılmama veya cezadan kurtulma umudunu doğurmaktadır. Bu nedenle, af ve benzeri kurumların nadiren ve çok dikkatli uygulanması gerekir. Sık ve özensiz af uygulamaları, caydırıcılığa zarar vermektedir. Bu sayede cezaevinden çıkan mahpusların önemli bir kısmının, kısa sürede tekrar suç işleyerek, ceza infaz kurumlarına geri dönmesi de⁵² hem af kurumunu sorgulamakta hem de toplumdaki ceza adalet sistemine olan inancı azaltmaktadır.

Fransa kökenli koşullu salıverilme kurumu, Türkiye'de amacından saptırılmıştır. Suçlu açısından bir lütuf olması gereken şartlı salıverilme kurumu, Türkiye'de bir "hak" görünümü almıştır. Ceza infaz kurumlarında hükümlülere ve hatta sanık avukatlarına, hükümlülük süresi sorulduğunda, hemen daima bu sürenin üçte ikisini hesaplayarak vermektedirler.⁵³ Koşullu salıverilme kararları alınırken verilen "iyi hâl" belgesi de Türkiye'de yetkisiz kişilerce ve dikkatsizce verilmektedir.⁵⁴ Uygulamadaki bu çarpıklıklara ve yanlışlara tanık olan suçluların, koşullu salıverilmeyi bir hak olarak görmesi ve eksik infaz edilen cezalardan çekinmemeye başlaması doğal ve kaçınılmazdır.

Baskı, Ankara 1965, s. 14 vd.

⁵² Son infaz kanunuyla tahliye olan mahpuslardan da bir iki gün gibi çok kısa süre içinde suç işleyenler olmuştur.

⁵³ Sami Selçuk, *Çürütmeler*, Tekin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1990, s. 261; Belirtmek gerekir ki, koşullu salıverilmede oranlar Nisan 2020 tarihinde yapılan değişikliklerle muhtelif suçlar bakımından farklılaştırılmıştır.

⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. Sami Selçuk, "Başkalaşımın 'Af' Böceğine Dönüşen 'Koşullu Salıverilme' ve Bu Kurumu Anayasal Çoğunluktan Kaçırmanın Doğuluca Öyküsü", <https://t24.com.tr/yazarlar/sami-selcuk/baskalasilim-la-af-bocegine-donusen-kosullu-saliverilme-ve-bu-kurumu-anayasal-cogunluktan-kacirmanin-doguluc-a-oykusu,26020> E.T. 30.08.2021). Koşullu salıverilmenin "rutinleştirilmesi" hakkında bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara 2019, s. 785-786.

Son olarak, af kanunu niteliğinde olmasa da⁵⁵, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi kurumları ve infaz sürelerini etkileyen Nisan 2020 infaz değişikliğiyle yaklaşık doksan bin mahpusa tahliye yolu açılmıştı.⁵⁶ Bu değişikliklere yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, asıl amacın üç yüz bine yaklaşan ceza infaz kurumu nüfusunu azaltmak olduğu, belki de bu nedenle, teklifin genel gerekçesinde, hangi ceza siyasetinin güdüldüğüne ve buna neden ihtiyaç duyulduğuna dair bir açıklamaya yer verilmemesiydi.⁵⁷ Kaldı ki bu düzenlemeyle, koşullu salıverilme kurumunun özüne ve mantığına aykırı olarak işlenen “suç”lara göre tahliyeler gerçekleştirilmiş, mahpusların infaz sırasındaki hâlleri, topluma dönmeye hazır olup olmadıkları dikkate alınmamıştır. Öyle ki, tahliye olur olmaz birçok suçlu tekrar suç işlemeye başlamış, tartıştığı kişiyi taşla başına defalarca vurarak öldüren⁵⁸, emekli polis memurunu döverek parasını ve evinin anahtarlarını alan⁵⁹, tahliyesinin ertesi günü motosiklet çalan⁶⁰ kişilerin haberleri medyaya yansımıştır. Bu durum, şüphesiz, ceza adalet sistemine olan inancı da derinden sarsmıştır.

İsabetli olarak belirtildiği üzere, cezaların infazı ve bunların süresini etkileyecek düzenlemeler yapılırken, mahpusların işlediği suçlardan hareket edilmemeli; mahpusun örgütlülük, tehlikelilik, mükerrirlik gibi durumları yani “suçlu” dikkate alınmalı, tekrar suç işleyerek

⁵⁵ Köksal Bayraktar, “İnfaz Kanunu”, (<https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/infaz-kanunu-1734342> E.T. 30.08.2021).

⁵⁶ “İnfaz Paketi Resmî Gazete’de: Cezaevlerinden Yaklaşık 90 Bin Kişiyi Tahliye Yolu Açıldı”, (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-52269724> E.T. 30.08.2021).

⁵⁷ Adem Sözüer/İzzet Özgenç/Mahmut Koca, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’nin Değerlendirilmesi”, s. 12 ([https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-(2020.04.06).pdf) E.T. 30.08.2021).

⁵⁸ “Cezaevinden Çıktığı Gibi Tartıştığı Kişiyi Taşla Öldürmüş”, (<https://www.haberturk.com/cezaevinden-cikti-tartistigi-kisiyi-tasla-oldurdu-2651039> E.T. 30.08.2021).

⁵⁹ “Emekli Polisi Dövüp, Parasını Gasbeden Şüpheli Yakalandı”, (<https://www.haberturk.com/emekli-polisi-dovup-parasini-gasbeden-supheli-yakalandi-2655618> E.T. 30.08.2021).

⁶⁰ “Özgürlüğü 1 Gün Sürdü... Cezaevinden Çıktı, Motosiklet Çalıp Tekrar Tutuklandı”, (<https://www.haberler.com/ozgurlugu-1-gun-surdu-cezaevinden-cikti-motosiklet-13145991-haberi/> E.T. 30.08.2021).

infaz sistemine dâhil olmasını önleyici tedbirler de öngörülmelidir.⁶¹ Aksi hâlde, görüldüğü üzere, tahliye edilenler hızlıca yeni suçlar işleyerek ceza infaz kurumlarına dönmekte ve hem ceza adalet sistemine hem de cezaların caydırıcılığına olan inanç tükenmektedir.

3. Cezaların Hızlılığı

Türkiye’de ceza muhakemesinin ve bunun bir sonucu olarak cezaların hızlılığının sağlandığını söylemek zordur.⁶² Yavaş işleyen sistemde, dava sayısı da hızla artmakta ve bu yükün üstesinden genel af kanunları ile gelinebilmektedir.⁶³ Bunun sonucunda hem yargıya duyulan güven hem de cezaların caydırıcılığı zarar görmektedir.

2020 yılında da “reform” çalışmalarının en önemli maddelerinden biri genel olarak yargıda “süre”lerdir. Yargıda hedef süre uygulaması ile her bir dava ve soruşturmanın “hedeflenen” sürede tamamlanması amaçlanmıştır. Adalet Bakanlığı da yargıda hedef süre uygulamasını, “...yargılama ve soruşturma sürelerinin kısaltılmasını amaçlayan bir dava yönetim sistemi”⁶⁴ şeklinde tanımlamıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere, yargılama süreleri ve bunun doğal bir sonucu olarak “cezaların hızlılığı” Türkiye’de hâlâ bir sorundur ve “reform” çalışmalarının konusudur.

Yargılamanın yavaşlığı mağdurlar ve tanıklar bakımından da sorunlar doğurmaktadır. Özellikle mağdurlar, uzun süren yargılama boyunca manevi olarak yıpranmakta, suçlunun kayırıldığını düşünmektedir.⁶⁵ Sürüncemede kalan yargılamaların, mağdurları sindirdiği, suçlulara cesaret verdiği açıktır. Hatta, bir noktadan sonra mağdurların “nasılsa bir şey olmuyor” düşüncesiyle suçu ihbar bile etmemeleri anlaşılabilir bir durumdur.

⁶¹ Sözüer/Özgenç/Koca, s. 15.

⁶² Ömer Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, Cilt: 16, Sayı: 4, s. 350.

⁶³ Yücel, s. 252.

⁶⁴ “Yargıda Hedef Süre Uygulaması Başladı”, (<https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir> E.T. 30.08.2021).

⁶⁵ Yücel, s. 253.

SONUÇ

Cezaların caydırıcılığı, insanların kişiliğinden ceza adalet sisteminin bütününe kadar birçok nedene bağlıdır. Hiçbir neden, caydırıcılığı tek başına sağlamakta yeterli değildir. Fakat, bu çalışma bakımından ele alınan nedenler incelendiğinde, cezaların ağırlığındansa, mutlak ve kaçınılmaz olması gerektiği ortadadır. Türkiye’de de cezaların ağırlığından ziyade *“mutlaklık ve kaçınılmazlık”* açısından sorunlar olduğu görülmektedir.

TCK’da suç karşılığı öngörülen soyut cezalar yeterince ağırdır. Fakat, yapılan düzenlemeler ve uygulama, öngörülen cezaları erozyona uğratmaktadır. Örneğin, son infaz düzenlemeleriyle yapılan değişiklikler, on yıl hapis cezası alan bazı hükümlülerin iki yıl cezaevinde kaldıktan sonra (koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik marifetiyle) tahliye olması sonucunu doğurmuştur. Bu durum, toplumda çoktan yer edinmiş olan *“birkaç sene yatar çıkar”* algısını haklı kılmakta, suç işlemeyi düşünen kimseleri teşvik etmektedir. Nitekim, on yıllık hapis cezasını iki yılın sonunda tahliyeyle sonuçlandıran düzenlemelerin; beş yıl hapis cezası öngören fakat bunun tamamının ciddiyetle infazını sağlayan düzenlemelerden daha caydırıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Unutulmamalıdır ki, *“birkaç sene yatar çıkar”* gibi caydırıcılığı azaltan inançlar, cezaların ağır olduğu hukuk düzenlerinde yer bulabilir. Cezaların mutlak ve kaçınılmaz olarak uygulandığı hukuk düzenlerinde bu gibi inançlar kolay kolay yer edinemez.

Caydırıcılık bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da insanlardaki *“cezaevine girme korkusu”*dur. Bu çarpık uygulamaların, cezaevine girmemiş kimselerdeki cezaevine girme korkusunu da azalttığını, insanlarda *“ceza alsam bile kısa sürede çıkarım”* şeklinde bir inanç yarattığını söylemek mümkündür.

Şu hâlde, sıklıkla tartışılan caydırıcılık bakımından cezaların ağırlığının çok da önemli olmadığı, kaldı ki TCK’de cezaların zaten ağır olduğu ortadadır. Ağır cezaların daha da ağırlaştırılmasını istemek, gerçek ve temel sorunları halı altına süpürmekten başka bir şey değildir. Türkiye’deki caydırıcılık sorununun çözümü için önceliğin cezaların mutlak ve kaçınılmaz olmasına verilmesi, ayrıca hızlılığın sağlanması gerekmektedir. Yine bu bağlamda, af, erteleme, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi cezaları erozyona uğratan kurumların da amacından sapıtılmadan, özenli uygulanması zorunludur.

Yaklaşık üç yüz yıl önce, henüz yirmi altı yaşındayken ortaya koyduğu yapıtla hukuk ve insanlık tarihini etkileyen, ceza hukukunun özünü görkemli biçimde özetleyen büyük düşünür Cesare Beccaria'nın şu satırlarını unutmamak gerekir: *"Bir cezanın, bir ya da birden çok kişi tarafından bir yurttaşa karşı uygulanan kaba bir güç, şiddet olmaması ve sayılmaması için, her şeyden önce kesinlikle herkese açık, çabuk, kaçınılmaz, belli koşullarda olabilir yaptırımların en ılımlısı ve en azı, suçların ağırlığıyla orantılı ve yasalar tarafından belirlenmiş bulunması zorunludur."*⁶⁶

Ve nihayet, genel olarak, suçluları cezalandırmaktansa suç işlenmesini önlemeye çalışmanın daha doğru ve çağdaş ceza hukuku sistemlerinin ilk hedefi olduğunu hatırlamak gerekir. İyi bir yazılı hukukun temel amacı budur.⁶⁷ Sadece "caydırma" amacıyla düzenlenen cezalar yetersiz kalmaktadır. Toplumun bilinçlendirilmesi, insancıl, gerçekçi ve adil uygulamalardan oluşturulan ceza politikalarının bir bütün olarak geliştirilmesi zorunludur.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2019.
- Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Giuffrè, 16. Edizione, Milano 2003.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Bentham Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Batocche Books, Kitchener, 2000.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2017.
- Conklin John E., Criminology, Pearson Pub., 11. Baskı, USA 2012.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2019.
- Hafizoğulları Zeki, Ceza Normu, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 1996. (Kısaltma: Norm...)

⁶⁶ Beccaria, s. 222.

⁶⁷ Beccaria, s. 201.

- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Keyman Selahattin, Türk Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1965.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2019.
- Macri Francesco, Verso un Nuovo Diritto Penale Sessuale, Firenze U. P., 1. Edizione, Floransa 2008.
- Mantovani Ferrando, Diritto Penale, Cedam, 4. Edizione, Padova 2001.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2019.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara 2019.
- Özgenç İzzet/Şahin Cumhuriyet, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Pisapia Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Çev: Atıf Akgüç), Adalet Bakanlığı Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1971.
- Selçuk Sami, Çürütmeler, Tekin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1990.
- Selçuk Sami, Kendini Tüketen Hukukun Dramı-Bir Doğululaşma Serüveni, İmge Kitabevi, Ankara 2015. (Kısaltma: Hukukun Dramı...)
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2018.
- Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2010. (Kısaltma: Müeyyide...)
- Toroslu Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1987. (Kısaltma: Nasıl...)
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 25. Baskı, Ankara 2019. (Kısaltma: Genel...)
- Yılmaz Ejder, Adalet (İnsana Yakışan Anlayış), Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2020.
- Yücel Mustafa Tören, Yargı Sistemi Üzerine Denemeler (Ed: Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2019.

Makaleler

- Aksoy Retornaz Emine Eylem, "Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2014, Sayı: 112, s. 93-106.
- Apert Ropel, "Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence", *Journal of Quantitative Criminology*, 2013, Sayı: 29, s. 67-101.
- Dolu Osman/Büker Hasan/Uludağ Şener, "Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, Cilt: 61, Sayı: 1, s. 69-106.

- Hamzaoğlu Nurcan/Türk Burcu/Sanal Yasemin, "Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, Ankara 2019, Sayı: 24, Cilt: 3, s. 198-208.
- Kızmaz Zahir, "Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi", *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Afyon 2005, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 210-231.
- Ömeroğlu Ömer, "Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, Cilt: 16, Sayı: 4, s. 329-370.
- Selçuk Sami, "Suç, Suçun Öz Nitelikleri ve Tanımı", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt: 1, İstanbul 2014, s. 85-106.
- Tittle Charles R./Rowe Alan R., "Certainty of Arrest and Crime Rates: A Further Test of the Deterrence Hypothesis", *Social Forces*, Cilt: 52, Sayı: 4, Oxford 1974, s. 455-462.
- Üzülmez İlhan, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2001, Cilt: 5, Sayı: 1-4, s. 259-294.

Çevrimiçi Kaynaklar

- "Cezaevinden Çıktığı Gibi Tartıştığı Kişiyi Taşla Öldürmüştü", (<https://www.haberturk.com/cezaevinden-cikti-tartistigi-kisiyi-tasla-oldurdu-2651039> E.T. 30.08.2021).
- "Cezaların artması caydırıcı değil, önemli olan...", (<https://www.hurriyet.com.tr/ege/cezalarin-artmasi-caydirici-degil-onemli-olan-28284419>, E.T. 30.08.2021).
- "Codice Penale - Libro II", (<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona> E.T. 30.08.2021).
- "Emekli Polisi Dövüp, Parasını Gasbeden Şüpheli Yakalandı", (<https://www.haberturk.com/emekli-polisi-dovup-parasini-gasbeden-supheli-yakalandi-2655618> E.T. 30.08.2021).
- "German Criminal Code - Strafgesetzbuch StGB", (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1945 E.T. 30.08.2021).
- "İnfaz Paketi Resmî Gazete'de: Cezaevlerinden Yaklaşık 90 Bin Kişiyi Tahliye Yolu Açıldı", (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-52269724> E.T. 30.08.2021).
- "Özgürlüğü 1 Gün Sürdü... Cezaevinden Çıktı, Motosikler Çalıp Tekrar Tutuklandı", (<https://www.haberler.com/ozgurlugu-1-gun-surdu-cezaevinden-cikti-motosiklet-13145991-haberi/> E.T. 30.08.2021).
- "Prof. İzzet Özgenç: Bu İnfaz Anlayışı ile Tahliye Olanlar Geri Döner, Sistem Cezaevine Mahkûm", (<https://www.karar.com/prof-izzet-ozgenc-bu-infaz-anlayisi-ile-tahliye-olanlar-geri-doner-sistem-cezaevine-1556809> E.T. 30.08.2021).
- "Yargıda Hedef Süre Uygulaması Başladı", (<https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir> E.T. 30.08.2021).
- Bayraktar Köksal: "İnfaz Kanunu", (<https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/infaz-kanunu-1734342> E.T. 30.08.2021).
- Selçuk Sami, "Başkalaşımın 'Af' Böceğine Dönüşen 'Koşullu Salıverilme' ve Bu Kuru-

mu Anayasal Çoğunluktan Kaçırmanın Doğuluca Öyküsü”, (<https://t24.com.tr/yazarlar/sami-selcuk/baskalasim-la-af-bocegine-donusen-kosullu-saliverme-ve-bu-kurumu-anayasal-cogunluktan-kacirmanin-doguluca-oykusu>,26020 E.T. 30.08.2021).

Selçuk Sami, “Şimdi, ‘Genel Af’ın Tam Zamanıdır”, (<https://t24.com.tr/yazarlar/sami-selcuk/simdi-genel-af-in-tam-zamanidir>,26145 E.T. 30.08.2021).

Sözüer Âdem/Özgenç İzzet/Koca Mahmut, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’nin Değerlendirilmesi” ([https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-(2020.04.06).pdf) E.T. 30.08.2021).

Diğer Kaynaklar

Selçuk Sami, Günde Bin Davayı Sonuçlandıran Bir Yargıtay Olmanın Dayanılmazlığı, Milliyet Gazetesi, 09.11.1974.

EKOLOJİK KRİZİN YENİDEN ÜRETİMİNDE HUKUK*

LAW IN REPRODUCTION OF THE ECOLOGICAL CRISIS

Mahmut Fevzi ÖZLÜER**

Özet: Tarihsel ve biyolojik bir tür olarak insanın, toplumsal metabolizmasının yarılmasına bağlı olarak ortaya çıkan ekolojik krizle, insanın normatif kuruluşu arasındaki ilişki bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Normatif kuruluş, hukukun tarihsel biçimlenişine bağlı kalınarak, kapitalist toplumsal ilişkiler içinde incelenecektir. Bu çalışmada, emek ve doğa sömürsünün biçimlendiği piyasa toplumu ilişkileri bağlamında ve özel mülkiyet hukuku temelinde ekolojik krizin nasıl bir hukuki formla yeniden üretildiği sorusuna yanıt aranmaktadır. İnsanın toplumsal yarılmasını, yabancılaştıran türçülük ve antroposen siyaseti kavramları temelinde eleştiriye tabi tutarak, türü temsil etme gücünü ele geçiren sermayedarların hem emekçileri hem de türün krizini nasıl ürettikleri ana soru etrafında, hukukun zamana ve mekâna el koymasının ekolojik krizi yeniden ürettiği önermesi geliştirilecektir. Emekçilerin tarihsel olarak elde ettiği haklardan kopartılması hem doğanın hem de emeğin sermayedarlar tarafından mülk edinilmesi, “hakların çitlenmesi” kavramı ekseninde ortaya konulacak ve ekolojik kriz, tarihsel açıdan emekçilerin siyasal yetilerinden kopartılması ve piyasa toplumu alanına sıkıştırılması olarak izah edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yabancılaşmış Türçülük, Antroposen Siyaseti, Hakların Çitlenmesi, Müşterekler, Tarihsel Haklar

Abstract: As a historical and biological species, the relationship between the ecological crisis that arises due to the disruption of the social metabolism of man and the normative establishment of man constitutes the subject of this study.

The normative establishment will be examined in capitalist social relations, adhering to the historical forming of law.

In this study, an answer to the question of how the ecological crisis is reproduced in a legal form is sought in the context of market

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kent ve Çevre Anabilim Dalında yazılan, “Çevrenin Korunmasında İdari Yargının Rolü” adlı doktora tezinden üretilmiştir.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kent ve Çevre Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Avukat, fevziozluer@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2779-1303, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.06.2021, Kabul Tarihi: 01.07.2021

society relations in which labor and nature exploitation are shaped on the basis of private property law.

By subjecting the social division of man to criticism on the basis of the concepts of alienating speciesism and Anthropocene politics, the premise that the confiscation of time and space by law reproduces the ecological crisis will be developed around the main question of how the capitalists who seize the power to represent the species produce both the laborers and the crisis of the species.

The removal of workers from the historically acquired rights, the acquisition of property by both nature and labor by capitalists, the concept of “enclosure of rights” will be laid out on the axis, and the ecological crisis will be explained as the removal of workers from their political abilities historically and the compression into the field of market society.

Keywords: Alienated Speciesism, Anthropocene Politics, Enclosure of Rights, Commons, Historical Rights

GİRİŞ

İnsanın evrensel düzeyde gelişimini belirleyen tarihsel bir kategori olarak emek sürecinde, imgelemin, dilin ve eylemin varlık zeminlerinde bir müşterek olarak, “hak”ın oluşumunu, yönetim, üretim ve yeniden üretim süreçlerinde anlamak mümkündür. *Tarihsel açıdan emek gücüne el konulmasının sermaye birikimini olanaklı kıldığıнын kabulüyle, liberal ve neoliberal dönemde hukuk zeminin ekolojik krizle ilişkisini anlamak nasıl mümkün olabilir?* sorusu esas alınarak, hakların çitlenmesi kavramını inşa etmek, tarihsel bağlamında anlamlandırmak ve ekolojik kriz ve hukuk arasındaki ilişkiyi bu kavram temelinde anlamak yazının amacıdır. Bu çalışma temel olarak, sermaye sınıfının, birikim için ekonomik ve siyasal kriz uğraklarıyla beraber hukuki zeminlere ihtiyaç duyduğu iddiasındadır. Bu makalede, ekolojik krizin kökenine türsel bir varlık olarak “insan”ı yerleştiren liberalizmi, yabancılaştırılmış türcülük ve antroposen siyaseti kavramları ekseninde analiz ederek; özel mülkiyet temelinde kurulan “evrensel insan” düşüncesinin ve neoliberal hak teorilerinin ürettiği hukuki zeminin sermaye birikimini olanaklı kıldığı ve ekolojik krizi yeniden ürettiği iddiası ortaya konulacaktır. Aynı zamanda bu makalede, emek gücünün ve doğanın metalaşması, yeniden üretimiyle; insanın emeği dolayısıyla geliştirdiği biyolojik varoluş biçimlerinin ve toplumsal tarihsel kurucu özneliğin arasındaki çelişki özel mülkiyet hukuku dolayımında açığa çıkartılacaktır. Bu tarihsellikte bağlı kalınarak, insani varoluşun özel mülkiyet hukukunca temellüküyle (çitlenmesiyle) ekolojik kriz ara-

sındaki ilişki gösterilmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda tarihsel materyalist bir hukuk yöntemine bağlı kalınarak, ekolojik kriz koşullarının; emekçi sınıfların kendilerini krizin faili ilan eden tarihsel ve toplumsal koşullara tabi kılınmasının hukuki arka planı ortaya konulacaktır.

Emekçi sınıfların sömürülmelerine rıza üretmelerini¹ mümkün kılan ve onların kural koyma, toplumsal dayanışma güçlerini ellerinden alan (rızaıyla veya zorla) birikim için gerekli hukuki düzeyin ve hakların inşa edilmesine yönelik toplumsal karakter açığa çıkartılacaktır.² Bu bağlamda da ekolojik krize neden olan sermaye birikim sürecinde, biriktirilenin ve sermaye tarafından el konulunun ya da çitlenenin bir yanıyla emek sürecine dair toplumun ve emeğin yapabilirlik ve hukuk bilgisi, kapasitesi, gücü diğer yandan da toplumsal ve sınıfsal örgütlenme imkanı, toplumun hukuk yapma yeteneği olduğu önermesinden hareketle bu el koymanın tarihselliği ortaya konulacaktır.

Walker'e göre emek gücü, *"kapitalizmde bireysel bir kapasite olarak anlaşıldığı için, bir meta olarak emek gücü konseptinden uzaklaşmanın ilk adımı, emeğin karşılığının ödenip ödenmediğinden bağımsız olarak, emeğin becerisinin tamamen sosyal ve iş birliğine dayalı bir etkinlik olarak görülmesidir."*³ Bu ekseninde 'hukuku', toplumsal varlığın ontolojisine içkin tarihsel bir hafıza ve sosyal bir beceri olarak kabul etmek gerekir. Azzelini'ye göre de *"insani beceriler oluşturmak, kolektif, sosyal bir faaliyettir. Bunlar, geçmişte başkaları tarafından ortaya konulmuş bilgiden ve hünerden, gelecek nesiller için bilgi edinme amacıyla sosyal olarak organize edilmiş sistemlerden, diğer insanlarla iş birliği içinde olmaktan ve bireylerin sosyal olarak kendile-*

¹ Bu konuda bakınız, Antonio Gramsci, "Kapital'e Karşı Devrim", David Forgacs (der.), Gramsci Kitabı Seçme Yazılar 1916-1935, Çeviren: İbrahim Yıldız, Dipnot Yayınları, Ankara, 2010.

² Rıza üretimi kavramını geliştiren Gramsci'ye göre, toplumsal ve siyasal denetimin sağlanmasında bir yandan zor araçları diğer yandan da rıza ilişkileri hakimdir. Bu çerçevede hukuk, bir yandan egemenin koyduğu kurala toplumun rıza göstermesinin normatif araçlarını yaratırken diğer yandan da bir zor aygıtı işlevi taşır. Toplumun, egemenin koyduğu kurala uymasının aracı olarak hukuk, bir rıza üretme mekanizmasıdır. Bu çalışmada da rıza üretimi süreci, toplumun egemenin kurallarına uymasını mümkün hale getiren, toplumsal, siyasal, iktisadi koşullara, kurallara, ilişkilere göre biçimlenen tarihsel hukuki biçimler bütünü anlamında kullanılmıştır. Bu konuda bakınız, Mehmet Yetiş, "Devletin İki Görünümü", Mülkiye, No.264, Kış, 2009, s.129-153.

³ Walker'den aktaran, Dario Azzelini, "Emek Gücünü Müsterekler Olarak Organize Etmek", *Praksis Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 49, 2019/1, s. 88.

rini yeniden üretmelerinden bağımsız değildir.”⁴ Bu nedenle hukuku hem tarihsel hem de ontolojik bağlamında kavramak gerekir. Bu makalede de hukukun ontolojik imkanının kapitalist tarihsel uğrakta çitlenmesinin yol açtığı krizin, aynı zamanda evrensel anlamda bir varolma krizine yol açtığı gösterilmeye çalışılacaktır.

1. Modern Kapitalist Toplumun Hukukuna Giriş: Yabancılaşmış Türçülük ve Antroposen Siyaseti

Modern kapitalist toplumda hukukun ekolojik krizi yeniden üretimini ortaya koymak için iki kavramı inşa etmek istiyoruz. Bunlardan birincisi, yabancılaşmış türçülük, bir diğeri de antroposen siyaseti. Piyasanın doğa durumu formunda organize edilmesi ve emek gücünün toplumsal imgelem pratiğinden koparılması süreci olarak kapitalistleşme, insanı “hayvansı” bir biçimde yeniden örgütleyecek siyasal ilişkilerin yaratılabilmesini de mümkün kılar. Hayvansılaşıma, insanın tarihsel olarak elde ettiği haklardan azade kılınmış olmasını ve fakat hak öznesi kişiliğinden de tam olarak koparılmamasını işaret eder. Bu insan, toplumsal bir insan değildir, bir biyolojik canlı olarak bir hayvan da değildir. İkisinin tam arasında, tarihsel kategorisini birey olarak açığa çıkartan, bir hayvansıdır. Biyolojik ve toplumsal varoluş koşullarının bütünlüğünden soyutlanmış, bu anlamıyla da toplumsal varoluş sürecine yabancılaştırılmış, bir tür olarak kurgulanan bu hayvansı insan, modern devlet teorilerinin kurucularında, pek tabii en başta Hobbes’ta, siyasal toplumun yapı taşı olarak kurgulanır.⁵ Siyasal toplumun temeline yerleştirilen bu *insan* kavramsallaştırmasının üretimi, sermaye birikimi için de bir zorunluluktur. Doğa durumu, piyasa toplumunda, bir olasılık olarak kavranmalıdır, insanın hem kendisine hem de türsel varlığına yabancılaşmasını mümkün kılan bir olasılık. Kapitalist toplumda, üretim ve yönetim arasındaki parçalanmanın bir tezahürü olarak siyasal alan ile ekonomik alanın yarılmasında ekonomik alana tekabül eden piyasa, onu oluşturan güçleri türdeşleştirme ve homojenleştirme eğilimi gösterse de bu formları yine de bir karşıtlık olarak organize eder.⁶

⁴ Agm.

⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çeviren: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 4. Baskı, 2004.

⁶ Gülnur Acar Savran, *Sivil Toplum ve Ötesi - Rousseau, Hegel ve Marx*, 2. Baskı,

İnsan, piyasa toplumunda, hala hayvan değildir; ama *doğa durumunun sınırında ve piyasa içinde emek gücünü satarak özgürleşen bir hayvansıdır*. Bu metamorfoz, insanın hem türsel yarılmasının hem de toplumsallığından, zamanından (geçmiş ve geleceğinden) da kopartılarak kendini yönetme kabiliyetine yabancılaşmasının fitilini alevlendirir.⁷

Kapitalist toplumsallaşmada, piyasanın içinde ve doğa durumunun sınırında kendine düşmanlaştırılan insan, türdeşleştirilerek meta ilişkilerinde dolayımlanır. Piyasa toplumunda, siyasal olanı, yönetme erkini, bu anlamda da türü-insanı, sermaye sınıfı temsil eder.

Ekonomik alanda yer alan emekçilerse, doğa durumuna gönderilmeye (düşmanlaştırılarak) hem razı edilmiş hem de zorunda bırakılmış hayvansıdır. Bu türün tarihsel ve biyolojik metabolik yarığı, bir yanıyla devlete boyun eğmeyi, kamu düzeninin sağlanması için zorunluluğu ve imkânı diğer yandan da doğa durumunu bir arada barındırır. Modern devletin ortaya çıkması ile kapitalist toplumsallaşmanın eş anlı geliştiğini kabul ederek, Hobbes'un devlet ve doğa bağıntısı temelinde, emekçilerin tarihsel olarak hayvansılaştırıldığını ve sermayeninse insan türünü temsil eden bir dolayımına geçildiğine dair iddiamızı açabiliriz.

1.1. Yabancılaşmış Türçülük ve Emekçilerin Hayvansı Kılınması

Piyasaya-doğa durumuna gönderilen emekçilerin, siyasal alanla kurabileceği sözleşmeyi ve doğa durumunun kurallarını piyasa ilişkileri belirler. Bu anlamda, Hobbes'un 'hayvanlarla sözleşme yapamayız, çünkü bizim söylediklerimizi anlamazlar' önermesi⁸ üzerinde durulmayı hak eder. Hobbes'un, insanın doğa durumundan yola çıkarak oluşturduğu siyaset kuramı da, kendi hayatını korumak isteyen insanın, kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve kendi aklı ile bu amaca en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapma hakkı olarak doğa hakkını kabul eder.⁹ Hobbes'a göre insan, barışı ve kendini korumak

⁷ Belge Yayınları, İstanbul, 2003, s.195 vd.
John Bellamy Foster, Marx'ın Ekolojisi, Materyalizm ve Doğa, Çeviren: Ercüment Özkaya, Epos Yayınları, 2001, s.94 vd.

⁸ Thomas Hobbes, Leviathan, s. 102.

⁹ Age, s. 103.

istiyorsa herşey üzerindeki hakkını bırakmalı ve başkalarına ve kendine karşı ancak onlara tanıyacağı kadar özgürlükle yetinmelidir; bunun için de insanlar yaptıkları ahitleri yerine getirmelidir ve bu manada toplumsal insanın bir zor aygıtına yani devlete ihtiyacı vardır¹⁰.

Hobbes, doğa durumundan çıkan insanın, biyolojik bir doğa yasasına tabi olmadığını, sözleşme ile kurulmuş rasyonel, evrensel bir yasaya tabi olduğunu vurgular.¹¹ Hobbes, insanların hayvanlar gibi oldukları için bir despota ihtiyaç duyduklarını öne sürdükten sonra; insanları ortak korku içinde tutacak ve onları, ceza tehdidiyle ahitlerini ifa etmeye zorlayacak bir kılıç gücüne, kişisel güvenliği koruyacak bir güce işaret eder.¹² Hobbes'un, Leviathan adıyla takdim ettiği bu politik beden, insanları ortak korku etrafında örgütleyip türdeşleştirdiği ölçüde, onları doğa durumunda yaşatır.¹³ Ergün'ün haklılıkla ifade ettiği üzere "*Hobbes Leviathan ile hem nüfusu, hem toprağı hem de tekil bireylerin biyolojik varlığını ve iradelerinin tabiyetini anlatır. Leviathan'ın politik bedeni, aynı zamanda kolonyal, teritoryal ve biyolojik bir bedendir.*"¹⁴ Ölümlü bir makine olarak tasvir edilen Leviathan, bir hukuksal birliği temsil ettiği kadar, onu oluşturan güç, egemenlik altına alınan doğanın ve sömürgelerdeki emeğin toplamıdır.

Kapitalizmde, piyasa olarak doğa durumunun yeniden icadında, emekçilerle maddi yaşamın devamı hakkında yapılacak bir anlaşmadan bu anlamda bahsetmek mümkün değildir. Onların emek gücü olarak hayvansı¹⁵ kılınması süreci, insanın siyasal alandan kovulması sürecidir. Tam da bu nedenle sermaye birikimi, bir yandan insanın tür olarak parçalanmasını ve emekçilerin kendi yaşamlarına ve kendilerini yönetme bilgisine düşmanlaştırılmasını, siyasal sistem tarafından düşman kılınmasını diğer yandan onların Hobbes tarafından işaret

¹⁰ Age, s. 96-106.

¹¹ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 14. Baskı, 2019, s.182.

¹² Thomas Hobbes, Leviathan, s.127.

¹³ Neocleus da bu konuda, Leviathan'ın bireyleri yuttuğunu ama onları yok etmediğini ileri sürer. Bakınız, Toros Güneş Ergün, "Thomas Hobbes ve Modern Devletin Biyopolitik Kuruluşu", Biyopolitika Cilt 1 (içinde), Derleyen: Onur Kartal, Notobene Yayınları, Ankara, 2016, s.115.

¹⁴ Agm, s.117.

¹⁵ Derida'ya göre, Hobbes, devlet öncesi durumda insanı hayvanla, insan toplumunu da hayvan sürüsüyle eş görür. Doğa durumunda da Hobbes'a göre, herkesin hayvansı çıplak hayatı kırılığandır: hep şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır ve insan hayatı yalnız, yoksul, kötü, vahşi ve kısa sürer. Agm, s.108.

edilen politik sözleşme düzenin dışına hayvansı olarak ötelenmesiyle mümkün kılınmıştır.

Pek tabii emekçi sınıfların yurttaşlık hakları için yaptıkları mücadele, siyasal alana girmeye yönelik girişimlerinin dolayımı ile sermaye sınıfının emekçileri hayvansı bir kategoriye sokarak, varlığını örgütlemesi zorunluluğu, kapitalist toplumsallığın olduğu kadar canlılığın kapitalist tarzda inşasının zeminini oluşturur. Bu nedenle Duguit'in belirttiği gibi¹⁶ devletin varlığını biçimsel olarak meşrulaştırarak ve yasa yapma gücünün emekçilerin elinden çekilip alınmasına yol açan bir form olarak özel mülkiyet düzeni tam da hem yabancılaşmanın maddi özünü oluşturur hem de onun içerip aşılması gerektiğini. Emekçilerle siyasal alana dair kurulan, egemenliğin devri için kurulmuş bir sözleşme yoktur. Bu hukuki varoluş alanı, hukuki yokluk hali, onları kapitalist için hayvansı kılınmasını mümkün hale getirirken, emekçiler açısından da direnişin olanağıdır.

Egemenlik dolayımıyla kurulan yurttaşlığı temsil eden burjuva bireyi ile hayvansı kılınan emekçiler arasında oluşan bu metabolik yarığın;¹⁷ Duguit'in haklı olarak eleştirdiği bireysel haklarla kapatılacağı¹⁸ varsayılrsa da aslında bu emekçilerle sermayedarlar arasındaki bu tarihsel yarığın; devletin sınır kurma imkanını yeniden üretir. Devletin, emek gücünü, yurttaşlığın dışına itekleme imkanıyla; doğa ve toplum arasında sınırları belirsiz bir alanda emekçileri yeniden üretme gücü, siyasal alanı yeniden tanımlama ve üretme kudretini egemene

¹⁶ Leon Duguit, *Hak Kavramı Üzerine Üç Konferans*, Çeviren: Edip Serdengeçti, Pinhan Yayıncılık, 2019.

¹⁷ Metabolik yarığın kavramı, insanın tarihsel kuruluşunun hem toplumsal hem de biyolojik yönünü birey temeline indirgeyen hukuki formun; özel bir yabancılaşma biçimi icat ederek türün birey formunda sermaye sınıfı tarafından temsili karşısında, emekçilerinse bir hayvansı olarak kodlanmasını mümkün hale getiren mekânsal ve zamansal ilişkiler bütünü olarak bu çalışmada kullanılmıştır. Ayrıca, bu kavramın Marx tarafından kullanımı üzerine bir tartışma için bakınız, John Bellamy Foster, *Marx'ın Ekolojisi, Materyalizm ve Doğa*, Çeviren: Ercüment Özkaya, Epos Yayınları, 2001.

¹⁸ Duguit, kadim mutlak kamu gücünün millette somutlaşarak kullanılması durumunda gücün sınırsızlığına ve fakat insanın bu güç karşısında çaresizliğine dikkat çekmektedir. Duguit'e göre "Devlet, gerçekten de Hobbes'un açıkladığı gibi Leviathan'dır. Her şeyi yutmakta, her şeyi eşitlemekte ve her şeye tahakküm etmektedir, yanında bağımsız bir başka varlık kabul etmemektedir. Ve eşitlik ihtiyacından faydalanarak altında silahsız ve zayıf bireyler olmasını istemektedir." Leon Duguit, *age*, s.39.

temin etmektedir. Tam da bu sınır, her siyasal durumda, emekçileri toplumsal yabancılaşmaya tabi yeniden inşa edebilme gücü olarak devletin kullandığı bir güç olduğu sürece, sermayedar lehine işleyen bir sınırdır. Devletin yurttaşla kurduğu varsayılan egemenlik bağının esasını, yurttaşın politik alanı kuşatması ve içerip aşmasının olanaksızlığıyla tanımlanmış olması da birikim için gerekli sınırı temin eder. Emekçilerin “homo economicus” sınırına iteklenmeleri ve bu yaşama sınırını emekçilerin kabullenmeleri de kendilerini ve yaşam alanlarını yönetmeye yönelik praksislerden kopmalarının yolunu açar. Bu yönüyle, türsel yabancılaşma, sınırın her defasında yeniden üretilmesini ve birikimin maddi, siyasal, hukuki zemininin devlet tarafından inşasını mümkün kılmaktadır.¹⁹

Hayvansıya-emek gücüne, iktisadi alanda tanınan, yaşamını sadece devam ettirme hakkı, onun nefes alıp verme özgürlüğü tam da emekçinin politik sığrama zeminidir. Kapitalist toplumda, yaşama hakkıyla nefes alıp verme hakkı arasındaki sınırın nerede kurulacağı sorunu, toplumsal ve sınıfsal mücadelenin konusudur. Ancak, toplumsallaşma ve canlılığa dair sınırın salt egemenin iradesiyle belirlenir hale geldiği, sermayedarların sınıf çatışmasında tam bir hakimiyetini işaret eden neoliberal süreçte, emekçilerin yaşama hakkı, nefes alıp verme sınırında tanımlanır ve sermaye birikim sürecinin yeniden üretimi bu koşullarda mümkün olur.

Tarihi ve doğayı iki zıt-karşıt kutba yerleştiren kapitalist sistem, küresel emek pazarının yoksullarını böylelikle, değersizleştirdiği diğer canlıların yanında konumlandırır. Sermayedarların, emekçileri hayvansı kılmalarını mümkün kılan bu tarihsel eksenini “yeni türçülük”²⁰

¹⁹ Etienne Balibar, Yurttaşlık, Çeviren: Murat Erşen, Monokl Yayınları, 2016, s.40 vd.

²⁰ Hayvanların salt hayvan olmalarından dolayı kötü muameleye, eziyete veya acıya maruz bırakılması ve insanlardan farklı olarak bu durumun olağan karşılanmasına karşı hayvan hakları hareketinin eleştirisi karşısında başta endüstriyel hayvancılık sektörünün dolaşıma soktuğu hayvan refahı stratejisi, hayvanların metalleştirilmesinden doğan eziyeti değil, onların ölümüne konu edilmeleri sırasındaki refah için üretimde iyileştirmelere giderler. Sonuç itibarıyla, yeni türçülük daha açıktan pek ala piyasa toplumunda hayvan refahının mümkün olabileceğini göstermeye çalışır. Singer bu konuda şunları söyler, “McDonald’s, hayvan savunucularıyla -önce Henry Spira’yla, onun ölümünün ardından PETA (Hayvanlara Etik Muamele İçin Mücadele Edenler) kuruluşuyla- yıllarca süren görüşmelerden sonra, kendisine et sağlayan mezbahalarda daha yüksek standartların belirlenmesine ve uygulamaya konmasına karar verdi, sonra da yumurta tedarikçileri için tavuklarına en az

kavramıyla adlandırıyoruz. Hayvanların, endüstriyel sağlık, gıda sektörünün malı olarak her türlü şiddetin, gösterinin nesnesi haline gelmesiyle, emekçilerin sermaye birikiminin nesnesi kılınması eşanlı bu sürecin sonucudur. Bir yandan topluluklar, diğer yandan toplum doğadan kopartılırlar. Hem ucuz işgücü olarak hakları istisna kılınır hem de tüm kötülüklerin kaynağı olarak düşmanlaştırılırlar. Bu düşmanlar, her türlü felaketin ve doğa üzerindeki yıkıcı faaliyetlerin sebebi olarak sunulur. Bu nedenle de emek gücünün formlarının veya insanın farklılaşmış biçimlerinin hayvansı kılınması, kitlelerin zor yoluyla denetimi yeni bir türçülüğün de kapısını aralamıştır. Böylece, sermayedar kendini tarih üstü ilan edebilirken, toplumsallığın dışına attığı geniş bir kitleyi de doğanın düşmanı ilan edecek politik akılı üretir.

Diğer yandan da sermayenin bu akılı, insanı bir hayvansı olarak doğa durumunda konumlandırırken, aynı zamanda kapitalist yasaları “doğanın yasaları” olarak ilan eder.

Toplumsal yaşamın belli bir evresine tekabül eden ve bu anlamda da tarihsel alana ait bir kavram olan “rekabet, yarış, ezme ve ezilme v.b..” kavramlar, doğanın ve canlıların işleyiş yasası olarak sunulur. Rekabetçi burjuva yaşamının getirdiği ilişki ağları, doğanın yasası haline dönüştürülür.

Sosyal Darwinci doğal seçim tezleri bu dolayımında, toplumsal bir ilke haline gelir. Güçlüler kazanır, zayıflar ölür. Sermaye, liberal aklına bir de muhafazakâr aklı ekleyerek kendi rasyonalitesinin sınırlarını genişletir. Türçülük ve ırkçılık bir ve aynı toplumsallığı üretir. Toplumsal yaşamın diline tercüme ettiği bu kavramsallaştırma, sermaye düzeninde emeğin ve doğanın, sürekli bir baskı altında kalmasına, toplumsal yaşamında her defasında daha yoğun biçimde otoriter ve denetimli bir rejime tabi kılınmasına yol açar.²¹

465 santimetrekare alan sağlama şartı getirdiğini açıkladı. Böylece Amerika'daki çok sayıda tavuk için yüzde 50 oranında bir iyileşme sağlandı; ama bu da yumurta üreticilerini Avrupa'da geride bırakılmakta olan bir düzeye getirmekten öteye geçmiyor. Bu açıklamalardan sonra Burger King ve Wendy's de benzer kararlar aldı. Bu gelişmeler, modern hayvan hareketinin başlangıcından beri Amerika'daki çiftlik hayvanları için ilk umut işaretleri oldu.” Peter Singer, “Hayvan Özgürleşmesinin 30. Yılı”, Çeviren: Hayrullah Doğan, *Birikim Dergisi*, Sayı: 195, Temmuz 2005, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-195-temmuz-2005/2379/hayvan-ozgurlesmesinin-30-yili/5909>, indirilme tarihi: 10.11.2020.

²¹ Thomas Juncker, *İnsanın Evrimi Bir Varoluş Yolculuğu*, Çeviren: Nilüfer Epçeli,

Yabancılaşmış yeni türçülük eleştirisi, modern türçülük yaklaşımlarından²² bu anlamda farklılaşır. Richard Ryder tarafından ortaya atılan modern türçülük kavramı, 1958 yılı tarihli Oxford sözlükte de, insan türünün varsayımsal olarak diğer hayvanlardan görece üstün olduğuna dayalı ayrımcılık ve sömürme olarak tarif edilmiştir.²³ Ted Benton gibi kimi marksistlerin de sahiplendiği bu eleştirinin, insan ve hayvan arasındaki keskin bir karşıtlığa dayalı materyalist görüşlerin mevcudiyetiyle tarihsel materyalist geleneğin de esasını oluşturduğuna dair bölük pörçük eleştirel tutum ve türçülük eleştirisi, bugün insanın türsel varlığının yukarıda andığımız politik ekolojisi nedeniyle tutarlı olmaktan son derece uzaktır. Modern türçülüğün insan ve hayvan arasında örülen varsayımsal ayrıcalıklar olduğuna dayalı görüşler de süreç içinde farklılaşmaya gitmiştir.²⁴ Bu bağlamda modern türçülük eleştirisi de kendini aşmıştır. Kabul etmeliyiz ki, insan türü içinde özel bir kesim ön plana çıkar. Sermaye sınıfları, insan türünün temsilcisi olarak kendilerini tüm bir doğaya ve topluma dayatır. Biriktirmek, salt maddi olarak güçlü olmayı değil aynı zamanda devlet iktidarının da gücünü elinde tutmayı gerektirir.

İnsan, piyasa için Agamben'in deyişiyle bir *çıplak beden* haline dönüşmek zorunda kalır. Agamben'e göre, doğa durumunun piyasayla harmanlanması, egemenliğin yeniden üretimi için gerek koşula dönüşür.²⁵

-
- Runik Kitap, İstanbul, 2021, s.67 vd.
- 22 Modern türçülük tartışmalarını açısından Singer'ın Hayvan Özgürleşmesi eseriyle, Ryan'ın Hayvan Kuramı birlikte değerlendirilmelidir. Bu tartışma tez kapsamında olmadığından sadece anmakla yetinilmiştir. Bu konuda bakınız, Derek Ryan, Hayvan Kuramı Eleştirel Bir Giriş, Çeviren: Ayten Alkan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019; Çetin Nerse, Hayvan Hakları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016; Peter Singer, "Hayvan Özgürleşmesinin 30. Yılı".
- 23 John Belamy Foster, Brett Clark, Marks ve Yabancılaşmış Türçülük, Çeviren: Sevil Kurdoğlu, Yaşayan Marksizm, sayı: 5, 2020, s. 159.
- 24 Singer'da, İtalyan hayvan aktivisti Paola Cavalieri'nin The Animal Question: Why Nonhuman Animals Deserve Human Rights adlı kitabına yaptığı atıfla, insanları hakla donatan hukuk anlayışının hayvan hakları mücadelesi ile eleştirisinin önemini altını çizer. Singer'a göre, "köleler ile özgür insanlar arasındaki sınır, bazı barbarlar ve Afrikalılar özgürleştikten ya da kölelerin melez çocukları olduktan sonra bile önemli ölçüde geçerliliğini" korur. Singer, insanların neden hakları olduğunu değil; neden sadece bazı insanların haklarının olduğunu ve geri kalan hayvanların ve insanların haklarının olmadığını bu açıdan sorgular. Peter Singer, "Hayvan Özgürleşmesinin 30. Yılı".
- 25 Giorgio Agamben, Kutsal İnsan, Çeviren: İsmail Türkman, Ayrıntı Yayınları, İs-

Toplumsal bir varlık olan insanın yönetme ve üretme kabiliyetinin, sermaye toplumunda temellükü, bu toplumsal becerilerinden ve toplumsalı inşa etme gücünden arındırılmasıyla mümkündür. Tam da bu arındırma-el koyma, insani edimi salt bir mübadele değeri üretimine indirmediği gibi insanın türsel zenginliğini de biyolojik bir oluşla sınırlandırır.

Türün biyolojik devamı için gerekli olan praksis insanın toplumsal, tarihsel ve fizyolojik maddi ve manevi varlığından kopartılarak; insan, bedene-biyolojiye indirgenir. Bu biyolojik beden, insan hakları söyleminde, *“insan” olma ayrıcalıkları ve haysiyeti nedeniyle*, hakları olduğu kabul edilen ama yine bu hakları, toplumsal üretim ilişkileri içinde, sadece biyolojik bedeniyle sınırlı-çıplak bir beden olarak yeniden varoluşunu mümkün kılan bir toplumsallaşmayla anlamlıdır.

1.2. Antroposen Siyaseti ve Anti Hümanizm

Ekolojik krizi, tarihsel, sınıfsal bir faille değil, evrensel bir faille -bir tür olarak insanla- açıklayan bakış açısı, hâkim modernite görüşlerinin toplumsal, siyasal ve hukuksal bakış açılarını besler. Bu bakış açılarının, krizi bir insan krizi olarak görmesini, anti hümanist bir ideolojik müdahale olarak koyutlamak gerekir. Malthus'un nüfus kuramı²⁶ ve Hardin'in Müstereklerin Trajedisi²⁷ eserleriyle açılan kapı, insan türünün suçlu ilan edilmesinin ekonomi politliğini ve özel mülkiyet temelinde doğanın çitlenmesiyle toplumsal sorunların çözümünün mümkün olduğu fikrini yeniden üretmişti. Milenyuma giden bu kıyametçi fikirler, dünyamızın kesin kurtuluşu için, türü temsilen emekçilerin kendilerini kurban etmesi gerektiğini salık vermektedir. Malthus ve Hardin ile somutlaşan kurbanlaştırma ve ilahi kurtuluş anlatısı, Hobbes'un açtığı yoldan ilerleyerek, hayvansı kılınmanın zeminini genişletmiştir.

Tüm bir yirminci yüzyıl, emekçilerin hem siyaseten hem de toplumsal olarak bir insan olarak aşağılanmasını mümkün kılacak ideo-

tanbul, 2013, s.65.

²⁶ Thomas Malthus, Nüfus İlkesi, Çeviren: Çağla Taşkın, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2017.

²⁷ Garret Hardin, The Tragedy of the Commons, Science, cilt 162, sayı: 3859, 1968, s.1243-1248, <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>, erişim tarihi: 1.1.2021.

lojik katmanlarla doludur. Ancak, emekçilerin bir suçlu olarak insan ilan edilmelerini mümkün kılan derin ekoloji anlatısı, Hristiyan teolojisinden farklı olarak bu suçlu insanı piyasa bağlayarak, Onu suçlarından arındırmaktadır. Diğer yandan da insanın türün sınırına, piyasanın içine iteklenmesini ve hayvansı kılınmasını sağlayan liberal hak teorileriyle, bu kıyametçi tezler beraber ve kolkola yürümüştür. Hobbes'tan Hardin'e kadar uzanan bu tarihsel süreçte, emekçilerin kendi geleceklerini ve tarihlerini kurabildikleri dönemler türsel farklılaşmayı açığa çıkartmış ve insan toplumlarının farklı bir uygarlık kurabileceğine olan inancı arttırmıştır. Ancak, ikinci dünya savaşı ardından yaşanan nükleer yıkım ve iki bloklu dünyanın parçalanarak Sovyetler Birliği'nin dağılması ardından, aşırı birikimin yarattığı tarihsel koşullar yeniye dair arayışında köktenci bir siyasal dil yaratamamıştır.²⁸ Bu bağlamda Bridle'a göre, "Geçmişin üzerindeki örtüyü kaldırıp erişilen bilgi iklim değişikliğinin yıkıcı etkileriyle başa çıkmanın bir yoludur. Ancak mevcut teknoloji ve usullerimizin de buna eşlik etmesi, bir ölçüde, iklim değişikliğinin doğurduğu aşırılıklara kalkan olması"²⁹ gerekmektedir.

Neoliberal dönemin arifesinde, 1980'li yılların hemen başında, "Antroposen" kavramı, jeologlar tarafından, dünyaya insanın vurduğu izi imlemek için kullanılmıştı.³⁰ Kavramın daha sonradan yaygınlık kazanması konusunda Bjornerud, geçtiğimiz yüzyılın bir noktasında, insanların yol açtığı çevresel değişim hızlarının, birçok doğal, jeolojik ve biyolojik sürecin hızını geride bıraktığı bir eşiği geçtiğini ve bu eşiğin Jeolojik zaman çizelgesi için yeni bir çağın, -Antroposen'in- başlangıcını temsil ettiğini, savunur. Yazar, Nobel Ödüllü atmosfer kimyacı Paul Crutzen tarafından 2002 yılında konan bu ismin, "gezegenin daورا-

²⁸ McKenzie Wark, Moleküler Kızıl Antroposen Çağının Teorisi, Çeviren: Cemal Yardımcı, Metis Yayınları, İstanbul, 2020, s. 33. vd.

²⁹ James Bridle, Yeni Karanlık Çağ Teknoloji ve Geleceğin Sonu, Çeviren: Kemal Güleç, Metis Yayınları, İstanbul, 2020, s. 67.

³⁰ Karakaşa göre, "Antroposen teriminin ilk olarak 1980'lerde Eugene Stoermer isimli bir jeolog tarafından ortaya atıldığını (Haraway 2016, s. 44; Povinelli 2017, s. 55) ve daha sonra Paul Crutzen isimli bir meslektaşı tarafından popülerleştirildiğini görüyoruz. Antroposen, insani etkinliğin biyosferde ölçülebilir izler bıraktığı ve diğer insan dışı etkenlerin ötesinde yeryüzünü şekillendiren esas unsur olduğu jeolojik çağı ifade etmek için önerilen kavram. Son on ila on iki bin yıldır içinde bulunduğumuz Holosen çağının ardından artık Antroposen çağına girildiğini öne sürüyor bu jeologlar." Öznur Karakaş, Hal-i Pür Melalimiz: Antroposen, <https://terrabayt.com/yasam/hal-i-pur-melalimiz-antroposen/>, erişim tarihi: 26.5.2021.

nışının insan etkinliğinin tartışmasız damgasını taşıdığı, benzeri görülmemiş bu dönem için, bir kısaltma olarak, kısa sürede hem jeoloji literatürüne hem de popüler kullanıma”³¹ girdiğine işaret eder. İklim değişikliği konusunda küresel ölçekte atılması gereken adımlarda, sorunun muhataplarına hızlı ve kararlı bir tutum sergilemek, türün devamını ortadan kaldıracak bir tehditle karşı karşıya kaldığımızı işaret etmek; bu atılacak adımla, köklü bir dönüşümü mümkün kılacak bir adım olması gerektiğini vurgulamak için kullanıldığı siyasal form, politik ekoloji literatüründe, yeni Malthusçuluk ve Hardin ile parlayan insansız ekoloji tartışmalarını da yeniden gündeme taşımıştır.³²

Paul Crutzen, “Antroposen’de Yaşamak” adlı makalesinde, yeni çağda doğanın “biz” olduğunu vurgulayarak, holosen çağından çıktığımız ve antroposeni yaşadığımızı dair bir farkındalık gerektiğinin altını çizer.³³ Crutzen, dünya organizmasının farkındalığı içinde yerini bilen bir insan kültürüne işaret eder ve gelecek için mevcut bilim ve teknolojiye yaptığımız yatırımları aşacak bir düzenleme önerir. Crutzen, batı tipi tüketim alışkanlıklarının değiştirilmesini vurgulasa da üretim ve siyasal ilişkilerin değiştirilmesi gerektiğine dair bir önermesi yoktur. Analizleri bölüşüm ilişkileri ile sınırlıdır. Şimdiye dair zaman algısı, mesihçi anlatıyı daha da büyütür. Wark’ın işaret ettiği üzere, “Antroposen, insanlar için eşyalar yapma amacıyla moleküllerin emek ve teknik kullanılarak bir bir sökülüp alındığı, ama atık ürünler geri dönmediği için döngünün kendini yenileyemediği bir dizi metabolik yarılardan oluşur.”³⁴

Angus’a göre ise, “ekolojik sorunların bir birikimi olmanın çok ötesinde anlamlar ifade ediyordu. O, dünya sisteminin bir krizi; birbirleriyle sürekli etkileşim halinde olan küresel biyolojik, kimyasal ve fiziksel süreçlerin sekteye uğratılmasıdır.”³⁵ Ian Angus, bu kavramı,

³¹ Marcia Bjornerud, Yeryüzünün Zamanı, Bir Jeolog Gibi Düşünerek Dünyayı Kurlarabilir miyiz? Çeviren: Raşit Gürdilek, Metis Yayınları, İstanbul, 2020, s.133 vd.

³² Bu konuda bakınız, John Belamy Foster, Marksist Ekoloji, Çeviren: Barış Baysal, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2012.

³³ Paul J. Crutzen, Christian Schwagerl, Living in the Anthropocene: Toward a New Global Ethos, 2011, https://e360.yale.edu/features/living_in_the_anthropocene_toward_a_new_global_ethos, erişim tarihi: 25.5.2021

³⁴ Wark, Moleküler Kızıl Antroposen Çağının Teorisi, s.16.

³⁵ Ian Angus, Antroposenle Yüzleşmek, Fosil Kapitalizmin ve Dünya Sisteminin Krizi, Çeviren: Nuray Onuk, Marx 21 Yayınları, İstanbul, 2021, s.14 vd.

ekolojik krizin sebebi olarak insanı göstermek için kullanmadığını ve ondan arınmak için gerekli bir politik kaldıraç olduğu iddiasındadır. Bu tezini desteklemek için de dünya sistemi üzerine çalışan bilim insanlarının, sera gazı salımına neden olan en zengin bir milyar insanın salımın yüzde 60'ından, en fakir üç milyar ise sadece yüzde 5'inden sorumlu olduğunun farkında olduğu belirtir.³⁶ Fakat, ekolojik krizin, toplumsal üretim ilişkileriyle, zaman ve mekan dolayımında üretimi yerine, toplumsal bölüşüm ilişkilerine odaklanarak yapılan karbon uyarlığı analizinde, mekan ve zamanı ekolojik bir çözümlemenin kurucu unsuru olarak ele almaz. Bu nedenle de Angus'un, demokratik planlı bir toplumla, ekolojik bir siyaset arasında kayıp halka olarak gördüğü ve önem verdiği antroposen kavramı, biyolojik beden dolayımıyla toplumsallaşma eğilimini ön plana çıkarmaktadır. Diğer yandan da Angus, antroposen kavramının, emekçi sınıflarla sermayedarlar arasındaki tarihsel yarılmayı görünmez kılarak bir türdeşleştirmeye yol açtığını da kabul etmemektedir. Buradaki türdeşleştirme, sermayedarın zamanına tabi kılınan emekçiler için, türsel felaketle karşı karşıya kalınacağına dair farkındalığın sermayedarla birlikte bir tür körleşmeye yol açmasıdır. Angus'a göre, "*Holosen bitti. Antroposen başladı. Bu geri çevrilemez. Başlamakta olan iklim değişikliği binlerce yıl sürecek. Mevcut kullanılabilir hiçbir teknoloji, soyu tükenen canlıları geri getiremez. Okyanuslardaki asit yok edilemez.*"³⁷ Türsel felaketin yakın olduğu uyarısıyla, bu mesafe ve zaman ölçer siyaset tarifi neden mücadele etmeliyiz sorusunu havada bırakmaz. Fakat, verdiği yanıt, emekçilerin emek süreci içinde yaşadıkları tarihsel krizin aşılmasına yönelik bir farkındalık da yaratmaz. Onun emekçilerden ve insanlardan beklediği, "*dünya için ve insanlık için zaman kazanmak*"³⁸ olarak cisimleşir. Bu mesiyani tehdit algısı, ekolojik krizin aşılmasının mümkün olamayacağını işaret eden teleolojik bir akıl yürütmedir. Tam da bu mesiyani akıl yürütmenin kurduğu hakimiyet, güçlü önderliklere dayalı siyasal otokrasileri seçimle veya seçimsiz tüm dünyada kitlelerin desteğiyle yönetime getirecek zemini yaratmaktadır. Bu mesiyani zemin, antroposen siyaseti, ekolojik krizin çözümlenmesinde emekçilerin bir tavır almasını olanaklı hale getirmez. Sonuç itibarıyla, dünyanın, jeolojik dönemlerinden bugüne, yaşadık-

³⁶ Ian Angus, age, s.264 vd.

³⁷ Age, s. 249.

³⁸ Age, s. 251.

ça güçlü ve olgun bir konum almış olmasını değil, onun kırılğan ve dayanaksız olduğunu³⁹ veri alan antroposen siyaseti, emekçiler üzerinde bir tür mesih beklentisini pekiştirir. Kapitalizmin zamanına tabi kılar. Teolojik imgesi, emekçilerin varlığının çitlenmesini meşrulaştırır. Tam da bu bağlamda, emekçilerin daha güçlü karizmatik liderlerle yollarını bulmaya yönelen ideoloji zemini yeniden üretir.

Kapitalist toplumsal ilişkilerin ürettiği burjuva bireyini, türsel bir varlık olarak insana eşitleyen bir yaklaşıma dönüşen antroposen siyaseti, günümüz kapitalist zaman algısını paylaşıyor. Bjornerud'a göre, "zamanın tek yönlü bir vektör olduğu ve geçmişin geri gelmemecesine kaybolduğu yolundaki günümüz inancının kendisi, geçmişle olan bağlarımızın koptuğunu ima ediyor."⁴⁰ Antroposen siyaseti, insanı salt biyolojik yönüyle tarihsel atalarına bağlayan ve toplumsal farklılaşmalarla yaşanan yarılmayı, insan türünün doğal ve özsel eğilimlerine dönüştüren anti hümanizmle kesişmek zorunda kalıyor. Geçmiş kültür ve toplumların deneyimlerini, yeteneklerini ve yapabilirliklerini birbirine bağlayan, geçmiş, gelecek ve şimdiyi temsil eden kuşaklar arası bağı silikleştiriyor. Kadim ritüelleri ve ananelere dair geleneği, kural koyma yetisini de yok sayıyor.⁴¹ Ekolojik krizi, insan türüne hasreden biçimleriyle ve evrensel düzeyde biyolojik bedene ve şimdiye sıkıştırmış liberal haklar ideolojisinin çözümleriyle, kapitalist toplumsal ilişkilerde, sermaye sınıfının toplumun kendisini yönetmesine dair geleneğinden doğan hukukun ve yapabilirliğin olanaklarını elinin tersiyle itiyor. Toplumun yeteneklerine el konulması için şimdiki zamana tabi kılınmasının zorunlu bir uğrak haline geldiğini de görünmez kılıyor.⁴²

Anti hümanizm olarak dolaymlanan, insanın doğası bakış açısının ürettiği antroposen siyaseti, tam da insanın tarihsel ve toplumsal bağlamından kopartılmasına yol açmaktadır.⁴³ Tarihsel insanın ontolojik açıdan emek sürecinde inşasının kazanımlarına, kapitalist toplumsal ilişkiler içinde sermaye sınıfının bu anti hümanizm ideolojisi

³⁹ Marcia Bjornerud, age, s.172 vd.

⁴⁰ Age, s.165.

⁴¹ Age.

⁴² Bu konuda bakınız, E.P. Thompson, Tarih Yapmak, Tarih ve Kültür Üzerine Yazılar, Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2020, s.142 vd.

⁴³ Fritjof Capra, Ugo Mattei, Hukukun Ekolojisi, Doğa ve Toplumla Uyumlu Bir Hukuk Sistemine Doğru, Çeviren: Ebru Kılıç, Küy Yayınları, İstanbul, 2017, s. 84, 85.

ile el koyması, tarihsel insanın varoluşunu yeniden üretirken, emeğin tabi kılındığı sermaye sınıfıyla ilişkisinin hukuki biçimini de işaret eder. Bu ilişkinin tabi olduğu zaman, herkese ait olanın, hiç kimseye ait olamayacak biçimde özel mülkiyet düzeni tarafından tarihsel olarak çitlenmesini ve egemenin tarihsel olarak inşasını mümkün kılan şimdiki zamandır.

Ekolojik krizin kökenine dair antroposen kavramsallaştırmasını kabul etmeyen ve modern kapitalist dönemin ekolojik krizini, tarihsel-toplumsal ilişkiler bütünü içinde kavrayan Moore, ekolojik krizin günümüzde var olma zeminine *Kapitalosen* ismini verir.⁴⁴ Patel ve Moore, insanın tarihsel ve toplumsal anlamından soyutlanması ve değersizleştirilmesiyle meta olarak yeniden değerlendirilmesini mümkün kılan bu süreçte, kapitalizm şiddeti ve yıkıcılığından ötürü değil (ki şiddetli ve yıkıcıdır) belli açılardan üretken olduğu için geliştiğini, sınırları vasıtasıyla kapitalizmin, yaşam kuran bir dizi ilişkiyi kontrol ettiğini vurgularlar.⁴⁵ Tam da Douzinas'ın işaret ettiği gibi, değersizleşme rejiminin bir değerlendirilmeye dönüşmesi ve eş anlı bir süreç olarak işlemesi özel mülkiyete dayalı hukuki formlarla mümkün olmaktadır.⁴⁶

Haraway'e göre de Antroposen kavramsallaştırması, eril ve türdeşleştiren, insan türünün farklılaşmasını görünmez kılan bir kavramsal hatta sahiptir. Antroposen yaklaşımlarının, teleolojik tarih anlayışının karşısında olumsuzluğun altını çizen Haraway, tüm bir insanlık tarihin içinde ortaya çıkmamış olasılığın hiç ortaya çıkmayacağını kabul etmez.⁴⁷ Bu anlamda da eril ve beyaz hakimiyetinden, toplumsal mücadelelerle kurtulmaya çalışan insanın hikayesini, türdeş, farklılaşmamış bir kader olarak görmez.⁴⁸ İnsanı istisnalaştıran, gelecek için paranteze alan, belki de zamansız (süreklileşmiş bir şimdiki zaman) bir karantinayı kutsayan bu antroposen kavrayışıyı insanı tarihsiz bir soyutlukta inşa eder.

⁴⁴ Jason W. Moore, *Hayatın Dokusundaki Kapitalizm Sermaye Birikimi ve Ekoloji, Çeviren: Alaz Munzur, Epos Yayınları, Ankara, 2015, s. 239 vd.*

⁴⁵ Raj Patel, Jason W. Moore, *Yedi Ucuz Şey Üzerinden Dünya Tarihi, Çeviren: Serkan Gündüz, Kolektif Kitap, İstanbul, 2019, s. 32.*

⁴⁶ Daniel Bensaid, *Mülksüzler, Çeviren: Selim Sezer, Dipnot Yayınları, Ankara, 2016, s.70.*

⁴⁷ Güçsal Pular, "Sunuş", Donna J. Haraway, *Başka Yer İçinde, Hazırlayan ve Çeviren: Güçsal Pular, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s.29.*

⁴⁸ Age, s. 96 vd.

Ekolojik krizin çözümünde, biyolojik varlık olarak “insan”ın faaliyetlerinin denetim altına alınmasını hedef koyan, uluslararası sistemin bağlamı da bir sınır çekme, yeniden türdeşleştirme, diğer yanı sıra ortak bir kültür yaratma pratiği olarak antroposen siyasetini barındırır. İnsani edimin sınırlandırılması tezinin yeniden ürettiği, pasif doğa ve onun dışında aktif insan anlayışını Tanasescu şöyle eleştirir: *“Doğal dünya karşısındaki cehaletimiz çok büyük, ayrıca bildiklerimiz psikolojik rahatlık veren düzen ve denge örüntülerine kolayca uyuyor. Ancak doğal dünya dediğimiz şey dinamizmin ve değişimin prototipidir. Evrimsel tarih boyunca, yok oluş ve yeni yaşam biçimlerinin yaratılması kural olagelmıştır. Bunu söylemek tehlikeye attığımız mevcut yaşam biçimlerine karşı sorumluluğumuzu asla azaltmaz. Aksine, bu “doğal sistemin”, kuşkusuz dinamik olsa da bir anlamda, bir tür denge halinde olduğu ve bunun insan yaşamına faydalı olduğu fikrini sorgulamaktır. Bu, aynı zamanda, doğanın pasif, sadece madde olduğu fikrini de sorgulamaktır.”*⁴⁹ Sonuç olarak, insani edimin sınırlandırılmasına dair önerme, bu edimin salt olumsuz sonuçlarına odaklanmakta; üstelik de insani praksislerin doğayla kurduğu ilişkinin çeşitliliğini de görmezden gelmekte ve insani praksislerin üretim ve tüketim ilişkileri içindeki farklılaşmasını da yok saymaktadır.

Küresel iklim değişikliği ve biyolojik çeşitlilik kaybının sorumlusu olarak, evrensel fail “insanın” devreye alınması, hukuki çözümlerde de dengeyi kuracak, çiti çekecek, sınırı kapatacak özel mülkiyet temelinde bir siyasallaşmayı zorunlu bir uğrak olarak işaret etmektedir. Bu siyasal uğrak, şimdiye ait niyetler toplamı olarak insan iradesini, çözümün de nihai zemini haline getirir. Tüm insanları, ekolojik kriz karşısında iyi niyet beyanında eşitleyen, insan iradesi denilen eşitsizliğin uluslararası hukukun dayanağı haline gelmesi bir tesadüf değildir.⁵⁰ Tüm uluslararası hukuk, evrensel faili işaret ederken, tarihsel olarak ortaya çıkan ekolojik krizin toplumsal, siyasal bu anlamda zamansal ve mekânsal anlamları ve nedenlerini de görünmez kılınmaktadır. Bu peçeleme, hem toplumsal bir varlık olan insanın üretim ilişkileri dolayımında eşitsizliklerle yeniden üretimini diğer yandan da meta olarak biyolojik insanın yeniden değerlendirilmesini mümkün hale getirir.⁵¹

⁴⁹ Mihnea Tanasescu, Viral Politik Ekoloji, Çeviren: Bermal Küçük, yayım tarihi: 8 Nisan 2020, <https://terrabayt.com/dusunce/viral-politik-ekoloji/> erişim tarihi: 25.5.2021.

⁵⁰ Nesrin Algan, Uluslararası Politika Bağlamında Suya Erişim Sorunu, Toplum ve Hekim, Cilt 23, Sayı 2: 2008, s.82-86.

⁵¹ Murray, Bookchin, Modern Kriz, Çeviren: Abdullah Yılmaz, Sümer Yayıncılık,

Hem insan hakları hukukunun hem de çevre koruma hukukunun faili olarak, insanın yeniden üretimi siyaseti, özel mülkiyete dayalı hukuka ve egemenin temsiline dayanır. İnsanın biyolojik ve toplumsal kökenlerinin ve varolma zeminlerinin ayrıştırılması, bu yönüyle liberal hak teorilerinin de kurucu zeminidir.⁵² Bu zeminde, *hak*, yaşamın öznel kuruluşu ile nesnellik arasında emek gücü dolayımıyla hayatı yeniden kurabilme kapasitesi değil, bir “değer” olarak doğayı-emeği mülk edinebilme olanağı ve bu olanağa verilen yasal güvencedir. Kapitalist toplumda mülk edinme ediminin insani varoluşa dair zorunlu ve doğal bir *hak* olarak tanınıp normatif-yasal güç ve anlam kazanması, insan haklarına saygıyı esas alan ve hukukla sınırlandırılmış devletleşmeyi, müştereklerin çitlenmesini çağdaş liberal hukuk kuramı olarak tarih sahnesine çıkartmıştır.⁵³

Antroposen siyasetine altlık olan doğasız insan⁵⁴ yaklaşımı nasıl ki, sermaye uygarlığının yeniden üretimi demekse; özcü, insan doğası yaklaşımlarından yükselen liberal hak kuramı da biyolojik beden hem faili hem de öznesi istisna insanın inşasına yaslanır. İnsanı, canlı bedene-kişiyeye-bireye indirgeyerek egemenin politik varlığını devam ettirebilme imkanlarının yeniden üretildiği liberal hukuktan; emeğin ve doğanın potansiyel kurucu imkanlarının metalaştırılarak piyasayı yeniden inşa etmeye yönelmiş neoliberal hukuka kadar tüm tarihsel seyri içinde hak kavramının oturduğu bu bağlam, insanın soyutlanarak tarihsizleştirilmesinin, çıplaklaştırılmasının da biricik zeminidir.

Antroposen siyasetinin ve liberal teorinin yaslandığı, kapitalist toplumsallaşmanın ürettiği hak kuramının bakış açısından dışarı çıktığımızda, hakların tarihsel bir müşterek olarak kuruluşunu, biçimsel ve maddi olarak iki düzeyde kavramak gerekir. Hakkın biçimsel bir müşterek olarak kuruluşu, onun sınıfsal karakteriyle ve sınıf mücadelesinin kazandığı biçimle⁵⁵ ilgiliyken; hakkın maddi kuruluşu onun on-

2017. s.45 vd.

⁵² Age, s. 55 vd.

⁵³ Costas Douzinas, İnsan Haklarının Sonu, Çevirenler: Kasım Akbaş Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 87 vd.

⁵⁴ Jason Moore, Sistemi Adlandır! Antroposenler & Kapitalosen Alternatifi, Yayınlanma Tarihi: 1 Mayıs 2021, <https://terrabayt.com/yasam/sistemi-adlandir-antroposenler-kapitalosen-alternatifi/> Erişim Tarihi:25.5.2021.

⁵⁵ Akbaş, Hak kavramını Marksist bir literatür bağlamında tartışırken, Hak kavramı için, “Hukuk ve onun özel bir görünümü olarak hak, bir sosyal ilişki biçimi

tolojisiyle ilgilidir. Hak kavramı ontolojik boyutuyla emeğin evrensel tarihsel karakteriyle maddileşir. Bu yönüyle, hukuki formla, sınıf mücadelesinin aldığı biçimle, dolaymlanan kurucu bir toplumsal praksis olarak *hakkın*, toplumsal-siyasal oluşa, ilişkiye ve yapmaya dair, üretimi ve yönetimi belirleyen bir kural koyma edimi olduğunu söyleyebiliriz. Ontolojik düzlemde hak kavramını, emeğin dolayımında kurulan bir müşterek olarak tarihselleştirmek ve kavramsallaştırmak mümkündür.⁵⁶ Bu kapsamda, hak kavramını tarihsel olarak kurulan siyasal bir müşterek olarak kavrayarak, bu müşteregi biyolojik ve toplumsal birliği içinde emek sürecinin ontolojisine içkin kılarak ekolojik kriz ve hukuk ilişkisini çözümlenmek mümkündür. Bu bağlamda, toplumsal imgelemin, kolektif tasarımın bir biçimi olarak hak kavramı, farklı toplumsal sınıflarda, toplumsal üretim ilişkilerinde başka başka hukuki görünümlere-biçimlere sahip olabilecektir. Toplumsal ve sınıfsal çatışmaların tarihi, hakların farklı toplumsal sınıfların çelişki ve çatışmaları temelinde, kurucu bir toplumsal praksis olarak inşa edildiğini göstermektedir.⁵⁷

Hakların biçimsel inşasını farklı sınıfların, farklı hak inşa edebilme olanağını gözeterek düşünmek gerekir. Aynı zamanda bu, hakların hem bir mekân hem de zaman ile de dolaymlandığını kabulüne bizi götürür.⁵⁸ Bu biçimsel müşterekle etkileşim halinde olan hakkın mad-

veya daha net bir ifadeyle, günümüzde sınıf mücadelesinin kazandığı biçim" ifadesini kullanır. Ancak bu ifade hak kavramının dolayım düzeyini göstermekle beraber, hakkın kendisini açıklamaz. Bu nedenle, hak kavramının nasıl bir sosyal ilişki biçimi olduğunun ve buna dair ontolojinin ortaya konulmasına ihtiyaç vardır. Kasım Akbaş, "Sınıf Mücadelesi ve Hukuk: Marx'ın Yönteminin İzinde", *Praksis Dört Aylık Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı:48, 2018-3, Ankara, s. 42-61.

⁵⁶ Bu konuda bakınız, Georg, Lukacs, *Toplumsal Varlığın Ontolojisi*, Hegel, Marx, Emek, Çeviri Editörü: Doğan Barış Kılınc, Notabene Yayınları, İstanbul, 2018.

⁵⁷ E.P. Thompson, *Tarih Yapmak*, s. 285 vd.

⁵⁸ Schmitt, *Hamlet'i analiz ettiği kitabında*, Hamlet'i gerçek katili suçlamaktan uzak tutanın ve vicdanı dindiremeyecek olan adaletsizliğin koyu gölgesinin izini; yazarı belirleyen siyasal gerçek ve onun bağlı olmak zorunda kaldığı egemenin tabi olduğu cezasızlık tarihiyle değil iktidarın miras yoluyla geçişini düzenleyen kan hakkının, şimdinin yasası tarafından mülga edilmesiyle açıklar. Bu gerçeği ifade etmek için de zamanın oyuna baskını ifadesini kullanır. Yönetme sırasını bekleyen ve cezasızlığın yarattığı yarayı ancak hakkı olan iktidarı alarak telafi edeceğini bilen Hamlet'in, aslında iktidarın geçişini düzenleyen kaidelere uygun olarak seçilmediğini ve tabi olduğu zamanın, parçalı bir iktidar yapısı içinde güç olmayı bekleyen mağdurun geçmiş zamanında kaldığını vurgular. Carl Schmitt, *Hamlet Ya Da Hekuba: Zamanın Oyuna Baskını*, Çeviren: Cana Bostan, Vakıfbank Kültür Yayınları, İstanbul, 2020, s.37.

di kuruluşu ise asla biçime indirgenemez. Maddi kuruluş, insanların toplumsal praksisini de kapsayan, insanın doğa ve emek arasındaki canlılığının üretim ve yeniden üretimiyle belirlenir.

Dardot ve Laval'a göre de ortaklaşmacı bir toplumun kuruluşunda, toplumsal praksis olarak üretim ve yönetim birliğinin hukuksal açıdan inşasını ortaya koymak gerekir.⁵⁹ Bu inşayı ortaya koymak için de Dardot ve Laval, Roma Hukuku'nda müşterek varlıkların mülkiyet dolayımı inşasına yönelirler ve mülkiyet dolayımını aşacak bir praksisin önemini açığa çıkarırlar. Dardot ve Laval, geçmiş sosyalizm deneyimlerinin bölüşümde adalete odaklanan eşitlikçiliğinin politik ufkunu ve doğal hukuk ekollerini eleştirerek, artık değerün üretim koşullarına daha çok odaklanmışlardır. Sosyalizmi bir bölüşüm ideolojisi olarak değil de yönetme, yapma ve kurma pratikleri ekseninde bir tür sahiplik üretmeyen muktedirleşme olarak üretmeyi dert edinmek bu bağlamda gerekli olmuştur. Hukuk yaratan pratiklerin devlete nazaran önceliğini de vurguyarak, hakların biçimsel kuruluşunda, yazarların önerdiği "kuran praksis" kavramını bu çalışmada hakların sermaye tarafından nasıl temellük edildiğini ortaya koymak için tercih ediyoruz.⁶⁰

Dardot ve Laval, praksis kavramını Marx'ın Feuerbach Üzerine Tezler eserinden esinlenerek açıklar. Buna göre, "şartların insanlar tarafından değiştirilmesinin aynı zamanda dışardaki şartları da değiştiren insanların kendilerini de değiştirmesi demek olması, ancak bu kendini değiştirme ile insanların eylemi bir ve aynı şeyse, dışardaki şartların dönüşmesinin basit etkisi veya sonucu değilse anlaşılabilir, aksi takdirde iki değişim arasında bir nedensellik bağıntısı olması gerekirdi ve kurtulunması gereken tam da budur. Dolayısıyla praksis, eylem sırasında eyleyicinin kendini değiştirmesiyle praksisin öznesinin üretilmesidir."⁶¹ İşte makalemizde de praksis kavramı, bu bağlamıyla kullanılmıştır.

İnsanın emeği aracılığıyla toplumsallığını, doğal ve tarihsel belirlemelerde, gerçekleştirmek için gerekli olan yapabilirliklere ve ola-

⁵⁹ Pierre Dardot, Christian Laval, Müşterek 21. Yüzyılda Devrim Üzerine Deneme, Çevirenler: Emine Sarıkartal, Ferhat Taylan, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s.392.

⁶⁰ Age, s. 391 vd.

⁶¹ Age, s.392.

naklara dair kural koymaya yönelmiş ilişki, eylem ve oluşlar bütünü olarak praksisin, bir yeniden üretim olarak, haklar zemini (temeli) olduğunu kabul etmek mümkündür.⁶² “Her tür praksisin iki yönü vardır, bir yandan koşullayan bir geçmişin mirasını devralır, diğer yandan da bu geçmişle ve bu geçmişten yeniyi yaratır.”⁶³ Dardot ve Laval tarafından kurulan bu hatla ilgili, müşterekleştirmenin toplumsal bir ilişkiye indirildiği eleştirisini getiren Çoban’a göre, “ortaklaşımın, etkinliğin kolektif bir özne yaratmasıyla ancak varlık bulduğunu savunan daraltılmış ortaklaşım anlayışı bir doğa özcülüğünü barındırmaz. Ama siyasal bir tıkanma içeriyor: Böyle kavrandığında, erişime açık alanların sermaye ve devlet tarafından el konularak halkın erişimine kapatılması girişimlerine karşı, herkese dahil sıradan insanlar siyasal talepler ileri süremeyecektir. Çünkü aynı etkinliğe katılanlar kolektif özne olarak ortaklaşım kuracaklar ki onunla ilgili koruma ve kollama yükümlülükleri doğsun.”⁶⁴ Çoban’ın bu yaklaşımı, kurucu praksis kavramının daraltılmış, zamansal açıdan şimdiye gömülmüş ve daha önemlisi müştereklerin siyasal açıdan hukuki dolayımına dair etkisini de şu anda gösterdiği varsayımına dayalıdır. Oysaki, bir hakkın müşterek olarak kurulması, tarihsel toplumsal ve zamansal hafızanın süzgecinden geçer, tarihsel bir hak aynı zamanda herkese ait olan özgürleşme edimini de barındırır. Toplumsal ilişkilerin belirlenimi altında, bir hakkın oluşumu için insanın doğasına dair bir bakış açısına kaymadan da pek ala tarihsel bir perspektif kurmak mümkündür.

2. Hakların Tarihsel Oluşumu ve Praksis

Hakların tarihsel oluşumu ve biçimlenişiyile, hakların hukuki güvencelerinin oluşmasını ayırmak ve toplumsal praksişi, şimdiye ve ana ait bir eyleme indirgememek gerekir. E.P.Thompson *Avam ve Görenek* adlı eserinde, genel örf ve hatırlanmayacak kadar eski bir geçmiş

⁶² Buradaki yapmak, insanların bir özne olarak her zaman kendilerini yeniden ürettiği praksistir. Ancak, özgürleştirici bir praksisin gelenekten tamamen bir kopuşu temsil etmediğini de vurgulayan Dardot ve Laval, “Hiçbir praksis, geçmişten miras gelen koşulların ataletini aşmak için mücadele etmekten kaçamaz, hiçbir praksis mutlak yeniyi yoktan yarattığını düşünemez.” Age, s.393.

⁶³ Age, s.394.

⁶⁴ Aykut Çoban, “Ekolojik Ortaklaşım (Müşterekler) Çitleme ve Türkiye’de Uygulanan Politikaları” Teoriden Mücadeleye Müşterekler Siyaseti (içinde), Hazırlayanlar: Ekin Erdoğan, Nuran Yüce, Özdeş Özbay, Sivil ve Ekolojik Haklar Derneği, İstanbul, 2018, s.28-29.

olarak göreneği ve göreneğin hukukunu⁶⁵ açıklar. Thompson'a göre, "göreneğin kendisi ara yüzdür; çünkü hem praksis hem de hukuk olarak görülebilir. Göreneğin kaynağı praksiste yatar."⁶⁶ İnsanın tarihselleştiği ve yeteneklendiği emek sürecinde praksis, hem bir hafızayı hem de deneyimi içine alan sınıfsal çatışmaların hukuki dolayımına tabiidir. Varlıkların, ortak varlıklar olarak görünmesi, müşterekleştirme praksisiyle mümkünken; bu praksisin bir hukuk haline gelmesi praksisin siyasal kurumsallaşmasıyla mümkündür. Görenek tam da bu anlamda, yazılı veya yazılı olmayan bir hafızayı, deneyimi ve toplumsal ilişkiyi, belli bir zaman içinde, ortak alanlara dair hukuku taşır ve inşa eder. Bu hakların verili olduğunu değil, tam da aksine tarihsel-toplumsal olduğunu işaret eder. Haklar zemini, kişinin tarihle kurduğu bağ olarak kendini yeteneklendirebilme ve tecrübe edebilme olanağı olarak bu nedenle bir zamansallığı da içerir. Bu yüzden, hukukun müşterekleştirilmesi şimdije ait değil, geçmişe de ait bir kuruluş barındırır. Şimdi, geçmişle ve geçmişte kurulur.⁶⁷ Bir müşterek olarak hakların biçimsel kuruluşunun farklı sınıfların zaman ve mekân algısı altında biçimlendiğini ve tarihselleştiğini de bu bağlamda vurgulamak gerekir. Toplumun farklı sınıfları tarafından üretilen hakların görenek haline gelmesi, bu göreneğin devletin dolayımında bir hukuk olması ile hakların sınıfsal ve tarihsel olarak farklılaşan üretimini bu bağlamda ayırmak gerekir. Kapitalist toplumsallık, tüm bir tarihsel hukuk yaratma sürecini, yasa

⁶⁵ Uygur Kocabaşoğlu, E.P. Thompson'ın "Tarih Yapmak" kitabının çevirisinde, Common Law ile ilgili şu dipnotu düşer, "Türkçe hukuk sözlüklerinde 'ortak hukuk' 'genel hukuk', 'umumi hukuk' 'örf ve âdet hukuku' gibi terimlerle karşılanan common law, bu tanımları aşan bir özelliğe sahiptir. Zira common law, Norman istilasından (1066) sonraki üç yüzyıl içinde yerel göreneklere karşın ülkenin bütününde uygulanabilir kurallara dayalı bir hukuk sistemi olarak krallık mahkemelerince geliştirilmiş bir hukuk sistemidir. Roma hukukundan, modern medeni hukuktan, kilise hukukundan ve diğer sistemlerden farklı olarak ortaya çıkmış, geliştirilmiş, formüle edilmiş ve uygulanmış bir hukuk sistemidir. Yasama organlarının yarattığı hukuktan farklı olarak, otoritesini teamül ve görenekten alan, yönetim, kişi ve mülkiyet güvenliği ile ilgili bir hukuktur. Hakkaniyet hukukundan farklı olarak yazılı olan ya da olmayan kesin ve tartışmasız kural ve ilkelerdir. Kilise hukukundan farklı olarak tamamen seküler mahkemelerce uygulanan bir hukuktur." E.P. Thompson, Tarih Yapmak, s.296

⁶⁶ E.P. Thompson, Avam ve Görenek, İngiltere'de Geleneksel Popüler Kültür Üzerine Araştırmalar, Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu, Birikim Yayınları, İstanbul, 2006, s. 123.

⁶⁷ Fredric, Jameson, "Zaman ve Modernite Kavramı", Çeviren: Alev Türkmen, Anytime Konferans Bildirileri Kitabı, Derleyen: Cynthia C. Davidson, Mimarlar Derneği, 1999, s.224.

koyucunun sözü haline getirirken hem hakların inşa edildiği bu tarihsel zamanı hem de üretim biçimini temellük eder.

Hakkın biçimsel kuruluşunun tarihsel ve sınıfsal arayüzlerinden arındırılması, onun salt bir biçim olarak algılanmasını ve şimdiye gömülmesini mümkün kılar. Oysa, insani varoluş edimi bir yandan toplumsallaşmayı bir yandan da doğayla dolayımın olmayı zorunlu kılar. Bu emeğin ontolojisine tabi tarihsel hareket, hak kavramının maddi esasını belirler. İnsani varoluş, bir yandan zayıf bir tür olarak insanın toplumsal olarak örgütlenmesini ve topluluk olarak yaşamasını; diğer yandan da doğa içinde farklılaşarak birliğini sağlamasını gerektirir. Bu insan emeğinin tarihsel hareketi, maddi varoluşun gerek koşuludur.

Emeğin, doğallaşma ve toplumsallaşmaya yönelik çift yönlü hareketi, hakların maddi varlık zemini olduğu kadar, insan dışındaki varlıkların ve insanın da yeniden üretim koşulunu düzenleyen hukuki zemini belirler. Ancak bu gerek koşulu yeter koşula kavuşturan (olasılığın olanağa dönüşümü), maddi varlığının biçimsel anlamda birliğe kavuşturan tarihsel zemin ise toplumsal çelişkilerle anlaşılabilir. Hakkın biçimi ve maddiliğini bu anlamda bir karşıtlık olarak değil; çelişkili bir birlik olarak görmek gerekir.

Hakkın, yani emek ile doğa arasındaki maddi birliğin (toplumsallaşma ve doğallaşmanın) hukuki dolayımına, insanın maddi varlığının inşasında bir imkânın yapabilirliğe dönüşmesiyle, topluluğun ve doğanın emek dolayımıyla kendini gerçekleştirebilme ve varoluş alanını geliştirme koşullarıyla ilgilidir. Hak kavramına evrensel ve bu yönüyle maddi karakterini veren bu nedenle tam da emektir. Hakkın biçimsel esası ise sınıf çatışmalarıyla kurulur ve aşılır. Bu anlamda da biçim, hakkın evrensel karakterini değil dolayımlandığı sınıf çatışmalarıyla, adalet, dayanışma ve eşitlik gibi tarihsel görünümde, formlarını yeniden üretir. Haklara toplumsal karakterini veren biçim, sınıfsaldır ve hukuki biçim, toplumsal sınıfların üretimi, yeniden üretme pratikleriyle dolayımlanır.

E.P. Thompson'a göre, kapitalizm öncesinde çitlemeye konu edilen ortak alanları yaratan ortak hukuk (görenek), ortak kullanıma dayalı praksisler temelinde, komünal biçim olarak kurulmuştur.⁶⁸ Yazara

⁶⁸ E.P. Thompson, *Avam ve Görenek*, s.123.

göre, “çitlenmemiş köyün komünal formu yalnızca bir kabuk olsa da biçimin kendisi hiçbir şey değildi. Biçim, göreneğe, içinde çıkarların birlikte yaşamayı ve mücadele etmeyi bildikleri o habitus ya da oyun ve olanak alanına mesnet teşkil ediyordu.”⁶⁹ Bu bağlamda, vurgulamak gerekir ki, ortak alanı ve onun hukukunu yaratan daha önceden verili, özcü veya doğal bir teoloji değil, ortaklaşmaya dair kurucu bir toplumsal praksistir. Bu komünal biçime dair praksis, “hakların, benim ya da senin diye değil, bizim diye sahiplenilen sözel bir geleneği, göreneksel bilinci yeniden üretiyordu.”⁷⁰ Ortaklaşmaya dair hukuk gibi ortak alanlar da verili veya doğal olarak bulunduğu için değil; toplumsalın üretimi ve yeniden üretimi ortaklaşma praksişi ekseninde ve kuşaktan kuşağa bir ortak yaşam bilinci ve kurumları yoluyla aktarıldığı sürece kuruluyordu. Bu kuruluş, pek tabii sınıfsal çatışmalarla dolu, eşitsizlikler barındıran ve esasında ortak alan hukukunu yaratan veya yıkan tarihsel ve toplumsal praksislerle mümkündür. Bu praksisler, ortak alanı bir bilinç olarak bir kez yarattığında, bu bilincin kuşaklardan kuşaklara hatırlanamayacak kadar eski bir kullanıma dayalı görenek hukukunu da kurduğunu Thompson ortaya koymaktadır.⁷¹

Hukuku bir müşterek olarak tanımlayan Capra ve Mattei göre, “topluluğun belli bir toplumsal faaliyet için işlevsel olan ortak kullanım ve değerleri, zamanla görenek ya da bağlayıcı pratikler olarak kurumsallaşır. Kimi zaman sosyal normlar olarak bilinen bu kurallar, modern devletin doğuşundan çok daha eskiye uzanan bir mesruiyete sahiptir”⁷² Buna göre, kapitalizmin 18. Yüzyıldan itibaren ortak hukuka dayalı toplumsal praksislerin çözülmesinin ve özel mülkiyete dayalı hukuk pratikleri temelinde evrenselleşmesinin salt iktisadi bir sonucu yoktur.⁷³

Bu görüşler ekseninde, ortak alanların ve hukukunun, toplumsal bir praksisle ve ortaklaşmaya dayalı pratiklerle mümkün olduğunu vurgulamak gerekir. Hakların çitlenmesinin birinci biçimi tam da bu nedenle, hukukun bir tek biçime, özel mülkiyet rejimine tabi bir biçime indirgenmesiyle açığa çıkar. Kapitalist toplumsallaşma, özel mülkiyet rejimi dışında toplumsal, siyasal, iktisadi bütünlüğü içinde herkese ait

⁶⁹ Age, s. 218.

⁷⁰ Age, s. 219.

⁷¹ Age, s.220.

⁷² Fritjof Capra, Ugo Mattei, age, s. 172 vd.

⁷³ Age, s. 173 vd.

olan bir *hukuk* olabileceğine dair bilincin ve deneyimin unutturulmasıyla, gelenek hukukunun ele geçirilmesiyle ve kural koyma pratiğine devlet tarafından, sermaye adına el konulmasıyla kurumsallaşır.⁷⁴

Toplumsal yaşamı müşterekleştirmeye ve buna dair pratiklerin kuruluş biçimine, hakim sınıfların el koyması ve sınıf hakimiyeti, biçimin yasa formunda veya hukukun bizatihi kendisi olarak belirmesiyle, devletin sınıfsal pozisyonuna bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Bu aynı zamanda, müşterekleştirmeye yönelmiş pratiklerin değil, aynı zamanda hakların kurumsal biçimlerinin de ele geçirilmesini gerektirir. Çünkü, müşterekleştirme, sadece emek ve doğa arasında bir maddi birliği değil; aynı zamanda bunların örgütlenmesini tarihsel olarak gösteren kurumsallığı da içerir. Bu kurumsallık belli bir zaman ve mekân ile somutlaşır. Emegün müşterek örgütlenmesinin ifadesi olarak, hakların biçiminin belli üretim ilişkisine tekabül etmesi zorunluluğu, aynı zamanda, emek sürecinin de müşterek örgütlenmesinin sonucudur. Tam da bu nedenle hakların çitlenmesi, aynı zamanda hem emek sürecinin hem de emegün cisimleştiği yerin ve zamanının çitlenmesidir. De Angelis göndermesiyle hakların tarihsel bağlamında kavranışını, Fırat'ın müşterekleştirme pratikleri izleğinden düşünmek mümkündür. Fırat'a göre, "*müşterekler, çitleme ve müşterekleştirme pratiklerinden oluşan kavram seti analitik, tarihsel ve politik olarak zamansal bir boyuta sahiptir (...)* Müşterekleştirme pratikleri kavramı ise hem eylemin süreçsel ve ilişkisel niteliğine vurgu yapar hem de verili bir eylemi onu önceleyen kolektif pratiklerle ilişkilendirmemizi gerektirir. Politik olarak ise, verili müşterekleri müşterekleştiren tarihsel toplumsal süreçlerden yola çıkarak bugünün mücadelesini kavramamız ve geleceğün toplumsallığını tahayyül etmemizi mümkün kılar."⁷⁵ Tam da bu bağlamda belirtmek gerekir ki, "*hukuk kendini yasa olarak tesis ederek adet(görenek) olmaktan değil sadece adet olmaktan çıkmıştır.*"⁷⁶ Fakat bu, göreneğün olduğu gibi aktarımı demek değildir. "*Görenek, her iki sosyal sınıf için aynı anlamı taşıyan sabit bir değişmez değildir. Tam aksine, onun tanımını sınıfsal konuma bağlı olarak büyük ölçüde*

⁷⁴ E.P. Thompson, *Avam ve Görenek*, s. 139.

⁷⁵ Begüm Özden Fırat, "Müşterekleştirme ve Çitlemenin Zamanı: Göllüce'de Toprak Mücadeleleri", *Praksis Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 49, Dipnot Yayınları, 2019, s. 41. Ayrıca bu konuda bakınız, Begüm Özden Fırat, "Köylüler, Devrimciler, Toprak, İşgal: Bitmeyen "68"; 1968, İsyân, Devrim, Özgürlük (içinde), Derleyen: Ömer Turan, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2019, s. 499-s.522.

⁷⁶ Pierre Dardot, Christian Laval, *age*, s.305.

değişkendir ve bunun sonucu olarak da uzlaşmanın değil çatışmanın bir aracı olmuştur.”⁷⁷ Bu nedenle de teamülün mülk olarak şeyleştirilmesi ve paraya çevrilmesinde, toprağın görenekte ve yazılı hukukta, maliklik ilişkilerine dayalı kullanımına geçilmesinde ve göreneğin yeniden anlamlandırılmasında modern kurumsallaşmanın büyük bir yeri vardır. Bu anlamda, kapitalist üretim tarzı, tarihsel hukuksal zeminleri yeniden inşa etmekle yetinmez, aynı zamanda farklı hukuk yaratma praksislerini de ele geçirip tek tipleştirir.

Ortak hukuka dayalı toplumsal örgütlenmenin ve kurumsallaşmanın imkanlarının dağıtılmasında modern hukukun⁷⁸, hukukçuların ve yargılamanın da özel bir yeri olmuştur. “*Hukuk, hakkı kullanıcısından ayırmak için akla yakın nedenler*”⁷⁹ bulmuş ve teamülleri sona erdirmeye noktasında yargının yapısal bir işlevi olmuştur. Özellikle, Roma Hukuk sisteminin ve dolayısıyla Roma İmparatorluğunun geliştirdiği araçlar, ortak hukuka dayalı toplumsallaşmanın dağıtılmasında etkili olmuştur. Capra ve Mattei’nın vurguladığı gibi, “*özel mülkiyeti sadece patriarklara ait siyasal bir kurum olarak ele alan kentsel hukuk sistemi*”⁸⁰ içinde kırsal nüfusun toplumsal pratikleri ve mücadelesi ile doğan hiç kimseye ait olmayan ve fakat günün birinde sahiplenilmesi mümkün olan şeyleri örneğin vahşi hayvanlar vs. (res nullius) ile herkese ait olan şeylerin (res communis omnium) örneğin hava, deniz, sahiller ve akarsular gibi nitelikleri gereği mülk edinilemeyecek şeylerin idaresini, Roma’da idarecilere veren hukuki biçim, ortak hukuka dayalı biçimin aşılmasında etkili araçlar olmuştur.

Capra ve Mattei’nın vurguladığı gibi “*Sıradan insanların gündelik yaşamını kırsal kesimin hemen her yerinde yöneten hukuk, hala asırlardır köylülerin yaşamına hükmetmiş örfi halk hukukuydu. Bu nedenle, Roma hukuk düşüncesinin yayılmasının en büyük etkisi, kendisini güçlü bir hiyerarşi olarak örgütlemek amacıyla her zaman din adamlarını görevlendiren Roma Katolik Kilisesi dahil, yönetici sınıfın temel hukuksal fikirlerinin çerçevelenmesi oldu. Özel, bireysel haklara ilişkin temel bir bakış açısına dayalı mülkiyetin konumu, kolektif yükümlülüklerin topluluktan (res communis) merkezi siyasal kurumlara (res publicae) aktarılmasıyla birlikte, bu ilk hukukçular*

⁷⁷ E.P. Thompson, *Avam ve Görenek*, s. 139.

⁷⁸ Fritjof Capra, Ugo Mattei, *age*, s. 72 vd.

⁷⁹ E.P. Thompson, *Avam ve Görenek*, s.171.

⁸⁰ Fritjof Capra, Ugo Mattei, *age*, s. 68.

arasında gücünü korudu."⁸¹ Romalı mülk sahiplerinin, görenek hukukuyla ortak şeyler statüsüne kavuşan varlıkları, bireysel mamelekleri haline getirmeye yönelik çabaları; hukukçuların bu ortak şeyleri, herkese ait olan şeyler olarak değil, hiç kimseye ait olmayan şeyler olarak statülendirmesiyle de onay almıştı. Ortak şeylerin bu biçimsel dönüşümü, tam da sınıfsal çelişkilerle şekillenmiştir. Ortak şeyler, herkese ait şeyler olmaktan çıkartılmış; hiç kimseye ait olmayan şeyler haline getirilmişti. Bu bağlamda da hakların çitlenmesi etkisini, topluluğun kurucu pratiklerinin dağıtılmasında olduğu gibi bu kurucu pratiklerin kurumsal ifadesinin dağıtılmasında da göstermiştir. Hakların bir toplumsal praksisten hukuka sıçramasını mümkün kılan yer ve zamanı çerçeveyen siyasal kurumsallık da paramparça edilmiş ve müşterekler sahihsiz bırakılmıştır. Böylece, "*Merkezi otorite ve iktidarın doğal kaynaklara uygulanması (bu otorite kamusal olsun özel olsun) kaynakların bölünmez ortak zenginlikten ayrılması anlamına geliyordu. Daha önceleri bu ortak zenginlik, en azından kurumsal olarak, ona erişimi koruması mümkün olan görenekler ve halk hukukuyla yönetiliyordu. Şimdiyse, esasen korunan şey birinin diğerlerini böyle bir erişimin dışında tutma gücüydü.*"⁸² Magna Carta ve 1217 tarihli Orman Yasası da tam bu sınıfsal çatışmaların sonucu olarak doğmuştu. Orman Yasası ile halkın müştereklerden yararlanma hakkının güvence altına alınmasına yönelik düzenlemeleri ilga eden bir yasal düzenlemeler sistemine geçiş, "*modern devletin kendini egemen olarak tesis edebilmesi için gerekli türde bir iktidarın ve ekonomik yoğunlaşmanın, yabancı yerlerde yeni keşfedilmiş topraklara ulaşabilme yetisine sahip bir iktidarın elde edilmesi için, dönemin ruhuyla uyumlu hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla*"⁸³ birlikte mümkün olmuştur.

Thompson'a göre, "*Eski komünal düzen çitlemeden çok önce yasa ve para tarafından yenip bitirilmişti: 18. Yüzyıl çitlemesi bu sürecin zirvesini değil sonucunu kayıtlara geçirmişti.*"⁸⁴ Bu hukuki dönüşüm, kamuya ait varlıkların özel kesimlerce çitlenmesini, bir yandan hükümdarın özel mülke el uzatmamasını güvence altına alacak *hukukun üstünlüğü prensibini* bir ilke olarak ortaya çıkartıp, müşterekleri onlara ait kurumsallığın hukukun koruduğu çıkarlar alanından çıkartırken diğer yandan da

⁸¹ Fritjof Capra, Ugo Mattei, age, s.71 vd.

⁸² Age, s.72 vd.

⁸³ Age.

⁸⁴ E.P. Thompson, Avam ve Görenek, s. 289.

Dünyanın tanrı tarafından yaratılmış ve herkesin ortak malı olduğuna yönelik doğal hukuk görüşünün rasyonel akla uygun olarak güncellenmesini gerektirmiştir. Rasyonel, doğal kanunlar sisteminin kurucusu Hugo Grotius da, egemenler arasındaki ilişkinin ya gönüllü (anlaşmayla) ya da meşru bir egemenin başlattığı adil bir savaşın ilkeleriyle yönetilebileceğini ileri sürerken “Portekiz’in açık denizdeki belli yolların kendisine ait olduğunu iddia etmesinin, bu ‘küresel müşterek varlık’ın doğal olarak herkese açık oluşuna aykırı olduğunu savunuyor, böylece aslında rasyonel düzeni korurken saldırıyı meşrulaştırıyordu. Uluslararası hukuk disiplini, Roma hukukunda açık denizin doğal bir müşterek varlık (res communes omnium) olduğu fikrini kullanarak bir şirket yağmasını meşrulaştırıyordu.”⁸⁵

Bu anlamda da doğal hukuk, mülkiyet ve egemenlik ilkeleri tarafından dolayımlanmış merkezi hukuk fikrinin ve bireyler arasındaki bir ilişkiler sisteminin yapı taşı haline gelmişti. Farklı sınıfların toplumsal üretici güçleri örgütleyerek yaratmak istediği toplumsal ilişkileri belirleyen, hâkim sınıfın hukuk inşa etme edimine biçim veren yasayla bağlı devlet tarih sahnesinde görüldüğünde⁸⁶ hakların biçiminin de özel mülkiyet temelinde mutlaklaştırılması ufukta çoktan belirmişti.

Bu mutlaklaştırma, bir yandan 18. yüzyıldan itibaren giderek daha keskin bir biçimde ortaya çıkan ekolojik tahribata yol açmış, diğer yandan da bu tahribata dayalı olarak da sermayenin kendi varoluş zeminini sağlamlaştırmıştır. Ortak kurallara dayalı hukuku sürdüren kurumların ortadan kaldırılması, dağıtılması, haklara kimin sahip olacağına belirlenmesinde işleyişin ve sistemin değiştirilerek modern devletin hakimiyetinin kurumsallaşması, ortak alanların birkaç kişi adına tescil edilebileceğinin mahkemeler tarafından hüküm altına alınabilmesi; aynı zamanda gelenekle oluşmuş ortak hukukun da çitlenmesi anlamına geliyordu.⁸⁷ Pek tabi, burjuva sınıfının bu hareketi, bir yandan hukuku yeniden “tesis etme” ve kurucu bir hukuk pratiği niteliği taşıırken, aynı anda yoksul sınıfların bu kurucu pratik karşısında geliştirdiği praksisin de kurucu bir hukuki anlamı vardır. Bu niteliğin olasılıktan olanağa dönüşmesi pek tabi siyasal alanda güç olmayı ge-

⁸⁵ Fritjof Capra, Ugo Mattei, age, s.83 vd.

⁸⁶ Jean Didier, John Locke Monografi, Çeviren: Atakan Altınörs, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2019

⁸⁷ E.P. Thompson, Avam ve Görenek, s.151.

rektirmiştir. Kullanılan araçlardan bağımsız olarak⁸⁸ gelenek ve örfle aktarılmış mülkiyet dışı iş birliğine dayalı kurumsallığın yıkılması ve toplumsal ilişkilerin özel mülkiyete konu edilmesiyle, toplumun hukuk yaratma gücünün dağıtılması yaşamın topyekûn doğa durumunda örgütlenmesinin önünü açmıştı.

3. Hakların Tarihselliği: Kökü Derinde Bir Toplumsallaşma ve Yarılma

Kapitalizmin ortaya çıkma arifesindeki ortak hukuka dayalı çitlemeye karşı pratiklerden, 19. yüzyıl sınıf savaşlarına ve İkinci dünya savaşına, ardından ortaya çıkan yeni kurucu sosyal ve sınıfsal pratiklere kadar, sosyal ve çevresel adalet talepleri, dünya halklarının hak mücadeleleri de emeğin bu evrensel kurucu praksiyi temelinde değerlendirilebilir. Bir yandan toplumsal varoluşu yıkararak ve yeniden üreterek gelişen sermayenin tarihsel hareketiyle, bunun karşısında emekçilerin kendi tarihsel haklarını korumaya ve aşmaya çalışan tarihsel hareketini, hakların tarihsel kuruluşu açısından da bir arada kavramak gerekir. De Angelis, Polanyi'ye atıfla tarihin ikili bir harekete tabi olduğunu vurgular. Bu vurgu, piyasanın tarihsel hareketi ile toplumun kendini geliştirmeye yönelik koruma refleksinin ikili bir karşı hareketler bütünü olduğunu işaret eder. Çalışma kapsamında da Polanyi'nin ikili hareket kavramı, De Angelis'in vurgusuna bağlı kalınarak kullanılmıştır.⁸⁹ Toplumsal sıçrayışlar, biçime ve bu bağlamda da iktisadi akla tabi hak muhayyilesinin aşılmasına yönelik pratik müdahalelerle do-

⁸⁸ Jeanette Neeson'a parlamenter muhalefet ve ayaklanmanın çitlemeler karşısında en az etkili ve belki de en az başvurulan bir yol olduğunu, kabul etmek için ikna edici nedenle olduğunu söyleyen E.P. Thompson ekler, "çitleme sürecinin bütününe dikkatleri yeniden yönlendirerek - şimdiye kadar yerel kayıtlarda gizlenmiş bulunan- şaşırtıcı sayıda ve çeşitlilikte, lobicilik, mektup yazma, dilekçe verme, muayene memurlarını taciz etme, kayıtları tahrip etme, kundaklama, ayaklanma ve çit parçalama gibi, çitleme sona erdikten sonra bile devam etmiş olabilecek, protesto biçimlerinin varlığını göstermiştir. Bu inatçı direniş işlevsiz de değildir. Kimi zaman on yıllarca, çitlemeleri geciktirmiş olduğu ve kimi zaman da koşulları değiştirmiş olduğu gösterilebilir. Mülk sahipleri ve çiftçiler sonunda çitleme savaşını kazanmış olsalar bile, kırsal zanaatkarlar ve tarım işçileri teslim olmanın koşullarında az çok söz sahibi olmuşlardır." E.P. Thompson, *Avam ve Görenek*, s.151.

⁸⁹ Massimo De Angelis, "Marx ve İlkel Birikim: Kapitalist "Çitleme"nin Sürekli Karakteri", *İlkel Birikim, Sermayenin Kaldırıcı (içinde)*, Editör: Özey Göztepe, Notabene Yayınları, 2014, s.91 vd.

ludur. Bu nedenle de hakkın, doğal hukukçuların yaptığı gibi hem bir biçime indirgenmesi hem de hak kavramının yasa tarafından korunan menfaat olarak kavranması, bu çalışmada, emeğin yabancılaşmasına dair hukuki biçimler olarak kabul edilmektedir.

Emeğin tarihsel, sınıfsal çatışmalar içindeki pozisyonunu ve kendini yönetmeye yönelik kural koyma praksislerini; hak kategorilerine indirgemek, hakların çitlenmesinin hem nedeni hem de sonucu olarak doğmuştur. Bu durum, sınıfsal çatışmalar dolayımında hakkın aldığı biçimle ilgilidir. Emekçi sınıfların, hayatı yeniden üretme iradelerinin farklı hak kategorileri biçiminde ortaya çıktığı 1970'li yıllarda da neoliberal küresel sistemin yanıtı, insanı biyolojik bedeninin var oluşuna indirgemektir. Bu insan algısı ve temel haklar kavramsallaştırması sınırları çerçevesinde hukuk anlayışıyla örülü yeni bir piyasa düzeni teklifi neoliberal kurumsallaşmanın mekân ve zaman algısını olduğu kadar hukukunu da belirledi. Kapsamlı hak talepleri tarih sahnesine çıktığında, bu taleplerin sosyal ve ekonomik maliyetlerinin, mevcut birikim rejimini akamete uğratmadan, eşitsizlikçi dünya sistemi içinde nasıl karşılanacağı neoliberal piyasa hukuku tarafından ortaya atılmıştır. Bununla birlikte 20. Yüzyıla girerken maddi varlıkların büyük bir çoğunluğu çitlenmiş olsa da, Thompson'ın vurguladığı gibi, *"Eğer sıradan insanlar, haklarını savunmasalardı ve 19. Yüzyıla girildiğinde dinlenme ve eğlenme hakkının otlatma hakkından daha değerli olmasıyla bu hak, Ortak Alanları Koruma Derneği'nce ateşli bir biçimde savunulmasaydı, bugün Londra ve çevresinde hiçbir park olmazdı."*⁹⁰ Toplumsal mücadele ile emekçilerin tarihsel yarılmayı ortadan kaldırma pratiklerine karşı ise neoliberal akıl, *"hepimizin aynı gemide olduğu"* söylemini sıklıkla hatırlatır. Sosyal ve kolektif hakların ancak devletin mali gücü ile sınırlı bir biçimde yerine getirilebileceğine dair neoliberal hukuki müdahale ve maliyetler söylemi de bu aklın ürünüdür.

Nükleer ve kimyasal kirlilik, endüstriyel tarımsal sistemin yarattığı bozulma, bu bozulmanın ekosistemler ve emek gücü üzerinde yarattığı evrensel yıkım kadar, çalışan kesimlerin hayatlarını devam ettirmek için gerek ve yeter koşullarının bozulmasının toplumsal maliyetinin karşılanması düzeltimci bir siyasetin konusu olmuştur. Kapitalizmin zamanı ve mekânı yeniden örgütlerken, kişiyi de varoluş ihti-

⁹⁰ E.P. Thompson, *Avam ve Görenek*, s. 157.

yaçlarından soyutlamış bir makine gibi inşa edebileceğine olan inancı neoliberal hukukun da çerçevesini çizmiştir. Toplumsal eşitsizlikleri piyasa düzeni içinde onarmayı amaç edinen dağıtım ilişkilerinde adil mekanizmalar kurulması, ticari mekanizmaların rekabetçi kılınması gibi piyasa temelli yanıtların yeniden bir fırsat olarak ön plana çıktığı bu dönemde yükselen hak mücadelelerinin kendini bir toplumsal varlık olarak inşasının imkanlarının sınırlandırılması, evrensel bir sermaye sınıfı stratejisi olarak açığa çıkmıştır. Tüm bu hak mücadelelerinin piyasa temelli soğurulması öncelikle sermayenin bu kuşatıcı ve çitleyen hak stratejisiyle olanaklı hale gelmiştir. Bu da hakların çitlenmesinin ikinci biçimidir. İkinci biçim, birinci biçimi de içinde barındırır.

Neoliberal dönemi de içine alan liberal egemenlik kuramları açısından, “hak” kavramının, tarihsel ve toplumsal bir sınıfsal mücadele zemini olarak değil; yasa gücüne kavuşmuş menfaat olarak formüle edilmiş olması, hukukun özel mülkiyete dayalı bir sözleşme düzeninin maddi zemini olduğunu kanıtlanmanın bir biçimidir.⁹¹

Duguit’e göre ise, “*insanlar kendilerini birleştiren, karşılıklı bağlılığa dayanan bir toplumsal kurala tabidirler. (...) bu davranış kuralı, ahlaki bir kural olmayıp bir hukuk kaidesidir. (...) ifadeye bir metafor olmasından başka bir anlam atfedilmemek şartıyla söz konusu kural, toplumsal hayatın organik kanunu gibidir.*”⁹² Bu bağlamda, hakkın “yasa gücüne kavuşmuş menfaat olarak” formülünün getirdiği mutlaklık karşısında, hakkın da maddi bir olgu olarak kabulü gerekir. Doğal hukuk akımının, insanın *haysiyetinden ve insan olmasından kaynaklı* bir takım hakları olduğuna dair yaklaşımının, yasal ve politik anlamda sermaye çıkarının yeniden üretimini sağlayan metafizik kabuller ve yasal formda sözleşmeye dayalı özel mülkiyet rejiminin türevi olarak formüle edilmesinin, emeğin toplumsal praksişi olarak hak kavramının piyasa temelinde soğurulmasına teorik ufuk sağladığının altını çizerek, Duguit’in eleştirisi bağlamında, bu biçimde inşa edilmiş bir hak teorisinin reddedilmesi gerektiğini vurgulayabiliriz.⁹³

⁹¹ Adnan Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018, s.139 vd., Rona Aybay, *Genel Kamu Hukuku*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 167 vd; Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, 8. Baskı, Çeviren: Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018.

⁹² Leon Duguit, age, s.25.

⁹³ Age, s. 26; Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, İnsan Haklarının Felsefi

Hak, yasa koyucunun iradesiyle somutlaşmış hukuk olarak ifade edildiğinde, “haklar ancak iktidarların doğaüstü iradelerinden kaynaklandıkları müddetçe var olabilirdi.”⁹⁴ Bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı ve sınırlandırılmayacağı konusundaki irade de yaşayan toplumların iradesinden alınır ve egemenin iradesine verilir. “Bu teokratik otoritelerle mücadele edebilmek için son beş yüz yılın metafiziği de sadece olumsuz yönde etkisi olan yapay bir insan hakları düşüncesi meydana getirebildi.”⁹⁵ Roma hukuku döneminden itibaren, iktidarın bireylere karşı güç kullanabilmesinden iki büyük mutlak hak kuramsallaştırılmıştır. Bunlar, Kamu gücü ve mülkiyet hakkıdır.⁹⁶ Hak kavramsallaştırmasının bu bağlamda, sınıflar arasında uzlaşmaz bir çelişkinin zemininde doğmuş, gelişmiş olduğunu kabul edebiliriz. Temsile dayalı egemenlik ilişkileri içinde, modern devlet ise *haklı*, doğal olduğu kadar yasal bir zeminde tanımlama ve zamansal bağlamından olduğu kadar, çatışmalarla dolu tarihsel bağından da azade kılarak çitlemeye girişmiştir. Hak kavramının insanın kendisini toplumsal olarak gerçekleştirme ve yapabilir kılma praksişi olarak açığa çıktığı tarihsel süreçte⁹⁷, kavramın belli bir zamansallığa tabi olduğu kadar, aynı zamanda kamu gücü ve özel mülkiyet dolayımında hukuki biçimini kazanmasının maddiliğini de ortaya koymak gerekir.

3.1. Kamu Gücü ve Özel Mülkiyet Temelinde Hakların Çitlenmesi

Toplumsal emeğin siyasal inşası sürecinde, toplumun kendini yönetme erkini, egemenlik veya kamu gücü hakkı formunda, devleti yöneten sınıflara devriyle; toplumun kendini geliştirmek için gerekli olan yaşam araçları üzerindeki hakimiyetini, özel mülkiyet hakkı formunda belli sınıflara devretmesi, hakların çitlenmesinin tarihsel arka planı

Temelleri, Liberte Yayınları, İstanbul, 2011, s.150 vd, Uslu'nun haklı bir biçimde işaret ettiği gibi, Locke bağlamında eğer tek bir doğal haktan söz etmek gerekirse bu her insanın kendisi üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkıdır.

⁹⁴ Leon Duguit, age, s.27.

⁹⁵ Leon Duguit, age, s.27.

⁹⁶ Age, s.29.

⁹⁷ Bu bağlamda, Mehmet Tabak'ın Organik Bütünün Oluşumunda andığı, yasal hakkın temeli olan meta mübadelesine tekabül eden yasayı ihlal etmeden, işçiyi soymasına yönelik hukuk düzeninin, bir yabancılaşma biçimi olarak, özel mülkiyet temelinde biçimlendiği vurgusunu da hatırlarda tutmak gerekir. Mehmet Tabak, Organik Bütünün Oluşumu, Marx'ın Felsefesinde İnsan Doğasının Diyalektiği, Çeviren: Gökhan Demir, Habitus Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 183.

olduğu kadar; sınıfsal çelişkinin belirleyici sınıfların, modern devlet sınırları içinde tarihi mutlaklaştırma ve yaşama el koyma zeminidir.

Bu mutlaklaştırma ve el koyma, hukukun yasa formunda mutlaklaştırılmasının, sermaye birikiminin yasa yoluyla maddi zenginliğe el koymasının olmazsa olmaz koşuludur. Hem devletin hem de sermayenin kendini yeniden üretmesi için zorunlu uğrağıdır. Kamu gücü hakkının en somut biçimi olarak *yasa yapma* ve ona tabi kılınma, sadece zor görevi görmez aynı zamanda ve daha etkin, sürekli olarak da insanın ne olduğunu, tarihsel gücünün anlamını, toplumsallıkla ilişkisini her daim yeniden üreterek birikim krizinin aşılmasının da ana damarını oluşturur. Bugün en genel anlamda hukuk olanın devlet hukuku olarak kabul görmesi tam da bu tarihsel gerçeklikle anlamlıdır.⁹⁸ Yasa, sermaye sınıflarıyla emekçi sınıflar arasında üretimin yönetimi formlarını yeniden üretirken aynı zamanda emekçilerin tarihsel, zamansal birikimiyle elde ettikleri göreneği de kamu gücünden azade kılar. Bu yeniden üretim formları kendini hukuk olarak, halkın iradesi olarak meşrulaştırır. Egemenin koyduğu kurallar, hem maddi emeğin tarihsel ve toplumsal dolayımına biçim verir; aynı zamanda da bir sınıfsal çatışma biçimi olarak hukuk, emeğin ve doğanın maddi varlığının üretim ve yeniden üretim koşullarını belirler.⁹⁹

Hakların yasal temelde inşası gibi toplulukların kuruluşunun “yasal özneliğini oluşturma” hem emek gücünü biçimlendirir hem de “sermayenin yasal özneliğini biçimlendirir.”¹⁰⁰ Tüm insan hakları teorisinin sınırını çizen kurumlar bu yönüyle ulusal veya uluslararası hukuku, egemenin (devletin) sözü olarak varsayar. Sınıflar arasındaki çelişkinin yasal özneliğin üretilmesiyle mutlaklaştırılması ve müzakere edilebilir bir sözleşme düzeyine çekilmesi, hakkın içeriğinin de bir meta dolayımıyla belirlenmesini mümkün kılar.¹⁰¹ Hak, toplumsal insanın kendini gerçekleştirme zemini olmasına yabancılaşır; değişim değerinin yasal özneliğine ait bir menfaat biçiminde tarihselleşir.

⁹⁸ Roger Cotterrell, *Hukuk Sosyoloji Giriş*, Çeviren: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 69.

⁹⁹ Mark Neocleous, *Güvenliğin Eleştirisi*, Çeviren: Tonguç Ok, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2014.

¹⁰⁰ Mark Neocleous, *Sivil Toplumu Yönetmek Devlet İktidarı Kuramına Doğru*, Çeviren: Bahadır Ahıska, 1. Baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2013, s. 210.

¹⁰¹ Age, s. 211 vd.

Kişilerin yan yana gelmesi ve karşılıklı ilişkisi ile oluşan topluluğun devamı için en önemli gerek koşul, emeği dolayımıyla kurulan kolektif tür olarak insan topluluğunun, varlık koşullarını belirleyebilme, varlık koşullarına dair kural koyabilme ve kendisini hem kişi hem doğa hem de topluluk olarak idame edebilme (yapabilir kılma) becerisini üretebilmesidir. Bu üretkenliğini kuşaktan kuşağa bir bilgi, deneyim ve hafıza olarak kolektif bir biçimde aktarma gücü de yeter koşuldur. İnsan türü bir topluluk olarak emeği dolayımı ile kurulurken kapitalist toplumsallaşma emeği, emek gücüne indirgeyerek önce onun toplumsallaşma formuna müdahale eder, sonra da kural koyma pratiklerini ve olanaklarını çitleyerek, bu bağlamda emeğin var olma zeminini ele geçirir ve toplumsalı yeniden üretir.

El koyma, insanın toplumsal bir varlık olarak kuruluşuna olduğu kadar aynı zamanda hem türsel farklılığına hem de türsel becerisine müdahaledir. Kişi, topluluk olarak zayıf tür olma belirlenimini toplumsallaşarak bir avantaja dönüştürebilmişken, meta üretim sürecinin bir üretim aracı haline dönüştükçe, toplumsal varoluş-imbân zeminini olan “hak” onun varlığı için dezavantaj kılınır ve kendini yönetebilme olanağını da toplumsal kuruluşunun hilafına, özgürlük alanına sökün etme arzusuyla, yöneten toplumsal sınıfa devreder. Bu devir bir yandan birikim rejiminin sürekliliğini diğer yandan da hukuki biçimin değişim değeri temelli yeniden inşasını olanaklı kılar.

Kişi, içinde konumlandığı dezavantajlı sınıftan kurtuluş için var olduğu sınıfın toplumsallaşma olanağını, bir *imbân* olarak hak zeminini inkâr ve bu bağlamda toplumsal varlığını imha ettikçe; sermaye, hak zeminini yerine meta zeminini üretir. Emek ve doğa arasında farklılaşan birliğin yeniden üretimine dair toplumsal imbân olarak hak zemininden yabancılaşma ve meta zemininde üretilen toplumsal rıza, hukuki biçimi dolayımlayan emek gücünün üretim ve yeniden üretim süreçlerinde metalaştırılmasıyla mümkün kılınır.

Kişinin emek gücü olarak işçileşmesi, onun türsel varlığından koparılışın ilk ve zorunlu koşuludur. Aynı zamanda da kişinin, toplumsallığından hem kişi (insan) hem de doğa olma halinden koparılışı bir ve aynı sürecin sonucudur. Koparılma, aynı zamanda kişinin organlaşarak, iş bölümüne dayalı farklılaşma ve yetenekleşme, kendini yeniden üretebilme süreçlerini yönetmeye yönelik farkındalığı ve bil-

gisinin de varlık zeminlerinden sökülüp alınmasına yol açar. Üretimin böylelikle belli bir amaç için, sadece meta üretimine dayalı bir büyüme için bir kez başlaması, genelleşmesi ve yaygınlaşmasıyla birlikte toplum kendini yeniden kurmak için emek gücünün yeniden örgütlenmesine dair farkındalığını yani türünün kuruluşuna dair evrensel ilkeyi hayata geçirmek zorunda kalır. Emeğin tarihsel ve toplumsal anlamda hak zemininin maddi pratiği olması tam da bu ontolojik zorunluluktan beslenmektedir. Emek bir *imkân* olarak hak zemininden tam da bu nedenle meta ilişkileri içinde de kopmaz. Canlılığın da kendini tarihsel olarak gerçekleştirme gereği, oluş ve eylem olarak haklar zemininde ortaya çıkar. Ancak bu yukarıda andığımız gibi ne hakların biçimsel kuruluşunun tarihsel ve zamansal esasını ne de hakların maddi kuruluşunu boşa düşürmektedir.

Kişinin türsel varlığını devam ettirme zorunluluğunda olduğu gibi diğer canlılar açısından da metabolik ilişki dolayısıyla, canlı emek hem doğallaşma hem de toplumsallaşmaya yönelik ikili hareketini ontolojik düzlemde açığa çıkarır. Türün devamı, farklılaşan canlılığın diğer yaşam formları ile eylem ve üretkenlik biçimine, bu biçimin gelişme düzeyine ve ilişkiselliğine bağlıdır. Emeğin toplumsallaşma ve doğallaşma biçimindeki çift yönlü hareketi de onun toplumsal olarak örgütlenme biçimlerine bağlı olarak farklılaşır. Türsel varlığın gelişimi, biyolojik ihtiyaçlar olarak ifade edilen güvende olma, yaşama, korunma gibi ihtiyaçların karşılanmasına indirgenemez. Emeğin maddi ve manevi anlamda varlığını tekabül ettirme ve evrensel anlamda dolayımın zorunluluğu türün gelişiminin, farklılaşan zorunlu koşullarıdır.

Hak kavramını bu yönüyle insan türünün doğayla emek dolayısıyla sürdürdüğü fiziki ilişkide tüm canlıların maddi varlık koşulu olarak ontolojik bir olanak; aynı zamanda da türün siyasal kuruluşu bağlamında toplumsal ve tarihsel olarak kavramak gerekir.

Bu ontolojik olanak, insanın doğuştan¹⁰² birtakım haklara sahip olduğunu değil fakat tarihsel, türsel olanağını kullanabildiği oranda toplumsal varlığını devam ettirebildiğini gösterir.¹⁰³ Pek tabi kuşaklar-

¹⁰² Jean Jacques Burlamaqui, Doğal Hukukun İlkeleri, Çeviren: Barkın Asal, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2019.

¹⁰³ Nazime Beysan, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, XII Levha

dan kuşaklara aktarılan hakların, emeğin tarihsel hafızası biçiminde, şimdiye ait olmadığını, bir müşterekleştirme zemininde, kuşakların praksislerinin ilişkisiyle ve bu ilişkinin dolayısıyla hukuk olarak taşındığını gösterir. Hakları tarihselliği, insanların doğuştan sahip oldukları bir haklar zemini olduğunu değil kuşaklardan kuşaklara toplumsal praksisle aktarılan bir hafıza olarak hukuki bir olanağın her daim bulunduğunu gösterir. Bu olanak, toplumsalın hukuku verili hukuk dışında her an inşa edebilme gücünün, iradesinin ve hakkının da zeminidir.

Hukukun toplumsal ve tarihsel kuruluşu için hakların ontolojik ve tarihsel bir olanak değil de bir türe bahşedilmiş, teolojik bir ayrıcalık olarak inşasıysa, liberal hak teorileri ekseninde geliştirilmiştir. Bu zemin, toplumsal emeğin ve doğanın çitlenmesinin teorik öncüllerini sağlamaktadır. Böylece, mülk edinmeye dair kural koyma gücünün yasa koyucu egemene devredilebilir olarak kurgulanmasını bu zemin mümkün kılar. Türsel varlığını diğer canlılarla ve bireysel varoluşunu da toplumsallaşma pratiğiyle kurabilen insanın, bu ontolojik olanağı imha edilebilir. Yasanın, sözü söyleyenin emri olduğu, hakkın da bu sözün somut ifadesi olması, sözün nasıl söylenmesi gerektiği kadar, kimin bu sözü söylediğinin de önemini arttırmıştır. Yasayı buyurma kudretini kullanan egemen, bu gücü, sözü söylediği kişilerin menfaati adına kullandığını buyurması ve bunun da genel çıkarın kendisi olduğunun kabul edilmesine yönelik egemenlik kuramları tam da topluluğun var oluş koşullarının egemen tarafından meta ilişkileri içinde de sınırlanmasının ön koşulunu sağlar.

Toplumsal taleplerin yasal formlarda içerilerek piyasaya eklenmesi ve toplumsallaşma olanağının meta üretim sisteminin hakimiyetinde biçimlenmesi ve neoliberal hukukun yeniden üretiminde yasa koyucunun zorunun bir rıza formunda toplumsallaşması hakların çitlenmesinin esasını oluşturur.

Hak zemininin çitlenmesi, insanın toplumsallaşma uğrağında onun türsel varlığına dair zeminin çekilip alınmasını iken, çelişkili bir biçimde yine insanın tekil varlığını sürdürmesine dair ise tüm zeminin yeniden meta dolayısıyla tanımlanmasını ve düzenlenmesini gerekti-

rir. Hak zemininin sınırlandırılması, sermayedarın çıkarlarına uygun sınır belirleme iradesinin ve hukuki biçiminin üretilmesidir. Sınıflı toplumlarda, hakların güvence sistemi, tam da bu bağlama uyumlu bir “insan hakları” sistemi ile teminat altına alınmıştır. Bu sistem, tüm hakları değil, hukuk sistemin koruduğu ve kamu gücünün saygı duyduğu hakların güvence zeminlerini oluşturur.¹⁰⁴ Diğer yandan temsili sisteme dayalı klasik anayasal gelenekler, hakları medeni, sosyal ve siyasal haklar temelinde kategorize etse de¹⁰⁵ topluluğun siyasal-maddi kuruluşu açısından, “hakkı” bir toplumsal ilişki olarak insani edimin tarihsel ve doğal kuruluşunu belirleyen, bu kuruluşun zemini olarak üretken bir praksis olarak tanımlamak gerekir.

Meta üretim ilişkilerinin yükseldiği, emek gücü ve sermayenin piyasada serbestçe dolaştığı ve sözleşme ekseninde özgürce yan yana gelerek maddi üretimin olanağının yaratıldığına dair piyasa formülasyonunu mümkün kılan hukuki biçim, sermaye sınıfının hakimiyetinde bir toplumsal ilişki olarak da açığa çıkar.

Emek gücünün kişinin üzerinde tasarruf edebildiği biricik mülkü olduğunu ve toplumsal birikmiş zenginlik olarak sermayenin de sermayedarın kişisel mülkü olduğunu ve mülk üzerinde serbestçe tasarruf ederek kişilerin piyasada yan yana geldiklerini meta ilişkileri vazedir. Meta üretimini siyasal ve teorik olarak mümkün kılan bu görüş aynı zamanda kişinin emek gücü üzerinde tasarruf ederek toprak üzerine mülkiyet hakkı elde edebileceğini ve en genel anlamda da bir özel mülkiyet rejiminin, egemene vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkese tanındığını, bunun sınırlandırılma ve ortadan kaldırılma biçiminin de yasa ile yapılacağı ve ancak sınırlandırmanın hakkın özüne dokunulmadan yapılması gerektiğini de vurgular. Fakat, mülkiyet hakkının yasa ile sınırlandırılması veya onun özüne herkes için dokunulamaz olması ilke düzeyinde meta üretiminin bir zorunlu koşulu olmadığı gibi neoliberal dönemde bu evrensel kural aynı zamanda meta üretiminin açısından bir engel haline gelmiştir. Kişinin mülkiyet hakkının çıplak emek gücü üzerinde sadece yaşamak için çalışma sınırına kadar yani onun fiziksel sınırına kadar çekilmesi, meta üretiminin bir zorun-

¹⁰⁴ Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

¹⁰⁵ Johan Galtung, Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, Metis Yayınları, İstanbul, 1999.

lu uğrağı haline gelmiştir. Hakların çitlenmesinin neoliberal dönemde taşıdığı anlam bu noktada önem taşımaktadır.

Toplumun kuruluşunda kişinin doğayı kullanma, doğadan yararlanma ve toplumsal açıdan güvence sisteminin hem bir şahsileşme hem bir toplumsallaşma ifadesi olarak farklı toplumsal ilişkilerde farklı içeriklere sahip olan mülkiyet hakkının, çitleme stratejisi temelinde neyi ifade ettiği hakların çitlenmesinin aldığı biçimin açığa çıkarılması açısından önemlidir. Mülkiyet hakkı temelinde bu açıklama, Mülkiyet kavramı yerle bir mi oluyor yoksa belli sınıf ve gruplar için anlamı mı değişiyor? Ya da yeniden mi düzenleniyor? sorusuna bu bağlamda yanıt üretmek gerekmektedir.¹⁰⁶

Bu soruya verilecek yanıt, istisna uygulamalarının doğduğu zeminin formlarının anlaşılmasını da mümkün kılmaktadır. Sınıflı toplumda hukukun evrensel karakterini yitirmesinin sebebi hakkın maddi esasıyla ilgili değil; hukuki biçimin yeniden inşasıyla ilgilidir.

3.2. Hukuki Biçimin İnşası ve Hakkın İstisnalaştırılması

Hak kavramının dayanağı ve sınırı, egemenin iradesi olarak yasanın neliği, yasayı koyan egemen iradenin dönüşümünün mümkün kılınması hakkın maddiliğinin ne olacağını belirlemektedir. Hak teorileri ekseninde Locke'un siyasi kuramı, doğanın temmüllük edilmesinin, çitlenmesinin ve kurma kudretini de sağlayan şeyin, Tanrı ve doğa tarafından doğal bir hak¹⁰⁷ olarak tanınan mülkiyet ilişkileri etrafında açıklayarak, burjuva toplumu içinde hakkın hem devlet tarafından nasıl sınırlandırılabilirliğini hem de devletin özel mülkiyet hakkı karşısındaki sınırına altlık oluşturmuştu. Hobbes ile devletin, Locke ile özel mülkiyetin doğallaştırılması,¹⁰⁸ modern devlet içinde hukuki biçimin

¹⁰⁶ Fritjof Capra, Ugo Mattei, age, s. 143.

¹⁰⁷ Doğal hak kavramı da tıpkı doğa yasaları bağlamında kullanılmaktadır. "Doğa yasası denilen şey, siyaset felsefesi açısından, fiziki dünyayı yöneten doğa güçleri, örneğin yerçekimi vb. anlamına gelmez. Buradaki bağlamında doğal durum, devlet ya da sivil toplum düzeni öncesi insanların içinde buldukları durumdur. Doğa yasası da devlet öncesi durumda yaşayan insan ve insan topluluklarının karşılıklı ilişkilerinde uymaları gerektiği düşünülen mantıksal kuralları işaret eder. Yani bu yasalar, insan aklının mantıksal çıkarım ile varsayacağı düşünsel zorunlu sonuçlar olarak görülürler." Gökhan Murteza, Doğal Durum ve Devlet Felsefi Bir İnceleme, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 49, 50

¹⁰⁸ Bu konuda bir tartışma için bakınız, Mustafa Bayram Mısır, Devlete Karşı Kamu

bu iki özel koşula bağlı kalınarak hak kavramının biçimlenmesinin zeminini oluşturmuştur. Özel mülkiyet rejimine tabi hukuki biçimin inşası tam da etkisini hakkın biçimi üzerinde bu iki zeminde gösterir. Doğada bulunan şeylerin emek verilerek edinimi halinde şahsi mülk haline getirilebileceğini belirten Locke, geliştirdiği örtülü rıza kavramıyla da politik toplumu önceleyen hak kavramının, devlet sistemi içinde aşısının nasıl tutacağına koşulunu oluşturmuştur. Bayram'ın işaret ettiği gibi, Locke açısından "Doğal durumunda insanlar, doğal haklara sahip olduğunu bilirdi; yaşamı sağlığı, özgürlüğü ve mülk edinme hakkı ona bağlanmıştı. Ancak biri (bir insan tekini) mülk edindiğinde, doğal haklar efendinin haklarına dönüşürdü (...) İşaret edildiği üzere, politik toplumun ana amacı, mülkiyetin dolayısıyla onun edinilme ve biriktirilme koşullarının korunmasıydı."¹⁰⁹

Kural koyarak hukuksal ilişkinin doğacağı ve dolayısıyla da hakkın kaynağının özünde devletin iradesi olduğuna yönelik pozitivist görüşe sınırı Hobbes ve Locke dolayımında çeken sermaye sınıfı; hukuki biçimi, bir "şey"i temellük eden onun kullanma, yararlanma ve ortadan kaldırma "hakkı"nın da sahibidir, önermesi ekseninde tarihsel olarak yeniden üretebilmiştir.

Bu bağlamda toplumsal ilişkiler nasıl ki kapitalist toplumda şeyler arasındaki ilişki olarak görünür, yine sınıflar arasındaki kural koymaya dair hukuki ilişkiler de kurallar arası ilişkiler olarak görünür.

Kapitalist toplumda hukukun, hukuki biçim olarak kendini ifade ettiğini belirten Buckel'e göre,

"(...) hukuk biçiminin şekleşmesi prosedürlerden hareketle özel bir biçim alır. (...) Söz konusu prosedür filtreleri, madunları dışlarlar ve hem hukuki kanıtlama tekniklerine hâkim olan, hem de hukuki olarak disipline edilmiş hukukçu aydınların mantığıdır. (...) Bu prosedürün sonuçları olarak toplumsal güç ilişkileri, hukuki ilişkilere dönüştürülür. Mahkeme kararları, sözleşmeler, yasa kitapları, sokak tabelaları, sınır dışı etme, vb. hukuk biçimi kendi zenginliği ile beraber yeni bir gerçeklik yaratır: Dolaysız kavrayışlar karşısında kendini koruyan olgusal karşıtı bir olgusalılık. Böylelikle bir dava

¹⁰⁹ Hukuku (Egemenlik Kuramlarının Tarihsel Materyalist Bir Eleştirisi), Edebi Şeyler Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 96 vd.
Age, s. 96- s. 99.

tarafı sivil bir süreç içerisinde kolayca adalet talebinde bulunamaz, aksine hukuk normlarına dayanmak ve açıklamasının hukuki yöntemi hakkında bilgilenmek zorundadır. Bununla ilgili iddialarını bazı kanıtlanma kurallarına göre sunmalıdır. (...) söz konusu kanıtlamalar çoğunlukla hukukçu aydınlar tarafından ifade edilebilir ve hüküm yalnızca bunlar tarafından verilebilir. (...) Hüküm başka bir kurum tarafından gerçek şekilde sahiplenilirse, ikircikli durumlarda devlet aygıtları tarafından da uygulanabilir.”¹¹⁰

İçtihatlar, alana dair literatür de bu zeminde gelişir. Bu yönüyle de hukuki biçim, yasadan daha fazlasını ifade eder.

Bu durum için Bruckel, hukukun görece özerkliği terimini kullanır. Yazara göre, “hukukun özerkliğinin tarihsel bir özgünlük olduğu kabul edilirse, böylelikle o her zaman toplumsal bütünlüğün bir uğrağı olur. Öyleyse hukuk, sadece bu bütünlüğün içinde özerktir. Buna karşın hukuk, diğer pratikler, ilişkiler ya da iktidar teknolojileriyle ilişkisinde görelidir.”¹¹¹

Yasa koyucu iradeyi, “kural koyma iradesini”, hukuki biçimin esasını, toplumsal sınıflar arasındaki çatışma ve özel mülkiyet rejimine tabi şeyler üzerinde kurulan hakimiyet ilişkisi belirlediği gerçeğini görmeyen¹¹² ve hukuku, kurallar toplamı olarak gören Kelsen’i eleştiren Pasukanis, hukuksal ilişkiyi, hukuk düzeniyle ve hukuk düzeni içinde bir ilişki olarak görülmesine karşı çıkar. Tam da hukuki ilişkiyi, meta ilişkilerinin bir dolayımı olarak görmek gerektiğini işaret eder.¹¹³ Sınıflı toplumlarda topluluğun kendi dışındaki varlıklarla ve sınıflarla kurduğu temel ilişki sahiplik ilişkisi, meta formunda açığa çıktığın-

¹¹⁰ Sonja, Buckel, “Güç İlişkilerinin Hukuki Yoğunlaşması: Nicos Poulantzas ve Hukuk”, Çeviren: Toros Güneş Ergün, Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi (içinde) Editör: Taner Yelkenci, NotaBene Yayınları, Ankara, 2013, s.293 vd.

¹¹¹ Agm, s.292.

¹¹² Kural koymayı olmayan bir genel iradenin ifadesi olarak gören Duguit, Alman hukukçu Jellinek’i, devleti temsil eden Parlamentonun koyduğu kurallarla kendisi istediği için ve kendisini sınırlandırmak adına ve istediği müddetçe kurallarla kayıtlı olduğuna dair bakış açısını eleştirir. Duguit’ye göre “devletin kendini sınırlaması düşüncesinin teorisyenleri, kanunun mutlaka genel bir tedbir olmadığını, bireysel kanunların da olabileceğini söylemektedirler. Yani parlamento kabul etmiş olduğu genel kanuna, daima özel bir istisna getirebilir, böylece kendisini kanun hükmünden daima muaf tutabilir.” Leon Duguit, age, s. 48, 49.

¹¹³ Evgeny B. Pasukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çeviren: Onur Karahanogulları, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 84.

da, hukuki biçimin varlık zemini doğar.¹¹⁴ Tüm toplumsal ilişkiler bir mülkiyet ilişkisi biçiminde görünür. Bu hukuki biçimin temelidir. Hukuki biçimin, mülkiyet kurumunun, tarihsel ve toplumsal güç ilişkileri temelinde kurulduğu söylenebilir. Pasukanis'e göre, "Hukuksal biçimi, hukuksal üstyapıyı, menfaat çatışması, uyumsuzluk oluşturur. Özel iktisadi özneler, uyumsuzlukta yani davada taraflar olarak yani hukuksal üstyapının baş aktörleri olarak ortaya çıkar. En ilkel biçiminde dahi mahkeme, hukuksal üst yapıyı mükemmel şekilde yansıtır. Dava süreciyle, iktisadi ve hukuksal düzeyler ayrılır ve hukuksal düzey özerk hal alır. Tarihsel olarak hukuk, uyumsuzlukla yani davayla başlar ve ancak daha sonra kendini önceleyen fiili veya saf iktisadi ilişkileri kapsar; böylelikle bu ilişkiler başından itibaren ikili, yani iktisadi ve hukuksal nitelik kazanırlar"¹¹⁵

Meta ilişkilerinin hukukun biçimini belirlemesinin¹¹⁶ en önemli etkisi, neoliberal hukuk sistemi ile geleneksel liberal hukuk sistemi arasında sürekliliği kuran istisna rejiminde ortaya çıkar. Özel mülkiyet temelinde yurttaşlığı kuran burjuva demokrasilerinde Duguit'in vurguladığı gibi¹¹⁷ yasa koyucu bu yurttaşlığa istisna getirecek özel yasayı da kabul edebilme hakkına sahiptir. Tüm bir burjuva hukuku geleneği, liberal ve neoliberal dönemde yurttaşlığa istisna getirme rejimini, düşmanlaştırma ve sınır çekmeye yönelik meta ilişkilerinin derinleştirilmesi suretiyle mümkün kılmıştır.

Burjuva toplumunu ayırt eden özellik olarak, genel çıkarın özel çıkarlardan ayrılması ve bunların birbirlerine karşıt olmasının altını çizen Pasukanis, genel çıkarın bu karşıtlık temelinde kendiliğinden özel çıkar biçimini yani hukuk biçimini alacağını belirtir.¹¹⁸ Meta biçiminin sürekli form değiştirerek, para ve meta formlarından geçerek büyümesini ise tam da bu biçime fetiş dolayımı verilmesini de hukuk mümkün kılar.¹¹⁹

¹¹⁴ Age, 87.

¹¹⁵ Age, s. 92.

¹¹⁶ Ronnie Warrington, "Paşukanis ve Meta Biçimi Teorisi", Çeviren: Mehmet Evren Dinçer, Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi (içinde), Editör: Taner Yelkenci, Nota-Bene Yayınları, İstanbul, 2013, s115.

¹¹⁷ Leon Duguit, age, s.49.

¹¹⁸ Evgeny B. Pasukanis, age, s.103.

¹¹⁹ Vatter'e göre, "Marx'ta 'değer yasası' politik ekonominin tesis için elzem olan 'yasa değeri'ne dikkat etmeksizin kavranamaz (...) Metalar, paranın temsili karakteri nedeniyle kendi aralarında toplumsal ilişkiler tesis etmezler, aksine zaten toplumsallaştıkları (toplumsal iktidarın nicelikleriyle donatılmış oldukları) için

Meta dolayımı yurttaşlığın istisna mekanizmalarına tabi tutularak (bir tür muteber yurttaşın- çıplak bedeninin inşasıyla) sağlanıyor olması kapitalist toplumda hukuki biçimin önemini ortaya koymaktadır. Bu anlamda liberal dönemden neoliberal döneme hukuki biçimin yeniden inşasını liberal hukuk sisteminin sonucu olarak görmek mümkündür.¹²⁰ Hukuki biçim tam da bu yüzden, “kendine özgü bir maddiliği ortaya çıkarabilir ve böylelikle toplumsal hegemonyayı düzenler. Şeyleştirilen ve fetişleştirilen öğelerin karakterini alabilir.”¹²¹

Bu sürekliliği, hakkın istisnalaştırılması temelini, meta biçimi ve hukuki biçim dolayımında biyopolitik bir bağlamda düşündüğümüzde hukuki biçim, salt üretim alanını değil yeniden üretim alanını da kapsayarak varlığını devam ettirebilir. En önemli başlangıç noktasına geri döndüğümüzde, nasıl ki, piyasa içinde emek ve sermaye üretim için eşit koşullarda yan yana gelen şeyler olarak nesnelleşirse, yine hem üretim hem de yeniden üretim içinde farklı toplumsal sınıflar da eşit hak özneleri olarak görünür, işçinin emek gücünü satma hakkı gibi, sermayedar da girişim hakkına sahiptir. Emeğin emek gücü formunda istisnalaştırılması ve insan türünün devamı ve yeniden üretimi için gerekli zamana sermayedarın el koyması yoluyla elde ettiği birikim, hem emek ile sermaye arasındaki çatışmanın hem de sermaye toplumunda hukuki düzenin yeniden üretiminin esasını oluşturur. Hukuki biçimin kapsadığı istisna uygulamaları, özü itibarıyla, “canlı emeğe yalnızca işçinin çıplak yaşamı için ödeme yapılması” prensibiyle köklenir.¹²² Hukuki biçimin, canlı emeğe ödenen ücretin, işçinin emek gücünün karşılığı olduğuna dair kurgusal kabul, aynı zamanda

parayı deyim yerindeyse kendi anayasal hükümdarlarını seçerler. Para, tam da diğer tüm metalarla aynı kurallara, yani genelleşmiş mübadele edebilirliklerine boyun eğmek zorunda olduğu için anayasalıdır. Para metalar arasında bir kraldır, onların tiranı” değildir. Miguel Vatter, “Vakit Nakit Değildir: Marx, Değer ve Biyopolitika”, Biyopolitika (Platon’dan Arendt’e Biyopolitika’nın Felsefi Kökenleri) Cilt 1, Editör: Onur Kartal, NotaBene Yayınları, Ankara, 2016, s. 190.

¹²⁰ Yine bu noktada Buckel, Beumann’ın nasyonel sosyalizmdeki hukukiliğin erozyonu bağlamında yaptığı müdahaleye dikkat çeker. “Eğer hukuk ve Führer’in iradesi özdeş ise, eğer Führer’in kendisi hiçbir hukuki işlem olmaksızın siyasal muhalifleri öldürtebilirse ve bu edimi hukukun en üst gerçekleşmesi olarak kutlarsa o zaman hukukun özel karakterinden söz edilemez. Artık hukuk, belli siyasal amaçların tanziminin teknik aracı haline gelir. O artık sadece egemenin emrinden ibarettir.” Buckel, agm, s. 294.

¹²¹ Agm, s.295.

¹²² Miguel Vatter, agm, s. 199.

mübadele değeri biçiminde emeğin yeniden üretilmesi yoluyla, insanı toplumsal bir tür olmaktan kopartarak onun hem türüne karşı hem de yaşamına karşı yabancılaşmasına, hukuki bağlamında ise yaşamını yeniden üretme hakkının, emek gücünü değerinde satma arayışıyla, istisnalaştırmasına yol açar.¹²³ Bu hakkın istisnalaştırılmasının esasını Vatter'in vurgusu bağlamında algılamak mümkündür: “*Canlı emeğin insan türünü doğurma kapasitesi, insan türünün yeniden üretimine değil, sadece işçinin kendini yeniden üretimine hizmet eden emek ücreti formunda kısıtlanır, kontrol edilir, engellenir ve mahrum bırakılır.*”¹²⁴

Canlı emeğin kapitalist birikim için hem bir sınır hem de bir bariyer olduğunu vurgulayan Marx, bu sınırın aşılması için gerekli olan şeyin, *emekçilerin zamanı* olduğunu, bu anlamda işçi sınıfının kendisi için ayırdığı zamanın sermayenin zamanı haline gelerek, krizin de aşılabileceğini işaret eder.¹²⁵ Bu nedenle de hakkın istisnalaştırılması, mübadele değeri yaratmanın belirlendiği hukuki biçimin ekseninde mümkün hale gelir. Emeğin zamanına, sadece üretim içinde değil aynı zamanda yeniden üretim içinde de el konulması gerekir. Bu el koyuş, canlı emeğin türsel gerçekliğinden ve toplumsal pratiğinden kopuşuna tekabül eder. Bu nedenle yaşama hakkının istisnalaştırılması, bir yandan türsel varlığa diğer yandan da kendini yönetme pratiğine yabancılaşma olarak açığa çıkar. İnsan, sadece nefes alıp veren bir “şeye” dönüştükçe, birikim mümkün olur. Tam da bu çelişkiyi, hem canlı emeğin varlığına duyulan ihtiyaçla, emek gücünün insani varoluşundan çıkarak birikimin mümkün olması gerçeğini Marx, “*sermaye ancak gerekli emek hem varolduğunda hem de varolmadığı ölçüde var olur.*”¹²⁶ biçiminde formüle eder.

Hukuki biçimin üretimi, farklı toplumsal sınıfların yeniden üretimi (işçi ve sermayedarların) ve bu dolayısıyla emek gücünün ve haklarının kategorize edilerek toplumsallaşması sürecidir. Hakkın, emek ve doğanın farklılaşan birliğine dair tarihsel bir varlık zemini olmaklığından; “şey”e dair sahiplik ilişkisinin tikel formları olarak açığa çık-

¹²³ Agm, 198.

¹²⁴ Agm.

¹²⁵ Karl Marx, Kapital, 1. Cilt, Çeviren: Mehmet Selik ve Nail Satlıgan, Yordam Yayınları, 3. Baskı, 2012, s.195 vd.

¹²⁶ Miguel Vatter, agm, s.205.

ması¹²⁷; hakkın öznelinin karşıtlık temelinde yeniden üretimini ve doğanın da nesneleşmesini mümkün kılar. Hakkın öznesinin kişi haline gelmesiyle, doğanın nesneleşmesi tam da bu uğrakta olanaklı hale gelir. Hukuki biçim, hakkın içeriğini, özneliği parçalayarak belirleme ve onun var olduğu zemini dönüştürmeye dair tek yönlü bir edimi esas alır.

Kapitalist hukuki zemini, liberal ve neoliberal hukuki stratejiyle bir arada düşünmek gerekir. Neoliberal dönemi liberal dönemden ayrıran ve aynı zamanda sürekliliğini sağlayan noktayı, "Hukuk kimin sözüdür?" sorusuna verilen yanıtın içerme kapasitesi ve değişim değeri üretme potansiyelinin artırılmasına yönelik kapsamlı bir hegemonya inşası ekseninde anlamak gerekir. Neoliberal dönemde hukuk, hukuki biçimin yeniden üretilmesi ekseninde sadece devletin sözü olmadığı iddiasını barındırır. Bu iddia, yönetim modeli ekseninde aynı zamanda, şirketler, sivil toplum, devlet bu hukukun birer paydaşı olarak ortaya çıkar.¹²⁸ Ancak, bu durum, sivil toplumun egemen haline geldiği anlamına gelmemektedir.

Sivil toplumun neoliberal dönemde, sözün hukukunu üretme zemini, katılımcı mekanizmalar olarak ortaya çıkmaktadır. Klasik temsil mekanizmaları dışında, kamuoyu oluşturmak başta olmak üzere yargısal yollarda da katılım aracı olarak ön plana çıkmaktadır. Neoliberal hukuki stratejiyi, toplumun farklı sınıflarının ortak yönetme iradesinin temsili olarak adlandırmak mümkün değildir. Ancak aynı zamanda toplumsal sınıflar arasındaki çelişkinin mutlaklaştırılmasının da hukuki biçimi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yönüyle de ilkel birikim rejiminin günümüzde aldığı özgül tarihsel biçimlerden birisidir. Ekolojik kriz karşısında, yönetenlerin yönetme kabiliyet ve kapasitelerini arttırmak, yönetilenlerin de hakkın içeriğini maddi varoluş zeminlerinde değil; hukuki biçimin sınır ve imkanları dahilinde yasal özellikleri de yeniden inşa ederek ilkel birikim rejiminin önündeki engelleri aşmak temel stratejidir. Bu anlamıyla da hukuki biçim, emek gücünün maddi failliğiyle ve onu içererek tarihsel sınırlarını üretir.

¹²⁷ Bu konuda bakınız, Karl Marx, Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi, Çeviren: Kenan Somer, 1. Baskı, Sol Yayınları, 1997.

¹²⁸ Wendy Brown, Halkın Çözülüşü Neoliberalizmin Sinsi Devrimi, Çeviren: Barış Engin Aksoy, Metis Yayınları, İstanbul, 2018, s. 152 vd.

Neoliberal hukuk, insan hakları mücadeleleri temelinde gelişen tarihsel ve toplumsal bir içeriği olan hak mücadeleleri kavram setini dönüştürecek bir strateji de işler. Hakkı emeğin yaratıcı ediminin doğal ve toplumsal görünümüleri olarak değil; her defasında “birey” temelinde farklı toplumsal sınıfların çıkarlarını dengeleyen bir form olarak inşa edeceğini vaz eder. Tam da bu denge arayışı, liberal dönemden neoliberal döneme geçerken de hak kavramı dolayısıyla, yine devlete hâkim sınıfların çıkarını koruyan menfaat kavramına hukuki biçim kazandırma gücü verir.

Liberal döneme ait hukukun geleneksel kurumları sayabileceğimiz yasama organı, yürütme ve yargı biçimsel olarak bu dönemde de faaliyetlerine devam etmektedir. Siyasal partiler, sendikalar, meslek odaları ve sivil toplum kuruluşları biçimsel varlıklarını sürdürürler. Fakat, siyasal katılım ve temsil dinamiklerinden azade kılınarak, bu kurumlar dönüşerek yeniden üretilmiştir. Mekânı ve zamanı temsil eden bu yeni kurumlar, emekçilerin kendilerini temsil edecek veya tarihsel haklarını koruyacak kurumlar değildir. Egemen kamu hukuku söyleminde ortak çıkarları temsil eden bu kurumların biçimsel varlığı ile maddi pratikleri, hakları çitleme stratejine göre somutlaştırılır.

Bu çitleme, bir yandan yargısal yolla katılım olanaklarını açık tutmayı gerektirirken diğer yandan, yargısal pratiğin siyasal olanı yeniden kurma işlevi kamusalılıkları dönüştürür. Sendikalar, işçi sınıfının bir mücadele aracı olmaktan çıkıp sermaye birikim sürecinde bir uzlaşma, temsil kurumu haline gelir. Emek ve sermaye arasındaki çelişki, bir arabuluculuk (müzakere) faaliyetine indirgenir.¹²⁹ Bu anlamda neoliberal hukuki biçim, hukuki mekanizmaların formunu dönüştürür. Hukuk, ezilen sınıfların örgütlülüklerinin neoliberal stratejiyi içselleştireceği, bu yönüyle egemenin yönetme ve hakimiyetine rıza göstereceği siyasi, iktisadi ve hukuki mekanizmaları içerir.

Kavramların ve kurumların neoliberal bir ekseninde yeniden inşa edilmesi, neoliberal hukukun ayırıcı ikinci yönüdür. Bu anlamda haklar da tarihsel olarak sınıfsal mücadele ile kazandıkları anlamdan soyutlanır ve fakat bu haklar biçimsel varlıklarını sermaye hakimiyetinde devam ettirir. Hakların biçimsel olarak varlıklarını devam ettir-

¹²⁹ Age, s.180 vd.

mesi, yurttaşlık temelinde istisnaya tabi tutulmasını engellemez. Bu durum, birikim krizinin aşılması için emek gücünün ve doğanın yeniden temellükünü mümkün kıldığı gibi aynı zamanda neoliberal yönetimlere geniş kitleleri içermeye¹³⁰ ve dönüştürme stratejisi ve alanı sağlamaktadır. Aynı zamanda yeniden inşa süreci, kurumsuzlaştırma ve yasasızlaştırma temelinde, güçlendirilmiş yürütmeye bağlanmış yasa koyucunun iradesinin piyasada özel hukuk ilişkileri ve kişisel temelde var edilmesini olanaklı kılar.

Neoliberal hukuk sisteminde yurttaşlığın, üretken beden (canlılığa)- emek gücü sınırında yeniden üretimi; hakların tarihsel içeriğinin aşındırılması ve hukuki biçimin kapsamında meta ilişkilerine tabi kılınmasıyla olanaklıdır. Hakların çitlenmesi stratejisi, hem hakların farklı sınıfların çelişkisiyle ve tarihsel-sınıfsal praksis temelinde bir müşterek olarak inşa edildiği gerçeğinden koparılmasını, hem de yasa formunda sermayenin hakimiyetinde hukuki biçime tabi kılınmasına bağlıdır. Hak, kapitalist devletin yasasında, devlet tarafından verilen ve korunan, gerektiğinde istisnaya tabi kılınan hukuki bir menfaat olarak, hâkim sınıfa ait dünyanın suretinin ve emekçi sınıfların yaşamın canlı beden sınırında yeniden üretimi olarak açığa çıkar.

SONUÇ

Farklı sınıfların farklı maddi varoluşlara ve farklı zamanlara işaret ettiği haklar zemini, hukuki biçimin çerçevesi içinde sınıfların çatışmasıyla karşılıklı harekete geçer. Bu yönüyle de hakların çitlenmesi kadar hakkın bir toplumsal kurucu praksis olarak müşterekleştirilmesi de tek yönlü bir hareketi değil, çift yönlü ve karşılıklı bir hareketi işaret eder.¹³¹ Meta üretimi süreci hem emekçilerin hem de sermayedarın üretimi olarak, onların tarihsel konumlarına dair hakların da üretimi ve yeniden üretimidir.

Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, hakların çitlenmesi sadece, sermayenin ve aynı zamanda sermayedarın üretilmesi demek değil; bu statüye ait hukukun bu anlamıyla da hâkim ideolojinin de yeniden

¹³⁰ Costas Douzinas, Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları Eleştirel Bir Yaklaşım, Çeviren: Rabia Sağlam, Kasım Akbaş, NotaBene Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2016.

¹³¹ Begüm Özden Fırat, "Müşterekleştirme ve Çitlemenin Zamanı: Göllüce'de Toprak Mücadeleleri", s.50.

üretimidir. Read'ın vurguladığı gibi, “emek gücünün yeniden üretiminin vazgeçilmez unsurun yalnızca becerilerin yeniden üretimi değil, aynı zamanda hâkim ideolojiye, daha doğrusu bu ideolojinin uygulamalarına itaatin üretimi olduğu açıktır.”¹³² Bu itaatin ve rızanın üretimi, emekçilerin haklarının devlet düzeni içinde sınırlandırılması, yasa ve yargıyla mevcut meta üretiminin güvence sistemleri sağlanır.

Bu yönüyle de yasa-yargı gücüne veya devlet düzenine dayanmayan bir kapitalist üretimden söz etmek mümkün değildir. Bu pek tabii, hakların çitlenmesi pratiğini örgütleyen üretimin aynı zamanda; “adaletin, müşterek olarak, emekçi sınıflar tarafından nasıl üretilebileceği?” sorusunu gündeme getirecektir. Tam da Jameson'ın vurguladığı nokta bu açıdan önemlidir. Jameson, üretimin iki farklı zamansallık ürettiğini bunlarda birincisinin metayı üreten zaman bir diğeri de nesnenin-emek gücünün varolmaktaki sakin varlığı.¹³³ Bu iki zamansallık asla tüm modern çabalara rağmen bir arada var olamaz.

Öznelliğin nesneye dönüşmesi, hesaplanabilir, sayılabilir ve kontrol edilebilir kılınmasına dair zamansallıkla, insani yaratıcılık için gerekli olan zaman bir araya gelemmez. İnsanın maddi varoluşu için gerekli olan adaletin müşterekleştirilmesi, uzun, parçalı, kuşakları kapsayan, hafızayı ve dilin yaratıcılığını tetikleyen bir zamansallığa¹³⁴ tabii praksisken, tüm bu zamanı bir mekâna dönüştürerek çitleyen yasanın zamanı ise homojen, tekdüze ve tanımlıdır. Jameson'ın sanat için vurguladığını¹³⁵ bu bağlamda hukuk için söyleyebiliriz.

Hukuk hem çalışma eyleminin hem de onun ürettiği nesnelere yabancılaştırıldığı bir toplumda, yaşama ve eylemliliğe dair özgün bir ütöpik öngörüye sahip bir mekân tanımlar. Bu mekân en genel anlamda yasanın kendisidir. Bu ütöpik öngörü, hukuka uygun davranmanın herkes için iyi olacağına dair kabulü üretmektedir.

¹³² Jason Read, Sermayenin Mikropolitikası, Şimdiki Zamanın Tarihöncesi ve Marx, Çeviren: Ayşe Deniz Temiz, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s.237-238.

¹³³ Fredric Jameson, “Zaman ve Modernite Kavramı”, Çeviren: Alev Türkmen, Anytime Konferans Bildirileri Kitabı, Derleyen: Cynthia C. Davidson, Mimarlar Derneği, 1999, s. 225.

¹³⁴ Begüm Özden Fırat, “Müşterekleştirme ve Çitlemenin Zamanı: Göllüce’de Toprak Mücadeleleri”, s. 45.

¹³⁵ Fredric Jameson, agm, s.225.

Toplumsal pratiğe yönelik, emekçilerin hafızasızlaştırılması, meta üretimine- nesneye içkin olan geçmişi yok saymanın, toplumun ortak tasarımının unutkanlığına dönüşmesini de temsil eder. Meta, bugüne ve şimdiye ait kılınır. Varlığı metaya eşitleyen hukuk, varlığı hiç kimseye ait olmayan şey olarak inşa ettiği gibi, bu şeyi şimdiye ve geleceğe dair bir şey olarak da kurgular. Böylece, hukuk, varlığın öznesi toplumsal insanın geçmişle bağlarını bir imgelem düzeyine indirger.

Modern “hukuk”, yasa formunda sermayenin sözü ve eylemi olarak ortaya çıkınca, toplumsal praksis ve pratiklerle kurulan hukukun ürettiği toplumsal ilişkiler üzerinde hegemonya kurmakta zorunda kalmaktadır. Modern yasa, toplumsal pratiklerle üretilen hukuka ait zaman ve mekânı da bu bağlamda dönüştürür. Modern hukukun üzerinde yükseldiği, antroposen ve türcü siyaset, piyasa toplumunun içinde hayvansı kılınan emekçilerin yeniden üretimini ve hakların çitlenmesini, zamana ve mekâna el koyarak mümkün kıldığı gibi aynı zamanda toplumsal bir pratik olarak adaletin inşasına dair bilgiye de sermaye adına el koymayı mümkün kılmaktadır. Tam da bu koşullar ve hukuki dolayım, ekolojik krizin yeniden üretimini ve sermaye birikimini mümkün hale getirmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Acar Savran, Gülnur, *Sivil Toplum ve Ötesi - Rousseau, Hegel ve Marx*, 2. Baskı, Belge Yayınları, İstanbul, 2003.
- Agamben Giorgio, *Kutsal İnsan*, Çeviren: İsmail Türkman, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013
- Angus Ian, *Antroposenle Yüzleşmek, Fosil Kapitalizmin ve Dünya Sisteminin Krizi*, Çeviren: Nuray Onuk, Marx 21 Yayınları, İstanbul, 2021
- Aybay Rona, *Genel Kamu Hukuku*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018
- Aybay Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017
- Balibar Etienne, *Yurttaşlık*, Çeviren: Murat Erşen, Monokl Yayınları, İstanbul, 2016.
- Bensaid Daniel Mülksüzler, Çeviren: Selim Sezer, Dipnot Yayınları, 2016
- Beysan Nazime, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015
- Bjornerud Marcia, *Yeryüzünün Zamanı, Bir Jeolog Gibi Düşünerek Dünyayı Kurtarabilir miyiz?* Çeviren: Raşit Gürdilek, Metis Yayınları, İstanbul, 2020

- Buckel Sonja, "Güç İlişkilerinin Hukuki Yoğunlaşması: Nicos Poulantzas ve Hukuk", Çeviren: Toros Güneş Ergün, Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi içinde Editör: Taner Yelkenci, Nota Bene Yayınları, Ankara, 2013
- Burlamaquı Jean Jacques Doğal Hukukun İlkeleri, Çeviren: Barkın Asal, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2019
- Bridle James, Yeni Karanlık Çağ Teknoloji ve Geleceğin Sonu, Çeviren: Kemal Güleç, Metis Yayınları, İstanbul, 2020
- Brown Wendy, Halkın Çözölüşü Neoliberalizmin Sinsi Devrimi, Çeviren: Barış Engin Aksoy, Metis Yayınları, İstanbul, 2018
- Bookchin Murray, Modern Kriz, Çeviren: Abdullah Yılmaz, Sümer Yayıncılık, 2017
- Carpa Fritjof; Mattei, Ugo, Hukukun Ekolojisi, Doğa ve Toplumla Uyumlu Bir Hukuk Sistemine Doğru, Çeviren: Ebru Kılıç, Küy Yayınları, İstanbul, 2017
- Cotterrell Roger, Hukuk Sosyoloji Giriş, Çeviren: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020
- Dardot Pierre, Laval, Christian, Müşterek 21. Yüzyılda Devrim Üzerine Deneme, Çevirenler: Emine Sarıkartal, Ferhat Taylan, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018
- De Angelis Massimo, "Marx ve İlkel Birikim: Kapitalist "Çitleme"nin Sürekli Karakteri", İlkel Birikim, Sermayenin Kaldırıcı içinde, Editör: Özay Göztepe, Notabene Yayınları, Ankara, 2014
- Didier Jean, John Locke Monografi, Çeviren: Atakan Altınörs, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2019
- Douzinas Costas, İnsan Haklarının Sonu, Çevirenler: Kasım Akbaş Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015
- Douzinas Costas, Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları Eleştirel Bir Yaklaşım, Çeviren: Rabia Sağlam, Kasım Akbaş, NotaBene Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2016
- Duguit Leon, Hak Kavramı Üzerine Üç Konferans, Çeviren: Edip Serdengeçti, Pinhan Yayıncılık, 2019
- Ergün Toros Güneş, "Thomas Hobbes ve Modern Devletin Biyopolitik Kuruluşu", Biyopolitika Cilt 1 içinde, Derleyen: Onur Kartal, Notobene Yayınları, Ankara, 2016
- Foster John Bellamy, Marx'ın Ekolojisi, Materyalizm ve Doğa, Çeviren: Ercüment Özkaya, Epos Yayınları, Ankara, 2001
- Foster John Belamy, Marksist Ekoloji, Çeviren: Barış Baysal, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2012.
- Foster John Belamy; CLARK Brett, Marks ve Yabancılaşmış Türçülük, Çeviren: Sevil Kurdoğlu, Yaşayan Marksizm, sayı: 5, 2020
- Galtung Johan, Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, Metis Yayınları, İstanbul, 1999
- Güriz Adnan, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 14. Baskı, Ankara, 2019

- Gramsci Antonio, "Kapital'e Karşı Devrim", Derleyen: David Forgacs , Gramsci Kitabı Seçme Yazılar 1916-1935, Çeviren: İbrahim Yıldız, Dipnot Yayınları, Ankara, 2010
- Haraway Donna J., Başka Yer, Hazırlayan ve Çeviren: Güçsal Pular, Metis Yayınları, İstanbul, 2010
- Hobbes Thomas, Leviathan, Çeviren: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2004
- Jameson Fredric "Zaman ve Modernite Kavramı", Çeviren: Alev Türkmen, Anytime Konferans Bildirileri Kitabı içinde, Derleyen: Cynthia C. Davidson, Mimarlar Derneği, Ankara 1999
- Junker Thomas, İnsanın Evrimi Bir Varoluş Yolculuğu, Çeviren: Nilüfer Epçeli, Runik Kitap, İstanbul, 2021
- Fırat Begüm Özden, "Köylüler, Devrimciler, Toprak, İşgal: Bitmeyen "68"; 1968, İsyân, Devrim, Özgürlük içinde, Derleyen: Ömer Turan, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2019
- Lukacs Georg, Toplumsal Varlığın Ontolojisi, Hegel, Marx, Emek, Çeviri Editörü: Doğan Barış Kılınc, Notabene Yayınları, 2018.
- Marx Karl, Kapital 1. Cilt, Çeviren: Mehmet Selik ve Nail Satlıgan, Yordam Yayınları, 3. Baskı, 2012.
- Marx Karl, Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi, Çeviren: Kenan Somer, 1. Baskı, Sol Yayınları, 1997
- Malthus Thomas, Nüfus İlkesi, Çeviren: Çağla Taşkın, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2017
- Murteza Gökhan, Doğal Durum ve Devlet Felsefi Bir İnceleme, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020
- Mısır Mustafa Bayram, Devlete Karşı Kamu Hukuku (Egemenlik Kuramlarının Tarihsel Materyalist Bir Eleştirisi), Edebi Şeyler Yayınevi, İstanbul, 2019
- Moore Jason, Hayatın Dokusundaki Kapitalizm Sermaye Birikimi ve Ekoloji, Çeviren: Alaz Munzur, Epos Yayınları, Ankara, 2015
- Neocleous Mark, Güvenliğin Eleştirisi, Çeviren: Tonguç Ok, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2014
- Neocleous Mark, Sivil Toplumu Yönetmek Devlet İktidarı Kuramına Doğru, Çeviren: Bahadır Ahıska, 1. Baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2013
- Nerse Çetin, Hayvan Hakları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016
- Pasukanis Evgeny B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çeviren: Onur Karahanogulları, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002
- Patel Raj, Moore Jason, Yedi Ucuz Şey Üzerinden Dünya Tarihi, Çeviren: Serkan Gündüz, Kolektif Kitap, 2019
- Red Jason, Sermayenin Mikropolitikası, Şimdiki Zamanın Tarihöncesi ve Marx, Çeviren: Ayşe Deniz Temiz, Metis Yayınları, İstanbul, 2014
- Ryan Derek, Hayvan Kuramı Eleştirel Bir Giriş, Çeviren: Ayten Alkan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019;

- Singer Peter, Hayvan Özgürleşmesi, Çeviren: Hayrullah Doğan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005
- Schmitt Carl, Hamlet ya da Hekuba: Zamanın Oyuna Baskını, Çeviren: Cana Bostan, Vakıfbank Kültür Yayınları, İstanbul, 2020
- Tabak Mehmet, Organik Bütünün Oluşumu, Marx'ın Felsefesinde İnsan Doğasının Diyalektiği, Çeviren: Gökhan Demir, Habitus Yayıncılık, İstanbul, 2020
- Thompson E.P., Tarih Yapmak, Tarih ve Kültür Üzerine Yazılar, Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2020
- Thompson E.P., Avam ve Görenek, İngiltere'de Geleneksel Popüler Kültür Üzerine Araştırmalar, Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu, Birikim Yayınları, İstanbul, 2006
- Uslu Cennet, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Liberte Yayınları, İstanbul, 2011
- Vatter Miguel, "Vakit Nakit Değildir: Marx, Değer ve Biyopolitika", Biyopolitika (Platon'dan Arendt'e Biyopolitika'nın Felsefi Kökenleri) Cilt 1, Editör: Onur Kartal, Nota Bene Yayınları, Ankara, 2016
- Wacks Raymond, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, 8. Baskı, Çeviren: Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018
- Wark McKenzie, Moleküler Kızıl Antroposen Çağının Teorisi, Çeviren: Cemal Yardımcı, Metis Yayınları, İstanbul, 2020
- Warrington Ronnie, Paşukanis ve Meta Biçimi Teorisi, Çeviren: Mehmet Evren Dinçer, Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi içinde, Editör: Taner Yelkenci, Nota Bene Yayınları, İstanbul, 2013

Makaleler

- Akbaş Kasım, "Sınıf Mücadelesi ve Hukuk: Marx'ın Yönteminin İzinde", *Praksis Sosyal Bilimler Dergisi*, sayı:48, Ankara, 2018
- Algan Nesrin, "Uluslararası Politika Bağlamında Suya Erişim Sorunu", *Toplum ve Hekim*, Cilt 23, Sayı: 2, Ankara, 2008
- Azzelini Dario, "Emek Gücünü Müşterekler Olarak Organize Etmek", *Praksis Sosyal Bilimler Dergisi*, sayı: 49, Ankara, 2019
- Crutzen Paul J., Schwagerl, Christian, "Living in the Anthropocene: Toward a New Global Ethos", 2011,
https://e360.yale.edu/features/living_in_the_anthropocene_toward_a_new_global_ethos, erişim tarihi: 25.5.2021
- Çoban Aykut, "Ekolojik Ortaklaşım (Müşterekler) Çitleme ve Türkiye'de Uygulanan Politikaları", Teoriden Mücadeleye Müşterekler Siyaseti içinde (Hazırlayanlar: Ekin Erdoğan, Nuran Yüce, Özdeş Özbay), Sivil ve Ekolojik Haklar Derneği, İstanbul, 2018
- Hardin Garret, "The Tragedy of the Commons", *Science*, Cilt 162, sayı: 3859, 1968, s.1243-1248, <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>, erişim tarihi: 1.1.2021
- Karakaş Öznur, "Hal-i Pür Melalimiz: Antroposen", <https://terrabayt.com/yasam/hal-i-pur-melalimiz-antroposen/>, erişim tarihi: 26.5.2021

- Fırat Begüm Özden, "Müşterekleştirme ve Çitlemenin Zamanı: Göllüce'de Toprak Mücadeleleri", *Praxis Sosyal Bilimler Dergisi*, sayı: 49, Dipnot Yayınları, Ankara, 2019
- Moore Jason, "Sistemi Adlandır! Antroposenler & Kapitalosen Alternatifi", Çeviren: Öznür Karakaş, yayınlanma tarihi: 1 Mayıs 2021, <https://terrabayt.com/yasam/sistemi-adlandir-antroposenler-kapitalosen-alternatifi/>, erişim tarihi:25.5.2021
- Singer Peter, "Hayvan Özgürleşmesinin 30. Yılı", Çeviren: Hayrullah Doğan, *Birikim Dergisi*, Sayı: 195, Temmuz 2005, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-195-temmuz-2005/2379/hayvan-ozgurlesmesinin-30-yili/5909>, indirilme tarihi: 10.11.2020
- Steffen Will; Crutzen, Paul.J.; McNEİLL, John R, "The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature", *AMBIO: A Journal of the Human Environment*, 2007, s. 614- 621.
- Yetiş Mehmet, "Devletin İki Görünümü", *Mülkiye*, No.264, Kış, 2009, s.129-153.

KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARINDA ESKİ ARSA PAYINDAN PAYLI MÜLKİYETE VE YENİ ARSA PAYINA UZANAN SÜREÇTE YANILGILAR

MISCONCEPTIONS IN THE PROCESS EXTENDING FROM OLD LAND SHARE TO SHARED PROPERTY AND NEW LAND SHARE IN URBAN TRANSFORMATION APPLICATIONS

Etem Sabâ ÖZMEN*
Ahmet AYAR**

Özet: Bu çalışmada; kentsel dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilmesinde, kentsel dönüşüm kapsamında kalan bir yapının dönüşüme girmeden önceki durumunda hak sahiplerinin mevcut bulunan haklarının dönüşüm uygulamaları ile birlikte değişkenlik göstermesi durumu, daha önceki durumda hatalı kaydedilen arsa paylarının yapılacak dönüşüm uygulamalarına etkisi ve sonuçları üzerinde değerlendirmede bulunulmuştur. Ayrıca arsa payı kavramı, kat mülkiyetine geçiş ile payın arsa payına dönüşmesi, 6306 sayılı Kanun kapsamında yeniden değerlendirme süreci açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı, Kentsel Dönüşüm, Kat Mülkiyeti, Arsa Payının Düzeltilmesi Davası

Abstract: In this study; the fact that the current rights of the right owners regarding the state of the building within the scope of urban transformation before the transformation vary with transformation applications during the realization of urban transformations, the effect of the land shares that were incorrectly registered on the transformation and the subsequent results have been evaluated. In addition, the concept of land share, the transition to condominium ownership, the transformation of the share into land share, the re-evaluation process within the scope of Law No. 6306 have been tried to be explained.

Keywords: Land Share, Urban Transformation, Condominium Ownership, Lawsuit for the Correction of Land Share

* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, etemsabaozmen@maltepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8622-9660.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ahmet.ayar@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5623-3418, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.08.2021, Kabul Tarihi: 26.08.2021.

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Tarihi gelişiminde Kat Mülkiyeti Kanunu yürürlükte ve fakat bu yönde hüküm taşımamakta iken Yargıtay kararlarına dayalı gerekçe ile Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün işlemleri ile arsa payının düzeltilmesi imkânı yaratılmıştır. Bu gelişme sonrası KMK'nın 3. maddesinde değişiklik (13.4.1983 t. 2814 s. K. m.2) yapılarak kanuni düzenlemeye kavuşmuş arsa payının düzeltilmesi davası son yıllarda yaygınlık kazanmıştır. Bunun sebebi basittir: komşular aleyhine daha fazla hak kazanma isteği. İstisnai olgular bir yana bırakılacak olursa 6306 sayılı Kanun'a¹ dayalı kentsel dönüşüm uygulamalarının beraberrinde getirdiği dava yoğunluğunda bu davalar, kural olarak dürüstlük kuralına aykırılık engeline takılmaya mahkûmdur. Daha önce kaleme aldığımız makalede² izahat verdiğimiz savunulan gerekçeler yanında bu defa yeniden değerlendirme konusunda arsa maliklerinin kararına dayalı olarak arsa payının yeni bir yapıya kavuşma yolunda tâbi olduğu hüküm ve sonuçları irdeleyeceğiz.

Öncelikle kentsel dönüşüm sürecinde riskli yapı başvurusu ve yeniden değerlendirme kararının icrasında arsa payının düzeltilmesi davası açılmayacağı yolunda kesin yargıya varmadığımızı belirtmek isteriz. Örneğin uygulamada sığınaklar ayrı bir bağımsız bölüme dönüştürülerek zemin altında oluşturulan söz konusu bağımsız bölümlere yüksek arsa payları verilmektedir. 6306 sayılı Kanun gereği yeniden değerlendirme sürecinde zemin altı bağımsız bölümler mevcudiyetlerini sürdüremeseler de bedel talepli iddialar ile karşılaşmaktadır. Bu konuda yıkımdan sonra dahi geçmişe yönelik yolsuz tescilin düzeltilmesi gerekçeli tespit davalarının açılabilceğini kabul ediyoruz. Şöyle ki, yıkımın gerçekleşmesiyle kendiliğinden paylı mülkiyet paylarına dönüşen arsa payına dayalı hakkın artık kat mülkiyetinin sona ermesi sonucu (KMK m. 47 ve 6306 sayılı Kanun m. 6) konusuz kaldığından bahisle bu yönde taleplere yer olmadığı savunulamaz. Ancak araştır-

¹ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun (RG. 31.5.2012, Sayı: 28309).

² Etem Saba Özmen/Berna Çakmak, "6306 sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 87, Sayı:5, Yıl: 2013, s. 725-750.

mamızda bu yönde talepler ile inşaatları geciktirme kozu altında yapılan hukuk zırlı hamlelerin ne denli haksız olacağı da aşağıda incelenecektir.

Bu araştırmanın amacı artık anlaşılmıştır. 6306 sayılı Kanun'un hukuk tekniği başarısız ve eşya hukuku temelinden nasibini almamış hükümleri karşısında arsa payının düzeltilmesi davası açarak fazladan menfaat temini ile süreci tıkamak isteyenlerin dava sonucunda haksız menfaatler elde edebildikleri görülmektedir. Diğer taraftan, yargılama sonucunda doğru kararlar verilse dahi yargılama sürecinin uzaması sebebiyle hak ihlalleri oluşmaktadır. İşte bu yönde uygulayıcılara, gerekçelerini sunarak, açılacak davaların kısa sürede reddi gerektiği hususunda bilgiler vermek istiyoruz.

Makalemizin hacmini sınırlandırmak gerekirse açıklamaları kat mülkiyetinin doğrudan kazanılmasına yönelik yapacağız. Kat irtifakının kat mülkiyeti öncesinde kurulması tercih edilecek olursa (kat irtifakının, kat mülkiyeti öncesinde kurulması zorunlu bir kurum olmakla) bu sonuç açıklamalarımızı değiştirmeyecektir. Zira arsa payları onanmış projede yer almakla sonradan kat mülkiyeti tesisi sırasında değişmeyecektir. Meğerki kat irtifakı sürecinde arsa payının düzeltilmesi davası sonucu arsa payları değişmiş olsun.

Diğer yönden açıklamalarımız sade bir anlatıma vücut verebilmek için klasik kat mülkiyetine³ yönelik olacaktır. Oysa vaziyet planlarında zeminde dağılan blok ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız (münferit bağımsız bölüm) varlığı ayrı bir başlıkta kendine özgü sonucu ile irdelenecektir.

³ Tanım için bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, "Eşya Hukuku", İstanbul 2018, s. 608 vd; Jale Akipek, "Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 3, Ankara 1966, s. 475-490; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, "Eşya Hukuku", İstanbul 2018, s. 415 vd; Fikret Eren, "Mülkiyet Hukuku", Ankara 2016, s. 144 vd; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, "Eşya Hukuku", İstanbul 1991, s. 155 vd; Turhan Esener/Kudret Güven, "Eşya Hukuku", Ankara 2019, s. 329 vd; Lâle Sirmen, "Eşya Hukuku", Ankara 2019, s. 461 vd; Şeref Ertaş, "Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi", Ankara 2015, s. 15 vd; Safa Reisoğlu, "Uygulamada Kat Mülkiyeti", Ankara 1979, s. 17 vd; Abdülkadir Abdülkadir, "Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması", İstanbul 2002, s. 19 vd; Etem Sabâ Özmen/Hafize Kır, "Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi", İstanbul 2010, s. 1 vd.

II. KARMAŞIK BİR KONU OLARAK ARSA PAYININ DÜZELTİLMESİ KAVRAMI

A. ARSA PAYI KAVRAMININ ALTINDA PAY SÖZ KONUSUDUR

Arsa payı, KMK 2/d bendinde “Arsanın, bu kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına (Arsa payı)” denir şeklinde tanımlanmıştır. Her ne kadar Kat Mülkiyeti Kanunu’nun hazırlanması sırasında o zamanki tabirle müşterek mülkiyet ve hisse kavramları kullanılmamışsa da ki bunun tarihi sebeplerini monografik eserlerimizde açıklamıştık.⁴ Şimdiki tabirle paylı mülkiyet ve pay kavramlarından kaçış yoktur. Bu nedenle kat mülkiyetinde pay (eski tabirle hisse) yoktur şeklindeki söylemler abesle iştilal ile maluliyetten kurtulamayacaktır.

Hiç duraksamaksızın söylemek gerekirse kat mülkiyetinin paylı mülkiyetsiz var olması düşünülemez. Arsa payı yalnızca kat mülkiyeti elbisesi giymiş pay kavramı ile birlikte vücut bulur. Yaşadığımız deprem ve sel felaketleri sonucu yıkılan ana yapıların kendiliğinden (ipso iure) paylı mülkiyete vücut verdiği göz önüne alındığında ve de bu yönde 6306 sayılı Kanun’un, 6. maddesinin 1. fıkrası hükmünce, kat mülkiyetinin re’sen terkine konu olması sonucu artık taşınmaz mülkiyetinin konusu kat mülkiyetine bağlı bağımsız bölümler olmaktan çıkar ve kendiliğinden⁵ birlikte mülkiyet üst başlığı altında artık yapısız (hukuki tabirle bütünleyici parçası ortadan kalkmış) arazi (TMK. 704/b.1) mülkiyetinin doğumu söz konusu olur.

KMK 47’inci maddesinin 1. fıkrasının, “Anayapının tümü harap olmuşsa, anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer” şeklindeki hükmü ile KMK 15/TMK 704 hükmüne tabi kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm mülkiyeti taşınmaz olarak sona erer ve fakat bağlantılı arazi mülkiyeti (anagayrimenkul parseli) yalın

⁴ Özmen/Kır, s. 2-3.

⁵ Bu noktada KMK m. 47/I. fıkrasının “Anayapının tümü harap olmuşsa, anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer” şeklindeki hükmü isabetli olup 6306 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan re’sen terkin olarak belirlenmiş tapu işlemi bildirici niteliktedir. Yani yıkımla kat mülkiyeti kendiliğinden sona ermekte olup aradan geçen zaman sonrasında tapuda yapılan terkin işlemi yalnızca açıklayıcı niteliktedir.

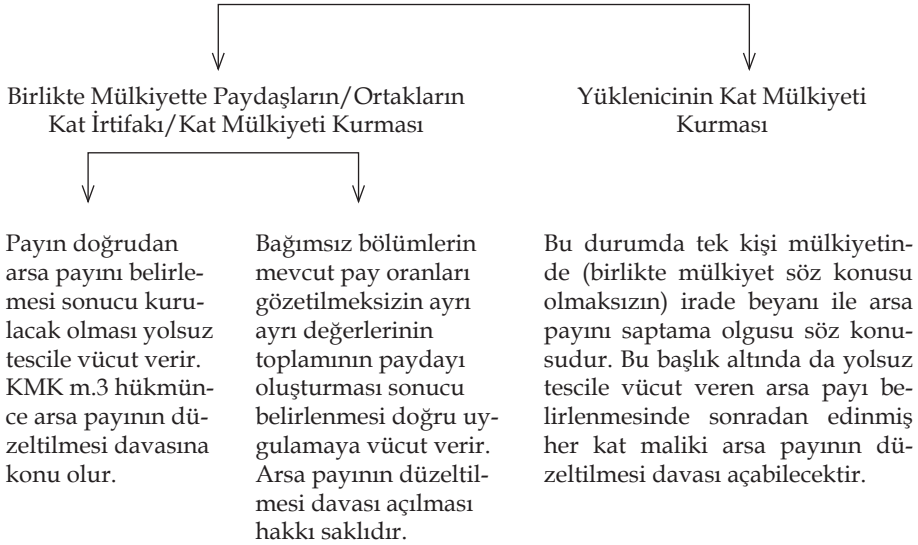
hali ile ortaya çıkar. Bu sonuç doğaldır. Kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler TMK 718/II ve TMK 684 hükümlerine tabi yapının içinde yer almakla bütünleyici parçanın yok olması ile arazi mülkiyetini sona erdirmez. Arazi mülkiyetinin sona ermesi ancak TMK 717/I fıkrası hükmünce olur. Yakın dönemde Değirmendere’de 1999 depreminde su altında kalan arazi örneğinde ve benzeri olgularda bu durum gerçekleşmiştir.

B- KAT MÜLKİYETİ KURULMASI İLE PAYIN ARSA PAYINA DÖNÜŞMESİ

Bu başlıkta iki olasılık altında ayırma dayalı bilgiler vereceğiz. Şematik olarak izah her zaman yararlıdır.

KAT İRTİFAKI – KAT MÜLKİYETİ KURULMASINDA ARSA PAYININ BELİRLENMESİ

- Her ne kadar KMK değişikliği ile arsa payının belirlenmesi konusunda proje eki olarak yer alması arzu edilmişse de imar mercilerinin hiçbir katkısı olmadan kanunun ruhuna (özüne) aykırı olarak tarafların iradesine göre saptandığını görmekteyiz.



Görüldüğü gibi paydaşların TMK 692 hükmünce oybirliği ile aldıkları karar sonucu arazilerinde kat mülkiyetine konu anayapı inşaatını yapı kullanma izin belgesi (iskân ruhsatı) ile başvurarak kat mülkiyeti kurmaları halinde mevcut payların arsa payına dönüştürülerek kat mülkiyeti tescili kural olarak arsa paylarının yanlış belirlenmesi sonucu yolsuz tescile vücut verecektir. Meğerki, paydaşlar mülkiyeti önceden arazi satın alınması sırasında gerçekleştirecekleri projeyi de göz önüne alarak bilinçli pay oranları ile edinmiş olsunlar.

KMK 3. madde hükmüne uygun geçerli bir arsa payı tespiti amacı ile paydaşlar hükmün emredici niteliği ile tek taraflı tasarruf işlemi ile mevcut pay oranlarından feragat etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk kanun koyucunun arsa paylarının tespitinde bağımsız bölümün değerleri ile oranlı saptamayı emredici hükümle buyurmuş olmasından doğar. Böylece inşa edecekleri anayapıda onanmış projenin aynı haklara hâkim prensiplerden belirlilik (muayyenlik) ilkesi⁶ gereği, konum ve büyüklüklerine göre parasal değeri kat irtifakı/doğrudan kat mülkiyeti kurulması anında objektif değerlerine oranla arsa payı belirlenmesi zorunluluğu gündeme gelir. Bu kanuna uygun ve isabetli bulduğumuz çözümün aksine tapu dairelerinde gerçekleşen hatalı uygulamalara aşağıda değineceğiz. Kat mülkiyetinin tek kişi mülkiyetinde kurulmasında -ki, çoğunlukla uygulamada bu olasılığa rastlıyoruz- yükleniciler sat yap ya da yap sat modellerine bağlı olarak tapuya ibraz edilen onanmış projesindeki talimatları sonucu proje müellifi tarafından beyan edilen değerlere dayalı saptama söz konusu olmaktadır.

Bilinçli yüklenicilerin bağımsız bölümlerin değerlerini saptayarak pay oranlarını da toplam tüm bağımsız bölümlerin değerine (bir anlamda anayapı değeri) oranla belirledikleri görülmektedir. Ancak bu bilince sahip olmayanlar -ki, arsa payını metrekaresi olarak algılayanların eseridir- hatalı arsa payı ile kat mülkiyeti tesis ettikleri görülmektedir. Arsa paylarının belirlenmesinin kat maliklerince imzalanan ve noter tarafından tasdik edilen resmi senede dayalı kurulması uygulamasından vazgeçilmiş, imar mercilerinde onanacak projede yer alması arzulanmıştır. Ancak bu konuda hatalı uygulama ile imar mercileri yeni projeye eklenen arsa payı listesini paydaşlar/yüklenici be-

⁶ Kavram için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 26.

yanına dayalı oluşturmaktadır. Oysa olması lazım gelen (de lege feranda) çıkarılacak bir yönetmelik ile sermaye piyasası lisanslı expertiz raporuna dayalı belirleme yükümlülüğü projenin onama şartı haline getirilmelidir. Verdiğimiz bilgiler şunu göstermiştir. Temelinde yatan kurum olarak paylı mülkiyet ile izahında arsa payının kat mülkiyeti kuruluşu öncesinde mevcut pay oranlarına bağlı olarak saptanmayacağı vurgulamak istiyoruz. Artık kat mülkiyeti kurulmakla arsa payı kendine has sonuçla pay oranlarını değiştirecektir. TMK m. 688/son fıkranın “Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur” şeklindeki I. cümlesi anlamını yitirir ve MK m. 692/KMK m. 12/ I. fıkra⁷ hükümlerinin gereği olarak tasarruf işlemi ile kat mülkiyetinin kurulmasına karar veren paydaşlar KMK 3. maddenin emredici hükmüne riayetle bağımsız bölümlerin değerleri ile oranlı arsa payı saptamakla yükümlüdürler. Tekrar vurgulamak gerekirse aksine saptama yolsuz tescile vücut verecek ve kat mülkiyeti yürürlükte bulunduğu müddetçe arsa payının düzeltilmesi davası açılması hak düşürücü süre söz konusu olmaksızın her zaman mümkün olacaktır.

Makalemiz için can alıcı sonuç kat mülkiyetinin tesisinde arazinin paylı mülkiyet konusu olması halinde pay oranlarının değişecek olmasıdır. Bu bilgiye dayalı olarak tapu daireleri uygulamalarında paydaşlar arasında değişen pay oranına bağlı olarak oluşan malvarlığı geçişlerinin tapu harcı tahakkukuna yol açtığını görmekteyiz. Yapılan bu hatalı uygulamadan vazgeçilmesi gerektiği açıktır.

C- ARSA PAYI BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN DEĞERİNE BAĞLI OLARAK OLUŞUR

Yukarıdaki başlıkta mevcut paylı mülkiyete konu arazide yapı inşası ile kat mülkiyetine geçişte pay oranlarının kesir olarak varlığı (TST m. 28/III⁸) miktar olarak her bir kat malikine farklı oranlarda ait olmak üzere değişiklik gösterebildiğini biliyoruz.

⁷ KMK 12/I'e göre, kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının aşağıda yazılı belgeler ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir.

⁸ TST m. 28/III'e göre, paylı mülkiyette pay miktarı; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterilir.

Bu sonuçla TMK. m. 692 ve KMK 12/I. fıkranın andığımız hükmünce kat mülkiyeti kurabilmek için karar alan paydaşlar oybirliği ile gerçekleştirecekleri tasarruf işlemi ile kanuna uygun arsa paylarını, mevcut paylı mülkiyet paylarını değişim ile sağlamakla yükümlüdürler.

İşte bu noktada bağımsız bölümlerin değerinin saptanması konusunda hangi faktörlerin rol oynayacağı ve bu belirlemenin kimin tarafından yapılması gerektiği sorusu gündeme gelecektir.

Değer, rayiç (sürüm) değeridir. Bir bağımsız bölümün kat mülkiyetine geçiş sırasında değeri alım-satım değeridir. Ekonomik verilere göre arz ve talebin bulunduğu anda oluşan bu değer objektif kriterlerin irdelenmesi sonucu oluşur; yoksa sübjektif nedenlerle oluşan bedelin dikkate alınmayacağı açıktır. Sürüm veya rayiç değer olarak ifade edilen bu değer oluşumunda piyasa kuralları göz önüne alınır ve bu değer zamanla farklılaşması mümkündür. Ancak bu değişim arsa payının tekrar tekrar düzeltilmesine hak kazandırmayacaktır. Değer kat mülkiyetinin/kat irtifakının kurulduğu tarih olacaktır. Bu sonuçla kat irtifakının/kat mülkiyetinin kuruluşunu takiben yıllar sonra arsa payının düzeltilmesi davası açılrsa bile bağımsız bölümlerin değerinin saptanması bu konuda KMK 12 ve 14. madde hükmünce tescil tarihi olacaktır.⁹

Kat mülkiyetinin kuruluşu sırasında artık onanmış mimari proje ekinde yer alacak (eski noter listesi bilgileri) saptanmış paylar, kat mülkiyeti kuruluşu sırasında idari denetime tabi olmamakla (aslında olması gerektiğini savunduğumuz) artık arsa payının düzeltilmesi davası açılması ile adli yargı denetimine tâbidir. Böylece onanmış projeye dayalı kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulmakla artık TMK 7 hükmüne tabi olmaktadır. Anılan hükmün "Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekilde bağlı değildir" şeklindeki kuralı gereği görevli sulh hukuk mahkemesi arsa payının bağımsız bölümlerinin değerleri ile oranlı saptanmadığı kanısına varırsa (teknik bilirkişinin uzmanlık alanıdır) arsa paylarını tespit niteliğindeki hükmü ile ve fakat aynî neticeli olarak kat malikleri arasında malvarlığı geçişine yol açan yolsuz tescilin düzeltilmesine karar vermektedir.

⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Özmen/Çakmak, s. 725-750.

Uygulamadaki yanlışlara set çekmek amacıyla vurgulamak gerekirse kat mülkiyeti kurulması öncesinde mevcut paylı mülkiyet pay oranlarının değişmesi gerektiği yolundaki zorunluluk herkesçe biliniyor olmalıdır. Çünkü verdiğimiz gerekçeler doğrultusunda paylı mülkiyet pay oranlarının arsa payının belirlenmesinde hiçbir etkisi yoktur. Bu son cümlemizin arsa payı hakkında fikri olmayan bazıları için yadrigatıcı olduğunu biliyoruz. Hiç şüphesiz onlar arsa payını yüz ölçümü olarak ifade edenler olacaktır. Bu yanlışlığı aşağıda vereceğimiz bilgiler ile daha iyi anlaşılacaktır. Artık değer ölçütünü vurgulamamızı takiben değere etki eden kriterleri irdeleyebiliriz.

D- DEĞERİN BELİRLENME ÖLÇÜTLERİ

Bağımsız bölümlerin her birinin ayrı ayrı değerinin belirlenmesinde rayiç (sürüm) değerinin esas alınması gerektiğini artık biliyoruz. İşte bu noktada, değere etki eden faktörlerin sınırlı sayıda belirlenmesi beklenemez. Doğal olarak KMK 3 hükmünde daha önce değerle oranlı ifadesi ile getirilmiş iken 5711 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “konum ve büyüklük” belirtmesi yapılmıştır. Bu konuda daha fazla ayrıntıya girmiyor monografik şerhimize yollama yapmakla yetiniyoruz.¹⁰

Bu başlık altında yalnızca şunu söyleyebiliriz; “Ticarileşmiş değer” kazanmış ve bir bağımsız bölümün değerini doğrudan etkileyen her kriteri dikkate almak gerekecektir. Olumsuz özellikler olarak, güneş görmeme, köşeye bakma, arıtmanın yanında olma, zemin kat balkonsuz olma, arka cephe, zemin altında kalma gibi nedenler sayılabilir. Olumlu özellik ise deniz, yeşil alan, orman manzarası, ön cephede bulunma, yola bakma, deprem güvenliği için çatı katı olma, eklentisi ya da tahsisli alana sahip bulunma gibi özellikler ön plana çıkacaktır.

Unutulmamalıdır ki, değerler kat mülkiyetinin tesisi sırasında etkilendiği faktörlere göre oluşur. Yoksa sonradan değişen faktörlere dayalı olarak hiç kimse arsa payının yeniden belirlenmesini talep edemez. Örneğin, arkasında belediye mezbahası olan, önü deniz manzaralı anayapının kat irtifakı kurulduğu sırada arka bağımsız bölümlerin gübre kokusu ve hayvan kesimin olumsuzluğu ile ön bağımsız bölümlerin deniz manzarasına dayalı olumlu özelliğine göre belirlenmiş arsa payları yıllar sonra deniz manzarasının imar planı değişikliği

¹⁰ Özmen/Kır, s. 2 vd.

ile yüksek yapılar ile kapanmasına karşılık mezbahanın taşınması ile yerine yapılan ve su oyunlu temalı parkın kapanmaz manzarasına dayalı arka bağımsız bölümlerin manzarası kapanmış ön dairelere göre çok daha yüksek bedelle satılıyor olması bu daireleri sonradan halef kat maliklerine hiç bir şekilde arsa payının düzeltilmesi davası açma hakkı vermeyecektir.

E- ÖRNEKLERLE ARSA PAYININ BELİRLENMESİ

Verdiğimiz bilgiler doğrultusunda uygulamada karışıklık arz eden bu konuda somutlaştırmak amacıyla klasik kat mülkiyetinde arsa payı belirlenmesi örneği vermek istiyoruz.

On iki emekli arkadaş, Bostancı'da set üstü aynı binada oturmak amacıyla boş bir arsayı her bir paydaş 500.000 TL bedel ödeyerek toplam 6.000.000 TL'ye edinmişlerdir. Adlarına tescil 1/12 pay oranında yapılmıştır. Bu on iki arkadaş, yapı kullanma izin belgesini TMK m.692 hükmüne tâbi kararlar ile edinmişlerdir. Bu kişiler KMK 13. madde hükmüne kat mülkiyetini 1/12'şer arsa payı ile pay oranlarına bağlı olarak tesis etmiş olsunlar. İşte bu olguda arsa payının onanmış proje ekinde 1/12 olarak iradi olarak tespit etmeleri sonucu Tapu Sicil Müdürlüğü'nde kat mülkiyeti tescili gerçekleşmiş olduğunu varsayalım. Ancak eski dostların edinimlerine bağlı bu tespitleri kat mülkiyeti tescilinde arsa payının belirlenmesinde işlemin yolsuz olarak nitelendirilmesine yol açacaktır. Çünkü KMK 3 emredici bir hükümdür ve TMK. 1024'üncü madde hükmüne göre geçerli olmayan sebep sonucu belirlenmiş arsa paylarının yolsuz tescile vücut vermesine yol açmıştır. Hemen belirtelim ki burada ayırt edilmesi gereken özellik tescilin yolsuzluğu temelinde yatan kazandırma sebebi paylı mülkiyet ilişkisinde olağanüstü yönetim işi başlığı altında oybirliği ile alınmış bağlayıcı olmayan kat mülkiyetine geçiş kararıdır. TMK 5 hükmü atfıyla KMK 13'üncü maddesi de aynı yönde yani oybirliğine işaret eden hükmü karşısında alınmış kararın, TBK 27 hükmüne tâbi olmakla kesin hükümsüzlük müeyyidesi tartışmasızdır. Bu noktada bir anlık kuşku ile niçin tapu iptal şeklinde uydurma tabirle doğru hesaplanmamış arsa payının tüm kat mülkiyeti tescillerinin düzeltilmesini sağlayıp, paylı mülkiyete dönüşülmediği yolunda sorusu cevaplanmak gerekecektir. Cevap son derece basittir: Sulh Hukuk Mahkemesi paydaşların kat mülkiyeti kurulması yolunda aldıkları kararı ve buna dayalı bağımsız bölümlerin projeye dayalı yer bakımından bölüşülmesine yönelik

TMK 704/III ve KMK 15 hükmüne dayalı tescilleri sorgulayamayacaktır. Yalnızca bağımsız bölümlerin değerleriyle oranlı arsa payının saptanıp saptanmadığına yönelik hüküm tesis etmekle yetinmesi gerekecektir.

İşte bu noktada kat mülkiyeti tesisinde emekli arkadaşların her birinin payına bağlı saptanmış olan arsa payları hiç öngörmedikleri ve belki de eşitliğe aykırı bulacakları bir mahkeme ilamı ile değişmesine katlanmaları gerekecektir.

Görülen dava Türk Özel Hukuku açısından gerçekten ilginç özellikler arz etmektedir. Sui generis (nevi şahsına münhasır) nitelik ile yani kendine ait özellikler ile yorumlanacak olursa tescilin yalnızca arsa payının bir kesir olarak niceliğe ilişkin yani kemiyet olarak düzeltilmesi gerekecektir.

Tam bu noktada farklı bir nitelik ile arsa payının değiştirilmesi davasının TMK 1027’de “İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir”¹¹ şeklinde düzenlenen bir dava olması gerektiği savunulabilecektir. Ancak biz anılan hükme bağlı düzeltmelerin doğrunun karşıtı bir yanlışlığın tespitine dayandığı hallerde ve tabii ki doğrunun tespiti halinde hiç kimsenin dürüstlük kuralı da dahil itirazına itibar edilmeyeceği hallerde açılabilceğini savunuyoruz. Oysa arsa payının düzeltilmesi davasının yolsuz tescilin düzeltilmesi niteliği ile TMK 1025 haline tabi olduğu hallerde dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabileceğini spesifik makalelerimizde¹² belirtmiştik. Diğer yandan dürüstlük kuralına aykırılık olmasa bile 6306 sayılı Kanun’a dayalı uygulamalarda yıkım sonrası arsa payının değiştirilmesi davasının kural olarak açılmayacağı, açılrsa bile yine dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan hallerden olduğunu savunuyoruz. Oysa TMK 1027 hükmünce bir payın kesir olarak hatalı dört işlemle yanlış hesaplanarak tescile konu olduğu hallerde TMK m. 1027 hükmünce düzeltim davası açabileceği açıktır. Örneğin, dede mirası taşınmazda kesirlerin (pay oranı olarak) yüzlerce paydaşa ulaştığı tescillerin varlığını biliyoruz. İşte bir tapu memuru hatalı işlemi ile vücut bulan tesciller karşısında üzerindeki binanın (TMK 718/II.

¹¹ Bu konuda TMK 1027 hükmüne dayalı bir düzeltimden söz edilemez; çünkü karşımızda objektif olarak düzeltilmesi gereken bir yanlışlık söz konusu değildir. Aynı neticeli bir taleple malvarlığında bir değer olarak yer alan payların nicelik olarak (kesir niteliği ile) değişimi söz konudur.

¹² Özman/Çakmak, s. 725-750; Özmen/Kır, s. 2 vd.

fıkra niteliği kat mülkiyetine konu olmayan yapı) kimin tarafından yapıp yapılmadığı önem arz etmeksizin TMK 1027 hükmünce düzeltme davası açılabilir. Hatta TMK. 2 gereği tapu sicilindeki yanlışlığın bilinebileceği savunularak TMK 1023 hükmünün işletilerek iyiniyetle hatalı kesire dayalı pay edinimi mümkün olmayacaktır.

Somut olayımıza dönecek olursak emekli arkadaşlar arsa payının düzeltilmesi davası açmayı belki de hiç düşünmeyeceklerdir. Kamu düzenine ilişkin olarak resmi makamlarca re'sen açılması gereken bir dava da söz konusu değildir. Ancak, kendileri için yadırgatıcı karşılanacak bu dava bir kat maliki arkadaşın ölümü veya başka sebeple taşınmazın üçüncü kişilere devri halinde halef yeni malik tarafından yıllar sonra açılabilir.

Sonuç itibarıyla, KMK 3 hükmünün emredici boyutu ile TMK. 731/I. fıkrasının "*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur*" şeklindeki hükmünün varlığı TMK 2 hükmü, halef maliklerin arsa payı düzeltilmesi davası açabileceğini biliyor ya da bilebilecek durumda oldukları sonucu doğurur.

III. 6306 SAYILI KANUN UYGULAMASINDA YENİDEN DEĞERLENDİRME KARARINA BAĞLI OLARAK ARSA PAYININ BELİRLENMESİ

A-GENEL OLARAK SORUNUN ORTAYA KONMASI

Bu makaleyi yazma sebebimiz 6306 sayılı Kanun uygulamaları ile arsa payının düzeltilmesi davalarında artan yoğunluk karşısında fahiş hatalı yanlışlara düşülmesidir. Bu bağlamda resmî kurumların bile hatalı uygulamaları düşündürücüdür. Şöyle ki, sorun bütünleyici parça yapıların riskli nitelmesi ile (6306 sayılı Kanun m. 4) yıkımın kesinlik arz etmesi karşısında anagayrimenkul parselinde KMK 47'nci madde hükmünce kendiliğinden (ipso iure) sona eren kat mülkiyetinin sonunda bildirici terkin ile oluşan paylı mülkiyet birliğinde yeniden değerlendirme sonucu tekrar bir kat mülkiyeti tesisinde ortaya çıkmaktadır.¹³

Özel hukukun bu kurumu ile ilgili yanlışlar gerçekten sıkıntı verici hale gelmişken, amacımız bu konuda zaten yeteri kadar karmaşık

¹³ Etem Sabâ Özmen/Mehmet Şengül, "Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Hak ve Şerhler", İstanbul 2018, s. 67 vd.

olan yeniden değerlendirme sürecinin paydaşlar arasında gerilime sebebiyet vermesini önlemektir.

B- RİSKLİ YAPI KARARI İLE YIKIM TMK. 731/I HÜKMÜNE TABİDİR

Medeni Kanunumuzun “Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.” kuralı (TMK. 731/I) gereği 6306 sayılı Kanun emredici hükümler getirmektedir. Bu konuda anılan kanunun mülkiyet hakkının özüne dokunduğu yolunda siyasi görüş farklılığına dayalı yapılan eleştirileri garabet olarak nitelendirdiğimizi belirtmek isteriz. Unutulmamalıdır ki, tüm özel hukuk sahasında TMK m. 5 hükmünün atfıyla geçerli genel hükümler kapsamında kat mülkiyetine konu bir anayapıda tüm malikler binalarının yeniden değerlendirmeye girmesini arzu etmeseler dahi idare, o yapının riskli niteliği sonucu yıkımına karar verebilecektir. Kamu düzenine ilişkin emredici hükümler getiren 6306 sayılı Kanun’un riskli yapıların yıkımına ilişkin hükümleri sonucu kat mülkiyetinin sona ermesi kendiliğinden gerçekleşir. Çünkü TMK 23. maddenin emredici kuralı yeterli gerekçe oluşturmaktadır.

Bu sonuçla 6306 sayılı Kanun gereği artık kendiliğinden sona eren kat mülkiyeti sonucu paylı mülkiyete dönüşen arsa paylarının pay halini almasına yol açacaktır. Bu sonuç idari işlemin kurulması ile gerçekleşecektir. Artık bu konuda kat mülkiyetinin sona ermesinin engellenmesi adli yargı denetimine tabi olamaz. Ancak, idari işlemin iptali sonucu yıkım engellenebilir.

C- KAT MÜLKİYETİNİN SONA ERMESİ İLE BİRLİKTE PAYLI MÜLKİYET BİRLİĞİ OLUŞUR

Kat mülkiyeti kurumunun doğal hukuki yapısı gereği bağımsız bölüm mülkiyetinin (TMK. 704/III ve KMK. 15) kendisine özgülenen arsa payı ile birlikte ikili(dualist) bir aynı hak sistemi yarattığını biliyoruz. İşte TMK. 718/son fıkra hükmünce bütünleyici parça niteliğini anayapı içinde katlarda yerleşmiş¹⁴ veya zeminde dağılan yapılar yıkılınca geriye arsa payının da bu yıkımla paylı mülkiyete dönüşmesi sonucu “arazi” mülkiyeti kalmaktadır.

¹⁴ Bu güzel tabir için bkz. İsmet Sungurbey, “Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları”, Cumhuriyet Gazetesi, 18.7.1966, Medeni Hukuk Eleştirileri, C. 2, İstanbul 1970, s. 110 vd.

Böylece, TMK 688/I. fıkranın paylı mülkiyetin niteliğini belirleyen hükmü gereği maddi olarak bölünmüş olmayan eşya başlığı altında arazi mülkiyetine (TMK 704/I) bağlı olarak kat mülkiyetinin sona ermesiyle “birlikte mülkiyet” türü olarak “paylı mülkiyet” oluşumu gerçekleşmektedir. Artık, arazinin TMK 683 hükmünce mülkiyet hakkına dayalı kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi yine eşya gibi bölünemez mülkiyet haklarına dayalı olarak tüm paydaşlara birlikte ait olmaktadır. Böylece tüm paydaşlar TMK 688 vd. hükümlerine tabi olarak bölünemeyen hak ve yetkileri birlikte bölünebilenleri ise payları oranında alacakları kararlarla düzenleyebilmektedirler. İşte bu kapsamda 6306 sayılı Kanun uyarınca, yıkım sonrası bu kanunun 6. maddesi uyarınca “yeniden değerlendirme” olarak adlandırılan tasarruf işlemlerini kural olarak neredeyse tümü TMK 692 hükmüne tâbi oybirliği ile alınacak kararlarla gerçekleştirebilmektedirler. Bu konuda yıkım sonrası arazinin hiçbir yapı ve arazinin bütününe ilişkin tasarruf işlemi ile devri veya sınırlı aynı hakka konu olması söz konusu olmaksızın örneğin, iş merkezi olmuş çevresi bakımından TMK 691 hükmünce sayı ve arsa payı çoğunluğuyla otopark olarak kiraya verilmesi sonucu kira bedelini TMK 688/son fıkra I. cümle gereği hukuki ürün olarak payları oranında paylaşması 6306 sayılı Kanun kapsamında yeniden değerlendirme olarak nitelendirilemez.

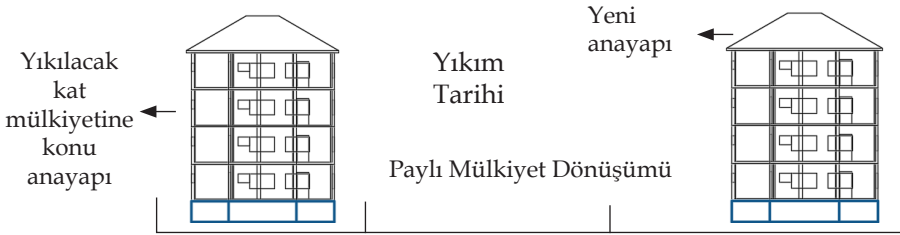
D- YENİDEN DEĞERLENDİRME SÜRECİ TMK. 692 HÜKMÜNE TABİDİR

Kat mülkiyetinin sona ermesini takiben arazinin paydaşı haline gelen birlikte malikler, arazileri konusunda “yeniden değerlendirme” olarak ifade edilen tasarruf yetkilerini TMK. 692 hükmünce oybirliği ile alacakları karar ile gerçekleştirebileceklerdir. Bu konuda dikkat edilirse maddenin deyimisel yorumunda oybirliğine bağlanan “kazandırıcı işlem” tasarruf işlemine yöneliktir. Bu bilgiye dayalı olarak TMK m. 692 hükmünün oybirliğine tâbi kılınan işlemi borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) değildir. Çoğunlukla görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ile yenileme, satış gibi yaygın bilinen sözleşmeler yanında irtifak haklarını irada bağlı (ivazlı) gibi tesis edebileceklerdir. Bu konuda en güzel örnek şehrin cazibe merkezi içinde kalan araziye üst hakkı iradıyla yeniden değerlendirme olacaktır. Biz araştırma başlığımız ile sınırlı kalmak üzere arsa payının yeni inşa edilen anayapıda hüküm ve sonuçlarını kolayca irdeleyebilmek amacı

ile eser sözleşmesi ile yeniden değerlendirme olasılığına hasredeceğiz. Böylece makale başlığımızın altında hüküm ve sonuç bağlayacağımız iç süreci değerlendirerek nihayetinde yeni anayapıda arsa payının nasıl belirlenmesi gerektiğini irdeleyeceğiz. Ancak hemen belirtelim, bu tespitlerimiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yeniden değerlendirmede de yükleniciye devredilecek paya bağlı olarak inşa edilecek yeni bağımsız bölüm sayısı yeni paydaş olacak yüklenici açısından da geçerli olacaktır.

E- KENTSEL DÖNÜŞÜMDE SONA EREN KAT MÜLKİYETİNE BAĞLI ÜÇ AŞAMA

Şematik olarak izah edersek 6306 sayılı Kanun'a uygun süreç şöyle resmedilecektir.



Arsa payı düzeltilmesi davası açılmadığı takdirde mevcut oranlar

Arsa payı düzeltilmesi davası açılmadığı takdirde kesin hükümlerle belirlenmiş yeni pay oranlarıyla

Arsa payları re'sen terkin ile paylı mülkiyet konusu paylara dönüşür.

*Kural olarak artık arsa payı düzeltilmesi davası açılmaz.

Mevcut paylar yeni anayapıda yeni arsa paylarını kural olarak belirlemez. Önceki hatalı tespit bu belirlemeye esas olmayacağı gibi önceki payları belirlemesi doğru olsa bile her bir bağımsız bölümün günümüz ticarileşmiş değerlerine bağlı olarak yeni değerleri göz önüne alınarak saptanır. Örneğin, giriş daire yıkılan binada meskenken arsa malikleri çok sevindikleri komşuları doktora giriş kata işyeri niteliğinde bağımsız bölüm özgülemeleri halinde; öncesinde çatı katlarının pek benimsenmeyen niteliği ile günümüzde yüksek değer taşınması örneğinde olduğu gibi. Artık yeni değerlere bağlı arsa payı belirlenecektir.

Anlaşılacağı üzere yıkılan klasik kat mülkiyetine konu riskli anayapıda varolan bağımsız bölümlerin arsa payları, yıkım sonrası KMK. 47 hükmüne tabi olarak her bir kat malikine pay mülkiyeti sağlar. Araştırmanın açısından can alıcı saptama ile geçmişin arsa payları ve buna dayalı paylı mülkiyet payları asla yeniden değerlendirme sonucu inşa edilecek yeni yapının bağımsız bölümlerinin arsa payını belirlemeyeceğini duraksamaksızın söyleyebiliriz. Gerekçe basittir. KMK m.47 hükmüne tâbi olarak kendiliğinden sona eren kat mülkiyeti veya (bu kanun uyarınca kabul edildiği üzere yapı kullanma izin belgesine sahip olmamakla ve ikamet niceliğine sahip olarak 2/3 oranında oturumlu) kat irtifakları¹⁵ sona ermekle asla yeni kurulacak kat mülkiyetine esas oluşturamazlar. Artık karşımızda halihazır paylı mülkiyet paydaşları tarafından yeni inşa edilecek bir anayapıya dayalı olarak yeniden tesis edilecek bir kat mülkiyeti oluşumu vardır. Bu makalede değinilecek uygulamada yaşanan birçok sorun, bu gerçeğin bilinmesinden kaynaklanmaktadır.

IV. YENİ İNŞA EDİLEN ANAYAPIDA ARSA PAYI BELİRLENMESİNDE KARŞILAŞILAN SOMUT SORUNLARA BAĞLI HÜKÜM VE SONUÇLAR

A-YENİDEN DEĞERLENDİRMEDE ARSA PAYININ DEĞİŞMEYECEĞİ YANILGISI

Yumurta mı tavuktan; tavuk mu yumurtadan yolundaki espirili soru, kat mülkiyetinde cevabını bulmuştur. Arsa payı bağımsız bölümün hukuki kaderini belirlemez; bağımsız bölüm fiziki varlığı ile oluşturduğu değer ile arsa payını belirler. Bu tartışmasız sonuç ile yeni inşa edilen anayapı, onanmış projesi ile kat irtifakı tesisi veya doğrudan kat mülkiyetine geçişte her bir bağımsız bölümün yukarıda ilgili başlıkta değindiğimiz ticarileşmiş değerleri ayrı ayrı arsa payının belirlenmesine yol açar.

¹⁵ Kat irtifakına konu yapıların 6306 sayılı Kanun'a tabi olması için bkz. Özmen/Şengül, s. 62 vd.

B- ARSA PAYI ARAZİDEKİ YÜZÖLÇÜMÜ (M2 HESABI) İLE İFADE EDİLEMEZ

Uygulamada özellikle konunun uzmanı olmayan hukukçu ve diğer mesleklerde neredeyse tamamı tarafından içine düşülen yanılı paylı mülkiyet payının arazinin tamamında her bir paydaşa düşen yüzölçümü ile ifade ediliyor olmasıdır. Bu varsayım fahiş bir yanılığın ibarettir. TMK. 688/I fıkrasının, “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir” şeklindeki hükmü paylı mülkiyet konusu arazinin asla pay oranında bölünerek her bir paydaşa ait kısımlar oluşturulamayacağı sonucunu amir kılar. Ayrıca her paydaş eşyanın kendisi gibi yine paya bağlı bölünemeyen konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı uyarınca taşınmazın TMK. 683 hükmünce sağladığı hak ve yetkilere birlikte hak sahibi olurlar.

Örneğin emekli subay arkadaşların satın aldığı 600 m2 yüzölçümlü arazide 12 paydaş olarak 1/12 payla 50’şer m2 yüz ölçümlü arazileri yoktur. Pay bin kesirden ibarettir. Aynı oranı yola terk mecburiyeti ile 480 m2’ye düştüğü zaman paylar 40 metre kare olarak değil yine 1/12 olarak ifade edilir. İşte bu yanılığın kentsel dönüşüm uygulamalarında yıkılma sonucu paylı mülkiyet sürecinde her paydaşın önceki arsa paylarına göre oluşan pay oranında yüzölçümüne sahip bağımsız bölüm niceliği konusunda yanılığa düşmelerine yol açabilmektedir.

Eser sözleşmesi ile yenilemede yıkılan anayapıda gerçekten yüz ölçümü farklı dairelere bağlı ve buna göre farklılaşan arsa payları doğal olarak bu yönde talebe hak kazandırabilecektir. Meğerki, proje buna imkân versin.

Ancak sorun çıkaracak boyut, arsa paylarının yıkım öncesi kat mülkiyetinde anayapıda eşit veya daire m2’sine göre belirlendiği halde yeni anayapıda artık eski arsa payına göre belirlenemeyecek pay oluşumu gerçeği karşısında hatalı savlar ile m2 hesabı ile bağımsız bölüm niceliğine yönelik talepler ile karşılaşmaktadır.

Yukarıda vardığımız sonuç ile arsa payının m2 olarak nitelendirilemeyeceği hukuki gerçeği bu yoldaki iddiaların önünü tıkayacaktır. Yıkılan anayapının yerine yenisi yapılmakla her kat malikinin bağımsız bölüm sahibi olma hakları elinden alınamayacaktır. Örneğin eski

anayapı bir şekilde 1957 tarihinden önce yapılmış,¹⁶ 1988 tarihli Kanun¹⁷ (kısaca imar affı) veya KMK 10/I fıkra hükmü gereği paylı halin giderilmesi davasında kat mülkiyetine geçilmiş anayapının artık yeni imar planları uyarınca (yeni emsal, kısmen kamulaştırma, yola terk gibi nedenlerle, eski yüzölçümlü bağımsız bölümlere imkân vermesi halinde eski anayapıda en alt katında kazan dairesine yer açmak için alan ihtiyacı karşısında hiç kimse küçük m²'li bir bağımsız bölüm tahsisine katlanmak zorunda değildir. O bağımsız bölüm maliki, TMK. 688/II fıkra hükmünce yeni anayapıda bağımsız bölüm sahibi olmaya dayalı hakkından tek taraflı tasarruf işlemiyle feragat etmedikçe TMK 692 hükmünce alınan kararın gereği olup; KMK 5 hükmünce arsa payına bağlı bağımsız bölüm özgülmesi yolunda mutlak hak sahibi kılınacaktır.

Cevap bu şekilde oluşunca ve de arsa payı miktarına göre bağımsız bölüm m²'si belirlenemeyeceğine göre projede çizilen bağımsız bölüme dayalı arsa payı miktarı ilgili yeni kat maliki için artacak olursa ne yapılacağı sorusu aşağıdaki başlıkta irdelenecektir. Bu başlık altında yeni inşa edilecek anayapı projesinin her paydaşın arsa payına göre m² içeren bağımsız bölümler yaratması düşünülmemeyeceğini önemle vurgulamak isteriz. Mimarlık tabiri ve fakat Kat Mülkiyeti Kanunumuza da 1999 depremi sonrası yaşanan acı tecrübe ile hukuk terminolojisinde görülmemiş acemilikle sokulmuş temel, kolon, kirişlerin zorunlu yapı elamanı olmasına dayalı olarak mimari çözüm bulunması mümkün olmayacaktır. O halde, bağımsız bölümlerin aynı anayapı içinde projelendirilmesi dikey yükselen binada koridor, asansör boşluğu gibi hacimlerin de ayrılması sonucu özdeş bağımsız bölümler inşasına imkân vermeyeceği teknik zorunlulukların gereği olarak halkımız tarafından bilinmelidir.

¹⁶ 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile 17 Ocak 1957 tarihinden önce yapılmaya bağlı Geçici 2. madde/a hükmü sonucu yapı kullanım için izin belgesi alınmış sayılmaktadır.

¹⁷ 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında 3.5.1985 Tarih ve 247 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin İki Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair 16.8.1985 tarih ve 250 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (RG. 11.3.1988, Sayı: 19751).

C- YENİ ANAYAPI BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN PAYLAŞIMI

Bu başlık altında eski anayayı bağımsız bölümlerine dayalı yıkım sonrası pay edinmiş birlikte maliklerin TMK. 688/II fıkrasındaki, “Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır.” şeklindeki hükmü gereği tek ölçütün pay oranı olmakla yeni anayayı bağımsız bölümlerini nasıl paylaşacakları sorununu irdeleyeceğiz. Medeni Kanunumuzun paylı mülkiyete ilişkin hükümleri kentsel dönüşüm paylaşımlarını düzenlemekte yetersiz kalması eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Buna göre, paylı mülkiyete ilişkin hükümlere göre anılan hükme ilaveten *“Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir. Uyuşmazlık hâlinde yararlanma ve kullanma şeklini hâkim belirler. Bu belirleme, paylı malın kullanılmasının zaman veya yer itibarıyla paydaşlar arasında bölünmesi biçiminde de olabilir.”* şeklindeki hüküm anlaşamama halinde bizi hâkimin müdahalesine tâbi kılacaktır. Buna göre tek çözümün paydaşlar arasında kura usulü olduğu bile söylenebilecektir. Böylece, yer bakımından yani arz küre üzerinde fiziki konum ile hangi kat, hangi yön sorusunun cevabı verilecek paylaşım gerçekleştirilebilecektir. Hemen belirtelim işin niteliği gereği bazı uygulamalarda kura yine TMK 694 hükmüne tabi kaçınılmaz usul olarak karşımıza çıkabilecektir. Örneğin, zeminde dağılmış 1960’lı yılların villa tarzı bağımsız bölümlerin veya büyük bir parselde onlarca blok yanında şehrin merkezinde kalan konuma dayalı tek bir kompleks tarzı blok içinde yer alan bağımsız bölümlerin paylaşımında klasik usulun varlığını kabul etmek gerekecektir. Doğal olarak bu paylaşımında eşitler arası eşitlik ilkesince arsa payı belirleyici faktör olacaktır; m² hesabı ile olmaksızın ve yine değer ölçütü ile 6306 sayılı Kanunun bu konuda paylaşım ile ilgili olarak sona eren kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerin “konum ve nitelik” açısından varlıklarının dikkate alınmasını yine hukuk biliminden temelini almamış başarısız ifadesi ile hükmetmiş bulunmaktadır (6306 sayılı Kanun m. 6).

İlk olarak kanunun bu hükmü, konum ve nitelik belirtiminin tapuda yazıma konu edilmesi gerektiğine ilişkin hüküm getirmiştir. Doğal olarak bu yazıma ilişkin uygulamaya rastlanılamayacağı açıktır. Buna imkân olmadığı gibi gereklilik de yoktur. Çünkü anılan ifade ile “konum” arsa payını belirleyen kriterler (bağımsız bölümlerin değer farklılığına yol açmakla) içinde zaten yer almaktadır. Nitelik kriteri de eski KMK. 14/II hükmünce aranan “noter listesi” ile (riskli yapıya konu

anayapıların 6306 s. Kanunun yürürlüğe girdiği 31.5.2012 tarihinden önce inşa edildiği gerçeği karşısında) varlığı zorunlu belgeler arasında yer almakla bilinmeyen bir husus değildir. Böylece TMK 1020/II. fıkrasının, “İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir” şeklindeki hükmü gereği mülkiyet karinesine vücut veren varlıkları ile konum ve nitelik konusunda tapu kütüğüne açıklayıcı beyanda bulunmanın gereksizliği zaten uygulamada rastlanmayışından anlaşılmaktadır. Ancak bu hükmün nitelik açısından ilgili bağımsız bölümün hak sahibi kılınmasına işaret eden varlığı önemlidir. Ancak bu yönde de emredici bir nitelik taşımayacağı görüşüdeyiz. Çünkü İmar Mevzuatının, TMK. 731/I fıkra hükmüne tabi kamu düzenine ilişkin emrediciliği, yeniden değerlendirilecek arazide işyeri inşasına imkan vermeyebilir.¹⁸ Ayrıca verse bile 1960’lı yılların ana caddede küçük m²’li ve düşük arsa paylı (terzi, ayakkabı tamircisi, bakkal gibi kullanımlı) dükkanların varlığı karşısında zemin katın artık yeni ticarileşmiş değerler karşısında ünlü mağazaların zemin katta yer aldığı cadde niteliği ile çok yüksek arsa payına sahip olacak işyeri bağımsız bölümün varlığı karşısında artık paylaşım kurallarının değişeceği tartışmasızdır. Eski mahalle arası terzi dükkanının KMK 12/ 14 hükmünde yer alan noter listesinde işyeri niteliği ile varlığına dayalı olarak kendisine eski arsa payından daha yüksek paylı üst kat teklif edildiği hallerde baba hatırası terziliği devam ettireceği dükkân ısrarında bulunulması dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık olarak görülmelidir.

D- PAYLAŞIM SONRASI DENKLEŞTİRME

Geldiğimiz bu noktada artık yeni inşa edilen anayapıda bağımsız bölümlerin fiziki varlığı ile mevcut paylarıyla kat mülkiyeti tesis edilemeyeceği gerçeği karşısında değişimin etkisini sorgulamak gerekecektir; çünkü yıkım sonrası eski arsa payına dayalı oluşan paylar yukarıda andığımız şekilde değişim kaderine mahkûm olacaktır. Hal böyle olmakla yeni tesis edilen kat mülkiyetinde hak sahiplerinin birbirleri aleyhine hak talepleri söz konusu olacak mıdır? Bu sorunun

¹⁸ İmar Kanunu 3. madde: Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz.

cevabı evet olacaktır. Soruya olumlu yanıt verince gerekçesi de hazır olmalıdır. Hareket noktamız KMK. 10/IV fıkrasının, “Kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hâkim, o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12’nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir.” şeklindeki hükmü olacaktır. Söz konusu hüküm “denkleştirme” tabirini kullanmaktadır. Şüphesiz, denkleştirme parasal olacaktır. Ancak bize pek de bir ipucu vermeyen denkleştirme tabiri borç ilişkisi türleri ile ilintilendirilerek yorumlanmalıdır. Bu yargı ile karşımıza “sebepsiz zenginleşme”¹⁹ kurumu çıkacaktır. Gerçi, denkleştirme adı altında kanundan doğan bir ibare yaratıldığı iddia edilse bile, uyuşmazlıkların yorumunda sebepsiz zenginleşme hükümleri yardımcı olacaktır. Bu saptama önemlidir. Çünkü, ödenecek bedel bir karşılık (ivaz) olmayıp fakirleşmenin telafisi olacaktır. Böylece, önceki pay mülkiyetine göre sahip olduğu yeni bağımsız bölümün belirlediği arsa payı fazlalığı diğer birlikte maliklere ait bağımsız bölümlerinin azalan arsa payının parasal değeri ile oluşmaktadır. Fakirleşme ve zenginleşme ilintisinden söz edilince payın ve sonrasında arsa payının malvarlığı değeri olarak karşılaştırmasını göz önüne almış bulunuyoruz. Bu sonuç kaçınılmazdır. Pay taşınmazdaki niteliği ile taşınmazmış gibi işlem gören²⁰ hak olarak varlığı ile malvarlığı değeri olarak para ile ifade edilir. Zaten temelinde yatan arsa payının parasal değere göre belirlenmiş olması bu yönde kuşkuya yer bırakmaz. İşte kanun koyucunun sözünü ettiği denkleştirme ile kastedilen budur.

Denkleştirme ile sebepsiz zenginleşme olarak ifadenin zamanaşımı açısından etkisi ise yorum ilkeler açısından şöyle değerlendirilmelidir: Korunması gereken hukuki yarar malvarlığı azalan bağımsız bölüm maliki lehine değerlendirilmeli hükümde denkleştirme tabiri ile ifade edilmekle zamanaşımının kısaltılmaması gerçeği karşısında kanundan doğan borç niteliği ile on yıllık zamanaşımına tabi kılınmalı ve fakat altında sebepsiz zenginleşme ilkelerine tabi talep yattığı kabul

¹⁹ Bu kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Öz, “Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme”, İstanbul 1990, s. 3 vd.

²⁰ Bu niteliği için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 305; Sirmen, 284.

edilerek TBK m. 76-82 hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Tekrar aşağıdaki başlıklara esas olacak şekilde talep, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede karşılık (ivaz) öne sürme değil; aksine malvarlığı kaybının telafisi olarak algılanmalıdır.

Bu nitelermeyi yapınca sebepsiz zenginleşme hükmünün kıyasen uygulanması sonucu TBK m.78 hükmünün *“Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir”* şeklindeki I. fıkrada yer alan kural gereği arsa payının paya dayalı değişimine bağlı olarak pay niceliği azalan birlikte maliklerin kat mülkiyeti tesisini kendi imzaları (veya yetkili temsilciler ile) sonucu gerçekleştirmeleri halinde sonradan anılan denkleştirme taleplerine yer olacak mıdır? Bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Ancak bu noktada 6306 sayılı Kanun’un 2/3 çoğunluğunun baskısı altında ve de bu kanunun uygulama yönetmeliğinde kendisine dayatılan yeni eser sözleşmesi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile paydaşıktan çıkarılma baskısı altında razı olunan arsa payları konusunda aynı düşüncede olmaya çağımızı belirtmek isterim. Gerekçe öncesinde uygulamayı belirtmek gerekirse azınlık paydaşlara çoğunluk tarafından dayatılan sözleşmelere noterde çekince (itirazi kayıt) koyma yetkisi bile tanınmadığı bilinmektedir. Böylece, artık bu konuda borçlanmadığı edimi (önceki payından arsa payı yükselen diğer paydaşlara devir yolunda kendi isteği ile yerine getirmeden söz edilemeyeceği açıktır. Bu yolda ispat yükü davacıda olacak bilerek ifa ile arsa payının azalmasına yönelik pay azalmasına razı olmadığını savunmak ile yükümlü olacaktır.

E- ARSA PAYININ PAY MİKTARINA DAYALI DEĞİŞİMİNİN RESMİ İŞLEMLERE KONU SONUÇLARI

1) Tapu İşlemleri

Resmi senet düzenlenmesini gerektiren işlemler olarak kat mülkiyeti (ve de aynı sonuçlarla kat irtifakı) kurulması işlemleri sırasında tapu dairelerinde çoğalan arsa payı sahibi birlikte maliklere harç tahakkuk ettirilmek istendiği yolunda uygulamalara rastlamaktayız. Hemen karşı çıkarak bu yönde işlemlerin yalnızca garabete yol açtığını duraksamaksızın söyleyebiliriz. Çünkü, KMK 55. maddenin harçtan muafiyeti emreden, *“Bu kanuna göre kat mülkiyeti ve kat irtifakı ku-*

rulması, mülkiyetin başkasına devrini ihtiva etmedikçe her çeşit harç ve vergiden muaftır..” şeklindeki hükmü bizi bu sonuca götürmektedir. Özlüce vurgulamak gerekirse, hükümde sözü edilen “mülkiyetin devri” ifadesi TMK 704/III ve KMK 15’te bahsedilen bağımsız bölümün devrini hükme bağlamaktadır. Yoksa bağımsız bölümün mülkiyeti devredilmeden KMK 3. maddenin emredici hükmü gereği payların niceliğinin değişmesi bir taşınmazın payının müstakilen devri gereği harçlandırılmaz.

Gerekçemiz gerçekten çok güçlüdür. Yukarıda öne sürdüğümüz tüm savlarımız ile karşımız hiç kimsenin pay devri yolunda tasarruf işlemi yapma iradesi yoktur. Ne satış ne de bağışlama yolunda borçlandırıcı işlemin ifası bir aynı sözleşme ve de tescili talep beyanlarının mevcut olmadığı açıktır. Kat mülkiyeti tesisi sırasında bağımsız bölümlerin değerleriyle oranlı tespit amacıyla sahip oldukları pay oranlarından farklı arsa payı başvurusu yapan paydaşlar yalnızca ileride hâkimin müdahalesine gerek bırakmayan bir özen ile işlem tesis etmektedirler. Eşdeyişle, arsa payını bağımsız bölüm değerleriyle oranlı belirleme yolunda emredici hükümle tapu dairesine başvuru yükümlülüğü karşısında ne gerekçe ile borç tahakkuk ettirilmektedir sorusu cevapsız kalmaktadır.

Bu yöndeki işlemlerin garabet yönünü ifade edebilmek için sanırız şu örnek yeterli olacaktır. Paylı mülkiyet paylarını arsa payı olarak hatalı belirleyerek kat mülkiyeti tesisi başvurusu yapılmış olsun. Sonradan kat maliklerinden birisi açtığı arsa payının düzeltilmesi davası açmış olsun. Bu davanın TMK 1025 hükmünce yolsuz arsa paylarının düzeltilmesi yolunda sonuçlanması halinde kesinleşen ilamın TMK. 705/II fıkra hükmünce tescilsiz düzeltilen arsa paylarının malvarlığı arasında geçişine dayalı olarak düzeltilmiş hali ile bildirici tescile (TMK. 1031/II) dayalı talep halinde hiçbir harç tahakkuku işlemi yapılamayacağı gerçeği karşısında başka söze gerek var mıdır?

2) Vergi Dairelerinde Vergi Tahakkukuna Yer Yoktur

Yukarıda verdiğimiz bilgi doğrultusunda arsa payının değişim sonucu kat maliklerinden çoğalan arsa payı malikine bir malvarlığı değeri kazandırılmamış ise de bunun hiçbir şekilde karşılık (ivaz) niteliği taşımadığı gerçeği karşısında arsa payının (sahip olunan bağımsız

bölümle birlikte edinilme tarihinden itibaren beş yıl geçmediği iddiası ile) vergi tahsilatı da yapılamaz. Çünkü biliyoruz ki, haksız fiil tazminatları ve sebepsiz zenginleşme ile kazanılan değerler gelir vergisine tabi değildir²¹. Bu sonuç re'sen tahakkuklara engel olduğu kadar yukarıda ilgili başlıkta tarafların denkleştirme hakkı tahsilinde de geçerlidir; gerekçe, kişinin sebepsiz zenginleşme alacağı ile bir gelir elde etmediği aksine malvarlığı kaybına dayalı fakirleşmenin giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu da asli gelir veya kazanç gibi her ne nam altında olursa olsun vergi tarh ve tahakkukuna konu edilemez.

V. KAT İRTİFAKINA İLİŞKİN SONUÇLAR

Araştırmanın başında da belirttiğimiz gibi açıklamalarımızı klasik kat mülkiyetinde ve doğrudan kat mülkiyetine geçiş ile ilgili yapmış bulunuyoruz. Kat irtifakının doğrudan kurulmak istenmesi halinde verdiğimiz bilgilerde değişiklik olmayacaktır. Zaten dikkat edilirse kat irtifakı ve kat mülkiyeti bilgilerini birlikte vermiş bulunmaktayız. Kat irtifakının tesisi sırasında KMK 14'ncü madde hükmünce yapı kullanım izin belgesi (iskan belgesi) edinilmediği süreçte onanmış projeye göre kat irtifakı artık yine proje eki olarak yer alan bağımsız bölüm nitelik ve arsa payları listesi içerir şekilde ibrazı ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle aldıkları eser sözleşmesi ile değerlendirme kararı gereği, gerçekleştirmek isteyen malikleri yeni kat irtifakı/kat mülkiyeti kurmak istedikleri takdirde yukarıda verdiğimiz bilgilerde değişiklik olmaksızın anılan tüm işlemleri tesis edebileceklerdir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, "Eşya Hukuku", İstanbul 2018.
 Arpacı Abdülkadir, "Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması", İstanbul 2002.
 Eren Fikret, "Mülkiyet Hukuku", Ankara 2016.
 Esener Turhan/Güven Kudret, "Eşya Hukuku", Ankara 2019.
 Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, "Eşya Hukuku", İstanbul 1991.
 Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, "Eşya Hukuku", İstanbul 2018.
 Öz Turgut, "Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme", İstanbul 1990.

²¹ Bu hususta bkz. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 25.

Özmen Etem Sabâ/Kır Hafize, “Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi”, İstanbul 2010.

Özmen Etem Sabâ/Şengül Mehmet, “Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Hak ve Şerhler”, İstanbul 2018.

Reisoğlu Safa, “Uygulamada Kat Mülkiyeti”, Ankara 1979.

Sirmen Lâle, “Eşya Hukuku”, Ankara 2019.

Makaleler

Akipek Jale, “Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 3, Ankara 1966, s. 475-490.

Özmen Etem Sabâ/Çakmak Berna, “6306 sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 87, Sayı:5, Yıl: 2013, s. 725-750.

Sungurbey İsmet, “Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 18.7.1966, *Medeni Hukuk Eleştirileri*, C. 2, İstanbul 1970.

TEMSİL YETKİSİNİN GERİ ALINMASI

WITHDRAWAL OF REPRESENTATIVE POWER

Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ*

Özet: Türk İsviçre hukuk sistemlerinde hiç kimsenin bir hukuksal işlemi konusunda iradi temsilci kullanma zorunluluğuna yer verilmemiştir. Asıl olan, kişinin hukuksal işlemlerini bizzat yapabilme yetkisidir. Bu durum, kişinin hak ehliyetiyle ilgilidir. Bunun sonucu olarak TBK md.42 f.1 temsil olunana her zaman için temsil yetkisini sınırlandırma veya geri alma yetkisine yer verilmiştir. Aynı yetki vekalet sözleşmesinde, vekalet veren için de tanınmıştır. (TBK md.512)

Temsil olunana her zaman için temsil yetkisini geri alma hakkı tanınmış olması, beraberinde birtakım sorunları gündeme getirmektedir.

İncelememizde önce genel olarak temsil yetkisi üzerinde duracak, daha sonra Türk Hukukunda yakından ele alınmamış olan temsil geri almanın benzer kurumlara karşılaştırması ile hukuksal niteliğini ele aldıktan sonra, geri alma yetkisine sahip kişiler ile bunun muhatabı ile geri almanın şekli konularını inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Temsil, Geri Alma, Üçüncü Kişi, Yetkisiz Temsil, Azil

Abstract: In the Turkish Swiss legal systems, no one is obliged to use a representative for a legal transaction. The main thing is the authority of the person to do the legal transactions personally. This situation is related to the person's legal capacity. As a result, according to the Turkish Code of Obligations Art.42/1 the principle has the power to restrict or withdraw the representative authority at all times. The same authorization is given to the person who gives someone the power of attorney according to an attorney agreement.

The fact that the person who is represented always has the right to withdraw the power of representation brings up a number of problems.

In our review, we will first focus on the power of representation in general, then we will examine the legal nature of withdrawal of representation, which is not closely dealt with in Turkish law, by comparing it with similar institutions, and after that we will examine the subjects of the authority of revocation and its addressee and the form of withdrawal.

Keywords: Representation, Withdrawal, Third Person, Unauthorized Representation, Dismissal

* Dr. Öğr. Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, kumru.kilicoglu@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2235-4590, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.04.2021, Kabul Tarihi: 09.04.2021

1. KAVRAM ve TANIM

1.1. KAVRAM

Yürürlükten kalkan BK'nın konuyla ilgili 34.maddesi "Salahiyetin tahdidi ve ref'i" kenar başlığı altında, temsil olunanın "temsil salahiyetini her zaman tahdit veya refedebilir" ifadelerini kullanmış idi. Bu maddenin aslı olan, kaynak İBK md.34'te ise "sınırlama ve geri alma" "Beschraenkung und Wiederruf" kavramını kullanmıştır.

TBK'nın 42.maddesinde "Salahiyetin tahdidi ve ref'i" kavramlarının yerine, kaynak kanuna uygun olarak "Temsil yetkisinin sınırlandırılması ve geri alınması" kavramlarını tercih etmiştir. Maddeye göre "Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alanabilir."

Aynı konuda vekalet sözleşmesi ile ilgili olarak kullanılan kavramlara gelince; eski BK'nın 396. maddesinde "İstifa azil" kenar başlığı altında "Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir" hükmünde, geri alma kavramı yerine "azil" kavramının kullanıldığını görüyoruz. Bu maddenin aslı kaynak İBK md.404'de ise "azil" kavramının karşılığı olarak, aynen temsil ile ilgili 34.maddedeki gibi, terim birliğine riayet edilmiş "geri alma" (Wiederruf) kavramı; "istifa" kavramının karşılığı olarak ise "Kündigung" (fesih) kavramı kullanılmıştır. İBK md. 404 hükmüne göre "Vekalet taraflarca her zaman için geri alınabilir veya feshedilebilir."

Yine, vekalet sözleşmesi ile ilgili olarak, TBK md.512'de yine "geri alma" kavramına yer verilmemiş, eski azil sözcüğü yerine "tek taraflı sona erdirme" kavramını kullanmıştır. Maddeye göre "Vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir."

Görüldüğü üzere, kaynak İBK'da gerek temsil ile gerek vekaletle ilgili olarak "Geri alma" kavramının karşılığı olmak üzere "Wiederruf" sözcüğü kullanıldığı halde, bizde temsil için "geri alma", vekalette aynı sözcük yerine "azil" sözcüğü kullanılmak suretiyle kavram birliğine uyulmamıştır.

Avukatlık Kanunu ise vekaletle ilgili eski BK md.396'da olduğu gibi azil sözcüğünü kullanmış, geri alma sözcüğüne yer vermemiştir (md.174). Geri alma kurumu ve kavramı sadece temsil yetkisine ilişkin TBK md.42.'e özgü değildir.

TBK md.10'da "*Önerinin ve kabulün geri alınması*" kenar başlığı altında, sözleşmeyi kuran öneri ve kabul iradelerinin geri alınması, sözleşmenin kurulmasını önleme ile ilgili olarak; TBK md.554'te "*Ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerinin sona ermesi*" kenar başlığı altında işletme sahibinin verdiği bu tür temsil yetkilerini her zaman geri alabilmesi; TBK md.559'da "*Geri alma*" kenar başlığı altında havale edenin havale alıcısına verdiği yetkiyi geri alabilmesi ve ödemenin önlenmesi; TBK md.296'da "*Bağışlama sözü vermenin geri alınması ve ifadan kaçınma*" kenar başlığı altında bağışlayanın bu iradesinden vazgeçmesi suretiyle bağışı ifadan kaçınması ile ilgili olarak da bu kavram ve kuruma yer verilmiştir.¹

Bu maddelerde kullanılan geri alma, hukuksal bir sonuca yönelik irade açıklamasında bulunan kişinin bu iradesini geri çekmek suretiyle ya hukuksal sonucun doğmasını ya da devam etmesini önlemektedir.

Temsil yetkisinin geri alınması iradi temsil hallerinde gündeme gelebilir. Yasal temsilin söz konusu olduğu hallerde, geri almadan söz edilemez. Bu husus, ilgili maddelerde açık bir şekilde vurgulanmıştır. Bu anlamda olmak üzere, eski BK. md.34'te "*hukuki bir tasarruftan tevellüt eden temsil salahiyeti*", TBK md.42'de ise "*hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisi*" şeklinde ifade edilmiştir.

Temsil yetkisinin geri alınması, temsil olunanın iradi olarak temsilciye verdiği yetkiyi tamamen sona erdirmesidir. Bir başka ifadeyle, temsil olunanın, temsilciyi bu yetkiyi kullanma konusunda azletmesidir.² Bu nedenle yukarıda ifade ettiğimiz gibi, temsil yetkisinin geri alınması kavramı yerine, vekaletle ilgili eski BK md.396'daki kavramla ilgili alışkanlığın devamı olmak üzere "*azil*" kavramı da kullanılmaktadır.³

¹ Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Zürich, Basel, &30, 2881, s.847

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1985, s.254.

³ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, s.248; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, s. 465; Gökhan.Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, *Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borçlar*, İstanbul 2015, s.546; Eraslan Özkaya, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, 4. B., Ankara 2016, s.840

TTK ise geri alma ve azil kavramları yerine "görevden alma" kavramını kullanmaktadır (TTK md.235/2; 364; 630). Temsil olunanın temsilciye verdiği temsil yetkisini sınırlandırması için de TBK md.42 f.III de "kısmen geri alma" kavramı kullanılmasına rağmen, burada bir geri alma değil, temsil yetkisinin sınırlandırması söz konusudur. Çalışmanın devamında geri alma kavramını temsil olunanın temsilciye verdiği yetkileri tamamen sona erdirmesi yani onu bu görevden azletmesi olarak kullanılmaktadır. Temsil yetkisini kısmen geri kalma kavramı yerine ise karışıklığı önlemek amacıyla temsil yetkisini "sınırlandırma" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Temsil olunan, bir sözleşme ilişkisine dayansa bile, temsilciye verdiği yetkiyi, sözleşmeyi sona erdirmeden sınırlandırabilir ya da geri alabilir. Geri alma özellikle taraflar arasında bir temel ilişki varsa (hizmet sözleşmesi gibi), bunun hemen sona erdirilmesinin gerekli olduğu hallerde önem taşır. Bu gereklilik sözleşme ilişkisi devam ederken temsilciye olan güvenin kaybolduğu ya da temsil yetkisinin kötüye kullanıldığından kuşku duyulduğu durumlarda ortaya çıkabilir. Temsil olunan geri alma hakkını kullanmak suretiyle temsil ilişkisine son verir, daha sonra da daha fazla zarara uğramadan sözleşmeden doğan haklarını (örneğin sözleşme gereği yaptığı ödemeleri geri alma gibi) kullanabilir.⁴

1.2. TANIM

Geri alma, temsil olunanın temsilciye yönelttiği, varması gereken irade açıklamalarına ilişkin genel kural gereğince temsilciye vardığı andan itibaren, temsil yetkisini tek taraflı ileriye etkili olmak üzere ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır.

Bu tanımdan çıkan unsurları aşağıda geri almanın hukuksal niteliğiyle ilgili olarak ele alacağız. Ancak burada bu tanımdan çıkan unsurları kısaca özetleyebiliriz:

Her şeyden önce temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin irade açıklaması, varması gereken bir irade açıklamasıdır. Temsil olunan

⁴ Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Dritte Auflage, Band I, Unter mitarbeiter von H.Schulin, Zürich 1976, s. 366.

bu iradesini açık veya örtülü olarak açıklayabilir. Ancak ister açık ister örtülü olsun, bu iradenin muhatabı olan temsilciye, temsil yetkisinin verildiği üçüncü kişilere bildirilmişse bu kişilere de yönetilmesi ve varması gerekir. Burada geri alma iradesinin açıklanması yetmez, temsilciye veya üçüncü kişilere varması zorunludur.

Temsil yetkisinin geri alınması da temsil yetkisinin verilmesi gibi tek taraflı bir irade açıklamasıdır. Bununla ifade edilmek istenen husus, muhatabın bunu kabul etmesinin gerekmemesidir.

Nihayet temsil yetkisinin geri alınması bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasıdır. Bununla vurgulamak istediğimiz husus, geri alma iradesi için bozucu yenilik doğurucu haklara ilişkin bütün niteliklerin burada da aranmasıdır.

2. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRMA

1.1. RÜCU

Rücu hakkı (Regressrecht), başkasına ait borcu ifa edenin, asıl borçluya bunun tamamı ya da bir kısmı için başvurabileceği bir alacak hakkı temin eder.⁵ Bu hak kanunda öngörülmüş olabileceği gibi sözleşmeden de kaynaklanabilir. Kanundan kaynaklanan rücu hakkına yaygın örnek olarak çalışanın, üçüncü kişilere verdiği zararı tazmin etmek zorunda kalan adam çalıştırmanın rücu hakkı (TBK md.66 f.IV; hayvan bulunduranın hayvanın üçüncü kişilere verdiği zararı tazmin etmesi halinde, hayvan bir başkası ya da başkasına ait bir hayvan tarafından ürkütülmüşse bunlar rücu hakkı (TBK md.67 f.III); mütesilsel borçlulardan birinin iç ilişkide kendisine ait olmayan borcu ya da borç miktarını ifa ettiği takdirde diğerlerine rücu hakkı (TBK md.167); kefilin asıl borçluya rücu hakkı (TBK md.596) vs. gösterilebilir.

Rücu hakkı sahibi başkasına ait ifa ettiği borcun kendisine tazmin edilmesini talep eder. Bu yöndeki iradenin açıklanması ile borçlu ile hak sahibi arasında bir alacak hakkı ilişkisi doğurur. Buna göre rücu hakkı hak sahibi ile borçlu arasında bu hakkın kullanıldığı andan itibaren bir borç ilişkisi yaratır.

⁵ Emine Rodoslu Koçano, Rücu Hakkı, Ankara 2016, s.5-7.

Geri alma hakkında ise hak sahibinin bu yöndeki iradesini kullanması ile birlikte taraflar arasındaki hukuksal ilişki geleceğe yönelik olarak ortadan kalkmaktadır.

Buna göre rücu hakkı borç ilişkisi yarattığı halde, geri alma hakkı taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcut olsun ya da olmasın mevcut ilişkiyi ortadan kaldırmaktadır.

Aralarındaki bu farklılığa karşın, rücu ve geri alma haklarının tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılması, bu andan itibaren ileriye etkili olarak sonuçlar doğurmaları açısından benzerlik gösterir.

2. 2 DÖNME

Dönme (Rücktrittsrecht) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa edilmemiş olan edimlerin ifasını sona erdiren, yerine getirilmiş olan edimlerin ise iade edilmesi sonucunu doğuran bir irade açıklamasıdır. Buna göre dönme, geçerli olarak kurulmuş olan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin, kurulmasından sonra ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Bu yönüyle dönme sürekli edim borcu doğurmayan, ani edim borcu doğuran sözleşmelerde gündeme gelebilir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü ile ilgili olarak TBK md.125 f.III hükmünde "Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler" hükmü ile dönmenin bu niteliğini ortaya konulmuştur.

Dönme sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldırdığından burada bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması söz konusudur.

Dönmenin sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldırması niteliği "klasik dönme teorisine" dayanan çoğunluk görüşü olmasına karşın, bunun yerine "yeni dönme teorisi"nin savunulduğuna da burada değinmemiz gerekir.

İlk defa, Alman Hukuku'nda Stoll⁶ tarafından savunulan "dönüşüm teorisi" (Umwandlungstheorie) olarak adlandırılan teori, tam iki

⁶ Stoll,H., Die Wirkungen des vertragsmaessigen Rücktrittis, Diss., Bonn 1921,s.21 vd. (Buz, s.123'den naklen)

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sonradan ortaya çıkan sebeplerle sözleşmeden dönmenin, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmediğini, tam aksine sözleşmenin içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünü kabul etmektedir. Dönme yönündeki beyan ile birlikte, o tarihe kadar tarafların yerine getirmediikleri asli edim yükümlülükleri sona erer, bunun yerini iade yükümlülükleri alır. Buna ilişkin iade yükümlülüğü klasik dönme teorisinde olduğu gibi, sebep-siz zenginleşmeye değil, sözleşme ilişkisine dayanır. Dönme anına kadar tarafların amacı karşılıklı olarak edimlerini ifa etmeleri olduğu halde, dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmenin amacı değişir, sözleşme bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Dönüşüm ile birlikte tarafların amacı, bir yandan yükümlülüklerini geleceğe etkili olarak ortadan kaldırmak, öte yandan ifa edilmiş olan edimlerin iade etmek olacaktır. Dönme taraflar arasındaki borç ilişkisini etkiler, daha önce elde edilmiş olan aynı hakları etkilemez.

Bu açıklamalarımıza göre dönme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olduğu halde, geri alma genellikle tek taraflı hukuksal işlemlerde gündeme gelebilir. İnceleme konumuz olan temsil yetkisinin geri alınması da temsil yetkisinin verilmesi tek taraflı bir hukuksal işlem olduğundan, tek taraflı hukuksal işlemlere özgü bir geri almadır.

Geri alma (Wiederruf) ise temsil olunan kişinin, temsilciye verdiği temsil yetkisini tek taraflı bir irade açıklaması ile ileriye etkili olarak son vermesidir.

Buna göre geri alma hem soyut hem de sözleşmeye dayanan temsilde gündeme gelebilir. Dönme ise sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeyi sona erdiren bir sebeptir. Temsil yetkisinin taraflar arasındaki sözleşmeye dayandığı hallerde, sözleşme sürekli edim borcu doğuran bir nitelik arz eder. Bu anlamda olmak üzere vekalet sözleşmesinden kaynaklanan temsilde taraflar arasında sürekli bir edim borcu söz konusudur. Temsil olunanın temsil yetkisini geri almayla yetinmeyip, vekalet sözleşmesini sona erdirmesi halinde, sürekli edim borcunun sona ermesi söz konusudur. Bu durumda dönmeden değil TBK md.126 anlamında fesihden söz edilebilir.

Geri alma ileriye etkili sonuçlar doğurduğu halde, dönme geçmişe etkili sonuçlar doğurmakta, sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan

kaldırmakta, sözleşmeden dönen kişinin bu andan itibaren ifadan kurtulması, daha önce ifa ettiklerinin ise geri alınmasını talep hakkı doğurmaktadır.

Bu farklara karşılık dönme ve geri alma tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılabilen ve bozucu yenilik doğurucu bir hak olmaları yönünden benzerlik arz ederler.

1.2. CAYMA

Geri alma hakkının en çok karıştırıldığı hukuksal kurumların başında cayma hakkı (Rückrufsrecht) gelmektedir.

Cayma, sözleşmede yer alan hükümlerin geçmişe etkili olarak, sözleşmede cayan kişinin iradesinin yer almamış olması sonucunu doğuran bir açıklamasıdır. Caymada sözleşme kuruluş aşamasına, yani öneri ve kabul aşamasına geri dönme sonucunu doğurur. Bu nedenle bu kavramın fesih ile karıştırılmaması gerekir. Fesihte geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, fesih iradesinin açıklandığı andan, ileriye etkili olarak sözleşme hükümlerini ortadan kaldırmaktadır.⁷ Fesih kurulmuş ve varlığını sürdürmekte olan bir sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur.

Türk Hukukunda cayma hakkına yer veren düzenlemelere rastlamak mümkündür. Cayma hakkından söz eden kanunların başında yaygın bir uygulaması olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dur. Bu Kanun'un 18.maddesi Taksitle Satış; 24.maddesi Tüketici Krediler; 43. maddesi Ön Ödemeli Konut Satışı ile ilgili olarak "Cayma Hakkı" kavramını kullanmışlardır. Bu maddelerde öngörülen cayma hakkının hukuksal niteliği itibariyle bozucu yenilik doğurucu bir hak olduğu kabul edilmektedir⁸ Ancak kanunda cayma hakkı kavramı kullanılmasına karşılık, burada söz konusu olanın cayma hakkı değil, bir geri alma hakkı olduğu kabul edilmektedir.⁹ Nitekim Alman

⁷ Benzer yönde: Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, C.1, Birinci Kısım Genel Hükümler (madde 1401-1452), İstanbul 2016, s.133.

⁸ Aydın Zevkliler- Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2016, s.246-247/ 291-292.

⁹ Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, 5. Bası, Bursa 2015, s.545; Çağlar Özel, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicinin Koruyucu Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s.100; Müjde Leyla Kurt, "TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan

Hukukunda da bu hakkın hukuksal niteliğinin cayma değil, geri alma (Wiederrufsrecht) olduğu savunulmuş¹⁰, BGB'de 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren köklü değişikliklerden birisi 312. Paragrafta geri alma hakkı "Wiederrufsrecht" kavramı kullanılmıştır.

BGB'de yapılan bu değişiklik bile TKHK'da sözü edilen maddelerde cayma hakkının yerinde kullanılmamış olması cayma hakkı ile geri alma hakkının çoğu zaman birbirine karıştırılmaya elverişli kavramlar olduğunu ortaya koymaktadır.

Cayma hakkına TTK'da da yer verilmiştir. "Kısmi fesih ve cayma" kenar başlığına taşıyan TTK'nın 1415.maddesine göre: "*Sigortacının sigorta sözleşmesini, bazı hükümlerine ilişkin olarak feshetmesi veya ondan cayması haklı sebeplere dayanıyorsa ve sigortacının sözleşmeyi geri kalan hükümlerle, aynı şartlarla yapmayacağı durumdan anlaşılıyorsa, sigortacı sözleşmenin tamamını feshedebilir veya ondan cayabilir.*"

Sigortacı, sözleşmeyi kısmen feshetmiş veya ondan caymışsa, sigorta ettiren sözleşmenin tamamını feshedebilir veya ondan cayabilir."

Cayma hakkına sigorta hukukunda yer veren bir başka düzenleme TTK'nın 1430.maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin 3.bendi sigorta ettirene, sigortacının sorumluluğu başlamadan önce primin yarısını ödemek suretiyle sözleşmeden cayma hakkını tanımıştır. Maddeye göre, "*Sigorta ettiren, sigortacının sorumluluğu başlamadan önce, kararlaştırılmış primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayabilir. Sözleşmeden cayma halinde, sigorta ettirenin ödemekle yükümlü olduğu prim, cayılan kısma ilişkin primin yarısıdır.*"

Yine Sigorta Hukukunda cayma hakkına yer veren diğer bir düzenleme TTK md.1434/2'de yer almaktadır. Bu maddede sigorta ettirenin prim borçlarını ödemede temerrüde düşmesi nedeniyle sigortacının sözleşmeden cayma hakkına yer verilmiştir.

Maddeye göre ilk taksiti veya tamamı peşin ödenmesi gereken prim borcunun zamanında ödenmediği durumda, sigortacı, ödeme

Geri Alma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi* S. 2- 2011, s.53; Başak Bak, *Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma*, Ankara 2016, s.41.

¹⁰ Othmar Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, 14.A, München 2011, & 355, RN.4, s. 477; Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69 Auflage, München 2010, & 355, Rn.3, s.565-566.

yapılmadığı sürece üç ay içerisinde sözleşmeden cayabilir. Üç aylık sürenin başlangıcı ise vade günüdür. Sigortacı ihtar yolu ile fesih hakkını kullanmadığı ve riziko da gerçekleşmediği takdirde üç ay içerisinde primin ödenmesi ile cayma hakkını kaybedecektir.¹¹

Sigorta ettirenin prim borçlarında temerrüdü nedeniyle sigortacının cayma hakkının şekli ve süresi ise TTK md.1440' da hükme bağlanmıştır.

Maddenin 1. fıkrasına göre *“Caymanın, sigorta ettirene bir beyanla yöneltilmesi şarttır”*; 2. fıkrasına göre ise *“Cayma, onbeş gün içinde sigorta ettirene bildirilir. Bu süre sigortacının bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlar.”*

TTK md.1441'de *“Caymanın hükümleri”* kenar başlığı altında, sigorta ettiren kasıtlı ise, sigortacının rizikoyu taşıdığı süreye ait primlere hak kazanacağı kabul edilmiştir.

Her ne kadar TTK'da sözü edilen maddelerde *“cayma hakkı”* kavramı kullanılmışsa da öğretilerde bu kavram yerine *“sözleşmeden dönme”* kavramı kullanılmaktadır.¹²

Gerçekten de sözü edilen maddelerde *“cayma”* kavramının yerinde kullanılmadığı, burada *“dönme”* nin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle TTK md. 1434'te sigorta ettirenin prim borcunu ödememesi nedeniyle sigortacının sözleşmeden cayma hakkından söz etmek doğru değildir. Burada tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya TBK md.125'te tanınmış olan sözleşmeden dönme hakkının prim borcunda temerrüd hali için öngörülen özel bir uygulaması söz konusudur.

Bu konuyla ilgili olarak son olarak TTK md.1441 hükmünü ise anlamanın mümkün olmadığını ifade etmeliyiz. Cayma halinde tarafların sözleşmeye dayanmaları ve sözleşmeden doğan edimlerin ifasını talep etmeleri mümkün değildir. Halbuki sözü edilen madde, sigorta

¹¹ Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Bası, Ankara 2012, s.82.

¹² Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. 1, Birinci Kısım Genel Hükümler, md. 1401-1452, İstanbul 2016, s.133 vd.; Yargıtay İçtihatlarında da bu konuda terim birliği yoktur. Örnek olarak: Yargıtay 11. HD. 25.01.2000, E. 1999/6585, K.2000/328; Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Bası, Ankara 2012, s.754.

ettirenin kasıtlı olması halinde, sigortacının rizikoyu taşıdığı süreye ait primlere hak kazanacağını kabul etmekle, cayılan sözleşmeden doğan prim borcunun ifa edilebilmesine olanak tanımıştır.

Türk hukukunda cayma hakkına yer veren düzenlemelerden en önemlisi 5846 sayılı FSEK'in (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu) 58. maddesinde "Cayma hakkı" kenar başlığı altındaki hükümde yer almaktadır. Bu maddeye göre:

"Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir."

Maddenin takip eden fıkralarında cayma hakkını kullanabilmenin şekli koşulları ile sonuçları hükme bağlanmıştır. Buna göre cayma hakkı, eser sahibinden bir mali hakkı ya da ruhsatı elde eden kişinin bu hakkını kullanmaması, kendisine verilen münasip (uygun) süre içinde kullanmamakta ısrar etmesi ya da böyle bir süreyi gerektirmeyen hallerde eser sahibinin sözleşmeden caymasıdır. Kanun koyucu eserin kamuya açıklanmasında sadece mali hakkı ya da ruhsatı devir alan kişinin değil, eser sahibinin de yararının bulunduğu düşüncesinden hareketle, münasip bir süre içinde bu hakların kullanılmasına cayma hakkını tanımıştır.

Bak'a göre cayma hakkı; *"Sadece yayın sözleşmeleri değil, mali hakların eser sahibi tarafından bir başkasına kullandırıldığı tüm fikri haklar sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilen; kullanılması özel maddi ve şekli şartlara bağlı olan; kullanılmaması halinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın hakkın sahibine geri dönmesi ile sonuçlanan (tasarrufi etkileri olan bir işlem niteliğinde) ve eser sahipliğinden doğan haklardan en etkili biçimde yararlanabilmesi amacıyla kanun tarafından eser sahibi lehine tanınan bir koruma hükmüdür"*.¹³

Fikri haklarda cayma hakkı, geçerli olarak kurulmuş mali hakkın devrine ya da ruhsatın verilmesine ilişkin sözleşmeden doğan bu hakkın, sahibinin öngörülen sürede hiç veya gereği gibi kullanmaması sonucu, eser sahibinin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmasıdır.

¹³ Bak, s. 8

FSEK'teki cayma hakkı, mali hak ya da ruhsatın devrine ilişkin sözleşmede, hak sahibinin sözleşmeden doğan hakkını münasip süre içinde kullanmaması nedeniyle, eser sahibinin sözleşmeden caymasını sağlayan tek taraflı bozucu yenilik doğurucu bir irade açıklamasıdır. Cayma hakkı sözleşmeyi kuruluş aşamasına kadar ortadan kaldırır ve bu ana kadar geçmişe etkili sonuç doğurur.

Cayma hakkı, hak sahibinin sözleşmeden doğan haklarını kullanmaması nedeniyle sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına yol açmakta; sözleşme hükümlerinin hiç kurulmamış gibi ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır. Burada sözleşme kurucu unsurları olan öneri ve kabul aşamasına çekilmekte, cayma hakkı ile bu hakkı kullanan kişi bu iradesini geri çekmekte; böylece sözleşme kurulmamış gibi sonuç doğurmaktadır. Buna göre cayma hakkı genellikle sözleşme ifa edilmeden önceki bir aşamada sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır.

Bunlar dışında, cayma hakkı sözleşmeden doğan borçlarda söz konusu olmaktadır.

Geri alma ise sadece sözleşmeden doğan borçlarda değil tek taraflı hukuksal işlemlerde de söz konusu olabilmektedir. Soyut temsil ilişkisinde geri alma buna örnek gösterilebilir. Öte yandan geri alma taraflar arasındaki hukuksal ilişkiyi geçmişe etkili olarak değil ileriye etkili olarak ortadan kaldırır. Bu nedenle geri alma hakkı caymadan farklı olarak sözleşme söz konusu ise taraflar edimlerini ifaya başladıktan sonra da kullanılabilir. Bunun sonucu olarak da geri alma sözleşme hükümlerinin hiç kararlaştırılmamış gibi bir etki göstermez.

Buna karşılık cayma ile geri alma arasında her ikisinin tek taraflı varması gereken bozucu yenilik doğurucu bir irade açıklaması niteliği açısından benzerlik vardır.

1.3. FESİH

Fesih (Kündigung) geçerli olarak kurulmuş, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir nedenle, ileriye etkili olarak sona ermesine yol açan bozucu yenilik doğurucu bir irade açıklamasıdır.

TBK md.126 tam iki tarafa borç yükleyen sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleş-

meyi fesih hakkını düzenlemektedir. Maddeye göre fesih, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde mümkündür.

Geride alma da fesihle olduğu gibi ileriye etkili sonuçlar doğurur. Bu yönüyle fesih ile geride alma benzerlik arz eder. Buna karşılık geride alma, fesihle farklı olarak henüz ifasına başlanmamış edimlerin ifasını da engellediği (TBK md.296'da vekalet verenin vekilin henüz edimini ifaya başlamadan önce de sözleşmeyi TBK md.512 gereği sona erdirmesinde olduğu gibi) halde, fesih ancak ifasına başlanmış sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerde ileriye etkili olarak sona erdirir.

Öte yandan fesih sadece sözleşmeden doğan borçlarda ileriye etkili olarak sona ermesi sonucunu doğurduğu halde, geride alma temsil yetkisinde olduğu gibi tek taraflı hukuksal işlemler için de söz konusu olabilir.

Soyut temsil yetkisinin geride alınmasında taraflar arasında temsil olunan tarafından tek taraflı bir irade açıklaması ile kurulan bir ilişki söz konusudur. Temsil yetkisinin sözleşmeye dayandığı hallerde de sözleşmenin feshi gündeme gelebilir. Bu durumda sözleşmenin feshi temsil yetkisini de sona erdirdiğinden ayrıca geride almaya ihtiyaç yoktur. Bu durum temsil yetkisinin vekalet sözleşmesinden kaynaklandığı hallerde ortaya çıkabilir. Vekalet sözleşmesi sürekli edim borcu doğuran bir sözleşme olması nedeniyle TBK md.126 gereğince sona erdirilebilir ve bu durumda sözleşmeden kaynaklanan temsil yetkisi son bulur.

2. TEMSİL YETKİSİNİ GERİ ALMAYA YETKİLİ KİŞİ

2.1. TEMSİL OLUNAN

Temsil yetkisinin geride alınması hakkı, kural olarak bu yetkiyi veren irade sahibine aittir. Temsil yetkisini verme iradesi temsil olunana ait olduğuna göre, bunu geride alma hakkının da ona ait olması gerekir.

Temel ilişkiye dayanmayan yani soyut temsil yetkisi verilmesi tek taraflı bir irade açıklamasıdır. Fakat hukuksal sonuca yönelik böyle bir irade açıklamasının istenen hukuksal sonucu doğurabilmesi için temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Nitekim bu nedenle TBK md.43 f.I temsil olunanın fiil ehliyetini kaybetmesini temsil yetkisinin kendiliğinden sona erme sebebi olduğunu açıklamıştır.

Temsil yetkisinin taraflar arasında bir temel ilişki olarak sözleşmeye dayandığı hallerde ise tarafların sözleşme yapabilme yani fiil ehliyetine sahip olması gerektiği açıktır. Nitekim bu nedenle TBK md.513 vekalet sözleşmesinde tarafların fiil ehliyetini kaybetmesini, sözleşmenin kendiliğinden sona erme sebebi olarak öngörmüştür.

Temsil yetkisi ister soyut temsil yetkisi ister sözleşmeye dayanan temsil yetkisi olsun, temsil olunanın geri alma iradesini açıklayabilmesi için de fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Geri almanın tek taraflı bir irade açıklaması olması aksini düşünmemize yol açamaz. Zira geri alma hukuksal sonuca yönelik bir irade açıklamasıdır.

Aşağıda temsil yetkisinin birden fazla kişi tarafından verilmesini yaygın türü olan paylı mülkiyet konusu malda paydaşların temsil yetkisini geri alma yetkileri üzerinde durmamız gerekmektedir.

Temsil olunanlar birden fazla kişiden oluşabilir. Bu kişiler adına yapılacak bir hukuksal işlemde, temsilcinin bu kişilerin tamamının yetkisine sahip olması gerekir.

Birden fazla kişinin temsilci tayin ettiği, yani temsil olunanın birden fazla kişiden oluştuğu hallerde, bunlardan her birinin temsil yetkisini geri alma hakkına sahip olduğu, hepsinin geri alma iradesini birlikte açıklamalarının kural olarak zorunlu olmadığı kabul edilmektedir.¹⁴ Ancak bu durumda geri alma iradesini açıklayan kişi, kendisi ile temsilci arasındaki ilişkiye son verir. Geri almanın haklı ya da haksız olması ise, temsilci ile temsil yetkisini geri alan arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bunun dışında bir ya da bir kısım temsil olunanın, temsil yetkisini haklı bir neden olmaksızın geri almaları, yetkiyi geri almayanların bir zararına yol açmışsa bunlara karşı da doğan zararları nedeniyle aralarındaki iç ilişkiden sorumlulukları doğabilir.

Burada mülkiyet hakkının birden fazla kişiye ait olduğu hallerde mülkiyet konusu eşyayla ilgili yönetim ya da hukuksal işlemler için temsilci tayin edilmesi konusu önem taşır.

Mülkiyet hakkının birden fazla kişiye elbirliğiyle ait olması mümkündür. Bu durum mirasın açılmasıyla birlikte mirasçılar arasında

¹⁴ Von Tuhr/Peter, s.367; Turhan Esener, Selahiyete Müstenit Temsil, s.189; Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 433; Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s.275.

(TMK md.640) ya da adi ortaklıkta (TBK md.624) ortaklar için günde-me gelebilir. Bu hallerde temsil yetkisinin geri alınmasını aşağıda ele alacağız.

Mülkiyet hakkının birden fazla kişiye ait olması, paylı mülkiyet şeklinde ortaya çıkabilir. Uygulamada mülkiyet hakkının birden fazla kişiye ait olmasının bu türüne sıkça rastlanmaktadır.

Paylı mülkiyet konusu bir malın yönetimi ya da üzerinde hukuksal işlemlerin yapılması (taahhüt ya da tasarruf işlemleri gibi) için verilecek temsil yetkisi ve bunu geri alınmasında nasıl hareket edilecektir? Bu sorunun yanıtını, paylı mülkiyette “Yönetim ve Tasarruf” başlığı altındaki 688-692 hükümlerine göre vermek gerekir.

Paydaşlar oybirliğiyle anlaşarak paylı mülkiyet konusu malın yönetimiyle ilgili bir karar verebilirler. Bu amaçla bir temsilci tayin edildiğinde, bu yetkinin geri alınması da aynı kurala yani oybirliği ilkesi-ne tabi olmalıdır.

Böyle bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde paylı mülkiyetin yönetimine ilişkin kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu anlamda olmak üzere, TMK md.692’de sözü edilen olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar için oybirliği aranmıştır. Bu işler için temsilci tayin edilmesi ve temsil yetkisinin geri alınmasında da aynı kural uygulanmalıdır.

TMK md.691’de sözü edilen işler için ise, pay ve paydaş çoğunluğunun kararı aranır. Bu işler için temsilci tayin edilmesi ve temsil yetkisinin geri alınmasında da aynı çoğunluk aranmalıdır.

Yukarıdaki her iki halde de paydaşlardan bir veya bir kısmının temsilciye verdikleri temsil yetkisini geri almaları geçersiz olmasına karşın, temsilcinin (vekilin) görevini yerine getirmesi engellenmiş olursa, haksız geri alma nedeniyle temsilci veya diğer paydaşlar söz konusu geri alma yetkisini kullananlardan, bu yüzden uğradıkları zararların tazmin edilmesini talep edebilirler. Örneğin; paylı mülkiyet konusu bir arsada inşaat yapılması konusunda yüklenici ile paydaşlar oybirliğiyle bir anlaşma yaptıkları, bu işlemleri yürütmesi için bütün paydaşlar oybirliğiyle yükleniciye temsil yetkisi (vekalet) verdikleri halde, bir ya da bir kısım paydaş temsil yetkisini geri aldıklarında (vekili azlettiklerinde) diğer paydaşlar ve vekil bu yüzden uğradıkları zararlar nedeniyle doğan zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceklerdir.

Tüzel kişilerde temsil yetkisi verilen yönetim kurulu üyelerine verilen yetkisi geri alma TTK'nın ifadesi ile "görevden alma" yetkisi genel kurula aittir. Genel kurulun yönetim kurulunu görevden alabilmesi için genel kurul gündeminde bu konuya yer verilmiş olması ya da gündemde yer verilmemiş olmasına rağmen haklı bir sebebin varlığı gerekir. (TTK md.364)¹⁵

2.2. TEMSİL OLUNANIN TEMSİLCİSİ

Temsil yetkisini geri alma iradesi, temsil olunan yerine onun temsilcisi tarafından açıklanabilir mi? Bu soruya verilecek olan yanıt, geri alma iradesinin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olup olmamasına bağlıdır.

Geri alma iradesi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak değildir. Bu nedenle bu irade, temsil olunan adına yetkili temsilcisi tarafından da kullanılabilir. Örneğin; A'ya ait arsada inşaat yapmak üzere M ile A'nın vekili C bir eser sözleşmesi akdetmişler, C, M'ye inşaatla ilgili olarak A adına malzeme satın alma yetkisini de vermiştir. Bu örneğimizde C, M'ye vermiş olduğu yetkiyi A'nın adına, kendisine verilen vekalette başkalarına temsil yetkisi verme (tevkil gibi) ya da bunu geri alma (azili) yetkisi varsa geri alabilir.

2.3. MİRASÇILAR

Mirasçıların temsil yetkisini geri alması konusunu TBK md.43 gereğince temsil olunanın temsil yetkisinin ölümünden sonra da devam etmesini kararlaştırması ya da işin niteliğinden bu durumun çıkması ile miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunması olmak üzere ikili bir ayırım yapmak suretiyle ele almak gerekir.

2.3.1. ÖLÜME RAĞMEN TEMSİL YETKİSİ

Hukuksal işlem den kaynaklanan temsil yetkisi TBK md. 43 gereğince, temsil olunanın ölümü ile kendiliğinden son bulur. Ancak maddede temsil olunanın ölümü ile temsil yetkisinin kendiliğinden son bulması "aksi kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılma-

¹⁵ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, 3. Bası, s.256.

dıkça" koşullarına bağlanmıştır. Aynı düzenleme vekalet sözleşmesinde, vekalet verenin ölümü hali için de TBK md.513'te yer almıştır.

Buna göre temsil olunanın ölümüne rağmen temsilcinin temsil yetkisini kullanmaya devam etmesi, temsil olunanın bunun kararlaştırmış olması ya da işin özelliğinin bunu gerektirmesi hallerinde mümkün olabilecektir. Bu durumlarda temsil olunanın ölümünden sonra, "ölüme rağmen temsil yetkisinin devam etmesi" (mandatum post mortem) söz konusudur.

Burada temsil yetkisini geri alma hakkı ile mirasın açılmasından sonra, mirasçıların terekeyle ilgili işlemler için tayin ettikleri temsilciden temsil yetkisini geri alma haklarının, birbirine karıştırılmaması gerektiğini vurgulamamız gerekir.

Burada söz konusu olan mirasbırakanın tayin ettiği temsilciye verdiği yetkinin geri alınmasıdır. Mirasçıların mirasın açılmasından sonra terekeyle ilgili işlemler için kendilerinin tayin ettikleri temsilciden, temsil yetkisini geri alabilmelerini aşağıda ele alacağız.

TBK md.43 ve TBK md.513'te sözü edilen mirasbırakanın ölüme rağmen temsil yetkisinin devam etmesini öngördüğü hallerde, bunun geri alınması hakkı mirasçılara aittir¹⁶. Zira temsil olunanın ölümüne rağmen, temsilcinin temsil yetkisini kullanması, ölen adına (temsil olunan adına) değil, mirasçılar adına kullanılabilir. Bilindiği üzere, kişilik ölümle son bulur (TMK md.28). Ölen kişinin (temsil olunan) adına temsil yetkisinin kullanılması söz konusu olamaz. Bu nedenle temsil olunanın ölümü ve temsil yetkisinin ölüme rağmen devam edeceğini kararlaştırmış ya da işin niteliğinden anlaşılmış olduğu hallerde, geri alma yetkisini mirasçılar kullanabilir.

TMK md.640 f.II hükmüne göre:

"Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.

Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir".

¹⁶ Oğuzman-Öz, s. 247.

Mirasçılar ölüme rağmen temsil yetkisinin söz konusu olduğu hal-lerde, yetkiyi oybirliğiyle birlikte mi geri alabilirler yoksa her biri bu yetkiyi geri alma yetkisine sahip midir?

Bu konuda mirasçılardan her birinin geri alma yetkisini kullanabi-leceği kabul edilmektedir.¹⁷ TMK md.640 f.II mirasçılardan her birine sulh mahkemesine başvurarak terekeye temsilci tayin ettirme yetki-si tanıdığına göre, mirasçılardan her birinin miras bırakan tarafından temsilciye verilen temsil yetkisini devam ettirme zorunluluğu olma-malıdır.

2.3.2. MİRASÇILARIN TEREKEYE İLGİLİ OLARAK TAYİN ETTİKLERİ TEMSİLCİ

Mirasçılar terekeyle ilgili iş ve işlemler için temsilci tayin edebi-rlirler. Burada temsil yetkisini veren mirasçılardır. TBK md.43 ve TBK md.513'te olduğu gibi mirasbırakan değildir.

Mirasçılar, mirasın açılması ile birlikte tereke malları üzerinde el-birliği halinde malik olurlar.

TMK md.640 f.II hükmüne göre:

“Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün hak-lar üzerinde birlikte tasarruf ederler.”

Buna göre mirasçılar tereke mallarının yönetimi ve bunlarla ilgili yapılacak işlemler konusunda kendi aralarında anlaşabilirler. Bu du-rumda aralarındaki bu anlaşma hükümlerine göre hareket edilir. Mi-rasçılar bu konularda kendilerini temsil etmek üzere bir temsilci tayin edebilirler. Terekeyi yönetmek ya da tereke malları üzerinde hukuk-sal işlemler yapmak üzere temsilci atanması, bir hukuksal işlem olup, bütün mirasçılarının oybirliğini gerektirir. Bir ya da birkaç mirasçının temsilci tayin etmesi hüküm ifade etmez.

¹⁷ Akyol, s.404-405; İnceoğlu, s.275/297; Cem Akbıyık, “Fransız Hukukunda Ölüm-den Sonra Etkili Vekalet, -Le mandat a effet posthume”, Prof. Dr. İlhan Ulusana Armağan, C.1, s.81-101/ 99; Yargıtay İçt. Bir. Kar. 22.2.1941, E.20, K.87 (Resmî Ga-zete no: 4740; Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C.1, Ankara 1991, s. 542. Aynı yönde Yargıtay HGK. 25.09.1981, 7-2406/641 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Mirasçıların tereke mallarının yönetmek ya da tereke malları üzerinde hukuksal işlemler yapmak üzere atadıkları temsilciden temsil yetkisi nasıl geri alınacaktır?

Mirasçılar oybirliğiyle mi hareket etmelidir, yoksa her biri temsil yetkisini geri alma yetkisine sahip midir?

Konuya vekalet sözleşmesi açısından ele alan yazarlar¹⁸, vekalet verenler arasında miras ortaklığı ya da adi ortaklık varsa, bunların vekalet yetkisini (azil yetkisini) birlikte veya yetkili temsilci veya yönetici aracılığıyla kullanmaları gerektiğini, mirasçılarının her birinin tek başına vekili azletme yetkisine sahip olmadıklarını kabul etmektedirler.

Bu görüş sadece vekalet yetkisini geri alma için değil, genel olarak bütün temsil hallerinde temsil yetkisini geri alma için ileri sürülmektedir.

TMK'nın yukarıda naklettiğimiz 640.maddesinin II. fıkrasında açık bir biçimde *"Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler."* ifadesi yer almıştır. Mirasçılarının tereke mallarıyla ilgili bir hukuksal işlem olan temsilci tayin etmeleri nasıl oybirliğini gerektirmek ise, bu yetkinin geri alınması da aynı ilkeye tabi olmalıdır.

Bu sonuca elbirliği mülkiyetle ilgili TMK md.702 f.II hükmünden hareketle de varmak mümkündür. Bu maddeye göre:

"Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir."

Tereke malları üzerinde mirasçılar elbirliği halinde malik olduklarına göre, bu kural mirasçılarının tereke mallarının yönetimi ve terekeye temsilci atanması için de geçerlidir¹⁹. Mirasçılarının temsilci atamalarındaki oybirliği ilkesi temsil yetkisinin geri alınması için de uygulanması gereken bir ilkedir.

¹⁸ Tandoğan, s. 645; Özkaya, s. 854.

¹⁹ Gökhan Antalya, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s.425.

2.3.3. TEREKE TEMSİLCİSİ

Mirasçılardan birinin terekenin yönetimi ve terekeyle ilgili bir kısım iş ya da işlemlerin yapılması için temsilci tayin edilmesinde anlaşamadıkları durumda, her birinin başvurusu üzerine mahkemece tereke temsilcisi tayin edilebilir. TMK md.640 f.III hükmüne göre:

“Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir.”

TMK md.640 f.II hükmü gereğince terekeye mahkemece temsilci atanmış ya da miras bırakan vasiyetle bu kişiyi belirlemiş olabilir. Her iki halde de tereke temsilcisi terekenin taksim ve tasfiyesine kadar tereke ile ilgili her türlü işlemleri yapabilir.²⁰ Bu anlamda olmak üzere, miras bırakan tarafından tayin edilmiş olan temsilcinin yetkisini geri alabileceği gibi, bizzat kendisinin tayin ettiği temsilcinin ya da bir ticari işletme söz konusu olup, bu işletme için temsilci tayin edilmişse, ticari mümessilin de temsil yetkisini geri alma hakkına sahiptir.

2.3.4. VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİ

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakan tarafından atanır. (TMK md.550) Görev ve yetkileri ise kanunda belirlenmiş olduğundan burada yasal temsil söz konusudur. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevine son verilmesi, yani temsil yetkisini geri alma yetkisi sulh hukuk mahkemesine aittir. (TMK md.555 f.III)

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin bu görevini yerine getirmek üzere bizzat temsilci ataması mümkündür. Bu durumda vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından temsilci atanması söz konusu olup, geri alma yetkisi de kendisine aittir.

Bu kural kişi ortaklıklarında ortaklık sözleşmesi ile temsilci atandığı hallerde de uygulanır. Ortaklık sözleşmesi ile ortağın ölümünden sonra da yetkili olmak üzere ticari temsilci atanmışsa, vasiyeti yerine getirme görevlisi onun temsil yetkisini geri alma yetkisine sahiptir.²¹

²⁰ Geniş bilgi için bkznz. Ömer Uğur Gençcan, Miras Hukuku, Ankara 2008, s.637.

²¹ Şener, s.406-407

3.2. İŞLETME SAHİPLERİ

3.2.1. GENEL OLARAK

TBK md.554 hükmüne göre:

“İşletme sahibi, ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerini, aralarındaki hizmet, vekalet, ortaklık ve benzeri sözleşmelerden doğan hakları saklı kalmak koşuluyla, her zaman geri alabilir.”

Bu hüküm kaynak İBK md. 465'ten alınmış olup, aynı düzenleme HGB (Alman Ticaret Kanunu) 52.maddede de yer almıştır.

Ticari temsil ilişkisi de her temsilde olduğu gibi, güvene dayanan bir ilişkidir. İşletme sahibinin güvene dayalı olarak kurduğu bu ilişkide, bu güvenin ortadan kalkması halinde verdiği temsil yetkisini her zaman geri alabilme hakkına sahip olmasını gerektirir. Buna göre TBK md.554 işletme sahibini yani taciri koruma amacını taşımaktadır²².

Adi ortaklıkta temsil yetkisinin geri alınmasına gelince, TBK md.624 f.I hükmüne göre; *“Ortakların kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınır.”*

Bu madde adi ortaklıkta, yukarıda ele almış olduğumuz mirasçılar arasında olduğu gibi, ortaklığa dahil malların yönetimi ve üzerine hukuksal işlemlerin yapılması konusunda, oybirliği ilkesini kabul etmiştir. Buna göre, adi ortaklığa temsilci tayin edilmesi oybirliğini gerektirir. Temsilci atanması oybirliğini gerektirdiğine göre, bu yetkinin geri alınması da aynı kurala tabidir.

3.2.2. TİCARET ORTAKLIKLARINDA

3.2.2.1. KOLLEKTİF ORTAKLIKLARDA

TTK md.235 f.I haklı sebeplerin varlığı halinde kollektif şirketi temsile yetkili kişinin temsil yetkisinin bir ortağın başvurusu üzerine mahkemece kaldırılmasını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin II. fıkrası ise şu şekildedir; *“Ticari mümessil, temsil yetkisini haiz ortakların tümü tarafından üçüncü kişilere karşı geçerli olacak şekilde görevden alınabilir.”*

²² Şener, s.395

Madde kollektif şirketin ticari temsilcisinin, şirketi temsile yetkili bütün ortakların alacağı kararla görevden alınabileceğini, yani temsil yetkisinin geri alınabileceğini hükme bağlamıştır.

Bu hükmün İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 565'ten alındığını belirten Şener²³, bu düzenlemeyi iki açıdan eleştirmektedir.

Birincisi maddenin bu haliyle, kollektif şirketi temsil yetkisine haiz olan ortakların ticari temsilcinin temsil yetkisini geri almada oybirliğini sağlayamadıkları takdirde geri alma mümkün olmayacaktır düzenlemesini içermektedir. Halbuki kollektif şirketi temsile yetkili her ortağın tek başına ticari temsilcinin temsil yetkisini geri alma alabilmesi gerekir. Maddenin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 565. maddesinden yapılan çevirisi hatalıdır, maddenin aslına uygun olarak bu şekilde anlaşılması gerekir.

İkincisi ise, maddenin ifadesine göre, kollektif şirketi temsile yetkili ortakların, ticari temsilcinin temsil yetkisini geri almaları üçüncü kişilere bu anda etkili olacaktır. Halbuki bu sonuç TBK md.550 hükmüne aykırıdır. Zira bu maddeye göre, ticari temsilcilere verilen temsil yetkisi ve bunun geri alınması ilan edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişileri etkilemez. Bunun sonucu olarak, temsil yetkisinin kollektif şirketi temsile yetkili ortaklar tarafından geri alınması yeterli olmayıp, iyiniyetli üçüncü kişiler için bu karar ilan edilmedikçe bu kişiler korunacaktır.

3.2.2.2. ANONİM ORTAKLIKLARDA

TTK md.365 hükmüne göre, *“Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atayabilir.”*

Aynı Kanun'un 375.maddesi yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileriyle ilgili d bendinde *“Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları”* hükmüne yer vermiştir. Buna göre, anonim ortaklıklarda ticari temsilcileri ve vekilleri atama yetkisi, yönetim kurulu-na ait olduğuna göre temsil yetkisini geri alma hakkı da bu kurula aittir.

Şirket yönetiminde çift imza veya birlikte imza kuralı varsa, geri alma kararına karşı çıkanların iradesi yerine geçmek üzere dava açılabilir.²⁴

²³ Şener, s.408-409

²⁴ Şener, s. 410.

3.2.2.3. LİMİTED ORTAKLIKLARDA

TTK md.631'in I. bent hükmüne göre, şirket ana sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa, ticari temsilci ve ticari vekiller ancak genel kurul kararı ile atanabilir, yetkileri de ancak genel kurul tarafından sınırlandırılabilir.

Maddenin II. bent hükmüne göre, şirket müdür veya müdürlerin çoğunluğu, 623. maddenin kapsamına girmeyen ticari mümessil veya ticari vekili her zaman görevden uzaklaştırılabilir. Ancak bu kişi genel kurul kararı atanmış bir kişi ise, görevden alma ve yetkilerini sınırlandırmak için genel kurulun gecikmeksizin toplantıya çağırılması gerekir.

Maddenin bu düzenlemesi karşısında, limited ortaklıklarda ticari temsilci ve ticari vekili atama ve yetkilerini sınırlandırma genel kurula tanınmış bir yetkidir. Ancak şirket müdür veya müdürler kurulunun çoğunluk üyeleri 623.maddenin kapsamına girmeyen ticari temsilci veya ticari vekili görevden uzaklaştırılabilirler. Yani temsil yetkisini geri alabilir ya da sınırlandırılabilirler. Ancak temsil yetkisi geri alınan ya da sınırlandırılan temsilci ya da vekil genel kurul tarafından atanmışsa, alınan bu kararın gecikmeksizin genel kurula bildirilmesi gerekecektir.

Kanun, bu düzenlemesi ile limited ortaklıklarda temsil yetkisini sınırlandırma ya da geri alma yetkisini genel kurula vermiştir. Ancak müdür veya müdürler çoğunluğunun bir anlamda tedbir niteliğinde olmak üzere bu yetkileri kullanabileceği, alınan bu kararı ise gecikmeksizin genel kurulun onayına sunması gerektiği hükme bağlanmıştır.

4. GERİ ALMA AÇIKLAMASININ MUHATABI

4.1. TEMSİLCİ

Geri alma irade açıklamasının muhatabı genellikle olduğu gibi temsilcidir.

Temsilci gerçek kişi ise geri alma iradesinin bu kişiye bildirilmesi; tüzel kişi ise tüzel kişiyi temsile yetkili kişi ya da kişilere bildirilmesi gerekir.

Temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmiş olması, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflası etmesi ya da temsil yetkisi tüzel kişiye verilmişse

tüzel kişiliğin son bulması TBK md.43 gereğince temsil yetkisinin iradi olmayan nedenlerle yani kendiliğinden sona erme sebepleri olduğundan geri alma iradesinin bildirilmesine gerek olmayacaktır.

Birden fazla temsilci tayin edilmesinin iki türü birbirinden ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi birlikte temsil, diğeri ise müteselsil temsil (Solidarvollmacht) olarak adlandırılmaktadır.²⁵ Her iki halde temsil yetkisinin geri alınması farklı sonuçlar doğuracaktır.

Temsil olunanın, bütün temsilcilere verdiği temsil yetkisi geri alınması halinde sorun yoktur. Temsil olunan birden fazla temsilciden bir ya da bir kısmına verdiği temsil yetkisini geri aldığına ne yapılacaktır? Konuyu birlikte (Kollektivvollmacht) ve müteselsil temsile göre ayrı ayrı ele almak gerekir.

Birlikte temsilde temsil olunan birden fazla temsilciye yetki vermekte ve temsil yetkisini birlikte kullanmalarını şart koşmaktadır. Çift imza ile temsil yetkisinde bunu görmekteyiz. Burada birden fazla temsilciden her biri temsil olunan adına hukuksal işlemi tek başına yapmaya yetkili değildir. Diğer temsilci ile birlikte hareket zorunluluğu vardır. Temsil olunan iki temsilci tayin etmiş, fakat bunların birlikte hareket etmeleri gerektiği zorunluluğu getirmişse, birisinden temsil yetkisinin geri alınması, diğerinin bu yetkiyi kullanmasını imkansızlaştırır. Bu durumda kural olarak diğerine verilen temsil yetkisi de geri alınmış olur.

Temsil olunan ikiden fazla temsilci tayin etmiş, bunlardan en az ikisinin birlikte temsil yetkisini kullanmasını öngörmüş olabilir. Bu durumda, diğerlerinden temsil yetkisinin geri alınması, kalan iki temsilcinin temsil yetkisini geri alması sonucunu doğurmaz. Bu istisna dışında birlikte hareket etmesi zorunlu olan birden fazla temsilciden birinin temsil yetkisinin geri alınması diğerlerinin temsil yetkisinin de geri alınması sonucunu doğurur.²⁶

Temsil olunan birden fazla temsilci tayin etmiş, fakat bunlardan her birinin bu yetkiyi kullanabilmesini öngörmüş olabilir. Bu durumda, müteselsil temsilden söz edilmektedir.²⁷

²⁵ Von Tuhr/Peter, s.375; İnceoğlu, s. 225 vd.

²⁶ İnceoğlu, s. 327

²⁷ Eren, s.449; İnceoğlu, s.237, 328.

Temsil olunan birden fazla temsilci tayin etmiş olup, her birinin ayrı ayrı bu yetkiyi kullanmalarını öngörmüşse, bir ya da bir kısmının temsil yetkisini geri alması diğerlerine sirayet etmez. Ancak temsil olunanın geri alma iradesinden bütün temsilcilerden yetkinin geri alınması yönünde olduğu hallerde geri olma sübjektif değil, objektif etkili olacaktır.

4.2. ALT TEMSİLCİ

Temsil olunanın temsilciye verdiği yetkiyi, temsilcinin bir başkasına kullandırması halinde alt temsil gündeme gelir. Bu durumda temsil yetkisi verilen kişi asıl temsilci, bunun yetkiyi kullandığı kişi ise alt temsilci adını alır.

TBK, vekalet sözleşmesinde bu konuyu hükme bağlamıştır. TBK md.506, vekilin işi bizzat ifa etmekle yükümlü olduğunu, ancak vekalet verenin yetki verdiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde işi başkasına yaptırabileceğini hükme bağlamıştır. Bu madde gereğince vekilin işi başkasına yaptırmaya yetkili olduğu hallerde alt vekilden söz edilmektedir.

TBK, soyut temsilde alt temsile ilişkin bir hükme vermemiş, vekalet sözleşmesinde alt vekaleti öngörmesine rağmen, alt vekalet yetkisinin geri alınması (vekalet sözleşmesine son verilmesi) konusunda bir düzenleme öngörmemiştir.

Alt temsilciye verilen temsil yetkisinin, asıl temsilci (alt temsil yetkisini veren temsil olunan) tarafından geri alınabileceği; temsil olunanın ise hem asıl hem de alt temsilciyi geri alabileceği açıktır.

Temsil olunanın asıl temsilciye verdiği yetkisini geri almadan, alt temsilciye verilen yetkiyi (die echte Substitution) de geri alabileceği kabul edilmektedir.²⁸ Temsil olunanın sadece asıl temsilciye verdiği temsil yetkisini geri almasının ise alt temsilcinin temsil yetkisine etkili olup olmayacağı hususu tartışmalıdır.

Birinci görüşe göre asıl temsilcinin yetkisinin geri alınması, aksi anlaşılmadıkça, alt temsilcinin yetkisinin de geri alınması sonucuna doğurur.²⁹

²⁸ Von Tuhr/Peter, s.374; Esener, Selahiyete Müstenit Temsil, s. 93; İnceoğlu, s.330.

²⁹ Akyol, s. 432.

İkinci görüş bu sonucun mutlaka böyle olduğu, geri almanın alt temsilciye etkilememesinin söz konusu olamayacağını kabul etmektedir.³⁰

Üçüncü görüşe göre, asıl temsilciye verilen yetkinin geri alınmasının subjektif etkili olduğu, alt temsilciyi etkilemediği, temsil olunan alt temsilcinin yetkisini geri almak isterse bunu ayrıca açıklaması gerektiğini savunmaktadır.³¹ Bu görüşün sonucu olarak, vekalet veren vekile verdiği yetkiyi geri aldığı yani vekili azlettiği halde alt vekilden yetkiyi geri almayabilir, alt vekili de azletmeyebilir. Aksi halde, vekil azledilmek suretiyle ilk sözleşmenin sona ermesinden, alt sözleşme yani alt vekalet sözleşmesi etkilenmeyecektir.

Dördüncü görüşe göre,³² alt temsilciye temsil yetkisi, asıl temsilcinin temsil yetkisinin devam etmesi koşuluna bağlı olarak verilmemişse, temsilcinin yetkisinin geri alınması alt temsilciyi etkilemez.

Beşinci görüşe göre³³ ise temsil olunanın açık veya zımni iradesinden aksi anlaşılmadıkça ya da işin niteliğinden aksine bir sonuca ulaşılmadıkça asıl temsilciden temsil yetkisinin geri alınmasının alt temsilciyi de etkilemesi yani ondan da temsil yetkisinin geri alındığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Bu görüşlerden ikincisinin isabetli olduğu kanısındayım. Yani, asıl temsilciye verilen temsil yetkisinin geri alınmasının alt temsilciyi de etkilediği, ona verilen yetkinin de geri alınması sonucunu doğuracağını doğru bulmaktayım. Özellikle vekalet sözleşmesinde vekilin işi bizzat yerine getirme yükümlülüğüne ilişkin TBK md.506 hükmü bu görüşü haklı çıkarmaktadır. Bu maddeye göre, vekil kural olarak işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Üçüncü kişiye işi yaptırması bir istisna hükmüdür.

Temsil ve vekalet ilişkisi bir güven ilişkisi olduğundan, temsilci veya vekile yetki verenin, bu güvenin sarsıldığı hallerde, yetkiyi geri

³⁰ Becker, Art. 35, N.3

³¹ Georg Zikos, Die Vollmacht Nach Schweizerischen Rechte, Dissertation, Zürich 1966, s.101; Vekalet sözleşmesiyle ilgili olarak aynı yönde: Şebnem Akipek, Alt Vekalet, Ankara 2003, s.239; Özkaya, s. 594.

³² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, & 46, N. 56, s.665; Esener, Selahiyete Müstenit Temsil, s. 94.

³³ Inceoğlu, s. 330-340.

almasına rağmen, kendisine güvenmediği alt temsilci ya da alt vekille baş başa bırakılması, buna verdiği yetkiyi de ayrıca geri almak zorunda bırakılması isabetli değildir. Bu nedenle bu konuda geri almanın objektif etkili olduğunu yani hem asıl hem de alt temsilciyi etkilemesidir. Ancak kuşkusuz temsil olunan ya da vekalet veren geri alma iradesini açıklarken bunun aksini isteyebilir.

4.3. ÜÇÜNCÜ KİŞİ

Temsil yetkisi temsil olunan tarafından temsilciye karşı tek taraflı bir irade açıklaması ile verilir, bu kişiler arasında temsil ilişkisi yaratır. Bu nedenle bu yetkiyi geri almanın muhatabının da temsilci olması gerekir. Bunun sonucu olarak, geri alma iradesinin üçüncü kişilere bildirilmesi temsil yetkisini sona erdirmez. Bu bildirim temsil yetkisini sona erdiren bir irade açıklaması değildir. Temsil yetkisini sona erdiren irade açıklamasının muhatabı temsilcidir. Buna göre temsil yetkisinin geri alındığının üçüncü kişiyi bildirilmesi, yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi bir bilgi açıklaması, yani haber vermedir. Temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesi kurucu, bunun geri alınmasının üçüncü kişiye bildirilmesi de bozucu bir irade açıklaması niteliğini taşımaz.

Temsil yetkisinin geri alındığının üçüncü kişilere bildirilmesine ilişkin bilgi açıklamasının temsil yetkisini bozucu bir etkisi olmamasına karşılık, bu yetkinin geri alınmış olduğu konusunda bilgilendirme sonucunu taşıdığından yetkinin devam ettiğine ilişkin iyiniyeti bertaraf edici etkisi vardır. Bir başka ifadeyle, temsil olunanın, temsil yetkisini geri aldığı üçüncü kişilere bildirmesi, üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etme etkisi açısından önemlidir.

Burada alacağın temlikinin borçluya bildirimine (TBK md.186) benzer bir durum söz konusudur. Alacağın temlikli alacaklı ile üçüncü kişi arasında kurulan bir hukuksal ilişki olup, borçlu bunun tarafı değildir. Ancak borçluya bu bildirim yapılmazsa, iyiniyetle alacaklıya yaptığı ödemeye borçtan kurtulur. Temsil yetkisi de temsil olunan ile temsilci arasında kurulan bir hukuksal ilişkidir. Üçüncü kişi bunun tarafı değildir. O halde, alacağın temlikinin borçluya bildirilmesinde olduğu gibi geri almanın üçüncü kişiye bildirilmesi, kurucu bir etkiye sahip olmayıp, üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmeye yöneliktir.

Temsil yetkisinin geri alınmasının hüküm ve sonuçlarını ele aldığımızda, üçüncü kişilerin iyiniyetinin yapılan hukuksal işlemin temsil olunan açısından bağlayıcı olması; işlemin bağlayıcı olmamasına karşılık üçüncü kişilerin zararının tazmin sorumluluğunun doğması konularını kapsamlı olarak ele alacağız.

Burada geri almanın üçüncü kişilere bildirilmesi konusuyla sınırlı olarak bu iki konuyu kısaca açıklamamız gerekir.

TBK, temsil yetkisinin geri alındığından haberdar olmayan üçüncü kişileri iki açıdan korumuştur. Birincisi yapılan hukuksal işlemin temsil olunan için bağlayıcı olması, ikincisi ise üçüncü kişinin işlemin bağlayıcı olmaması nedeniyle uğradığı zararının tazmin edilmesidir.

4.3.1. GERİ ALMANIN BİLDİRİLMEDİĞİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN İYİNİYETİNİN HUKUKSAL İŞLEMİN BAĞLAYICILIĞINA ETKİSİ

TBK., temsil yetkisinin geri alınmasının iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından iki tür etkisini hükme bağlamıştır.

Birinci etkisi temsil yetkisinin geri alınmasına rağmen, temsil olunanın, temsilci tarafından iyiniyetli üçüncü kişiyle yaptığı hukuksal işlemle bağlı olmasıdır. İkincisi ise, temsil yetkisinin geri alınmasına rağmen, temsil olunanın, temsilcinin kendisiyle hukuksal işlem yaptığı üçüncü kişinin uğradığı zarardan sorumluluğudur.

Bu konuyu aşağıda ikiye ayırarak ele almak gerekir.

4.3.1.1 Temsil Yetkisinin Geri Alınmasına Rağmen Hukuksal İşlemin Bağlayıcılığı:

Temsil yetkisinin geri alındığının üçüncü kişilere bildirilmemesi halinde, üçüncü kişinin iyiniyeti, iki halde temsilcinin yaptığı hukuksal işlemin temsil olunan açısından bağlayıcı olması sonucunu doğurmaktadır.

- TBK md.42 f.III hükmüne göre, *“Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı onlara bildirmediği takdirde yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.”*

Eski BK md.34 f.III'te "...salahiyetin bu suretle ref'ini üçüncü şahıslara karşı dermeyeran edemez" hükmünde sadece üçüncü şahıslardan söz edilmiş, bunların "iyiniyetine" vurgu yapılmamıştı. Buna rağmen, bu eski metne ilişkin yapılan yorumlarda, bu maddeyi karşılayan kaynak İBK md.34.f.III'te açıkça "üçüncü kişinin iyiniyetinden" (gutglaubigen Dritten) söz edilmiş olması karşısında, bizim 34/ III hükmünde bu vurgu yapılmamasına rağmen, burada da iyiniyetli üçüncü kişilerin korunduğu kabul edilmekteydi.³⁴

Metnini yukarıda naklettiğimiz TBK md.42 f.III hükmü, bu eksikliği gidermiş ve kaynak kanuna uygun olarak "iyiniyetli üçüncü kişilere karşı" ifadesini kullanmıştır.

TBK md.42 f.III hükmüne göre, temsil olunan kişi temsil yetkisini üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı olarak bildirmişse, bunu sınırlandırdığını yani kanunun ifadesi ile kısmen geri aldığını ya da geri aldığını yani tamamen kaldırdığını da bildirmelidir. Madde bu bildirim "üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması açısından" etkisi olabileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Bu hükme göre, geri alınma bildirimini üçüncü kişiye bildirilmediği takdirde, bundan bilgisi olmayan ve olması da mümkün bulunmayan bu kişilerin temsilci ile yaptıkları hukuksal işlem temsil olunanı bağlayacaktır. Kanun koyucu burada özellikle üçüncü kişilerin temsil yetkisinin varlığına güvenini korumaktadır.

Geri alma iradesinin üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etme fonksiyonu, bir ön koşula bağlanmıştır. Bu ön koşul, temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmiş olmasıdır. Temsil yetkisinin verildiği, üçüncü kişilere bildirilmemişse, geri alındığı konusunda iyi veya kötü niyetli olsun, üçüncü kişiler için de etkili olacaktır.

Buna karşılık temsil yetkisi üçüncü kişilere de bildirilmişse, kendilerine geri alma bildirimini yapılmamış olması tek başına temsil yetkisinin devam etmekte olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda geri alma bildirimini kendilerine bildirilmeyen üçüncü kişiler, kötüniyetli iseler, yani geri almadan başka yollarla bilgi sahibi olmuş ya da olmaları gerekmekte ise, geri alma kendileri için de bağlayıcı olacaktır.

³⁴ Esener, Salahiyete Müstenit Temsil, s.199

- Geri alma bildiriminin üçüncü kişilere bildirilmesinin iyiniyeti bertaraf etme etkisini öngören diğer düzenleme TBK md.45'te yer almaktadır.

Bu maddeye göre, *“Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdırlar.*

Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz.”

Burada temsil olunan kişi, temsil yetkisi verdiğini üçüncü kişilere bildirmemiştir. Bu durumda geri alma bildiriminin bu kişilere bildirilmesi gerekli ve zorunlu değildir. Ancak böyle bir bildirim, geri alma bildiriminin temsilci tarafından bilinmediği hallerde önem taşır. Temsilci geri alma bildirimini bilmiyor ya da bilmesi mümkün değilse, temsil olunan kişi bunun üçüncü kişilerle yaptığı hukuksal işlemlerle bağlıdır. Ancak üçüncü kişiler için bu sonucun doğabilmesi için geri alma bildiriminden bilgi sahibi olmamaları ya da olmalarının mümkün olmaması yani üçüncü kişinin geri alma bildiri konusunda iyiniyetli olmalıdır.

Geri almanın üçüncü kişilere bildirilmesi bir hukuksal işlem değil, bilgi açıklaması olduğundan, bu bildirim yapıldığı her türlü delille kanıtlanabilir.

Üçüncü kişilerin temsil yetkisinin geri alındığı konusundaki iyiniyeti, geri almanın kendilerine bildirilmiş olması ile bertaraf edilmektedir. Ancak bunun tek yolu geri alma iradesinin bildirimi değildir. Böyle bir bildirim olmadan da üçüncü kişilerin geri almadan diğer yollarla haberdar olmaları mümkündür. Ancak geri alma bildiriminin üçüncü kişilere yapılması diğer yollara nazaran temsil olunan için daha güçlü güvenli ve güçlü bir kanıt teşkil eder.

4.3.1.2 Temsil Yetkisinin Geri Alınmasına Rağmen Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zarardan Sorumluluk

Bu konu TBK md. 44'te, *“Yetki belgesinin geri verilmesi”* kenar başlığı altında düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, temsil olunan, temsilciye yetki vermesi vermişse, temsil yetkisini geri aldığı anda, bu belgeyi ondan geri almalıdır.

Temsil olunan “yetki belgesini” geri almaz, yetkisi geri alınmış olan temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilerle hukuksal işlemler yaparsa, temsil olunan bu hukuksal işlemle bağlı olmayacaktır. Ancak “yetki belgesini geri almadığı” için, bağlı olmadığı hukuksal işlem nedeniyle zarar gören üçüncü kişinin bu zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Üçüncü kişinin buradaki iyiniyeti, temsil yetkisinin geri alındığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasına ilişkin iyiniyettir.

TBK md.44 “yetki belgesinin geri alınmamasına” tazminat sorumluluğu öngördüğü için, temsil olunanın “yetki belgesini geri alması” bir yüküm değil yükümlülük niteliği taşır.

Temsil olunanın, temsilciden “yetki belgesini geri almasının” bazen güçlükler doğuracağını düşünen kanun koyucu, TBK md.44 f.I’de “hakimin belirleyeceği yere bırakmakla” hükmüyle, temsil olunanın “yetki belgesinin geri alınması” için mahkemeye başvurabilme yetkisine yer vermiştir.

Temsil olunan bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde, yetkisi geri alınan temsilcinin kendisiyle hukuksal işlem yaptığı üçüncü kişinin, bu hukuksal işleminin geçersiz olması nedeniyle uğradığı zararları tazmin edecektir.

4.3.2 GERİ ALMANIN BİLDİRİLMEDİĞİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN İYİNİYETİNİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

TBK, iki halde geri almadan habersiz olan üçüncü kişilerin iyiniyetine, bu yüzden doğan zararlarının tazmin edilmesini talep hakkına yer vermiştir. TBK md.44 f.I, temsilciye yetki belgesi verilmişse, temsil yetkisi sona erdiğinde temsilcinin bunu temsil olunana geri vermesi gerektiğini veya hakimin belirleyeceği yere bırakmasını öngörmüştür. Aynı maddenin II. fıkrasına göre, “Temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler.”

Bu hüküm temsil yetkisinin geri alınmak suretiyle sona ermesini da kapsamaktadır. Maddenin II. fıkrası geri almadan haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler için, temsil yetkisi son bulan temsilcinin yaptığı hukuksal işleme bağlayıcı olma sonucunu bağlamamış, tam aksine bu yüzden doğan zararlarını talep edebilme yetkisini tanımıştır.

TBK md.47 yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuksal işlemin temsil olunan tarafından onanmaması halinde, temsilcinin üçüncü kişinin uğradığı zararlardan sorumluluğunu hükme bağlamaktadır. Madde- nin I. fıkrasının 2. cümlesi şu şekildedir: *“Ancak, yetkisiz temsilci, işle- min yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.”*

Bu hüküm, temsil yetkisinin geri alınması hali için de uygulanır. Ancak her durumda, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden tazminat tale- p edebilmesi için de iyiniyetli olması koşuluna yer vermiştir. Buna göre, burada da temsil yetkisinin geri alındığından haberdar olmayan üçüncü kişinin iyiniyeti bu yüzden doğan zararının tazmin edilmesini talep etmesi açısından korunmaktadır.

Temsil yetkisi geri alınan yetkisiz temsilci, böyle bir tazminat tale- biyle karşılaştığında, üçüncü kişinin geri almadan haberdar olduğunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir.

4.4. İLAN YOLUYLA BİLDİRİM

Temsil yetkisi iradesi ister iradi olarak ister kanun gereği zorunlu olarak ilan edilmişse, bu yetkinin geri alınması iradesinin de ilan edil- mesi gerekir. Temsil olunan temsil yetkisi verdiğini üçüncü kişilere ilan yoluyla bildirmişse, bu yetkiyi geri aldığını da aynı yöntemlerle üçüncü kişilere bildirmelidir.

İlanın buradaki etkisi, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması açısından önemlidir. TBK md.550 hükmüne göre:

“Temsil yetkisinin verildiği ticaret siciline tescil edilmemiş olsa bile, sona erdiği tescil edilir.

Temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilme- diği sürece, bu yetki iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini korur.”

Maddenin I. fıkrası ticari temsil yetkisinin ticaret siciline tescil edilmemesi halinde bile, bu yetkinin geri alındığının tescil edilmesini şart koşturmuştur. Bunun yapılmaması halinde, maddenin II. fıkrası iyi- niyetli üçüncü kişilerin korunacağını öngörmüştür.

Temsil yetkisinin ilan edildiği hallerde geri alındığının da ilan edilmesi, ticari temsilci için üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etme

açısından zorunlu görülmüştür. Temsil olunan kişi diğer temsil yetkisi hallerinde de yasal bir zorunluluk olmadığı halde, temsil yetkisi verdiğini ilan etmişse, bunu geri aldığını ilan etmezse aynen TBK md.550 f.II'de olduğu gibi etkisini üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasında gösterir.

5. GERİ ALMANIN HUKUKSAL NİTELİĞİ

5.1. GENEL OLARAK

Türk Hukukunda geri almaya değişik hukuksal işlemlerde yer verilmiştir. Hangi hukuksal işlem için kabul edilirse edilsin, bu yöndeki iradenin açıklanması ile bir hukuksal ilişkiye son verilmektedir. Ancak her hukuksal ilişkide geri almanın amacı ve etkileri farklıdır. Bu yönüyle geri almaya dayanan sona ermenin tanındığı hallere göre hukuksal nitelikleri farklılıklar gösterir.

TBK md.10'da "Önerinin ve kabulün geri alınması" konusunda, henüz sözleşme kurulmadan önce bunun kurucu unsurları olan öneri ve kabul iradesinin geri alınması söz konusudur. Burada geri alma iradesi sözleşme ilişkisinin kurulmasını engellemekte, bu ilişkinin kurulmasına son vermekte, öneri ve kabul iradeleri hiç açıklanmamış sayılmaktadır. Buna sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanının geri alınması demek mümkündür.

TBK 555'te düzenlenmiş olan havale hukuksal ilişkisinde, havale eden, havale ödeyicisine bir miktar para, kıymetli evrak ya da diğer misli eşyayı havale alıcısına verme yetkisini tanımaktadır. Bu irade açıklaması ile havale ödeyicisine ödeme, alıcısına ise alma yetkisi tanımaktadır. Bu yönüyle havale üç köşeli bir hukuksal işlem niteliğini taşımaktadır.

TBK md.559 "Geri alma" kenar başlığı altında havale edenin, alıcısına verdiği yetkiyi havale ödeyicisinden her zaman geri alabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak havale edenin geri alma iradesini havale ödeyicisinin havale alıcısına havaleyi kabul ettiğini açıklamamış olması gerekir. Burada havale edenin, havale ödeyene verdiği yetkiyi geri alma iradesi de tek taraflı varması gereken, bozucu yenilik doğurucu bir irade açıklamasıdır. Bu irade de açıklandığı anda fakat ileriye etkili sonuçlar doğurur.

TMK md.559'da yer alan geri alma, havale ödeyicisine verilen, alıcıya ödemede bulunma yetkisini engelleyen bu yetki kullanılmadan onun yetkisine son veren bir irade açıklamasıdır. Bu yönüyle TBK md.42'deki temsil yetkisinin geri alınmasıyla benzerlik göstermektedir. Ancak temsil yetkisinin geri alınması, temsilcinin bu yetkiyi kullanmaya başlamasından önce değil, kullanmaya başladıktan sonraki bir aşamada da söz konusu olabilir. Havalede ise havale ödeyicisi alıcıya ödemede bulduktan sonra artık bu yetkinin geri alınması söz konusu olmaz.

Geri alma, bağışlama sözleşmesinde de kabul edilmiştir. Eski BK 244.maddesinde "Bağışlanan malların istirdadı" kenar başlığı altında bağışlayanın bağış sözleşmesinden burada öngörülen sebeplerden birinin varlığı halinde "rücu" edebileceği hükme bağlanmış idi.

TBK md.295 "Bağışlamanın geri alınması" kenar başlığı altında, maddede yer alan "rücu" sözcüğü yerine kaynak İBK md.249'da olduğu gibi geri alma "Wiederruf" sözcüğünü kullanmıştır.

Bağışlamanın geri alınmasında, taraflar arasında kurulmuş bağışlayanın elde bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilmesi söz konusudur.

Burada sözleşmeden dönmeye ya da sözleşmenin feshine benzer sonuçlar doğmaktadır. Fakat burada elden bağışlamada sözleşmenin hukuksal sonuçlarının, bağışlama sözünde ise hukuksal sonuçlar doğurmasının, engellenmesi söz konusudur. Bu iradenin açıklanması ile sözleşme geriye etkili olarak ortadan kaldırılmakta, ifa edilmiş edimler sebepsiz zenginleşme ile geri alınmakta, bağışlama sözünde ise edimin ifa edilmesi engellenmektedir.

5.2. TEMSİL YETKİSİNİ GERİ ALMANIN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Temsil yetkisinin geri alınması, temsil yetkisinin verilmesi gibi tek taraflı varması gereken irade açıklaması³⁵ olup, temsil ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirir. Buna göre geri alma aşağıdaki hukuksal niteliklere sahiptir.

³⁵ Huguenin, & 9, Nr. 1082, s.317; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.254; Antalya, s.546.

5.2.1. TEK TARAFLI İRADE AÇIKLAMASI

Geri alma açıklaması da temsil yetkisi verilmesi gibi tek taraflı bir irade açıklamasıdır.³⁶ Bu açıklama ile, temsil olunan tek taraflı olarak temsilci ile olan temsil ilişkisini sona erdirir. Temsil yetkisinin bir temel ilişki olarak sözleşmeye dayandığı hallerde, temsil olunan sadece temsil yetkisini geri alabilir. Bu durumda da geri alma tek taraflı bir irade açıklaması niteliğindedir. Bir başka ifadeyle temsil yetkisi taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinden kaynaklansa bile temsil olunan tek taraflı bir irade açıklaması ile bunu geri alabilir.

Temsil yetkisinin sona ermesinin temel ilişkiye, temel ilişkiyi oluşturan sözleşmenin sona ermesinin temsil yetkisine etkisini yukarıda ele almıştık. Orada ifade ettiğimiz gibi temsil yetkisinin geri alınması, taraflar arasında mevcut sözleşmenin de sona ermesi sonucunu doğurmaz. Ancak temel ilişkiyi oluşturan sözleşmenin sona ermesi temsil yetkisini de sona erdirebilir.

Geri alma iradesi aşağıda ele alacağımız gibi açık ya da örtülü olabilir.

5.2.2. BOZUCU YENİLİK DOĞURUCU HAK NİTELİĞİ

Temsil yetkisinin geri alınması bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasıdır.³⁷ Bu iradenin açıklanması ile temsil olunan ile temsilci arasında temsil yetkisinin verilmesi ile oluşan hukuksal ilişki bozulmakta, sona ermektedir.

Hukuksal niteliğinin yenilik doğurucu hak olması nedeniyle geri alma iradesi yenilik doğurucu haklara ilişkin kurallara tabidir. Bu anlamda olmak üzere geri alma iradesi herhangi bir kayıt ve koşula bağlı olmadan kullanılabilir; bir kez kullanıldıktan sonra diğer tarafın yani temsilcinin rızası olmadan temsil olunan bu iradesinden dönemez (rücu edemez). Bunun sonucu olarak temsil olunan geri alma iradesini, yine tek taraflı olarak geri alırsa, yani bu iradesinden rücu ederse, temsil yetkisi geri alınmamış gibi yeniden doğmaz,³⁸ canlanmaz. Bunun

³⁶ Oser-Schönenberger, Art.34, Nr.7.

³⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.254; Eren, s.465; Antalya, s.546; BGE 127 III 517; Esener-Gündoğdu, s.300.

³⁸ Esener-Gündoğdu, s.300.

sonucu olarak da geri alma döneminde, temsilcinin yaptığı hukuksal işlemler temsil olunanı bağlamaz. Temsil olunan aynı temsilciyi yeniden tayin etmek isterse, ona yeniden temsil yetkisi vermesi gerekir.

5.2.3. GERİ ALMANIN İLERİYE ETKİLİ SONUÇ DOĞURMASI

Geri alma iradesi ileriye etkili sonuçlar doğurur. Bu anlamda olmak üzere temsil olunan, temsilcinin geri alma iradesini öğrendiği tarihe kadar yaptığı hukuksal işlemlerle bağlıdır. Geri alma iradesi geçmişe etkili sonuçlar doğurmaz.

Bu ilkenin sonucu olarak, soyut temsilde temsilcinin geri almayı öğreninceye kadar yaptığı hukuksal işlemler temsil olunan için bağlayıcı olacaktır. Temel ilişki olarak sözleşmeye dayanan temsilde de temsil yetkisi geri alınmaya kadar (vekalette vekilin görevine son verilme, hizmet sözleşmesinde işçinin temsil yetkisinin geri alınmasına kadar) yapılan hukuksal işlemler temsil olunan için bağlayıcı olduğu gibi, taraflar arasında iç ilişkide sözleşmeden doğan haklar ve borçlar bu tarihe kadar hüküm ve sonuç doğuracaktır.

6. GERİ ALMANIN ŞEKLİ

Temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi, geri alınması da açık (ausdrücklich) veya örtülü (stillschweigend; konkludent) olabilir.³⁹ Buna göre, geri alma iradesinin açıklanma şekli farklılık gösterir.

6.1. AÇIK GERİ ALMA

Temsil yetkisini geri almaya yetkili kişi, kişiler ya da kurulun bizzat ya da yetkili temsilcisi tarafından bu iradenin sözle ya da yazıyla, yoruma ve başkaca bir davranış tarzına ihtiyaç göstermeden ortaya konulduğu hallerde açık geri alma söz konusudur. Bu anlamda olmak üzere, yaygın olarak kullanılan noterden gönderilen azilname; kişi ya da ticaret ortaklıklarında alınan göreve son verme ya da azil kararı; sözleşmeye dayanan temsil yetkisinde sözleşmeden dönme ya da fesih ihtarı bunlara örnek verilebilir.

³⁹ Von Tuhr/Peter, s.367; Zaech, Berner Kommentar, Art. 34, Nr.3; Antalya, s.546; Esener-Gündoğdu, s.300.

6.1.1. KURAL: ŞEKLE TABİ OLMAMA

Temsil yetkisinin açık geri alınması şekle tabi midir? Bu konuda da ikili bir ayırım yapmak gerekir.

Soyut temsil yetkisinin geri alınması iradesini geçerlilik şekline tabi tutan bir düzenleme yoktur. Bu nedenle temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi, geri alınmasının da herhangi bir şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁰ Hatta geri almanın geçerlilik şekline tabi tutulmasının TBK md.42 f.II' de öngörülen temsil olunanın temsil yetkisini geri alma hakkından feragat edemeyeceği kuralında yer alan geri alma hakkını zorlaştıracığı gerekçesiyle geçersiz olacağı bile ileri sürülmektedir.⁴¹

Temsil yetkisinin verilmesi şekle tabi olsa bile, geri almanın aynı şekilde yapılması zorunluluğu yoktur.⁴² Geri alma bir geçerlilik şekline tabi tutulmadığına göre, bununla ilgili bir uyumsuzluk doğduğunda temsil yetkisinin geri alındığı nasıl ispat edilecektir sorusu önem taşımaktadır.

Temsil yetkisinin geri alındığını ispat yükü temsil olunana aittir.⁴³ Ancak burada önemli olan husus, temsil olunanın bunu ne ile ispat edeceğidir. Geri almanın ispatı konusunda temsil yetkisinin verilmesinde izlenen usule başvurulmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir.⁴⁴

Geri alma açık bir irade beyanına dayandığında, bozucu yenilik doğurucu bir irade açıklamasıdır. Dolayısıyla hukuksal sonuca yönelik bir irade açıklaması olduğundan, uyumsuzluk doğduğunda ispatı konusunda HMK md.200' ün, hukuksal işlemlerde senetle ispat kuralı da göz önünde tutulmalıdır.

Soyut temsil yetkisi örtülü olarak geri alındığında ise, temsil olunanın buna delalet edici davranışları (konkludentes Verhalten), yani

⁴⁰ Von Tuhr/Peter, s.367; Oser-Schönenberger, Art.34, Nr.10; Zaceh-Künzle, Artl.34, Nr.5; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 254; Oğuzman-Öz, s.247; Akyol, s.431; Antalya, s.546; Eren, s.465; Esener-Gündoğdu, sh. 300.

⁴¹ Akyol, s.431; Şener, s.416.

⁴² Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, &46, Nr.45, s.707; Esener-Gündoğdu, s.300; Inceoğlu, s.273.

⁴³ Inceoğlu, s. 331.

⁴⁴ Gauch/Schlupe/Schmid I, Nr.1366; Zaech, Berner Kommentar Art.34, Nr.26; Kocayusufoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı, s.709; Antalya, s.546.

maddi olay söz konusu olduğundan geri alma iradesi her türlü delille kanıtlanabilmelidir.

Bazı yazarlar⁴⁵, “Temsil yetkisinin verilmesi geçerlilik şekline tabi olsa da geri almanın geçerliliği şekline bağlı olmadığı; ancak yetkinin geri alınmasının ispatında ise yetkinin verilmesinde izlenen usule başvurulması yerinde olur; geri alma da aynı şekle uyularak yapılmaya gayret olunmalıdır” düşüncesindedirler.

Kanımca soyut temsil yetkisi tek taraflı bir irade açıklaması olduğundan yazılı şekilde verilmiş olsa bile (noterde yetki belgesi çıkarılması gibi), buna ilişkin yazılı şekil, bir geçerlilik şekli değil, ispat şeklidir. Bir başka ifadeyle, temsil olunan temsilciye temsil yetkisini uyuşmazlık doğduğunda ispat kolaylığı nedeniyle yazılı şekilde vermiş olabilir. Bu durumda bile bunu geri alma iradesi, temsil yetkisi verme iradesinden bağımsız bir irade açıklaması olduğundan, örtülü olarak geri almanın aynı şekilde gerçekleşmesi gerekmez.

Bunun dışında yukarıda sözü edilen düşünce taraftarlarının “yetkinin geri alınmasında ispat yönünden verilmesinde izlenen usule başvurulması yerine olur” ifadesi bir tavsiye niteliğindedir. Bu tavsiyeye uyulmadan örtülü temsil yetkisinin geri alınması her türlü delille kanıtlanabilir.

Taraflar arasında temsil yetkisini içeren bir sözleşme ilişkisi varsa; yani sözleşmeye dayanan temsil yetkisinin geri alınmasında, aşağıdaki ayrımları yapmak gerekir.

Sözleşme kanun ya da taraf iradeleriyle yazılı geçerlilik koşuluna tabi tutulmuş olsa bile yukarıda ifade etmiş olduğumuz gibi kural olarak bunun yapılmasına ilişkin temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilecekleri gibi kanunda da buna ilişkin istisnalara yer verilmiş olabilir. Örneğin; TBK md.583 f.I kefaleti geçerlilik şekline tabi tutmuş olup, f.II’de “Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır...” düzenlemesine yer vermiştir. Maddede bir kimsenin kendi adına kefalet sözleşmesi yapması için başkasına özel yetki vermesi de aynen kefaletin şekline tabi tutulmuştur.

⁴⁵ Zaech-Künzle, Art. 34, Nr.51.

Acaba sözleşme veya kanunla temsil yetkisi verilmesinin şekle tabi tutulduğu hallerde, bunun geri alınması da yazılı geçerlilik koşuluna mı tabi olacaktır?

Yukarıda geri almanın bir şekle tabi olmadığını, temsil yetkisinin verilmesi şekle tabi olsa bile geri almanın şekle tabi olmadığını, hâkim görüşün de bu yönde olduğunu ifade etmiş bulunmaktayız. Aynı sonuca temsil yetkisinin sözleşmeye yani bir temel ilişkiye dayandığı hallerde de varmak gerekir.

Temsil yetkisinin verilmesi ile geri alınması birbirinden bağımsız irade açıklamalarıdır. Birinde aranan geçerlilik şeklinin diğeri için de geçerli olması ileri sürülemez. Bu nedenle yazılı geçerlilik koşuluna tabi olan bir sözleşmeye dayanan temsil yetkisinin geri alınması geçerlilik şekline tabi tutulamaz. Ancak sözleşmeden kaynaklanan böyle bir yetkinin geri alınması konusunda taraflar arasında uyumsuzluk doğarsa bunun HMK md.200 gereğince senetle ispat edilmesi konusu gündeme gelebilir. Vardığımız bu sonuç, aşağıda ele alacağımız üzere, özellikle temsil olunanın temsil yetkisini geri alma hakkından feragat edemeyeceği ve yazılı geçerlilik koşulunun aranmasının bu hakkın kullanılmasını zorlaştıracığı gerekçeleriyle de izah edilebilir.

Bu konuyla ilgili son olarak sözleşmeye dayana temsil yetkisinde, tarafların sözleşme ile temsil yetkisinin geri alınmasının şekle tabi tutulabilip tutulamayacağına değinmemiz gerekir. Örneğin; A ile B arasındaki vekalet sözleşmesi gereğince, taraflar A'nın, B'ye verdiği vekaleti (temsil yetkisini) ancak noter ihtarı ile geri alabileceği (yani vekili azledebileceği) kararlaştırılabilir mi?

Akyol⁴⁶, bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Yazara göre, aksi halde temsil olunanın temsil yetkisini geri alması zorlaştırılmış olacaktır. Halbuki temsil olunanın temsil yetkisini her zaman geri alma hakkı vardır.

Biz, aynı düşüncede değiliz. Sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK md.26) temel ilişkiye dayanan temsil yetkisini geri alma iradesinin şekle tabi tutulmasını da kapsar. Tarafların bu koşulu öngörmüş olmaları temsil yetkisini geri alma özgürlüğünü ortadan kaldırmadığı gibi

⁴⁶ Akyol, s.417.

zorlaştırma olarak da değerlendirilemez. Taraflar geri alma iradesinin sözleşme ile şekle tabi tutulmasını, bu konuda ortaya çıkacak uyuşmazlıkları ortadan kaldırma amacıyla kabul edebilirler. Temsil olunanın kendi özgür iradesi ile sözleşme ile kabul ettiği bu yöntemi sonradan geri alma yetkisini kullanmayı zorlaştırdığı iddiası ile geçersiz saymak da mümkün değildir. Sözleşme ile kararlaştırılan geri almanın şekle tabi tutulması TBK md.42 f.II'de yer alan geri almadan feragat yasağına da aykırılık teşkil etmez. Zira madde geri almadan feragatı yasaklamış olup, geri almanın şekle tabi tutulmasını yasaklamamıştır.

6.1.2. İSTİSNA

Temsil yetkisinin açık geri alınmasının kural olarak şekle tabi olmadığını yukarıda açıkladık. Bu kuralın istisnaları, ölüme bağlı tasarruflarda ve kanunda geri almanın şekle bağlı olduğunun düzenlendiği hallerde karşımıza çıkar.

6.1.2.1. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA

TBK md.43 f.I, temsil yetkisinin kendiliğinden sona erme sebepleri arasında ölüm halini de saymıştır. Ancak maddede ölümün temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirmesi "aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça" koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmamışsa, ölüm ile temsil yetkisi kendiliğinden son bulur. Bu durumda temsil yetkisinin ölüme bağlı tasarrufla geri alınması gündeme gelmez.

Taraflarca, ölüme rağmen temsil yetkisinin devam edeceği kararlaştırılmışsa yani mandatum post mortem söz konusu ise, temsil olunanın ölümünden sonra bu yetkiyi bir ölüme bağlı tasarrufla geri alabilmesi gündeme gelebilir. Bu durumda geri alma iradesinin ölüme bağlı tasarruflardan birinin şekline uygun olarak açıklanması gerekir. Ölüme bağlı tasarruflardan birinin şekline uygun olarak açıklanması halinde geri alma iradesi geçerli olmayacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufla temsil yetkisinin geri alınmasının ticari temsilde mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere işletme sahibi bir ölüme bağlı tasarrufla ticari temsilciye vermiş olduğu temsil yetkisini geri alabilecektir.⁴⁷

⁴⁷ Şener, s.418

6.1.2.2. KANUNDA GERİ ALMANIN ŞEKLE BAĞLI OLDUĞU HALLER

Kanunda bazı hallerde geri almanın şekle bağlı olduğu düzenleme altına alınmıştır. Bu haller, ticari temsilci ve ticari vekillikte; kişi ortaklıklarında ana sözleşme ile ticari temsil yetkisi verilmesinde ve avukatın azlinde karşımıza çıkar.

6.1.2.2.1. TİCARİ TEMSİLCİ VE TİCARİ VEKİLLİKTE GERİ ALMA

Ticari temsilcinin tanımı TBK md. 547 f.I'de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre:

“Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir.”

Böyle bir temsil yetkisinin verilmesi kanunda herhangi bir şekil koşuluna bağlanmamıştır. Ancak ister bu yetki yazılı şekilde verilmiş olsun ister olmasın, geri alınması şekle bağlı tutulmuştur. Buna ilişkin TBK md.550 hükmüne göre,

“Temsil yetkisinin verildiği ticaret siciline tescil edilmemiş olsa bile, sona erdiği tescil edilir.

Temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmediği süreçte, bu yetki iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini korur.”

Madde, ticari temsil yetkisinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olsa bile, bunun geri alındığının tescil ve ilan edilmemiş olmasının iyiniyetli üçüncü kişileri etkilemeyeceğini, yani geri almadan haberi olmayan ve olması mümkün bulunmayan üçüncü kişiler için halen temsil yetkisinin devam ettiğinin kabul edileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre madde ticari temsilde, tescil ve ilanı geri almanın geçerlilik unsuru olarak değil, üçüncü kişilerin temsilci olarak gördükleri kişinin yetkisinin devam etmekte olduğuna ilişkin iyiniyetini bertaraf etme aracı olarak öngörmüş bulunmaktadır. Ticari temsil yetkisi verildiği hususu tescil ve ilan edilmediği halde, üçüncü kişiler bunu başka yollardan öğrenmişler ya da biliyorlarsa, yetkinin geri alındığı tescil ve ilan edilmelidir. Aksi halde bunun geri alındığını bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin yetkisi geri alınan temsilci ile yaptığı hukuksal işlemler işletmeyi başlayacaktır.

6.1.2.2.2. KİŞİ ORTAKLIKLARINDA ANA SÖZLEŞME İLE TİCARİ TEMSİL YETKİSİ VERİLMESİNDE

Kollektif ortaklıklarda temsil yetkisinin geri alınmasında, TTK md.219 ve 235/I'de özel hükümler getirilmiştir.

Kollektif şirketlerle ilgili olarak "Ortaklar arasındaki ilişkiler" başlığı altında 219. madde, yönetim işlerinin şirket ana sözleşmesiyle bir ortağa verildiği hallerde, yöneticinin yönetim hak ve görevinin diğer ortaklar tarafından sınırlandırılmayacağı gibi, bu görevden alınmamasını da hükme bağlamıştır. Maddede yönetimin görevden alınabilmesi ya da yetkilerinin sınırlandırılmasının ancak haklı sebeplerin varlığı halinde ve mahkemeye kararıyla mümkün olabileceği; haklı sebeplere görevin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmal veya yönetimde iktidarsızlık hallerinin girebileceği öngörülmüştür.

Yine Kollektif şirketlerle ilgili "Şirketin ve ortakların üçüncü kişilerle ilişkileri" üçüncü bölüm başlığı altındaki TTK md.235 "Temsil yetkisinin kaldırılması" kenar başlığı altında, haklı sebeplerin varlığı halinde temsil yetkisi, bir ortağın başvurusu üzerine, mahkemece kaldırılabilmesini; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde temsil yetkisinin mahkemece bir kayıma verilebileceğini öngörmüştür.

Şener'e göre, kollektif şirketlerle ilgili bu düzenlemede, temsil yetkisinin geri alınmasının ortaklar arasındaki iç ilişkiyle ilgili olduğunu, dış ilişkide haklı sebebin varlığı veya yokluğunun dış ilişkide etkili olamayacağını, dolayısıyla haklı bir sebep bulunmaksızın, ortak kurumundaki ticari temsilcinin temsil yetkisinin ortaklığı temsile yetkili ortaklardan biri tarafından geri alınması dış ilişkide geçerli olur ve ticari temsili sona erdirir. Yoksa TTK 219 ve 235/I de olduğu gibi, dava açılmasına gerek yoktur.⁴⁸

Biz TTK md.235 hükmünün özel bir hüküm olduğu, yer aldığı bölüm başlığı ve maddenin mutlak ifadesi karşısında kollektif şirketlerde, ana sözleşme ile temsil yetkisi verilmiş kişinin, bu yetkisinin üçüncü kişiler için de ancak mahkeme kararıyla geri alınabileceği kanısındayız.

TTK md.219 ve 235/I hükümlerinin, limited şirketlerle ilgili TTK md.631 hükmü karşısında uygulanamayacağı kabul edilmektedir.⁴⁹

⁴⁸ Şener, s.401-402.

⁴⁹ Şener, s. 403.

6.1.2.2.3. AVUKATIN AZLİ HALİNDE ŞEKİL

HMK md.81 “*Vekilin azli veya istifasının mahkeme ve karşı taraf bakımından hüküm ifade edebilmesi için bu konudaki beyanın dilekçeyle bildirilmesi veya tutanağa geçirilmesi ve gerektiğinde ilgililere yapılacak tebligat giderinin de peşin olarak ödenmesi zorunludur*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükme göre, avukata vekalet verenin (temsil olunanın) azil iradesini (geri alma iradesini) mahkemeye dilekçeyle bildirilmesi veya iradesinin tutanağa geçirilmesi şarttır. Burada geri alma yazılı şekle tabi tutulmuştur. Ancak bu hükmün avukatın azlinin mahkemeye bildirilmesi, yani avukata verilen temsil yetkisinin mahkemeye bildirimle geri alınması ile sınırlı olduğunu vurgulamak gerekir. Vekalet veren avukatı mahkemeye yapacağı bildirimle değil, mahkeme dışında azletmek istediğinde bu hüküm uygulanmayacaktır. Vekalet verenin avukatı azletmesini şekle tabi tutan bir kural bulunmamaktadır.

6.2. ÖRTÜLÜ GERİ ALMA

Temsil yetkisi verilmesinin açık olmasının zorunlu olmadığı örtülü olarak da verilebileceğini yukarıda açıklamış bulunmaktayız. Geri alma iradesinin açıklanması da örtülü olabilir mi?

Soyut temsil ile ilgili olarak TBK’da bu konuda bir düzenleme yoktur.

Temsil yetkisinin örtülü olarak verilebilmesi karşısında geri almanın da örtülü olmasının mümkün olması gerekir. Nitekim öğretilerde geri alma iradesinin de örtülü olarak delalet edici davranışlarla açıklanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁰

Örtülü geri alma iradesi, temsil yetkisini geri alma yetkisine sahip olan kişi, kişiler ya da kurulun bu iradesini sözle ya da yazıyla değil, temsilcinin, böyle bir iradenin varlığını temsil olunanın diğer davranış biçimlerinden çıkardığı hallerde söz konusu olabilir. Temsilciden yetki belgesinin geri alınması, aynı yetkilerle yeni bir temsilci tayin edilmesi, alım satım konusunda temsil yetkisinin verildiği hallerde, alımdan ya

⁵⁰ Von Tuhr/ Peter, s.367; Huguenin, &9, Nr.1081, s.317.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, &48, N.44, s.707; Eren, s. 465.; Esener-Gündoğdu, s. 300.

da satımdan vazgeçilmesi, temsilcinin yapması gereken hukuksal işlemi bizzat kendisinin yapması⁵¹ gibi haller, buna örnek gösterilebilir.

Ticari temsilcilikte de temsil yetkisinin örtülü olarak geri alınabilmesi mümkündür. TBK md.547 f.I temsil yetkisinin örtülü olarak da verilebileceğini kabul etmesi nedeniyle, geri almanın da örtülü olarak mümkün olması gerekir. Nitekim ticari temsilcilikle ilgili olarak TBK md.547’de temsil yetkisi verilmesinin örtülü olabilmesinden hareket eden yazarlar, bunun geri alınmasının da örtülü olabileceğini kabul etmektedirler.⁵² Bu anlamda olmak üzere, ticari temsilciye verilen vekaletnamenin geri alınması⁵³, temsil yetkisinin bir hizmet sözleşmesine dayandığı hallerde hizmet sözleşmesinin feshinin ihbar edilmesi, geri almanın ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi⁵⁴, tek bir işlem için verilen temsil yetkisinde, söz konusu işlemi temsil olunanın bizzat yapması örtülü geri almaya örnek olarak gösterilmektedir.

7. GERİ ALMA ZAMANI (GERİ ALMA ÖZGÜRLÜĞÜ)

Gerek soyut temsil ile ilgili TBK md.42, gerek vekalet sözleşmesiyle ilgili TBK md.512’de vekalet verenin sözleşmeyi sona erdirmesinin, yani vekalet yetkisini geri almanın her zaman mümkün olduğu vurgulanmıştır.

Geri alma zamanı konusunda, ticari vekil ve temsilcilerle ilgili TBK md.554’te işletme sahibinin (temsil olunanın) temsil yetkisini her zaman geri alabileceği hükme bağlanmıştır. Bu madde de “İşletme sahibi, ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerini.....her zaman geri alabilir” ifadelerine yer verilmiştir. Buna göre, temsil olunanın temsil, vekalet verenin vekalet yetkisini geri alması konusunda bir zaman sınırlamasına yer verilmemiştir. Böylece geri alma konusunda zaman sınırlaması olmaksızın tam bir özgürlük öngörülmüştür.

Kanun koyucu, temsil olunanın hukuksal işlemleri bizzat yapabilme özgürlüğünün kişilik hakkını oluşturan temel bir özgürlük olduğunu, bu nedenle bu özgürlüğü başkası eliyle kullanan kişinin, her

⁵¹ Von Tuhr/Peter, s.367; Zach, Berner Komm.Art.34, Nr.3; Antalya, s.546

⁵² Şener, s.416-418.

⁵³ Zaech, Art.34.Nr.3; CHK Kut, Art.34, Nr.9; Esener, s.189.

⁵⁴ Watter,Basler Kommentar, Art. 465, Nr.4 (Şener, s. 418 dipnot 911’den naklen)

zaman için buna son verip bu özgürlüğünü bizzat kullanabilmesini kabul etmiştir. Öte yandan temsil yetkisi verilmesi ile doğan ilişki bir güven ilişkisidir. Bu güvenle ilgili bir kuşkunun doğması veya sarsılması⁵⁵ halinde, her zaman ve derhal buna son verilmesi ya da sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir.

Bu hükümler karşısında temsil yetkisi veya vekaletin belirli bir süre için verilmesi halinde geri alma yetkisi kullanılabilecek midir? Bu sorun temsil yetkisinin taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayandığı ve özellikle bir vekalet sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabilir.

Böyle bir sürenin öngörülmesi temsil yetkisi ve vekaletin geri alınmasını engelleyemez. Zira TBK md.42 f.I ve TBK md.512 f.I'de getirilmiş olan geri almanın "her zaman" mümkün olduğuna ilişkin hüküm emredicidir. Taraflar sözleşme ile bir süre öngörürken, bu sürenin sonuna kadar geri almanın mümkün olmadığını kararlaştırmış olsalar bile, bu hüküm TBK md.27 gereğince hukuka aykırılıktan kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.⁵⁶ Aynı şekilde taraflar temsil yetkisine ilişkin sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda bir feshi ihbar süresi kararlaştırmış iseler, buna uyularak da temsil yetkisi geri alınabilir.⁵⁷ Ancak buna uyulmadan da temsil yetkisinin geri alınması mümkündür. Bu durumda geri alma geçerlidir, temsil yetkisine son verir, fakat fesh-i ihbar süresine uyulmaması nedeniyle temsil olunan temsilcinin bundan doğan zararlarını aradaki sözleşme ilişkisi nedeniyle gidermekle yükümlüdür.

Temsil yetkisinin her zaman geri alınabilmesi özgürlüğü karşısında, bu yetkinin bir zaman ya da süreyle sınırlandırılması geçersiz olduğu gibi, bu yetkinin kullanılmasını zorlaştıran koşullar ve hükümler de geçersizdir.⁵⁸ Bu kural avukatla yapılan vekalet sözleşmelerinde de aynen geçerlidir. Bunun sonucu olarak, vekalet sözleşmesinde, vekalet verenin verdiği vekalet yetkisini sona erdirmeyi, yani geri almayı zorlaştıran hükümler geçersizdir.⁵⁹

⁵⁵ Von Tuhr-Peter, s. 366; Özkaya, s. 841.

⁵⁶ Özkaya, s. 841-842.

⁵⁷ Yargıtay 13. HD. 13.03.2006, E.10612, K.3528; Özkaya, s. 875-876.

⁵⁸ Von Tuhr-Peter, s.357.

⁵⁹ Yargıtay 13 HD. 07.11.1997, E.7395, K. 8923; Özkaya, s. 884-885.

TBK md.42 f.I, temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceğini, ancak taraflar arasındaki sözleşmeden doğan hakların saklı olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre, temsil yetkisi süreli olarak verilmiş olsa bile geri alınabilecek, ancak geri alma konusunda özgür bırakılan temsil olunan, temsilci ile aralarındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluklara katlanacaktır.

Benzer düzenleme, vekaletle ilgili olarak TBK md.512'de hükme bağlanmıştır. Bu maddede de vekalet verenin sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceği kabul edilmiştir. Süre kararlaştırılmış olsa bile, vekalet veren süre dolmadan her zaman vekaleti geri alabilir. Ancak 512. madde vekalet verenin vekalet yetkisini (temsil yetkisini) "uygun olmayan zamanda" geri alırsa temsilcinin sözleşme gereğince uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacağını kabul etmiştir. Kanun, vekalet verene her zaman geri alma özgürlüğünün karşılığı olarak, vekilin aralarındaki sözleşme gereğince doğan zarardan sorumlu olma yükümlülüğünü getirmiştir.

Bu açıklamalarımıza göre, temsil olunanın ve vekalet verenin geri alma hakkı zaman itibarıyla sınırlandırılmamış, kendisine bu konuda zamanla sınırlı olmayan bir özgürlük tanınmıştır. Ancak bu özgürlüğü kullanın kişi, bunun karşılığında, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluklara katlanacaktır.

Geri almanın her zaman mümkün olmasından doğan bir başka sonuç, bu hakkın kullanılabilmesi için önceden bir ihtar çekilmesi ya da süre verilmesi koşulu aranmamasıdır. Aksi halde geri alma hakkının "her zaman" kullanılabilmesi kuralı ihlal edilmiş, bu hakkın kullanılması zamanla sınırlandırılmış olacaktır. Ancak kanımızca tarafların sözleşmeyle geri almayı zorlaştırmaları, geri almanın bu iradenin açıklandığı andan itibaren belli bir süre sonra etkili olacağını öngörülmesi mümkün olmamakla birlikte, geri alma iradesinin yazılı olarak açıklanması koşuluna yer verilmesi mümkündür.

Bu konuyla ilgili son olarak, geri almanın her zaman mümkün olduğuna ilişkin bu düzenlemelerin, bunun geriye etkili sonuçlar doğuracağı anlamını taşımadığını ifade etmeliyiz. Geri alma bozucu yenilik doğurucu bir irade açıklaması olduğundan, geçmişe etkili sonuçlar doğuramayacaktır. Geri alma iradesi geçmişe değil geleceğe etkili olarak temsilcinin temsil yetkisini sona erdirir. Bu nedenle geri alma iradesi-

nin temsilciye ulaştığı tarihe kadar yetki kapsamında yaptığı hukuksal işlemler bundan etkilenmezler. Bu anlamda olmak üzere temsilin taraflar arasındaki sözleşme ilişkine dayandığı hallerde, geri alma anına kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

8. GERİ ALMANIN ETKİSİNİ DOĞURDUĞU AN

TBK'da, temsil olunanın geri alma iradesinin hangi andan itibaren etkili olduğu konusunda açık bir düzenleme mevcut değildir.

Geri alma iradesi tek taraflı varması gereken bir irade açıklaması olup, temsilciye vardığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Ancak açıklanan bu iradenin iyiniyetli kişilere etkisi açısından, temsilciye vardığı andan mı yoksa temsilci tarafından öğrenildiği anda mı hüküm ve sonuç doğuracağı üzerinde durmak gerekir.

Öğretide TBK md.42 f.III hükmünün uygulandığı hallerde, geri alma iradesinin üçüncü kişinin hakimiyet alanına girmesi yani buna ilişkin irade açıklamasının muhataba varmasının yeterli olduğu, bu andan itibaren geri almanın hüküm ve sonuç doğurduğu⁶⁰, temsilcinin bunu öğrenmesinin zorunlu olmadığı, ancak temsilcinin bunu öğrenmeden, iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı hukuksal işlemlerin temsil olunan için bağlayıcı olduğu⁶¹, kabul edilmektedir.

Buna karşılık bazı yazarlar, haklı olarak geri alma iradesinin muhataba varmasını yeterli görmemekte, bunun öğrenilmesi gerektiğini kabul etmektedirler.⁶²

Biz de TBK'daki düzenlemelerden hareket edildiğinde, kanun koyucunun geri alma iradesinin muhataba ulaşmasını yeterli görmediği, iyiniyetin korunması açısından öğrenme anını esas aldığı sonucuna varmaktayız. Şöyle ki; vekalet sözleşmesi ile ilgili TBK md.514 hükmü, bu konuda duraksama yaratmayacak niteliktedir. Maddeye göre; "*Vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlemlerden, vekalet veren ya a mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludurlar.*"

⁶⁰ Von Tuhr-Peter, s.366-367; Antalya, s. 555; Şahin Akıncı, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s.107 vd.

⁶¹ İnceoğlu, s. 273.

⁶² Zaech, Berner Kommentar, Art. 34, Nr.42.; Vekalet sözleşmesiyle ilgili olarak Özkaya, s.843.

Maddede açıkça, geri almanın vekil tarafından öğrenilmesi öngörülmüş, öğrenme anına kadar geri almanın etkili olmadığı, vekilin yaptığı hukuksal işlemlerin vekalet vereni bağladığı kabul edilmiştir.

Öte yandan TBK md.42 f.III'te temsil olunanın temsil yetkisini üçüncü kişilere bildirmişse, geri aldığı da onlara bildirmediği takdirde, bunu iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri süremeyeceğini öngörmüştür. Bu hükümlerle, geri almadan habersiz olan iyiniyetli üçüncü kişiler korunmuştur. Bunun sonucu olarak, temsil yetkisini geri alan temsil olunanın, üçüncü kişinin de geri almadan haberdar olduğunu kanıtlanması gerekecektir. Bunu kanıtlayamadığı takdirde, bu madde hükmü gereğince yapılan hukuksal işlemle bağlı olacaktır.

Bu görüşümüz TBK md.45 ve 47 hükümlerinde de teyit edilmektedir. TBK md.45 hükmüne göre "*Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri temsilcinin yapmış olduğu hukuksal işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdırlar.*" Maddede açık bir biçimde, temsilcinin geri almayı bilmesinden söz edilmiştir. Buna göre, geri alma temsil olunan tarafından açıklanmış, temsilciye ulaşmış fakat onun tarafından öğrenilmemişse, etkili olmayacaktır. Bunun sonucu olarak, geri alma temsilcinin hakimiyet alanına ulaşmış örneğin posta kutusuna atılmış, fakat temsilci o sırada temsil olunana ait bir işlemi yapmak üzere şehir dışında bulunuyorsa geri alma iradesi hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

TBK md. 47 f.I hükmü de aynı yöndedir. Maddede yetkisiz temsilcinin yaptığı ve temsil olunan tarafından onanmayan hukuksal işlemler nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesi düzenlenmiştir. Maddede yetkisiz temsilcinin tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için "*.....karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse...*" ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadeler, karşı tarafın yani üçüncü kişinin temsil yetkisinin geri alındığını bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi koşulundan söz etmektedir. O halde üçüncü kişilere yönelik geri alma iradesinin de bunlara ulaşması hakimiyet alanına girmesi yeterli görülmemiş, maddede "*bilme veya bilinmesinin gerekmesi*" unsuruna yer verilmiştir.

SONUÇ

Türk-İsviçre Hukuk Sistemlerinde, temsil yetkisinin verilmesi bir sözleşme ilişkisinin varlığını gerektirmez. Bu nedenle “Temsil” genel olarak TBK md.40-48’de hükme bağlanmıştır. Ancak temsil yetkisinin taraflar arasında bir sözleşmeye dayalı olarak verilmesi de mümkündür. TBK md.502-514’de düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesinde, temsil yetkisinin vekalet veren ile vekil arasında bir sözleşmeye dayanmaktadır. Bunun dışında temsil yetkisinin taraflar arasında bir hizmet veya eser sözleşmesi ilişkisinde yer alması da mümkündür.

Temsil yetkisinin bir sözleşmeye dayanması özellikle, bu yetkinin haklı bir neden olmaksızın geri alındığı durumlarda, temsil olunanın, temsilcinin bu yüzden doğan zararlarının tazmin edilmesi açısından önem taşır. Bu husus TBK md.42 f.I’de hükme bağlanmıştır.

Temsil yetkisinin verilmesi hukuksal niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuksal işlemdir. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisine dayanmasının gerekmemesi açısından, taraflar arasında öneri ve kabul yönünde bir irade açıklamasına gerek yoktur.

İnceleme konumuz olan “temsil yetkisinin geri alınması” da temsil olunanın temsil yetkisine ilişkin irade açıklaması gibi, yine temsil olunan tarafından bir irade açıklamasını gerektirir.

Buradaki geri almadan kastımız, temsil olunanın temsil yetkisini tamamen ya da kısmen geri almasıdır. Tamamen geri almada, temsilcinin görevine son verme, kısmen geri almada ise, temsilciye verilen yetkisinin sınırlandırılması söz konusudur. Vekalet bir sözleşme olduğundan TBK md.512 “geri alma” kavramı yerine “sözleşmeyi sona erdirme” kavramını kullanmıştır.

Temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin irade açıklaması ile rücu, dönme, cayma ve fesih kurumları arasında hukuksal nitelikleri ve sonuçları bakımından önemli farklar vardır. İncelememiz sırasında bu kurumlar arasındaki farklar kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

Temsil yetkisinin geri alınması, varması gereken bir irade açıklaması olup, hukuksal niteliği itibariyle bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasıdır. Bozucu yenilik doğurucu bir hak olması nedeniyle, geri alma iradesi, bir kayda ve koşula bağlanamaz, bir defa kul-

lanılmakla tükenir ve kullanıldıktan sonra, temsilcinin rızası olmadan bundan rücu edilemez.

Temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin irade açıklaması, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğini taşımaz. Bu nedenle geri alma yetkisi de temsilci vasıtasıyla kullanılabilir. Bu anlamda olmak üzere temsil olunan, bir temsilcini, diğer temsilcilerine verdiği temsil yetkisini geri alma yetkisi verebilir.

Temsil yetkisini geri alma iradesinin açıklanması kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak bu kuralın kanunlarımızda özel olarak öngörülmüş istisnaları vardır. Örneğin TBK md.549 f.II gereğine ticari temsilci ve ticari vekillerin temsil yetkilerinin sınırlandırılması ticaret siciline tescil edilmedikçe, iyiniyetli üçüncü kişileri bağlamaz. Bunun dışında HMK md.81 gereğince, vekalet verenin avukatı azletmesi veya avukatın vekalet görevinden istifa etmesi iradesi mahkemeye bildirildiği hallerde, bu iradenin bir dilekçeyle açıklanması gerekir.

Temsil yetkisinin geri alınması da temsil olunanın tek taraflı bir irade açıklaması ile gerçekleşir. Yasa koyucu gerek genel olarak temsil ile ilgili TBK md.42 f.I’de gerek vekalet sözleşmesiyle ilgili olarak TBK md.512’de temsil olunana böyle bir mutlak özgürlük tanımıştır. Bunun sebebi, kişilerin hukuksal işlemlerini bizzat yapabilme özgürlüğüdür. Kişi bu özgürlüğüne dönmek istediği takdirde, her zaman için temsil yetkisini geri alabilir. Ancak temsil olunana tanınan bu özgürlük, sorumsuzluk olarak öngörülmemiştir. TBK muz, temsil olunana her zaman için temsil yetkisini geri alabilme özgürlüğü tanırken, bu nedenle doğacak zararlardan sorumlu olabileceğini de hükme bağlamıştır.

Temsil yetkisini geri alma yetkisini kullanan temsil olunan için temsilciye ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu hükme bağlanmıştır.

Temsil olunan haklı bir sebep olmaksızın temsil yetkisini geri alırsa, ona karşı aralarındaki sözleşme ilişkisinden dolayı sorumlu olabilecektir. TBK md.42 f.I aralarındaki bu sözleşmeye “hizmet, vekalet veya ortaklık sözleşmesi gibi” örnekleri vermiştir. Bunun sonucu olarak haklı bir sebep olmaksızın geri alma yetkisini kullanan temsil olunan, aradaki sözleşme gereğince temsilcinin bu yüzden doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Temsil yetkisini geri alma hakkını kullanan temsil olunanın ikinci sorumluluğu, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğudur. İncelememiz sırasında “Temsil Yetkisinin Geri Alınmasının İyiniyetli Üçüncü Kişiler Bakımından Sonuçları” başlığı altında bu konuyu ele almış bulunuyoruz.

Temsil olunan, temsilciye bir “yetki belgesi” verir. Zira temsilcinin, temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişilerle hukuksal işlemler yaparken, yetkisi bu belge ile kanıtlayacaktır.

Temsil olunan temsil yetkisini geri aldığı halde temsilciye verdiği “yetki belgesini” geri almaz, bunu geri almak için “gerekenleri yapmaz” ise, bu belgenin halen geçerli olduğunu, temsil yetkisinin geri alındığını bilmeyen veya bilmesi de mümkün olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler, temsilci ile hukuksal işlemler yapabilirler. TBK md.44 f.II, temsil olunanın bu konuda gösterdiği ihmal ve özensizliğin yaptırımını, yapılan hukuksal işlemle bağlı olma şeklinde düzenlememiş, hukuksal işlemi geçersiz saymış, buna karşılık “iyiniyetli üçüncü kişilerin bu yüzden doğan zararlarını tazmin etmekle” yükümlü kılmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Şebnem, Alt Vekalet, Ankara 2003.
- Akunal Teoman, Türk İsviçre Borçlar Kanunlarında İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975.
- Akyol Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borçlar, İstanbul 2015
- Bak Başak, Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma, Ankara 2016
- Becker Dr.H, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI,1.Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art.1-183, Bern 1941.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht) 2. Auflage, Zürich 1988.
- Buz, Vedat.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası Ankara 2017
- Ergüne Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008
- Esener Turhan, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961
- Esener Turhan/Gündoğdu Fatih, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, (TBK m.1-48), İstanbul 2017

- Gauch Peter/Schuep Walter R./Schmied, Jörg.Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd.1, 9.Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2008.
- Hugenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2.Auflage, Zürich, Basel, Genf 201.
- Honsell/Vogt/Wiegand: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529, Helbing/Lichtenhan, Zürich 1992,2003.
- İnceoğlu Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2006
- Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1., 9. Bası, İstanbul 2011.
- Oser Hugo- Schönenberger Wilhelm, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band Das Obligationenrecht, Erster Halbband 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929.
- Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14.A, München 2011
- Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69 Auflage,München 2010
- Özkaya Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması 4.Bası, Ankara 2016
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2010
- Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Alttop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1985
- Ulaş Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları,8. Bası, Ankara 2012
- Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C.1, Birinci Kısım Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul 2016
- Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Dritte Auflage, Band I, Unter mitarbeiter von H.Schulin, Zürich 1979
- Zaech Roger/Künzle Hans Rainer, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung ; Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR,Bern. 1990

Makaleler

- Akbıyık Cem, "Fransız Hukukunda Ölümünden Sonra Etkili Vekalet: Le mandat a effet -posthume", Prof. Dr. İlhan Ulusana Armağan, C.1, Ankara 2016, s. 81-101
- Tiftik Mustafa, "Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.X, S.3-4, 2006

YARGI KARARLARI IŐIŐINDA SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN ÜCRET HAKKI

RIGHT OF CHARGE REGARDING THEA BROKERAGE CONTRACT IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Gönül BÜYÜKNACAR*

Özet: Çeşitli sebeplerle bir araya gelemeyen kişileri bir araya getirerek, aralarında sözleşme kurulmasına ilişkin fırsat yaratan veya aracılık eden kişilere her geçen gün ihtiyaç artmaktadır. Söz konusu kişiler simsarlık faaliyetini yerine getirmekte olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m.520-525 hükümleri arasında incelenmiştir.

Ancak TBK'da detaylı açıklama yapılmamış olmakla birlikte "kural olarak vekaletle ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı" belirtilmektedir. Bu nedenle çalışmamız ile simsarlık sözleşmesi, simsarın ücrete hak kazanmasının şartları ve simsarlık sözleşmesinin çeşitli sebeplerle sona ermesi halleri Yargıtay kararları çerçevesinde genel hatlarıyla ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Simsarlık Sözleşmesi, Simsar, Aracılık, Ücret Hakkı, Tacir Yardımcıları

Abstract: The need for people who create an opportunity to arrange a contract between parties, who are not able to come together, or mediate them is increasing day by day. These persons perform brokerage activities and have been examined between the articles 520-525 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098.

However, it is stated that "as a rule, the provisions on power of attorney will be applied" without any detailed explanation in the Turkish Code of Obligations numbered 6098. That is why in this study, the brokerage contract, with the conditions for the broker's entitlement to the fee and the termination of the brokerage are discussed in general terms within the framework of the Supreme Court decisions.

Keywords: Brokerage Contract, Broker, mediation, Remuneration Right, Sales Representative

* Avukat, av.gonulbuyuknacarr@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9391-7381, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.02.2021, Kabul Tarihi: 28.02.2021

GİRİŞ

Simsarlık sözleşmesi simsar ile iş sahibi arasında kurulan, simsarin fırsat yaratma veya aracılık faaliyetinde bulunmayı üstlendiği, iş sahibinin ise sözleşmenin kurulmasıyla simsara ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşme türüdür. Simsarlık sözleşmesinde istisnai haller hariç olmak üzere, kural olarak sözleşme serbestisi ilkesinin hâkim olması nedeniyle hemen her alanda tercih edilmektedir. Simsar simsarlık sözleşmesi ile fırsat yaratma veya aracılık faaliyetinde bulunma yükümlülüğü altına girmektedir. Bunun yanı sıra simsar, kural olarak sözleşmenin kurulması ile ücrete hak kazanır; meğerki aksi kararlaştırılmış olsun. Simsarlık sözleşmesinin vazgeçilmez unsuru ise simsarin ücret hakkıdır. Bu nedenlerle sözleşme serbestisi ilkesi simsarin faaliyetinin belirlenmesinde ispata ilişkin sorunlar yaratarak, simsarların simsarlık ücretlerini almalarını zorlaştırabilmektedir. Bu kapsamda çalışma, simsarlık sözleşmesinin objektif unsuru olan simsarin ücret hakkını Yargıtay kararları çerçevesinde ele alan bir çalışma niteliği taşımaktadır.

Bu nedenle simsar ile iş sahibi tanımlanarak, simsarlık sözleşmesinin şekli ve özellikleri hakkında genel bilgi verilmiştir. Sonrasında ise, simsarlık sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olan simsarin ücret hakkı ve ücrete hak kazanabilmesi için gerekli şartları hakkında açıklamalar yapılmıştır. Simsarlık sözleşmesi ile simsara ücret ödeneceği kararlaştırılmış iken, ücret bedelinin belirtilmemesi halinde, ücretin hangi usul ve esaslar çerçevesinde değerlendirmeler yapılarak tespit edilebileceğine değinilmiştir. Uygulamada karşılaşılan sorunlardan olan, birden fazla simsarin simsarlık faaliyeti sonucundaki ücret alacağı, çifte simsarlık halinde ücret alacağı hakkının ne olacağına ilişkin açıklamaların yanı sıra alt simsarlık sözleşmesine ilişkin açıklamalara çalışmamız içerisinde açıklanmıştır.

Son olarak, simsarlık sözleşmesinde simsarin alacağını talep edebilmesine ilişkin zamanaşımı süresi, iş sahibinin ücretten indirim talep edebileceği haller, simsarlık sözleşmesinin çeşitli sebeplerle sona ermesi halinde simsarin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı hususları Yargıtay kararları ile açıklanmıştır. Bu kapsamda simsarin ücretini garanti altına aldığı özel kayıtlardan olan, ücret garantisi ve münhasırlık kaydına ilişkin açıklamalara yer verilerek, çalışma tamamlanmıştır.

I. GENEL OLARAK SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ

Simsarlık faaliyeti Roma döneminden günümüze kadar uzanan ve çeşitli sebeplerle kurulacak olan sözleşmelere farklı nedenlerle aracılık eden ve sözleşmenin kurulmasını sağlayan kişilere verilen isimdir. Örneğin, taşınır veya taşınmaz mal alım satımı gibi sözleşmelere aracılık edilmesi,¹ ihaleler ile ilgili şirketler arasında iş birliği sağlayarak sözleşmenin kurulmasına aracılık etme, yetenekli futbolcuların keşfedilerek büyük kulüplerle sözleşme kurulması konusunda aracılık sağlanması,² özel istihdam büroları aracılığıyla işçilerin iş bulması ve iş sözleşmesi yapılmasının sağlaması gibi faaliyetler simsarın faaliyetleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle hemen her alanda simsarlık sözleşmesi yapılabilmektedir.³

Simsarlık müessesesi, mülga 818 sayılı BK m.404-409 hükümlerinde düzenlenmiş olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴ ile de m.520-525 hükümlerinde düzenleme alanı bulmuştur. Bununla birlikte mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda m.100-115 hükümlerinde "ticaret işleri tellallığı" olarak değerlendirilmiş ise de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁵ simsarlığa ilişkin hükümler yer almamıştır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu TTK ile TBK arasındaki ticaret işleri tellallığı ile adi simsarlık arasındaki farkı tamamen ortadan kaldırmış ve böylelikle sadece 6098 sayılı TBK m. 520-525 hükümlerinin uygulama alanı bulması kararlaştırılmıştır.

Kanun koyucu kanun hükümleri ile simsarlık sözleşmesini genel hatlarıyla değerlendirmiş olup, TBK m.520/2 ile vekaletle ilişkin hükümlerine atıf yapılmış ve bu nedenle ilgili hükümlere aykırı düşmediği müddetçe vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

¹ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N.Fusun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayınları, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na ve Diğer Yeni Mevzuata Göre Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul, 2015, N.1537.

² Tamer Bozkurt, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 60.

³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1541.

⁴ R.G. T.: 04.02.2011 R.G. No.: 27836 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

⁵ R.G. T.: 14.02.2011 R.G. No.: 27846 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

A- Sımsarlık Sözleşmesinin Tanımı

Sımsarlık sözleşmesi TBK m.520/1; “sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.” hükmüne haiz olmakla birlikte mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) m.412; “Sımsarın ücret karşılığında sözleşme yapma fırsatı göstermesi veya sözleşme kurulmasına aracılık etmesi” denilmektedir.⁶ TBK hükmü İBK hükmünden daha detaylı ve açıklayıcı bir tanıma yer verdiği görülmektedir. Sımsarlık sözleşmesinin TBK çerçevesinde genel hatlarıyla değerlendirilmesi doktrinde de çeşitli tanımlara sebebiyet vermiştir. Bahse konu tanımdan yola çıkarak sımsar, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında, iş sahibinin faaliyete ilişkin talebi doğrultusunda asıl sözleşme kurulmasına aracılık eden ve sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazanan kişi olduğunu ancak sımsarın, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulacak olan asıl sözleşmede taraf olmadığını söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle, sımsarın ücrete hak kazanması, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulacak asıl sözleşmenin objektif esaslı unsurlar⁷ ile subjektif esaslı unsurları⁸ hakkında birbirlerine uygun irade beyanları ile anlaşmış olmaları gerekmektedir.⁹ Objektif esaslı unsurlar ve subjektif esaslı unsurlar dışında kalan un-

⁶ Metnin çevirisi için bkz. Bahar Öcal Apayadın, “İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Sımsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Sımsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y:3, S:2, 2018, ss.143-173, s.146.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, C:2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.205.; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.307.

⁷ Sımsarın ne tür faaliyette bulunacağını belirlenmesi ile asıl sözleşmenin kurulması halinde sımsara iş sahibi tarafından ücret ödenmesi ve benzeri hususlar objektif esaslı unsurlar arasında sayılabilir. Bkz. C.Salih Şahiniz, *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.47.

⁸ Subjektif esaslı unsurların konulması zorunlu değilse de tarafların talebi dahilinde objektif esaslar dışında sorumluluk yükleyerek yapma/yapmama edim yükümlülüğüne ilişkin hususlar subjektif esaslı unsurlar olarak sayılabilir. Örneğin, sımsarlık sözleşmesinde bulunmamakla birlikte sımsarın numune saklaması, imzaların doğruluğunu gözetmesi gibi ek yükümlülüklerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 15.Bası, C: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N.245; Öcal Apayadın, s.147.; Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4’üncü Bası’dan 7 inci Tıpkı Bası*, C: I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.175-176.; Şahiniz, s.50.

surlar yan unsurlar olup, tarafların yan unsurlar hakkında anlaşmamış olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.¹⁰ Simsarın faaliyetinin konusu, iş sahibi tarafından belirlenmekte olup, bu faaliyet bazen tarafları sadece bir araya getirmek olabileceği gibi bazen de tarafların sözleşmeyi kurmasına kadar sürecek bir faaliyet kapsamından ibaret olabilir.¹¹ Ancak simsarın faaliyet konusu simsarlık sözleşmesi ile kesin bir şekilde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde simsarın faaliyet konusunun aracılık mı fırsat gösterici mi olduğunu ispat külfeti simsara ait olacaktır. Bunun gibi hallerde simsarın ücret hakkından mahrum kalmaması adına faaliyet konusunun net olarak belirtilmesi gerekmektedir.¹²

Bununla birlikte her ne kadar aşağıda detaylı açıklama yapılmış ise de TBK m. 27 çerçevesindeki haller dışında, her konuda simsarlık sözleşmesi yapılabilmektedir.¹³ Dikkat edilmesi gereken husus ise, simsarın ücrete hak kazanabilmesi için, simsar ile iş sahibi arasındaki iş görme sözleşmesi niteliğindeki simsarlık sözleşmesinin yanı sıra iş sahibi ile üçüncü kişi arasında asıl sözleşmenin de kurulmuş olması gerekmektedir.¹⁴

B- Simsarlık Sözleşmesinin Tarafları

Simsarlık sözleşmesinin tarafları, simsar ile simsara söz konusu asıl sözleşmenin kurulması halinde ücret ödemekle yükümlü olan iş

¹⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6.Bası, C: I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.176-177.; Bozkurt, s.127.

¹¹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2016, s.195.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/ Nomer Ertan, N.1552.; Nitekim simsarın faaliyeti, fırsat gösterme veya aracılık etme faaliyeti olarak ikiye ayrılmakta ve fırsat gösterme faaliyeti sözleşmenin kurulması niyetiyle bilgi edinilmesi iken aracılık etme halinde ise simsar, sözleşmenin kurulması için tarafları bir araya getirerek, sözleşmenin kurulabilmesi için gereken şekilde davranması gerekmektedir. Bkz. Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8, Ankara 2003, s.8975.

¹² Bkz. Yarg. 13.HD. 06.05.2003 T. 2003/1009E.-2003/5710K. (Erişim:10.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr); Yarg. 13.HD. 02.03.2016 T. 2015/30625E.-2016/6445K. (Erişim:10.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

¹³ Nihat Taşdelen, Ticari İşler Tellallığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s.36.

¹⁴ Halil Arslanlı, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1960, s.209.

sahibidir. Sımsarlık sözleşmesi kurulurken tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Diğer bir deyişle, sımsarlık sözleşmesi kurulurken taraflar ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmama özelliklerine sahip olmaları gerekir.¹⁵ İş sahibinin ergin olmaması veya kısıtlı olması halinde kanuni temsilcisi sımsarlık sözleşmesi gerçekleştirebilir.¹⁶ Ancak sımsar her halükârda ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmaması gerekmektedir.

1. Sımsar

TBK m.520-525 maddeleri arasında düzenlenen sımsarlığa ilişkin hükümler içerisinde, sımsarın tanımı yapılmamış ise de ilgili madde hükmünden sımsar, iş sahibinin talepleri ve talimatları doğrultusunda, temsil yetkisi olmaksızın, asıl sözleşmenin kurulmasına ortam hazırlama ve asıl sözleşmenin kurulmasının sağlanması için aracılık eden kimse şeklinde tanımlayabiliriz. Sımsar her ne kadar iş sahibinin talepleri ve talimatları doğrultusunda hareket etse de, sımsarlık faaliyetini yerine getirirken bağımsızdır.¹⁷ Sımsar ile iş sahibi arasında birden fazla sımsarlık sözleşmesi bulunması sımsarın bağımsızlık faaliyetini etkilemeyeceği gibi sımsarlık sözleşmesinin niteliğini de etkilemeyecektir.¹⁸ Ancak sımsar ile iş sahibi arasında iş görme faaliyetinin devamlı olması kararlaştırılırsa bu durumda, meydana gelecek durumda sımsarlık sözleşmesi değil de somut olayın şartlarına göre pazarlamacı veya acenteliğe ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.¹⁹

Sımsarlık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı hallerde, iş sahibi birden fazla sımsarı sözleşmenin kurulmasına aracılık etmesi için görevlendirebilir. Sımsarlar işin durumuna veya yetkilendirmeye göre birlikte veya birbirinden bağımsız hareket edebilirler.²⁰ Sımsarların birlikte hareket etme yetisi, sözleşme ile birlikte hareket edecekleri kararlaştırılmış olabileceği gibi iş sahibi farklı sımsarlarla aynı iş için birbirinden bağımsız olarak sımsarlık sözleşmesi kurmuş olabilir. Bu

¹⁵ Bozkurt, s.127.

¹⁶ Taşdelen, s.35.

¹⁷ Bozkurt, s.69.; Taşdelen, s.48.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1550.

¹⁸ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 517.

¹⁹ Taşdelen, s.49.

²⁰ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1571.

durumda eğer simsarların sözleşme ile birlikte iş görmesi kararlaştırılmışsa, simsarlık faaliyeti gereği müteselsil alacaklılık söz konusu olacak ve sözleşmenin kurulması halinde ücret, payları oranında paylaştırılacaktır²¹ iken; aynı iş için birbirinden bağımsız olarak yetkilendirilen simsarlar, kendi istekleri doğrultusunda birlikte hareket ederler ise ücret, uğraşları oranında simsarlar arasında paylaştırılacaktır.²² Bununla birlikte simsarlar birbirinden bağımsız olarak simsarlık görevini yerine getiriyorken, simsarlardan biri sözleşmenin kurulmasını sağlamış ise iş sahibi sadece sözleşmenin kurulmasını sağlayan simsara ücreti ödeyecektir.²³

Simsarlar, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında asıl sözleşmenin kurulması için ortam hazırlama ve sözleşmenin kurulmasına aracılık eden kişidir. Diğer bir deyişle, simsar ile iş sahibi arasındaki ilişki geçici nitelikte olup²⁴, simsarın iş sahibini temsil yetkisi bulunmamaktadır.²⁵ Her ne kadar simsarın iş sahibini temsil yetkisi yok ise de iş sahibinin simsarlık sözleşmesinde açıkça simsara yetki vermesi halinde, verilen yetki doğrultusunda simsarın temsil yetkisi söz konusu olacaktır.²⁶ İş sahibi ile üçüncü kişi arasında, iş sahibinin simsarlık sözleşmesi ile simsara yüklediği faaliyet konusunu kararlaştırılan şekilde yerine getirmesi halinde üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş ve ücrete hak kazanmış olacaktır. Simsar söz konusu ücret hakkını da iş sahibinden aldıktan sonra simsarın iş görme niteliğindeki²⁷ simsarlık sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.²⁸

Simsarlar genellikle gerçek kişi ise de faaliyetini yerine getirirken bağımsız hareket ettiğinden, bazen tüzel kişiliğe de sahip olabilmektedir. TBK'nın ilgili hükümlerinde bu konuda herhangi bir ayırım yapılmaz.

²¹ Ayhan/Çağlar, s.518.; Bozkurt, s.131.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1571.

²² Ayhan/Çağlar, s.518.; Ekrem Kurt, "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.1439.; Söz konusu paylaşım, simsarların uğraşları göz önünde bulundurularak yapılır.

²³ Gümüüş, s. 209.; Arkan, s.199.

²⁴ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1275; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1551.; Arkan, s.193.; Bozkurt, s.169.

²⁵ Kurt, s.1432.

²⁶ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 2014, s.454.

²⁷ Şahiniz, s.26.; Taşdelen, s.14.

²⁸ Ayhan/Çağlar, s.516.; Arkan, s. 195.

mış da değildir. Bu durumda sımsarlar duruma göre tacir sıfatına da sahip olabileceklerdir.²⁹ Sımsarın gerçek kişi veya tüzel kişi olup olmadığına bakılmaksızın, söz konusu TBK hükümleri uyarınca, sımsarlık sözleşmesinde ücret unsurunun kararlaştırılması zorunludur.

Bu hususların yanı sıra doktorlara³⁰, diş hekimlerine³¹, avukatlara³² ve veterinerlere³³ ücret karşılığında aracılık faaliyeti yapılması yasaklandığı gibi ayrıca diş hekimleri, veterinerler ve avukatların³⁴ da kendi adlarına sımsarlık faaliyetinde bulunmaları yasaklanmıştır.

2. İş Sahibi

Sımsarlık sözleşmesinin bir diğer tarafı da iş sahibi olup, doktrinde iş sahibinin yanı sıra “vekalet veren” veya “müvekkil” gibi adların da kullanıldığı görülmektedir. İş sahibi, asıl sözleşmenin kurulmasını isteyen ve bunun için sımsar ile sımsarlık sözleşmesi yaparak sımsarın aracılık etmesi sonucunda asıl sözleşmenin kurulması ile sımsara ücret ödemekle yükümlü olan kişidir. İş sahibin, söz konusu asıl sözleşmeyi kuracak kişi olması şartı aranmamaktadır.³⁵ Diğer bir deyişle, üçüncü kişinin malik olduğu bir taşınmazın satılması amacıyla malik olmayan iş sahibinin sımsarlık sözleşmesine taraf olması mümkündür.³⁶ Bununla birlikte taşınmaza malik olan birden çok kişi var ise hepsinin sımsarlık sözleşmesine taraf olması zorunlu olmamakla birlikte, sımsarlık sözleşmesini akdeden kişi, asıl sözleşmenin kurulması ile sımsarın ücret hakkından tamamen sorumlu olacaktır.³⁷ Daha önce 4077 sayılı

²⁹ Taşdelen, s.15.; Arkan, s.194-195.

³⁰ Bkz. R.G. T.: 31.01.1953 R.G. No.: 8323 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu m.64.

³¹ Bkz. R.G. T.: 25.06.1985 R.G. No.: 18792 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu m.11/e.

³² Bkz. R.G. T.: 07.04.1969 R.G. No.: 13168 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.48.

³³ Bkz. R.G. T.: 18.03.1954 R.G. No: 8661 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanunu m.33/b.

³⁴ Bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.11.

³⁵ Gümüş, s.208.

³⁶ Nevzat Boztaş, Taşınmaz Sımsarlığı (Emlak Komisyonculuğu)-Yargıtay ve İstinaf Kararları Işığında, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s.108.

³⁷ Boztaş, s.115.; İş sahipleri arasında müteselsil sorumluluk oluşması için sımsarlık sözleşmesinin bütün iş sahiplerince akdedilmesi gerekecektir. Bkz. Ayhan/Çağlar, s.518.; Yarg. 13.HD. 11.04.2013 T. 2013/3427E.-2013/9480 K. İçeriğinde; “Davaya konu 7.6.2010 tarihli gayrimenkul alım satım sözleşmesinde satıcı sıfa-

mülga Kanun ile iş sahipleri tüketici olarak sayılmamış ise de 6502 sayılı TKHK m.3 hükmü ile iş sahibinin tüketici sıfatına haiz olabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte ilgili Kanunun m.73 gereğince, iş sahibinin tüketici konumuna haiz olması halinde, söz konusu davanın tüketici mahkemesinde görüleceğini belirtmek gerekmektedir.³⁸

C- Sımsarlık Sözleşmesinde Şekil

Sımsar ile iş sahibi arasındaki sımsarlık sözleşmesinde “sözleşme şekil serbestisi” geçerlidir. Nitekim TBK m.12 hükmü çerçevesinde, kanunlarda herhangi bir özel şekil öngörülmediği müddetçe şekil serbestisi ilkesinin var olacağı belirtilmektedir. Bu nedenle TBK m.520-525 hükümleri kapsamında özel bir şekil şartı öngörülmemiş olması, sımsarlık sözleşmesinin sözlü (açık veya örtülü irade beyanı) veya yazılı olarak yapılabileceğini göstermektedir. Ancak yine de HMK m.200 senetle ispat zorunluluğu hükmü çerçevesindeki sınırlandırma düşünüldüğünde ispat açısından sımsarlık sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği kanaatindeyim.

Sımsarlık sözleşmesine ilişkin şekil serbestisinin istisnası ise taşınmaz sımsarlığına ilişkindir. TBK çerçevesinde her ne kadar sımsarlık sözleşmelerine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş ise de TBK m.520/3 gereğince, taşınmazlara³⁹ ilişkin yapılacak sımsarlık sözleş-

tyla “... Veraseleri... ve diğerleri)” yazılı olup, sözleşme altında da davalının inkar etmediği imzası bulunmasına, hisseli taşınmazın tüm hissedarların katılımı ile 10.6.2010 da sözleşmede alıcı olarak gözüken kişiye satılmasına, tellallık ücretinin sözleşmedeki satış bedelinin %2si olduğunun kararlaştırılmasına göre, davalının tellal ücretinin, hissesine düşen nispetinden değil tamamından sorumlu olduğu gözetilmeksizin yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup...” (Erişim: 10.12.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>) Yarg. 13.HD. 31.05.2017 T. 2015/16100E.-2017/6694K. İçeriğinde; “... sımsarlık sözleşmesinden kaynaklı olduğu davalının bu hukuki işlem içerisinde tüketici konumunda olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada dikkate alınması gereken tarih dava tarihi olup, dava tarihi itibarı ile uyuşmazlığa konu hususun 6502 sayılı Tüketici Kanunu’nda açıkça yer alması karşısında davaya bakmaya Tüketici Mahkemesinin görevli olduğunun kabulü gerekirken...” (Erişim:10.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

³⁹ Taşınmaz kavramının sınırı açısından herhangi bir belirleme yapılmamış olup, bu durumda TMK m.704 çerçevesinde; “Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır:1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.” değerlendirme yapılması gerekecektir.; Bunun yanı sıra doktrindeki bazı yazarlar, taşınmaz kavramının eşya hukukunda belirtilenden daha geniş değerlendirilmesi gerektiği savını desteklemektelerse de taşınma tanımını tam olarak yapamamışlardır.

melerinde yazılı şekil şartı öngörülmüştür.⁴⁰ Taşınmazlara ilişkin söz konusu yazılı şekil şartı, adi yazılı şekil şartı olup⁴¹, bu husus geçerlilik şartıdır.⁴² Bunun yanı sıra, “taşınmaz gösterme belgesi” tek başına yazılı şekil şartını sağlamamaktadır.⁴³ Adi yazılı şekle aykırılığın müeyyidesinin ne olduğuna ilişkin çeşitli görüşler olsa da hakim görüş, kesin hükümsüzlük olduğuna ilişkindir.⁴⁴ Taşınmaz sımsarı tarafından dava edilen bir sımsarlık sözleşmesinin kurulup kurulmamış olmasına ilişkin, YHGK tarafından yapılan incelemede ise, sımsarlık sözleşmesinin yazılı olarak akdedilmesi halinde, sımsarın imzası bulunmaksızın, sadece iş sahibinin sözleşmeyi imza etmiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı gibi iş sahibinin ücret borcunu yerine getirmesi gerektiği ve söz konusu sözleşmenin kurulmadığı iddiasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.⁴⁵

⁴⁰ Arkan, s.194.

⁴¹ Gümüş, s.209.

⁴² Geçerlilik şartına ilişkin düzenlemeler, taraflar ileri sürmese bile mahkeme tarafından re’ sen inceleme alanı bulacaktır.

⁴³ Tamer Bozkurt, Ticari İşletme Hukuku, 2.Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s.423.; Yargıtay 3 HD. 12.10.2010 T. 2010/12894E.-2010/16291K. içeriği; “... Taraflar arasında düzenlenen belge ise emlak görme belgesi başlığını taşımakta, sözleşme metninde ise yalnızca söz konusu taşınmazın gösterildiğinden ve ceza koşulundan söz edilmektedir. BK’nın 404/ilk hükmüne göre tallel ücret karşılığında bir aktin icrasına aracılık etmeyi üstlenir. Bu unsurları içermeyen emlak gösterme belgesi olarak düzenlenen yazılı belge tellallık sözleşmesi olarak geçerli sayılamaz. Bu itibarla taraflar arasındaki hukuki ilişki tellallık sözleşmesi olarak nitelendirilemez. ...” (Erişim:28.01.2021, www.sinerjimevzuat.com.tr)

⁴⁴ Bkz. Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara ,2017, s.162.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 305.

⁴⁵ YHGK 03.11.2010 T. 2010/19-559E.-2010/546K. içeriği; “Tarafların iradelerinin komisyonculuk sözleşmesinin kurulması konusunda birleştiği, her bir tarafın kendi elinde bulunan nüshayı imzalayarak diğerine verdiği ve sözleşmenin konusunu teşkil eden mal hususunda komisyonculuk hizmeti verilerek, satışının gerçekleştirildiği, hatta davalı/borçlunun komisyonculuk sözleşmesinden kaynaklanan borcunun bir kısmını da ödediği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin, tarafların ortak iradesi ile yazılı olarak kurulmuş olduğu ve taraflarca hayata geçirildiğinin kabulü gerektiği, sözleşmeye taraf olan davalı/borçlunun açıklanan şekilde imza eksikliğini ileri sürmesinin ise dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu, sonuç itibarıyla davacının taraflar arasındaki geçerli tellallık sözleşmesi gereği ücrete hak kazandığı yönündeki direnme kararı isabetlidir.” (Erişim: 11.12.2020; www.karararama.yargitay.gov.tr) Söz konusu YHGK kararına karşın Yargıtay Hukuk Daireleri hala aksi yönde karar verebilmektedir. Bkz. Yarg. 13.HD. 19.12.2019 T. 2016/28526E.-2019/12863K. (Erişim: 11.12.2020; www.sinerjimevzuat.com.tr)

II. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A- Vekalet Sözleşmesinin Bir Türü Olması

Simsarlık sözleşmesine ilişkin olarak vekalet hükümlerin uygulanacağı ilgili hükümlerde açıklanmıştır. TBK çerçevesinde simsarlık sözleşmesi, vekalet ilişkileri başlığının üçüncü ayrımında inceleme alanı bulmuştur. Bu hususa dayanarak, TBK m.520/2 çerçevesinde, vekalet sözleşmesi hükümlerinin aykırı düşmediği hallerde simsarlık sözleşmesinde uygulama alanı bulabileceği görüşünü destekleyenlerin yanı sıra simsarlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin konusunun sınırlandırılarak bir alt türünü oluşturduğu savını destekleyenler⁴⁶ de bulunmaktadır.

Bununla birlikte simsarlık sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran diğer husus ise ücret konusudur. Diğer bir deyişle, simsarlık sözleşmesinde simsarın ücretinin kararlaştırılması gerekmekte olup, ücret ödenmemesi kararlaştırılmış ise bu sözleşmenin artık simsarlık sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁷ Ancak simsarlık sözleşmesi içerisinde simsarın ücret hakkına hiç değinilmemiş olması halinde, simsarın ücret hakkı TBK m.522 gereğince tarife mevcut ise tarifeye göre, tarife yoksa teamül kurallarına göre belirlenecektir.

B- Temsil Yetkisinin Bulunmaması

Simsarlık sözleşmesi ile simsar, iş sahibinin talepleri doğrultusunda hareket etse de simsarın, iş sahibini temsil yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, simsar, asıl sözleşmenin tarafı olmadığı gibi kural olarak asıl sözleşmeyi kurucu yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁸

⁴⁶ Bkz. İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C:3-Madde 816-1475, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.557.; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münaşebeleri, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s.312.; Sevinç Yasasever, "Borçlar Hukukunda Tellallık Akdi", *Ankara Barosu Dergisi*, C:23, S:4, 1966, ss. 664-675., s.665.; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, C: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.380.; Umur Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:83, S:6, 2009, ss. 3119-3138, s.3121.; Yavuz (Cevdet), *Özel Hükümler*, s.1277.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1539, 1546.; Eraslan Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.1003.; Kurt, s.1431.

⁴⁷ Bilge, s. 316; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1555.; Bozkurt, s.161.; Şener, s.323.; Arkan, s.202.

⁴⁸ Şaban Kayıhan, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 5.Baskı, Umuttepe Ya-

Sımsar asıl sözleşmenin kurulması aşamasına kadar, iş sahibi tarafından belirlenen işleri yerine getirmekle yükümlü ise de sözleşmenin kurulması aşamasından sonraki işlerden sorumlu değildir. Örneğin, sımsar asıl sözleşmenin kurulmasından sonra asıl sözleşmede kararlaştırılan, sözleşme konusu malların teslim alınması, kararlaştırılan bedelin tahsili gibi faaliyetlerde bulunamayacaktır.⁴⁹

C- Mesleki Faaliyet Olarak Yapılmasının Zorunlu Olmaması

Sımsarlık sözleşmesinin bir tarafı olan sımsar, söz konusu sımsarlık faaliyetini mesleki olarak yapma zorunluluğu olmadığı gibi meslek olarak da icra edilebilir.⁵⁰ Sımsar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, sımsar, sımsarlık faaliyetini meslek olarak yapıyor ise aynı iş sahibi ile arasındaki sımsarlık ilişkisinin bir veya birkaç için olması gerektiğidir. Diğer bir deyişle, sımsar ile iş sahibi arasındaki ilişki geçici olmalıdır. Aksi halde taraflar arasındaki ilişki sımsarlık ilişkisinden çıkararak⁵¹, koşullarına göre pazarlamacı veya acentelik kapsamına girecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sımsarlık ilişkisine ilişkin işin süresinin uzun sürmesi, faaliyetin sımsarlık sözleşmesinden kaynaklanmasına engel değildir.⁵²

III. SİMSARIN ÜCRET HAKKI

Sımsarlık sözleşmesine ilişkin TBK m.520/2 hükmü ile sımsarlık sözleşmesine ilişkin, kural olarak vekaletle ilişkin hükümler uygulanacağı belirtilmiş ise de sımsarlık sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran husus, sımsarlık sözleşmesi ile sımsara ücret ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasıdır. Sımsara ücret ödeneceğinin kararlaştırılması sımsarlık sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarındandır. Bunun yanı sıra ücretin kararlaştırılması şartı bulunmamaktadır.

yınları, Kocaeli, 2018, s.68.; Özkaya, s.1004; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1552.; Arslanlı, s.209.; Bilge, s.313.; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992., s. 454; Doğanay, s.571.; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Sözleşmeler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.783.

⁴⁹ Şener, s.311.

⁵⁰ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1554.

⁵¹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1557.

⁵² Arkan, s.238.

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması ile asıl sözleşme ile simsarın faaliyeti arasında nedensellik bağının olması şarttır.⁵³ Ancak belirtmek gerekir ki, simsarlık sözleşmesi sözleşme serbestisi ilkesine dayandığı için taraflar söz konusu nedensellik bağı aranması şartını kaldırabileceği gibi asıl sözleşmenin kurulması şartından da bertaraf edebilirler. Çalışma içerisinde her husus ayrı ayrı açıklanmıştır.

Bununla birlikte simsarlık sözleşmesinde simsarın ücret bedelinin belirtilmesi objektif esaslı unsur olmadığından, simsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılması zorunlu unsur olmayıp, sözleşmeyi geçersiz kılmaz.⁵⁴ TBK m.522 uyarınca, eğer taraflar simsarlık sözleşmesi ile simsarın ücret bedelini belirtmemişler ise, simsarın ücret bedeli resmi tarifelerin mevcudiyeti halinde tarifelere göre; tarifenin bulunmaması halinde teamüle göre belirlenecektir. Simsarın ücret bedeline ilişkin tarife ve teamülün bulunmaması halinde ise hâkim takdir yetkisini kullanarak, simsarın ücretini belirleyecektir.

IV. SİMSARIN ÜCRETE HAK KAZANMASININ ŞARTLARI

A- Asıl Sözleşmenin Geçerli Şekilde Kurulması

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için öncelikle asıl sözleşmenin geçerli şekilde kurulmuş olması gerekmektedir.⁵⁵ Ancak söz konusu asıl sözleşmenin ifa edilmesi, simsarın ücrete hak kazanması için şart değildir,⁵⁶ meğerki simsarın ücret hakkı, simsarlık sözleşmesi ile asıl

⁵³ Yarg. 3.HD 07.06.2012 T. 2012/11429E.-2012/14562K.; " ... Taraflar arasında geçerli bir tellallık sözleşmesinin bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, tellallık hizmetinin verilip verilmediği noktasındadır. Tellallık ücretini talep hakkı hemen tellallık sözleşmesinin kurulmasıyla doğmaz. Eş söyleyişle sözleşmenin kurulmuş olması, ücrete hak kazanılması için yalnız başına yeterli değildir. BK.405.maddesi gereğince yaptığı hazırlık veya icra eylediği aracılık akdini kurulmasına müncar olunca tellal ücrete hak kazanır. Şu hâlde, davacının tellallık ücretini isteyebilmesi için tellallık sözleşmesinde sözü edilen taşınmaz satışının davacının aracılığıyla ve çalışması ile gerçekleşmiş olması gerekir." (Erişim:27.01.2021, www.sinerjimevzuat.com.tr); Arkan, s.199.

⁵⁴ Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, Madde 237-649, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.2365.

⁵⁵ YHGK 10.06.2015 T. 2014/19-1E.-2015/1539K. (Erişim: 11.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

⁵⁶ Kurt, s.1438.; Şener, s.327.; Doğanay, s.572; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Ticaret

sözleşmenin ifa edilme şartı aranmamış olsun.⁵⁷ Asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması, kanunda öngörülen şekil şartına bağlı ise asıl sözleşme şekil şartına uygun yapılmalıdır. Aksi halde asıl sözleşmenin geçerli kurulduğundan bahsetmek mümkün olmayacağı⁵⁸ gibi sımsar da ücrete hak kazanamayacaktır; meğerki sımsarlık sözleşmesi ile bu durum kararlaştırılmamış olsun.⁵⁹

Sımsarlık sözleşmesinde sımsarın ücret hakkı, asıl sözleşmenin ifası ile gerçekleşeceğine dair hüküm var ise çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Şöyle ki; birinci ihtimal, sımsar faaliyetini tam anlamıyla yerine getirmiş, ancak iş sahibi sözleşmenin ifası için yükümlülüğünü yerine getirmiyor ise sımsar ücrete hak kazanacaktır. İkinci ihtimal, sımsar faaliyetini tam anlamıyla yerine getirmiş ancak üçüncü kişi edimlerini yerine getirmiyor ise burada iş sahibinin, üçüncü kişinin edimlerini yerine getirmesi için elinden gelen çabayı gösterip göstermediğine göre sımsarın ücret hakkı değişkenlik gösterecektir. Nitekim bu durumda iş sahibi söz konusu edimlerin yerine getirilmesi için herhangi bir çaba sarf etmediyse, sımsar ücrete hak kazanacak; ancak iş sahibi, üçüncü kişinin edimini yerine getirmesi için faaliyette bulduysa ve sözleşmenin ifası gerçekleştirilemedi ise sımsar ücrete hak kazanamayacaktır.⁶⁰

Bunun yanı sıra her ne kadar sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için asıl sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması şartı aranıyorsa da TBK m.521/1 hükmü emredici nitelikte olmadığından⁶¹ sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, taraflar aralarında asıl sözleşme kurulmadan da sımsarın ücrete hak kazanabileceğine ilişkin düzenlemeler yapılabilirler.

⁵⁷ İşletme Hukuku, 5. Baskı, Dora, Bursa, 2014, s.126.

⁵⁸ Bilge, s.278.

⁵⁸ YHGK asıl sözleşmenin geçerlilik şartına uygun şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. YHGK 10.06.2015 T. 2014/19-1E.-2015/1539K.

⁵⁹ Yarg. 13.HD 13.11.2006 Tarih 2006/9542E.-2006/14822K.; "...Taraflar sözleşmenin 5. maddesinde taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapıp geçerlik kazanmasına bakılmaksızın komisyon ödemeyi kabul etmişlerdir. Ne var ki satış sözleşmesi hukuken geçerli şekilde inikat etmese dahi ücret ödeneceğinin kararlaştırılması, haklı sebepler nedeniyle satış sözleşmesinin gerçekleşmemesi halinde bu kararlaştırma alıcı açısından hukuki sonuç doğurmaz." (Erişim:11.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

⁶⁰ Şahiniz, s.255.

⁶¹ Boztaş, s.122.

Simsar her kadar simsarlık faaliyetini tam olarak yerine getirmiş ve asıl sözleşme kurulmuş ise de söz konusu asıl sözleşmenin istenilenden farklı bir nitelikte kurulmuş olması halinde iş sahibi kurulan sözleşme ile aynı iktisadi kazanca sahip oluyor ise simsar ücrete hak kazanacaktır.⁶² Diğer bir deyişle, asıl sözleşmenin ne ad altında kurulduğuna bakılmaksızın, iş sahibinin iktisadi açıdan arzuladığı⁶³ bir sözleşme olup olmadığına bakılır. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler mevcut ise de hâkim görüşe göre, simsarlık sözleşmesi kurulurken iş sahibinin iradesi doğrultusunda istediği nitelikte sözleşme kurabileceği, ancak sözleşme her ne nitelikte olursa olsun, simsarın da ücret hakkından mahrum edilmeyeceğine⁶⁴ ilişkin kayıt konulması gerektiği yönündedir. Yine bununla birlikte iş sahibi taşınmaz satış sözleşmesi kurma niyetinde iken, taşınmazın kiralanmasına ilişkin sözleşme yapıldı ise simsar burada ücret hakkının bir kısmını kazanacaktır.

Ayrıca iş sahibi ile üçüncü kişi arasında asıl sözleşme değil de asıl sözleşmeye hazırlık mahiyetinde ön sözleşme yapılması ve asıl sözleşme kurulmadan ön sözleşmeden dönülmesi halinde de simsar ücrete hak kazanamayacaktır.⁶⁵ Örneğin, taraflar aralarında taşınmaz satışına ilişkin ön sözleşme yapmışlar, ancak tescil şartı aranmamakla birlikte, taşınmaz satışının geçerlilik şartı olan resmi şekli gerçekleştirilmeden işbu taşınmaz satışından vazgeçmişler ise bu durum söz konusu olacaktır. Ancak simsarlık sözleşmesine, asıl sözleşme kurulmadan tarafların birinin cayması halinde de simsarın ücrete hak kazanacağına ilişkin kayıt koydular ise simsar ücrete hak kazanacaktır.⁶⁶ Yine tarafların

⁶² Şahiniz, s.228.; Yasasever, s.669.; Örneğin, iş sahibi aslında taşınmaz satış sözleşmesi kurma niyetinde iken taraflar arasında trampa sözleşmesi kurulmuş ise iş sahibi aynı ekonomik getiriye sahip olacağı için simsarın da ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Bilge, s.318.; Arslanlı, s 215-216.

⁶³ Bozkurt, s.222; Arkan, s.197.

⁶⁴ Neytullah Gül, "Simsarın Ücret Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S:4, 2016, s. 2801-2802.

⁶⁵ Özkaya, s.1040.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1565.

⁶⁶ YHGK 03.04.2002 T. 2002/13-233E.-2002/257K. İçeriğinde; "Tellallık sözleşmelerinde taraflarca açık olarak kararlaştırılması halinde hazırlık işlemlerinin icra edilmesinde dahi ücrete hak kazanılır. Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede, sözleşenlerin cayması hali için ayrıca ücret öngörüldüğüne göre, hazırlık işlerinin ikmalinde, davacı tellala ücretin ödeneceğinin kabulü gerekir." (Erişim: 11.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr); Yarg. 13.HD 12.06.2019 T. 2019/2691E.-2019/7141K.; Yarg. 13.HD 27.03.2018 T. 2015/37566E.-2018/3569K. (Erişim: 11.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr).

asıl sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeleri halinde sımsarın ücret hakkına hâlel gelmeyecektir.⁶⁷

Açıklanan nedenlerle, sımsarın ücret hakkını kazanması somut olayın durum ve şartlarına göre değişkenlik gösterebileceğinden ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Asıl Sözleşmenin Kesin Hükümsüz Olması veya Muvazaalı Olması Durumunda Ücret Hakkı

Sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması gerekmektedir. Ancak TBK m.27/1 hükmü çerçevesinde asıl sözleşmenin “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelere*” göre yapılması sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirecektir. Bu şekilde yapılan sözleşmeler, baştan itibaren geçersiz olup⁶⁸, geçersiz sözleşme sebebiyle sımsar ücrete hak kazanamayacaktır.⁶⁹ Geçersizlik herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re’sen incelenir.⁷⁰

Kesin hükümsüzlük halinde sımsarın ücrete hak kazanamayacağı baskın görüş ise de bazı yazarlar, kesin hükümsüzlük halinde dahi sımsarın iyi niyetli olup olmaması ve kesin hükümsüzlük halini bilip bilemeyeceğine göre ücret hakkını kazanabileceği savını desteklemektedir.⁷¹

Bunun yanı sıra TBK m.27/2 hükmü çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekirse, sözleşmenin bir kısmının geçersiz olması halinde, sözleşme geçerli olan kısımlarıyla devam edecek olup, sımsarın ücret hakkı da varlığını koruyacaktır. Ancak söz konusu geçersiz hükümler olmaksızın sözleşmenin kurulamayacağı anlaşılması halinde sözleşme kesin hükümsüz olacak ve dolayısıyla sımsarın ücret hakkı söz konusu olmayacaktır.

⁶⁷ Şahiniz, s.251.

⁶⁸ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.351.; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, C: III, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.130.

⁶⁹ Arkan, s.198.

⁷⁰ Oğuzman/Öz, N.546.; Eren, s.352.

⁷¹ Örneğin; asıl sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırı ise ve sımsar bunun kişilik haklarına aykırı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa sımsar ücrete hak kazanamaz. Yine asıl sözleşmenin geçersizliği, iş sahibi veya üçüncü kişinin davranışı neticesinde meydana gelmişse ve sımsarın asıl sözleşme kurulurken bu durumdan haberi yok ise sımsar ücrete hak kazanacaktır.

Bununla birlikte asıl sözleşmenin kurulması herhangi bir resmi makamdan izin alınmasına bağlı ise bu izin alınmadan yapılan sözleşmeler de kesin hükümsüzdür.

Asıl sözleşmenin muvazaalı olarak kurulması durumunda, kurulan sözleşmenin mutlak muvazaa veya nispi muvazaa⁷² olup olmamasına göre simsarın ücret hakkı değişkenlik göstermektedir. Asıl sözleşmenin mutlak muvazaalı kurulması sözleşmeyi kesin hükümsüz haline getirir iken; sözleşmenin nispi muvazaalı olması ise görünen işlemin arkasında görünmeyen işlem olduğunu ve böylelikle tarafların gerçek iradelerini gizli işlem ile gerçekleştirdiği işlemidir.⁷³ Bu nedenle mutlak muvazaa halinde sözleşme kesin hükümsüz sayıldığından simsar ücrete hak kazanamayacaktır. Nispi muvazaa halinde ise görünen işlem tarafların iradelerini yansıtmadığından kesin hükümsüz⁷⁴ olarak değerlendirilecek ve simsar ücrete hak kazanamayacak ise de gerçekte yapılan gizli işlem geçerlilik koşullarını sağlıyorsa simsarın ücrete hak kazanacağını söylemek mümkündür.⁷⁵

2. Asıl Sözleşmenin İptal Edilebilir Olması Durumunda Ücret Hakkı

İş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki asıl sözleşmenin geçerliliği, TBK m.28 aşırı yararlanma ve TBK m.30 vd. açıklanan irade sakatlıkları (yanılma, aldatma, korkutma) hallerinin mevcut olmasından dolayı⁷⁶ iptal edilebilir hale gelebileceği gibi simsarın ücret hakkı da asıl sözleşmenin iptal edilmesi veya edilmemesi sonucuna göre değişkenlik gösterecektir.

Taraflar irade sakatlığına bağlı asıl sözleşme ile bağlı olmadıklarını beyan edene kadar asıl sözleşme geçerliliğini korur ve simsar ücrete hak kazanmış olur;⁷⁷ meğerki 1 yıl içerisinde irade sakatlığına ilişkin beyan yapılmamış olsun. Bunun yanı sıra irade sakatlığı hallerinden

⁷² Muvazaa hakkında detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s.188 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.365 vd.

⁷³ Antalya, s.281.; Oğuzman/Öz, N.412.; Eren, s.370.

⁷⁴ Kesin hükümsüz olduğuna ilişkin bkz. Antalya, s.286.

⁷⁵ Eren, s.378.; Antalya, s.287.

⁷⁶ Söz konusu irade sakatlıkları bilerek ve isteyerek veya bilmeyerek ve istemeyerek de gerçekleşebilir. Bkz. Eren, s.362.

⁷⁷ Yeniocak, s.3125.

yanılma ve aldatmanın esaslı olup olmaması önem arz etmemektedir. Söz konusu yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde asıl sözleşmenin tarafı yanılma ve aldatmayı öğrendiği tarihten; korkutmayı ise korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren 1 yıl içerisinde asıl sözleşme ile bağlı olmadığını bildirirse, asıl sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır.⁷⁸ Bu sebeple sımsarın ücrete hak kazanamamasının yanı sıra taraflar ifa ettikleri edimlerin iadesini de talep edebileceklerdir.⁷⁹ Bununla birlikte her ne kadar asıl sözleşme, irade sakatlığı hallerinden biriyle iptal edilebilecek ise de irade sakatlığına maruz kalan taraf “iptal hakkından feragat edebilecek”⁸⁰ ve böylelikle sözleşme geçerli hale gelerek, sımsar ücrete hak kazanacaktır.

Asıl sözleşmenin irade sakatlıkları hallerinden biri sebebiyle sona ermesi halinde, sözleşme sona ermeden sımsara ödenmiş ücret veya ücret avansı var ise bu bedellerin iade edilmesi gerekmekte olup, aksi halde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir.⁸¹ Bunun yanı sıra sımsara asıl sözleşmenin kurulması için bir kısım masraf ödemesi yapılmış ve sımsar masraf yapmışsa, söz konusu masraf ödemesinin ödemesinin iadesi istenemeyecektir.

TBK m.28 hükmünü içeren aşırı yararlanma halinin mevcut olması için edimler arasında açık oransızlık bulunması lazım olup, bu oransızlığının ise kişinin deneyimsizliği veya düşüncesizliğinden kaynaklanmış olması halinde söz konusu olacaktır.⁸² Diğer bir deyişle, aşırı yararlanmanın unsurlarını gerçekleştiren taraf, diğer tarafın güçsüz yönlerini bilmekte ve ona göre davranmaktadır.⁸³ İrade sakatlıklarından farklı olarak, güçsüzlüğü sebebiyle aşırı yararlanan taraf ya sözleşmeyi geriye dönük olarak sona erdirerek, edimlerin geri verilmesini talep edebilecek ya da söz konusu aşırı oransızlığın giderilmesini isteyebilecektir. Bahse konu talepler, deneyimsizlik ve düşüncesizliğin öğrenildiği; zor durumda kalmada ise söz konusu halin ortadan kalktığı

⁷⁸ Arslanlı, s.215.

⁷⁹ Eren, 426 vd.

⁸⁰ Her ne kadar doktrinde çoğu yazar “onay” ile sözleşmenin geçerli hale gelebileceğini belirtmiş ise de benim de katıldığım görüş olan Eren, geçerli kurulmuş sözleşmenin sonradan “onay”lanamayacağını; ancak “iptal hakkından feragat edilebileceği” savını desteklemiştir. Bkz. Eren, s.426 vd.

⁸¹ Gül, s.2801.

⁸² Oğuzman/Öz, N.425, 427, 429.

⁸³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 484.

tarihten itibaren başlayarak 1 yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde istenmelidir.

3. Asıl Sözleşmenin Geciktirici Koşula Bağlı Olması Durumunda Ücret Hakkı

Geciktirici koşula bağlı sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurması gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan bir olaya bırakılmaktadır.⁸⁴ Geciktirici koşula ilişkin genel açıklama TBK m.170 hükmünde yapılmış ise de geciktirici koşulun simsarın ücret hakkına etkisi, TBK m.521 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Geciktirici koşula bağlı asıl sözleşmeler kurulduğu anda taraflar için bağlayıcıdır. Ancak sözleşme, geciktirici koşul unsurunun gerçekleşmesiyle hüküm ve sonuç doğuracaktır.⁸⁵ Simsar her ne kadar asıl sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanacak ise de kanun koyucu TBK m.521/2 ile simsarın asıl sözleşmede geciktirici koşula bağlı olayın gerçekleşmesiyle ücrete hak kazanacağı açıklanmıştır.

Simsarlık sözleşmesinde sözleşme serbestisi ilkesi esas alındığından, simsar ile iş sahibi geciktirici koşulun gerçekleşmesi beklenmeksizin asıl sözleşmenin kurulmasıyla simsarın ücrete hak kazanacağını kararlaştırabilirler.⁸⁶ Simsarın ücreti geciktirici koşulun gerçekleşmesi beklenmeksizin ödenmiş ancak daha sonra koşulun gerçekleşmesi imkansız hale gelmiş ise sözleşme hüküm ve sonuç doğurmayacağı⁸⁷ gibi simsara ödenen ücret bedelinin iadesi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmelidir.⁸⁸

Geciktirici koşulun dürüstlük kuralına uygun şekilde gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi gerekmektedir. Taraflar TBK m.175/1-2 hükmü uyarınca, geciktirici koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde engelleyici faaliyette bulunmamakla yükümlü olduğu gibi yine geciktirici koşulun meydana gelmesini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde sağlamamaları gerektiğini; dürüstlük kuralına aykırı davranılarak geciktirici koşulun gerçekleşmesi engellenirse,

⁸⁴ Eren, s.1186.

⁸⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1567.

⁸⁶ Bilge, s.318.

⁸⁷ Eren, s.1207.

⁸⁸ Gümüş, s.217.; Gül, s.2803.

simsar ücrete hak kazanacağı; dürüstlük kuralına aykırı davranılarak geciktirici koşulun gerçekleşmesi sağlandığı hallerde de simsarın ücrete hak kazanamayacağını belirtmek gerekir. Ancak kanun koyucu dürüstlük kuralına aykırı davranılarak geciktirici koşulun gerçekleşmesinin engellenmesinde hangi an simsar ücrete hak kazanacağı açıklanmış değil ise de doktrindeki hâkim görüş, engelleyici davranışın doğduğu an simsarın ücrete hak kazanacağı görüşü desteklenmektedir. Geciktirici koşulun dürüstlük kuralına aykırılığına iş sahibi veya üçüncü kişi sebep olmuş olabilir. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırı davranarak, simsarı zarara uğratma kastı ile geciktirici koşulun gerçekleşmesini engelleyen iş sahibi ise bu durumda simsar mahkeme kanalıyla simsarlık ücreti alacağını talep edebilecektir. Bunun yanı sıra katıldığımız görüşe göre, dürüstlük kuralına aykırı davranarak geciktirici koşulun gerçekleşmesini engelleyen üçüncü kişi ise ve iş sahibi mahkeme yoluyla söz konusu aykırılığı giderilmesini talep etmemiş ise simsarın ücrete hak kazanacağı savı desteklenmektedir.⁸⁹

4. Asıl Sözleşmede Eksiklik Olması Durumunda Ücret Hakkı

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe asıl sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir. Asıl sözleşmenin geçerli kurulması ise öncelikle tarafların birbirlerine uygun karşılıklı irade beyanlarının olmasını ve objektif esaslı unsurları konusunda anlaşılmuş olması gerektirmektedir.⁹⁰ Bu nedenle asıl sözleşme kurulurken söz konusu unsurlarda eksiklik bulunması halinde tamamlanması mümkün olan eksiklikler tamamlanmalıdır.⁹¹ Söz konusu eksiliğin tamamlanması halinde simsar ücrete hak kazanacak iken, aksi halde simsarın ücrete hak kazanması söz konusu olmayacaktır.

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için simsar, iş sahibi ve üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmaması gerekmektedir. Bu nedenle taraflardan biri söz konusu yetkinliklerinden birine haiz değil ise bu eksikliklerin tamamlanması gerekmektedir. Örneğin; ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kurduğu sözleşme ancak yasal

⁸⁹ Şahiniz, s. 240.

⁹⁰ Oğuzman/Öz, N.245.

⁹¹ Oğuzman/Öz, N.556.

temsilcisinin onay vermesiyle geçerlilik kazanacaktır.⁹² Diğer bir deyişle, asıl sözleşmenin geçerli hale getirilememesi halinde simsar ücrete hak kazanamayacaktır. Ancak simsarın ücret hakkı sözleşmenin geçerli hale getirilmesinden önce ödenmiş⁹³ ise, iş sahibi simsara ödediği ücret bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir.⁹⁴

5. Haklı Neden Olmaksızın İş Sahibinin İmtina Etmesi Durumunda Ücret Hakkı

Simsar, simsarlık sözleşmesi ile üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirerek üçüncü kişiyi bulmuş, lazım gelen tüm hazırlıkları gerçekleştirmiş ancak iş sahibi haklı bir nedeni olmaksızın simsarın bulunduğu üçüncü kişiyle asıl sözleşmeyi yapmaktan imtina etmiş ise simsar iş sahibinin TMK⁹⁵ m.2 çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı davranması nedeniyle ücrete ilişkin hak talebinde bulunabilecektir. Diğer bir deyişle, bu durum iş sahibinin simsarın ücret hakkını ödemek için hakkı kötüye kullandığının göstergesidir. Buna bağlı olarak, yukarıda asıl sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olması koşulunda ücret hakkı kısmında TBK m.175 hükmü çerçevesinde yaptığımız açıklamalar da kıyasen burada da uygulama alanı bulacaktır.

Bunun yanı sıra genellikle taşınmaz simsarlığında, iş sahibinin asıl sözleşmeyi kurmayacağını belirttikten sonra simsarı aradan çıkartarak üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi gerçekleştirmesi halinde de simsar ücrete hak kazanacaktır. Nitekim taşınmaz simsarlığına özel olan bu husus TTHY⁹⁶ m.20/8 hükmünde⁹⁷ de açıklanarak, simsarın hizmet bedeline hak kazanacağı belirtilmektedir. Bu madde hükmü ile iş sahibinin dürüstlük kuralını ihlal etmesinin⁹⁸ önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

⁹² Oğuzman/Öz, N.556, 557.

⁹³ Taraflar asıl sözleşmenin geçerlilik unsurlarının sağlanmasını beklemeden simsarın ücrete hak kazanacağını sözleşme serbestisi ilkesi gereğince kararlaştırabilirler.

⁹⁴ Eren, s. 1199.

⁹⁵ R.G. T.:08.12.2001 R.G. No.: 24607 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

⁹⁶ R.G. T.: 05.06.2018 R.G. No.: 30442 Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik.

⁹⁷ TTHY m.20/8; "Taşınmazın yetkilendirme sözleşmesinin süresi içinde, taşınmaz gösterme belgesini düzenleyen işletme veya sözleşmeli işletme bertaraf edilerek doğrudan iş sahibinden satın alınması veya kiralanması durumunda hizmet bedeline hak kazanılır."; Daha önce TTHY m.20/6 hükmünde açıklanan madde, 14.10.2020 tarihli değişiklikle m.20/8 de yer almakla birlikte, önceki ilgili hükmeye kıyasen işletmenin yanına "sözleşmeli işletme" kavramı eklenmiştir.

⁹⁸ Şahin, s. 105.

Sımsarlık sözleşmesinin belirli süreli yapılması halinde de bazen iş sahibinin söz konusu süreyi geçirdikten sonra ilgili üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi kurduğu ve böylelikle sımsarı ücret hakkından yoksun bıraktığı görülmektedir.⁹⁹ Yine bu durumda da sımsar, üzerine düşen faaliyetleri sadakat ve özen borcuna uyararak yerine getirmiş, ancak iş sahibi sımsara ücret ödememek amacıyla söz konusu süreyi geçirdikten sonra sımsarın bulunduğu üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi kurmuşlardır. Bu davranış iş sahibinin dürüstlük kuralına aykırı davranmasının yanı sıra hakkın kötüye kullanıldığının göstergesi olarak değerlendirilip, sımsarın ücret hakkını talep edebilecektir.¹⁰⁰ Bunun yanı sıra, iş sahibi haklı bir nedene dayanarak asıl sözleşmenin kurulmasından imtina etmiş ise sımsar ücret hakkı talebinde bulunamayacaktır.¹⁰¹

B- Sımsarlık Faaliyeti ile Asıl Sözleşme Arasındaki Nedensellik Bağı

Sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için, sımsarın faaliyetleri ile asıl sözleşmenin kurulması arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.¹⁰² Asıl sözleşmenin kurulmasında sımsarın faaliyetinin sebep olduğunu ispat yükü, sımsara aittir.¹⁰³ İliyet bağı, hukuki işlem değil, hukuki fiil olması nedeniyle her türlü delille ispat edilebilir.¹⁰⁴ İş

⁹⁹ İlhan Helvacı, *Hukukî Mütalaalar-Borçlar Hukuku (Özellikle Sözleşmesel Uyuşmazlıklar)*, Miras Hukuku, Eşya Hukuku, Tüzel Kişiler (Dernekler ve Vakıflar), C: II (2010-2015), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 393.

¹⁰⁰ YHGK 04.02.2020 T. 2017/13-543E.-2020/64K.; "Sımsarın aracılık ettiği asıl sözleşmenin iş sahibi (vekâlet veren) ile üçüncü kişi arasında kurulması gerekir. Bu şart, iş sahibinin, kendisine teklif olunan üçüncü kişilerle sözleşme yapmayı sebepsiz olarak reddetmesi hâlinde de gerçekleşmiş sayılmalıdır. Ücret alacağının doğumu için, bu sözleşmenin ifa edilmesi gerekli değildir. Taraflar, asıl akit kurulmamış olsa bile, ücret ödenmesini kararlaştırabilecekleri gibi ücretin, sözleşmenin ifa edilmesi durumunda ödeneceğini de kararlaştırabilirler."

¹⁰¹ Yarg. 13.HD 13.11.2006 T. 2006/9542E.-2006/14822K. "Tüm dosya içeriğinden, satışa konu taşınmazda projesine aykırı imalatlar yapıldığı ve bunların yıkılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı haklı nedenlerle sözleşmeden vazgeçtiğinden davacının tellâhlik hizmeti için davalıdan komisyon (sımsar ücreti) isteme hakkı bulunmamaktadır."

¹⁰² Arslanlı, s.216.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1563.; Arkan, s. 199.; Bozkurt, s. 232.; Yasasever, s. 670.; Gümüş, s.218.

¹⁰³ Şahiniz, s.308.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1563.

¹⁰⁴ Özkaya, s.1038.; Bozkurt, s.235.; YHGK 04.02.2020 T. 2017/543E.-2020/64K. içeriğinde; "...Hukuki işlemin içinde de maddi vakıalar vardır; başka bir deyimle, her hukuki işlem maddi bir vakıaya dayanır. Hukuki işlemin kendisi değil de içindeki maddi vakıalar üzerinde durulursa, maddi vakıaların ispatı bahanesi ile hukuki iş-

sahibi, simsarın faaliyeti ile asıl sözleşmenin kurulması arasında nedensellik bağı olmadığı gerekçesiyle simsarın ücret hakkını ödemekten imtina edebilir. Ancak nedensellik bağına ilişkin hüküm emredici nitelik taşımadığından, taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırabileceği gibi nedensellik bağına derecesini artırabilir veya azaltabilir.¹⁰⁵ Bununla birlikte taraflar simsarlık sözleşmesine ücret garantisi kaydı koyarak, nedensellik bağı aranması şartını ortadan kaldırılabirler.¹⁰⁶

Bunun yanı sıra, simsarın faaliyeti dolayısıyla asıl sözleşmenin kurulması için bulunan üçüncü kişi dışında ancak üçüncü kişinin eşi¹⁰⁷, kan veya sıhri hısımlığı olan kişilerle kurulan asıl sözleşmelerde de simsarın nedensellik bağına yerine getirdiği ve ücrete hak kazanabileceğini belirtmek gerekir. Söz konusu kişilerin kimler olabileceğinin simsarlık sözleşmesinde açıkça gösterilmesinde fayda vardır. Ayrıca Yargıtay kararlarında¹⁰⁸ da görüldüğü üzere, taşınmaz gösterme belgesi ile de söz konusu taşınmazın satışına ilişkin belirtilen kişiler tarafından yapılan işlemler neticesinde de simsarın ücrete hak kazanabileceği belirtilmektedir.

lemin tanıkla ispatı mümkün olduğu gibi yanlış bir sonuca varılabilir. Örneğin, bir borcu ödemek, maddi bir vakiadır. Fakat ödeme, bir borcu sona erdirmek amacıyla yapıldığı için, bir hukuki fiil değil, hukuki işlemdir. Bu nedenle, ispat sınırından bir borcun ödendiği, tanıkla ispat edilemez; ancak senet (kesin delil) ile ispat edilebilir. O hâlde, senetle ispat zorunluluğu olup olmadığını belirlerken, ispat edilmek istenen hususun maddi vakia olup olmadığını değil, hukuki fiil mi yoksa hukuki işlem mi olduğunu araştırmak gerekir: Hukuki işlem ise tanıkla ispat edilemez; hukuki fiil ise tanıkla ispat edilebilir." (Erişim:28.01.2021, www.sinerjimevzuat.com.tr)

¹⁰⁵

¹⁰⁶

¹⁰⁷

Gümüş, s.219.; Yavuz (Cevdet), Özel Hükümler, s.1280.

Şener, s.333.

Yargıtay eski tarihli kararlarında "üçüncü kişinin eşi" ile imza edilen asıl sözleşmelerde nedensellik bağına kurulmadığına işaret etse de yeni tarihli kararlarında fikir değiştirdiği görülmektedir. Eski tarihli karar için Bkz. YHGK. 20.3.2013 T. 2012/13-1038E.-2013/377K.; Yeni tarihli karar için Bkz. YHGK. 15.03.2017 T. 2017/13-644E.-2017/460K. içeriği; "... taşınmazın sözleşmenin imzalanmasından yirmi beş gün sonra davacının eşi olduğu anlaşılan N.İ. tarafından mal sahibinden satın alınmış olması karşısında davacının imzasını inkâr etmediği sözleşme çerçevesinde sorumlu olduğunun kabulü gerekir..." (Erişim:12.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

¹⁰⁸

Bkz. Yarg. 13.HD 04.12.2017 T. 2015/38577E.-2017/11891K. içeriğinde; "Davacı tellal, davalıya taşınmazı göstermiş, davacı, davacı ile yaptığı sözleşmeyi ortadan kaldırmadan, davacının gösterdiği taşınmaz davalının eşi tarafından satın alınmış olduğuna göre, artık tellal üzerine düşen görevi yerine getirmiş ve ücret istemeye hak kazanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki mal sahibinin davacı tellalı yetkilendirmemiş olması da sözleşme kapsamında bir önem arz etmez." (Erişim: 12.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

V. SİMSARLIK ÜCRETİNİN BELİRLENMESİ

TBK hükümleri çerçevesinde sımsarlık sözleşmesi ile sımara ücret ödeneceğinin kararlaştırılması her ne kadar sözleşmenin objektif esaslı unsuru ise de sımsarlık sözleşmesinde sımaların ücret bedelinin kararlaştırılmış olması ve belirtilmesi zorunlu bir unsur değildir.¹⁰⁹ Ancak sımsarlık sözleşmesinde sımaların ücret bedeli kararlaştırılmış ise sözleşme hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanı sıra sözleşme ile sımaların ücret bedeli belirlenmemiş ise TBK m.522 hükmü gereğince, tarifeye göre, tarifenin bulunmaması halinde ise teamül kurallarına göre sımaların ücreti belirlenecektir. Ancak söz konusu ücret ile ilgili tarifede ve teamülde hüküm bulunmaması halinde, talep halinde sımaların ücreti hâkim tarafından belirlenebilecektir.¹¹⁰

A- Sözleşme ile Belirlenmesi

Taraflar sımsarlık sözleşmesi ile ücret miktarını belirlemiş iseler artık TBK m.522 hükmüne başvurulması mümkün değildir. Bunun yanı sıra sözleşme serbestisi gereğince, TBK m.525 hükmü olan ücretten indirim hükmü ile TBK m.28 hükmü olan aşırı yararlanma sınırlarını aşmadan taraflar sözleşme ile sımaların ücret şeklini istedikleri gibi belirleyebilirler.¹¹¹ Uygulamada daha çok sımaların asıl sözleşme bedeli ile iş sahibi ve üçüncü kişi tarafından anlaşılacak tutarın belirli bir oran karşılığında denk gelen ücret tutarı¹¹² olarak kararlaştırılabileceği gibi sabit bir ücret veya asıl sözleşmede kararlaştırılması düşünülen belli bir bedel üzerindeki meblağın sımsarlık ücreti alacağı olabileceği de kararlaştırılabilir. Diğer bir deyişle, taraflar sözleşme ile sımsarlık ücretini sözleşme serbestisi sınırını aşmamak koşuluyla istedikleri şekilde kararlaştırabilirler. Bununla birlikte karma ücret belirleme şekli ile

¹⁰⁹ Çağlar Çağlayan, "Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1, s.450.

¹¹⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.456.; Kurt, s. 1438.

¹¹¹ Şahiniz, s.172.; Gümüş, s. 220; Yasasever, s. 668.

¹¹² Sımaların ücret hakkı olarak bu şekil kararlaştırılmış ise asıl sözleşmedeki gerçek bedelin esas alınarak ona göre hesaplama yapılması gerekmektedir. Bkz. Gül, s.2808; Şahiniz, s.173; İlgili Yarg. kararı için Bkz. Yarg. 13.HD 23.06.2003 T. 2003/3743E.- 2003/8165K. içeriğinde; "Taraflar arasında her iki tarafın imzasını taşıyan tellallık sözleşmesinde taşınmazın satış bedeli belirtilmiştir. Bu nedenle tellallık ücretinin kararlaştırılan bu miktar üzerinden verilmesi gerekir. Tapudaki satım sözleşmesinde belirtilen satım bedelinin esas alınmış olması hatalıdır. ..." (Erişim: 12.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

taraf lar farklı yöntemler kullanarak birden fazla sim sarlık ücreti ödeneceğini de kararlaştırılabilirler. Sim sarlık sözleşmesi ile kararlaştırılan ücret, kural olarak para ise de maddi bir edimin de sim sarlık ücreti olarak belirlenmesinde engel yoktur.¹¹³

Taraf lar sim sarlık sözleşmesi ile asıl sözleşmede kararlaştırılacak asgari bedele ilişkin bir tutar belirlemiş ancak asıl sözleşmede bu tutarın altında bir bedel kararlaştırılması halinde sim sarın ücret hakkının ne olacağı ise doktrinde çeşitli görüşlere sebebiyet vermiştir. Doktrinde, asıl sözleşmede asgari bedel tutarın altında bir bedel kararlaştırılırsa, sim sarın bu ücrete hak kazanmayacağı savını destekleyenler¹¹⁴ bulunmaktadır. Bunun yanı hâkim görüşe göre ise, sim sarlık sözleşmesi ile söz konusu asgari tutarın altında bir bedel kararlaştırılacak olması halinde sim sarın ücret hakkına ilişkin bir karar belirtilmediyse, bu durumda TBK m.522 hükmü devreye girecek ve tarife varsa tarifeye yoksa teamüle göre sim sarın ücreti belirleneceği¹¹⁵ yönündedir.

Sim sarlık sözleşmesi ile sim sarın ücret hakkı taraf larca serbestçe kararlaştırılabilecek ise de taşınmaz sim sarlığının geçerlilik şartı olan adi yazılı şekilde yapılmasının yanı sıra Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmeliğin 20/1-2 maddesi¹¹⁶ ile sim sarın ücret hakkının azami tutarı belirlenmiştir. Yine 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun¹¹⁷ 12/1 maddesi 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun¹¹⁸ 62/1 maddesine¹¹⁹

¹¹³ Gümüş, s. 215.

¹¹⁴ Arslanlı, s.216.; Bakar, Arslanlı ile aynı görüşte ise de iş sahibinin söz konusu bedeli kararlaştırırken herhangi bir kötü niyetinin olmaması halinde sim sarın ücrete hak kazanmayacağını, aksi halde ücrete hak kazanabileceği savını desteklemiştir. Bkz. Bakar, s. 122.

¹¹⁵ Şener, s. 334.

¹¹⁶ (1) Alım satıma aracılık hizmetine ilişkin hizmet bedeli oranı, alım satıma aracılık sözleşmesinde yer alan satış bedelinin katma değer vergisi hariç yüzde dördünden fazla olamaz. (2) Kiralamaya aracılık hizmetine ilişkin hizmet bedeli, kiralama aracılık sözleşmesinde yer alan kira bedelinin katma değer vergisi hariç bir aylık tutarından fazla olamaz.”; Kanun koyucu söz konusu madde fıkraları içeriğinde, 14.10.2020 tarihinde değişikliğe gitmiş ve söz konusu hizmet bedeli oranının, “aracılık hizmetine ilişkin” şekilde karışıklığa mahal vermemek adına açıkça belirtmiştir.

¹¹⁷ R.G. T.: 01.06.2004 R.G. No.: 25479 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu.

¹¹⁸ R.G. T.: 21.06.2005 R.G. No.: 25852 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu.

¹¹⁹ “Bu Kanuna tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tarifeleri,

atıf yaparak¹²⁰, ücret hakkının yönetmelikle çıkarılacak olan fiyat tarifesine göre azami tutar belirtilmektedir. Bahse konu sınırlandırmalar farklı meslek kuruluşlarına kayıtlı sımsarlar açısından da söz konusu olabilmekle birlikte bağlayıcıdır. Ancak meslek kuruluşlarına kayıtlı olmayan sımsarlar bu sınırlandırmaya tabi olmadıklarından, taraflar ücret hakkını serbestçe kararlaştırabileceklerdir.¹²¹

Bununla birlikte sımsarlık sözleşmesi ile taraflar söz konusu sınırlandırmaları dikkate almayarak, azami tutarın üzerinde bir ücret kararlaştırmış iseler taraflardan biri mahkeme kanalıyla kısmi hükümsüzlük sebebine dayanarak bu tutarın azami sınıra çekilmesi talebinde bulunabilir.¹²² Meslek kuruluşlarına kayıtlı olmayan sımsarlar ise kısmi hükümsüzlük sebebiyle değil de sadece aşırı yararlanma hükümleri veya TBK m.525 ücretten indirilmesi talepleri ile başvurabilir.

B- Sözleşmede Kararlaştırılmamışsa Tarifeye Göre Belirlenmesi

Sımsarlık sözleşmesi sözlü veya yazılı olarak kurulabileceği gibi, taraflar sımsarın ücret hak bedelini bu sımsarlık sözleşmesi ile kararlaştırmamış olabilirler. Bu durumda kanun koyucu, eğer mevcutsa birinci tamamlayıcı hukuk kuralı olan tarifeye göre, tarifenin bulunmadığı hallerde de diğer tamamlayıcı hukuk kuralı olan teamül hükümlerine göre sımsarın ücret hakkının belirleneceğini TBK m.522 de açıklamıştır. Ancak kanun koyucu, tarifenin nereden alınacağı ve neye göre belirlenebileceği hakkında açıklama yapmamış olmakla birlikte tarife, yönetmelik ile ücreti idari makamlar tarafından belirlenen resmi fiyat tarifeleri olarak tanımlamak mümkündür.¹²³ İdari makamlar tarafından çıkarılan resmi fiyat tarifelerinin yanı sıra bazen idari ma-

bağlı buldukları odalarca hazırlanır ve odanın mensubu olduğu birlik yönetim kurulu tarafından fiyat tarifesinin sunulmasından sonra otuz gün içinde onaylanır veya reddedilir. Onaylanan fiyat tarifesi belediye, mülki amirlik ve ilgili odaya yedi gün içerisinde bildirilir ve bu andan itibaren yürürlüğe girer. Fiyat tarifeleri, uygulanacak azami hadleri gösterir.”

¹²⁰ Söz konusu atıf 507 sayılı mülga Esnaf ve Küçük Sanatkâr Kanunu'na yapılmış ise de mülga Kanun yerine yürürlüğe giren 5362 sayılı Kanuna yer verilmiştir.

¹²¹ Çağlayan, s. 451.

¹²² Çağlayan, s. 451.

¹²³ Nihat Yavuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C: II (m.339-649), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 2773.; Gümüş, s. 220.

kamlar tarafından hazırlanmayan veya yetkili mercilerce onaylanıp ilan edilmeyen “özel tarifeler” de mevcut olup, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış¹²⁴ ise bağlayıcılığı bulunmamaktadır.¹²⁵

Söz konusu TBK m.522 kapsamında herhangi bir tarifenin bulunup bulunmadığını; tarifenin bulunmaması halinde teamülün ne olduğu ilgili Ticaret ve Sanayi Odaları ile Meslek Odalarından sordurulabilmektedir.

C- Tarifenin Bulunmadığı Durumlarda Teamüle Göre Belirlenmesi

Teamül, belirli bir bölgede söz konusu aynı veya benzer işler için simsara ödenen ücrete ilişkin topluma mal olmuş ücret bedelidir.¹²⁶ Simsarlık sözleşmesi ile taraflar simsarın ücret hakkına ilişkin herhangi bir kararlaştırma yapmamış iseler ve bu sebeple devreye giren TBK m.522 hükmü gereğince, birincil tamamlayıcı hukuk kuralı olan resmi bir tarifenin de bulunmaması halinde taraflar mahkemeye başvurarak hâkimden simsarın ücret hakkının belirlenmesini talep edebilir. Bunun sonucunda hâkim söz konusu iş hakkında herhangi bir teamülün olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Teamül hükümlerinin bulunması halinde hâkimin takdir yetkisi olmaksızın, söz konusu teamüle göre karar verecek¹²⁷ iken; söz konusu işe ilişkin herhangi bir teamül bulunmuyorsa hâkim, TMK m.1/2 fıkrası ile m.4 hükmünde açıklanan takdir yetkisine¹²⁸ dayanarak simsarın ücret hakkını belirleyebilecektir.

Bunun yanı sıra söz konusu teamülün varlığı araştırılırken, hangi kıstasların baz alınması gerektiğine ilişkin herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu sebeple doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bu nedenle bir kısım yazar, her koşulda simsarın faaliyetinin bulunduğu yerdeki teamül kurallarının geçerli olması gerektiğini sa-

¹²⁴ Şahiniz, s. 177.

¹²⁵ Özkaya, s. 1013.; Örneğin, Bursa Gümrük Müşavirleri Derneği tarafından yayımlanan asgari ücret tarifesinin bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte herhangi bir “tarife” bulunmaması halinde “teamül” olarak değerlendirilebilir. Söz konusu asgari ücret tarifesi için bkz. http://www.bugumder.org/yuklenenler/1_d_0_icerik_1366_1609926394_2.pdf

¹²⁶ Gümüş, s.220.; Şahiniz, s.177.

¹²⁷ Şahiniz, s.178.

¹²⁸ Gül, s. 2808; Yasasever, s. 668.

vını desteklerken¹²⁹; diğer kısım yazar ise, taşınmaz sımsarlığı söz konusu ise taşınmazın bulunduğu yerdeki teamül hükümlerinin, geriye kalan sımsarlık çeşitlerinde ise sımsarın faaliyette bulunduğu yerdeki teamül hükümlerinin uygulanması gerektiği savını desteklemektedirler.¹³⁰

D- Tarife veya Teamülün Bulunmadığı Hallerde Hâkim Tarafından Belirlenmesi

Sımsarlık sözleşmesi ile sımsarın ücret miktarı belirlenmediği gibi söz konusu işe ilişkin herhangi bir tarife veya teamülün bulunmaması halinde de meydana gelecek boşluğun yerinin doldurulması amacıyla hâkim, TMK m.1/2 fıkrası ile m.4 hükmünde açıklanan takdir yetkisine dayanarak sımsarın ücret hakkını belirlemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, hâkim söz konusu işe ilişkin tarife veya teamülün bulunmaması halinde davayı reddetme yetkisine sahip değildir.¹³¹ Bununla birlikte hâkim takdir yetkisini kullanırken farklı şehirlerdeki benzer işlerde ödenen ücret bedellerini veya başka işlerdeki benzer hallerde ödenen ücret bedellerine göre karar vermesi gerekmektedir.

VI. ÜCRET BORÇLUSU

Sımsarlık sözleşmesi ile ücret ödeme borcu yükümlülüğüne giren kişi, iş sahibidir. Ancak sımsar çoğu zaman her iki tarafın da menfaatlerine uygun davranır ve sözleşmenin kurulmasını sağlarsa sımsar hem iş sahibinden hem de üçüncü kişiden ücret talep edebilir.¹³² Bununla birlikte sımsarlık sözleşmesinde taraflar, sadece sımsarın iş sahibine yönelik faaliyette bulunacağını kararlaştırmışlar ise bu durumda sımsar asıl sözleşmenin kurulması ile sadece iş sahibinden ücret hakkını talep edebilecektir.¹³³

Bunun yanı sıra bazen kanun ve yönetmeliklerde sımsarlık sözleşmesine ilişkin ücret alacağı borçlusunun kim veya kimler olduğu açıklanmıştır. Örneğin; taşınmaz sımsarlığına ilişkin TTHY m.20/5

¹²⁹ Bakar, s.126.; Yavuz (Nihat), C: II, s. 2773.

¹³⁰ Şahiniz, s.178.

¹³¹ Yavuz (Nihat), C: II, s. 2774; Uygur, s. 2364.; Yasasever, s. 668.

¹³² Arkan, s. 200.; Şahiniz, s. 87.; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku- Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 241.

¹³³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1573.

hükmü ile de simsarlık sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmamış olması halinde iş sahibi ile üçüncü kişi ücret borcunu eşit olarak ödeyecekleri belirtilmiştir. Keza, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği¹³⁴ m.22 hükmünde de ücret alacağı borçlusunun işveren olduğunu, iş arayanlar veya geçici iş ilişkisi için aracılık faaliyetinde bulunanların işçilerden ücret talep edilemeyeceği açıklanmıştır.¹³⁵ Bununla birlikte Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği¹³⁶ kapsamında, tarım işçisi ile işvereni arasında yapılacak olan sözleşmelerde de aracılık faaliyetinde bulunan kişinin sadece işverenden simsarlık ücretini talep edebileceği 11. madde hükmü ile belirtilmiştir.

VII. ÇEŞİTLİ SİMSARLIK TÜRLERİNDE ÜCRET HAKKI

A- Evlenme Simsarlığında Ücret Alacağı

Evlenme simsarlığının tanımı kanunda yapılmamış olmakla birlikte, evlenme faaliyetine fırsat yaratan veya aracılık edilmesini sağlayan simsarlık türü olarak tanımlamak mümkündür.¹³⁷ Evlenme simsarlığında ücrete ilişkin konu, TBK m.524 de hüküm altına alınarak ilgili madde hükmünde evlenme simsarlığına ilişkin simsar ücret hakkına ilişkin dava açamayacağı ve takip yapamayacağı belirtilmiştir. Evlenme simsarlığı sözleşmesi ile iş sahibinin simsara ödeyeceği ücret bedeli kararlaştırılmış olabilir. Söz konusu bedel ödenirse, iş sahibi sonradan TBK m.524 hükmüne dayanarak, ücretin iadesini talep edemeyecektir.¹³⁸ Ancak iş sahibi söz konusu ücret bedelini simsara ödememesi halinde ise simsar bu alacağına ilişkin dava açamayacağı gibi icra takibi yoluna da başvuramayacaktır. Keza söz konusu ücretin kambiyo senedi olarak düzenlenmiş olması ya da kefalet veya rehinle teminat

¹³⁴ R.G. T.: 11.10.2016 R.G. No.: 29854 Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği.

¹³⁵ Söz konusu yönetmelik maddesi içeriğinde ise ücret talep edilebilecek istisna kapsamında bulunan kişiler açıklanmıştır. Bkz. "... Ancak, 8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında da faaliyet gösteren özel istihdam büroları, aracılık faaliyeti dışında sunacakları eğitimlerden ücret alabilir. (2) Özel istihdam büroları aracılık faaliyetleri kapsamında sadece; profesyonel sporcu, teknik direktör, antrenör, manken, fotomodel ve sanatçı meslek gruplarında yer alanlar ile genel müdür veya bu göreve eş ya da daha üst düzey yönetici pozisyonlarında işe yerleştirilecek kişilerden ücret alabilir."

¹³⁶ R.G. T.: 27.05.2010 R.G. No.: 27593 Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği.

¹³⁷ Taşdelen, s. 31.

¹³⁸ Yasasever, s. 674.; Gül, s. 2813.

altına alınmış olması da söz konusu alacağı icra edilebilir kılmaz.¹³⁹ Bu çerçevede TBK m.524 hükmü emredici nitelikte olup, evlenme sımsarlığının eksik borç niteliğinde olduğunu göstermektedir.¹⁴⁰ Doktrinde evlenme sımsarlığının muhabbet sımsarlığından tamamen farklı bir boyutta olduğu da belirtilmektedir.¹⁴¹

Her ne kadar evlenme sımsarlığı eksik borç niteliğine haiz ise de sımsar, sadakat ve özen borcunu yerine getirmekten imtina edemeyecektir.¹⁴²

B- Birden Fazla Sımsarla Anlaşılması Halinde Ücret Alacağı

İş sahibi, sımsarlık sözleşmesi ile yasaklanmamış olması şartıyla, birden fazla sımsar ile fırsat gösterici veya aracı olarak sımsarlık sözleşmesi kurabilir. Sımsarlık sözleşmesi fırsat gösterici şekilde veya aracılık faaliyeti şeklinde gerçekleştirilebilirken, birden fazla sımsar da birbirinden haberdar olarak veya olmayacak şekilde görevlendirilebilir.¹⁴³ Bu nedenle değerlendirmeler bu şekilde yapılacaktır.

Birden fazla sımsar ile kurulmuş olan fırsat gösterici sımsarlıkta hangi sımsar asıl sözleşmenin akdedilmesini sağlamış ise o sımsar ücretin tamamına tek başına hak kazanacaktır.¹⁴⁴

İş sahibi birden fazla sımsar ile aracılık faaliyeti göstermesine ilişkin sımsarlık sözleşmesi akdetmiş ise burada durum sımsarın faaliyetlerine göre değişkenlik gösterecektir. Şöyle ki; iş sahibi, aynı iş için birbirinden haberleri olacak şekilde (birlikte) birden fazla sımsar ile anlaşması halinde tek bir sımsarlık ücretinden sorumluluk doğar.¹⁴⁵ Söz konusu ücretin paylaşılması noktasında ise doktrinde görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Ancak iş sahibinin aynı iş için birbirinden habersiz birden fazla sımsar ile anlaşılması halinde, sımsarlardan sadece biri asıl sözleşmenin kurulmasını sağlamış ise sımsarlık ücretine tek başına hak kazanacaktır.¹⁴⁶ Keza birden fazla sımsarın yaptığı her

¹³⁹ Bilge, s.317.

¹⁴⁰ Bozkurt, s. 395; Taşdelen, s. 32.

¹⁴¹ Eren, Özel Hükümler, s. 91.

¹⁴² Bakar, s. 40.

¹⁴³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1571.

¹⁴⁴ Şener, s. 336.; Gümüş, s.209.

¹⁴⁵ Yasever, s.671.

¹⁴⁶ Gümüş, s. 209.; Şener, s.336.

bir faaliyet asıl sözleşmenin kurulmasına katkı sağlamış ise, katkısı bulunan her bir simsar, simsarlık ücretinin tamamına hak kazanacaktır.¹⁴⁷

C- Çifte Simsarlık Halinde Ücret Alacağı

Simsarlık sözleşmesi ile üçüncü kişinin menfaatine uygun davranışlarda bulunulmayacağına ilişkin bir kayıt bulunmaması halinde simsar hem iş sahibinin hem de üçüncü kişinin menfaatine uygun davranabilir. Bu duruma çifte simsarlık denilmektedir.¹⁴⁸ Burada önem arz eden husus, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında meydana gelebilecek menfaat çatışması halidir. Simsar, söz konusu menfaat çatışmasına son veremiyor ise taraflardan birinin menfaatine göre davranmaktan vazgeçmelidir; aksi halde simsar ücret hakkını ve giderlerini talep edemeyecektir. Bununla birlikte simsarın diğer taraftan ücret sözü alması halinde de simsar ücrete ilişkin hakkını ve yaptığı masrafları isteyemeyecektir. Çalışma içerisinde de “simsarın ücret hakkını kaybetmesi” başlığında açıklanmış olup, ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.

D- Alt Simsarlık Sözleşmesinde Ücret Alacağı

TBK m.520/2 hükmü ile simsarlık sözleşmesinde kural olarak vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. TBK m.506/1 fıkrasında vekilin vekalet borcunu bizzat yapmakla yükümlü olduğunu, “*ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde*” hallerde vekilin işi başkasına yaptırabileceği hükmü yer almaktadır. Bu nedenle TBK m.520/2 uyarınca, alt vekalet ilişkisinin içeriği ve sınırlandırması, alt simsarlık ilişkisinde de kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Açıklanan nedenlerle, simsarın, simsarlık faaliyetini kısmen veya tamamen, kendi gözetimi altında olmadan alt simsarlık ilişkisi kurarak, asıl sözleşmenin kurulması halinde ise asıl simsarın alt simsara ücret borcu altına girdiği sözleşme olarak tanımlamak mümkündür.¹⁴⁹

Ancak önemle belirtilmesi gereken husus, burada alt simsara ücret ödeme borcu altına giren kişi, asıl simsardır.¹⁵⁰ Diğer bir deyişle, asıl

¹⁴⁷ Şahiniz, s. 138.

¹⁴⁸ Öcal Apaydın, s. 156.

¹⁴⁹ Bozkurt, s.197.

¹⁵⁰ Şahiniz, s. 114.

sözleşmenin kurulması halinde alt sımsar ücretinin ödenmesi için iş sahibine başvuramayacaktır. Ancak iş sahibi TBK m.507/3 gereğince hem asıl sımsara hem de alt sımsara karşı hak ileri sürebilir. Alt sımsarın asıl sözleşmenin kurulması için gereken üçüncü kişiyi bulmuş olması halinde, asıl sımsarın haklı sebebi olmaksızın asıl sözleşmenin kurulmasına engel olması halinde alt sımsarın zararını tazmin etmekte yükümlü olacaktır.

Uygulamada alt sımsar ile ifa yardımcısı terimleri karıştırılmaktadır. Asıl sımsar, alt sımsarı gözetim ve yönetim altında olmaksızın kendi üstlendiği faaliyetin bir kısmını devrederek alt sımsarlık sözleşmesi oluşturmasının yanı sıra asıl sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazanan kişidir. Ancak ifa yardımcısında, sımsar görev ve yetkisini devretmeksizin sadece ifa yardımcısının bilgi ve becerisinden yararlanmakta¹⁵¹ ve hiyerarşi ilişkisinin söz konusu olduğu söylenebilir.¹⁵²

VIII. SİMSARIN ÜCRET TALEP ETME ZAMANI

Sımsarın ücret talep etme zamanından kasıt, ücrete hak kazandığı andır. Nitekim sımsarın ücrete hak kazandığı an ise TBK m.521 hükmünde açıklanmıştır. Çalışmamız içerisinde sımsarın ücrete hak kazandığı an gerek faaliyeti sonucunda gerekse de geciktirici koşula bağlı olarak ücrete hak kazanma anı ikinci bölüm içeriğinde detaylıca açıklandığından, tekrara düşmemek adına ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.¹⁵³ Ancak belirtmek gerekir ki, iş sahibinin ücret ödeme borcu, sımsar tarafından söz konusu faaliyetin gerçekleştirilmesi ve bu durumun iş sahibine bildirilmesi ile muaccel olacaktır.

Bunun yanı sıra, sımsar ile iş sahibi sımsarlık sözleşmesi ile masrafın sımsara ödenmesini kararlaştırabilirler. Taraflar masrafın sımsara ödenmesi konusunda anlaşmış ise, TBK m.521/3 gereğince, asıl sözleşme kurulmasa da sımsar yaptığı masrafların ödenmesini talep edebilir. Söz konusu masrafın ödenmesine ilişkin sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olduğundan, taraflar iradeleri doğrultusunda serbestçe

¹⁵¹ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 419.

¹⁵² Tandoğan, s. 460.; Şahinöz, s. 115-116.

¹⁵³ Bkz. "II. Sımsarın Ücrete Hak Kazanmasının Şartları" başlığı altında detaylıca incelenmiştir.

belirlenebilecektir. Örneğin, simsar faaliyetine başlamadan bir kısım ödeme yapılacağı kararlaştırılabilir. Doktrinde söz konusu bu şekil ödemenin ücret avansı mı yoksa gider avansı mı olduğu konusunda çeşitli görüşler mevcut ise de katıldığımız hakim görüşe göre, söz konusu ücrete hak kazanılması aksi kararlaştırılmadığı sürece asıl sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasına bağlı kılındığından, asıl sözleşme geçerli şekilde kurulmadan yapılan ödemenin gider avansı olduğu yönündedir.¹⁵⁴ Bu sebeple, simsarlık sözleşmesiyle iş sahibinin masrafı ödeme borcu altına girmesinden sonra, simsarı azletmesi halinde dahi simsar azledildiği ana kadar yaptığı giderlerin karşılanmasını talep edebilecektir.

Simsar yaptığı zorunlu ve faydalı giderleri iş sahibine açıklamalıdır. Diğer bir deyişle, iş sahibi, simsarın yaptığı her türlü giderden değil de yapmakla zorunlu olduğu ve iş sahibinin talimatları nedeniyle yapılması gereken iş ve işlemlere ilişkin yapılan giderleri bedelleriyle birlikte açıklamakla yükümlüdür.¹⁵⁵ Bu kapsamda örnek vermek gerekirse, simsar, yanında çalıştırdığı kişinin ücretini, simsarlık faaliyet sırasında lüks restaurantta yediği yemeğin bedeli gibi giderleri iş sahibinden isteyemeyecek iken; üçüncü kişinin şehir dışında olması ve aracılık faaliyeti çerçevesinde yüz yüze görüşülmesinin gerekmesi halinde simsarın özel aracıyla üçüncü kişinin bulunduğu konuma gitmesi halinde yakacağı benzin ücretini talep edebilecektir.¹⁵⁶ Simsarlık sözleşmesi ile iş sahibinin gider ödeme borcu altına girmesi yükümlülüğünden kurtulmasının istisnası, TBK m. 523 hükmü ile saklı tutulmaktadır.

IX. SİMSARIN ÜCRETİNDE AZALTMA YAPILABİLECEK HALLER

Mülga 818 sayılı BK m.409 hükmünde, söz konusu indirim talebinin sadece hizmet sözleşmesi veya taşınmaz satışına ilişkin aracılık faaliyetlerinde talep edilebileceği belirtilmekte iken; 6098 sayılı TBK ile bu sınırlandırma kaldırılarak, her türlü simsarlık sözleşmesinde talep edilebilir hale gelmiştir. Simsarlık sözleşmesi ile taraflar simsarın ücret

¹⁵⁴ Şahiniz, s. 218.

¹⁵⁵ Şahiniz, s. 221.

¹⁵⁶ Şahiniz, s. 221-222.

bedelini kararlaştırmış iseler de söz konusu ücret bedelinin fahiş olması halinde iş sahibi¹⁵⁷ dava yoluyla hâkimden söz konusu ücretten indirim yapılmasını talep edebilecektir. Taraflar sımsarlık sözleşmesine, sımsarın ücret bedelinden indirim yapılamayacağına ilişkin hükümler ekleseler de iş sahibi aleyhine konulan bu hüküm geçersiz¹⁵⁸ olup, iş sahibi bu hükme rağmen dava yoluyla ücretin indirilmesini talep edebilecektir.

Her ne kadar fahiş ücretten indirim talebi için kanun koyucu bir sınırlandırma getirmemiş ise de hakkaniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde, iş sahibi sadece kamu yararı veya hakkın önemli derecede kötüye kullanılması hallerinde sımsarlık ücret bedelinden indirim talep etmelidir.¹⁵⁹ Hakim re'sen ücretin fahiş olduğunu ve indirilmesi gerektiğine karar veremez.¹⁶⁰ Bunun yanı sıra sımsarlık sözleşmesi şans ve tesadüfe bağlı bir sözleşme olduğundan, sımsarın söz konusu faaliyet için harcadığı emek ve zamanın azlığı veya çokluğunun ücretten indirim yapılıp yapılmamasında değerlendirilmeye alınmaması gerekmektedir.¹⁶¹ Nitekim sımsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılan, objektif unsurlardan olan sımsarın faaliyet konusudur. Hâkim fahiş olduğu iddia edilen sımsarlık ücretinden indirim yapılıp yapılmamasına karar verirken öncelikle objektif unsura bakmalı ve sonrasında

¹⁵⁷ Sımsarlık ilişkilerinde her ne kadar iş sahibi hem gerçek kişi hem de tacir olabilecek ise de TBK m.525 hükmü çerçevesinde, fahiş bedelden indirimi talep edebilecek iş sahibi sadece gerçek kişidir. Diğer bir deyişle, tacir veya tacir gibi sorumlu olan iş sahibinin TBK m.525 hükmüne dayanarak, indirim talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak bunun yanı sıra tacir olan iş sahibi TBK m.28 aşırı yararlanma haline dayanarak ücretteki orantısızlığın giderilmesini talep edebilecektir. Şener, s. 339.

¹⁵⁸ Şener, s. 339.
¹⁵⁹ Bozkurt, s. 256.; Yavuz (Nihat), C: II, s. 2779.

¹⁶⁰ Bunun yanı sıra TBK m.182/3 çerçevesinde, aşırı ceza koşulu indirimi olup olmadığı talep olmasa da hâkim tarafından re'sen incelenerek, indirilebilir. Ancak TTK m.22 gereğince, sadece gerçek kişi iş sahibi aşırı ceza koşulunun indirimi talebinde bulunabilir. Diğer bir deyişle, tacir sıfatına haiz iş sahibi basiretli tacir sıfatına sahip olup, sadece ekonomik olarak mahvına sebep olması halinde aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edebilecektir.; Yargıtay kararlarında hakkaniyet ve nesafet kurallarına aykırı görülmesi halinde indirim yapılabilmesi belirtilmektedir. Bkz. Yarg. 13.HD 06.06.2018 T. 2016/2319E.-2018/6679K. içeriğinde; "Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak, tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir. ..." (Erişim: 13.12.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr)

¹⁶¹ *Gümüş*, s. 222; *Yavuz (Nihat)*, C: II, s. 2779.

söz konusu faaliyetin iş sahibi için ne kadar önemli olup olmadığı gibi kıstasları değerlendirerek, takdir yetkisini kullanmalıdır. Bu hususlar çerçevesinde, tarife mevcutsa tarifeye; tarife mevcut değil ise teamül kuralları göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁶² Ancak hâkim söz konusu takdir yetkisini kullanırken hiçbir şekilde “simsarlık ücretinin ödenmemesine” şekilde karar veremez.

Simsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılan simsarın ücreti, iş sahibi tarafından ödendikten sonra ücretin fahiş olduğu ve indirim yapılması gerektiği sebebiyle dava açamaz.¹⁶³ Bunun yanı sıra simsarlık sözleşmesi ile ücret bedelinin kararlaştırılmamış olması halinde, ücret bedelinin TBK m.522 uyarınca tarifeye veya tarife yoksa teamüle göre belirlenecek olması halinde, söz konusu belirlenen bedellerden indirim yapılması da talep edilemeyecektir.

X. SİMSARIN ÜCRET HAKKINI KAYBETMESİ

Simsar, asıl sözleşmenin geçerli kurulmasıyla birlikte ücrete hak kazanır iken; sadakat borcuna aykırı davranış sergileyerek üçüncü kişinin menfaatine hareket eder veya dürüstlük kuralı gereğince üçüncü kişiden de ücret sözü alırsa bu durumda simsar iş sahibinden simsarlık ücreti talebinde bulunamayacaktır.(TBK m.523) Nitekim simsarlık sözleşmesi ile taraflar güven ilişkisine dayalı olarak sözleşme yapmışlar ve kanun koyucu da bu güven ilişkisini destekleyerek iş sahibini güvence altına alan TBK m.523 hükmüne yer vermiştir. Yine bu hüküm ile kanun koyucu simsarı sadakat borcuna ve dürüstlük kuralına uygun davranması gerekliliğine dikkat çekmiştir.¹⁶⁴

Simsar hem iş sahibinin hem de üçüncü kişinin menfaatine uygun davranışlarda bulunabilir; meğerki simsarlık sözleşmesi ile simsarın üçüncü kişi ile sözleşme yapması yasaklanmış olsun. Ancak simsar bu faaliyetini yerine getirirken dürüst ve tarafsız olmalıdır.¹⁶⁵ Simsarlık sözleşmesi ile simsarın üçüncü kişi için faaliyette bulunması yasaklanmış veya asıl sözleşmenin kurulması için gerçekleştirilecek faaliyet sadece simsarın iş sahibi adına faaliyette bulunmasını gerektiriyorsa,

¹⁶² Şahiniz, s. 209.

¹⁶³ Gümüş, s. 221.

¹⁶⁴ Bozkurt, s. 248.

¹⁶⁵ Gül, s. 2808.; Bahtiyar, s. 240.

sımsar sadece iş sahibinin menfaatine davranışlar sergilemekle yükümlüdür. Aksi halde sımsar, iş sahibinden ücret ve giderlerini istemeyecektir.¹⁶⁶

Sımsarın sadece iş sahibi menfaatine hareket ettiği hallerde, sımsar üçüncü kişiden ücret sözü alır veya başka bir menfaat sağlar ise iş sahibinin ücret ödeme borcu sona erer¹⁶⁷. Sımsarın TBK m.523 hükmü çerçevesinde, ücret hakkının sona ermesi hali doktrinde “*kanuni bir cezai şart*” olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁸

Bu hükümler dışında, sımsarın asıl sözleşmede üçüncü kişi olarak asıl sözleşmeyi temsil yetkisi olmaksızın kurması halinde de sımsarlık sözleşmesi örtülü olarak ortadan kalkacak ve sımsarın ücret hakkı sona erecektir.¹⁶⁹ Örneğin, bir taşınır veya taşınmaz satımı için sımsar ile iş sahibi arasında sımsarlık sözleşmesi kurulsa da sımsar söz konusu taşınır veya taşınmazı kendi adına satın almak üzere asıl sözleşmeyi kurar ise, sımsarın ücret hakkı son bulacaktır.

A- Diğer Tarafın Menfaatine Hareket Etme

Sımsar aksine hüküm bulunmadığı sürece hem iş sahibinin hem de üçüncü kişinin menfaatine uygun hareket edebilir. Ancak taraflar arasında menfaat çatışması bulunması halinde sımsar, taraflardan birinin faaliyetini sürdürmeye son vermesi gerekir.¹⁷⁰ Sımsar bu duruma son vermez ve sımsarın davranışı menfaat çatışmasına sebebiyet vermeye devam ederse, sımsar ücret hakkını ve yaptığı giderleri talep etme hakkını kaybedecektir.¹⁷¹ Örneğin; sımsarın ücret hakkını daha hızlı kazanmak için düşük bedelden asıl sözleşmenin kurulması için iş sahibini ikna etmesi hali, TBK m.523 çerçevesinde değerlendirilecektir.

Sımsarlık sözleşmesi ile sımsarın sadece iş sahibinin menfaatleri doğrultusunda hareket edebileceği veya böyle bir hüküm yer almakla birlikte söz konusu işin sadece bir tarafın menfaatine uygun davranılması zorunluluğunu gerektirmesi halinde bu hallere aykırı

¹⁶⁶ Arkan, s. 208-209.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1574.

¹⁶⁷ Arkan, s.208.

¹⁶⁸ Bilge, s. 322.; Arkan, s.209.

¹⁶⁹ Şener, s. 344.

¹⁷⁰ Yasasever, s. 666.

¹⁷¹ Öcal Apaydın, s. 160.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1574.

davranan simsar ücrete hak kazanamayacağı gibi yaptığı giderlerin ödemesi kararlaştırılmış olsa bile giderini de talep edemeyecektir. Simsarın açıklanan nedenlerle ücrete hak kazanamayacağını iddia eden iş sahibi iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte asıl sözleşmenin kurulması hali veya kurulmadan da simsarın ücrete hak kazanabileceği simsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılmış olması halinde ise aslında simsar ücrete hak kazanmış iken simsarın ücrete hak kazanmadığını iddia ederek, simsarın ücret hakkını ödemeyen iş sahibi hakkında iddiasını kanıtlayana kadar temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁷²

İş sahibi, simsarın üçüncü kişi menfaatine hareket ettiğini biliyor ve yine de asıl sözleşmeyi kuruyor ise simsarın ücret hakkını ödemekten imtina edemeyecektir. Aksi durum hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verecek olup, ispat yükü simsara geçecektir.¹⁷³ Ancak iş sahibi bilmeden simsarın ücret hakkını ödemiş ise, ödediği bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir.¹⁷⁴

B- Diğer Taraftan Ücret Sözü Alma

TBK m.523 hükmü, simsarın dürüstlük kuralına aykırı davranarak diğer taraftan ücret sözü alması halinde ücret ve yaptığı giderleri isteyemeyeceğini açıklamıştır. Kanun koyucu sadece “ücret sözü” şeklinde belirtmiş ise de kanun maddesinin amacı uyarınca, “*menfaat sözü*”nün de bu hükümde değerlendirilmesi gerekecektir.

Simsar hem iş sahibinin hem de üçüncü kişinin menfaatine uygun davranarak, iki taraf için de aracılık faaliyeti yapabilir. Simsar iki taraf için de borcu üstlenmiş ise iki taraftan da ücret talep edebilir.¹⁷⁵ Ancak simsarlık sözleşmesi ile simsarın sadece iş sahibinin menfaatine göre davranacağı hükmü yer almasına rağmen, simsar üçüncü kişiden ücret veya başka bir menfaat sağlayacağına ilişkin söz alırsa, simsar ücret hakkını kaybedeceği gibi giderlerin ödeneceği kararlaştırılmış ise söz konusu yaptığı giderlere ilişkin masraflarını da talep edemeyecektir. Doktrinde, simsarın üçüncü kişiden ücret sözü almasının ne zaman

¹⁷² Gül, s. 2809.

¹⁷³ Gül, s. 2809.

¹⁷⁴ Şahiniz, s. 99.

¹⁷⁵ Arkan, s.200; Şahiniz, s.87.

dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği tartışmalı ise de katıldığımız görüşe göre, sımsar, iş sahibinin menfaatine aykırı, üçüncü kişinin ise menfaatine davranışlarda bulunduğu an dürüstlük kuralına aykırı davranmış ve böylelikle ücret hakkını kaybetmiş sayılacaktır.¹⁷⁶ Sımsarın ücret hakkını ve giderlere ilişkin yaptığı masrafı kaybetmesi, iş sahibinin zarara uğrayıp uğramamasına bağlı değildir. Sımsarın iş sahibinin menfaatine aykırı ancak üçüncü kişinin menfaatine hareket etmesi, iş sahibini zarara uğratmış olması halinde iş sahibi sımsardan ayrıca tazminat talebinde bulunabilecektir.¹⁷⁷

XI. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAKLAR İÇİN ZAMANAŞIMI

Kanun koyucu 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun m.106 ve devamında "ticaret işleri tellallığı" hükümlerine yer vererek, ticari işler ile adi işler arasındaki sımsarlık faaliyetini ayrı tutmuştur. Söz konusu mülga Kanun'un m.106/2 fıkrası ile ticari işlere ilişkin tellallık faaliyetinde, kararlaştırılan faaliyetin (fırsat gösterme veya aracılık) yapılmasından itibaren 1 yıl sonra zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiş ise de 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK ile ticaret işleri tellallığı düzenlemesine son verilmiş ve böylelikle sımsarlık sözleşmesine ilişkin hallerin incelenmesi tamamıyla TBK'nun uygulama alanına bırakılmıştır.

Ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'nın m.147/5 hükmü içeriğinde, ticari işlere ilişkin sımsarlık ücreti alacağı dışında, sımsarlık sözleşmelerinden doğan zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu belirtilmektedir. Kanun koyucu bir yandan mülga TTK ile söz konusu ticari iş ve adi iş ayrımını kaldırmış; diğer yandan ise TBK ile bu ayrımın mevcut olduğuna ilişkin hüküm ihtiva etmiştir. Doktrinde bu husus sıkça tartışılarak, sımsarlık sözleşmelerinden doğan zamanaşımı süresi 5 yıl iken, ticari işlere ilişkin sımsarlık faaliyetindeki zamanaşımı süresine ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bu görüşlerden bir kısım yazarlar ise, söz konusu durumun kanun boşluğu yarattığını,

¹⁷⁶ Gümüş, s. 213- 214.; Şahiniz, s. 92.

¹⁷⁷ TBK m.112; "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." Hükmü çerçevesinde tazmini istenebilecektir. Bkz. Öcal Apaydın, s. 160.

ancak ticari iş hayatı düşünüldüğünde hızlı olunması gerektiğini ve bu sebeple ticari işler için ayırım gözetilerek, ticari işlere ilişkin simsarlık faaliyetlerinde 1 yıllık zamanaşımı süresinin öngörülmesi gerektiği kanısındadırlar¹⁷⁸. Bir kısım yazarlar ise, ticari iş ile iş simsarlığı arasındaki ayırım kaldırılmış olduğundan, TBK m.147/5 hükmünde belirtilen “*ticari simsarlık ücreti alacağı dışında*” şeklinde belirtilen ifadenin bir anlam ifade etmediğini, bu sebeple ticari işlere ilişkin simsarlık faaliyetinde de 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulama alanı bulması gerektiği savını desteklemektedirler.¹⁷⁹

Söz konusu zamanaşımı süresinin başlangıcı, TBK m.90 genel hükmü gereğince, borç doğduğu anında muaccel olacaktır. Diğer bir deyişle, simsarlık sözleşmesi ile belirlenen simsarın faaliyetinin gerçekleşmesi ile simsar ücrete hak kazanacak ve aynı anda zamanaşımı süresi başlayacaktır. Ancak TBK m.521/2 çerçevesinde, simsarın ücrete hak kazanılması geciktirici koşula başlanmışsa, geciktirici koşul şartının sağlanmasıyla simsar ücrete hak kazanacak ve ücrete hak kazandığı an zamanaşımı süresi başlayacaktır.¹⁸⁰ Keza simsarın ücrete hak kazanması asıl sözleşmenin kurularak ifa edilmesi şartına bağlanmış ise, simsar sözleşmenin ifa edilmesi ile ücrete hak kazanacak ve zamanaşımı süresi ifanın gerçekleşmesiyle başlayacaktır.

XII.SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN ÜCRET ALACAĞINA ETKİSİ

TBK m.520-525 hükümleri arasında simsarlık sözleşmesinin sona ermesine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmaması nedeniyle uygun düştüğü ölçüde TBK m.520/2 uyarınca, adi vekalet sözleşmesinin sona erme halleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

A- Asıl Sözleşmenin Kurulamayacağıın Anlaşılması Halinde

Simsarın ücrete hak kazanıp kazanamaması, asıl sözleşmenin kurulduktan sonra sona ermesi veya kurulamayacağıın anlaşılması hallerine göre değişkenlik gösterecektir.

¹⁷⁸ Murat Oruç, “Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y:7, S: 30, 2017, s. 233-234.

¹⁷⁹ Bahtiyar, s. 241.; Boztaş, s. 60.

¹⁸⁰ Arkan, s.208.

Sımsarın ücrete hak kazanmasının şartları; asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve sımsarın faaliyeti ile asıl sözleşme arasındaki nedensellik bağının sağlanmasına bağlıdır. Bu durumda asıl sözleşme kurulmuş ancak sonradan sona ermiş ise, sımsar ücrete hak kazanacaktır. Ancak asıl sözleşmenin kurulamayacağına anlaşılması halinde sımsarın ücret hakkı söz konusu olmayacaktır; meğerki sımsarlık sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmış olsun. Bununla birlikte sımsarlık sözleşmesi ile sımsarın masraflarını talep edebileceğine ilişkin kayıt konulmuş olması halinde asıl sözleşme kurulup sona erse veya kurulmadan kurulamayacağı anlaşılabilir da olsa, sımsar her halükârda yaptığı masrafları talep edebilecektir.

B- Sımsarlık Sözleşmenin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi Halinde

Mülga 818 sayılı BK m.396 hükmü, “azil ve istifanın” her zaman mümkün olduğunu belirterek, daha spesifik bir yaklaşım sergilemiş ise de TBK m. 512 genel çerçevede değerlendirme yaparak, tarafların her zaman sözleşmeyi sona erdirebileceği hüküm altına alınmıştır. Sımsarlık sözleşmesinin tarafları olan sımsar ve iş sahibi, sımsarlık sözleşmesini her zaman haklı bir sebep olup olmadığına bakılmaksızın tek taraflı olarak sona erdirebilirler.¹⁸¹ Ancak uygun olmayan zamanlarda sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiren, diğer tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. TBK m.512 hükmü kıyasen uygulama alanı bulmaktadır.

Tarafların tek taraflı olarak sımsarlık sözleşmesini sona erdirmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olup, sözleşmeyi tek tarafı sona erdiren taraf bunu zımnen yapabileceği gibi açık bir şekilde de yapabilecektir.¹⁸² Bunun yanı sıra tarafların tacir olması ve işin tarafların ticari faaliyetini ilgilendirmesi halinde sımsarlık sözleşmesi TTK m.18/3 fıkrasına¹⁸³ uygun şekilde tek taraflı olarak sona erdirilebilir.¹⁸⁴

¹⁸¹ Tandoğan, s. 620.; Taşdelen, s. 113; Ayhan/Çağlar, s. 52.

¹⁸² Tandoğan, s. 622.

¹⁸³ “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

¹⁸⁴ Arkan, s.160.

Tarafların tek taraflı olarak simsarlık sözleşmesini sona erdirmesi halinde tarafların yükümlülükleri de geleceğe etkili olarak ortadan kalkacaktır.¹⁸⁵

Simsarlık sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi halinde simsar ücrete hak kazanamayacaktır¹⁸⁶; meğerki sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olsun. Ancak burada hakkın kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Şöyle ki; iş sahibi, haklı bir neden olmaksızın, simsarın bulunduğu üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi kurmaz ve simsarlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirdikten sonra, simsarın bulunduğu üçüncü kişi ile nedensellik bağı korunarak¹⁸⁷ asıl sözleşme akdedilir ise simsar ücrete hak kazanacaktır.¹⁸⁸ Burada ispat yükü simsardadır.¹⁸⁹ Yine iş sahibi, haklı bir nedene dayanarak simsarlık sözleşmesini sona erdirirse, simsar ücrete hak kazanamayacaktır.¹⁹⁰

TBK m.512'nin ikinci cümlesinin simsarlık sözleşmesi çerçevesinde de uygulama bulup bulamayacağı tartışmalı olsa da hakim görüş, taraflardan birinin uygun olmayan zamanlarda sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesi ile diğer tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu yönündedir.¹⁹¹ Uygun olmayan zamandan kasıt, somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösterebilecek ise de simsarın asıl sözleşmenin kurulması için önemli bir faaliyette bulunarak masraf yapmış olması hali örnek verilebilir. Ancak taraf söz konusu zararlardan olağan zararları değil, menfi zararları giderilmekle yükümlüdür.¹⁹² Sözleşmenin tek taraflı olarak uygunsuz bir zamanda sona erdirildiğini ispat külfeti ise, tazmin talebinde bulunan tarafa aittir.¹⁹³ Açıklanması gereken bir diğer husus ise, tazminle yükümlü olu-

¹⁸⁵ Şahin Akıncı, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Basım Yayım, Konya, 2004, s. 59.

¹⁸⁶ Bilge, s. 323.

¹⁸⁷ Bilge, s. 323.

¹⁸⁸ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1583.; Bozkurt, s. 153.

¹⁸⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1583.; Bilge, s.323.; Yarg. 3.HD 07.06.2012 T. 2012/11429E.-2012/14562K. (Erişim: 12.12.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>)

¹⁹⁰ Bozkurt, s. 152.

¹⁹¹ Yavuz (Cevdet), Özel Hükümler, s. 1283.; Bilge, s. 323; Şahiniz, s. 150-151.

¹⁹² Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 438.; Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan: 6098 sayılı Türk Borçlar Hukuku'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 435.; Şahiniz, s. 154.

¹⁹³ Akıncı, s. 120.

nan zararlar arasına simsarin faaliyeti süresince yaptığı masrafların da olup olmadığıdır. Burada genel kurala atıf yapılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, simsarlık sözleşmesi ile simsarin masraflarını talep edebileceği kararlaştırılmış ise simsar her halükârda yaptığı masrafları talep edebilecek; aksi halde talebi mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte tartışılan bir diğer husus ise, tarafların sözleşme ile tek taraflı sona erdirme hakkını sınırlandırılması veya yasaklanmasının mümkün olup olmadığı noktasındadır. Ancak doktrinde ve yargı kararlarındaki hâkim görüş, tek taraflı sona erdirme hakkının emredici nitelikte olduğu, aksi kararlaştırılmayacağı ve bu sebeple sözleşme ile bu hakkın sınırlandırılması ve yasaklanmasının mümkün olmadığı yönündedir.¹⁹⁴ Bu nedenle simsarlık sözleşmesinde sözleşmeyi sınırlandıran veya yasaklayan hükümlerin bulunması halinde, söz konusu hükümlerin batıl olduğu ve tarafların her zaman TBK m.521 hükmü uyarınca kıyasen tek taraflı sona erdirebileceği öngörülmektedir.¹⁹⁵

Simsarlık sözleşmesinde birden fazla simsar veya birden fazla iş sahibinin bulunduğu hallerde ise sözleşmenin tek taraflı olarak sona ermesi farklı şekillere tâbidir. Nitekim birden fazla simsarin bulunduğu simsarlık sözleşmesinde simsarlara sadece birlikte faaliyet gösteriyorsa, bu durumda iş sahibi, simsarlara hepsine ayrı ayrı veya içlerinde temsilcileri var ise temsilcilerine bildirilerek simsarlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilir. Bunun yanı sıra birden fazla simsar birbirinden bağımsız şekilde faaliyetlerini yerine getiriyorsa, iş sahibinin bu simsarlardan yalnız birine yapacağı bildirim ile sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi hali sadece o simsar için geçerli olacaktır.¹⁹⁶ Yine simsarlık sözleşmesinde birden fazla iş sahibinin bulunması halinde, simsar simsarlık faaliyetinden istifa etmek istiyorsa, bu bildirimini iş sahiplerinin hepsine ayrı ayrı yaparak veya iş sahiplerinin temsilcisinin bulunması halinde bu temsilciye yapılacak bildirim ile simsar sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmiş olacaktır.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 436; Aral/Ayrancı, s. 434; Tandoğan, s. 623.

¹⁹⁵ Şahiniz, s. 160-163.

¹⁹⁶ Tandoğan, s. 644.

¹⁹⁷ Tandoğan, s. 645.

C- Sımsarlık Sözleşmesinin Süresinin Dolması Halinde

Sımsarlık sözleşmesi, belirli bir süre ile veya belirli bir olayın gerçekleşmesi anı ile sınırlandırılabilir.¹⁹⁸ Bu durumda söz konusu sürenin dolması veya olayın gerçekleşmesi ile sımsarlık sözleşmesi kendiliğinden sonra erecektir.¹⁹⁹ Ancak bu kendiliğinden sona erme hali, tarafların sözleşmeyi tek taraflı sonlandırma haklarını ellerinden almamaktadır.²⁰⁰

Asıl sözleşmenin belirlenen süre için kurulması halinde sımsar ücrete hak kazanacaktır. Asıl sözleşmenin belirlenen süre içerisinde kurulamaması halinde ise sımsarın ücrete hak kazanamayacağı görüşü hakimdir; meğerki sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olsun. Sımsar, sımsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılan süre içerisinde üçüncü kişiyi bularak üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş ancak süresi içinde iş sahibi tarafından asıl sözleşme kurulmayabilir. Bu durumda iş sahibi süre sona erdikten sonra aynı üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi kurar ise, sımsar ücrete hak kazanacaktır. Bu hususu ispat yükü, sımsardadır. Ancak sımsarlık sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi akabinde iş sahibi kendi bulduğu üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi kurması halinde, sımsarın ücrete hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüş ise de katıldığımız görüşe göre, sımsar, asıl sözleşmenin kurulduğu üçüncü kişinin, sımsarın kendi faaliyetleri sonucunda iş sahibinin bulduğunu kanıtlaması halinde, sımsarın ücrete hak kazanabileceği yönündedir.

D- Sımsarlık Sözleşmesi Süresi İçerisinde Taraflardan Birinin Ölmesi/Fiil Ehliyetini Kaybetmesi/Tacir İse İflası Halinde

TBK m.520/2 gereğince, TBK m.513 hükmüne atıf yapılarak, sımsarlık sözleşmesi süresi içerisinde taraflardan birinin ölmesi, ehliyetini kaybetmesi veya iflası halinde taraflarca aksi kararlaştırılmış veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça, sımsarlık sözleşmesi kendiliğinden sonra erecektir. Keza TBK m.513/2 çerçevesinde de sımsarlık ilişkisinin bu madde kapsamındaki sebeplerle sona ermesi halinde ise iş sahibinin/mirasçısının/temsilcisinin menfaatini tehlikeye düşürüyorsa, işleri

¹⁹⁸ Akıncı, s. 48.

¹⁹⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1579.

²⁰⁰ Taşdelen, s. 113; Şahiniz, s. 162.

kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, sımsar/mirasçısı/ temsilcisi, sımsarlık sözleşmesinden doğan borcu ile sadakat ve özen borcunu yerine getirmeye devam etmekte yükümlüdür.

Sımsarlık sözleşmesi süresi içerisinde taraflardan birinin ölmesi halinde iş sahibinin veya sımsarın ölmesi sonucuna göre değerlendirme yapılacaktır. Bu kapsamda, iş sahibinin ölmesi halinde, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, sımsarlık sözleşmesi sona erer. Ancak aksi kararlaştırılmış ise, sımsarlık sözleşmesi sona ermemekte ve iş sahibinin yerine mirasçısı veya temsilcisi sımsarlık sözleşmesini devam ettirmektedir.

Sımsarın ölmesi halinde, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, sımsarlık sözleşmesi sona erer. Ancak aksi kararlaştırılmış ve sımsarlık faaliyetini tüzel kişi veya aile yönetimi gerçekleştiriyor ise sımsar ölmüş olsa bile sımsarlık sözleşmesi, mirasçıları veya temsilcisi var ise temsilcisi tarafından devam eder.²⁰¹ İş sahibi bu sözleşmenin devam etmesini istemez ise her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Keza sımsarın ölmeden önce gerçekleştirdiği faaliyetler, iş sahibinin asıl sözleşmeyi kurmasına neden olduysa sımsarın mirasçıları ücret hakkını talep edebileceklerdir.²⁰² Yine iş sahibi, sımsarın mirasçıları ile sımsarlık sözleşmelerini devam ettirmek istemez ise sımsarın mirasçılarında sımsara verilen evrak vb. diğer belgelerin geri verilmesini talep edebilir.²⁰³

Sımsarlık sözleşmesi süresi içerisinde sımsarın ehliyetini kaybetmesi halinde; söz konusu hal, sımsarın tam ehliyetsiz olması veya sınırlı ehliyetsiz olmasına göre değişkenlik gösterecektir. Sımsar, sımsarlık sözleşmesi devam ederken tam ehliyetsiz hale gelirse, sözleşme kendiliğinden sona erer. Ayrıca sözleşmenin devamı sırasında sımsar, sınırlı ehliyetsiz hale gelirse, sımsarlık sözleşmesi devam edecektir. Sımsarlık sözleşmesi süresi içerisinde iş sahibi ehliyetini kaybedecek hale gelirse, sımsarlık sözleşmesi kendiliğinden, ileriye dönük olarak sona erecektir.²⁰⁴ İş sahibi sözleşme devam ederken sınırlı ehliyetsiz hale gelir ise sözleşme kural olarak kendiliğinden

²⁰¹ Taşdelen, s.115.; Şahiniz, s.166.

²⁰² Şahiniz, s.166.

²⁰³ Tandoğan, s. 663.

²⁰⁴ Taşdelen, s. 117.

sona erecek ise de iş sahibine atanan yasal temsilcinin onayı ile sözleşme devam edeceği söylenebilir.²⁰⁵ İş sahibi sınırlı ehliyetsiz ise, iş sahibine atanan yasal temsilci, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkına da sahiptir.²⁰⁶

Simsarlık sözleşmesi süresi içerisinde simsarin iflas etmiş olması halinde; doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüş ise hâkim görüşüne göre, simsarin iflasının, simsarlık faaliyetini etkilememesinden dolayı sözleşme devam edeceği yönündedir. Bununla birlikte simsarin iflası ile malları iflas masasına geçeceğinden, asıl sözleşmenin kurulması halinde iş sahibi simsarin ücretini iflas masasına ödemek zorundadır²⁰⁷; aksi halde iki defa ödemek durumunda kalabilir. İflas ile kişilerin malları üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalkmaktadır. Simsarlık sözleşmesi süresi içerisinde iş sahibinin iflas etmiş olması halinde ise, iş sahibinin malları üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalktığından, iş sahibinin asıl sözleşmenin kurulması ile simsarin ücret hakkını veya üçüncü kişiye sözleşme bedelini ödeme iradesi olmayacağından²⁰⁸, iş sahibinin iflası halinde simsarlık sözleşmesi de sona erecektir. İş sahibinin iflas hali sonradan ortadan kalksa bile, taraflar arasındaki simsarlık sözleşmesi ilişkisi geçerli hale gelmeyecektir.

XIII. SİMSARLIK ÜCRETİNİ ETKİLEYEN ÖZEL HALLER

Simsarlık sözleşmesi emredici kurallara değil, sözleşme serbestisi ilkesine dayanır. Bu nedenle simsar her ne kadar asıl sözleşmenin kurulması için fırsat hazırlığı veya aracılık faaliyetini yerine getirirse de iş sahibi asıl sözleşmeyi kurmamak da serbest olduğu gibi sözleşmeyi de tek taraflı olarak feshederek, simsarin ücrete hak kazanmasına engel olabilir. Söz konusu hal, simsarlık sözleşmesinin şans ve tesadüfe bağlı olduğunun göstergesi olup, simsarin ücret hakkının kolay kazanılabilmesi için simsarlık sözleşmesine birtakım kayıtlar konulabilir. Bu kayıtlar ücret garantisine ilişkin kayıtlar ve münhasırlık kaydı şeklinde sınıflandırılabilir.

²⁰⁵ Bozkurt, s. 154-155.; Taşdelen, s. 117.

²⁰⁶ Şahiniz, s. 167.

²⁰⁷ Bozkurt, s. 155.

²⁰⁸ Bozkurt, s. 155.

A- Ücret Garantisi

Sımsarlık sözleşmesine sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sımsarlık sözleşmesinin tanımındaki sınırlara bağlı kalınarak, taraflarca her türlü kayıt konulabilir. Bu çerçevede, taraflar sadece sımsarın hiçbir faaliyet göstermeden ücrete hak kazanabileceğine ilişkin kayıt geçersiz olacaktır. Nitekim söz konusu bu kayıt, sımsarlık sözleşmesini değil, başıslama vaadi niteliğini içeren bir kayıt olacaktır.²⁰⁹ Diğer bir deyişle, sımsarın faaliyette bulunma şartı ortadan kaldırılmadığı sürece konulan kayıtlar geçerlidir. Ayrıca sımsarlık sözleşmesi ile sözleşmenin fesih hakkını sınırlandıran veya kaldıran kayıtlar koymaları mümkün değildir; aksi halde söz konusu hüküm geçersiz olacaktır.²¹⁰

Sımsarın ücret hakkını garanti altına almak için sözleşme içerisine koyduğu birtakım kayıtlara ücret garantisi kaydı denilmektedir. Taraflar sımsarlık sözleşmesi içeriğinde, asıl sözleşmenin kurulması ile sımsarın faaliyetleri arasındaki nedensellik bağı şartını kaldırabilirler.²¹¹ Örneğin; iş sahibinin herhangi bir şekilde üçüncü kişi ile asıl sözleşmeyi kurması halinde sımsarın ücrete hak kazanacağına ilişkin kayıt konulması ile nedensellik bağı şartı ortadan kaldırılmış ve sımsarın ücrete hak kazanması garanti altına alınmış olacaktır.²¹²

Yine taraflar asıl sözleşmenin kurulması şartını kaldırarak, sadece sımsarlık sözleşmesinde belirtilen faaliyetlerin yapılması halinde dahi sımsarın ücrete hak kazanabileceğine ilişkin ücret garanti kaydı koyabilirler.²¹³ Bu durumda sımsarın ücretin bir kısmına veya tamamına hak kazanabileceği de sözleşmeye eklenebilir. Sımsarlık sözleşmesine sımsarın asıl sözleşmenin kurulması için bulduğu üçüncü kişiyle sözleşmenin hiçbir gerekçeye dayanmaksızın kurulmaması halinde de ücrete hak kazanacağı kaydı konulabilir. Nitekim bu durum çalışma içerisinde, "haklı neden olmaksızın iş sahibinin imtina etmesi durumunda ücret hakkı" kısmında açıklandığı için ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sımsarlık sözleşmesine ücret garantisi kaydı konulmuş ise, bu durumda iş sahibi fahiş ücretin indirilmesi talebinde bulunabilir.²¹⁴

²⁰⁹ Şahiniz, s. 313; Şener, s. 333.

²¹⁰ Şahiniz, s.313.

²¹¹ Şahiniz, s. 293.

²¹² Yeniocak, s. 3136.

²¹³ Gümüş, s. 207.

²¹⁴ Şahiniz, s. 190.

B- Münhasırlık Kaydı

Simsarlık sözleşmesi akdedilmiş olsa bile iş sahibi kendi başına faaliyette bulunarak asıl sözleşmeyi kurabileceği gibi başka bir simsar ile de anlaşarak onun bulduğu üçüncü kişi ile asıl sözleşme kurabilir. Bu durumda simsar ücrete hak kazanamayacaktır. Ancak burada simsar, simsarlık sözleşmesine münhasırlık kaydı koyarak, iş sahibinin kendi başına faaliyette bulunmasına veya başka bir simsar ile simsarlık sözleşmesi akdetmesinin önüne geçebilecektir.²¹⁵ Münhasırlık kaydı, sözleşmenin tekel olması anlamına gelmekle birlikte²¹⁶ tekel kaydı şekle bağlı değildir.²¹⁷ Ayrıca doktrinde ve uygulamada, söz konusu münhasırlık hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir.²¹⁸

Söz konusu kaydın açık ve net şekilde belirtilmesi gerekmekte olup, aksi halde doktrinde de belirtildiği üzere, tekel hakkının ne için verildiği (iş sahibinin faaliyette bulunmaması için mi yoksa başka bir simsarla anlaşılmasının önüne geçilmek için mi?) konusu tartışmalara neden olacaktır. Doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüş ise de genel çerçevede tekel hakkına ilişkin net bir açıklama yapılmamış olması, münhasırlık kaydının dar yorumlanmasına neden olacaktır.²¹⁹

Münhasırlık kaydı iş sahibine başka bir simsarla çalışmama ve kendi başına faaliyette bulunmama diğer bir deyişle yapmama borcu yüklemektedir. Bu borcun ihlal edilmesi halinde taraflarca kararlaştırılan cezai şart geçerli olacaktır. Bunun yanı sıra iş sahibinin aykırı davranışı nedeniyle, simsar uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir.²²⁰ Simsarın söz konusu zararı belirlenirken, simsarın asıl sözleşmenin kurulması için üçüncü kişiyi bulup bulamadığına göre değişkenlik arz etmektedir. Simsar asıl sözleşmenin kurulabilmesi için üçüncü kişiyi bulamamış ise sadece yaptığı masrafları; eğer üçüncü kişiyi bulmuş ancak iş sahibi kendi bulduğu veya diğer simsarın bul-

²¹⁵ Gümüş, s. 223; Şahiniz, 318.

²¹⁶ Yavuz (Cevdet), Özel Hükümler, s.1317.

²¹⁷ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, N.1570.

²¹⁸ Yavuz (Cevdet), Özel Hükümler, s. 1280.

²¹⁹ "Dar yorumlamadan kasıt ise, söz konusu kaydın, iş sahibine sadece başka bir simsar ile anlaşmaması için yükümlülük yüklediği yönündedir." Detaylı bilgi için bkz. Şahiniz, s. 320.

²²⁰ Gümüş, s. 223.

duğu üçüncü kişiyle sözleşmeyi kurması halinde sımsarlık ücreti tutarına kadar bir ücret talep edilebilecektir.²²¹

SONUÇ

Sımsarlık faaliyeti taraflar arasında asıl sözleşmenin kurulmasını fırsat gösterme veya aracılık faaliyeti ile gerçekleştirmeyi amaçlayan ve geçmişten bugüne artarak taraflarca tercih edilen bir faaliyettir. Sımsarlık sözleşmesinin tarafları olan sımsar ve iş sahibi arasında taşınmaz sımsarlığı hariç, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince kurulabilen bir sözleşmedir. TBK m.520-525 hükümleri arasında genel hatlarıyla değerlendirilen sımsarlık sözleşmesinde niteliğine aykırı düşmemesi koşuluyla vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacaktır. Sımsarlık sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran husus ise, sımsarın gerçekleştirdiği faaliyeti sonucunda ücret hakkının bulunması ve bu hakkın zorunlu olmasıdır.

Sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için, asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve sımsarın faaliyeti ile asıl sözleşme arasında nedensellik bağının bulunması haline bağlıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar bu hususların aksini de kararlaştırabilirler. Bununla birlikte asıl sözleşme kurulmuş ancak henüz geçerlilik koşulları oluşmamış yani eksiklik var ise taraflar asıl sözleşmedeki eksiklikleri tamamlayarak asıl sözleşmeyi geçerli hale getirebilir ve böylece sımsarın ücret hakkı doğar. Asıl sözleşmenin konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık teşkil ediyorsa asıl sözleşme kesin hükümsüz olmakla birlikte sımsarın ücret hakkı da söz konusu değildir. Asıl sözleşme çeşitli nedenlerle muvazaalı durumda ise ve mutlak muvazaa hali söz konusuysa sözleşme kesin hükümsüz olup, sımsar ücrete hak kazanamayacak iken; nispi muvazaa halinde tarafların gizli yaptıkları işlemin geçerlilik koşullarını mevcutsa sımsar ücrete hak kazanabilecektir. Bununla birlikte iş sahibi haklı nedeni olmaksızın asıl sözleşmenin kurulmasından imtina ederse, sımsarın ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, sımsar üzerine düşen faaliyeti yerine getirmiş ve şartları sağlamış ise iş sahibi veya üçüncü kişinin kusurlu davranışı sımsarın ücret hakkını olumsuz yönde etkilemeye-

²²¹ Şahiniz, s. 322.

cektir. Asıl sözleşme geciktirici koşula bağlanmış ise, simsar geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle simsarlık ücretine hak kazanacaktır.

Simsarlık sözleşmesinde simsarın ücret hakkı zorunlu olsa da sözleşme içerisinde ücret bedelinin kararlaştırılması zorunlu değildir. Sözleşme ile simsarın ücret bedeli kararlaştırılmış ise sözleşme bedeli esas alınır. Ancak sözleşme içeriğinde simsarın ücret bedelinin kararlaştırılmamış olması halinde simsarın ücreti tarifeye göre, tarifenin bulunmaması halinde de teamül kurallarına göre simsarın ücreti belirlenecektir. Ancak tarife ve teamül kuralları da yok ise hâkim takdir yetkisini kullanarak simsarın ücret bedelini belirleyebilir. Bunun yanı sıra simsarlık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise simsar, faaliyeti çerçevesinde yaptığı masraflara katlanmakla yükümlüdür. Ancak sözleşmede simsarın masraflarını talep edebileceği kararlaştırılmış ise, asıl sözleşme kurulmasa dahi simsar, asıl sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları talep edebilir.

İş sahibi birden fazla simsarı aynı iş için görevlendirebilir. İş sahibi simsarları fırsat gösterici veya aracı faaliyette bulunmaları için görevlendirebileceği gibi simsarları bu kapsamda birlikte veya birbirlerinden bağımsız olarak da görevlendirebilir. İş sahibi birden fazla simsarı fırsat gösterici olarak görevlendirmiş ise, asıl sözleşmenin kurulması fırsatını sağlayan ilk simsar ücretin tamamına hak kazanacaktır. İş sahibi birden fazla simsarı aracılık faaliyeti için birbirlerinden bağımsız olarak görevlendirmiş ise asıl sözleşmenin kurulmasını sağlayan simsar ücretin tamamına hak kazanacak iken; simsarlar aynı iş için birlikte görevlendirilmiş ve asıl sözleşmenin kurulması sağlanmış ise öncelikle simsarlar arasında bir paylaşma usulü olup olmadığına bakılır; herhangi bir paylaşma usulünün bulunmaması halinde ise müteselsil olarak tek bir ücret simsarlar arasında eşit şekilde paylaşılır.

Simsar, simsarlık sözleşmesi ile hem iş sahibinin hem de üçüncü kişinin menfaatine uygun davranabilir; meğerki simsarlık sözleşmesi ile çifte simsarlık hali yasaklanmamış olsun. Ancak iş sahibi ile üçüncü kişi arasında menfaat çatışması bulunması halinde simsar, taraflardan birinin menfaatine uygun davranmayı sona erdirerek, menfaat çatışmasına engel olmalıdır. Simsar, taraflar arasındaki menfaat çatışmasını sürdürerek, diğer tarafın menfaatine uygun davranmaya devam eder veya diğer taraftan ücret sözü alırsa, sadakat ve dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle ücret ve giderleri isteme hakkını kaybedecektir.

Sımsar her ne kadar faaliyetini bizzat yürütmeli ise de bazen sımsar, alt sımsarlık sözleşmesi yaparak, alt sımsarın söz konusu asıl sözleşmenin kurulması için faaliyette bulunmasını talep edebilir. Diğer bir deyişle sımsar, alt sımsarlık sözleşmesi ile sımsarlık faaliyetini kısmen veya tamamen kendi gözetimi olmaksızın devredebilir. Alt sımsarın faaliyeti sonucu asıl sözleşmenin kurulması halinde ise, alt sımsar sadece asıl sımsardan ücret hakkını talep edebilir.

İş sahibi, sımsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılan sımsarın ücret bedelinden hakkaniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde indirim talep edebilir. Ancak söz konusu sımsarlık bedeli ödendikten sonra, iş sahibi ücretten indirim talebinde bulunamaz. Bunun yanı sıra, iş sahibi sımsarlık sözleşmesi ile kararlaştırılan ceza koşulunun da indirilmesini hâkimden talep edebilecektir. Ancak TTK m. 22 çerçevesinde, tacir sıfatına sahip kişiler ceza koşulunun indirilmesi talebinde bulunamayacaklardır.

Kanun koyucu ticari iş veya adi iş sımsarlığı kavramlarına ilişkin farklılığa TBK ile son vererek tüm sımsarlık ilişkilerini adi iş çerçevesinde değerlendirmekle birlikte sımsarlık faaliyetlerinden doğan ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresini TBK m.147/5 uyarınca 5 yıl olarak belirlemiştir. Söz konusu zamanaşımı süresinin başlangıcı ise, sımsarlık sözleşmesinde kararlaştırılan fırsat gösterme veya aracılık faaliyetinin yerine getirilmesi anında muaccel olacak ve muaccel olmasıyla zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Sımsarlık sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK m.520-525 hükümleri arasında özel bir düzenleme yapılmadığından niteliğine uygun düştükçe vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Asıl sözleşmenin kurulamayacağıının anlaşılması veya kurulamaması halinde sımsarın ücret hakkı söz konu değilken; asıl sözleşme kurulduktan sonra sona ermiş ise sımsar ücrete hak kazanacaktır. Bununla birlikte iş sahibi veya sımsar, sımsarlık sözleşmesini her zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir. Taraflardan birinin sımsarlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmesi halinde sımsar ücrete hak kazanamayacaktır; meğerki hakkın kötüye kullanılması hali söz konusu olmasın. Sımsarlık sözleşmesinin belirli süreli olarak kurulması halinde ise süre içerisinde asıl sözleşme kurulduysa sımsar ücrete hak kazanacak iken; belirlenen süre içerisinde sözleşmenin ku-

rulamaması halinde ise simsarın ücret hakkı söz konusu olmayacaktır; meğerki sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış olsun.

Simsarlık sözleşmesi ile simsarın ücrete hak kazanması şans ve tesadüf kriterine bağlı olup, bu nedenle sözleşme serbestisi gereğince simsarlık sözleşmesine ücret garantisi kaydı ile münhasırlık kaydı konularak, simsarın ücret hakkının güvence altına alınabilmesi mümkündür. Bu kapsamda simsarın ücret hakkı ile asıl sözleşme arasındaki nedensellik bağı şartının kaldırılması, simsarın ücrete hak kazanması için asıl sözleşmenin kurulması şartının kaldırılması gibi kayıtlar ücret garantisi kaydına örnek verilebilmektedir. Bunun yanı sıra iş sahibi birden fazla simsarı aynı iş için görevlendirebileceği gibi kendisi de asıl sözleşmenin kurulması için çabalayabilir. Ancak bu durumun simsarın ücrete hak kazanması ihtimalini zorlaştırdığı açıktır. Bu nedenle simsarlık sözleşmesine konulacak münhasırlık kaydı ile bu ihtimalin önüne geçilerek, simsarın ücret hakkı garanti altına alınmış olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Basım Yayım, Konya, 2004.
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, C. III, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Hukuku'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2016.
- Arsılanlı Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Sözleşmeler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Bahtiyar Mehmet, Ticari İşletme Hukuku-Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Bakar Gökhan, Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Bilge Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.

- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Ticaret İşletme Hukuku, 5. Baskı, Dora, Bursa, 2014.
- Bozkurt Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Bozkurt Tamer, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Boztaş Nevzat, Taşınmaz Simsarlığı (Emlak Komisyonculuğu)-Yargıtay ve İstinaf Kararları Işığında, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Doğanay İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C:3-Madde 816-1475, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. (Anılış: "Özel Hükümler")
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C:2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Helvacı İlhan, Hukukî Mütalaalar-Borçlar Hukuku (Özellikle Sözleşmesel Uyuşmazlıklar), Miras Hukuku, Eşya Hukuku, Tüzel Kişiler (Dernekler ve Vakıflar), C: II (2010-2015), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Kayıhan Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5.Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2018.
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 6.Bası, C: I, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014. (Anılış: "Kocayusufpaşaoğlu, 2014")
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, C: I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, C: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Özkaya Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Şahiniz C. Salih, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- Şener Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, C: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Taşdelen Nihat, Ticari İşler Tellallığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.

- Uygur Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, Madde 237-649, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Uygur Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C:8, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan N.Fusun, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na ve Diğer Yeni Mevzuata Göre Güncellenmiş 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014. (Anılış: "Yavuz (Cevdet), Özel Hükümler").
- Yavuz Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C: II (m.339-649), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (Anılış: "Yavuz (Nihat), C: II").

Makaleler

- Çağlayan Çağlar, "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1, ss. 441-455.
- Gül Neytullah, "Simsarın Ücret Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S:4, 2016, ss. 2795-2820.
- Kurt Ekrem, "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C: II. İstanbul, 2010, ss. 1429-1445.
- Oruç Murat, "Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağına Tabi Olduğu Zamanasını Süresi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y:7, S: 30, 2017, ss. 221-236.
- Öcal Apayadın Bahar, "İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y: 3, S: 2, 2018, ss.143-173.
- Yasasever Sevinç, "Borçlar Hukukunda Tellallık Akdi", *Ankara Barosu Dergisi*, C:23, S:4, 1966, ss.664- 675.
- Yeniocak Umut, "Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:83, S:6, 2009, ss. 3119-3138.

Mahkeme Kararları

- YHGK 20.03.2013 T. 2012/13-1038E.-2013/377K.
- YHGK 15.03.2017 T. 2017/13-644E.-2017/460K.
- YHGK 03.04.2002 T. 2002/13-233E.-2002/257K.
- YHGK 10.06.2015 T. 2014/19-1E.-2015/1539K.
- YHGK 03.11.2010 T. 2010/19-559E.-2010/546K.
- YHGK 04.02.2020 T. 2017/13-543E.-2020/64K.
- Yarg. 3 HD 07.06.2012 T. 2012/11429E.-2012/14562K.
- Yarg. 3 HD 12.10.2010 T. 2010/12894E.-2010/16291K.
- Yarg. 13.HD 31.05.2017 T. 2015/16100E.-2017/6694K.
- Yarg. 13.HD 27.03.2018 T. 2015/37566E.-2018/3569K.

- Yarg. 13.HD 19.12.2019 T. 2016/28526E.-2019/12863K.
Yarg. 13.HD 13.11.2006 T. 2006/9542E.-2006/14822K.
Yarg. 13.HD 12.06.2019 T. 2019/2691E.- 2019/7141K.
Yarg. 13.HD 06.06.2018 T. 2016/2319E.-2018/6679K.
Yarg. 13.HD 02.03.2016 T. 2015/30625E.-2016/6445K.
Yarg. 13.HD 23.06.2003 T. 2003/3743E.- 2003/8165K.
Yarg. 13.HD 11.04.2013 T. 2013/3427E.-2013/9480K.
Yarg. 13.HD 06.05.2003 T. 2003/1009E.-2003/5710K.
Yarg. 13.HD 04.12.2017 T. 2015/38577E.-2017/11891K.

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE BEDEL ÖDEME BORCUNUN İFA ZAMANI

PERFORMANCE TIME OF THE PAYMENT DEBT IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Nurcan ARSLAN*

Özet: İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin yapı inşa etmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bedel ödeme borcu, iş sahibinin en temel borcudur. Bu borcun ne zaman ifa edileceği sözleşmede kararlaştırılabilir, sözleşmede kararlaştırılmamışsa kanunda yer alan tamamlayıcı kurallara göre belirlenebilir.

Çalışmada, inşaat sözleşmesi ve bu sözleşmenin en önemli unsurlarından bedel ödeme borcunun ifa zamanına ilişkin kanunda yer alan düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu¹ m. 479 incelenmiştir. TBK m. 479'a göre bedel ödeme borcu teslim anında muaccel olur. Bu sebeple bedel ödeme borcunun kanuni ifa zamanı ile bağlantılı olan teslim hususu ve ifanın zamanında yapılmamasının sonuçları da çalışma kapsamına alınmıştır. Son olarak sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve ifa zamanını etkileyen hususlar da inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmesi, İş sahibi, Borç, İfa Zamanı, Teslim, Ayıplı İfa

Abstract: Construction contract is a contract in which the contractor undertakes to construct a building, and the employer undertakes to pay for it. Payment dept is the basic dept of the employer. The payment term may be agreed in the contract. If there is no provision on this matter in the contract, it will be determined according to the complementary rules of law.

In this study, the construction contract and Article 479 of the Turkish Code of Obligations, in which the time of the performance of the payment dept, which is one of the most important elements of this contract, have been examined. According to the Article 479 of the Turkish Code of Obligations, payment dept becomes due at the time of delivery. For this reason, the delivery issue, which is related to the legal performance of the payment debt and the consequences of non-performance of the payment dept on time are

* Avukat, İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, arslanurcannn@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2652-0314, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.03.2021, Kabul Tarihi: 10.03.2021

¹ R.G., T. 11.1.2011, S. 27836.

also included in this study. Finally, the issues arising during the performance of the contract and affecting the performance time have been examined.

Keywords: Construction Contracts, Employer, Dept, Performance Time, Delivery, Defective Work

GİRİŞ

İnşaat sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmiş olmayıp öğretide eser sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmekte ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tâbi tutulmaktadır. İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin yapı inşa etmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İnşaat sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri bedel ödeme unsurudur. Bedel ödeme unsurunda üzerinde durulması gereken hususlardan biri ise bedelin ne zaman ödeneceğidir. Bedel ödeme borcunun ifa zamanı sözleşme ile belirlenebilir, aksi halde kanunda yer alan düzenleme esas alınarak tespit edilir.

Çalışmamızın konusu inşaat sözleşmesinde bedel ödeme borcunun ne zaman ifa edileceğine ilişkin kanuni düzenlemelerdir. Çalışmamızın birinci bölümünde kısaca, inşaat sözleşmesinin tanımı açıklanacak, bununla birlikte bedel ödeme unsurunun inşaat sözleşmesindeki yeri incelenecektir. İkinci bölümde, inşaat sözleşmesinde bedel ödeme borcunun ifa zamanına ilişkin genel değerlendirmeler yapılacak, ifa zamanının sözleşme ile belirlenmesi durumu kısaca açıklandıktan sonra çalışmamızın asıl konusu olan bedel ödeme borcunun ifa zamanına ilişkin kanuni düzenlemeler ve bu düzenlemelerin ifa zamanına etkisi incelenecektir. Son bölümde ise, bedel ödeme borcunun ifa zamanını etkileyen diğer hususlar açıklanacaktır.

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE BEDEL UNSURU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin bir yapı eseri inşa ederek teslim etmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği, eser sözleşmesinin bir türü olan sözleşmedir.² İnşaat sözleşmesi, bazı

² Doruk Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, 1. bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul

türleri hariç olmak üzere, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir.³ Sözleşmenin taraflarından olan yüklenici, yapıyı inşa ederek teslim etmeyi üstlenen kişi,⁴ iş sahibi ise yüklenici ile sözleşme yapan, yükleniciden yapı inşa edilmesini isteyen ve bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlenen kişidir.⁵ İnşaat sözleşmesinin temel unsurları: Tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması, yapının inşa edilmesi ve bedel ödeme unsurudur.⁶

2016, s. 5; Doruk Gönen, "İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar", İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Emrehan İnal/ Başak Baysal, 1. baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, sa. 337-370, (Uyarlama) s. 337; Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, 1. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 4; Efrail Aydemir, İnşaat Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 37; İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 1. bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 46; Köksal Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, 1. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2014, s. 27; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 24; Zekeriya Kurşad, İnşaat Sözleşmesi, 1. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 4.

³ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 24; Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 21; Kaplan, s. 50; Mustafa Duhan Demir, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 28; Mustafa Kırmızı, Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018, s. 618; İlker Hasan Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 13.

⁴ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 33; Seliçi, s. 16; Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 1. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 22; Kostakoğlu, s. 17; Suha Yılmaz, Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (SBE), İstanbul 2019, s. 9; Mehmet Cihat Ekmen, İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2019, s. 25; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 21; Kemal Dayınlarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 3. baskı, Sözkese Matbaası, Ankara 2003, s. 24; Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, 2. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2014, s. 16.

⁵ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 29; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri), 28. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 307; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 442; Ruhi/Ruhi, s. 21; Kostakoğlu, s. 17; Yılmaz, s. 9; Ekmen, s. 24; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 19; Dayınlarlı, s. 28.

⁶ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 6; Ruhi/Ruhi, s. 23; Kostakoğlu, s. 20; Kaplan, s. 46; Numan Tekelioğlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi HFD*, 2017, Yıl 2, S.2, s. 162; Yılmaz, s. 3; Ekmen, s. 18.

Karşılıklı irade beyanlarının uyuşması, sözleşme taraflarının iradelerinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birleşmiş olmasını ifade etmektedir.⁷ Uzlaşmanın sağlanmasıyla inşaat sözleşmesi kurulmuş olmaktadır.⁸

Yapının inşası, yüklenici tarafından yerine getirilmektedir. Yüklenici, sözleşmede belirlenen hususlara uygun bir yapıyı tamamen veya sözleşmede kararlaştırılan kısım miktarınca inşa etmelidir.⁹ Yapı, insan eliyle yaratılan, fiziki bir varlığı bulunan ve toprakla bağlantılı bir eser olmalıdır.¹⁰ Yüklenicinin yapıyı inşa etmek dışında başka yükümlülükleri de vardır. Bunlar; işi sadakat ve özenle yürütme, inşaatı bizzat yapma veya yönetimi altında yaptırma, gerekli araç gereç ve malzemeleri sağlama inşa edilen yapıyı usulüne uygun teslim etme gibi yükümlülükleridir.¹¹ Bedel ödeme unsuru, bir sonraki başlıkta ayrıntılı şekilde incelenecektir.

B. Bedel Ödeme Unsuru

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin asli borcu bedel ödemektir.¹² İnşaat sözleşmesinde inşa edilen yapı, bedel karşılığında inşa edilmek-

⁷ Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. bası, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 3; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 471; Dayınlarlı, s. 22; Büyükkay, s. 37; Fikret Eren, "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", *İnşaat Sözleşmeleri/Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 3. basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, (BK. Açısından İnşaat Sözleşmeleri) s. 57.

⁸ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 546; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2018, s. 366; Kaplan, s. 49; Demir, s. 24.

⁹ Gönen, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, s. 8.

¹⁰ Gönen, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, s. 8; Aydemir, s. 38; Kaplan, s. 53; Eren, BK. Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 53.

¹¹ Kılıçoğlu, s. 451 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 608; Kaplan, s. 57; Ruhi/Ruhi, s. 32; Emrehan İnal, *Sonuca Katılamalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, 2. bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 228 vd.; Erman, s. 36 vd.; Demir, s. 40; Kırmızı, s. 637; M. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 1. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 117; Bahtiyar Bayrak, *İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmedeki Ceza Koşulu, Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2019, s. 31; Duman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, s. 37; Dayınlarlı, s. 31; Büyükkay, s. 73.

¹² Gönen, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, s. 13; Aydemir, s. 286; Kaplan, s. 53; Kocağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 51; Ayan, s. 29; Bayrak, s. 79; Ekmen, s. 28.

tedir. Bu bedel para olabileceği gibi taraflarca kararlaştırılan iktisadi değeri haiz başka bir edimin ifası şeklinde de olabilir.¹³ Para olarak belirlenen bedel, Türk parası veya yabancı para cinsinden belirlenebilir.¹⁴

İnşaat sözleşmesinde belirlenebilecek bedel, kanunda götürü ve yaklaşık bedel şeklinde düzenlenmiştir (TBK m.480- 482). Götürü bedelde, iş sahibinin ödeyeceği bedelin miktarı sözleşmenin kurulması anında net belirlenmiştir.¹⁵ Bu bedel türünde kural olarak yapının inşası sırasında yapılan masraflar veya harcanan emek sonucunda bedelde değişiklik yapılması talep edilememektedir.¹⁶ Götürü bedel sabit, değişken veya birim fiyat üzerinden belirlenen götürü bedel şeklinde kararlaştırılabilir.¹⁷ Yaklaşık bedel, sözleşmenin kurulması sırasında bedel miktarının tahmini değer üzerinden belirlenmesi ve bu miktarın yapının inşası tamamlandıktan sonra inşa sürecinde yaşanan değişikliklere göre düzeltileceği esasının kabul edilmesi halinde söz konusu olmaktadır.¹⁸ Yaklaşık bedelin, gerçek anlamda yaklaşık bedel ve yaklaşık keşif bedeli üzerinden belirlenen bedel şeklinde iki farklı türü vardır.¹⁹

¹³ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 14; Ruhi/Ruhi, s. 22; İzzet Karataş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 240; Mahmut Coşkun, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, 1. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 294; Bayrak, s. 80; İlker Hasan Duman, İnşaat Davalarında İspat, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 69; Dayınlarlı, s. 17. Aksi yönde görüşler için bkz. Eren, BK. Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; Ekmen, s. 20.

¹⁴ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 4. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 381; Kaplan, s. 165; Aydemir, s. 297. Sözleşme Türkiye’de yerleşik kişiler arasında yapılıyorsa bedelin yabancı para cinsinden belirlenmesi Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’in 8. maddesi doğrultusunda ancak sözleşmenin döviz cinsinden maliyet içermesi durumunda mümkündür.

¹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 306; Zevkliler/Gökyayla, s. 469; Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 49; Ruhi/Ruhi, s. 41; Aydemir, s. 257; Kaplan, s. 170; Ekmen, s. 29; Büyükkay, s. 164.

¹⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 535; Gönen, s. 49. TBK m. 480/2 hükmü saklıdır.

¹⁷ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 50 vd.; Aral/Ayrancı, s. 415-416.

¹⁸ Kaplan, s. 181; Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s.140; Ruhi/Ruhi, s. 41; Aydemir, s. 255; Büyükkay, s. 163.

¹⁹ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 141-142; Gönen, Uyarlama, s. 341.

II. BEDEL ÖDEME BORCUNUN İFA ZAMANINA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin asli borcu bedel ödemedir.²⁰ Bu borcun gereği gibi yerine getirilebilmesi için edimin sözleşmede öngörülen şekilde ve zamanda ifa edilmesi gerekir.²¹ Sözleşmede ifa zamanına ilişkin hüküm bulunmaması halinde kanunda yer alan tamamlayıcı hükme başvurmak gerekir. İnşaat sözleşmelerinde bedel ödeme borcunun ifa zamanı, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 479'da düzenlenmiştir. Fakat bu hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşmede ifa zamanını serbestçe kararlaştırabilir.²² Alacaklı bu zamanın gelmesi ile borcun ifasını talep edebilir.²³

A. İfa Zamanının Sözleşme ile Belirlenmesi

Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflar sözleşmeyi hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde diledikleri şekilde yapabilirler.²⁴ Bu özgürlük gereği taraflar sözleşmenin içeriğini, dolayısıyla inşaat sözleşmesinde iş sahibinin ödeyeceği bedelin ödenme zamanını da serbestçe kararlaştırabilirler.²⁵ Taraflar bedel ödeme borcunun parça parça ödenmesini veya tamamının tek seferde ödenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, bedel ödeme borcunun teslimden önce veya teslimden sonra ödenmesini de tercih edebilirler.²⁶

²⁰ Gümüç, s. 380; Akıntürk/Ateş, s. 306; Yavuz/Acar/Özen, s. 573; Zevkliler/Gökayla, s. 468; Aral/Ayrancı, s. 414; Kaplan, s. 165; Karataş, s. 234; Coşkun, s. 293; Öz, s. 53; Turgut Uygur, Açıklamalı ve İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arda Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. bası, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993, s. 373; Kurşad, s. 136; Tekelioğlu, s. 162; Zehra Gizem Ateş, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, İstanbul 2014, s. 4; Büyükay, s. 161.

²¹ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 225; Demir, s. 51.

²² Kaplan, s. 211; Karataş, s. 272; Bayrak, s. 80.

²³ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s.233; Demir, s. 55; Hatemi/Gökyayla, s. 249.

²⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2017, (Borçlar Genel), s. 17.

²⁵ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 247; Yavuz/Acar/Özen, s. 580; Ruhi/Ruhi, s. 42; Karataş, s. 272; Coşkun, s. 294; Uygur, s. 374.

²⁶ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 248-249; Aydemir, s. 287; Coşkun, s. 322.

B. İfa Zamanına İlişkin Kanuni Düzenleme

1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde bedel ödeme borcunun ifa zamanı, TBK m. 479'da bedelin muacceliyeti başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur."* Anılan düzenlemeye göre inşaat sözleşmesinde bedel ödeme borcunun ifa zamanı, sözleşme konusu yapının teslimi anıdır.²⁷ Buna göre sözleşmede ifa zamanına ilişkin herhangi düzenlemenin yer almaması halinde, TBK m. 479 uygulanır ve bedel ödeme borcu yapının teslimi anında muaccel olur. Buna göre yapının teslimi ve teslim edilme usulü ifa zamanının tespiti bakımından taşıdığı önem sebebiyle daha yakından incelenmelidir.

2. Yapının Teslimi

Yüklenicinin asli edimi sözleşme konusu yapıyı inşa etmektir. Yüklenici yapıyı inşa etmekle edimini yerine getirmiş olmaz, ayrıca yapıyı sözleşmeye uygun şekilde iş sahibine teslim etmesi veya teslimi teklif etmesi gerekir.²⁸ Teslim, inşa edilen yapının fiili hakimiyetinin yani zilyetliğinin iş sahibine geçirilmesi ile gerçekleşir.²⁹

²⁷ Gümüş, s. 392; Aral/Ayrancı, s. 422; Yavuz/Acar/Özen, s. 580; Zevkliler/Gökayla, s. 557; Kılıçoğlu, s. 477; Aydemir, s. 287; Ruhi/Ruhi, s. 22; Karataş, s. 235; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 215; Coşkun, s. 322; Ayan, s. 86; Öz, s. 79; Uygur, s. 374; Kurşad, s. 137; Bayrak, s. 80; Ateş, s. 26; Duman, İnşaat Davalarında İspat, s. 436. "sözleşmede, yükleniciye ait bağımsız bölümlerin devri için herhangi bir vade de kararlaştırılmadığı, bu nedenle, TBK'nın 479. maddesi (BK'nın 364. maddesi) uyarınca, ... sahibinin bedel ödeme borcunun kural olarak eserin teslimi anında muaccel olacağı," (Y. 23. HD, E. 5131/2015, K. 2460/2017, T.02.10.2017) (www.sinerjimevzuat.com.tr) (ET: 03.01.2021).

²⁸ Fikret Eren, "Müteahhidin Borçları", İnşaat Sözleşmeleri/Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 72; Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011, s. 59; Zeynep Sümeyra Başaran, "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları", *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, 2017, C.19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), s. 1307; Duman, İnşaat Davalarında İspat, s. 67; Gümüş, s. 348; Yavuz/Acar/Özen, s. 564; Aral/Ayrancı, s. 393; Kaplan, s. 75; Seliçi, s. 19; İnal, s. 228; Erman, s. 33; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 118; Kırmızı, s. 471; Ayan, s. 25; Tekelioğlu, s. 163; Kurt, s. 41; Ateş, s. 2.

²⁹ Gümüş, s. 351; Aral/Ayrancı, s. 393; Zevkliler/Gökayla, s. 484; Kaplan, s. 76;

Teslim ile bedel borcunun muaccel hale gelebilmesi için teslimin usûlüne uygun bir şekilde yapılmış olması gerekmektedir.³⁰ Teslimin usûlüne uygun olabilmesi için teslimin sözleşmede kararlaştırılan şekilde olması, yapının ayıpsız olması ve teslimin zamanında yapılması gerekir.

a. Teslim Usulü

Yapının teslim şekli taraflarca belli bir usule tâbi kılınabilir. Taraflar sözleşmede teslimin nasıl yapılması gerektiğini düzenlemiş olurlarsa, teslim bu usule uygun gerçekleşmelidir.³¹ Sözleşmede belirli usul öngörülmemiş olursa yapının teslim hazırlanmış bulunduğu iş sahibine bildirim ile teslim ilişkili sonuçların doğmuş olacağını kabul etmek gerekir.³² Uygulamada taraflar genellikle teslimin, inşa edilen yapıya ilişkin oturma izninin alınması ile gerçekleştirileceğini kararlaştırmaktadırlar.³³ Kural bu olmakla birlikte dürüstlük kuralı gereği, henüz usulüne uygun teslim yapılmadan, tamamlanmış olan yapıyı iş sahibinin fiilen kullanmaya başlaması halinde teslimin sonuçlarından kaçınılamaz.³⁴

Bazı hallerde teslimin gerçekleşmesi için iş sahibinin ifaya katılması gerekmektedir. İş sahibi, teslimi ancak haklı bir nedenin olması halinde reddedebilir.³⁵ Yapının tamamlanmamış olması veya ayıplı olması halleri haklı sebep kapsamında değerlendirilir. Bu hususlar ilerleyen başlıklarda ayrıntılı incelenecektir.

Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 237; Kurt, s. 59; Ruhi/Ruhi, s. 33; İnal, s. 228; Erman, s. 34; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 122; Coşkun, s. 323; Kırmızı, s. 477; Ayan, s. 49; Öz, s. 79; Kurşad, s. 170; Kurt, s. 59; Bayrak, s. 53; Yılmaz, s. 18; Duman, İnşaat Davalarında İspat, s. 38; Dayınlarlı, s. 46; Seliçi, s. 35. Bölge Adliye Mahkemesi, işin tesliminin gerçekleştiğini kabul edebilmek için, işin sözleşmeye göre noksansız olarak tamamlanmış olması veya iş sahibinin fiil ve iradesi ile hakimiyetine geçmiş olması gerektiğine karar vermiştir: İzmir, BAM, 14. HD, E. 1093/2017, K. 531/2018, T.04.05.2018. (www.lexpera.com.tr) (ET.:03.01.2021)

³⁰ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 241; Zevkliiler/Gökyayla, s. 489; Kostakoğlu, s. 19; Demir, s. 60; Öz, s. 80; Uygur, s. 376.

³¹ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 238; Kurt, s. 60; Öz, s. 147; Kurşad, s. 170.

³² Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 238; Kurt, s. 60; Erman, s. 35; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 121; Ayan, s. 52; Kurşad, s. 175; Bayrak, s. 56; Yılmaz, s. 19.

³³ Erman, s. 35; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 122.

³⁴ Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 119.

³⁵ Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 120; Kurt, s. 181; Yılmaz, s. 20.

b. Teslim Zamanı

Yapının tesliminin ne zaman yapılacağı, bedel ödeme borcunun ifa zamanı ile doğrudan bağlantılıdır. Yapının teslim zamanı, iş sahibinin yapının teslimini talep ve dava edebileceği anı ifade etmektedir.³⁶ Bu tarihte yüklenicinin yapıyı teslim etme borcu muaccel hale gelir. Teslim zamanı, bazı hallerde ekonomik değeri yüksek yapıların sözleşmeye konu olması sebebiyle inşaat sözleşmeleri bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. İş sahibinin inşa edilen yapıya ilişkin planlamaları, ifaya katılma kapsamında kendisine düşen yükümlülüklerini yerine getirmesi, yapıya ilişkin sözleşmeden doğan bazı haklarını kullanabilmesi bakımından teslim zamanı iş sahibi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu durumun önemi, yüklenicinin yapıyı inşa eden taraf olması, işçi, araç ve gereçleri sağlayacak olması ve yapıya ilişkin bedel alacağını talep ve dava edebilme yetkisine sahip olabilmesi sebebiyle yüklenici için de aynen geçerlidir.³⁷

Yapının ne zaman teslim edileceği sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında taraflarca serbestçe belirlenebilir.³⁸ Sözleşmede belirlenen tarihte teslim borcu muaccel olur ve yüklenicinin bu tarihte yapıyı teslim etmesi gerekir.³⁹ Taraflar yapının teslimi konusunda açık bir tarihi veya başlangıç tarihinden belli bir süre sonrasını kararlaştırabilirler.⁴⁰

Teslim zamanının sözleşmede kararlaştırılmamış olması halinde, inşaat sözleşmesinde teslim borcunun muacceliyetine ilişkin kanunda özel hüküm yer almadığından, teslim zamanı TBK'nın genel hükümlerine göre belirlenir.⁴¹ TBK m. 90'a göre, "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur." Buna göre, inşaat sözleşmesinde yapının teslimi borcu, sözleşmenin yapılması ile doğar ve teslim zamanının da bu şekilde belirlenmesi gerekir. Fakat teslim borcunun bu anda muac-

³⁶ Ruhi/Ruhi, s. 32; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 73.

³⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 790; Kaplan, s. 77; Aydemir, s. 240.

³⁸ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 235-236; Zevkliler/Gökyayla, s. 490; Kaplan, s. 78; Aydemir, s. 238; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123; Kırmızı, s. 475; Kurşad, s. 130; Tekelioğlu, s. 163; Bayrak, s. 56; Başaran, s. 1307; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 51.

³⁹ Kaplan, s. 78; Öz, s. 143.

⁴⁰ Kaplan, s. 78; Başaran, s. 1309.

⁴¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 563; Zevkliler/Gökyayla, s. 490; Kurt, s; Kaplan, s. 78; Öz, s. 143; Kurşad, s. 132; Başaran, s. 1307.

cel olacağını kabul etmek, yapının inşası borcunun objektif olarak kısa da olsa zorunlu bir süreyi gerektirmesi sebebiyle, bu borcun niteliğine uygun düşmez.⁴² Buna göre, yapının teslim zamanı sözleşmede kararlaştırılmamışsa tarafların farazi iradeleri ve hukuki ilişkinin niteliği esas alınarak işin yapımı için gereken makul süreye göre teslim zamanı belirlenmelidir.⁴³ Yargıtay, teslim tarihinin sözleşmede belirlenmesi durumunda bu tarihi, iş sahibinin basiretli yüklenici olarak eseri meydana getirmek için ihtiyaç duyacağı objektif sürenin sonu olarak ifade etmiştir.⁴⁴

3. Yapının Parça Parça Teslim Edilmesi

Kural olarak yapı tamamen inşa edildikten sonra teslim edilebilir ve bedel ödeme borcu muaccel hale gelir. TBK m. 479/2' de sözleşmede yapının parça parça teslim edileceğinin kararlaştırılabileceği, bununla birlikte her bir parçanın teslimi ile o parçanın bedelinin muaccel hale geleceği düzenlenmiştir.⁴⁵ İnşaat sözleşmesi bakımından teslimin bu şekilde yapılacağına kararlaştırılabilmesi, inşa edilen yapının belirli ölçütlerle parçalara ayrılabilir nitelikte olmasını gerekli kılmaktadır.⁴⁶ Örneğin, bir sitede 34 adet villanın, etaplar halinde yapılacağı, 1. etapta 19 adet, 2. etapta 9 adet, 3. etapta 2 adet, 4. etapta 4 adet villanın yapılacağı kararlaştırılabilir.⁴⁷

⁴² Erman, s. 62; Kurşad, s. 132.

⁴³ Gümüş, s. 353; Aral/Ayrancı, s. 394; Kaplan, s. 78; Aydemir, s. 239; Erman, s. 62; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123; Kurşad, s. 132; Tekelioğlu, s. 164; Başaran, s. 1307.

⁴⁴ "Sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmaması yükleniciye eseri belirsiz bir sürede teslim hakkı tanımaz. Bu gibi durumlarda sürenin işin hacmine, emsal işlerdeki teslim süresine göre bilirkişi tarafından saptanması gerekir. Sözleşmeden teslim tarihinin kararlaştırılmamış olması halinde iş sahibinin işin mahiyetine nazaran basiretli bir yüklenici o işi üstlense idi, eseri meydana getirmek için objektif olarak ne kadar zamana ihtiyaç duyarsa bu süreyi beklemesi, eserin teslimini bu tarihin gelmesi ile istemesi gerekir." (Y. 15. HD, E.4786/2007, K.3962/2008, T.13.06.2008) (www.lexpera.com.tr) (ET: 27.12.2020) Ayrıca bkz. Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123; Başaran, s. 1311.

⁴⁵ TBK m. 479/2: "Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur." Kılıçoğlu, s. 478; Aydemir, s. 288; Karataş, s. 275; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 216; Coşkun, s. 322; Ayan, s. 89; Öz, s. 80; Uygur, s. 375; Kurşad, s. 136.

⁴⁶ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 245.

⁴⁷ "Taraflar arasındaki sözleşmede "1.Etap: ... Pafta ... Parsel üzerinde yapılacak 19 adet ikiz villadan, kalan 17 adet ikiz villanın, 2.Etap: ... Pafta ... Parsel üzerinde yapılacak 9 adet ikiz villanın,3.Etap: 1 Pafta ... Parsel üzerinde yapılacak 2 adet

Yapının parçalar halinde teslim edilmesi ve bedelin de bu şekilde ödenebilmesi için tarafların bu durumu sözleşmede açıkça belirtmiş olmaları gerekmektedir.⁴⁸ Bununla birlikte sözleşmede her bir teslim parçasının ne şekilde belirlendiği, bu parçalara karşılık gelen bedelin ne olduğu açıkça kararlaştırılmış olmalıdır. Teslimin parça parça yapılacağına kararlaştırılmış olması ve bedelin bu parçalara göre belirlenmiş olması halinde bedelin muacceliyetine ilişkin aksine anlaşma olmadıkça her bir parçanın bedeli, onun teslimi anında muaccel olacaktır.⁴⁹

C. Yüklenicinin Edimini Önce İfa Yükümlülüğünün Olup Olmadığı

Yüklenicinin edimini iş sahibinden önce ifa ile yükümlü olup olmadığı incelenmesi gereken sorunlardan biridir. Çünkü yüklenicinin önce ifa yükümünün bulunması halinde yüklenici ödemezlik def'ine başvuramayacak, önce kendi edimini yerine getirecek sonra iş sahibinden bedel ödeme ediminin ifasını talep edebilecektir. Ödemezlik def'i TBK m. 97'de düzenlenmiş olup bu def'i sayesinde kendisinden edimini ifa etmesi talep edilen taraf, ödemezlik def'i ileri sürerek talepte bulunan tarafın edimini ifa etmesi ya da ifasını teklif etmesi anına kadar kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir.⁵⁰

İnşaat sözleşmesi bakımından karşılıklı borçlar; yüklenicinin yapıyı inşa etmesi ve teslimi ile iş sahibinin bedel ödeme borcudur.⁵¹ Bu edimler bakımından yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına ve dolayısıyla ödemezlik def'i ileri sürüp süremeyeceğine dair öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

ikiz villanın,4.Etap: 1 Pafta ... Parsel üzerinde yapılacak 4 adet ikiz villanın toplam 34 adet ikiz villadan, kalan 32 adet ikiz villanın, Bodrum kat + Zemin kat + 1. normal, katının kaba işi olduğu, madde 3-1. aşama özel şartlar: inşaatta hafriyat ve çatı işinin İşverene ait olduğu, İşin Süresinin; 17 adet ikiz villanın 6 adedinin 31.03.2011 tarihine kadar tamamlanacağı, ayda en az 1 adet ikiz villanın yapılması gerektiği, işin bedelinin; 1 adet ikiz villa için 118.000.-TL olduğu, işverenin yüklenici firmanın yapacağı işe karşılık 2 adet ikiz villayı (4 adet villa) anahtar teslimi olarak 1.000.000.-TL bedelle Yüklenici firmaya vereceği, hususlarının kabul ve taahhüt edildiği" hususlarının kararlaştırıldığı görülmüştür." (İstanbul, 16. ATM, E. 2014/801, K.2018/573, T. 07.06.2018.) (www.lexpera.com.tr) (ET: 27.12.2020).

⁴⁸ Ruhi/Ruhi, s. 42; Ayan, s. 71.

⁴⁹ Öz, s. 80; Kurşad, s. 138.

⁵⁰ Cüneyt Pekmez, Borcun İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlik Def'i), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 28; Öz, s. 91; Ruhi/Ruhi, s. 33; Kostakoğlu, s. 20.

⁵¹ Pekmez, s. 267; Öz, s. 91; Eren, BK. Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 51.

Öğretide savunulan bir görüşe göre,⁵² bedel ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin kanunda yer alan teslim anı ifadesi, yüklenicinin eserin teslimini gerçekleştirmesi ile muaccel olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Eserin teslim edilmemesi halinde tamamlanması veya teslim sunulmuş olması bedel borcunun muacceliyeti için yeterli kabul edilemez. Yüklenicinin önce ifa ile yükümlü olduğunu savunan bu görüşe göre yüklenici, eser sahibinin ifa talebine karşı ödemezlik def'inde bulunamayacaktır. Öğretide savunulan ikinci görüşe göre,⁵³ yüklenicinin borcu bakımından ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Yüklenici eseri inşa etme ve tamamlama borcu bakımından önce ifa ile yükümlüdür. Fakat eserin teslimi borcu bakımından bedel ödeme borcu ile aynı anda ifa yükümlülüğü söz konusudur. Yüklenicinin, eserin teslimini teklif etmesi ile bedel ödeme borcu muaccel hale gelir ve iş sahibi teslimin gerçekleşmediği gerekçesi ile ödemezlik def'inde bulunamaz. Bu görüşü savunmakla birlikte durumun her zaman bu şekilde olmayabileceği, bazı hallerde inşa-teslim ve bedel borcunun aynı anda ifa edilebileceği fikri de ileri sürülmektedir.⁵⁴ Öğretide savunulan üçüncü görüşe göre,⁵⁵ bedel ödeme borcunun teslimin teklifi anında muaccel olmayacağı gibi muacceliyet teslimin yapılmasından sonraya da bırakılmayacaktır. Bedel ödeme borcu, teslimden önce veya sonra değil yapının ifa amacıyla teslim edildiği anda muaccel olacaktır. Yüklenici yapıyı teslim etmeden bedel ödeme borcunun ifasını talep edemez. Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları bulunmaktadır.⁵⁶

⁵² Eren, Borçlar Genel, s. 688-689; Gümüş, s. 392; Erman, s. 54.

⁵³ Öz, s. 91-92. Açıklanan görüş ile aynı doğrultuda: "Sözleşmenin koşulları ya da özelliğine göre daha sonra ifa hakkı bulunmadıkça, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, sözleşmenin ifasını isteyen tarafın öncelikle kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir (818 s. BK.m.81; 6098 s. TBK.m.97). Eser sözleşmesinde de yüklenicinin bedelin ödenmesini istemesi, eseri ayıpsız biçimde teslim etmesi ya da etmeye hazır olduğunu bildirmesi koşuluna bağlıdır." (YHGK, E. 2017/503, K. 2017/1190, T. 14.06.2017, (www.lexpera.com.tr) (E.T: 10.02.2021).

⁵⁴ Pekmez, s. 269-270.

⁵⁵ Kocaağa, s. 215.

⁵⁶ Bazı Yargıtay kararlarına göre öncelikli edim yükümlülüğü yüklenicidir: "Ne var ki, TBK'nın 479. (BK'nın 364) maddesi uyarınca, arsa sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslimi anında muaccel hale gelir. Şu hâlde, öncelikli edim yükümlülüğünün yükleniciye ait olduğunun kabulünde zorunluluk mevcut olup, mahkemece aksi gerekçe ile öncelikle arsa sahibinin payını devretmesi halinde ancak tescil isteyebileceği yönündeki kabulü usul ve yasaya aykırıdır." (Y. 23. HD, E. 5929/2012, K. 628/2013, T. 07.02.2013) (www.sinerjimevzuat.com.tr) (ET: 03.01.2021). Teslimin şart olmayıp teslim hazırlanmış olduğunun bildirilmesi ile iş sahibinin ediminin muaccel hale geleceği hakkında: (YHGK, E. 2017/503, K.

Kanaatimizce, yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünün olup olmadığını belirlemek için öncelikle ilgili kanun hükmünün lafzının ve ruhunun incelenmesi gerekir. TBK m. 479'a göre "İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur." Kanun koyucu burada teslim anı ifadesini kullanmıştır. O halde iş sahibinin ediminin, yüklenicinin edimini ifa etmesinden sonra yani teslimden sonra muaccel olacağı şeklinde bir çıkarım kanunun lafzına uygun olmaz. Çünkü yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünden bahsetmek için bedel ödeme borcunun eserin tesliminden sonra muaccel olması gerekir ve kanunun lafzı gereği bunu kabul etmek mümkün değildir. İş sahibinin bedel borcunun muacceliyeti mülga Borçlar Kanunu'nun⁵⁷ (eBK) 364. maddesinde "işin parası, teslim zamanında ödenir" şeklindeki ifade edilmekteydi ve TBK m. 479'un gerekçesine göre maddede arılaştırma dışında hüküm değişikliği bulunmamaktadır. Kanunun ruhunun tespitinde önem arz eden madde gerekçesine baktığımızda mülga Borçlar Kanunu'ndaki ifade bize yol gösterici olabilir. Buna göre, iş sahibinin bedel borcu işin teslim zamanında muacceliyet kasbeder. Teslim zamanını taraflar kararlaştırmışsa kararlaştırdıkları an, aksi halde basiretli yüklenicinin bu eseri yapması ve teslim edebilmesi için gerekli objektif sürenin sonudur. Özellikle belirtmek gerekir ki bu anda yüklenici işi tamamlayamasa ve teslim hazırlanamasa dahi iş sahibinin bedel borcunun muaccel olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Çünkü iş sahibinden bedel ödeme borcunun ifasının istenmesi halinde iş sahibi ödemezlik def'i ileri sürebilir. Bizce hem TBK m. 479'un lafzı hem de madde gerekçesinin yollama yaptığı eBK m. 374'ün lafzı gereği yüklenicinin edimini önce ifa yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca taraf menfaatleri arasında hakkaniyetli denge kurma amacı güden kanunumuzun yükleniciye önce ifa yükümlülüğü yüklemesinin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Çünkü inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükler ve her iki tarafa da karşı edimin ifa edilmeme tehlikesi karşısında ödemezlik def'ini ileri sürme imkânı tanır. Yüklenicinin eseri tamamlayıp teslim hazırlanmaya hazır hale getirdikten sonra eser sahibinden bedeli isteyemeyecek olması kabul edilemez çünkü yukarıda ifade ettiğimiz üzere eser sahibi de ödemezlik def'i ileri sürebileceğinden o da kendi alacağı bakımından korunmaktadır. Borçlar Kanunu'nun satış

⁵⁷ 2017/1190, T. 14.06.2017) (www.lexpera.com.tr) (E.T: 10.02.2021).
R.G., T. 29.04. 1926, S. 359.

sözleşmesinde esas aldığı bu dengenin eser sözleşmesinde yüklenici aleyhine bozulmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Sonuç olarak bize göre, yüklenicinin eseri inşa etmesi ve tamamlaması bakımından önce ifa yükümü olduğu kabul edilebilir olup teslim bakımından önce ifa yükümünün varlığı kabul edilmemelidir. Buna göre eserin teslim hazırlanmış hale getirilmesi ve bunun iş sahibine bildirimle iş sahibinin bedel ödeme borcu muaccel hale gelmelidir.

Yüklenici, yapının parça parça teslim edilmesinin kararlaştırılmış olması halinde, TBK m. 98 kapsamında işi durdurma yetkisini de kullanabilir. Bu hüküm kapsamında yüklenici, iş sahibinin borcunu ödemekte temerrüde düşmesi ve bu durumun yüklenicinin hakkını tehlikeye düşürmesi halinde, işi durdurabilir ve borcu ödeninceye kadar ifadan kaçınabilir.⁵⁸

D. İfanın Zamanında Yapılmamasının Sonuçları

İnşaat sözleşmesinin yapılması ile iş sahibi ve yüklenici bakımından bazı borçlar doğmuş olmaktadır. Taraflar yerine getirmeyi üstlendikleri bu borçları zamanında yerine getirmekle yükümlüdürler. Aksi halde, taraflar bakımından temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilir. Temerrüt, borçlunun muaccel hale gelmiş borcunu, ifası mümkün olmasına rağmen ifa etmemesi durumudur.⁵⁹

Çalışmamızın konusu bakımından temerrüde ilişkin incelemeler, yüklenicinin borçlunun temerrüdüne düşmesi, iş sahibinin teslimi kabul etmede alacaklı temerrüdüne düşmesi ve bu durumların bedel ödeme borcunun ifa zamanına etkisi ile sınırlıdır.

1. Yüklenicinin Borçlunun Temerrüdüne Düşmesi ve Bununun Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanına Etkisi

Yüklenici, teslim borcunu zamanında yerine getirmediği durumda, borçlu temerrüdüne düşmüş olur.⁶⁰ Yüklenicinin teslim borcu sebebiyle

⁵⁸ Ekmen, s. 98; Karataş, s. 277; Öz, s. 95; Duman, İnşaat Davalarında İspat, s. 67.

⁵⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1117; Hatemi/Gökyayla, s. 276; Kaplan, s. 222; Kırmızı, s. 649; Dayınlarlı, s. 56.

⁶⁰ Gümüş, s. 355; Yavuz/Acar/Özen, s. 563; Kostakoğlu, s. 1243; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123; Demir, s. 60; Ayan, s. 172; Öz, s. 141; Kurşad, s. 147; Tekelioğlu, s. 164; Kurt, s. 214.

le temerrüde düşebilmesi için bu borcun muaccel ve ifası mümkün bir borç olması, borcun henüz ifa edilmemiş olması, teslimin gecikmesinin kabul edilebilir bir sebebe dayanmaması ve gerektiği durumlarda iş sahibinin ihtarda bulunması şartları aranmaktadır.⁶¹ Yüklenici, teslimin gecikmesinin haklı ve kabul edilebilir bir sebebe dayandığını ispat eder ve bu durumu zamanında iş sahibine bildirmiş olursa teslimin gecikmesi sebebiyle temerrüde düşmez.⁶² Yüklenici böyle bir durumda eseri belirlenen vadede ifa edemeyecek, bu sebeple kendisine ek süre verilecek, vade tarihi verilen ek süre kadar ertelenmiş olacaktır.⁶³

Yüklenicinin eserin yapımı, tamamlanması ve tesliminin teklif edilmesi borcu bakımından temerrüde düşmesi halinde, TBK m. 479 bedel ödeme borcunun muacceliyetini teslim anına bağlamış olduğundan, iş sahibinin bedel ödeme borcu da bundan doğrudan etkilenir. Buna göre eserin tamamlanması ve tesliminin usulüne uygun olarak teklif edilmesi anına kadar iş sahibinin bedel ödeme borcu muaccel olmayacaktır.

2. İş sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi ve Bununun Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanına Etkisi

Alacaklının temerrüdü, TBK m. 106/1'de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.”* İnşaat sözleşmesi kapsamında iş sahibi, iki durumda alacaklının temerrüdüne düşer. Bunlardan biri, kendi yükümlülüğü altında bulunan hazırlık işlemlerini yapmaktan kaçınması, diğeri ise haklı bir nedenin olmaması halinde ifa teklifini reddetmesi durumudur.⁶⁴

İş sahibinin inşaat sözleşmesi kapsamında temel borcu bedel ödeme borcudur, bununla birlikte inşaatın başlaması ve devam ettirilmesi için iş sahibine sözleşmeden, dürüstlük kuralından veya kanunda do-

⁶¹ Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 265; Aral/Ayrancı, s. 395; Kurt, s. 86; Erman, s. 61; Demir, s. 64; Kırmızı, s. 478; Ateş, s. 13.

⁶² Kurt, s. 200; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 54.

⁶³ Kurt, s. 201.

⁶⁴ Ekmen, s. 144; Öz, s. 112.

ğan bazı yan ödevler de yüklenebilmektedir.⁶⁵ Yan ödevler kapsamında, hazırlık işlemlerini yerine getirme iş sahibine yüklenen en temel ödevlerdendir. Hazırlık işlemleri, iş sahibinin borcu olmayan fakat yüklenicinin ifaya başlayabilmesi için yapılması zorunlu olan ödevlerdir.⁶⁶ Hazırlık işlemleri, şu şekilde sayılabilir⁶⁷: İnşaat izni alma, İnşaat alanını teslim etmek, gerekli sınırlı aynı hakları sağlamak; plan, proje, malzeme teslim etmek; koordinasyonu sağlamak, talimatları vermek; müteahhide vekalet vermek, gereken izinleri almak; yapıyı teslim almak.

Hazırlık işlemlerinin yapılmaması halinde yüklenici, yapının inşasına başlayamayacak ve bu durumda yapının tesliminde gecikme yaşanacaktır. Hazırlık fiillerinin gecikmesi halinde yükleniciye süre uzatım talebinde bulunma hakkı tanınmıştır.⁶⁸ Bu durumda, sürenin uzaması ve teslimin gecikmesinden yüklenici sorumlu tutulamayacaktır.

İş sahibini alacaklının temerrüdüne düşüren diğer durum yapıyı haklı neden olmaksızın teslim almaktan kaçınmasıdır.⁶⁹ Bu durumda alacaklı temerrüdünün oluşabilmesi için yapının gereği gibi ve tamamlanmış şekilde teslim edilmesinin teklif edilmiş ve iş sahibinin haklı neden olmaksızın bu teklifi reddetmiş olması; özellikle, teslimin yapılması için kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınmış olması gerekmektedir. Yapının ayıplı, eksik, ifa zamanının henüz gelmemiş olması ve mücbir sebep gibi durumlar haklı sebep olarak değerlendirilebilir ve iş sahibine teslim almaktan kaçınma imkânı verir. İş sahibinin haklı bir neden olmaksızın teslimi reddetmesi halinde yüklenici, yapıya ilişkin fiili hakimiyeti sağlamaya elverişli araçları tevdi ederek yapının teslimini gerçekleştirebilir.⁷⁰

⁶⁵ Kaplan, s. 81; Öz, s. 114.

⁶⁶ Ekmen, s. 53.

⁶⁷ Kaplan, s. 78; Ekmen, s. 38 vd.; Öz, s. 114; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 70.

⁶⁸ İş sahibinin teslimine katılması bir borç olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple teslimine katılmaması halinde borçlu temerrüdü değil, alacaklının temerrüdü gerçekleşmiş olmaktadır: Detaylı bilgi için bkz.: Kaplan, s. 81-82; Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 239; Öz, s. 146; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 120; Coşkun, s. 326. Bir görüşe göre teslim için alacaklının kabulü şart olmadığından alacaklının teslimden kaçınması halinde temerrüt söz konusu olmaz. Detaylı bilgi için bkz.: Ayan, s. 54; Kurşad, s. 177.

⁶⁹ Eren, Müteahhidin Borçları, s. 72.

⁷⁰ Ekmen, s. 160; Arpacı, s. 236; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 72.

Yapının teslim alınmaması durumunda yüklenici, bedel ödeme borcunun ifasını talep ederse alacaklının temerrüdü kapsamında iş sahibi, ödemezlik def'i ileri süremez.⁷¹ Çünkü, iş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmüş olması sözleşmeyi sona erdirmez ve yüklenici tarafından usulüne uygun ifa teklifi olduğundan iş sahibi muaccel olan borçlarını ödemekle yükümlü olur. Sonuç olarak, hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması halinde hakediş ödemeleri, teslim almaktan kaçınması halinde ise bedel ödeme borcunu yerine getirmesi gerekmektedir.⁷²

Son olarak, iş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde yüklenici sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olur.⁷³ Sözleşmeyi fesih hakkının kullanılması halinde, fesih anına kadar ifa edilen edimlere ilişkin borç muaccel olacaktır, yüklenici yapının inşa ettiği kısımlarına ilişkin bedelini isteyebilir. Bu durumda iş sahibinin bedel ödeme borcu, yüklenicinin sözleşmeyi fesih hakkını kullanması ile muaccel hale gelecektir. Bu durumda muacceliyet anına ilişkin açıklamalar, tekrara düşmemek amacıyla bir sonraki bölümde sözleşmenin feshi başlığı altında incelenmektedir.

III. İFA ZAMANINA İLİŞKİN ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR

İnşaat sözleşmelerinde bedel ödeme borcunun kanunda belirlenen ifa zamanı, kural olarak ikinci bölümde açıklandığı üzere yapının teslimi anıdır. Bedel ödeme borcunun ifa zamanı bazı durumların ortaya çıkması ile değişiklik gösterebilmektedir. Bununla birlikte kimi zaman, kimi nedenlerle yapının teslim zamanı da farklılık gösterebilmektedir.⁷⁴ Bu gibi durumların teslim zamanını nasıl etkilediği ve teslim zamanının etkilenmesinin bedel ödeme borcunun ifa zamanına yansımalarının nasıl olacağı bu bölümde incelenmektedir.

⁷¹ Ekmen, s. 156; Arpacı, s. 221.

⁷² Ekmen, s. 156-157.

⁷³ "Böyle bir durumda yüklenicinin iki türlü seçeneği bulunmaktadır. Yüklenici ya arsa sahibinin zararına neden olmayacak makul bir süre işi durdurabilir ve arsa sahiplerinin edimini yerine getirmesini bekleyip, işe devam eder ya da BK'nın 106. maddesinden yararlanarak sözleşmenin feshi hakkını kullanabilir." (Y. 23. HD, E. 2014/5352, K. 2016/382, T. 26.01.2016) (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T: 09.02.2021).

⁷⁴ Başaran, s. 1312; Kaplan, s. 78.

A. Ayıplı İfa

İnşaat sözleşmesinde ayıplı ifa, yüklenicinin inşa ettiği yapının dürüstlük kuralı, kanun veya sözleşme gereği taşıması gereken nitelikleri taşıyor olması veya bazı bozuklukları taşıması halinde söz konusu olmaktadır.⁷⁵ Yapının ayıplı ifa edilmesi; yüklenicinin sorumluluğu, yapının teslimi ve çalışmamızın konusu bakımından ziyadesiyle önem arz eden bir husus olarak iş sahibinin bedel ödeme borcunun muacceliyetini önemli ölçüde etkilemektedir.

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin eseri ayıplı teslim etmesine ilişkin hususlar, TBK m. 474 ve devamı maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Yüklenicinin borcu, eseri zamanında gereği gibi inşa ederek tamamlanmış bir şekilde teslim etmektir. Eserin ayıplı olması halinde yüklenici edimini gereği gibi yerine getirmemiş olmakta bu sebeple bu durumda ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Fakat yüklenicinin sorumluluğu sınırsız bir sorumluluk değildir, yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi için iş sahibine bazı külfetler yüklenmiştir. TBK m. 474/1'e göre: "İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır." Bu durumda yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilmek için iş sahibinin eserin ayıplı olduğunu yükleniciye bildirmiş olması gerekmekte aksi halde yüklenicinin sorumluluğuna gidilememektedir.⁷⁶ Yargıtay, öğretide kabul edilen görüş ile aynı doğrultuda, bildirim yükümlülüğünün yapılacağı zaman bakımından açık ve gizli ayıplar için ayırım yapmakta, açık ayıpların eserin teslim edilmesinden sonra makul bir süre içerisinde, gizli ayıpların ise fark edilmesinden itibaren en kısa sürede yükleniciye bildirilmiş olması gerektiğini kabul etmektedir.⁷⁷

⁷⁵ Cevdet Salih Şahin, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik ifa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 101; Zeynep Özcan, "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, C.0, S.11, s. 323; Mehmet Gökberk Panayır, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik ve Ayıplı İşlerden Sorumluluğu, Çağ Üniversitesi SBE, Mersin, 2017, s. 84-85; Kurşad, s. 68; Öz, s. 190; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 78-79.

⁷⁶ Şahin, s. 114; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 82; Öz, s. 198.

⁷⁷ Şahin, s. 105-106; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 83; Öz, s. 202; Panayır, s. 87. "Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer,

Yapının ayıplı ifası yüklenicinin eseri teslim etmesi yani edimini ifa etmiş olması ve bununla bağlantılı olarak iş sahibinin bedel ödeme borcunun muacceliyeti bakımından da önem arz etmektedir. Daha önce sık sık belirtildiği üzere yüklenici yapıyı tamamen veya gereği gibi ifa ederek teslimi gerçekleştirebilir ve borcundan kurtulabilir.

TBK m. 474/1’de “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” şeklinde hüküm yer almaktadır. Bu maddeye göre; yapının teslim edilmiş olması aynı zamanda yapının kabul edildiği anlamına gelmemektedir.⁷⁸ Yapının kabulü, iş sahibinin yapının ayıpsız olduğunu beyan ettiği, bu beyandan itibaren yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edildiği irade beyanıdır.⁷⁹ İş sahibi, yapıyı teslim aldıktan sonra yapının ayıplı olup olmadığını inceleyebilir.⁸⁰ Yani ancak belli bir sürenin geçmesi ile yapıyı kabul edip etmemek konusunda karar verebilir. Öğretide baskın görüşe göre; kural olarak yapının ayıplı olması, iş sahibine teslimi reddetme yetkisi vermemekte yapının ayıplı şekilde teslim alınması gerekmektedir.⁸¹ Fakat yapı, kullanılamayacak derecede ağır ayıplı⁸² ise ve bu durum açıkça görülüyorsa iş sahibi eserin teslimini

meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (BK m. 362/III). Ayıp bildirim süresine yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır.” (Y. 23. HD, E. 2012/5835, K. 2013/129, T. 16.01.2013) (www.lexpera.com.tr)(E.T: 10.02.2021).

⁷⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 486; Kurt, s. 61; İnal, s. 229; Erman, s. 33; Kırmızı, s. 637; Dayınlarlı, s. 52; bu durumda ayıptan doğan haklar varlığını sürdürülecektir: Kurşad, s. 185.

⁷⁹ Akıntürk/Ateş, s. 307; İnal, s. 229; Kaplan, s. 76; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 121; Coşkun, s. 350; Kırmızı, s. 637; Ayan, s. 50; Kurşad, s. 169; Yılmaz, s. 21; Şahin, s. 123.

⁸⁰ Kurşad bu durumda geçici kabulün söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Detaylı bilgi için bkz.: Kurşad, s. 181.

⁸¹ Aral/Ayrancı, s. 393; Zevkliler/Gökyayla, s. 484; Kılıçoğlu, s. 454; Kaplan, s. 75; Kurt, s. 60; Kurşad, s. 171. Ayan bu durumda eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin teslimi reddetme hakkının olması gerektiğini kabul etmektedir: Ayan, s. 55.

⁸² Eserin kullanılamaz derecede ayıplı olup olmadığı iş sahibinin sübjektif durumu esas alınarak tespit edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Şahin, s. 142. “Taraflar arasında eser sözleşmesi ilişkisi bulunmakta olup, yüklenici sözleşmedeki edimini iş sahibinin amacına uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Bu kapsamda

reddedebilir.⁸³ Bu durumda önem arz eden husus, eserin ayıp sebebiyle teslim alınmaması veya ayıplı şekilde teslim alınması hallerinin bedel ödeme borcuna etkisinin nasıl olacağıdır. Ne var ki, bu husus öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, iş sahibi bedel ödeme borcunu eseri teslim aldığı anda değil, eserin ayıplı olup olmadığını incelemek amacıyla gözden geçirme süresi dolduktan sonra ödemelidir. Eserin ayıplı olması halinde ayıp giderilinceye kadar bedel borcunu ifa etmekten kaçınılabilir.⁸⁴ Diğer görüşe göre, bedel ödeme borcunun ifasının talep edilebilmesi için iş sahibinin gözden geçirme süresinin dolmasını beklemek gerekmez, yapının teslimi anında açıkça görülen ve teslim almamayı haklı gösteren ayıplar olmadıkça bedel ödeme borcu yapının teslimi anında muaccel hale gelir.⁸⁵ İş sahibinin teslimi reddetmesini haklı gösteren ayıpların söz konusu olması halinde ise bedel ödeme borcu muaccel hale gelmez.⁸⁶ Söz konusu ayıp, iş sahibinin teslimi reddetmesini haklı gösterecek derecede değilse iş sahibi, ayıp tutarı miktarınca bedelin ödenmesinden kaçınılabilir.⁸⁷ Bu durumda bedel ödeme borcunun hangi anda muaccel olacağına ilişkin farklılıklar söz konusu olsa da her iki görüş açısından da ayıplı yapıya ilişkin bedel ödeme borcunun muaccel hale gelmeyeceği konusunda ortak bir kabul söz konusudur. Yargıtay da yapının ayıplı olması halinde bedel ödeme borcunun muaccel hale gelmeyeceğini kabul etmektedir ve bir kararında şunu belirtmiştir: “Ödemekte direnme ayıbın giderilmesi konusundaki isteğin hukuka uygun yaptırım aracıdır”.⁸⁸ Yargıtay, başka bir kararında, “İş sahibi ayıplı

gerektiğinde yüklenicinin iş sahibine yapılacak eserin somut olayda istenilen kapasitedeki kazan ile amacına ulaşamayacağını hatırlatması yasadan doğan borcudur (Mülga 818 sayılı BK 357). Bu genel kurala göre somut olayda yeterli ısı vermeyecek kazan montajı yapan davalı yüklenici G... Ltd. Şti. imalattaki ayıptan sorumlu olup, kullanılamayacak derecede ayıplı olması nedeniyle imalât bedelini iade etmekle yükümlüdür.” (Y. 15. HD, E. 2015/1568, K. 2015/5662, T. 10.11.2015) (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T: 10.02.2021).

⁸³ K. Emre Gökyayla, “Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinde Ek İş ve Sonuçları”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, 1. bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, sa. 285-335, s. 318; Kaplan, s. 75; Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 240; Öz, s. 147; Ayan, s. 51; Kurt, s. 61; Kurşad, s. 171; Pekmez, s. 273.

⁸⁴ Coşkun, s. 326.

⁸⁵ Karataş, s. 273; Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 244.

⁸⁶ Karataş, s. 270; Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 241; Pekmez, s. 274.

⁸⁷ Karataş, s. 270.

⁸⁸ Y. 4. HD, E. 12732, K.22, T. 14.01.1974: Karar için bkz. Karataş, s. 270.

eseri teslim almaya zorlanamaz; bu durumda iş sahibinin bedel ödeme borcu da muaccel olmaz. İş sahibi ayıp giderilinceye kadar ödemedi kaçınabilir." sonucuna varmıştır.⁸⁹

Kanaatimizce, bu durumda kanun koyucunun amacı ve tarafların dengeli korunması gerektiği ilkeleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır. Kural olarak iş sahibinin bedel ödeme borcu yapının teslimi anında muaccel olmaktadır. Bu durumda teslimin kabul edilip edilmediği noktada ayrıma gidilmelidir. Teslimin kabul edilemeyeceği derecede önemli ayıbın söz konusu olması ve bu sebeple teslimin gerçekleşmemiş olması durumunda bedel ödeme borcu da muaccel hale gelmeyecektir. Çünkü katıldığımız görüşe göre yüklenicinin eseri inşa etme ve tamamlama borcu henüz yerine getirilmemiştir. Fakat teslimin gerçekleşmiş olması halinde artık bedel ödeme borcu teslim ile muaccel hale gelmiştir. TBK m. 475'te eserin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olması hali esas alınarak iş sahibine bazı seçimlik haklar tanınmıştır.⁹⁰ TBK m. 475'e göre; iş sahibi kullanılmayacak, hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aykırı olursa sözleşmeden dönebilir, eseri alıkoymak ayıp oranında bedelde indirim isteyebilir ya da aşırı bir masrafı gerektirmiyorsa masrafları yükleniciye ait olacak şekilde eserin ücretsiz onarılmasını isteyebilir. Bu madde kapsamında eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin, bedel ödeme borcu doğrudan sona ermez iş sahibi, kullandığı seçimlik hakka göre ödemezlik def'ini ileri sürerek bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabilir

Bedel ödeme borcunun durumu, kullanılan seçimlik hakka göre belirlenir. TBK m. 475'e göre; yapı iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Bu hakkın kullanılması ile sözleşme sona ermiş olur ve bedel ödeme borcu da ortadan kalkar. İş sahibinin bedelde indirim hakkını kullanması halinde, bedelin teslim anına ilişkin bir değişiklik olmayacak bedel tutarı değişmiş olacaktır. Yapının onarımı hakkının kullanılması halinde, bedel ödeme borcu muaccel olsa da ödemezlik

⁸⁹ YHGK, E. 2017/503, K. 2017/1190, T. 14.06.2017, (www.lexpera.com.tr) (E.T: 10.02.2021).

⁹⁰ Kostakoğlu, s. 1238; Demir, s. 45; Şahin, s. 137; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 84.

def'i gereği onarıma denk gelecek tutarda bedeli ödeme borcunun ifasından kaçınılabılır. Fakat bu son durumun her türlü ayıp için geçerli olacağını kabul etmek doğru değildir.⁹¹ Seçimlik hakkı seçme yetkisinin iş sahibine ait olması ve aynı zamanda bedel ödeme borcunun yükümlüsünün de iş sahibi olması hususu iş sahibine kanun koyucunun belirlediği sınırlar içerisinde seçim yapma hakkı tanıdığından hakkaniyete uygun bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini güçlendirmektedir.

B. Eksik İş

Eksik iş, yüklenicinin teslim ettiği eserin kanun, dürüstlük kuralı veya sözleşme gereği içermesi gereken kısımları içermemesidir.⁹² Söz konusu eksikliğin önemli eksiklik⁹³ kapsamında olması halinde iş sahibinin yapıyı kabul etme yükümlülüğü yoktur.⁹⁴ Çünkü kural olarak alacaklı eksik ifayı kabule zorlanamaz (TBK m. 84).⁹⁵ İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asıl borcu, yapıyı tamamlayarak teslim etmek olduğundan, teslimi teklif edilen yapının önemli eksiklik içermesi halinde yapı tamamlanmamış olacak ve yüklenici edimini yerine getirmemiş olacaktır.⁹⁶ Bu durumda iş sahibi yapıyı teslim almayı reddedebilir, teslimin reddedilmesi halinde bedel ödeme borcu muaccel hale gelmez.⁹⁷

⁹¹ Krş. Pekmez, s. 279.

⁹² Selen Turhan Onay, İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İşin Mevcut Olması Halinde İş sahibinin Sahip Olduğu Haklar, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2020 s. 46-47; Panayır, s. 76; Özcan, s. 325; Yılmaz, s. 28; Kurşad, s. 81; Turhan Onay, s. 48.

⁹³ Eksikliğin önemli veya önemsiz eksiklik olarak nitelendirilmesine ilişkin değerlendirme eksikliğin niteliğine, yapılan iş açısından önemine ve iş sahibi açısından taşıdığı önem dikkate alınarak yapılır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Turhan Onay, s. 51.

⁹⁴ Turhan Onay, s. 52.

⁹⁵ Ruhi/Ruhi, s. 53; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 215; Seliçi, s. 40. Kurşad bu durumda kısmi fanın söz konusu olmayacağını, ifanın hiç gerçekleşmemiş olduğunu kabul etmektedir: Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kurşad, s. 172.; Tekelioğlu, s. 163; Bayrak, s. 53.

⁹⁶ İlker Hasan Duman, İnşaat Hukukunda Yorum (İnşaat Sözleşmelerinin Yorumu), 1. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 158; Gümüş, s. 349; Aydemir, s. 288; Özcan, s. 326; Kırmızı, s. 635; Yılmaz, s. 28; Ateş, s. 15; Turhan Onay, s. 47. Bu durumda eksikliğin ağırlığı önem arz etmektedir: Kurşad, s. 90.

⁹⁷ Öz, s. 92; Demir, s. 41; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 77; Duman, İnşaat Davalarında İspat, s. 69. "Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. İşte böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve söz-

Eksik işin söz konusu olması halinde iş sahibinin teslim almaktan kaçınabileceğinin istisnası, iş sahibinin eksik kalan kısım sebebiyle teslim almaktan kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesidir.⁹⁸ İş sahibi, böylesine durumda yapıyı teslim almaktan kaçınmaz. İş sahibinin bu durumda teslimden kaçınması, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesine ve alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlere tabi olmasına sebep olur.⁹⁹

Eksik işin söz konusu olması halinde teslimin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi ile bağlantılı olarak iş sahibinin bedel ödeme borcunun ifa zamanı da etkilenecektir. Öğretide kabul edilen görüşe göre; iş sahibi yapıyı teslim almış olsa da yapıda eksikliklerin bulunması halinde yüklenicinin edimini yerine getirdiği kabul edilemeyeceğinden iş sahibinin bedel ödeme borcu muaccel hale gelmeyecektir.¹⁰⁰ Ancak bizce bu sonucun koşulsuz her halde kabul edileceği söylenemez. Çalışmamızın ayıplı ifa başlığında yapılan açıklamalar ışığında, iş sahibinin eksiklik sebebiyle eseri teslim almaktan kaçınma hakkının olması ve bu hakkını kullanması halinde bedel ödeme borcu muaccel olmayacak ancak teslimin yapılmış olması halinde artık, eserin tamamlanan kısmına denk gelecek ölçüde bedel ödeme borcu muaccel olacağından ifadan kaçınılamayacaktır.¹⁰¹ Eksikliğin önemsiz olması, teslimin reddedilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık yaratması durumlarında teslim kabul edilmiş olmasa da bedel ödeme borcunun muaccel hale geleceğini kabul etmek gerekecektir.

C. Ek İş

Ek iş, sözleşmenin kurulması sırasında kararlaştırılmayan, yapının inşası sürecinde kararlaştırılan veya zorunlu olarak yapılması gereken

leşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebilir.” (Y. 14. HD, E. 1528/2016, K. 4782/2016, T.19.04.2016) (www.lexpera.com.tr) (ET: 03.01.2021).

⁹⁸ Özcan, s. 326.

⁹⁹ Ruhi/Ruhi, s. 53; İş sahibinin teslim almakla yükümlü olmadığını bu sebeple alacaklı temerrüdüne düşmeyeceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: Özcan, s. 327.

¹⁰⁰ Gümüş, s. 349; Aydemir, s. 288; Özcan, s. 326; Kırmızı, s. 635; Yılmaz, s. 28; Ateş, s. 15; Turhan Onay, s. 47.

¹⁰¹ Bu halde eksik ifaya denk gelen bedelin ödenmesine ilişkin ödemezlik def'i ileri sürülebileceğini kabul eden bir görüş de ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Şahiniz, s. 95; Turhan Onay, s. 116.

işlerdir.¹⁰² Bir işin ek iş olarak değerlendirilebilmesi için işin, sözleşme-
de yapılması kararlaştırılmamış, gereği gibi ifa kapsamının dışında yer
alan bir iş olması gerekmektedir.¹⁰³

Ek işin yapılması, eserin teslim zamanı ile birlikte bedel ödeme
borcunun ifa zamanını da doğrudan etkilemektedir.¹⁰⁴ Ek işin karşılı-
ğı olan bedelin muacceliyeti sözleşmede düzenlenmiş olabileceği gibi,
sözleşmede hüküm bulunmaması halinde TBK m. 479 kapsamında da
belirlenebilir.¹⁰⁵ Kural olarak sözleşmede ek işe ilişkin bedelin muac-
celiyeti konusunda özel hüküm yoksa bu bedel alacağı asıl işe ilişkin
bedel alacağının ifa zamanına tâbi olur.¹⁰⁶

Ek işin yapılması ile yüklenicinin teslim borcu ve iş sahibinin bedel
ödeme borcunun ifa zamanı değişiklik gösterebilecektir. Yüklenicinin
teslim borcunu ifa etme zamanı yukarıda açıklandığı üzere yapının
olağan tamamlama zamanına bağlı olarak belirlenmektedir. Yapının
inşası sürecinde ortaya çıkan bazı durumlar yapının gereken teslim sü-
resinde tamamlanması imkanını ortadan kaldırmaktadır.¹⁰⁷ Ek işin
söz konusu olması halinde de ifa edilecek işin kapsamı genişlediğın-
den, işin tamamlanma süresi de uzamaktadır.¹⁰⁸ Teslim süresinin ne
kadar uzayacağı ek işin niteliğine göre, makul süre olarak belirlenir.¹⁰⁹

Ek işin yapılması yüklenicinin kendi fiillerinden kaynaklanmış
olursa bu durumda söz konusu gecikmenin sonuçlarından yüklenici
sorumlu tutulacaktır.¹¹⁰ Aksi halde ek işin yapılması konusunda zorun-
lu bir durum söz konusu olursa yükleniciye herhangi bir sorumluluk
atfedilmeyecek, ek iş sebebiyle teslim süresi uzatılabilecektir.¹¹¹ Teslim

¹⁰² Köksal Kocaağa, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve
"İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 85, s. 87;
Gümüş, s. 350; Gökyayla, s. 286; Kurşad, s. 80; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat
Sözleşmeleri, s. 59; Turhan Onay, s. 50.

¹⁰³ Gökyayla, s. 289; Kocaağa, İlave İş, s. 87.

¹⁰⁴ Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 60; Gökyayla, s. 299.

¹⁰⁵ Kocaağa, İlave İş, s. 91; Gökyayla, s. 315.

¹⁰⁶ Gökyayla, s. 316; Bazı hallerde ek işin yapılması halinde vekaletsiz iş görme hü-
kümünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz.: Ko-
caağa, İlave İş, s. 92; Coşkun, s. 336.

¹⁰⁷ Gökyayla, s. 321.

¹⁰⁸ Kurşad, s. 166; Kurt, s. 187; Gökyayla, s. 322; Duman, İnşaat Hukukunda Yorum,
s. 155.

¹⁰⁹ Ruhi/Ruhi, s. 56; Gökyayla, s. 326.

¹¹⁰ Başaran, s. 1313; Kocaağa, İlave İş, s. 95.

¹¹¹ Gökyayla, s. 322-323; Ruhi/Ruhi, s. 33; Aydemir, s. 245; Demir, s. 62; Kurşad, s.

süresinin uzaması ile, bedel ödeme borcunun ifa zamanı da ertelenmiş olacak, yapının ek işlerle birlikte inşa edilip tamamlanması ve tesliminin teklif edilmesi anında bedel ödeme borcu da muaccel hale gelecektir.

D. Sözleşmenin Feshi

Fesih, sürekli borç ilişkisini, ileriye dönük sona erdiren, bozucu yenilik doğuran haktır.¹¹² Fesih ileriye etkili sonuç doğurduğundan fesihten önce doğmuş alacak ve borçlara ilişkin ifa yükümlülüğü devam etmektedir.¹¹³

İnşaat sözleşmesinin feshi konusunda kanunda düzenlenmiş özel hüküm yer almaktadır. TBK m. 484'e göre; "*İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir*". Bu hüküm doğrultusunda iş sahibinin herhangi sebep ileri sürmeksizin inşaat sözleşmesini feshetme yetkisine sahip olduğu kabul edilebilir.¹¹⁴ Fesih halinde fesihten önce doğmuş bulunan borcun varlığını sürdürdüğünden inşaat sözleşmesinin feshedilmesi halinde iş sahibinin yapının inşa edilen kısmına ilişkin doğmuş bulunan bedel ödeme borcunu ifa etme yükümlülüğü de varlığını sürdürür.¹¹⁵ Bu durumda bu borcun ifa zamanına ilişkin bir değişiklik söz konusu olup, inşa edilen kısma ilişkin bedel ödeme borcu fesih ile muaccel hale gelir.¹¹⁶

SONUÇ

İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesinin türü kabul edilir. Öyle ki, yüklenicinin yapı inşa etmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu sözleşmenin en temel unsurlarından biri bedel ödemedir.

149; Tekelioğlu, s. 165; Başaran, s. 1313; Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; Duman, İnşaat Hukukunda Yorum, s. 153; Hatemi/Gökyayla, s. 253.
 112 Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri/Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 93; Eren, Borçlar Genel, s. 1289.
 113 Kaplan, s. 224-225; Eren, Borçlar Genel, s. 1290; Ekmen, s. 124; Eren, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 93.
 114 Kılıçoğlu, s. 490; Kaplan, s. 241; Eren, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 91.
 115 Kırmızı, s. 532; Pekmez, s. 277.
 116 Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, s. 244; Coşkun, s. 323; Eren, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 94.

Bedel ödeme borcu sözleşmenin taraflarından olan iş sahibinin borcu kapsamındadır. İş sahibi bu borcu zamanında gereği gibi ifa etmelidir. Bedel ödeme borcunun zamanı taraflarca inşaat sözleşmesi kapsamında belirlenebilecektir. Tarafların sözleşmede ifa zamanını kararlaştırmamış olması halinde bedel ödeme borcunun ifa zamanını düzenleyen kanun hükmü devreye girer.

Bedel ödeme borcunun ifa zamanı TBK m. 479'da düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibinin bedel ödeme borcu, yüklenicinin yapıyı teslim borcunu ifa ettiği anda muaccel olur.

İş sahibinin bedel ödeme borcunun kanunda belirlenen ifa zamanını belirleyen tek husus yapının teslimi değildir. Bununla birlikte yapının ayıplı teslim edilmesi, yapıda eksik işin söz konusu olması veya yüklenicinin yapının inşası sırasında bazı ek işler yapmış olması halleri de ifa zamanını etkileyen hususlardandır. Son olarak ifa zamanını etkileyen hususlardan biri de sözleşmenin fesih bildiri ile sona ermesidir. Bu halde fesih beyanı ile sözleşme sona erer ve yapının inşa edilen kısmına ilişkin bedel ödeme borcu muacceliyet kesbeder.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıntürk Turgut/Derya Ateş, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri), 28. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- Aral Fahrettin/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2018.
- Ayan Serkan, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Aydemir Efrail, İnşaat Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Büyükkay Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2014.
- Coşkun Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Dayınlı Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 3. baskı, Sözkese Matbaası, Ankara 2003.
- Demir Mustafa Duhan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Duman İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir? 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- Duman İlker Hasan, İnşaat Davalarında İspat, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Duman İlker Hasan, İnşaat Hukukunda Yorum (İnşaat Sözleşmelerinin Yorumu), 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2017.
- Erman Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- Gönen Doruk, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, 1. baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 4. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Hatemi Hüseyin/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- İnal Emrehan, Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, 2. baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Kaplan İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 1. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2013.
- Karataş İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Kırmızı Mustafa, Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018.
- Kocaağa Köksal, İnşaat Sözleşmesi, 1. baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2014.
- Kostakoğlu Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- Kurşad Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, 1. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Öz Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 1. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Pekmez Cüneyt, Borcun İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlilik Def'i), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Ruhi Canan/Ahmet Cemal Ruhi, Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Seliçi Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, 1. baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Şahinin Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik ifa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Uygur Turgut, Açıklamalı ve İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. baskı, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993.
- Yavuz Cevdet/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Zevkliler Aydın/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

Kitap Bölümleri

Eren Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri/ Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, sa. 45-58.

Eren Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri/Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, sa. 87-103.

Eren Fikret, “Müteahhidin Borçları”, İnşaat Sözleşmeleri/Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, sa. 59-86.

Gökyayla K. Emre, “Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinde Ek İş ve Sonuçları”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, sa. 285-335.

Gönen Doruk, “İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması İlişkin Sorunlar”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Emrehan İnal/ Başak Baysal, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, sa. 337-370.

Tezler

Ateş, Zehra Gizem, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, İstanbul 2014. (Tez Danışmanı: Turgut ÖZ)

Bayrak Bahtiyar, “İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmedeki Ceza Koşulu”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2019. (Tez Danışmanı: O. Gökhan ANTALYA)

Ekmen Mehmet Cihat, İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2019. (Tez Danışmanı: Öz SEÇER)

Kurt Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011. (Tez Danışmanı: Ayşe Lâle SİRMEN)

Panayır Mehmet Gökberk, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik ve Ayıplı İşlerden Sorumluluğu, Çağ Üniversitesi SBE, Mersin, 2017. (Tez Danışmanı: Mehmet ÜÇER)

Turhan Onay Selen, İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İşin Mevcut Olması Halinde İş sahibinin Sahip Olduğu Haklar, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2020. (Tez Danışmanı: Öz SEÇER)

Yılmaz Suha, Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, İstanbul 2019. (Tez Danışmanı: Murat Develioğlu)

Makaleler

Başaran Zeynep Sümeýra, "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları", *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, 2017, C.19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), sa.1305-1338.

Kocaağa Köksal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 85, sa. 86-104.

Özcan Zeynep, "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, S. 11, sa. 317-339.

Tekelioğlu Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi HFD*, 2017, S. 2, sa. 159-186.

Elektronik Kaynaklar

www.lexpera.com.tr

www.sinerjimevzuat.com.tr

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN SONUÇLARI

CONSEQUENCES OF TRADEMARK INFRINGEMENT

Mustafa ÖKSÜZ*

Özet: Anayasa Mahkemesi, 2008 ve 2014 yıllarında gayrimad-di mallar kapsamında bulunan fikri ve sınai mülkiyet haklarının, Anayasa’da tanımını bulan mülkiyet haklarından olduğu ve bu hakların kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle marka, tasarım, patent ve coğrafi işaretlere ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin bazı maddelerini iptal etmiştir. Bahse konu hakların kanunla düzenlenmesi ihtiyacı ve uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla uyumun artırılması maksadıyla 10.01.2017 tarihinde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Marka hakkından doğan korumanın kapsamını, serbest piyasada rol alan tüm ilgilileri korumayı amaçlayan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) yer alan haksız rekabet hükümlerinin özel düzenlenmiş halleri olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, büyük ölçüde AB mevzuatına uyumlu hale getirilen bahse konu hükümler öğreti ve yargı kararları ışığında ele alınarak; öncelikle marka hakkına tecavüzün sonuçlarının daha iyi açıklanabilmesi için genel olarak marka kavramı ve marka hakkına tecavüz fiilleri ile bu fiillerinin ortak özellikleri irdelenmiş, müteakiben marka hakkına tecavüz sonucunda açılacak davalar ve geçici hukuki himaye tedbirleri ayrıntılı olarak incelenerek marka hakkına tecavüz davasına yönelik açıklayıcı bilgilere yer verilmiş, son olarak marka hakkına tecavüz suçları açıklanarak cezai korumanın kapsamına değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Marka, Marka Hakkına Tecavüz, Haksız Rekabet, Marka Hakkının Cezai Koruması

Abstract: In 2008 and 2014, the Constitutional Court rescinded some provisions of the decree-laws on trademarks, designs, patents and geographical signs on the grounds that the intellectual and industrial property rights included in the scope of intangible properties which are the property rights defined in the Constitution and these rights cannot be regulated by decree-laws. The Industrial Property Law No. 6769 came into force on 10.01.2017 for the need to regulate the aforementioned rights by law and to increase compliance with international conventions and European Union (EU) legislation.

* Yüksek Lisans Öğrencisi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, mustafa_oksuz@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7591-0939, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.03.2021, Kabul Tarihi: 22.03.2021

The scope of the protection arising from the trademark right consists of the Industrial Property Law No. 6769, the special version of the unfair competition provisions included in the Turkish Commercial Code No. 6102 that aims to protect all concerned parties involved in the free market.

In this study, the provisions mentioned above, which have been mostly harmonized with the EU legislation, were handled in the light of doctrine and judicial decisions; first of all, in order to explain the consequences of trademark infringement in a better way, the concept of the trademark in general and the acts of infringement of the trademark rights and the common features of these acts were examined, and subsequently, the lawsuits that could be filed as a result of trademark infringement and interim measures were examined in detail, and explanatory information about the trademark infringement case was included, and finally the scope of criminal protection was mentioned by explaining the trademark crimes.

Keywords: Trademark, Trademark Infringement, Unfair Competition, Criminal Protection of Trademark Right

GİRİŞ

Bir işletmenin mal ve hizmetlerinin, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilebilmesi ihtiyacı, ayırt edici işaret kullanmayı gerektirdiğinden marka kavramı doğmuştur. Marka sayesinde dünyanın her yerinde bir malın veya hizmetin kime ait olduğu kolaylıkla anlaşılabilen, işletmeler de marka hakkına dayanarak, dünyanın her yerinde kolaylıkla ve güvenle mal veya hizmet satışı yapabilmekte, müşterileri ile daha kolay iletişim kurabilmekte, adeta onlarla konuşmaktadır.¹

TRIPS Anlaşması'nın 1995 yılında kabul edilmesi ile birlikte anlaşmaya taraf devletler, marka mevzuatlarını bu anlaşmaya uyumlu hale getirmeye başlamışlardır. Son on yıl içerisinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin marka mevzuatını güncelleme çalışmaları çerçevesinde; 89/104 sayılı direktif yerini önce 2008/95 sayılı direktife, 2015 yılı sonunda ise 2015/2436 sayılı direktife bırakmış, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü de 207/2009 numarası ile yeniden düzenlenmiş iken, 2015 yılında bu tüzük 2015/2424 sayılı tüzükle önemli ölçüde değiştirilmiş, akabinde 14 Haziran 2017 tarihli, 2017/1001 sayılı yeni Marka Tüzüğü yürürlüğe girmiştir.²

¹ Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.1.

² Çolak, A.g.e., s.2.

AB mevzuatındaki bu değişiklikler Türkiye’de de yasa koyucu tarafından büyük ölçüde dikkate alınmış, 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun marka hukukuna ilişkin bölümünde AB mevzuatıyla uyumlu değişikliklere yer verilmiştir.

Türk hukukunda 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte sınai mülkiyet alanında uzunca yıllar süren kanun hükmünde kararname dönemi sona ermiş ceza hukuku düzenlemeleri de kanunilik ilkesine uygun olarak bir temele kavuşmuştur.

SMK’da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller 29’uncu maddede, marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler ise 30’uncu maddede düzenlenmiştir. Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler ise SMK’nın 149’uncu maddesinde, ihtiyati tedbir talepleri özel olarak 159’uncu maddesinde hükme bağlanmıştır.

I. MARKA KAVRAMI ve MARKA HAKKINA TECAVÜZ

A. Marka Kavramı

Ticari hayatta işletmeleri ve işletmelerin ürettikleri mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan çeşitli işaretler mevcuttur. Ticaret unvanları (TTK m.39 vd.) ticari işletmeleri birbirinden ayırmaya, işletme adları (TTK m.53) işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmeye yararken, SMK’nın 4’üncü maddesine göre marka ise bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Markanın ticari unvan ve işletme adı gibi tescil zorunluluğu yoktur ancak ayırt edici ve sicilde gösterilebilir olması koşulu ile her türlü işaretin hatta tek rengin bile³ marka olarak tescil edilmesi mümkündür.

³ Yargıtay ve öğretide renklerin sınırlı olduğu, bu temel ve sınırlı renklerin herkesin kullanımına açık işaretler olması gerektiği görüşü hâkim ise de Hamdi Yasaman rengin özel bir tonunun bulunması veya özellikli bir ürüne özel olarak kullanılması halinde renk o ürüne ya da hizmete ayırt edici nitelik veriyorsa, tek rengin de marka olarak tescili mümkün olduğu görüşündedir. Bknz. Hamdi Yasaman, “Kırmızı Rengin Marka Olarak Alınması Konusunda AB Temyiz Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2012, Cilt 9, Sayı 2, s.77.

Taşınır ve taşınmaz mallar maddi mallar kapsamında iken fikri ve sınaî mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamındadır. Sınai haklardan olan marka sahibinin marka üzerindeki hakkı, SMK'nın 7/2 maddesinde açıkça vurgulandığı üzere mutlak haklardandır, sahibine inhisari yetkiler verir ve herkese karşı ileri sürülebilir.⁴ SMK'nın 7/4 maddesi gereğince de markanın, sahibine sağladığı haklar, tescil tarihinden itibaren değil, tescilin gerçekleşmesi şartıyla tescil başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren söz konusudur.⁵ Ancak bu hak süreye bağlıdır. SMK'nın 23'üncü maddesine göre tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıl olup bu süre onar yıllık dönemler hâlinde yenilenebilir.

SMK'nın 4'üncü maddesine göre marka her tür işareten oluşabilir. İşaret aslında çok geniş bir terim olup, bilgi, mesaj ileten ve beş duyudan biri tarafından algılanabilen herhangi bir şeydir. Marka tescil edilebilirliğinin ilk koşulu ortada bir işaretin var olmasıdır.

Bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesi noktasında önemli olan husus ayırt edici nitelikteki işaretin, yani markanın, toplumun ilgili kesimindeki ortalama tüketici nezdinde malların ticari kökenine, ürünün kaynağına dair bir algı oluşturmaktır.

SMK'nın 4'üncü madde metninde yer alan, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma koşulu, işaretin zaman içinde bozulmadan, değişmeden sicilde muhafaza edilebilir olmasını ve marka tescil başvurusu yapacak olanların, sicilde yapacakları araştırmada, neyin tescilli olduğunu kolayca belirleyebilir, anlayabilir olmasını, ihlal iddiası durumunda da mahkemenin, marka sahibinin markasının koruma kapsamının ne olduğunu kolayca belirleyebilir olmasını gerektirmektedir.⁶

⁴ Arslan Kaya, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.229; Çolak, A.g.e., s.11.

⁵ Bahse konu hükümde her ne kadar başvuru sahibinin tazminat davası açmaya yetkili olduğu belirtilmekte ise de Uğur Çolak'a göre başvurunun ilanı ile birlikte marka başvuru sahibi, SMK'da düzenlenen tüm hukuk ve ceza davalarını açmaya, hukuk mahkemeleri nezdinde tespit ve ihtiyati tedbir talep etmeye, savcılık nezdinde şikâyette bulunmaya, arama, el koyma ve toplatma talep etmeye yetkilidir. Bknz. Çolak, A.g.e., s.122.

⁶ Çolak, A.g.e., s.61.

SMK'nın 7/2 maddesi gereği sahibine herkese karşı ileri sürülebi- len mutlak bir hak sağlayan marka hakkının, SMK'nın 7/1 maddesin- de açıkça belirtildiği üzere tescil yolu ile elde edilmesine tescil ilkesi adı verilir.⁷ Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere tescil, hukuki niteliği bakımından önceden kullanılmış olan marka için yapıldığında açık- layıcı, hiç kullanılmamış bir marka için yapıldığında ise kurucu etki doğurmaktadır.⁸ Marka hangi sınıf mal ya da hizmet için tescilli ise, sadece o sınıf mal ya da hizmet için koruma sağlar. Bunun istisnası tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek markalardır.

SMK'nın 7/1 maddesinde kabul edilen tescil ilkesine rağmen SMK'nın 6/3 maddesi gereğince bir markanın eskiye dayalı, öncelikli kullanıcısı o markanın gerçek hak sahibidir. Her ne kadar marka ko- ruması tescille elde edilmekte ise de tescil başvurusundan önce o mar- kayı ihdas eden, kullanan, piyasada maruf hale getiren ve o marka üzerinde hak elde eden kimsenin itirazı üzerine TÜRKPATENT tara- fından tescil başvurusunun reddi gerekir.⁹

İlke olarak marka hukukunda geçerli olan teklik ilkesi gereğince bir markanın ancak bir sahibi olur. Bu husus Yargıtay'ın da içtihat et- tiği üzere kamu düzeninin bir gereğidir.¹⁰ Teklik ilkesinin kabulüne karşın SMK'nın 5/3 maddesinde marka sahibinin yazılı muvafakati- nin bulunması halinde, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak, önceki marka ile ayırt edilemeyecek derecede benzer bir mar- kanın tesciline imkân tanınmıştır.¹¹ Ayrıca iki farklı hak sahibinin uzun

⁷ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.382. (akt. Çolak, A.g.e., s. 417).

⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 0710.1999 tarih ve 1999/1724 E., 1999/7608 K. ile tescilin kurucu olduğu yönündeki kararına karşılık Yargıtay HGK, 09.02.2011 tarih ve 2010/11-689 E., 2011/46 K. sayılı kararında tescilin etkisinin bildirici olduğunu ifade etmiştir.

⁹ TÜRKPATENT tarafından tescil belgesi verilmesi durumunda ise SMK'nın 25'inci maddesine dayalı olarak gerçek hak sahibinin açacağı hükümsüzlük davası üzeri- ne tescil sahibinin bu markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi mümkündür. Bknz. Çolak, A.g.e, s. 420.

¹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.03.2006 tarih ve 2005/1359 E., 2006/3136 K. sayılı kararı.

¹¹ "Muvafakatın ancak halkın (tüketicinin) yanılıya düşmesine neden olmayacağı istisnai durumlar halinde verilebileceği yolunda bir ek yapılmasının ve Kuruma muvafakatnameyi denetleme yetkisi verilmesinin uygun olacağı" yönünde bknz. Sabih Arkan, "Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünce- ler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 3, Eylül 2017, s.11.

bir süre aynı markayı kullanmış ve niza yaşamamış olmaları halinde, birbirlerine dava açma hakları süre aşımına uğradığından birlikte var olmalarına karar verilebilmektedir.¹² Bu çerçevede, SMK'nın 5/3, 6/3 maddelerinde yazılı haller ile sessiz kalma yolu ile hak kaybı, barışçıl birliktelik ve miras hali dışında markanın birden fazla sahibinin bulunması mümkün değildir.

B. Marka Hakkına Tecavüz

Marka hakkına tecavüz sayılan haller SMK'nın 29'uncu maddesinde sınırlı sayıyla sıralanmakta,¹³ SMK'nın 29/1-a maddesi ile de SMK'nın 7'inci maddesine atıf yapılmaktadır. Bu kapsamda, marka hakkına tecavüz sayılan fiiller incelenirken SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddeleri birlikte değerlendirilmelidir. Marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler ise SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Marka hakkına tecavüzden bahsedilebilmesi için her şeyden önce bir kullanımın var olması gereklidir. Öğretide, bu kullanımın markasal kullanım olması gerektiği, markasal kullanımın da işareti taşıyan mal ve/veya hizmetlerin, köken itibarıyla diğer mal ve/veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması biçiminde tanımlandığı görülmektedir.¹⁴ Ancak marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için markanın tek fonksiyonu köken gösterme fonksiyonu olmadığından reklam, iletişim, yatırım, kalite ve garanti fonksiyonları da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede, SMK yönünden tescilli bir markaya tecavüzün benzer bir işaretin sadece markasal olarak kullanılması yoluyla vaki olacağını söylemek mümkün değildir. Markanın aynı veya benzeri bir işaretin ticaret sırasında kullanılması SMK'nın 7/5'inci maddesi anlamında "dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde" olmadıkça marka hakkına tecavüz oluşturur.¹⁵

¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.04.2010 tarih ve 2008/12864 E., 2010/4025 K.; 01.03.2010, 2008/11643 E. 2010-2268 K. sayılı kararları.

¹³ Önder Bayrak, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Suçları (5. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.123.

¹⁴ Sabih Arkan, "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 3, 2000, s.7.

¹⁵ Arkan, Markasal Kullanım, s.11.; "CJEU'a göre de markasal kullanımın sınırları geniş tutularak bir markanın aynısının ya da benzerinin kişisel amaçlı olmaksızın, ekonomik bir amaç elde etmek amacıyla ve ticari faaliyette kullanılması markasal

Marka hakkına tecavüz fiilinin oluşması için marka hakkının koruma kapsamına giren bir işaretin kullanılması gerekmektedir. Marka hakkının korunma kapsamı SMK'nın 7/2'nci maddesinde belirtilmiştir.

SMK'nın 7/2-a maddesinde tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerde kullanılması fiili, tescilli markanın birebir kullanımı biçimindeki tecavüz halidir. Marka ihlalleri arasında "tip-1 kullanım" olarak adlandırılan bu halde marka ve sınıf bakımından aynıyet söz konusudur.¹⁶

SMK'nın 7/2-b madde hükmüne göre tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali¹⁷ de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması tecavüz teşkil etmektedir. Marka ile işaret arasındaki ilişki bakımından "tip-2 kullanım" olarak da adlandırılan bu ihlal halinde tescilli marka ile aynı ya da benzer markanın, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde karıştırma ihtimali yaratacak şekilde kullanılması söz konusudur.¹⁸

SMK'nın 7/2-c maddesine göre de aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması tecavüz teşkil etmektedir. "Tip-3 kullanım" hali olarak da adlandırılan bu ihlal halinde ise tanınmış bir markanın sulandırılması¹⁹, ayırt ediciliğinin zedelenmesi, bu markanın tanınmışlığından haksız yararlanılması söz konusudur.²⁰

bir kullanımdır." CJEU. C-206/01, paragraf 40 (akt. Çolak, A.g.e., s.436).

¹⁶ Kaya, A.g.e., s.266. (akt. Çolak, A.g.e., s.464).

¹⁷ "Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin 29.9.1998 tarihinde verdiği bir kararda (NJW, 1999, vd.) -zihnen bağlılık kurulması- ifadesine iltibas tehlikesinden bağımsız bir anlam verilmeyerek, bu husus sadece iltibas tehlikesinin var olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardan biri olarak değerlendirilmiştir." Sabih Arkan, "İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, 1999, s.11.

¹⁸ Çolak, A.g.e., s.471.

¹⁹ Tanınmış ve kalite, konfor ile özdeşleşmiş bir otomobil markasının bir giyim eşyası üzerinde kullanılması, tanınmış bir parfüm markasının bir deterjan mamulünde kullanılması gibi.

²⁰ Çolak, A.g.e., s.486.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen SMK'nın 29'uncu maddesine göre SMK'nın 7'inci maddesine yapılan atıf da göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda belirtilen koruma kapsamına giren hususlara aykırı olarak, işaretin mal veya ambalajı üzerine konulması (m.7/3-a), işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi (m.7/3-b), işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi (m.7/3-c), işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması (m.7/3-ç), işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması (m.7/3-d), işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması (m.7/3-e), işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması (m.7/3-f) marka hakkına tecavüz oluşturur. Ayrıca SMK'nın m.29/1-ç maddesi gereğince marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek de marka hakkına tecavüz oluşturur. SMK'nın 7/3'üncü maddesinde gösterilen markanın haksız kullanım şekilleri, örnek niteliğinde olup tahdidi değildir.²¹

Marka koruması bakımından kural olarak tescil sistemi geçerlidir ve marka hakları ülkeseldir.²² Kural ülkesellik olmakla birlikte Paris Anlaşması anlamında tanınmış markalara belirli koşullarda sağlanan tescilsiz koruma ve rüçhan hakkı gibi bu kuralın birtakım istisnaları da mevcuttur.²³

Marka hakkından doğan korumanın kapsamını aslında özel düzenlenmiş haksız rekabet halleri oluşturmaktadır. Marka hukuku, marka sahibinin sübjektif hakkını, haksız rekabet hukuku ise dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeği korumayı esas alır.²⁴ Bu çerçevede, marka hakkı ihlali özünde haksız rekabet olmakla birlikte marka ko-

²¹ Arkan, Markasal Kullanım, s.11.

²² Sabih Arkan, "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, 1999, s.5.

²³ Uzunallı, A.g.e., s.129; Çolak, A.g.e., s.12.

²⁴ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999, s.33. (akt. Arkan, Markasal Kullanım, s.10).

ruması özel yasa ile düzenlenmiş olduğundan öncelikle hakkın ilgili olduğu SMK hükümleri değerlendirilecektir. Her ne kadar markanın tescil zorunluluğu bulunmamakta ise de markasını tescil ettiren marka sahipleri, daha geniş ve daha güçlü bir koruma elde etmektedirler.

Marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan hukuk davalarında bazı durumlarda eylem marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmemekle birlikte, TTK 54 vd. maddelerine göre haksız rekabet olarak kabul edilebilmektedir. Bu gibi hallerde her ne kadar SMK hükümlerine göre hüküm kurulamayacak ise de marka hakkı sahibinin genel hükümlere göre talepte bulunma hakkı mevcuttur.²⁵

SMK hükümleri ancak TÜRK PATENT nezdinde geçerli bir marka tescilinin mevcudiyeti halinde uygulama yeri bulmaktadır. Marka tescilli değil ise tescilsiz marka sahibi SMK hükümlerine göre koruma isteyemez. Bu gibi hallerde TTK 54 vd. maddelerine göre haksız rekabet hükümlerine dayanılması mümkündür.

Ayrıca bazı durumlarda marka hakkına tecavüz söz konusu olmakla beraber TTK'da yer alan haksız rekabete dair genel düzenleme çerçevesinde davalının eylemleri haksız rekabet teşkil edebilir. Sözgelimi, marka tescili veya markanın devralınması nedeniyle marka hakkına tecavüz söz konusu olmamakta, ancak haksız rekabet hali ortaya çıkabilmektedir. Marka kullanılmamakla birlikte eğer davacının ürün ya da ambalajının aynısı ya da belirgin biçimde benzeri kullanılarak, TTK 54 ve 55'inci maddeleri anlamında ürün ve ambalajlar arasında iltibas yaratılmış ise bu hallerde de haksız rekabetten söz edilebilecektir.²⁶

II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

A. Marka Hakkına Tecavüzün Tespiti, Durdurulması ve Önlenmesi (Men'i) Davaları

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin mahkemede açabileceği davalardan ilki SMK 149/1-a maddesi gereğince fiilin tecavüz olup olmadığının tespittir.

²⁵ Çolak, A.g.e., s.573.

²⁶ Çolak, A.g.e., s.578.

Bu dava yoluyla HMK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen tespit davasında öngörüldüğü gibi bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespiti değil, bir fiilin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı incelenmektedir.²⁷ Tecavüze ilişkin olayların ve delillerin tespiti geçici hukuki tedbir olarak HMK'nın 400 vd. hükümlerine göre istenebilmektedir. Ancak tespit davası çekişmeli yargı işi olarak görülür ve delillerin tespitinden farklı olarak yazılı yargılamaya tabidir.²⁸ Bununla birlikte, SMK'nın 149'uncu maddesi kapsamında marka hakkı sahibi, hukuki yararına bağlı olarak ayrıca veya diğer taleplerle birlikte (men, tazminat vb.) tecavüzün tespitini isteyebilir.

Tecavüzün tespiti için eylemi işleyen kusurlu olması ve eylem sonucu bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir.²⁹ Davalı aleyhine önceden ihtar gönderilmeksizin, uyarı yapılmaksızın marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti talepli dava açılabilir.³⁰ Eyleme son verilmiş olması halinde de marka hakkı sahibinin hukuki yararı mevcut olduğundan tespit davası açılabilir.³¹

Marka hakkı sahibi, gerçekleşmek üzere olan ya da tekrarlanma ihtimali bulunan bir tecavüzün önlenmesini SMK'nın 149/1-b maddesi, başlamış ve devam eden bir tecavüzün durdurulmasını ise SMK'nın 149/1-c maddesi gereğince mahkemen talep edebilir.

Tecavüzün önlenmesi davası açılabilmesi için tecavüz tehlikesi gerekmektedir. Tecavüz tehlikesi, tecavüz fiilinin tekrarlanması ya da gerçekleştirilmesi konusunda güçlü emarelerin bulunması halidir.³² Tecavüzün durdurulması davası ise tecavüz devam ettiği sürece açılabilir ve bu süre içerisinde zamanaşımı işlemez. Tecavüz sona ermiş ise tecavüzün durdurulması talep edilemez.

²⁷ Uzunallı, A.g.e., s.151.

²⁸ İlhami Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.317.

²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s.398.

³⁰ Yargıtay 11. HD 20.01.2011 T., 2009/12665 E., 2011/4913 K. ve Yargıtay 11. HD 20.01.2012 T., 2011/15509 E., 2012/540 K.

³¹ Çolak, A.g.e., 741; Uzunallı, A.g.e, s.151; bknz. Yargıtay 11 HD 09/12/2015 T., 2015/6080 E., 2015/13276 K.

³² Kaya, A.g.e., s. 283 (akt. Çolak, A.g.e, s.743).

Her iki dava da birer eda davasıdır. Bu davaların açılabilmesi için kural olarak tecavüzde bulunanın kusuru ve zarar koşulu aranmaz. Bununla birlikte SMK'nın 29/1-c maddesi gereğince taklit markayı taşıyan malları dağıtan, satan, ithal eden veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak kişilerin eylemi, ancak bu kişilerin bu durumu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden, tecavüzün durdurulması davasının da bu kimselere karşı sadece belirtilen bilme ya da bilmesi gerekme hallerinde açılabileceği kabul edilmektedir.³³

B. Marka Hakkına Tecavüzün Kaldırılması (Ref'i) Davası

Marka hakkı tecavüze uğrayan kimse, mahkemeden eski durumun geri getirilmesini, tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasını SMK'nın 149/1-ç maddesi çerçevesinde isteyebilir. Bu davanın açılabilmesi için tecavüzün devam etmekte olması şart değildir.³⁴ Tecavüzün giderilmesi (ref'i) talebi tecavüz veya tecavüzün sonuçları devam ettiği sürece yapılabilir.³⁵ Tecavüz sona erdikten ve tecavüzün sonuçları da ortadan kalktıktan sonra tecavüzün giderilmesi talebinde bulunulamaz.³⁶

Tecavüzün tespiti, men'i ve durdurulması davalarında olduğu gibi, tecavüzün kaldırılması davalarında da mütecavizin kusuru şart değildir.³⁷

Tecavüzün kaldırılması her ne kadar SMK'nın 149/1-ç maddesinde, maddi ve manevi zararların giderilmesi talepleri ile aynı fıkranın aynı bendinde düzenlenmekte ise de tecavüzün kaldırılması talebi tek başına tazminat talebini içermemektedir.³⁸ Maddi ve manevi tazminat davaları her ne kadar çoğu zaman ref ve men davalarıyla birlikte açılmakta ise de bunların her biri birbirinden ayrı ve bağımsız birer davadır.

Marka hakkı sahibi tecavüzün kaldırılması için mahkemeden SMK 149/1-d, e, f fıkralarında belirtilen taleplerde bulunabileceği gibi inter-

³³ Sabih Arkan, Marka Hukuku, C.1, Ankara 1997, s.234. (akt. Çolak, A.g.e, s.744; İlhami Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.319)

³⁴ Kaya, A.g.e., s.285 (akt. Çolak, A.g.e., s.766).

³⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.498 (akt. Çolak, A.g.e., s.768).

³⁶ Çolak, A.g.e., s.768.

³⁷ Uzunallı, A.g.e., s.152.

³⁸ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.240. (akt. Çolak, A.g.e., s.766).

net alan adanın terkinin, internete erişimin durdurulması ve önlenmesi gibi taleplerde de bulunabilmektedir.³⁹

C. Tazminat Davaları

SMK'nın 150/1⁴⁰ maddesine göre marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür. SMK'nın 150 ve 151'inci maddelerinde düzenlenen tazminat sorumluluğu⁴¹ özü itibariyle borçlar hukuku anlamında haksız fiil sorumluluğudur. Marka hakkına tecavüz aynı zamanda bir haksız fiil olması sebebiyle de her türlü delille ispatlanabilir.⁴²

TTK'nın 5/A-1 maddesine çerçevesinde TTK'nın 4/1-d maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliğinde olan marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ancak davacı tazminatla birlikte tecavüzün durdurulması ve kaldırılması taleplerinde bulunacaksa, tazminat dışındaki talepler zorunlu arabuluculuğun kapsamına girmediğinden, bu talepler için doğrudan dava açılabilir.

1. Maddi Tazminat Davası

Marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin uğradığı maddi kayıp, SMK'nın 151/1'nci maddesinde de belirtildiği üzere fiili zarar ve yoksun kalınan kazancı kapsar. Haksız fiilden sorumlu olan kimselerin bu zararı gidermesi gerekir. Niteliği itibariyle bu dava bir eda davasıdır.

³⁹ Çolak, A.g.e., s.866.

⁴⁰ "Maddede sözü edilen "tazminat" ifadesi hem maddi hem de manevi tazminatı kapsayacak niteliktedir. Zira yasada manevi tazminatla ilgili ayrıca bir özel hükme yer verilmemiştir." Kılıçoğlu, A.g.e., s.401.

⁴¹ Marka hakkından doğan tazminat alacaklarını Yargıtay HGK, HMK'nın 107'nci maddesi anlamında belirsiz alacak olarak nitelemiştir. Yargıtay HGK 02.03.2016 T., 2014/15-439, 2016/207 "Belirsiz alacak davasının sadece maddi zararlar ile ilgili olduğu, maddi tazminat talebi yönünden mümkün bulunduğu ancak manevi tazminat davası bakımından mümkün olmadığı" yönünde bkz. Çolak, A.g.e., s.818.

⁴² Marka hakkına tecavüzde bulunanların bir kısmının ticari kayıt ve defteri bulunmaması ya da bu satışları kayıt dışı yapmaları nedeniyle somut delil elde etme güçlüğü ortaya çıkması durumunda Yargıtay marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet iddiasının tanık delili ile de ispat edilebileceği görüşündedir. Bknz. Yargıtay 11 HD., 02.06.2011 T., 2009/7402 E., 2011/6476 K.

Maddi tazminat davası özünde bir haksız fiil davası olduğundan madde metninde açıkça belirtilmemekte ise de zarar ile fiil arasında nedensellik bağının yanında mütecevizin kusurunun⁴³ varlığı da gereklidir. Kusur kast biçiminde olabileceği gibi ihmâl biçiminde de ortaya çıkabilir. İhmâl halinde gösterilecek özenin derecesi belirlenirken objektif kriterler yanında failin mesleği, iştiğal alanı, tacir olup olmadığı, somut olayın özelliği gibi hususların da gözetilmesi gerekir.⁴⁴

Fiili zarar, marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin malvarlığında meydana gelen net azalmadır. Bu azalma aktifin azalması biçiminde olabileceği gibi, pasifin artması biçiminde de olabilir. Fiili zararın ne şekilde hesaplanacağı madde metninde açık olmasa da TBK'nın 50 ve 51'inci maddelerinde yer alan genel hükümler uygulanabilir.⁴⁵

Yoksun kalınan kazanç ise tecavüz eylemi hiç olmasaydı, marka hakkı sahibinin malvarlığı ileride ne noktada olacak idiyse, bu muhtemel kazanç, yoksun kalınan kazançtır ve bunların tazmini gerekir.⁴⁶

Marka sahibinin yoksun kaldığı kazanç hesaplanırken marka sahibinin SMK'nın 151/2'nci maddesi gereğince üç seçeneği bulunmaktadır. Marka sahibi bu üç seçenektan birisini seçerken, birtakım verilere, davalının bazı ticari satış rakamlarına, mal bilgilerine ihtiyaç duyar. SMK'nın 150/3'üncü maddesine göre marka hakkı sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Burada, "zarar miktarının belirlenebilmesi için" tabiri ibrazı istenecek belgelerin "sınırını" çizer ve sadece zararın belirlenmesine elverişli ve buna yetecek belgeler istenebilir.⁴⁷

⁴³ Ayrıca bkznz. Uzunallı, A.g.e, 155. [Kusurun olmaması halinde ise tecavüz edenin kazancı, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre (TBK m. 530), ödenmesi gereken lisans bedeli ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m. 77) talep edilebilir.]

⁴⁴ Çolak, A.g.e, s.774.

⁴⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.501 (akt. Çolak, A.g.e., s.775).

⁴⁶ Çolak, A.g.e., s.775.

⁴⁷ Çolak, A.g.e., s.776.; "Bu hükmün maddi tazminat ile ilgili olduğu, zira manevi tazminatın hesaplanmasının belgelere dayanmayacağı" yönünde bkznz. Kılıçoğlu,

Marka sahibi bu seçeneklerden sadece birisine göre hesaplama yapılmasını ve tazminat ödenmesini isteyebilir.⁴⁸ Davacının başlangıçta yaptığı seçimi sonradan değiştirip değiştiremeyeceği hususu tartışmalıdır. Yargılama aşamasında yoksun kalınan kazanç tercihinin değiştirilebileceği yönünde öğretide görüş mevcut ise de⁴⁹ Yargıtay, davacının yapacağı tercihi sonradan değiştirebilmesi için davalının buna rıza göstermesi gerektiği, rızası yok ise de değişikliğin ancak ıslah yolu ile gerçekleşebileceği görüşündedir.⁵⁰

Aynı eylem nedeniyle hem marka hakkına hem tescilli tasarım hakkına hem de TTK'daki haksız rekabete ilişkin genel hükümlere dayanılarak tazminat talep edilmesi durumunda hakların yarışması söz konusu olduğundan bu gibi hallerde her iki hak konusunun birbirinden ayrı şekilde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve her iki hak açısından ayrı ayrı zararın söz konusu olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Tecavüz iddiasına konu ürün ve eylem tek ise tek bir tazminata hükmolunmalıdır. Yarışan haklardan hangisine göre tazminat hesaplaması yapılacağı ise davacının tercihine ve yapacağı seçime göre belirlenecektir.⁵¹

Eğer marka hakkına tecavüz teşkil eden eylem marka tescil başvurusu ile TÜRK PATENT siciline kaydedildiği tarih arasında gerçekleşmiş ise SMK'nın 7/4 maddesi gereğince tescilin ihlalden sonra gerçekleşmiş olması, marka sahibinin tazminat talep etmesine engel değildir.

Maddi tazminat davalarında mahkemece yaptırılacak hesaplama-ya esas alınacak tarih karar tarihi değil, talep edilmiş ise somut olayın özelliğine göre haksız eylemin meydana geldiği tarih aksi takdirde dava tarihidir.⁵²

A.g.e., s.401.

⁴⁸ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.248 (akt. Çolak, A.g.e., s.776). Ayrıca "SMK'nın 151/2 maddesinde öngörülen farklı hesaplama yöntemleri, aynı zararın farklı yollarla araştırılmasını sağlamaktadır" BGH, 17.06.1992-Tchibo/Rolax II, GRUR 1993, s.58 (akt. Uzunallı, A.g.e., 168.)

⁴⁹ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.245; Uzunallı, A.g.e., s. 167. Aksi yönde Kılıçoğlu, A.g.e., s.403.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD 27.02.2012 T., 2010/10672 E., 2012/2762 K. (akt. Çolak, A.g.e., s.779).

⁵¹ Çolak, A.g.e., s.773.

⁵² Çolak, A.g.e., s.774, 781.

a) Yoksun Kalınan Kazanç Seçeneklerine Göre Hesaplama

Yoksun kalınan kazanç seçenekleri, birbirinden farklı hesaplama biçimlerini gerektirmektedir. Ancak hangi hesaplama yöntemi seçilirse seçilsin SMK'nın 151/3'üncü maddesi uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur. Madde metninde geçen "gibi etkenler" ifadesi bu hallerin sınırlı olmadığını belirtmekte olup markanın tanınmışlık derecesi, markayı taşıyan malların ve/veya hizmetlerin piyasadaki pazar payı gibi hususlar dikkate alınmalıdır.⁵³

Yoksun kalınan kazanç seçeneklerinden ilki SMK'nın 151/2-a maddesinde yer alan sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir seçeneğidir. Her ne kadar burada Mülga 556 sayılı KHK'de yer alan "marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edeceği muhtemel gelir" ibaresi yer almasa da araştırılması gereken konu, bilanço döneminde, davacının geçmiş yıllardaki gelirine göre bu dönem ne kadar gelir elde edebileceği değil, davaya konu markanın kullanılması yolu ile ne kadar gelir elde edebileceğidir. Hesaplama yapılırken spesifik olarak dava konusu mallarla ilgili olmayan gelir kalemlerinin ayıklanması gereklidir.⁵⁴ Yargıtay, davacının yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasında sadece davalının elde ettiği kazancı elde etmek için yapmak zorunda olduğu işletme giderlerinin indirilmesi gerektiğini, ilgili dönem itibarı ile davacının elde etmesi mümkün vergi öncesi net kârın esas alınması gerektiğini içtihat etmektedir.⁵⁵

SMK'nın 151/2-a maddesinde ihtimale dayalı varsayımsal bir gelir hesabı olarak marka sahibinin muhtemel gelirinden bahsedilirken, SMK'nın 151/2-b maddesinde ise elde edilmiş (gerçekleşmiş) bulunan

⁵³ Diğer dikkat çeken bir ifade ise "ihlalin nitelik ve boyutu" ifadesidir. Madde gerekçesinde "örneğin bir markanın birebir taklit edilmesinde ihlal ağır olacağı için bu durum tazminatta artırım sebebi olabilecekken, sadece karıştırma tehlikesi olan bir işaretin kullanılması sebebiyle ihlal oluşması halinde ise bu durum bir indirim sebebi olabilecektir" biçiminde bir açıklamaya yer verilmiştir.

⁵⁴ Çolak, A.g.e., s.788.

⁵⁵ Yargıtay 11 HD, 19.07.2011 T., 2009/10238 E, 2011/9042 K. (akt. Çolak, A.g.e, s.789.); Yargıtay 11 HD, 07.03.2018 T., 2016/7903 E, 2018/1775 K. (akt. Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.342.).

bir gelirin yani marka hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç söz konusudur. Burada da açıkça “markanın kullanımı yoluyla” elde edilen gelir ibaresine yer verilmemesine karşın borçlar hukukunun ve evrensel hukukun temel ilkeleri gereği, tecavüz eylemine bağlı olmayan ve nedensellik bağı taşımayan sair faaliyetlerden elde edilen gelirlerin marka sahibine aktarılması söz konusu olamayacağından, SMK’nın 151/2-b maddesine göre yapılacak hesaplamada, marka dışı gelir kalemleri bu kez davalı yönünden ayıklanarak mütecavizin marka sahibinin markasını kullanması yoluyla elde ettiği gelirin dikkate alınması gerekir.⁵⁶ Mütecavizin gelirinin hesaplanmasında da ödenecek vergilerin düşülmesi mümkün olmayıp, davacının elde etmesi muhtemel gelir hesabında olduğu gibi, mütecavizin markayı kullanarak elde ettiği gelirden yatırım ve finansman giderleri, faaliyet gideri gibi satış giderleri düşüldükten sonra elde edilen vergi öncesi net kar rakamı esas alınacaktır.⁵⁷

Son seçenek ise SMK’nın 151/2-c maddesinde yer alan sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedelidir. Burada varsayımsal bir lisans bedelinin belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁸ Bu hesaplama yapılırken emsal lisans bedellerinin araştırılıp, kıyaslanması ve birçok kritere göre objektif bir bedelin tespiti icap eder.⁵⁹ Marka hakkı sahibi, hakkını lisans verme yoluyla da kullanabileceğinden yoksun kalınan kazancının bu yöntemle hesaplanmasını her durumda talep edebilmelidir. Dolayısıyla marka hakkına tecavüz edenin tasarruf ettiği lisans bedeli, hak sahibinin kazanç kaybını oluşturur.⁶⁰

TBK’nın 99’uncu maddesine göre kural olarak konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir. Ancak taraflarca başka bir ülke parası ile ödeme yapılması kararlaştırılmış ise tazminatın yabancı para cinsinden belirlenmesi mümkündür. Bu çerçevede eğer taraflar arasında bir

⁵⁶ Uzunallı, A.g.e., 174; Çolak, A.g.e., s.791.

⁵⁷ Yargıtay 11. HD., 19.07.2011 T., 2009/10238 E., 2011/9042 K. (akt. Çolak, A.g.e., s.795.).

⁵⁸ “Bu hesaplama yöntemi, -fikri mülkiyet hakkından yararlanan bir bedel ödeme- lidir- fikrine dayanır” BGH, 12.01.1966- Messmer-Tee II, GRUR 1966, s.376 (akt. Uzunallı, A.g.e., s. 175.).

⁵⁹ Çolak, A.g.e., s. 798, 799.

⁶⁰ Uzunallı, A.g.e., s.176.

sözleşme yoksa ve borç sözleşmeden değil haksız fiilden söz gelimi marka hakkına tecavüzden kaynaklanıyorsa tazminat miktarının yabancı para üzerinden belirlenemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte marka sahibi SMK'nın 151/2-c maddesindeki lisans tercihini seçmiş ve eğer davacı yabancı olup mutad şekilde lisans sözleşmesini yabancı para cinsinden yapmakta ise maddi tazminatın yabancı para cinsinden belirlenebileceği kabul edilmelidir.⁶¹

SMK'nın 151/2-c maddesinde yer alan varsayımsal bir sözleşme esası çerçevesinde tazminat talep edilebilmesine yönelik benzer bir düzenleme, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da (FSEK) yer almaktadır. FSEK'in 66'ncı maddesinde, manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimsenin tecavüz edene karşı tecavüzün ref'i yani saldırının durdurulması davası açabileceği hüküm altına alınmış, 67'nci maddesinde manevi haklara, 68'inci maddesinde ise mali haklara tecavüz halinde hak sahibinin talep edebileceği hususlar belirtilmiştir.

Mali haklar eser sahibinin eser ile olan ekonomik ve mali ilişkilerinden kaynaklanan haklar olduğundan, yasa koyucu tarafından bu hakların ihlal edilmesi halinde saldırı ya da etkileri devam etmekte ise açılacak olan durdurma davasının da mali sonuçlar doğurması düşünülmüş, FSEK'in 68'inci maddesiyle eser sahibi ile mali hakları ihlal eden arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı ödenmesi gereken telif ücreti ne ise caydırıcı olması maksadıyla bu ücretin üç katına kadarının mali hakkı ihlal edenden talep edilebileceği kabul edilmiştir.⁶² Görüldüğü üzere FSEK'in 68'inci maddesi ile farazi sözleşme ilkesi neticesinde bulunan bedelin üç katına kadar tazminata karar verilebileceği kabul edilmiş iken SMK'nın 151/2-c maddesinde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca SMK'nın 151/2-c maddesinden farklı olarak, FSEK'in 66/2 ve 68'inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, mali haklara tecavüz halinde farazi lisans bedelinin üç katına kadarının talep edilebilmesi için davalının kusuru aranmadığı gibi hak sahibinin zarara uğraması da gerekmemektedir.⁶³

⁶¹ Çolak, A.g.e., s.805.

⁶² Kılıçoğlu, A.g.e., s.416.

⁶³ Kılıçoğlu, A.g.e., s.419.

b) Zarar Miktarının Hâkim Tarafından Takdiri

Bazı hallerde gerek fiili zararın gerekse de yoksun kalınan kazancın hesaplanması, davalının ticaret sicil kaydının olmaması, defter ve faturaların bulunmaması gibi çeşitli sebeplerle mümkün olmayabilir. Eğer zarar miktarının dosyadaki somut verilere göre belirlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılıyor ise bu gibi hallerde hâkimin TBK'nın genel hükümlerine göre bir değerlendirme yaparak, tazminatı oluşa ve hakkaniyete uygun olarak belirlemesi gerekir.⁶⁴ Tazminat miktarının TBK 50-51'inci maddeleri hükümlerine göre hâkim tarafından takdir edilebilmesi için, marka hakkına tecavüz nedeniyle uğranılan zararın tüm araştırmalara rağmen hesaplanamaması, belirlenememesi gerekir.

c) Yoksun Kalınan Kazancın Artırılması

SMK 151/4'üncü maddesine göre, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, ikinci fıkranın (a) veya (b) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birinin seçilmiş olması hâlinde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir.

SMK 151/3'üncü maddesi gereğince markanın ekonomik önemi dikkate alınacak, örneğin markanın pazar değeri düşük ise bu dahi dikkate alınacak, SMK 151/4'üncü maddesine göre ise tanınmış marka gibi ekonomik değerinin yüksek olması, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması halinde bu hususun da dikkate alınması ve yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın eklenmesi gerekecektir.

Ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olabilmesi için markanın sektörde talep gören, kalitesine güvenilen ve olumlu imaja sahip, tanınmış bir marka olması gerekir.⁶⁵ Bu madde hükmüne göre artırım genellikle, belirlenen maddi zarar rakamı baz alınmak suretiyle, bu rakamın %10'u, %20'si gibi bir orana göre yapılmaktadır.⁶⁶

⁶⁴ Yargıtay 11 HD., 30.06.2014 T., 2014/6714 E., 2014/12541 K.

⁶⁵ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s.246. (akt. Çolak, A.g.e., s.808).

⁶⁶ Çolak, A.g.e., s.809.

2. Manevi Tazminat Davası

Marka hakkına tecavüz nedeniyle manevi tazminat hakkı SMK'nın 149/1-ç ve 150'nci maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümler çerçevesinde marka sahibi maddi zararının yanında manevi zararının da tazminini talep edebilecektir.

Manevi tazminat talebi ile markanın haksız kullanılması veya markanın itibarının zedelenmesi sonucu marka hakkı sahibinin ticari hayattaki imajının ve kendisine duyulan güvenin sarsılması nedeniyle, marka hakkı sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanır.⁶⁷

Marka hakkına tecavüz aynı zamanda bir haksız rekabet hali oluşturduğuna göre, TTK'nın 56/1-e maddesi de manevi tazminat talebinin yasal dayanaklarından birisi olacaktır. Kuşkusuz manevi tazminatın takdir ve tayininde TBK'nın 58'nci maddesi de kıyasen dikkate alınacaktır.⁶⁸

3. İtibar Tazminatı

SMK'nın itibar tazminatını düzenleyen 150/2'nci maddesine göre marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, yoksun kalınan kazanç ve fiili zarardan ayrı bir kalem olarak ayrıca bir tazminat istenebilir.⁶⁹

Yargıtay'a göre anılan tazminat işletmeden ziyade, doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus markanın itibarının zarar görmesidir.⁷⁰

⁶⁷ Yasaman, Marka Hukuku, C.2, s.1133, (Akt. Uzunallı, A.g.e., s.182).

⁶⁸ Yargıtay 11 HD., 11.06.2013 T., 2011/9323 E., 2013/12117 K.; Çolak, A.g.e., s.814.

⁶⁹ "Yasa koyucunun itibar tazminatını aslında maddi tazminat kalemleri içinde ele alması mümkün iken, bunu ayrı bir tazminat türü olarak düzenleyerek sınai hakkı daha etkin bir şekilde koruma ihtiyacı hissetmiştir." Bknz. Kılıçoğlu, A.g.e., s.403.

⁷⁰ Yargıtay 11 HD., 11.05.2009 T., 2008/1536 E., 2009/5629 K.; aynı yönde Uzunallı, A.g.e., s.179.

Öğretide aksi görüşler mevcut ise de itibar tazminatının her marka için söz konusu olması mümkün değildir. Maddede markanın “kötü üretim-kullanım”ından bahsedildiğine ve burada markanın kalite ve güven imajı korunmaya çalışıldığına göre, itibar tazminatının tanınması ve bir kalite sembolü olmuş markalar için söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.⁷¹

D. Marka Hakkına Tecavüz Halinde Yapılabilecek Diğer Talepler

1. Delillerin Tespiti

SMK’da delillerin tespitine yönelik özel bir hüküm bulunmasa da delillerin tespiti HMK’nın 400 vd. maddelerinde düzenlenmektedir.

Marka hakkı sahibi, SMK’nın 150/3’üncü maddesine göre marka hakkına tecavüz edenden belgelerin verilmesini mahkeme aracılığı ile talep edebilirse de belgelerin verilmesi talebinin tazminat davası açılmadan önce ileri sürülmesi, HMK’nın 400 vd. hükümleri gereğince delil tespiti çerçevesinde mümkün olabilir.⁷² Ancak bunun için marka hakkı sahibi, bu talebinde hukuki yararının olduğunu yani delillerin ileride kaybolması veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşma tehlikesini somut bir şekilde belirtmelidir. Bu nedenle sadece yoksun kalınan kazancın en elverişli hesaplama yöntemine göre belirlenmesi amacıyla delil tespitine gidilemez.⁷³

2. İhtiyati Tedbir Talebi

İhtiyati tedbirler genel olarak HMK’da düzenlenmekle birlikte tescilli markalar bakımından SMK’nın 159’uncu maddesinde özel hüküm mevcuttur. Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ise HMK’nın 389 ve devamındaki maddelerde düzenlenen genel hükümler uygulanacaktır.

SMK’nın 159’uncu maddesine göre, bu Kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi

⁷¹ Çolak, A.g.e, s.820; Kılıçoğlu, A.g.e., s.402 Aksi görüşler için Uzunallı, A.g.e., s.179; Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.353.

⁷² Arkan, Marka Hukuku. C.II, s.248. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.164).

⁷³ Uzunallı, A.g.e., s.164; Kılıçoğlu, A.g.e., s.398.

sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

Genel olarak hukuk yargılamasında ihtiyati tedbir kararı istisnadır ve davanın esasını çözecek şekilde tedbire karar verilemez. Buna karşılık fikri mülkiyet hukukunda durum oldukça farklıdır. Markanın tecavüze uğradığı ya da uğrayacağına dair ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığı konusunda yeterli delil mevcut ise verilecek hükmün etkinliğini sağlayabilmek için mahkemece tedbire hükmedilecektir.

SMK'nın 159/2'nci maddesinde yazılı haller tahdidi olmayıp, örnekseme yoluyla bir takım tedbir halleri sıralanmaktadır. Maddede belirtilen tedbirlere ilave olarak internet üzerinden yapılan ürün satışları yoluyla marka hakkı ihlali halinde ihtiyati tedbir yolu ile ilgili internet sayfasından bu gibi ihlal konusu ürün tanıtımının, satışının engellenmesine, site içeriğinden bu gibi ürünlerin çıkarılmasına, site içeriğinin tamamına ya da ilgili bölümüne erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir. Satıcıya belirli bir süre verilerek bu süre içerisinde ürünün internet sayfasındaki satışının durdurulması, tanıtımın siteden kaldırılması istenebilecektir.⁷⁴ SMK'nın 159/2-c maddesindeki teminat verilmesi ihtimalinde ise HMK'daki klasik tedbir teminatından farklı olarak teminat davacı tarafından değil, davalı bakımından yatırılmaktadır.

Yargıtay'a göre HMK'nın 389'uncu maddesindeki sadece "uyuşmazlık konusu hakkında tedbir kararı verilebileceği" koşulu göz önünde bulundurulduğunda dava konusu ile ilgisi bulunmayan ve alacak, tazminat vb. talepler nedeniyle bir miktar alacağı teminat altına alma amacına yönelik bulunan ihtiyacı haciz niteliğinde ihtiyati tedbir taleplerinin reddi gereklidir.⁷⁵

Marka hakkına tecavüz aynı zamanda TTK anlamında bir haksız rekabet oluşturacağından TTK'nın 56/4 maddesinde yer alan "bir kimse aleyhine birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri gereğince verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir

⁷⁴ Çolak, A.g.e., s.838.

⁷⁵ Yargıtay 11. HD, 24.4.2012 T., 2011/15388 E., 2012/6651 K.

şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur” hükmüne dayanılarak üçüncü kişilerin ticari amaçla elinde bulundurdukları taklit konusu ve tecavüz teşkil eden mallara da el konulabileceği söylenebilmektedir.⁷⁶

3. El Koyma Talebi

SMK'nın 149/1-d maddesine göre, marka hakkı sahibi tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulmasını talep edebilir.

Somut olayda, ele geçen ya da tespit edilen üretim araçlarının sadece tecavüze konu malların üretimi için tahsis edilip edilmediği, bu gibi araç ve makinelerin münhasıran tecavüz konusu ürünlerin üretiminde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmelidir. El konulması istenilen makineler, üretim araçları, tecavüz konusu mallar dışında başka malların üretiminde de kullanılıyor ise el koyma mümkün değildir. El konulmayan bir malın imhası da söz konusu olmayacağından, üretim aracı tespit edilmemiş ise imha talebinin de aynı gerekçe ile reddi gerekecektir.⁷⁷

Tecavüz oluşturan kullanım eğer malın üzerinde değil, ambalajında ise malın kendisi üzerinde marka kullanılmamış ise üzerinde marka bulunan ambalaja el konularak tecavüz giderilebilir. Bu durumda tecavüze konu mal ürünün kendisi değil ambalajıdır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁷⁸

Marka hakkına tecavüz davaları genellikle ceza davası ile paralel yürütülmektedir. Aynı ürün için hem ceza mahkemesinde hem de hukuk mahkemesinde el koyma talepleri yapılmakta dava sonunda ise ceza mahkemesi tarafından ürünün müsaderesine, hukuk mahkemesi tarafından ise ürünün imhasına karar verilebilmektedir. Ceza davası sonucunda beraat kararı halinde beraat gerekçesine göre ürünün ia-

⁷⁶ Çolak, A.g.e., s.840.

⁷⁷ Çolak, A.g.e., s.844.

⁷⁸ Çolak, A.g.e., s.845.

desine de karar verilebilmektedir. Böylece hukuk mahkemesindeki dava sonucunda el konulan ürünün imhasına karar verilirken ceza mahkemesi tarafından aynı ürünlerin iadesine karar verilmesi ihtimal dahilindedir. Bu nedenle ceza mahkemesi tarafından el koyma kararı verilmiş olsa bile ilerideki olası iade kararı düşünülerek hukuk mahkemesince de ayrıca SMK'nın 149/1-d maddesi gereğince el koyma kararı verilmelidir.⁷⁹

El koyma kararı davanın davalısı hakkında hüküm ifade eder ve onun hakkında uygulanır. Ancak ihtiyati tedbir talebinde de anlatıldığı üzere TTK'nın 56/4'üncü maddesi çerçevesinde marka hakkına tecavüz oluşturan malların, kişisel amaç dışında, ticari amaçla bulundurulmaları koşulu ile, hükmün icrası sırasında dava dışı ticari işletmelerin elinde bulunan tecavüz konusu mallara da el konulması mümkündür.⁸⁰

4. Belge İsteme Hakkı

SMK'nın 150/3'üncü maddesine göre hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.⁸¹

Madde metnine göre istenebilecek belgeler sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerdir. Hak sahibi tarafından açılacak tazminat davası ile birlikte öncelikle davalının tecavüze konu ürün satış rakamlarını, bu ürün ile ilgili kar marjlarını, maliyet ve fiyat bilgilerini öğrenerek SMK'nın 151/2'nci maddesine göre yoksun kalınan kazanç tercihini buna göre yapmak istemesi mümkündür.⁸²

⁷⁹ Çolak, A.g.e., s.846.

⁸⁰ Çolak, A.g.e., s.847.

⁸¹ "Marka hakkına tecavüz edenin markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermektен kaçınması halinde HMK'nın 220'nci maddesi uygulanmalıdır." Kaya, Marka Hukuku, s. 296. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.164).

⁸² Çolak, A.g.e., s.853.

5. El Konulan Ürünler Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi

SMK'nın 149/1-e maddesine göre marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, aynı maddenin (d) bendi uyarınca el konulmuş bulunan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. SMK'nın 149/2 maddesi uyarınca, talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değerın kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.

Talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşürüleceği öngörüldüğünden, tazminat talep edilmediği takdirde el konulmuş ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması da mümkün olmayacaktır.⁸³ Mahsup yapılacak olan şey fiziki bir ürün, maddi bir değer olduğundan maddede kastedilen tazminat maddi tazminattır.⁸⁴

6. El Konulan Ürünlerin İmhası Talebi

SMK'nın 149/1-f maddesine göre marka hakkı sahibi, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebinde bulunabilir.

Tecavüze konu taklit malların imhası ancak tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise söz konusu olmalı, öncelikle bu mallar ve araçlar üzerindeki markanın silinip silinmeyeceği, mala zarar vermeden sökülüp sökülemeyeceği, markanın yer aldığı tabelanın boya ile kapatılıp kapatılamayacağı gibi hususlar araştırılmalı mümkün değilse son çare olarak tecavüze konu bu ürünlerin imhasına karar verilmelidir.⁸⁵

5911 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57'nci maddesi ile Gümrük Yönetmeliğinin 105'inci maddesi gereğince fikri mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller

⁸³ Kılıçoğlu, A.g.e., s.448.

⁸⁴ Çolak, A.g.e., s.855.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD, 04.10.2010 T., 2009/3528 E., 2010/9576 K.

olması halinde gümrükte el konulan eşyanın “kolaylaştırılmış imha” adı altında idare tarafından imhasına karar verilebilmesi ve hak sahibinin belirleyeceği teminat ile beyan sahibine iadesi mümkün hale gelmiştir. Kolaylaştırılmış imha işleminin yapılabilmesi için el konulan eşyanın sahibinin imhaya karşı itiraz etmemesi veya kendisinin imha edilmek üzere bu eşyayı gümrüğe terk etmesi gerekir. Eşya sahibinin karşı çıkması durumunda ise yazılı normal prosedür uygulanır.

SMK’nın 149/1-f maddesinde “tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması ibaresi” ve devamında gelen “özellikle” teriminden dolayı maddede yer alan tedbirlerin örnek kabilinden olduğu ve alınacak tedbirlerin markanın silinmesi ve imhası gibi sayılanlarla sınırlı olmadığı ve tecavüzün devamının önlenmesi için alınacak tedbirlerin, yasa koyucu tarafından, somut olayın özelliğine göre mahkemece belirlenmesinin arzu edildiği görülmektedir.⁸⁶ Markanın gerçek hak sahibi dışında kötü niyetli olarak ve meşru bir hakkı olmaksızın bir kimse tarafından internet alan adı biçiminde tescil ettirilmesi ve bu tescil nedeniyle marka ile bu internet alan adı sayfası arasında bir karıştırma ihtimali meydana gelmesi durumunda mahkemelerce marka hakkına tecavüzün önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için internet alan adı terkin edilebilecektir.⁸⁷

7. Hükümün İlgililere Tebliği ve İlanı Talebi

SMK’nın 149/1-g maddesi ile marka sahibine haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi talebinde bulunma hakkı verilmiştir. Bu madde hükmü gereğince yapılacak yayın ile tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması ve dava konusu olayla ilgili gerçeklerin ilgililere, müşterilere, toptancı ve satıcılara bir şekilde duyurularak potansiyel tüm alıcı ve kullanıcıların aydınlatılması ve bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır.⁸⁸

⁸⁶ Çolak, A.g.e., s.861.

⁸⁷ Savaş Bozbel, İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.62 vd. (akt. Çolak, A.g.e., s.862.).

⁸⁸ Çolak, A.g.e, s.859.

SMK'nın 149/3 maddesi gereğince SMK'nın 149/1-g bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.

E. Marka Hakkına Tecavüz Davasının Tarafları

Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak davalarda dava açabilecek kimselerin başında markası SMK hükümlerine göre tescilli marka sahibi gelmektedir. Koruma, SMK'nın 7/1 maddesi gereğince tescil ile elde edildiğinden tescilin varlığı, sahibi lehine hak karinesi yaratmaktadır.⁸⁹ Marka tesciline dayanarak SMK'nın 149'uncu maddesinde ön görülen taleplerin ileri sürülebilmesi için marka sahibinin tacir olması, ticari faaliyetinin bulunması da şart değildir. Buna göre marka sahibi bir öğrenci, bir memur da tescilli markasının başkası tarafından marka hakkına tecavüz edecek biçimde kullanılması durumunda tecavüzün ref'ini, zararının tazminini talep edebilir.⁹⁰

SMK'nın 7/4'üncü maddesine göre marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi tazminat davası açmaya yetkilidir. Ancak mahkeme, başvuru, TÜRK PATENT tarafından sonuçlandırılarak tescil yayınlanmadan karar veremez.

Markayı tescil ettirmeksizin kullanarak bu işaret üzerinde SMK'nın 6/3 maddesin anlamında öncelik hakkı elde eden kişi tazminat davası açamaz. Buna karşılık Paris Anlaşması anlamında tanınmış marka sahibi Türkiye'de tescilli olmamasına rağmen marka hakkına tecavüz halinde SMK ile tanınan hakları ileri sürebilir.⁹¹

SMK'nın 158'inci madde hükümlerinde belirtilen usul çerçevesinde lisans sahipleri de marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açabilir.

Öğretide, marka üzerinde rehin hakkı bulunan kimselerin de markanın teminat değerinin korunması gerektiğinden SMK'nın 149'uncu

⁸⁹ Feyzan Hayal Şehirli Çelik, "Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-", *BATİDER*, S.2018/2, s.33 vd. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.189).

⁹⁰ Çolak, A.g.e., s.810.

⁹¹ Arkan, *Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması*, s.7.

maddesinde ön görülen talepleri ileri sürebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹²

Husumet, SMK'nın 29'uncu maddesinde ön görülen marka hakkının ihlali sayılan eylemleri gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiye yöneltilmelidir. Lisans veren marka sahibi SMK'nın 24/4'üncü ve SMK'nın 29/1-ç maddelerine aykırı davranışları⁹³ neticesinde lisans alana karşı da SMK'nın 149'uncu maddesinde öngörülen talepleri ileri sürebilir.

SMK'da marka hakkına tecavüz hali olarak düzenlenmese de markayı hukuka aykırı olarak taşıyan ürünleri üretmek, satmak gibi eylemlere iştirak, yardım veya bunları teşvik eden kişilerin fiilleri de TBK'nın 61'inci maddesi gereğince tecavüz teşkil eder ve bunlara karşı marka hakkına tecavüz davaları açılabilir.⁹⁴ Ancak bu kişilerin de tazminat sorumluluğu kusurlu olmaları halinde söz konusu olur.

SMK'nın 153'üncü maddesinde ise dava açılmayacak kişiler belirtilmiş; kişisel amaçlı her türlü kullanım ya da elde bulundurma ile sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin el koymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanım tecavüz kapsamı dışına çıkarılmıştır.

F. Marka Uyuşmazlıklarına ve Haksız Rekabete İlişkin Davalarda Görevli ve Yetkili Mahkeme

SMK'nın 156/1 maddesine göre tecavüz nedeniyle tescilli bir markaya dayanılarak açılacak davada görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ile Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir. Hâlihazırda Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri sadece İstanbul

⁹² Arkan, Marka Hukuku, C.2, s.253. (akt. Çolak, A.g.e., s.748.); Uzunallı, A.g.e., s.193.

⁹³ SMK'nın 24/4'üncü maddesine göre lisans veren, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır. Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir. Ayrıca SMK'nın 29/1-ç maddesinde marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek bir tecavüz hali olarak düzenlenmiştir.

⁹⁴ Arkan, "5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'da Yapılan Değişiklikler" *BATIDER*, S.2009/1, s.10. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.194.).

(Merkez-Çağlayan), İstanbul-Bakırköy, İstanbul-Anadolu Adliyesi ile Ankara ve İzmir’de kuruludur. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin (FSHHM) bulunmadığı yerlerde ise TTK’nın ticari davalarla ilgili 4 ve 5’nci maddeleriyle SMK’nın 156/1 maddesi bir arada değerlendirildiğinde, marka hukukundan doğan davalar asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.⁹⁵

Bu mahkemelerin yargı çevresi hakkında Hâkimler ve Savcılar Kurulu 30 Mayıs 2018 tarih ve 839 sayılı kararı ile FSHHM kurulduğu İstanbul, Ankara ve İzmir’de bu illerin ilçeleri dâhil olmak üzere ilin mülki sınırlarındaki tüm davalara FSHHM’lerinin bakacağı, ancak ihtisas mahkemesi kurulmamış olan yerlerde (İstanbul, Ankara ve İzmir dışındaki yerlerde) ilçelerdeki mahkemelerin de yetkili olacağı yönünde düzenleme yapmıştır.⁹⁶

Aynı eylemin hem haksız rekabet hem de marka hakkına tecavüz teşkil etmesi nedeniyle terditli dava açılması halinde de davanın ihtisas mahkemesinde açılması gerekir.

SMK 156/3 maddesine göre sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Eğer internet veya televizyon yayını üzerinden gerçekleşen bir tecavüz hali söz konusu ise internete erişilebilen her yerde tecavüzün etkileri görülebileğinden marka hakkı sahibinin hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla dilediği yerde dava açması mümkündür. SMK 156/4 maddesince de davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulundu-

⁹⁵ “TTK’da fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta düzenlenen davalardan nele-
rin kastedildiği açık değil ise de bu kanunda ön görülen davalar yönünden fikri
mülkiyet davaları ticari dava sayılsa da SMK, TTK’ya göre özel yasa olduğundan
SMK’nın 156/1 maddesi gereğince marka hukukundan doğan davaların ticaret
mahkemesinde değil, asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğinin kabulü yasa
koyucunun iradesine daha uygun düşer.” Çolak, A.g.e., s.755.

⁹⁶ “Buna göre HSK kararındaki örnekle belirtmek gerekirse, Ankara ili mülki sınırları
içindeki SMK’dan kaynaklanan tüm davalara (Ankara batı adliyesi yargı alanı
dâhil) Ankara FSHHM bakacak, buna karşılık Antalya’nın söz gelimi Elmalı ya da
Finike ilçesindeki SMK’dan doğan davalara, bu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi
sayısına göre Asliye Hukuk Mahkemelerinden 1 ya da 3 no’lu olan mahkeme (1
veya 2 Asliye Hukuk Mahkemesi varsa 1 no’lu mahkeme, 3 veya daha çok Asliye
Hukuk Mahkemesi varsa 3 no’lu mahkeme) bakacaktır.” Çolak, A.g.e., s.756.

ğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Eğer dava münhasır lisans sahibi tarafından açılıyor ise aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde münhasır lisans sahibi SMK gereğince marka sahibinin açabileceği davaları kendi adına açabileceği için tıpkı marka hakkı sahibi gibi kendi ikametgâhının bulunduğu yerde dava açabilecektir.⁹⁷

FSHHM ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup⁹⁸ eğer davacı açıkça tescilli bir markaya dayanmıyor, SMK hükümlerine göre bir talepte bulunmuyor ise uyuşmazlığın çözümünde SMK hükümleri uygulanmayacağından görevli ve yetkili mahkeme TTK ve HMK'na göre tespit olunacaktır.

TTK'nın 4'üncü maddesinde, 28 Şubat 2018 tarihinde yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile TTK'nın 4'üncü maddesi ile marka hakkına yönelik uyuşmazlıkların ticari dava sayılması neticesinde ref, men, durdurma talepli açılan marka ihlal davaları ve iptal ve hükümsüzlük davaları yazılı yargılama usulüne tabi iken sadece tazminat talepli marka ihlalleri yönünden değeri 100.000 TL'nin altında kalan tazminat davalarında basit yargılama usulünün uygulanması gerekmektedir.⁹⁹

G. Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Açılabilir Davalarda Zamanaşımı

SMK'nın 157'nci maddesine göre zanaşımı aynı zamanda bir haksız fiil olan marka hakkına tecavüz halinde TBK'nın 72'nci maddesi hükümlerine göre belirlenecektir. SMK'nın 30'uncu maddesi ve TCK'nın 66/1-e maddesi bir arada değerlendirildiğinde marka hakkına tecavüz suçları sekiz yıllık dava zanaşımına tabidir. Bu süre aynı zamanda marka hakkına tecavüz halinde yapılacak taleplerin zanaşımı süresi olup iki yıllık süreden uzun, fakat on yıllık süreden kısa olduğundan sadece iki yıllık süre yerine uygulanacaktır.¹⁰⁰ Bu takdirde de zanaşımı süresi zararın öğrenildiği tarihten itibaren değil, zarar verici fiilin gerçekleştirildiği tarihten itibaren hesaplanacaktır.

⁹⁷ Çolak, A.g.e., s.759.

⁹⁸ Yargıtay 11. HD., 27.02.2013 T., 2012/4026 E., 2013/3565 K.

⁹⁹ Çolak, A.g.e., s.596.

¹⁰⁰ Yargıtay 4. HD, 23.09.2003, 9715/1058 (akt. Uzunallı, A.g.e., s.197.).

Marka hakkına tecavüz eylemi devam etmekte ise, bu tecavüz ve haksız eylem devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeyecek ve tecavüzün ve haksız eylemin tespiti, durdurulması, giderilmesi talepleri tecavüz ve haksız eylem sürdükçe yapılabilecektir. Buna karşılık tazminat davası, zararın ve zarara sebebiyet verenin öğrenilmesi tarihinden itibaren hesaplanacak genel zamanaşımı süreleri içerisinde açılabilir.

H. Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Açılan Davalarda Beklenmesi Gereken Haller

SMK'nın 7/4'üncü maddesine göre, marka tescil başvurusunun yayınlanmasından itibaren marka tescil başvuru sahibinin dava açması, tedbir talebinde bulunması, tazminat talep etmesi mümkündür. Ancak madde metninde de belirtildiği üzere mahkemenin bu gibi durumlarda karar verebilmesi için tescilin gerçekleşmesi ve bunun bültende yayınlanması gerekmektedir. Dolayısıyla tescil başvurusuna dayanılarak başvuru sahibi tarafından açılan davalarda mahkeme başvurusunun sonuçlanmasını ve tescilin gerçekleşmesini bekleyecektir.

SMK'nın 27/1 maddesine göre 25'inci madde gereğince markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkili olup, markaya bu Kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır. SMK'nın 27/5 maddesine göre de markanın hükümsüzlüğüne veya iptaline ilişkin kesinleşmiş kararlar, herkese karşı hüküm doğurur. Bu nedenle eğer bir marka hakkına tecavüz davasında dayanılan markanın hükümsüzlüğü talep edilmiş ise tecavüz davasına bakan mahkemenin, hükümsüzlük davasını bekletici mesele yapması ve bu davada verilecek kararın kesinleşmesini bekleyerek ortaya çıkacak duruma göre karar vermesi gereklidir.

Marka sahipleri bir yandan FSHHM'de tazminat, tespit, ref, men gibi taleplerle hukuk davası açarken, bir yandan da ceza hukuku alanında Cumhuriyet Savcılıklarına başvurarak Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemelerinde (ya da İstanbul, Ankara, İzmir dışındaki illerde Asliye Ceza Mahkemelerinde) ceza davası açılmasını sağlamaktadırlar. TBK'nın 74'üncü maddesine göre ceza mahkemesince verilen beraat kararının, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı belirtilmiş ise de hukuk

hakiminin bağımsızlığı sınırsız değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012 tarihli kararında¹⁰¹ hukuk hâkiminin, hükme dayanak alınan maddi olgularla ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı konusunda ceza mahkemesi kararıyla bağlı olacağı, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararının taraflar yönünden kesin delil taşıyacağı kabul edilmesi gerektiği, ceza mahkemesi kararında, olayın varlığının tespitine, sanık tarafından işlendiğine dair maddi olgulara ilişkin kesinleşmiş saptamasının, aynı konudaki hukuk mahkemesinde de kesin hüküm oluşturacağı belirtilmiştir. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, ceza mahkemesinin "taraf markalarının benzeyip benzemediği" hususundaki değerlendirmesini maddi vakıa tespiti yapan türden bir karar olduğu gerekçesiyle böyle bir durumda hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararının kesinleşmesini bekleyerek buna göre karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰²

Mülga 556 sayılı KHK döneminde Yargıtay tescilli markayı tescil formuna sadık kalarak kullanan kişilere karşı, bu markanın hükümsüzlük şartları bulunsa bile, tecavüzün men, ref ve tazminat taleplerinin kabulüne karar verilemeyeceği yönünde içtihatlar vermiştir.¹⁰³ Ancak SMK'nın 155'inci maddesi ile marka hakkı sahibinin, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyeceği öngörüldüğünden sonraki tescil sahibinin tecavüz davasında tescili, bir savunma gerekçesi yapma olanağı kalmamıştır.¹⁰⁴

III. MARKA HAKKININ CEZAİ KORUMASI

Markaya tecavüz eylemi haksız eylem olduğu gibi suç olarak da SMK'nın 30'uncu maddesinde¹⁰⁵ düzenlenmiştir. Maddede düzenle-

¹⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.2012 T., 2012/11-413 E., 2012/901 K.

¹⁰² Yargıtay 11. HD. 06.06.2011 T., 2009/13672 E., 2011/6844 K.

¹⁰³ Yargıtay 11. HD., 10.01.2017 T., 2016/2358 E., 2017/139 K., ve 13.04.2009 T., 2008/517 E., 2009/4553 K.

¹⁰⁴ Çolak, A.g.e., s.744.; Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.304, 325.

¹⁰⁵ "SMK'nın 1/2'nci fıkrasına göre, sınai mülkiyet haklarına tecavüz halinde cezai yaptırımlar bu Kanuna tabi olduğuna ve Kanunda marka hariç, sınai mülkiyet haklarına tecavüz halinde herhangi bir suç ve ceza düzenlemesi bulunmadığından, özel kanun mahiyetindeki bu Kanunun yürürlüğe girmesi ile artık TTK'nın 62'nci maddesi uyarınca sınai mülkiyet haklarına tecavüz edildiği gerekçesi ile

nen suç ile korunan hukuki yarar markaya bağlı bireysel, toplumsal ve uluslararası ekonomik menfaattir.

SMK'nın 30/5'inci maddesine göre marka hakkına tecavüz suçunun oluşması için aranan ön şart markanın Türkiye'de tescilli olmasıdır.

Marka hakkına tecavüz suçuna vücut veren eylemler özgü nitelikte olmadığından fail herhangi bir kişi olabilir.¹⁰⁶ TCK'nın 20 ve 60'ıncı maddeleri uyarınca tüzel kişiler suç faili olamazlar. Tüzel kişiyi ilgilendiren bir suçun vücut bulması halinde sorumlular, tüzel kişinin organı niteliğindeki gerçek kişiler olacaklardır. Ancak SMK'nın 30/4'üncü maddesi çerçevesinde bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir.

Marka hakkına tecavüz suçunun mağduru markanın adına tescil edildiği gerçek ve tüzel kişilerdir. SMK'nın 158'inci maddesinde her ne kadar yalnızca "dava açma" ifadesi kullanılmış olsa da bu ifadenin ceza davasının öncülü olan şikâyet hakkının lisans sahiplerince kullanılması açısından da (evleviyetle) geçerli olduğu kabul edilmeli, SMK'nın 158'inci maddesinde lisans sahipleri hakkında düzenlenen usul, şikâyet için de uygulanmalıdır.¹⁰⁷

SMK'nın 30'uncü maddesinde düzenlenen suçlarda, kanun koyucunun, ayrıca bir netice doğurmasını aramaması nedeniyle sırf hareket suçu olarak düzenlenen marka hakkına tecavüz fiillerinde suçun oluşması için hareketin gerçekleşmesi yeterlidir.¹⁰⁸

TCK ve özel kanunlarında yer alan suçlar gibi marka suçları bakımından da suçun incelenmesinde hukuka aykırılık hususu ele alınacaktır. Genel olarak hukuka uygunluk nedenleri TCK'da 24, 25 ve 26'ncı maddelerinde düzenlenmiş olup SMK'da hüküm altına alınan

haksız rekabet sebebiyle ceza yargılaması ve ceza verilmesi mümkün görülmediği" görüşü için bkz. Hanife Öztürk Akkartal, Çağla Kandiraloğlu Cuyulan, Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Işığında Haksız Rekabet Suçuna İlişkin Değerlendirme, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, 2018, s.104.

¹⁰⁶ İsa Başbüyük, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2018, s.89.

¹⁰⁷ Aslıhan Kart, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.225.

¹⁰⁸ Kart, A.g.e., s.109.

özel hukuka uygunluk nedenleri SMK'nın 5/3'üncü maddesinde mevcut muvafakat ile tescile imkân tanıma, 7/5'inci maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hali ve 153/1'nci maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım halidir.¹⁰⁹

SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçlarını, fail bilerek ve isteyerek işleyebilir. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin, belirtilen suçların unsurlarını bilmeden ve istemeden bir eylemde bulunması halinde TCK'nın hataya ilişkin hükümleri uygulanabilecektir.¹¹⁰

A. Marka Hakkına Tecavüz Suçları

SMK'nın 30/1'inci maddesi gereğince başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

İktibas, “markanın aynen (tıpkı) kullanılması” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması” biçiminde incelenmelidir. Markanın aynen (tıpkı) kullanılması, markanın birebir kopyalanarak, aynı resim, yazım, işaret, renk, ses, grafik, şekil gibi unsurlarına yer verilerek tescilli marka ile aynı tür ve sınıftaki mal veya hizmetler için kullanılmasıdır.¹¹¹ Ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanımda ise, tescilli markanın aynına yakın biçimde oluşturulan, çok dikkatli ve detaylı bir inceleme yapılmadan anlaşılacak kadar küçük değişiklikler içeren, böyle bir inceleme olmadığında aynı marka olarak anlaşılacak bir marka kullanımı söz konusudur.¹¹² İktibasta “markanın aynen (tıpkı) kullanılması” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması” söz konusu iken iltibasta yine markanın benzerinin kullanılarak alıcının yanıltılması sorunu ortaya çıkmaktadır. An-

¹⁰⁹ Kart, A.g.e., s.156.

¹¹⁰ Hüseyin Aydın, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.80 (akt. Kart, A.g.e., s.174,184,197); Başbüyük, A.g.e., s.199.

¹¹¹ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, S.493-494 (akt. Kart, A.g.e., s.114); Başbüyük, A.g.e., s.101.

¹¹² Necati Meran, Marka Hakları ve Koruması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.500 (akt. Kart, A.g.e., s.114).

cağ iltibasta yapılan fiil, aynen bir taklit yaratmamakta, bir karışıklığa sebep olmaktadır.¹¹³

SMK'nın 30/1'inci maddesi uyarınca fiili oluşturan hareketler, ıktibas veya iltibas suretiyle mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleridir. İktibas veya iltibas suretiyle gerçekleşen bir haksız kullanım ancak bu hareketler gerçekleştirilmek suretiyle işlendiğinde suç oluşturacaktır.¹¹⁴

SMK'nın 30/2'nci maddesi gereğince ise, marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçunun oluşabilmesi için, marka sahibi, yetkisiz kimse tarafından kaldırılan suça konu işaretin gereğini yerine getirmiş örneğin ® işaretini kullanabilmek için markayı adına tescil ettirmiş olmalıdır.¹¹⁵ Ayrıca işaretin, ürün ve/veya ambalaj üzerinde kullanılması gerekmektedir. İşaretin, evrak üzerinde, fiyat kataloglarında veyahut web sitesinden kaldırılması halinde suç oluşmayacaktır.¹¹⁶

SMK'nın 30/3'üncü maddesine göre ise yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde, devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufla bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için marka TÜRKPATENT nezdinde tescilli olmalı, koruma süresi sona ermemiş olmalı veya hükümsüz olmamalıdır.¹¹⁷ Burada öngörülen suç seçimlik hareketlidir. Yetkisi olmayan kişi, başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans verme veya rehin verme

¹¹³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.493 (akt. Kart, A.g.e., s.117).

¹¹⁴ Seçimlik hareketli suç olduğu yönünde bkz. İzzet Özgenç, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, 2003, s. 831-864, s. 845 (akt. Kart, A.g.e., s.135).

¹¹⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.519 (akt. Kart, A.g.e., s.183) TM (Trade Mark) ve SM (Service Mark) henüz başvuru süreci devam etmekte iken kullanılırken, ® ise (ticaret veya hizmet markası ayırımı olmaksızın) işaret tescil edildikten sonra kullanılmaktadır.

¹¹⁶ Başbüyük, A.g.e., s. 194-197.

¹¹⁷ Erdal Noyan-İlhami Güneş, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.1090. (Akt. Kart, A.g.e., s.186); Başbüyük, A.g.e., s. 203.

hareketlerinden herhangi birini veya hepsini aynı kasta dayalı olarak aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleştirdiğinde suç oluşmaktadır.¹¹⁸

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme, Şikâyete Bağlı Olma, Uzlaştırma ve Zamanaşımı

SMK'nın 156'ncı maddesine göre, SMK'da öngörülen ceza davalarında görevli mahkeme, Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi bulunmayan yerlerde o yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi görevli olacaktır. SMK'nın 156'ncı maddesi hukuk davaları için yetkili mahkemeyi de belirlerken, ceza yargılaması için böyle bir belirleme yapmamıştır. Bu nedenle CMK'nın genel ve özel yetki kurallarına başvurulacaktır.

SMK'nın 30/6'ncı maddesinde, bu maddede yer alan suçların şikâyete tabi olduğunun belirtilmesi ile yetinilerek şikâyet konusunda ayrıca bir hüküm öngörülmediğinden şikâyet hususu, TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Suçtan doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kişiler şikâyet haklarını kullanabileceklerdir.¹¹⁹ Şikâyette bulunma hakkı, filin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı aylık süreye tabi kılınmıştır.

Marka suçları, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar olarak düzenlendiklerinden CMK'nın 253/1-a maddesi uyarınca uzlaşma kapsamındadırlar ve genel hükümler uyarınca soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından yapılacak yönlendirme ile uzlaşma sürecine tabi olacaklardır.¹²⁰

SMK'da marka suçları için özel bir zamaşımı hükmü yer almadığından TCK'daki genel hükümler bağlamında zamaşımı süresi belirlenecektir.¹²¹ SMK'da düzenlenen marka suçlarında dava zamaşımı 8, ceza zamaşımı ise 10 yıl olarak hesaplanacaktır.

¹¹⁸ Kart, A.g.e., s.187.

¹¹⁹ Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.165. (akt. Kart, A.g.e., s.222).

¹²⁰ Kart, A.g.e., s.227.

¹²¹ Buna göre, o suçtan dava açılmaması veyahut açılmış davaya devam edilememesi anlamına gelen dava zamaşımı TCK'nın 66/1-e maddesi uyarınca beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda 8 yıl; kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infaz edilmemesi nedeniyle cezanın infazını kaldıran neden olan ceza zamaşımı ise 68/1-e maddesi uyarınca beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında 10 yıldır.

SONUÇ

SMK'nın 4'üncü maddesinde tanımını bulan marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Marka hakkı gayrimaddi mallar kapsamında mutlak haklardan olup, sahibine inhisari yetkiler vermekte ve herkese karşı ileri sürülebilmektedir.

Marka hakkından doğan korumanın kapsamını aslında özel düzenlenmiş haksız rekabet halleri oluşturmaktadır. Marka koruması bakımından kural olarak tescil sistemi geçerlidir. Her ne kadar markanın tescil zorunluluğu bulunmamakta ise de markasını tescil ettiren marka sahipleri 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında daha geniş ve daha güçlü bir koruma elde etmektedir.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller tespit edilirken SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddeleri birlikte değerlendirmeye alınmalıdır. Marka hakkı ihlal edilen hak sahibi herhangi bir kusur şartı aranmadan SMK'nın 149'uncu maddesinde belirtilen tecavüzün tespiti, men'i, durdurulması ve tecavüzün kaldırılması davalarını açabilir. Ayrıca kusur ve zarar şartına bağlı olarak fiili zararının yanı sıra SMK'nın 151/2 maddesinde belirtilen yoksun kalınan kazanç seçeneklerine göre maddi, SMK'nın 149/1-ç ve 150'nci maddelerine göre manevi ve 150/2'nci maddesine göre de itibar tazminatı talebinde bulunabilir.

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi ayrıca HMK'nın 400 vd. hükümleri çerçevesinde mahkemedeki delillerin tespit edilmesini, SMK'nın 159'uncu maddesinde özel hüküm olarak yer alan ihtiyati tedbirlere karar verilmesini, SMK'nın 149/1-d maddesine göre tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara el konulmasını, SMK'nın 149/1-e maddesine göre aynı maddenin (d) bendi uyarınca el konulmuş bulunan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını, SMK'nın 149/1-f maddesine göre (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların imhasını, SMK'nın 149/1-g maddesi ile kesinleşmiş kararın ilan edilmesini veya ilgililere tebliğ edilmesini, SMK'nın 150/3'üncü maddesine göre tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat

yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini talep edebilir.

Türkiye’de tescilli bir markaya tecavüz eylemi haksız eylem olduğu gibi suç olarak da SMK’nın 30’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Sırf hareket suçu olarak düzenlenen marka hakkına tecavüz fiillerinde suçun oluşması için hareketin gerçekleşmesi yeterlidir. TCK’da yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra SMK’nın 5/3’üncü maddesinde mevcut muvafakat ile tescile imkân tanıma, 7/5’inci maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hali ve 153/1’nci maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım özel olarak hüküm altına alınan hukuka uygunluk sebeplerindedir.

Bu kapsamda, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte marka hukuku alanının kanun hükmünde kararname ile düzenlenme dönemi sona erdirilerek hukuki belirsizlik ortadan kaldırılmış, ceza hukuku düzenlemeleri de kanunilik ilkesine uygun olarak bir temele kavuşturulmuş, uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla uyum artırılmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Arkan Sabih, Marka Hukuku, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1997.
- Aydın Hüseyin, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Başbüyük İsa, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk (2. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Bayrak Önder, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Suçları (5. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Bozbel Savaş, İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku (4. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Güneş İlhami, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi (Uygulamalı Marka Hukuku), Ankara 2018.
- Güneş İlhami, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları (5. Baskı), Seçkin Yayıncılık. (Haksız Rekabet Davaları), Ankara 2018.
- Kart Aslıhan, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kaya Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.

Kılıçoğlu Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

Meran Necati, Marka Hakları ve Koruması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Noyan Erdal- Güneş İlhami, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Uzunallı Sevilay, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 1999.

Yasaman Hamdi, Marka Hukuku, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005

Makaleler

Arkan Sabih, "İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Aralık 1999, s. 5-11.

Arkan Sabih, "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 3, Haziran 2000, s. 5-13. (Markasal Kullanım)

Arkan Sabih, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 3, Eylül 2017, s. 5-11.

Arkan Sabih, "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı:1, Haziran 1999, s. 5-17.

Sabih Arkan, "5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'da Yapılan Değişiklikler" *BATİDER*, Sayı:2009/1.

Özgenç İzzet, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt III, Beta Basım Yayım, 2003.

Öztürk Akkartal Hanife/Kandıralıoğlu Cuydan Çağla, "Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Işığında Haksız Rekabet Suçuna İlişkin Değerlendirme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 101-110.

Şehirli Çelik Feyzan Hayal, "Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-" *BATİDER*, S.2018/2.

Yasaman Hamdi, "Kırmızı Rengin Marka Olarak Alınması Konusunda AB Temyiz Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2012, s. 75-100.

Mahkeme Kararları

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 0710.1999 tarih ve 1999/1724 E., 1999/7608 K.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.02.2011 tarih ve 2010/11-689 E., 2011/46 K.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.03.2006 tarih ve 2005/1359 E., 2006/3136 K.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.04.2010 tarih ve 2008/12864 E., 2010/4025 K.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.03.2010, 2008/11643 E. 2010-2268 K.

Yargıtay 11. HD 20.01.2011 T., 2009/12665 E., 2011/4913 K.

Yargıtay 11. HD 20.01.2012 T., 2011/15509 E., 2012/540 K.

Yargıtay 11 HD 09/12/2015 T., 2015/6080 E., 2015/13276 K.

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.03.2016 T., 2014/15-439 E., 2016/207 K.
Yargıtay 11 HD., 02.06.2011 T., 2009/7402 E., 2011/6476 K.
Yargıtay 11. HD 27.02.2012 T., 2010/10672 E., 2012/2762 K.
Yargıtay 11 HD, 19.07.2011 T., 2009/10238 E, 2011/9042 K.
Yargıtay 11 HD, 07.03.2018 T., 2016/7903 E, 2018/1775 K.
Yargıtay 11. HD., 19.07.2011 T., 2009/10238 E., 2011/9042 K.
Yargıtay 11 HD., 30.06.2014 T., 2014/6714 E., 2014/12541 K.
Yargıtay 11 HD. ,11.06.2013 T., 2011/9323 E., 2013/12117 K.
Yargıtay 11 HD., 11.05.2009 T., 2008/1536 E., 2009/5629 K.
Yargıtay 11. HD, 24.4.2012 T., 2011/15388 E., 2012/6651 K.
Yargıtay 11. HD, 04.10.2010 T., 2009/3528 E., 2010/9576 K.
Yargıtay 11. HD., 27.02.2013 T., 2012/4026 E., 2013/3565 K.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.2012 T., 2012/11-413 E., 2012/901 K.
Yargıtay 11. HD., 06.06.2011 T., 2009/13672 E., 2011/6844 K.
Yargıtay 11. HD., 10.01.2017 T., 2016/2358 E., 2017/139 K.,
Yargıtay 11. HD., 13.04.2009 T., 2008/517 E., 2009/4553 K.

SOSYAL DIŞLANMA, SOSYAL İÇERME VE VATANDAŞLIĞIN DÖNÜŐÖMÜ

SOCIAL EXCLUSION, SOCIAL INCLUSION AND THE TRANSFORMATION OF CITIZENSHIP

Duygu HATİPOĞLU AYDIN*

Özet: Hayatın çeşitli alanlarında yoksunluğa neden olan kurumsal mekanizmaları, ilişkileri ve davranışları içeren bir süreç olarak tariflenebilecek sosyal dışlanma ve bununla mücadelede sosyal içerme, son dönemde Avrupa sosyal politikasında ve hukuk metinlerinde yer alan kavramlardır. Bu çalışmada sosyal dışlanma ve sosyal içerme kavramları farklı boyutlarıyla ele alınmıştır. Ayrıca vatandaşlık kavramına değinilerek, sosyal dışlanmaya karşı sosyal içerme politikalarının, yaygın refah politikalarıyla tanımlanan sosyal vatandaşlıkta yarattığı dönüşüm vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Dışlanma, Sosyal İçerme, AB Sosyal Politikası, Sosyal Vatandaşlık, Vatandaşlığın Dönüşümü

Abstract: Social exclusion is a process which involves institutional mechanisms, relationships and behaviours that serve to deprivation in life. Social inclusion is a means for combating social exclusion. These concepts are used in European social policy and legislation. In this paper, the concepts of social exclusion and social inclusion in various dimensions will be put forward. Also the concept of citizenship will be mentioned. Then, the transformation of social citizenship in the context of social inclusion discourse and policies will be explained.

Keywords: Social Exclusion, Social Inclusion, EU Social Policy, Social Citizenship, Transformation of Citizenship

* Dr. Öğretim Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, duyguhatipoglu@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3153-5310, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.02.2021, Kabul Tarihi: 14.02.2021

I. Giriş

Sosyal dışlanma ve bununla mücadelede sosyal içerme tartışmaları, özellikle Avrupa sosyal politikasında ve hukuk metinlerinde yer alan kavramlardandır. Sosyal dışlanma, esas olarak Avrupa sosyal devletinin meselesi olarak 1970'lerden beri gündemdedir. Ancak sosyal dışlanma, dünyanın farklı bölgelerinde farklı şekillerde yaşanmaktadır. Sınıf altı (*underclass*), yeni yoksulluk sosyal dışlanma, yeni dünyanın sosyal problemlerini adlandırmak için kullanılırken,¹ sosyal dışlanma kavramının kökeninde yoksulluk tartışmaları olduğu söylenebilir.

Sosyal dışlanmanın tanımlanması çoğu zaman göreceli yoksulluğa benzese de sosyal dışlanma ve yoksulluğun eş anlamlı olmadığını vurgulamak gerekir. Sosyal dışlanma sadece bir yoksunluk durumu değildir, *yoksunluğa neden olan kurumsal mekanizmaları, ilişkileri ve davranışları da içeren bir süreçtir*. Sosyal dışlanma yoksulluktan çok, bunu ortaya çıkaran süreçlere odaklanmıştır.² Bu haliyle çok boyutlu, dinamik, ilişkisel, göreceli ve süreç odaklı bir kavramdır.³

Sosyal dışlanma ile mücadele için önerilen bir kavram olarak sosyal içerme, çok boyutlu sosyal dışlanmanın etkilerine karşı vatandaşları korumak, bu etkileri azaltmak söyleminde olsa da sosyal içerme için özellikle AB düzeyinde uygulanan politikalar, T.H. Marshall'ın kavramsallaştırdığı sosyal vatandaşlığın tanımında bir değişime işaret etmektedir. Sosyal içerme için önerilen ya da uygulanan politikalar, sosyal refah devletinin haklarının erozyonuna ve vatandaş tipinin değişmesine yol açmaktadır.

Bu çalışmada, vatandaşlık kavramının sosyal dışlanma ile mücadelede sosyal içerme politikalarıyla nasıl değiştiği ele alınmaktadır. Öncelikle sosyal dışlanma kavramı ve bununla mücadelede önerilen

¹ Hilary Silver, "Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion", *Social Exclusion: Rhetoric, Reality, Responses*, ed. Gary Rodgers, Charles G. Gore, José B. Figueiredo, International Institute for Labour Studies 1995, s. 58.

² Faruk Sapançalı, *Sosyal Dışlanma*, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İzmir 2003, s. 54.

³ Ruhi Saith, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", Oxford Department of International Development, Mayıs 2001, s. 6, http://www.qeh.ox.ac.uk/publications/wps/wpdetail?jor_id=230.

bir hat olarak sosyal içerme kavramı, bir politik hat ve hukuksal düzenlemeler toplamı olarak ele alınacaktır. Daha sonra sosyal boyutuyla vatandaşlık kavramına odaklanılacaktır. Devamında sosyal içerme politikalarıyla pasif vatandaşlıktan aktif vatandaşlığa dönüşüm tartışılacaktır.

II. Sosyal Dışlanma Kavramı

Sosyal dışlanma kavramı, ilk kez Rene Lenoir tarafından, 1974'te, bir şekilde toplum dışında kalmış, zihinsel veya bedensel engelliler, yaşlılar ve sakatlar, tek ebeveynli aileler, uyuşturucu kullananlar, suçlular, işsizlik sigortası kapsamına girmeyen işsizler için kullanılmıştır.⁴ Refah devletinin yeni sorunlara yanıt verememeye başladığı bir dönemde kavram, yeni ortaya çıkan işsizlik, gettolaşma ve aile yapısındaki değişiklikler gibi sorunlara referans verir hale gelmiştir.⁵ 80'li yıllarla birlikte 'yeni yoksullar'ın artması, refah devletinin yerini küresel pazarların genişlemesine bırakması gibi sebeplerle kavramın anlamı da değişmiştir.⁶

Sosyal dışlanmaya ilişkin bir tanım birliği olmadığı gibi, yoksulluğa ilişkin de bir tanım birliği olduğundan söz edilemez. Öte yandan yoksulluk, sosyal dışlanmayı etkileyen unsurlardan biridir. Yoksulluğun tanımında genellikle ekonomik göstergelerden yola çıkılmaktaysa da yoksulluğa dair başta gelir ve tüketim harcamaları olmak üzere birçok farklı kıstası kapsayan bir göstergeler yelpazesi mevcuttur.⁷ Yoksulluk, mutlak ve görel olarak iki şekilde tanımlanmaktadır. Mutlak yoksulluk gelir/tüketim harcamalarını kıstas alan, genellikle insanların ihtiyaçlarını karşılamak için yeterli kaynağa sahip olamama durumu olarak ya da mutlak asgari refah düzeyinin altında kalma durumu ve yaşamda kalabilmek için gerekli mal ve hizmetlere olan ihtiyaçların

⁴ Hilary Silver and S.M. Miller, "From Poverty to Social Exclusion: Lessons from Europe", in *Poverty&Race in America: The Emerging Agendas* (Lexington Books, 2006), s. 59.

⁵ Arjan De Haan, "Social Exclusion: Enriching the understanding of deprivation", *Studies in Social and Political Thought*, C. 2, S. 2 (2000), s. 23.

⁶ Seyhan Erdoğan, "Sosyal Politikada 'Avrupalı' Bir kavram: Sosyal Dışlanma", *Çalışma Ortamı Dergisi*, S. 75 (2004), <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=38>.

⁷ Fikret Şenses, *Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk*, İletişim Yayınları 2006, s. 62.

karşılanamaması durumu olarak tanımlanmaktadır. Mutlak yoksullukta, *“yaşamda kalabilmek için gerekli en düşük maliyetli gıda harcamalarının parasal değeri bir yoksulluk çizgisi oluşturmakta ve bu çizgiye ulaşamayanlar yoksul sayılmaktadır”*.⁸ Öte yandan görel yoksulluk, bir kişinin veya grubun yaşam düzeyinin, kendisinden daha yüksek gelire sahip bir referans grubunun geliriyle karşılaştırılması sonucunda ortaya çıkan bir olgudur.⁹ Görel yoksullar, *“temel ihtiyaçlarını mutlak anlamda karşılayabilen ancak kişisel kaynaklarının yetersizliği yüzünden toplumun genel refah düzeyinin altına kalan ve topluma sosyal açıdan katılmaları engellenmiş olanları”* ifade etmektedir.¹⁰

Sosyal dışlanma ise daha geniş bir kavram olarak, özellikle Avrupa refah devletinin kriziyle birlikte ve yeni liberal politikalar ve küreselleşme süreciyle değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır. Avrupalı bir anlayışla sosyal dışlanma gelir yoksulluğundan ayrılmaktadır. Yoksulluğun dağılımsal bir çıktı olduğu yerde, sosyal dışlanma, *“sosyalleşme, katılım, dayanışma ve sosyal haklar ve kaynaklara erişimin azaldığı ilişkisel bir süreç”*¹¹ olarak tarif edilmektedir. Yoksulluk analizleri, yoksulları saymanın yanında, yoksulluğu eğitim, emek piyasasındaki durum, cinsiyet ve mekân gibi özelliklerle ilişkilendirmesiyle, sosyal dışlanma kavramına yaklaşırlar. *“Kırılgnalık/riske açık olma” (vulnerability)*¹²

Sosyal dışlanmaya ilişkin bir tanım birliği yoktur ve sosyal dışlanmaya farklı bakış açıları mevcuttur. Hilary Silver, sosyal dışlanmayı üç paradigma açısından ele almaktadır.¹³ Dayanışma paradigması, uzmanlaşma paradigması ve tekeli paradigması. Her bir paradigmanın bütünleşme anlayışı, bütünleşme kaynağı, ideolojisi, söylemi ve yeni politik ekonomi modeli farklıdır.

⁸ Şenses, Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk, s. 63.

⁹ Şenses, Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk, s. 91.

¹⁰ Şenses, Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk, s. 91.

¹¹ Silver, Miller, “From Poverty to Social Exclusion: Lessons from Europe”, s. 58.

¹² De Haan, “Social Exclusion: Enriching the understanding of deprivation”, s. 30.

¹³ Silver, “Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion”, s. 57-79.

	Dayanışma Paradigması	Uzmanlaşma Paradigması	Tekelci Paradigma
Bütünleşme anlayışı	Grup dayanışması/kültürel sınırlar	Uzmanlaşma/ayrı alanlar/ karşılıklı bağımlılık	Tekel/Sosyal kapalılık
Bütünleşme kaynağı	Ahlaki bütünleşme	Değiş tokuş	Vatandaşlık hakları
İdeoloji	Cumhuriyetçilik	Liberalizm	Sosyal demokrasi
Söylem	Dışlanma	Ayrımcılık Sınıfaltı	Yeni yoksulluk, Eşitsizlik, sınıfaltı
Köken düşünürler	Rousseau, Durkheim	Locke, Madison, faydacılar	Marx, Weber, Marshall
Örnekler	de Foucauld, Xiberras Schnapper Costa-Lascoux Douglas, Mead	Stoleru, Lenoir, Shklar Aliport, Çoğulculuk, Chicago Okulu Murray	Dahrendorf, Room, Townsend Balibar, Silverman Gobelot, Bourdieu
Yeni politik ekonomi modeli	Esnek üretim Düzenleme Okulu	Vasıflar Caydırıcı önlemler Ağlar Sosyal sermaye	İşgücü pazarını bölümlendirme

Tablo 1: Hilary Silver, *Three paradigms of social exclusion*¹⁴

Fransız cumhuriyetçi düşüncede dışlanma, bireyle toplum arasındaki bağ kopması, sosyal dayanışmaya atıfla açıklanır. “Sosyal dayanışma”nın geleneksel ahlaki söylemi, Hristiyan hayırseverliğini, liberal bireyciliği, sosyalist sınıf çatışmasını ve sıkı politik vatandaşlığı, toplumsal bütünleşmenin nitelikli temelleri olarak reddeder ve üçüncü bir yol önerir: Bireysel hakları devletin sorumluluğu ile uzlaştırma. Cumhuriyetçi düşüncede, merkezinde değerlerin ve hakların paylaşıldığı, ahlaki topluluğun bulunduğu bir toplumsal sistem vardır ve böylesi bir ahlaki birlik ve eşitlik için, kapsayıcı aracılık kurumları bireylerin toplumla bütünleşmesi için çalışır.¹⁵ Bu yaklaşıma göre gruplar arasındaki kültürel ya da ahlaki sınırlar toplumsal olarak ikili

¹⁴ Silver, “Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion”, s. 62.

¹⁵ Sapancalı, *Sosyal Dışlanma*, s. 42.

kategoriler inşa eder. Dışlanma birey ve toplum arasındaki bağın kopmasıyla ortaya çıkar, maddi bağlardan çok kültürel ve manevi kökenli bağın kopması söz konusudur. Dışlanma da sapma ya da anomi gibi, sosyal uyumu hem tehdit eder hem pekiştirir. Dışlanmanın tersi "bütünleşme", ona ulaşma süreci de "katılım"dır. Dayanışma paradigmasının odaklandığı nokta, grup sınırlarını belirleyen ulus, ırk, etnisite, yerellik ve diğer kültürel ya da en eski bağlardaki dayanışmadan dışlanmadır.¹⁶

Anglo-Amerikan liberalizmde, dışlanma uzmanlaşmanın sonucu olarak ortaya çıkar: sosyal farklılık, emeğin ekonomik bölünmesi ve alanların ayrılması. Toplumda bireyler farklılaşır. Toplumsal düzen, özerk bireyler arasında, kendi çıkar ve motivasyonlarıyla gönüllü değişim ağıdır. Uzmanlaşmış toplumsal yapılar ayrı, rekabet eden, değişim yoluyla birbirine bağımlı hale gelen, eşitsiz olmayan yapılarıdır. Bireyler kendi tercihlerinin sonucunda ya da diğer aktörlerle olan pazarlık ve çıkar biçimleri nedeniyle dışlanabilirler. Dışlanmanın pek çok sebebi ve boyutu olabilir.¹⁷

Ayrı sosyal alanların varlığı nedeniyle dışlanmanın birçok nedeni ve boyutu olabilir. Bir birey her alanda dışlanmış olmak zorunda değildir. Bu paradigmaya göre uzmanlaşma özgürlükleri korur. Bireysel seçme özgürlüğü, grup aidiyetlerini ve sadakatlerini enine keser ve toplumsal bütünleşmeyi artırır. Dışlanma, sosyal mübadeleye katılım için bireysel özgürlüğü engelleyen grup sınırlarına kadar genişletilirse, yani grup sınırları sosyal değişimlerde gruba katılım için bireysel özgürlüklere engel olursa, dışlanma "ayrımcılığın" bir biçimi olarak ortaya çıkar. Liberal devletin bireysel haklar kadar, grup haklarını ve piyasa rekabetini korumasının, bu dışlanma biçimini engellediği iddia edilmektedir.

Tekelci paradigma, dışlanmayı grup tekeli oluşumunun bir sonucu olarak görür. Max Weber'e atıfla, grup sınırları -statü- sosyal sınıfın potansiyel olarak bağımsız bir egemenlik kaynağıdır. Toplum, kaynakların farklı gruplarca kontrol edildiği bir hiyerarşik yapı olarak

¹⁶ Silver, "Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion", s. 66-67.

¹⁷ Silver, "Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion", s. 68-69.

kabul edilir. Statü grupları güç ilişkilerinin görünümüdür. Sosyal onur ve saygı talep ederler, kendi bilinçleri, tüketim alışkanlıkları ve yaşam tarzları vardır. Tekelin maddi, hukuki ya da diğer biçimleri, grubun ayrıcalıklı halini sürdürür. İkincil ya da uygunsuz olan dışarıdakilerin olanaklarını kapatarak, grubun avantajları grup tekeline alınır. Olanaklara ve kaynaklara ulaşımın sınırlanmasıyla, “kapanma” bir bütün olmanın faydalarının artmasına imkân verir. Weber’e göre böyle bir “kapanma”, dışlananların, dışlanmaya tepkisine ve direnmesine yol açabilir. Sosyal “kapanma”, kurumlar ve kültürel ayrımlar, sınırlar yarattığında ve eşitsizliği sürekli kılmak için kullanıldığında başarılıdır. Tekel, içeride eşit olmayanlar arasında ortak çıkar bağı yaratır. Dışlananlar, dışarıdakilerdir ve hakimiyet altındadırlar. Dışlanmanın özel sınırları ulus devletler, yerellikler, şirketler ya da sosyal gruplar arasında ya da içinde çizilebilir.¹⁸ Tekelci paradigma sosyal demokrasiye dayanır ve dışlanma, sınıf, statü farklılıkları ve kapsadığı grubun çıkarlarına hizmet eden gücün sonucu olarak ortaya çıkar.

Ruth Levitas ise sosyal dışlanmayı üç farklı söylem üzerinden tanımlamaktadır. Ona göre sosyal dışlanma, içerilen çoğunluk ile dışlanan azınlık arasında toplumdaki bölünmeye dair bir tartışmadır.¹⁹ Sosyal dışlanmayı açıklayan üç farklı yaklaşım RED (*Redistributive discourse*)- yeniden dağılımcı söylem, MUD (*moral underclass discourse*)- ahlaki sınıfsız söylemi ve SID (*social integrationist discourse*)- sosyal bütünleşmeci söylemdir.

Yeniden dağılımcı söyleme göre, yoksulluk sosyal dışlanmanın ana nedenlerinden biridir ve yardımların miktarındaki artışla yoksulluğun azaltılması mümkündür. Bu söylemde ücretsiz çalışma (özellikle ev içi emek) görünürdür ve buna değer biçme potansiyeli vardır. Yeniden dağılımcı söylem, sosyal dışlanmanın zıttı olarak geniş tanımlı bir vatandaşlık önerir, burada ekonomik vatandaşlık kadar sosyal, politik ve kültürel vatandaşlığa da vurgu vardır; bu bakımdan eşitsizlik eleştirisini, maddi içeriği kapsayacak ancak bununla sınırlamayacak şekilde genişletir.²⁰ Eşitsizliği üreten süreçlere odaklanır ve eşitsizliğin

¹⁸ Silver, “Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion”, s. 68-69.

¹⁹ Ruth Levitas, *The Inclusive Society? Social Exclusion and New Labour*, 2. baskı, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York 2005, s. 7.

²⁰ Levitas, *The Inclusive Society?* s. 14.

radikal şekilde azaltılması için kaynakların ve iktidarın yeniden dağılımını önererek, Silver'in bahsettiği tekelci paradigma ile örtüşür.

Ahlaki sınıfaltı söylemine göre, refah devletinin sağladığı yardımlara olan ekonomik bağımlılık, dışlanmaya yol açan bağımlılık kültürünün oluşmasında önemli bir rol oynar. Yoksulluğun yapısal kökenlerine değil, bireylerin ahlaki ve kültürel karakter özelliklerine odaklanması; çalışmayan ve yardımlarla yaşayan kişilerin aylak, suçlu ve çalışma ahlakı olmayan yoksullara dönüşmeleri ve bunların dışlanmış sayılmaları söz konusudur.²¹ Yoksulların davranışlarına odaklanması, dışlanmayı bireyin bir sorunu olarak görmesi sebebiyle, uzmanlaşma paradigması ile örtüşür. Bu söylemde yardımların bağımlılığı özendirebilmesi karşısında, yoksulların aktif iş gücü piyasalarında yer alarak içerilmeleri önerilir. Toplumun geri kalanındaki eşitsizlikler göz ardı edildiği gibi, özellikle ABD'de siyah nüfusun sınıfaltı olarak tanımlanmasındaki güçlü eğilimler nedeniyle söyleme ırksal unsurlar eklenir. Ücretsiz (ev içi) emeğin görülmemesi, bekar annelerin sınıfaltı kültürünü devam ettirmelerine ilişkin vurgu, devlete olan bağımlılığın sorun olarak tanımlanıp, özellikle kadın ve çocukların erkeklere olan kişisel ekonomik bağımlılığının problem olarak addedilmemesi, söylemin cinsiyetçi unsurlarını ortaya koymaktadır.²²

Sosyal bütünleşmeci söylem, dışlanma sürecini dinamik ve çok boyutlu bir süreç olarak ele alır. Dışlanma yalnızca işsizlik ve/ya düşük gelirle değil, aynı zamanda barınma koşulları, eğitim düzeyi ve fırsatları, sağlık, ayrımcılık, vatandaşlık ve yerel bütünleşme süreçleriyle ilgilidir. Ancak bu çok boyutlu sürece karşı içerme, işgücü piyasalarına katılımı sınırlıdır.²³ Toplumla bütünleşme ve çalışma hayatı için gerekli olan temel beceriler ile teknik ve sosyal becerilerin yokluğu dışlanmaya yol açmaktadır.²⁴ Bu söylemin, içermeyi çalışmayla sınırlaması sonucu, ücretli çalışanlar arasındaki eşitsizler, emek piyasasındaki sınıf eşitsizlikleri ve cinsiyet ayrımı belirsizleşir. Ücretsiz çalışma sorunu yeterince vurgulanmaz, ücretsiz çalışmanın ve buradaki cinsiyet ayrımının görmezden gelinmesi sonucu, kadınların toplam iş

²¹ Levitas, *The Inclusive Society?* s. 15.

²² Levitas, *The Inclusive Society?* s. 16-21.

²³ Levitas, *The Inclusive Society?* s. 23.

²⁴ Levitas, *The Inclusive Society?* s. 24.

yükünde bir artış ortaya çıkar.²⁵ Söylemin dışlanmayı, toplumsal yaşamın dışında kalma ve içermeyi de çalışma ile sınırlaması, Silver'in dayanışma paradigmasıyla uyum sağlar.

Bahsedilen paradigmlar ve söylemler ideal tiplerdir. Avrupa devletlerindeki farklı refah rejimleri, bu özelliklerin farklı yoğunluklardaki bileşiminden meydana gelir. Burada paradigmlar ve örtüşen söylemler meta dışlaşma ve tabakalaşma seviyeleriyle değerlendirilebilir. Meta dışlaşma refahın piyasa dışında sağlanabilme derecesi, yani iş gücü piyasalarına tamamıyla bağlı olmaktan çıkarılması, bir diğer deyişle iş gücünün meta olmaktan çıkarılma derecesi iken, tabakalaşma, refahın sosyal tabakalar arasında ne ölçüde eşit dağıtıldığı ile ilgilidir. Sosyal demokrat refah rejimleri, tekelci paradigma ve yeniden dağılımcı söylem ile uyumlu ve meta dışlaşma seviyesinin en fazla olduğu rejimlerdir. Liberal refah rejimleri uzmanlaşma paradigması ve ahlaki sınıf altı söylemine uygun ve meta dışlaşmanın en az olduğu rejimlerdir. Burada refah tamamen çalışmaya bağlıdır, refah aktörleri olarak devletin ve ailenin rolü az, piyasanın rolü fazladır. Muhafazakâr-korporatist refah rejimlerinde, dayanışma paradigması ve sosyal bütünleşmeci söylemle uyumlu şekilde, ailenin rolünün en fazla, piyasanın rolünün ortada olduğu yerde, devletin rolü tamamlayıcıdır.²⁶ Bu bağlamda sosyal dışlanmanın farklı ülkelerde ve farklı refah rejimleri açısından farklı anlamlara geldiği söylenebilir.

Sosyal dışlanma esas itibariyle Avrupalı bir kavram olsa da²⁷, değişik açılardan ve farklı coğrafyalar bağlamında ele alınmıştır. Örneğin Amartya Sen, sosyal dışlanmayı, yoksulluk ve yoksunluk ile bağlantılı şekilde, "kapasite yoksunluğu" ile açıklar.²⁸ Ona göre yoksulluk sadece gelir açısından değil, kötü yaşama olarak görülmelidir. Gelir, yoksunluğun olmadığı bir hayat için önemli bir araçtır ancak tek araç değildir. Bu halde yoksulluk, asgari düzeyde iyi bir yaşam sürdürme imkanından/ kapasitesinden yoksunluktur.²⁹ Burada yoksulların neye

²⁵ Levitas, *The Inclusive Society?*, s. 26-27.

²⁶ Margaret May, "Sosyal Politikada Karşılaştırmalı Çalışmaların Rolü", *Sosyal Politika-Kuramlar ve Uygulamalar*, ed. Pete Alcock, Margaret May, Karen Rowlingson, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 550.

²⁷ Erdoğan, "Sosyal Politikada 'Avrupalı' Bir kavram: Sosyal Dışlanma".

²⁸ Amartya Sen *Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny*, Asian Development Bank 2013, s. 3.

²⁹ Sen, *Social Exclusion*, s. 4.

sahip oldukları ya da olmadıkları değil, ne yapabildikleri odak noktasıdır.³⁰ Sosyal dışlanma da bu imkân/kapasite yoksunluğunun bir parçası olarak ortaya çıkabilir ve/veya araçsal olarak farklı kapasite aksamalarının da sebebi olabilir. Sosyal dışlanmayı yoksulluğa ilişkin bir yaklaşım olarak görme durumu, yoksulluğu kapasite yoksunluğu olarak gören bir anlayışın içinde kolayca yer alabilir.³¹ Sen için sosyal dışlanma fikrinin asıl önemi, kapasite yoksunluğundaki yoksulluk deneyiminin ilişkisel özelliklerini vurgulanmasında yatar.³²

Farklı tanımlamalara rağmen, sosyal dışlanma kavramına dair ortak özellikler tespit edilebilir. Her şeyden önce sosyal dışlanma çok boyutlu bir kavramdır.³³ Çok boyutluluk, dışlanmışlığın ya da yoksunluğun farklı kaynaklarının olması ve ekonomik, sosyal, kültürel farklı süreçlerle ilgili olmasıdır. İnsanlar iş gücü piyasasından, gelirden, geçim kaynaklarından, mülkiyet haklarından, barınma olanaklarından, asgari tüketim olanaklarından, eğitimden, refah devletinden, yurttaşlık haklarından, kişisel ilişkilerden ve uyumdan dışlanmış olabilir. Örneğin uzun süreli işsizlik biçiminde ortaya çıkan iş gücü piyasalarından dışlanma, sosyal ve kültürel değerlerle ilgili ekonomik dışlanma, kültürel dışlanma, özel ve kamuya ait refah uygulamalarının ve kurumların kısıtlanması sonucu ortaya çıkan kurumsal dışlanma, sosyal dışlanmanın farklı boyutlarına ilişkindir.³⁴ Sosyal dışlanma, yoksunlaşmaya yol açan ilişkilere ve süreçlere odaklanır.³⁵ İlişkisel bir süreç olarak, dışlanma, sosyal izolasyona, reddedilmeye, küçük düşmeye, sosyal destek ağlarının yokluğuna ve katılım önünde engellere yol açar. Kavramın bağlamsallığı bir başka özelliğidir.³⁶ Her ülkenin, coğrafyanın, toplumsal tabakanın özelliklerine göre, sosyal dışlanma kavramının içeriği değişebilmektedir.

³⁰ De Haan, "Social Exclusion: Enriching the understanding of deprivation", s. 31.

³¹ Sen, Social Exclusion, s. 5.

³² Sen, Social Exclusion, s. 6.

³³ De Haan, "Social Exclusion: Enriching the understanding of deprivation", s. 26; Silver, Miller, "From Poverty to Social Exclusion: Lessons from Europe", s. 59; Sapançalı, Sosyal Dışlanma, s. 22; Saith, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", s. 10.

³⁴ Sapançalı, Sosyal Dışlanma, s. 22-23.

³⁵ De Haan, "Social Exclusion: Enriching the understanding of deprivation", s. 26; Silver, Miller, "From Poverty to Social Exclusion: Lessons from Europe", s. 59; Sen, Social Exclusion, s. 6; Saith, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", s. 11.

³⁶ Silver, Miller, "From Poverty to Social Exclusion: Lessons from Europe", s. 59.

Kökenleri itibariyle Avrupa refah devletinin kriziyle birlikte tartışılmaya başlanan sosyal dışlanma, üçüncü dünya da denilen, az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde, Avrupa ya da Anglo-Sakson kullanımlarından farklı anlamlara gelebilmektedir. Ruhi Saith bunu birkaç başlık altına örnekler. Örneğin refah devletinden dışlanma halinde Avrupa refah devletlerinde zaten nüfusun çok az bir kısmı refah güvencelerinden yoksun olduğundan bir dışlanmadan söz edilebilmektedir. Oysa gelişmekte olan ülkelerde, refah devleti uygulamaları kural değil, çoğunlukla istisnadır. Örneğin sosyal güvencede, istihdamın ve gelirin, formel bir ilişkide kayıt altına alındığı koşullar baz alınmaktadır. Yani işçinin geliri bellidir, işveren geliri olduğu gibi bildirir, çalışanlar kayıtlıdır. Ancak gelişmekte olan ülkelerde, kayıt dışı istihdam, tarım sektöründe ve enformel sektörde kayıt dışı çalışma yaygındır ve formel bir işçi-işveren ilişkisi mevcut olmayabilir. Bu halde çoğunluğun dışlanması söz konusu olacaktır. Yine gelişmekte olan ülkelerde sosyal güvenlik sisteminin kapsamı da düşüktür. Bu ülkelerde insanların sosyal güvence sisteminin dışında yer almaları baz alınarak sosyal olarak dışlandıklarının varsayıldığı durumda, nüfusun büyük çoğunluğu dışlanmış olacaktır.³⁷ Benzer bir durum koruyucu ve destekleyici sosyal güvenceler bakımından da geçerlidir.³⁸ İstihdamla ilişkili şekilde sosyal dışlanmada, rakamlar çok çarpıcı sonuçlar ortaya koymaktadır. Örneğin Hindistan'da, kadınların %92'sinin, erkeklerin %80'inin, nüfusun %83'ünün enformel sektörde çalıştığına ilişkin veriler mevcuttur. Burada istihdam açısından Batılı kriterler kullanılırsa, nüfusun büyük bölümünün işsiz olarak dışlanmış olduğu sonucuna varılacaktır.³⁹

Sosyal dışlanmayla paralel kavramlar olarak bazı refah devleti haklarından (sağlık, eğitim, barınma, su, halk sağlığı ve sosyal güvenlik), temel sosyal ve politik haklardan dışlanma, etnik kimlik, cinsiyet temelli dışlanma gibi başlıklarla birlikte, Saith, sosyal dışlanma olarak adlandırılan pek çok çalışmanın önceki çok boyutlu yoksulluk çalış-

³⁷ Saith, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", s. 6.

³⁸ Saith, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", s. 7.

³⁹ Saith, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", s. 7.

malarına oldukça benzediğini belirtir. Topraksızlığı irdeleyen yoksulluk çalışmaları artık “topraktan dışlanma”, toplumsal cinsiyet, kast ya da ırk temelli ayrımcılık üzerine çalışmalar artık “toplumsal cinsiyet, kast ya da ırk temelli dışlanma”, sağlık, beslenme ve eğitimde erişime odaklanan çalışmalar artık temel haklardan ya da temel imkanlardan dışlanma, çocuk emeği çalışmaları artık güvenceli çocukluktan dışlanma, gelir yoksulluğa hakkındaki çalışmalar artık yoksulluğa bağlı dışlanma olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰

Sosyal dışlanma kavramının aslında neo-liberal politikaların çıktılarını görünmez kıldığını belirtmek mümkündür. Özkaplan, Yücesan-Özdemir ve Özdemir, sosyal dışlanma kavramının öncelikle “sınıf” kavramını dışladığını, toplumsal eşitsizliklerin analizinde sınıf tartışmalarını etkisizleştirdiğini belirttiler.⁴¹ Sosyal dışlanma kavramıyla, kapitalizmin yarattığı “*aynı eşitsizlik sürecinin farklı kavramlarla zaman ve mekâna özgü yeni bir gerçeklik gibi sunulması istenmektedir.*” Ayrıca sosyal dışlanma kavramıyla Avrupa’nın sosyal demokrasi geçmişi de görünmez kılınmaktadır.⁴²

III. Sosyal Dışlanmayla Mücadelede Sosyal İçerme Kavramı

Nasıl ki sosyal dışlanmanın ne olduğu konusunda bir tanım birliği yoksa, sosyal dışlanma ile mücadelenin araçlarının ne olacağı da üzerinde uzlaşmış bir konu değildir. Bir yandan kavramın esnekliği, içeriğinin değişen konumlara göre farklılaşabilmesi mücadele araçlarını da değiştirmekte ve bazen birbirinden uzak noktalara götürebilmektedir.

Sosyal dışlanma ile mücadelede esas olarak üç ana yaklaşım olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, küreselleşmenin olumsuz etkileri karşısında, ezilenlerin küresel hak mücadelelerini geliştirmeye çalışan ve “aşağıdan küreselleşme”nin mümkün olduğunu savunan, “küresel sol” olarak adlandırılabilir yaklaşımdır.⁴³ Burada, yeni toplumsal

⁴⁰ Saith, “Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries”, s. 9-10.

⁴¹ Nurcan Özkaplan, Gamze Yücesan Özdemir, Ali Murat Özdemir, “Sosyal Dışlanma ‘Ne’yi Dışlar? Avrupa Üzerine Notlar”, Mülkiye, C. 29, S. 248 (2005), s. 90.

⁴² Özkaplan, Yücesan Özdemir, Özdemir, “Sosyal Dışlanma ‘Ne’yi Dışlar? Avrupa Üzerine Notlar”, s. 91.

⁴³ Bu alanda yapılmış pek çok çalışma bulunmakla birlikte bkz. Boaventura De So-

hareketlerin gündeminde yer alan sosyal dışlanmaya karşı mücadelede küresel ve yerel mücadelelerin temelde gündemlerinin ve mümkün olduğu ölçüde eylemliliklerinin ortaklaştırılması, küresel destek eylemleri örgütlenmesi, dönüştürücü bir anayasa oluşturulması, demokrasinin demokratikleştirilmesi ya da yeni ve daha demokratik kolektif katılımcı politik süreçler için mücadele edilmesi, dayanışma, karşılıklılık ve hibe temelli bir şekilde üretimin, değişimin ve tüketimin alternatif biçimlerinin ve başka ekonomilerin oluşturulması ve kültürler arası perspektiften bir insan hakları anlayışı oluşturma çabası söz konusudur. İkincisi, liberal ve neo-liberal tezlerle hareket eden ve odak noktası mevcut ekonomi politikalarının işleyişini sağlamlaştırmak olan, sosyal dışlanmaya karşı mücadeleyi sistemin işleyişine bir katkı olarak gören bir anlayıştır. Başta Dünya Bankası olmak üzere, genel olarak uluslararası ekonomik kurum ve kuruluşların yoksullukla ve sosyal dışlanmayla mücadele programları burada yer alır. Üçüncü cephe Avrupa Birliği olarak ele alınabilir. İleride tartışılacağı gibi, esasen Avrupa Birliği ekonomik bir birlik olmakla ve Avrupa sosyal politikası da ekonomik kurallara tabi şekilde gelişmekle birlikte, tarihsel süreç içinde elde edilen sosyal devlet kazanımları, gelinen noktada sosyal dışlanma ile mücadelede Avrupa sosyal politikasını sosyal dışlanmaya karşı farklı araçlar öneren bir konuma getirmektedir. Sosyal dışlanma ile mücadelede, ikinci ve üçüncü yaklaşımların politikaları “sosyal içerme” başlığı altında ele alınabilir. Sosyal içerme kavramı da sosyal dışlanma kavramı gibi bağlamına göre farklı içeriklere sahip olabilmektedir.

Sosyal içerme politikaları oluşturulurken, sosyal dışlanmanın ne olduğuna dair bir tespit yapılmakta, bunun için de sosyal dışlanmanın ölçülmesi gündeme gelmektedir. Sosyal dışlanma çalışmaları genel olarak doğrudan yoksulları ve marjinalleri odağına almaktadır. Çok boyutlu kümülatif dezavantajlılık durumu olarak sosyal dışlanmanın

usa Santos, *The Rise of the Global Left: The World Social Forum and Beyond*, Zed Books 2006; Boaventura De Sousa Santos, “Globalizations”, *Theory, Culture & Society*, C. 23, S. 2-3 (2006), s. 393-99, doi:10.1177/026327640602300268; Boaventura De Sousa Santos, César A. Rodríguez-Garavito (ed.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press 2005; De Sousa Santos, *The Rise of the Global Left*; Ronaldo Munck, *Globalization and Social Exclusion: A Transformationalist Perspective*, Kumarian Press 2005 ayrıca bkz alice project <http://alice.ces.uc.pt/en/>.

ayrıntıları için çeşitli göstergeler, farklı çalışmalarda ortaya konmuştur.⁴⁴ Sosyal dışlanma kavramı ile paralel kavramlar hakkında çalışmalar da mevcuttur. Örneğin bazı temel refah devleti haklarından dışlanma, temel sosyal ve politik haklardan dışlanma, bazı bölgelerdeki dışlanma biçimleri, belirli grupların (işsizler, ev kadınları, çalışan kadınlar ve benzeri) dışlanma süreçleri, dışlanacağı muhtemel gruplar hakkındaki çalışmalar (Rusya’da uzun dönemli işsizler, Yemen’de günlük işçiler, Tayland’da enformel sektör çalışanları ve köprü altında yaşayan evsizler ve benzeri).⁴⁵

Sosyal dışlanmanın ölçülebilir hale getirilmesi için, örneğin AB Sosyal Koruma Komitesi Ekim 2001’de belirlediği birincil ve ikincil göstergeler ile, üye devletler açısından ortak bir dizi ölçüm başlığı oluşturmuştur. Birincil göstergeler gelir, istihdam, sağlık ve eğitim boyutlarına ilişkin niceliksel veri sağlamaktadır. Birincil göstergeler, düşük gelir oranı, gelir dağılımı, düşük gelirin sürekliliği, gelir düzeyinin düşüklüğünün seviyesi, bölgesel uyum, uzun dönem işsizlik oranları, hanedeki işsiz sayısı, eğitimi erken yaşta bırakanların oranı, doğumda yaşam beklentisi ve sağlık durumuna ilişkin algıdır. İkincil göstergeler ise bu verileri ayrıntılandırmaktadır.⁴⁶ Daly ve Mary bu göstergelerin durum tespitini ayrıntılı şekilde yaptığını ancak bu tip çalışmaların, dışlayanların kim olduğunu, bazı grupların, kendi refahlarını artırmak için nasıl diğer grupların kaynaklara erişimini kısıtladıklarını açıklamadığını belirtirler.⁴⁷

Sosyal dışlanma geniş bir bağlamda toplumsal ilişkilerin dışında kalma olarak tanımlanırsa, sosyal içerme de bu kopan bağı yeniden kurma anlamına gelir. Sosyal içerme, Dünya Bankası, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, ILO gibi uluslararası örgütlerin gündeminindedir. Dünya Bankası’nın sosyal dışlanma ve yoksullukla mücadele

⁴⁴ Mary Daly, Hilary Silver, “Social Exclusion and Social Capital: A Comparison and Critique”, *Theory and Society*, C. 37, S. 6 (2008), s. 549, doi:10.1007/s11186-008-9062-4.

⁴⁵ Saith, “Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries”, s. 8-9.

⁴⁶ Social Protection Committee, “Report on Indicators in the field of poverty and social exclusion”, Council of The European Union Social Protection Committee 10.2001, s. 3-4, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press-data/en/misc/DOC.68841.pdf.

⁴⁷ Daly, Silver, “Social Exclusion and Social Capital”, s. 550.

ve sosyal içermenin sağlanması için önerdiği araçlardan biri “sosyal sermaye”nin güçlendirilmesidir. Sosyal sermaye, parasal, fiziksel sermaye gibi ölçülebilen bir şey olmayıp, insan ilişkilerine vurgu yapan bir kavramdır. Toplumsal ilişkiler bağlantılılık, güven ve takas (değişim) anlamına gelir, toplumsal ilişkiler servettir. Sosyal sermaye, sivil toplumun ekonomik ve yönetim etkilerine ve belirli tipte sosyal ilişkilerin etkilerine, kısaca iş birliği ve katılım ile kazanılan faydalara odaklanır. Kavramın toplumsal ilişkileri araçsallaştırmaya eğilimli olduğu söylenir. Arkadaşlar, aile “yatırım” olarak görünür. Sosyal bağlar, kaynaklar olarak işlevli olduğu sürece ilgi çekicidir. Bağlar, ağlar, takaslar; bunlar ekonomik kaynaklara ve sosyo-ekonomik hareketliliğe dönüşebilme potansiyeline sahiptir ve bu nedenle ekonomik gelişme için bir araç olarak görünür.⁴⁸ Sosyal sermaye, Dünya Bankası tarafından yoksulluğu azaltma stratejilerinden biri olarak öne çıkarılmaktadır.⁴⁹

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta, Avrupa Birliği’nin (AB) sosyal içerme politikalarıdır. Esasen bu politikalar, vatandaşlığın dönüşümünü anlamlandırmak açısından önemli veriler içermektedir. Sosyal dışlanma ve yoksullukla mücadelede Avrupa sosyal politikasının rol haritasının farklı hukuksal düzenlemelerle çizildiği görülür. Öncelikle AB sosyal politikasına dair üç farklı yaklaşımdan bahsetmek gerekir. Birincisi, AB sosyal politikasının “sosyal boyutu”nun boş, aksak ve sınırlı, ulusal sosyal politikada, ulus üstü bir model yoluyla sistemik değişiklikler yapmakta başarısız olduğunu söyleyen yaklaşımdır. İkincisi, belirli konulara ve AB sosyal politikaları ile bütünleşmeye odaklı yaklaşımdır. Üçüncüsü, daha sosyolojik bir yaklaşım, AB sosyal gerçekliğine bakmak gerektiğini söyleyen, AB’ye kendi başına, üye devletlere de sosyal kimlik, kurumlar ve sosyal ilişkiler kadar ulusal sınırları da aşan bir sosyal alana odaklanan yaklaşımdır.⁵⁰ Her ne kadar AB bir birlik olsa da bu birlik temelde ekonomik bir birliktir ve Avrupa sosyal politikası olarak, tüm üye devletleri bağlayan ortak bir politika ve uyulması zorunlu ortak kurallar yoktur.

⁴⁸ Daly, Silver, “Social Exclusion and Social Capital”, s. 545.

⁴⁹ World Bank, “World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty.”, Oxford University Press 2001, <http://hdl.handle.net/10986/11856>.

⁵⁰ Mary Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, C. 44, S. 3 (2006), s. 462-63, doi:10.1111/j.1468-5965.2006.00631.x.

AB düzeyinde sosyal politikada emek, işsizlik, çalışan hakları, iş sağlığı ve güvenliği, cinsiyet eşitliği ile ilgili konuları görmek olağandır. Avrupa Birliği'nin, sosyal koruma ve sosyal içerme araçları açısından belirlediği öncelikli alanlar şu şekildedir:

“- İşgücü piyasasına katılımı arttırmak (bu tüm üye devletler bazında en öncelikli politik araç olarak kabul edilmektedir);

- sosyal koruma sistemlerini modernleştirmek (özellikle hızla yaşlanan nüfus ve değişen istihdam biçimleri karşısında ciddi sorunlar yaşayan emeklilik sistemine ilişkin olarak çalışma yaşamını uzatmak ve bu alanda kamu emeklilik programları yanında özel emeklilik programlarını arttırmak);

- formel ve mesleki eğitimdeki dezavantajları ortadan kaldırmak;

- çocuk yoksulluğunu ortadan kaldırmak;

- insana yakışır barınma koşulları sağlamak; uzun dönemli sağlık bakım hizmetleri, sosyal hizmetler ve ulaşım hizmetlerine erişimi sağlamak;

- özürlü, etnik azınlık ve göçmenlerin topluma olan entegrasyonunu arttırmak ve ayrımcılık ile savaşmak.”⁵¹

Ancak bu alanlar genel olarak Avrupa topraklarında sosyal politikada merkez alanlar değildir. Ulusal düzeyde sosyal politikanın merkezinde sosyal koruma ve gelir dağılımı bulunmaktadır ancak bu alanlar da AB sosyal politikasında en boş noktalardır.⁵² Etkili bir ortak Avrupa sosyal politikasının oluşmamasında, üye devletlerin farklı refah rejimlerine sahip olması da etkilidir. Ayrıca birliği kuran Roma Antlaşmasında, ekonomik entegrasyon ve ekonomik büyüme amaçlanırken, emeğin serbest dolaşımı, iş sağlığı ve güvenliği, eşit işe eşit ücret gibi sosyal politika konuları, ekonomik büyüme, rekabet eşitliği sağlamak gibi saiklerle gündeme alınmıştır. Burada sosyal politika alanlarının ekonomi politikalarına tabiiyeti söz konusudur.⁵³ Cinsiyet eşitliği, çalışma hakları, AB içinde ve yabancı işçilere ayrım-

⁵¹ Şenay Gökbayrak, “Avrupa Birliği'nin Sosyal Koruma Sorunsalı Olarak 'Sosyal İçerme Politikaları' - Sosyal Politika | Fişek Enstitüsü”, *Çalışma Ortamı Dergisi*, (06.2006), <https://sosyalpolitika.fisek.org.tr/avrupa-birligi%e2%80%99nin-sosyal-koruma-sorunsali-olarak%e2%80%9csosyal-icerme-politikalari%e2%80%9d/>.

⁵² Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 463.

⁵³ Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 468.

cılık yapılmaması konuları bakımından hak temelli yasalar mevcut olmasına rağmen, bunların dışında kalan alanlar, örneğin sosyal koruma, barınma, engelliler ve yaşlılar hakkında politikalar, aile politikaları ve benzeri alanlar ulusal politik iradelere bırakılmış, bu alanlarda yasal düzenleme yapılmamış, “yumuşak hukuk” teknikleri kullanılmıştır.⁵⁴ AB düzeyinde sosyal politikanın ikincil pozisyonda olduğu söylenebilir.⁵⁵

2000 yılının başında Lizbon’da toplanan Avrupa Konseyi (Lizbon olarak anılacaktır), AB gelişimi ve politika yapma metodolojisi için bir model önermiştir. Lizbon’un şiarı iş, rekabet ve sosyal uyum odaklı “bilgi temelli ekonomi”dir. Amaç AB’yi dünyanın en dinamik ve rekabetçi ekonomik alanı yapmaktır. Sosyal politika alanında da “sosyal korumanın modernizasyonu” söylemi öne çıkmıştır. Bunun anlamı, özellikle emeklilikte sosyal yardımların devamlılığının desteklenmesi ve sosyal içermeyi teşvik etmektir. Bunun altında yatan felsefe de aktivasyondur.⁵⁶ Yaklaşım itibarıyla Lizbon, ortak ilkeler, gözden geçirme ve müzakere üzerine kurulu, istihdam alanında 1997’den, ekonomik politika alanında daha öncesinden sürdürülen politika yapma biçimini genişleten bir metodolojiyi yasalaştırmıştır.⁵⁷ Sosyal dışlanma ile mücadelede ortaya konan açık iş birliği metodu⁵⁸, pek çok alanda kullanılan ve genelde hükümetler arası iş birliğidir. Bu metot, sosyal politika alanında değişim yaratmak amacını temelde üye ülkelerin gönüllü iş birliğine, bağlayıcı olmayan amaçlara ve rehberlere dayandıran, ülke deneyimlerinden yola çıkarak en iyi uygulamalara ulaşmayı hedefleyen bir yöntemdir.⁵⁹ Açık iş birliği metodu sadece politikaların çıktılarına değil, aynı zamanda sürece odaklanır. Amaç politika deneyimleri ve pratiklerinin paylaşımı, bunlardan öğrenme ve Avrupa politikasını

⁵⁴ Jo Hunt, “Combating Social Exclusion: The EU’s Contribution”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, C. 27, S. 1 (2005), s. 114, doi:10.1080/09649060500085974.

⁵⁵ Chiara Saraceno, “The Undercutting of the European Social Dimension”, s. 1, (13.05.2015), <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01070426/document>.

⁵⁶ Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 465-66.

⁵⁷ Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 466.

⁵⁸ David M. Trubek, Louise G. Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, *European Law Journal*, C. 11, S. 3 (2005), s. 343-65.

⁵⁹ Yonca Saka, Avrupa Birliği Sosyal Politikasının Gelişimi ve Türkiye’nin Avrupa Birliği Sosyal Politikasına Uyumu, Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s. 49.

ulusal bağlamlara uygulamaktır. Esnek ve katılımcı bir yaklaşım sunar.⁶⁰ Ancak açık iş birliği metodunda hak temelli ya da hak oluşturan yaklaşımdan bir uzaklaşma da söz konusudur.⁶¹

2000 yılının aralık ayında Nice’de gerçekleştirilen Konsey toplantısında (Nice olarak anılacaktır), yoksulluk ve sosyal dışlanma ile mücadelede dört genel hedef belirlenmiştir: İstihdama katılım ve tüm kaynaklara, haklara ve hizmetlere erişimin kolaylaştırılması; dışlanma risklerinin önlenmesi, korunmaya en muhtaç olanlara yardım edilmesi; konuyla ilgili tüm tarafların harekete geçirilmesi. Nice’de kabul edilen ilkelerin, katılım, önleme, destek ve politik hareketliliği kapsayan geniş kapsamlı bir sosyal program olduğunu belirtilmektedir.⁶² Nice’de toplumdaki dezavantajlı grupları (işsizler, eğitimsizler, kadınlar, çocuklar, yaşlılar, evsizler, engelliler vs.) toplumla yeniden bütünleştirmeyi amaçlayan sosyal içerme kavramının ilk defa bir politik hedef olarak benimsenmesi,⁶³ sosyal dışlanma ile mücadele bakımından önemlidir. Özellikle sadece emek piyasasına erişime odaklanmak yerine sosyal hizmetlere erişim gibi yoksulluk karşıtı yaklaşım ve refah boyutlarına odaklanması, dışlanmayı önleme araçlarından bahsedilmesi, Nice hedeflerini güçlü kılan özellikleridir.⁶⁴ Ancak süreç içinde sosyal içermenin AB sistemi içinde politika yapıcılarının tümü tarafından kabul edilmemesi ve 2005’te Lizbon stratejisinin gözden geçirilmesi sonucu, genel olarak hedeflenen sosyal uyumun gözden düştüğü, sosyal içerme sürecinin, ekonomik ve mali politikalar ile istihdam stratejileri arasında sıkışıp kaldığı söylenebilir.⁶⁵ Yapılan yeniden değerlendirmenin sonucunda, sosyal içerme için açık iş birliği metodunun hedefleri, en marjinaler arasında yoksulluk ve dışlanma ile mücadele etmek ve emek piyasasına katılımı teşvik ederek herkesin aktif şekilde sosyal içerilmesini sağlamak; herkesin temel kaynaklara, haklara ve sosyal hizmetlere erişimini garanti etmek; sosyal içerme politikalarının tüm süreçlerde ve tüm taraflarla işlenmesini sağlamak olarak belirlenmiştir. Bunun sonucunda da Lizbon’un sosyal yönünün

⁶⁰ Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 472.

⁶¹ Hunt, “Combating Social Exclusion: The EU’s Contribution”, s. 116.

⁶² Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 466.

⁶³ Yonca Saka, Avrupa Birliği Sosyal Politikasının Gelişimi ve Türkiye’nin Avrupa Birliği Sosyal Politikasına Uyumunu, s. 41.

⁶⁴ Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 469.

⁶⁵ Hunt, “Combating Social Exclusion: The EU’s Contribution”, s. 119.

iyice zayıfladığı söylenebilir.⁶⁶ Öncelikler istihdam ve rekabet olarak belirlenirken, sosyal politika ikincil kalmıştır.⁶⁷

Sosyal dışlanma ile mücadele ve sosyal içerme politikaları bağlamında ortaya çıkan kavramlar da sosyal içerme kavramının neden yetersiz olduğunu ve Avrupa sosyal politikasındaki değişimi de ifade eder. Aynı zamanda bu kavramlar da vatandaşlıktaki dönüşümün eğilimini ortaya koymakta elverişlidir. AB'nin "güvenceli esneklik" kavramı "sosyal güvenliğin reddi",⁶⁸ sosyal dışlanma "yoksulluk ve bölüşüm sorununun reddi"⁶⁹, sosyal diyalog ise "sosyal mücadelenin reddi"⁷⁰ anlamına gelir ve bu kavramların içinin neo-liberal tezlerle doldurulması, 1980 sonrası neo-liberal politikaların etkinleşmesiyle yeniden oluşan Avrupa sosyal politikasının yeni dönemiyle ilişkilidir. Bu noktada yeni vatandaşlık tanımı, genellikle refah dönemi haklarından yoksun, ya da bu haklara erişebilmek için emek piyasasında aktif olması gereken bireyleri tanımlamaktadır.

IV. Vatandaşlık Kavramı ve Sosyal Vatandaşlık

Sosyal dışlanma kavramının çok boyutlu olduğunu, daha çok yoksullukla ilişkilendirilse de, farklı durumların sosyal dışlanmayı tetiklediğini ya da mevcut dışlanmayı artırdığını belirtmek gerekir. Ayrıca hem sosyal dışlanma durumu hem de sosyal dışlanma ile mücadelede sosyal içerme politikaları, vatandaşlığın tanımı açısından bir dönüşüm işaret etmektedir. Bugünkü anlamına gelene kadar vatandaşlığın tanımı, politik yapılara, hukuki ilişkilere ve tarihsel dönemlere göre farklılaşmıştır. Bu çalışmada, vatandaşlıktaki dönüşüme, esas olarak refah devletinin "sosyal vatandaşlık" kalıbındaki farklılaşmaya odaklanıyorum. Sosyal vatandaşlığın tanımlanabilmesi için öncelikle modern vatandaşlığın gelişimine bakmak gerekiyor.

⁶⁶ Daly, "EU Social Policy after Lisbon", s. 469.

⁶⁷ Saraceno, "The Undercutting of the European Social Dimension", s. 2.

⁶⁸ Gamze Yücesan-Özdemir, "AB Sosyal Politikasının Kavramlarını Yeniden Düşünmek: Güvenceli Esneklik, Sosyal Diyalog ve Sosyal Dışlanma Üzerine Notlar", *Memleket Siyaset Yönetim*, C. 3, S. 7 (2008), s. 69-73.

⁶⁹ Yücesan-Özdemir, "AB Sosyal Politikasının Kavramlarını Yeniden Düşünmek: Güvenceli Esneklik, Sosyal Diyalog ve Sosyal Dışlanma Üzerine Notlar", s. 74-77.

⁷⁰ Yücesan-Özdemir, "AB Sosyal Politikasının Kavramlarını Yeniden Düşünmek: Güvenceli Esneklik, Sosyal Diyalog ve Sosyal Dışlanma Üzerine Notlar", s. 78-82.

Vatandaşlık, tarih boyunca bireyle devletin ilişkilenmeleri açısından bir araç olmuştur ve modern devletle birlikte devletin “işlevsel belirliliği”⁷¹ açısından düşünülmelidir. Modern devlet, çok boyutlu bir gerçeklik inşasıdır, kendiliğinden değil, bilinçli olarak üretilmiş bir yapıdır. Modern devletin, toplumla özdeş olmamasının bir sonucu olarak, “*yurttaşların kendilerini devletin refahı ve güvenliğine adanmaları artık bir öndere duydukları kişisel bağlılıkla sağlanmamaktadır.*”⁷² Modern devlette vatandaşlığın farklı niteliklerinden söz etmek mümkündür. Pierson, bu nitelikleri üyelik, statü, bir dizi hak, birtakım görevler, evrensel eşitlik, aktif bir katılım olarak vatandaşlık başlıklarında ele alır.⁷³ Her bir nitelik, sosyal dışlanma kapsamında da ele alınan toplumsal sorunlara da denk düşer. Örneğin, vatandaşlığın üyelik olarak tanımlanması göç, mültecilik, iltica meseleleriyle ilgilidir.⁷⁴ Öte yandan vatandaşlık, sadece ulus devlete üye olmakla sınırlı kalmaz ya da üyelik vatandaşlık için yeterli bir öge değildir. Vatandaş birtakım haklar ve yükümlülüklerle donatılmıştır, ayrıca vatandaşlık devletle birey arasındaki hukuki bağı simgeler. Walter’a göre modern vatandaşlık, ulus-devlet ile üyesi bireyler arasındaki hak ve yükümlülüklerin ilişkilerinin usulünü ve bunların uygulamasını belirleyen bir dizi normatif beklentidir.⁷⁵ Vatandaşlığın kapsamı da üyelik, karşılıklı haklar ve ödevler ve pratikte somut katılım olarak belirlenebilir.⁷⁶

Vatandaşlık kurumunun içeriği, yani devlet ve bireyler arasındaki haklar ve yükümlülüklerin hukuksal düzeni ve pratik hayattaki karşılıkları, özellikle de toplumsal sorun karşısındaki tavırlar, devletin liberal, demokratik ya da sosyalist karakterine ve bunlar arasındaki etkileşime göre değişmiştir.⁷⁷ Toplumsal sorun 19. yüzyılda ulusal ekonomilerin ticarileşmesi ve sanayileşmesi sonucunda pek çok probleme

⁷¹ Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, 5. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 118.

⁷² Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 118.

⁷³ Christopher Pierson, *Modern Devlet*, çev. Neşet Kutluğ, Burcu Erdoğan, Chiviya-zıları Yayınevi, İstanbul 2011, s. 175-204.

⁷⁴ Pierson, *Modern Devlet*, s. 180.

⁷⁵ Malcolm Waters, “Citizenship and the Constitution of Structured Social Inequality”, *International Journal of Comparative Sociology*, C. 30, S. 2-3 (1989), s. 160.

⁷⁶ Stuart Hall, David Held, “Yurttaşlar ve Yurttaşlık”, *Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 172.

⁷⁷ Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 135.

işaret ediyordu. Nüfus artışı, işsizlik, dinden uzaklaşma, suç işleme, yoksulluk ve benzeri sorunlar, bugün sosyal dışlanma kavramının da kapsamındadır. Poggi, 19. yüzyılda toplumsal sorunların siyasal alanın meselesi olarak görülmediğini ve bu sorunların üç aşamada siyasal sürece bağlandığına işaret eder. Öncelikle, toplumsal sorunların devletin gündeminde olması gerektiğini düşünen toplulukların oy hakkına kavuşması, bunun sonucu olarak vatandaşların “toplumsal” hakları olduğu düşüncesinin yaygınlaşması ve sorunların çözümü için devletin birtakım yükümlülükler altına girmesi.⁷⁸ Dolayısıyla klasik anlamıyla vatandaşlık, modern ulus devletin bir kavramı olmakla birlikte, bu aşamaya gelene kadar anlamı değişmiş ve gelişmiştir. Benzer bir değişim, insan hakları tanımında da görülebilir. İnsan hakları açısından birey tanımının değişimi, insan hakları kuşakları açısından izlenebilir.⁷⁹ Bu aynı zamanda devlet ve vatandaşlar arasındaki ilişkilerin ve bu ilişkilerdeki haklar ve yükümlülüklerin gelişim seyrini de açıklamaktadır.

Kapitalizmdeki dönüşüm, vatandaşlığı da dönüştürmüştür. Özellikle refah devletinin dağıtılması ve iktidarın merkezileşmesindeki artış, demokratik hakları ve sendikal örgütlenmeyi aşındırmış, bununla birlikte küreselleşmenin hız kazanması, vatandaşlığın temelindeki söylemleri de krize sokmuştur.⁸⁰ Küreselleşmenin kapitalizmin işleyişinde açtığı çığır, refah devletiyle anlamını bulan sosyal vatandaşlığı da tartışma konusu haline getirmiştir. Sosyal vatandaşlık, Thomas Humprey Marshall’ın vatandaşlık kavramsallaştırmasındaki aşamalardan sonuncusudur. Marshall, vatandaşlığı, İngiltere’de, 18. yüzyılda medeni haklar, 19. yüzyılda politik haklar ve 20. yüzyılda sosyal haklar olmak üzere artan şekilde bir gelişim çizgisinde tanımlar.⁸¹ Marshall’a göre

⁷⁸ Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 135.

⁷⁹ Zeynep Üskül Engiñn, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 1 (2014), s. 201-17.

⁸⁰ Hall, Held, “Yurttaşlar ve Yurttaşlık”, s. 170. Refah devletinin ve krizinin felsefi temelleri için bkz. Şebnem Gökçeoğlu Balcı, *Tutunamayanlar ve Hukuk*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.

⁸¹ Pierson, *Modern Devlet*, s. 184. Pierson’ın Marshall’ın sınıflandırmasına göre hazırladığı tabloya göre 18. yüzyılda medeni hakları tanımlayan prensip kişisel özgürlüktür ve tipik ölçütler, yargıç önüne çıkma hakkı; konuşma, düşünce ve inanç özgürlüğü; hukuki sözleşme yapma özgürlüğüdür. 19. yüzyıldaki politik hakları tanımlayan prensip politik özgürlüktür ve tipik ölçütleri oy kullanma hakkı; parlamento reformu, milletvekili ödemeleridir. 20. yüzyıl sosyal hakları ise sosyal

yurttaşlık, “toplumun üyelerine bağışlanan bir statüdür, bu statüye sahip olan herkes haklar ve ödevler çerçevesinde tam bir eşitliğe sahiptir”.⁸² Bir eşitsizlik sistemi üzerine kurulu toplumsal sınıflar arasında eşitliği sağlamak için vatandaşlık bir araç olarak kullanılabilir. Özellikle, 19. yüzyıl hukuk devleti ile tanımlanan soyut vatandaşlık, evrensel bir niteliğe de sahiptir. Vatandaş olabilmek için o devletin topraklarında doğmuş olmak yeterlidir; bu da eşit ve evrensel bir vatandaşlık tanımı yapar.⁸³ Öte yandan pratikte evrensel eşitlik ilkesi, vatandaşların salt ulus devlete mensubiyeti açısından bile yetersiz kalmaktadır. Bazı vatandaşlar, diğerlerine göre daha çok hak sahibi ya da eşit olabiliyordu. Örneğin kadınlar ve mülk sahibi olmayanlar, Fransız Devrimi’nin “eşitlik” ilkesine rağmen, aktif vatandaşlık hakları kullanamamış, tam vatandaş sayılmıyordu.⁸⁴ Turner’a göre, modernitenin büyümesi, meşru statü hiyerarşileri açısından yasal olmayan eşitsizliklerden, işçinin “özgür” bir kişi olarak tanımlandığı çıplak piyasa güçlerinin bir sonucu olarak fiili eşitsizliklere doğru bir harekettir.⁸⁵ Bunun sonucunda vatandaşlık, ulus-devlette “bireyi salt hukuki ve siyasi ödev ve haklarıyla tanımlayan ve yasa önünde eşit olduğu varsayılan hukuksal bir özneye dönüştürmüştür.”⁸⁶ Marshall, eşitlik ilkesi üzerine inşa edilmiş olsa bile, vatandaşlıkla birlikte ortaya çıkan hakların kapitalist toplumdaki eşitsizliğin devamını sağlamakta etkili olduğunu belirtmektedir.⁸⁷ Bunun sebebi, medeni hakların birey için bir sosyal koruma mekanizması öngörmemiş olmasıdır ve medeni hakların kabulü serbest piyasa ekonomisini güçlendirici bir etkiye sahiptir.⁸⁸ Diğer yandan Batı sanayi kapitalizminin toplumları, vatandaşlık ile piyasa arasında eşitsizliğe dayalı dinamik bir ilişkiye dayanır. Kapitalizmin bu dinamik özelliği, sosyal vatandaşlık

-
- refah ile tanımlanır ve tipik ölçütleri parasız eğitim, emeklilik, sağlıktır.
- 82 T. H. Marshall, “Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar”, Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar, Gündoğan Yayınları, İstanbul 2000, s. 34.
- 83 Poggi, Modern Devletin Gelişimi, s. 118-19.
- 84 Ece Göztepe, “Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve ‘Göçmen Forumu’ Örnekleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4 (2003), s. 232, doi:10.1501/Hukfak_0000000510.
- 85 Bryan S. Turner, *Citizenship and Capitalism*, Allen & Unwin, London 1986, s. 136.
- 86 Fuat Güllüpnar, “Eşitsizlik ve Toplumsal Tabakalaşma Açısından Vatandaşlık Üzerine Sosyolojik Bir Analiz”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 67, S. 1 (2012), s. 105.
- 87 Marshall, “Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar”, s. 36.
- 88 Marshall, “Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar”, s. 37-41.

alanında ortaya çıkan, politika ve ekonomi arasındaki çelişkidir.⁸⁹ Sosyal haklara gelinen süreçte, “medeni haklar, insanlara sınıfsal önyargılar ve ekonomik sorunlar nedeniyle yararlanılması pek mümkün olmayan bazı yasal haklar sağlamıştır. Siyasal haklar ise insanlara, kullanımı deneyime, örgütlenmeye ve düşünce değişikliğine bağlı, potansiyel bir güç vermiştir.”⁹⁰ Refah devletiyle birlikte ortaya çıkan sosyal haklar, “statünün sözleşmenin yerini aldığını, sosyal adaletin piyasanın önüne geçtiğini ve haklar bildirisinin serbest pazarlık ilkesi ile yer değiştirdiğini ifade eder”.⁹¹ Sosyal vatandaşlık, refah devleti yardımlarının bir hak olarak sağlanması anlamına gelir. Bu hak vatandaşlara, istihdam ve ücretlerin belirlenmesinde, piyasa güçlerinin izin verdiği kadar daha fazla eşitlik sağlamak için kabul edilmiştir.⁹² Sosyal yurttaşlık ilkesinde, vatandaşların sosyal hakları, devlet tarafından, insanların ihtiyaçlarını karşılamaları için işgücü piyasasına bağımlı olmalarını gerektirmeyecek şekilde sağlanması söz konusudur.⁹³ Marshall’ın tanımladığı sosyal vatandaşlığın, medeni ve politik haklardan faydalanabilmek için bir gereklilik olduğu genel kabul görmektedir.⁹⁴ Örneğin bir evsizin, oy kullanabilmek için gereken prosedürleri tamamlaması zordur; “eğer toplum kendi üyelerinin ihtiyaçlarının teminini mümkün kılamıyorsa, kişilerin topluma olan yurttaşlık sorumluluklarını yerine getirmeleri beklenemez”.⁹⁵ Marshall’ın çalışması, sosyal hakları fazlasıyla yerleşik refah devleti uygulamalarıyla örnekleştirilmesi sonucu sosyal vatandaşlığı sınırladığı gerekçeyle eleştirilmiştir. Aynı zamanda Marshall’ın tanımları, sosyal hakların pasif karakteri ve medeni-ekonomik hakların saptanmasındaki yanlışlara dikkat çekilerek, ayrıca evrimci ve etnik merkezci olmakla eleştirilmiştir.⁹⁶ Marshall’ın sosyal vatandaşlık tanımı, neo-liberal dönemin yeni toplumsal sorunlarına cevap vermekte haliyle yetersiz kalmış ve vatandaşlığın anlamı da önemli şekilde dönüşüme uğramıştır.

⁸⁹ Turner, *Citizenship and Capitalism*, s. 12.

⁹⁰ Marshall, “Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar”, s. 47.

⁹¹ Marshall, “Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar”, s. 61.

⁹² Derek Heater, *What Is Citizenship?* Polity 2013, s. 2.

⁹³ Ruth Lister, “Sosyal Politikada Karşılaştırmalı Çalışmaların Rolü”, *Sosyal Politika-Kuramlar ve Uygulamalar*, ed. Pete Alcock, Margaret May, Karen Rowlingson, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 312.

⁹⁴ Heater, *What Is Citizenship?* s. 51.

⁹⁵ Lister, “Sosyal Politika”, s. 312.

⁹⁶ Pierson, *Modern Devlet*, s. 186-87; Bryan S. Turner, “Outline of a Theory of Citizenship”, *Sociology*, C. 24, S. 2 (1990), s. 189-217.

V. Sosyal İçerme ve Vatandaşlıktaki Dönüşüm

Sosyal dışlanma bir yönüyle “yurttaşlık haklarından yoksunluk” olarak tanımlanabilir.⁹⁷ Sapançalı, sosyal dışlanmanın sosyal haklardan yoksunlukla ilişkili olduğunu belirtir. Ona göre sosyal haklar statü yerine eşit taraflar arasında bağitlanmış sözleşmenin, ücretin belirlenmesinde piyasa mekanizması yerine kamu müdahalesinin ve sözleşme serbestisi yerine insan haklarını korumanın konulması anlamına gelir ve bu bağlamda sosyal dışlanma sosyal refah devletinin gerilemesinin bir sonucudur.⁹⁸ Sosyal vatandaşlığın, diğer vatandaşlık haklarının kullanımında kilit nokta olması bakımından, sosyal dışlanma sadece sosyal haklar açısından değil, medeni ve politik hakların kullanımında da problemler yaratmaktadır. Sosyal refah devletinin krizi ise, refah toplumunun vatandaşlık biçimini değiştirmektedir. 90’larla birlikte, modern Batı toplumlarının refah devleti, dışta küreselleşme ve AB entegrasyonu, içte Avrupa toplumlarının değişen toplumsal yapısı gibi sebeplerle, yeni meselelerle yüz yüze kalmıştır. Artan işsizlik oranları, kadınların işgücüne katılımı, artan göç, yaşlı nüfusun artması ve istihdamda esneklik, bu meseleleri etkilemiştir. Yeniden dağıtımda devletin rolünü sorgulayan neo-liberal düşünceler güç kazanmış ve pek çok Avrupa refah devleti bu yeni durumlara çözüm bulmak sorunuyla karşı karşıya kalmıştır.⁹⁹

Fordist dönemde, tam istihdama dayalı, çalışma, işsizlik, emeklilik, hastalık dönemlerini kapsayan sosyal haklara sahip erkeğin evin reisi olduğu ve kadınların vatandaşlık statüsünün istihdamdan ya da kocalarından kaynaklanan şekilde dolaylı olduğu bir vatandaşlık tanımının olduğu söylenebilir.¹⁰⁰ Post-Fordist hizmet toplumuna geçişte, vatandaşlığın pasif inşasından aktif vatandaşlığa doğru bir gelişim olduğu söylenebilir. Burada hakların kendisine devlet tarafından “bahşedildiği” pasif vatandaş yerine, özerk, kendinden sorumlu, aşırı mobil ve esnek bir bireye dönüşüm söz konusudur.¹⁰¹

⁹⁷ Sapançalı, Sosyal Dışlanma, s. 31.

⁹⁸ Sapançalı, Sosyal Dışlanma, s. 35.

⁹⁹ Per H. Jensen, Birgit Pfau-Effinger, “‘Active’ citizenship: the new face of welfare”, The Changing Face of Welfare, Policy Press, Bristol 2005, s. 1.

¹⁰⁰ Birgit Pfau-Effinger, “New forms of citizenship and social integration in European societies”, The Changing Face of Welfare, Policy Press, Bristol 2005, s. 189.

¹⁰¹ Jensen, Pfau-Effinger, “‘Active’ citizenship: the new face of welfare”, s. 7.

Her ne kadar sosyal dışlanma bir süreç ve çok boyutlu olarak tanımlansa da, AB’de sosyal içermenin, yani yoksulluk ve sosyal dışlanmadan kurtulmanın yolu *çalışmadan* geçmektedir.¹⁰² Özellikle sosyal içermeye ilişkin raporlarda, istihdam yoluyla aktivasyon dikkat çekmektedir.¹⁰³ AB Konseyi’nin 2010 yılında sosyal koruma ve sosyal içermeye ilişkin hazırladığı raporda, krizle beraber artan işsizlik ve uzun dönem işsizlik riskinden, istihdam edilmekte zorlananlar, dışlananlar olarak uzun dönemli işsizler, farklı etnik gruplar, göçmenler, kadınlar ve benzeri açısından bir dar boğaza girildiğinden bahsedilmektedir. Rapora göre, dengeli aktif içirme stratejileri, yeterli gelir desteğinin birleştirilmesi, emek piyasasına ve sosyal hizmetlere erişim, yoksullukla mücadele, istihdama katılımın artırılması ve sosyal harcamaların etkinliğinin artırılması hedeflerini uzlaştırabilir.¹⁰⁴

Örneğin, 2020 Avrupa Hedeflerinde sosyal içermenin öncelikleri arasında yer alan gençlerin hareketliliği (gençlerin iş bulma şanslarını artırmak üzere hareketliliği sağlamak); yeni nitelikler ve işler (gelecekte iş gücü piyasalarının ihtiyacı olan niteliklerin kazandırılması ve yeni işlerin yaratılması) hedefleri, içermenin esas itibarıyla çalışma ile aktifleşmeye dayandığının göstergesidir. İçerici büyüme hedefi, sosyal içermeyi aktif vatandaşlık ve istihdama katılımla bağlayan özellikler ortaya koymaktadır. İçerici büyüme, özellikle gençler, kadınlar ve yaşlı işçiler için daha çok ve daha iyi iş- istihdam oranlarının artırılması; yaşam boyu öğrenmeyi desteklemek, emek piyasasını ve refah sistemlerini modernize etmek ve büyümenin faydalarının AB’nin her tarafına yaymak olarak tanımlanmıştır. İçerici büyümenin 2020 hedefleri arasında 20-64 yaş arası kadın ve erkeklerde istihdam oranını %75’e çıkarmak, okul terklerini %10’un altına, yoksulluk ve sosyal dışlanma riski altında yaşayanların sayısını 20 milyonun altına düşürmek vardır.¹⁰⁵ Burada emek piyasasına aktif katılımın, sosyal dışlanma ile mücadelede esas hedef olduğu görülmektedir.

¹⁰² Hunt, “Combating Social Exclusion: The EU’s Contribution”, s. 116.

¹⁰³ Saraceno, “The Undercutting of the European Social Dimension”, s. 5.

¹⁰⁴ Council of European Union, “Draft Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2010”, Council of European Union 2010, s. 2.

¹⁰⁵ Europe2020, Inclusive Growth. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/europe-2020-strategy-smart-sustainable-and-inclusive-growth>

Öte yandan emek piyasasında kalmaya bağlı bir sosyal destek programı, yeni işler açmak için yaşlı işçilerin, çalışma hayatından erken çıkması gerekliliği yaratır ve erken emekliliğe zorlananların dışlanmasına çözüm olmamaktadır. Erken emeklilik de sosyal dışlanmaya ve marjinalleşmeye yol açabilen bir durumdur. Refah yardımlarının çalışmaya bağlanması, liberal refah devleti sistemini, istihdam piyasasından çıkanlar için daha az avantajlı hale getirmektedir. Yaşlı işçilerin iş piyasasından dışlanması sosyal haklarından mahrum kalmalarına yol açmaktadır.¹⁰⁶ Benzer bir durum farklı sebeplerle istihdama katılmayanlar için de geçerlidir.

Bireyselleşme yeni dönemin kilit kavramı olarak öne çıkmaktadır. Elbette bunun da avantajları ve dezavantajları mevcuttur. Bireyselleşmenin insanların bencil olmaları anlamına değil, kendi kimlikleri, kendi hayatları ve kendi sosyal ağları üzerinde tercih hakkına sahip olmaları anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Öte yandan bu sadece bir seçenek değil aynı zamanda bir mecburiyettir.¹⁰⁷ Bireyselleşme sürecine kadınların statüsü üzerinden bakıldığında, post-fordist dönemde kadınların rolleri ve vatandaşlık ilişkisinde dolaylı pozisyonları değişmeye başlamıştır. Kadınlar ücretli emeğe dahil oldukça bireyselleşmişler ve emek piyasası aracılığıyla aktif vatandaşlar haline gelmişlerdir. Daha önceden aile üyesi olarak sahip oldukları sosyal haklar şahsileşmiş ve eski önemini yitirmiştir. Elbette bunda, kamusal bakım hizmetlerinin genişlemesinin de etkisi vardır. Bakım emeği daha görünür ve para ödenir hale gelmiştir. Kadınların bağımlılıktan kurtarılması politikası, kadınların özerk, aktif vatandaşlar olarak rollerini güçlendirmeye katkı sağlamıştır.¹⁰⁸ Bu, aynı zamanda kadınlara yeni işler yaratmış ve çalışan özne rollerini güçlendirmiştir. Diğer yandan da kamusal bakım hizmetlerinin yetersizliği ve kadınların emek piyasasındaki marjinal konumları hala geçerlidir. Bu noktada, tüm bu gelişmelerin “çalışan vatandaş ve bakım veren devlet” ilişkisinde yeni durumların ortaya çıkmasına sebep olduğunu hem çalışan hem ba-

¹⁰⁶ Jorgen Goul Andersen, Anne-Marie Guillemard, “Conclusion: policy change, welfare regimes and active citizenship”, *The Changing Face of Welfare*, Policy Press, Bristol 2005, s. 266-67.

¹⁰⁷ Andersen, Guillemard, “Conclusion: policy change, welfare regimes and active citizenship”, s. 259.

¹⁰⁸ Pfau-Effinger, “New forms of citizenship and social integration in European societies”, s. 190.

kım veren vatandaş modelinin yerleşmeye başladığını, vatandaşların (özellikle kadınların) resmi istihdam yanında tam ya da yarı zamanlı enformel aile bakımıyla ilgilendiklerini vurgulamak gerekiyor.¹⁰⁹

Sosyal içerme ve sosyal sermaye kavramının ortaklaştıkları noktalardan biri de “aktifleşme”dir. Her iki kavramsal çerçeve de sosyal ilişkilerin yoğunluğun ve kalitesini araştırır ve her ikisi de “yalnız olmaya”, toplumsal izolasyona karşı aktif katılım vurgusu yapar. Sosyal sermayede aktivasyon sosyal kaynakları artırır; sosyal dışlanma durumunda yalnızlıkla mücadele eder ve ekonomik bütünleşmeyi destekler. Her iki kavram da katılımı, sosyal bütünleşmenin bir aracı olarak görür.¹¹⁰ Katılım ise, sosyal vatandaşlığın eleştirilerinden biri olan pasif vatandaşlığın getirilerinden uzaklaşma anlamına gelir. Yani vatandaşlık tanımının değişmesi, vatandaşlığa bağlı sosyal hakların değişmesi ve sosyal politikanın da buna göre yeniden şekillenmesi anlamına gelir. Bu şekillenme ilk etapta birtakım hakların kısılması olarak gerçekleşse de aynı zamanda yeni hakların oluşmasına ve hakların genişlemesine de sebep olabilmektedir.¹¹¹ Öncelikle, sosyal politikada pek çok reformun kökeni neo-liberal ideolojide ve stratejide bulunabilir. Belirli sosyal risklerin, örneğin emekliliğin artan şekilde özelleşmesi, aktif versus pasif, bağımlılık oranı, reform gibi kelimelerin/kavramların kullanımı, reformların piyasa ile ilişkili olmasına örnektir.¹¹² Burada yeni hakların gelişmesi ya da hakların genişlemesine olanak sağlaması kısmı ise bireylerin seçme fırsatlarına vurgu yapmaktadır. Öte yandan daha bireyselleşmiş vatandaşların tercih şansının artmış olması, sosyal güvenlik ihtiyacında müşterileştirilmelerinin önüne geçememektedir.¹¹³

Aktivasyon stratejilerinin iki ideal tipi olarak liberal ve evrenselci tip, mevcut krizin dönüştürdüğü sosyal politika alanını iki ayrı kuttan biçimlendirmektedir. Liberal aktivasyonda, aktif emek piyasası

¹⁰⁹ Pfau-Effinger, “New forms of citizenship and social integration in European societies”, s. 191-93.

¹¹⁰ Daly, Silver, “Social Exclusion and Social Capital”, s. 541.

¹¹¹ Andersen, Guillemard, “Conclusion: policy change, welfare regimes and active citizenship”, s. 258.

¹¹² Andersen, Guillemard, “Conclusion: policy change, welfare regimes and active citizenship”, s. 260.

¹¹³ Andersen, Guillemard, “Conclusion: policy change, welfare regimes and active citizenship”, s. 261.

politikalarının öne çıktığını ve sosyal politikaların kısıtlı rol oynadığını görürüz. İnsanların yaşamlarında olabildiğince aktif olmalarına sevk eder; örneğin emeklilik için sabit yaş öngörmeyen emeklilik reformları gibi. Burada bir yeniden metalaştırma ve sosyal masrafların azaltılması söz konusudur. Meta dışılaştırma düzeyi düşüktür. Evrenselci modelde ise tüm vatandaşlara tam ve geniş hizmet temin edilmez ama görece yüksek yaşam standartları garantilenir. Aktivasyon da görece eşitlikçi ve birey ile toplum arasında bir denge oluşturan politikalar demektir, örneğin iş yaratımının desteklenmesi. Burada meta dışılaştırmanın yüksek olduğu görülür.¹¹⁴ Diğer yandan AB düzeyinde sosyal dışlanma ile mücadelede yöntem olarak belirlenen açık iş birliği metodu da, dışlanma ile mücadelede zayıf kalmaktadır. Taraflara yasal sorumluluk yüklemeyen, deneyimlerden öğrenme ve raporlama süreçleriyle sınırlı bir yöntem olarak, çoğunlukla etkisizdir. AB’de sosyal dışlanma ile mücadelenin köşe taşlarını belirleyen ve açık iş birliği metodunu yasalaştıran Lizbon süreci, aslında piyasa ve istihdamı bütünleşmenin esas unsurları olarak gören bir süreçtir. Bu yaklaşımın altında “rekabetçi dayanışma” vardır. Amaç meta dışılaştırma değil, “metalaştırma için eşit fırsatlar yaratılması”dır.¹¹⁵ Liberal aktivasyon stratejisinin ortaya koyduğu hukuki, mali ve toplumsal bağlam ve devletlerin yükümlülükleri, esasen sosyal vatandaşlık haklarının törpülenmesi ve refahın geniş kesimlere sunulmasının önüne geçmektedir.¹¹⁶ Böylece “hakların özneleri, ulus devletin hak sahibi vatandaşından piyasanın müşterisine, tüketicisine ve girişimcisine, sivil toplumun gönüllü yardımseverine dönüştürülmektedir.”¹¹⁷ Hukuk öznelerinin vatandaştan müşteriye dönüşümü, vatandaşlık haklarının maddi içeriğinde bir dönüşüme işaret etmektedir.¹¹⁸

¹¹⁴ Jean-Claude Barbier, “Citizenship and the activation of social protection: a comparative approach”, *The Changing Face of Welfare*, Policy Press, Bristol 2005, s. 115.

¹¹⁵ Daly, “EU Social Policy after Lisbon”, s. 469.

¹¹⁶ Abdülkadir Şenkal, Mahmut Doğan, “Sosyal Politika ve Sosyal Haklar; Vatandaşlık Haklarının Yeniden Kavramsallaştırılması Arayışı”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 9, S. 7 (2012), s. 78.

¹¹⁷ Hüseyin Gül, Songül Sallan Gül, “Sosyal Devletten Çalışma Refahına Geçişte Sosyal Haklar ve Yoksullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 40, S. 3 (2007), s. 2.

¹¹⁸ Brendan Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State*, Ashgate 2003, s. 137.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Sosyal dışlanma olgusu neo-liberal politikaların toplumsal yaşamdaki yıkıcı etkilerinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kavramın, ekonomi politikalarının yarattığı yaygın tahribatın “düzenlenmesi” için, ekonomi politikasını yürütenlerce sahiplenildiğini görüyoruz. Örneğin Dünya Bankası ve benzeri örgütlerin yoksullukla mücadele stratejileri başlığı altında uyguladıkları politikalar, esasında sermaye içi ilişkileri düzenlemeye hizmet etmektedir.¹¹⁹ Bir diğer örnek AB’de 80’lerdeki “yoksullukla mücadele” söyleminin, yerini önce “sosyal dışlanma ile mücadele”ye, sonrasında “sosyal içerme”ye ve “sosyal uyuma” bırakmasıdır. İçerme, “fırsat” ve dışarıdakilerin içeriye çağrılması iken, dışlanma, toplumun dışlayıcı mekanizmalarına, toplumdaki potansiyel düzensizliğe, uyumsuzluğa ve arızalara dikkat çeker. Bu bakımdan sosyal dışlanma negatif, sosyal içerme pozitif bir kavram olarak algılanır. Burada negatiften pozitive bir söylem değişikliği vardır. Bu söylem değişikliği, bir yandan AB sosyal politikasının yukarıda açıklandığı şekilde, ekonomi politikalarına bağımlı gelişmesinin göstergesiyken, diğer yandan “aktivasyon” tartışmalarıyla ve ekonomik büyüme ve istihdamdaki başarı hedefleriyle örtüşüyordu. Sosyal dışlanma kavramının AB’de anlamı, politika değişikliği için ahlaki ve pragmatik bir argüman oluşturması, kişilerin ve grupların ekonomik ve sosyal hayata katılımına dair başarısızlıklara odaklanarak, “sosyal korumayı modernleştirmek” için güçlü bir meşruiyet sağlaması oldu. Ayrıca, AB’nin sosyal politikasında görece etkisiz kaldığı ve ulusal hükümetlerin yetki alanına bırakılmış emeklilik reformu, sağlık hizmetleri, asgari gelir, çocuk bakımı ve kadınların istihdam piyasasına katılımı gibi alanlara dair tartışma ortamı yaratmaya da yaramıştır.¹²⁰

Öte yandan sosyal içerme kavramı, iki açıdan sosyal dışlanma ile mücadeleyi tam olarak kavrayamamaktadır. Birincisi, sosyal içerme neredeyse sadece istihdama katılımı ile sınırlandırılmaktadır. Sosyal içerme politikalarının AB düzeyinde söylemi yukarıda incelenmişti. 2011 yılına ait sosyal içerme politikalarının bağımsız uzmanlarca değerlendirildiği bir raporda, verilerle somut durum tahlili yapılmıştır.

¹¹⁹ Yasemin Özdek, “Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskaçında İnsan Hakları”, Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, ed. Yasemin Özdek, TODAİE, Ankara 2002, s. 42.

¹²⁰ Daly, Silver, “Social Exclusion and Social Capital”, s. 550-51.

Buna göre ekonomik kriz ve kemer sıkma politikaları, üye devletlerin yarısında sosyal dışlanma ve yoksulluğu artırmış, işsizlik ve işsiz hane halkı, görece gelir yoksulluğu, finansal baskı ve maddi yoksunluk, en kırılgan gruplar olarak çocuklar, göçmenler, etnik azınlıklar, engelliler, yaşlılar, evsizler, kadınların durumu, eşitsizlikte ve coğrafi farklılıktaki büyüme sorun alanları olarak incelenmiştir. Bu sorunlara ilişkin hükümetlerin aldığı önlemler üç ayaklıdır; içerici istihdam piyasaları, yeterli gelir desteği ve yüksek kalite hizmetlere erişim. Ancak yapılan değerlendirmede gelir desteği ve hizmetlere erişim önlemlerinin zayıfladığı görülmüştür. Bunun sebebi, yardımları azaltan tasarruf tedbirleri ve tasarruf tedbirlerinin azalmasıyla kamu hizmetlerindeki kalitenin düşmesidir.¹²¹ Elbette istihdama katılım bireylerin toplumsal yaşama dahil olmasında etkilidir ama sosyal dışlanma, gelir yoksulluğunun yol açtığı eşitsizlik ve benzeri biçimlerden daha fazlasıdır. Üstelik çalışmak istemeyenlerin durumu da belirsizdir. Kaldı ki, içermede odak noktası istihdam olsa da istihdamın niteliği de önemlidir. Emek piyasasına egemen olan esneklik ve güvencesizlik, düşük gelirle bir araya geldiğinde istihdam ile sosyal dışlanma mücadelesinde ilerlemek zordur. Esnek ve güvencesiz çalışmanın eğitim olanaklarından daha az yararlanmaya yol açması, yoksul istihdama hapsolme riskini artırmaktadır. İçerme politikaları fiilen, sağlık durumu, çocuk bakımı, barınma sorunu gibi istihdama katılmayı engelleyen yapısal sorunlara eğilmemektedir. Yoksulların çoğunluğu da çalışan yoksullardır. Bu halde istihdam çoğu zaman çözüm olmamaktadır.¹²²

Sosyal içermenin sosyal dışlanma ile mücadeleyi tam olarak kavrayamamasının sebeplerinden ikincisi, sosyal dışlanmanın toplumsal yapıdaki aksaklıklarla ilgili olması karşısında, sosyal içerme politikalarının bireysel kurtuluşu öne çıkarmasıdır. Liberal söylemin yoğun etkisiyle de yoksulluğun bireysel bir sorun olarak tanımlanması sonucu, mücadelenin de bireylere yüklenmesi, sosyal sermayenin güçlendirilmesi, güvence ağlarının oluşturulması, mikro krediler ve benzeri uygulamalarla somutlaşmaktadır. Mikro girişimler, yoksullar için kendi kendine yardım fırsatları, iyi yönetişimin bir parçası olarak yoksulların katılımı; bir yandan az maliyetli, temel olarak özel sektör

¹²¹ Hugh Fraizer, Eric Marlier, "2011 Assessment of Social Policy Developments in the EU", EU Network of Independent Experts on Social Inclusion 01.2012, s. 5, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=8959&langId=en>.

¹²² Saraceno, "The Undercutting of the European Social Dimension", s. 6.

odaklı çözümler yaratmaktadır ve yoksulları, kadınları, etnik grupları, kendi sorunlarını çözmek için harekete geçirme hedefindedir.¹²³ Böylelikle, sorun da çözüm de bireyselleştirilmekte, esasında ekonomi politikalarının neden olduğu gelir dağılımı adaletsizlikleri ve eşitsizlik, sistemin sorumluluğu dışına itilmekte, mikro çözümler ile de, sisteme başkaldırma durumu önlenmeye çalışılmaktadır. Bireyler ya da gruplar, istihdam, müteşebbislik gibi içerilme politikalarıyla, ekonomik sisteme uygun şekilde entegre edilmektedirler.

Bir nedenle toplumun dışında kalmış “bireyselleşmiş” bireyin toplum içine dahil edilmesi için uygulanan sosyal içerme politikalarının da giderek daha fazla bireye ve insanın bireysel kurtuluşuna odaklandığı söylenebilir. Sosyal hakların bireyselleşmesi, sosyal risklerin de bireyselleşmesi ihtimalini barındırmaktadır. Örneğin sosyal sermaye ya da güçlendirme kavramlarının liberal kullanımı tam olarak bununla örtüşür. Aynı durum yoksullukla mücadele için de geçerlidir. Yoksulluğun yapısal nedenlerinden uzaklaşan ve bireysel çabalarla yoksulluğu ortaya kaldırmaya yönelmiş politikaların revaçta olduğu görülebilir. Sosyal içerme kavramı, vatandaşlığın dönüşümüyle de bağlantılı olarak ele alınmaktadır ve pasif bir vatandaşlıktan aktif bir vatandaşlığa geçiş söz konusudur. Vatandaşlıktaki bu dönüşüm, neo-liberal politikaların, devlette, hukuksal yapıda ve sosyal haklarda yarattığı değişimden ayrı düşünülemez. Vatandaşlık kurum olarak bireyi piyasa ilişkilerinin konusu haline getirmekte ve refah politikalarını “katılıma” ve “aktivasyona” bağlamaktadır. Sosyal ve ekonomik hakların piyasa yararına budanması ve/veya ekonomik yarar uğruna terk edilmesi söz konusudur.

Kaynakça

Kitaplar

- De Sousa Santos Boaventura, *The Rise of the Global Left: The World Social Forum and Beyond*, Zed Books 2006.
- De Sousa Santos Boaventura, Rodríguez-Garavito César A., (ed.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press 2005.
- Edgeworth Brendan, *Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State*, Ashgate 2003.

¹²³ Daly, Silver, “Social Exclusion and Social Capital”, s. 552.

- Gökçeoğlu Balcı Şebnem, *Tutunamayanlar ve Hukuk*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.
- Heater Derek, *What Is Citizenship?* Polity 2013.
- Levitas Ruth, *The Inclusive Society? Social Exclusion and New Labour*, 2. baskı, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York 2005.
- Marshall T. H., "Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar", *Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar*, Gündoğan Yayınları, İstanbul 2000, s. 13-74.
- Munck Ronaldo, *Globalization and Social Exclusion: A Transformationalist Perspective*, Kumarian Press 2005.
- Pierson Christopher, *Modern Devlet*, çev. Neşet Kutluğ, Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2011.
- Poggi Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, 5. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- Sapancalı Faruk, *Sosyal Dışlanma*, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İzmir 2003.
- Sen Amartya, *Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny*, Asian Development Bank 2013.
- Senses Fikret, *Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk, İletişim Yayınları* 2006.
- Turner Bryan S., *Citizenship and Capitalism*, Allen & Unwin, London 1986.

Makaleler

- Andersen Jorgen Goul, Guillemard Anne-Marie, "Conclusion: policy change, welfare regimes and active citizenship", *The Changing Face of Welfare: Consequences and Outcomes from a Citizenship Perspective*, ed. Andersen, Jorgen Goul; Guillemard, Anne-Marie; Jensen, Per H. ve Pfau-Effinger, Birgit, Policy Press, Bristol 2005, s. 257-71.
- Barbier Jean-Claude, "Citizenship and the activation of social protection: a comparative approach", *The Changing Face of Welfare: Consequences and Outcomes from a Citizenship Perspective*, ed. Andersen, Jorgen Goul; Guillemard, Anne-Marie; Jensen, Per H. ve Pfau-Effinger, Birgit, Policy Press, Bristol 2005, s. 113-34.
- Daly Mary, "EU Social Policy after Lisbon", *JCMS: Journal of Common Market Studies*, C. 44, S. 3 (2006), s. 461-81, doi:10.1111/j.1468-5965.2006.00631.x.
- Daly Mary, Silver Hilary, "Social Exclusion and Social Capital: A Comparison and Critique", *Theory and Society*, C. 37, S. 6 (2008), s. 537-66, doi:10.1007/s11186-008-9062-4.
- De Haan Arjan, "Social Exclusion: Enriching the understanding of deprivation", *Studies in Social and Political Thought*, C. 2, S. 2 (2000), s. 22-40.
- De Sousa Santos Boaventura, "Globalizations", *Theory, Culture & Society*, C. 23, S. 2-3 (2006), s. 393-99, doi:10.1177/026327640602300268.
- Erdogdu Seyhan, "Sosyal Politikada 'Avrupalı' Bir kavram: Sosyal Dışlanma", *Çalışma Ortamı Dergisi*, S. 75 (2004), <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=38>. (E.T. 23.12.2020)
- Gökbayrak Şenay, "Avrupa Birliği'nin Sosyal Koruma Sorunsalı Olarak 'Sosyal İçerme Politikaları' Sosyal Politika Fişek Enstitüsü", *Çalışma Ortamı Dergisi*, (06.2006),

- <https://sosyalpolitika.fisek.org.tr/avrupa-birligi%e2%80%99nin-sosyal-koruma-sorunsali-olarak%e2%80%99csosyal-icerme-politikalari%e2%80%9d/>. (E.T. 10.01.2021)
- Göztepe Ece, "Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve 'Göçmen Forumu' Örnekleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4 (2003), s. 229-48, doi:10.1501/Hukfak_0000000510.
- Gül Hüseyin, Sallan Gül Songül, "Sosyal Devletten Çalışma Refahına Geçişte Sosyal Haklar ve Yoksullar", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 40, S. 3 (2007), s. 1-30.
- Güllüpinar Fuat, "Eşitsizlik ve Toplumsal Tabakalaşma Açısından Vatandaşlık Üzerine Sosyolojik Bir Analiz", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 67, S. 1 (2012), s. 81-109.
- Hall Stuart, Held David, "Yurttaşlar ve Yurttaşlık", *Yeni Zamanlar 1990'larda Politikanın Değişen Çehresi*, ed. Stuart Hall&Martin Jacques., Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 169-85.
- Hunt Jo, "Combating Social Exclusion: The EU's Contribution", *Journal of Social Welfare and Family Law*, C. 27, S. 1 (2005), s. 113-20, doi:10.1080/09649060500085974.
- Jensen Per H., Pfau-Effinger Birgit, "'Active' citizenship: the new face of welfare", *The Changing Face of Welfare: Consequences and Outcomes from a Citizenship Perspective*, ed. Andersen, Jorgen Goul; Guillemard, Anne-Marie; Jensen, Per H. ve Pfau-Effinger, Birgit, Policy Press, Bristol 2005, s. 1-14.
- Lister Ruth, "Sosyal Politikada Karşılaştırmalı Çalışmaların Rolü", *Sosyal Politika-Kuramlar ve Uygulamalar*, ed. Pete Alcock, Margaret May, Karen Rowlingson, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 311-20.
- May Margaret, "Sosyal Politikada Karşılaştırmalı Çalışmaların Rolü", *Sosyal Politika-Kuramlar ve Uygulamalar*, ed. Pete Alcock, Margaret May, Karen Rowlingson, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 543-554.
- Özdek Yasemin, "Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kısacasında İnsan Hakları", *Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları*, ed. Yasemin Özdek, TODAİE, Ankara 2002, s. 1-44.
- Özkaplan Nurcan, Yücesan Özdemir Gamze, Özdemir Ali Murat, "Sosyal Dışlanma Ne'yi Dışlar? Avrupa Üzerine Notlar", *Mülkiye*, C. 29, S. 248 (2005), s. 77-94.
- Pfau-Effinger Birgit, "New forms of citizenship and social integration in European societies", *The Changing Face of Welfare: Consequences and Outcomes from a Citizenship Perspective*, ed. Andersen, Jorgen Goul; Guillemard, Anne-Marie; Jensen, Per H. ve Pfau-Effinger, Birgit, Policy Press, Bristol 2005, s. 189-204.
- Silver Hilary, "Reconceptualizing Social Disadvantage: Three Paradigms of Social Exclusion", *Social Exclusion: Rhetoric, Reality, Responses*, ed. Gary Rodgers, Charles G. Gore, José B. Figueiredo, International Institute for Labour Studies 1995, s. 57-79.
- Silver Hilary, Miller S.M., "From Poverty to Social Exclusion: Lessons from Europe", *Poverty & Race in America: The Emerging Agendas*, ed. Chester Hartman, Lexington Books 2006, s. 57-70.
- Şenkal Abdülkadir, Doğan Mahmut, "Sosyal Politika ve Sosyal Haklar; Vatandaşlık Haklarının Yeniden Kavramsallaştırılması Arayışı", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 9, S. 7 (2012), s. 63-80.

- Turner Bryan S., "Outline of a Theory of Citizenship", *Sociology*, C. 24, S. 2 (1990), s. 189-217.
- Trubek David M., Trubek Louise G., "Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination", *European Law Journal*, C. 11, S. 3 (2005), s. 343-65.
- Üskül Engin Zeynep, "Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 1 (2014), s. 201-17.
- Waters Malcolm, "Citizenship and the Constitution of Structured Social Inequality", *International Journal of Comparative Sociology*, C. 30, S. 2-3 (1989), s. 159-80.
- Yücesan-Özdemir Gamze, "AB Sosyal Politikasının Kavramlarını Yeniden Düşünmek: Güvenceli Esneklik, Sosyal Diyalog ve Sosyal Dışlanma Üzerine Notlar", *Memleket Siyaset Yönetim*, C. 3, S. 7 (2008), s. 61-85.

İnternet Kaynakları

- Council Of European Union, "Draft Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2010", Council of European Union 2010. <https://ketlib.lib.unipi.gr/xmlui/handle/ket/845>, (E.T. 18.12.2020)
- Europe2020, Inclusive Growth. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/europe-2020-strategy-smart-sustainable-and-inclusive-growth>. (E.T. 02.01.2021)
- Fraizer Hugh, Marlier Eric, "2011 Assessment of Social Policy Developments in the EU", EU Network of Independent Experts on Social Inclusion Ocak 2012, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=8959&langId=en>. (E.T. 03.01.2021)
- Saith Ruhi, "Social Exclusion: the Concept and Application to Developing Countries", Oxford Department of International Development 05.2001, http://www.qeh.ox.ac.uk/publications/wps/wpdetail?jor_id=230.
- Saraceno Chiara, "The Undercutting of the European Social Dimension", (13.05.2015), <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01070426/document>.
- Social Protection Committee, "Report on Indicators in the field of poverty and social exclusion", Council of The European Union Social Protection Committee 10.2001, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/misc/DOC.68841.pdf.
- World Bank, "World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty.", Oxford University Press 2001, <http://hdl.handle.net/10986/11856>.

Diğer Kaynaklar

- Saka Yonca, Avrupa Birliği Sosyal Politikasının Gelişimi ve Türkiye'nin Avrupa Birliği Sosyal Politikasına Uyumu, Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara 2010.

SOSYO-HUKUKİ PERSPEKTİFTEN HUKUK DEVLETİ KRİZİ KARŞISINDA KAYGILI HUKUK ÖZNESİ

CONCERNED LEGAL SUBJECT IN THE FACE OF THE RULE OF
LAW CRISIS FROM A SOCIO-LEGAL PERSPECTIVE

Emre ŞİMŞEK*

Özet: Çalışmada, hukuk devleti kavramının belirsizlikler, kaygı, endişe ve kriz karşısındaki işlevi Zygmunt Bauman'ın akışkanlık teorisi çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Bu değerlendirmede, akışkanlığın günümüz toplumundaki yansıması işaret edilmekte ve belirsizlik karşısında hukuk öznesinin kaygısı göz önünde tutulmaktadır. Bir ideal olarak hukuk devleti, Martin Krygier'in görüşleri dayanak oluşturularak sosyo-hukuki perspektifle değerlendirilmektedir. Bu perspektifin yardımıyla, hukuk devletinin günümüz krizlerinde etkisi ve/veya etkisizliği açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zygmunt Bauman, Hukuk Devleti, Martin Krygier, Akışkanlık Teorisi, COVID-19, Hukuk Öznesi

Abstract: In the study, the function of the concept of rule of law against uncertainties, anxiety, concern and crisis is tried to be evaluated within the framework of Zygmunt Bauman's liquidity theory. In this evaluation, the reflection of liquidity in today's society is pointed out and the anxiety of the legal subject in the face of uncertainty is taken into consideration. As an ideal, the rule of law is evaluated with a socio-legal perspective, based on the views of Martin Krygier. With the help of this perspective, the effect and / or ineffectiveness of the rule of law in today's crises is explained.

Keywords: Zygmunt Bauman, Rule of Law, Martin Krygier, Liquid Theory, COVID-19, Legal Subject

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, emrevsimsek@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5471-2324, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.02.2021, Kabul Tarihi: 08.03.2021

GİRİŞ

COVID-19 salgını nedeniyle dünya yeni bir yaşama biçimiyle karşılaşmıştır. Virüsün etkisinin sosyal alanlarda kendisini göstermesiyle insan davranışları buna paralel olarak dünya çapında kısıtlanmıştır. Krizin neden olduğu sosyal belirsizlik, insan yaşamının artık tamamen eskisinden farklı bir normale ihtiyaç duyduğunu da göstermektedir. COVID-19 krizinin akışkan yapısı ve virüsün sürekli değişime açık olarak mutasyonlarla gelişimi, karar mercilerinin süreci yönetirken kılıpların dışına çıkmaları gerekliliğini açığa çıkarmaktadır.¹ İnsanların salgın dönemlerinde mevcut gerçekliği, bilgisel bir dayanakla bilme ihtiyaçları doğmaktadır. Aynı zamanda bu bilgisel dayanak, kişilerin güvende hissetme dürtülerinin de bastırılmasına yönelik bir hamledir. Kriz dönemlerinde bu tip veriler doğru şekilde yansıtılmadığında, komplo teorileri insanlar için cazip hale bürünmektedir.² Bunun ötesinde devletlerin belirsizlik karşısında derhal harekete geçemedikleri kriz durumlarında, insanlar kaygı, paranoya ve endişe hissetmektedirler.³

Dünya genelindeki tüm yönetim sistemleri, toplulukların mevcut kırılmalıkları karşısında bireylere vaat edilen, refah ve sağlık hakkının temini, erişilebilir temel gıda, sürdürülebilir ekonomik geçim şartları, kaynak erişimi, ekolojik duyarlılık, istihdam, ticaret, finans ve vatandaşlık hakları gibi çeşitli politikaları COVID-19 nedeniyle revize etmek zorunda kalmışlardır. Çünkü hukuk ve politik sistemler, salgın karşısında refleks gösterememiş ve aldıkları kararlar vatandaşları arasındaki adaletsizliğin derinleşmesine neden olmuş, çoklu ve kesişen kırılmalı grupların kronik bir şekilde hasar almasının önüne geçilememiş, ekonomik istikrarsızlık ve otoriter yönetimlerin de önü açılmıştır.⁴ COVID-19 salgını son bir senedir hayatımızın tam ortasında konumlanmakta ve yaşamı dönüştüren geçişken bir özellik göstermektedir. Bütün dünyada, maske kullanımı, dijital toplantılar, evden

¹ Vanessa Ratten, "Coronavirus (COVID-19) and Social Value Co-creation", *International Journal of Sociology and Social Policy* Volume: 40, 2020, s. 231.

² Ian Freckelton QC, "COVID-19: Fear, quackery, false representations and the law", *International Journal of Law and Psychiatry* 72, 2020, s. 2.

³ Freckelton QC, 2020, s. 2.

⁴ Leach, M., MacGregor, H., Scoones, I., Wilkinson, A., "Post-pandemic transformations: How and why COVID-19 requires us to rethink development", *World Development* 2020, s. 4.

çalışma rutini, eğitimlerin ‘uzaktan eğitim’ metoduyla verilmesi, dijital alış-veriş, toplu alanlarda toplulukla faaliyet veren işletme ve/veya kurumların kısıtlanması, sosyal yaşantının insanlar arası belirli bir mesafe gerektirmesi, hijyen kurallarına riayet, kişisel ve temaslı karantina süreçleri, sokağa çıkma yasakları ve benzerine dair kural veya davranışlar hayatın bütünü içerisinde yer almaktadır. Salgın, insanlığı teslim alarak “yeni normal”in oluşmasını da kendi şartlarına göre dayatmaktadır. Böylece hukuk alanı, salgın karşısında yeni kurallarla sürecin insanlar açısından daha yumuşak geçmesi için çeşitli tedbirlerle başvurmaktadır.⁵ Öyle ki hukuk seçimlerin düzenlenmesi, mahkemelerin çevrimiçi e-duruşma uygulamalarına geçişi, resmi görüşmelerin çevrimiçi gerçekleştirilmesi, parti kurultayları, devlet kurumlarına girişler için “HES Kodu” uygulaması, yurt dışına çıkış ve girişlerde PCR test sonuçlarının aranması, virüsle enfekte olan kişilerin özensiz davranışlarının önüne geçilmesi bakımından zorunlu olarak öğrenci yurtlarında 14 günlük karantina süreci uygulanması, temaslı kişilerin de PCR testlerine göre kişisel alanlarında karantinada olmaları gibi uygulamalarla yaşamı tekrar düzenlemeye ve insanları bu düzenler çerçevesinde hareket etmeye zorlamaktadır. Elbette bu kıskaç, giderek hukuk öznesinin yaşamını daraltmakta ve kişisel alanlarında dahi hukukla karşı karşıya kalmasına sebebiyet vermektedir.

COVID-19’un etkilerini üç farklı kategori içerisinde değerlendirmek, gelecekte bu tip salgınların yönetimi bakımından daha etkili bir sonucu doğurabilecektir. İlk olarak, bilimsel tavsiye ve kanıtların sosyal-politik-ekolojik süreçlerin yönetiminde bilgi temeline dayalı politika üretilmesi bakımından öncü olması gerekmektedir. İkinci olarak, küresel ölçekte etkili olan kapitalist sistem unsurlarının yenilenerek çoğulcu ve müzakere edilebilir süreçleri içermesi gerekmektedir. Son olaraksa, yeni siyaset biçimlerinin COVID-19 ve buna benzer diğer krizler ortaya çıkmadan birey-devlet arasındaki ilişkinin temelini yapısal dönüşümlerle karşılıklı dayanışma ve karşılıklı özenle uygulama alanı bulması gerekmektedir.⁶ Hukuk devletinin bu çalışma ekseninde değerlendireceği özellikler tüm unsurların içerisinde kendisini göster-

⁵ <https://www.worldbank.org/tr/news/press-release/2020/04/02/world-bank-group-launches-first-operations-for-covid-19-coronavirus-emergency-health-support-strengthening-developing-country-responses> E.T. 02.02.2021

⁶ Leach, MacGregor, Scoones, Wilkinson, 2020, s. 5.

mektedir. Akışkan dünya doğal bir şekilde belirsizlikleri doğurmaktadır. COVID-19'un, insanlara her zaman hatırlatması gereken yegâne şey, onları belirsiz bir geleceğin beklediği gerçeği olmalıdır.⁷

Hukuk devleti ilkesi, doğrudan hukuk öznesinin özneliğinin inşa edeceği ve onun garanti altında olacağı bir ideal etrafında şekillenmektedir. Salgının zorlu koşulları karşısında, akışkan dinamiklerde değişen ve dönüşen gerçeklikler yaşam alanında belirsizlikleri doğurmaktadır. Hukuk devletinin bu anlamda hukuk öznesinin ihtiyaçlarını karşılayamadığı görülmektedir. Hukuki özneliğin inşa edilememesi, krizin yaratmış olduğu belirsizlikleri hukuk alanında daha çok göstermesine neden olmaktadır. Ancak hali hazırda, hukuk devleti ideali keyfi gücün kontrolü bakımından da salgın neticesinde alınan tedbirlerin otoriter sistemlere dönüşmemesi açısından etkili olmaktadır. Bu tip olağan üstü haller ve kriz durumları, hukuku yasama alanında üreten siyasi iktidarın uzun vadede gücün genişletilmesi ve hakların kötüye kullanılmasına da aracılık etmektedir. COVID-19 döneminde bazı liderlerin bunu gerçekleştirmek için salgın tedbirlerinden faydalandığına dair kanıtlar da görülmektedir.⁸ Hukuk devletinin önemi bu tip kötüye kullanımlar açısından aktifliğini sürdürüyor olsa da insanların kriz karşısında yaşamakta oldukları korku, kaygı, endişe, mutsuzluk ve belirsizliğe çözüm sağlayamamaktadır.

1. Hukuk Öznesi

Hukuk öznesi kavramına karşılık Fransız hukukunda ilk olarak, hak sahibi kavramı kullanılmaktadır. Özne (*sujet*)⁹ terimi, genel ve açık olmalıdır. Özne tabirinde hiçbir şekilde uyruk belli edebilecek bir kullanım da yer almamaktadır. Hukuk öznesi denildiğinde, objektif hukukun kime karşı uygulanacağı ve sübjektif hukuku işaret eden nesne bulunmaktaysa bunun sahibinin kim olabileceğini göstermektedir.¹⁰

⁷ Leach, MacGregor, Scoones, Wilkinson, 2020, s. 5.

⁸ Smith, J. and Cheeseman N., "Authoritarians Are Exploiting the Coronavirus. Democracies Must Not Follow Suit", Foreign Policy, 28 April 2020, <https://foreignpolicy.com/2020/04/28/authoritarians-exploiting-coronavirus-underminecivil-liberties-democracies/> E.T. 23.01.2021.

⁹ Fransızca (*sujet*) kelimesi hem özne hem de uyruk anlamına gelir; (*sujet de droit*) hukuk öznesi, (*sujet français*) Fransız uyruğu demektir. Detaylı bilgi için bkz. Leon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s. 46.

¹⁰ Duguit, 1954, s. 56.

Hukuk bir özne kurgusu olarak vücut bulmaktadır.¹¹ Ancak bu özne oluş, farklı bakış açılarına göre değerlendirilebilecektir. Günümüzde özneliğin genişleyen bir yapıda farklı öznellik tipleri doğurduğu görülmektedir. Latin Amerika'da bir orangutana insan haklarının tanınması neticesinde, korumakla yükümlü olunan hukuk nesnesinin, özneliğe geçişi ile hukuk sisteminin kendisini nasıl ve hangi araçlarla yenileyebileceği görülebilecektir.¹² Benzer bir özneleşme yapay zekaya dayalı olarak geliştirilen, sibernetik yazılımlarla ortaya çıkacak ürünlerin hukuki öznelere dair tartışmaları da beraberinde getirmektedir.¹³

Hukuk özneliğinin dönüşümü ve hakların daha sıkı korunması açısından insan dışı (*non-human*) varlıkların, objelerin ve hukuki olarak var edilmiş mekanizmaların öznellik tanımları ve hangi konumlarda nesne olarak ele alındıkları doğru tespit edilmelidir. Hukuki kişi, yasanın temel birimini meydana getiren ve onun kapasitesini ortaya koyan, hukuki soyutlamanın vücut bulmuş halini ifade etmektedir.¹⁴ Hukuki öznellik kapsam itibarıyla hukuki kişilikten daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Hukuki kişilik egemenin hukuk içerisinde tanımlandığı ve yasalarla tabi kıldığı bir alandayken, hukuki özne bundan öte "potansiyeli" olan hukuk kişilerini de içermektedir.¹⁵

2. Akışkan-Endişeli Hukuk Öznesi

Hukuk devletinin ideal haliyle hukuk öznelerinin kendilerini güvende hissedebilecekleri bir alan yaratamaması ve krizin/krizlerin neden olduğu belirsizliklerin bu ideal tarafından daha da belirsiz bir konuma getirilmesi nedeniyle, özne giderek endişeli ve kaygılı bir hale bürünmüştür. Günümüzde hukuk öznesinin endişesi giderek artan ekonomik, hukuki, politik ve sosyal yaşam alanındaki belirsizliklerle

¹¹ Gökçe Çataloluk, "Hukuk Çalışmaya Devam Etmeli miyiz? Sistemik Bir Analiz", Hukuk Kuramı, C. 5, S. 1, Ocak- Nisan 2018, s.13.

¹² Çataloluk, 2018, s. 14.

¹³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Solum, Lawrence B, "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Vol. 70, Issue 4 (April 1992), ss. 1231-1288.

¹⁴ Ngairé Naffine, *Law's Meaning of Life Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing c/o International Specialized Book Services, North America (US and Canada), 2009, s. 2.

¹⁵ Emre Şimşek, "Hukuk Öznesi Olarak Sivil Toplum", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2020, ss. 11-12.

daha da derinleşmektedir. Covid-19 salgını neticesinde dünya çapında uygulanan tedbirler ve belirsizlikler neticesinde bireyler güvensizlik hissiyle daha da endişeli bir hale gelmişlerdir. Hukuk devleti idealinin, krizler karşısındaki belirsizliği çözemeyişi, hukuk öznelerinin de gündelik yaşamlarına etki ederek endişe hali giderek patolojik boyutlara erişmiştir.¹⁶ Makro ölçekte, keyfi iktidarın gücünün sınırlanışının ötesinde sosyo-ekonomik ve sosyo-hukuki önemi düşünüldüğünde, hukuk devleti ideali başarısızlıklarıyla, hukuk öznelerinde endişe ve kaygının artışına sebebiyet vermektedir.

Hukuk öznesinin endişesi *Zygmunt Bauman*'ın akışkanlık görüşleri ekseninde değerlendirilerek, hukuk devletinin bu endişe ve akışkan modern dünyada yapabilecekleri ve yapamadıkları ortaya konabilir. *Bauman*, devletlerin ve politikacıların hukuk öznelerinin endişelerini gidermekle ilgilenmediklerini ifade etmektedir. Hukuk devleti idealine göre eyleyen bu devletler, politikalarını geleceğin belirsizliği ve sürekli somut olarak karşılaşılan güvensizlik duyguları nedeniyle oluşan kaygılar üzerine inşa etmektedirler.¹⁷ Bu kaygı yönetimi *Bauman* için oldukça basit politik bir nedenden kaynaklanmaktadır. Güvensizlik hissini güvenli hale getirilmesi, adeta bir sihirbaz hilesi gibi kullanılarak kaygı, hükümetlerin üstesinden gelemedikleri (veya üstesinden gelmeye istekli olmadıkları) sorunlardan, konunun hevesle ve başarılı bir şekilde çözebilecekleri sorunlara kaydırılmasından ibarettir.¹⁸ Başka bir deyişle, devletler kaygının kontrolünün üzeri örtük bir şekilde kalmasına göre politika belirleyerek, hukuk öznelerinin yaşama bu şartlar altında devam etmesi beklenmektedir.

Akışkan modern zaman içerisinde, insanın en çok ihtiyaç duyduğu şey, güvenlik ve güvenle kurulmuş ilişkiler ağıdır. Ancak günümüz dünyası içerisinde krizlerde karşılaşılan belirsizlikler ve güvensizlik kaynağını sadece endişeye dönüştürmektedir.¹⁹ Bir analogi olarak totaliter rejimlerin başvurduğu yöntemlerden birisi de bireyleri endişe, kaygı, korku ve belirsizlikler içerisinde yönetmesidir. Bu şekilde otorite

¹⁶ Fang Tang, Jing Liang, Hai Zhang, Mohammedhamid Mohammedosman Kelifa, Qiqiang He & Peigang Wang, "COVID-19 Related Depression and Anxiety Among Quarantined Respondents", *Psychology & Health*, Jun 2020.

¹⁷ Zygmunt Bauman, *Strangers At Our Door*, Polity Press, Cambridge, 2016, s. 22.

¹⁸ Bauman, 2016, s. 23.

¹⁹ Zygmunt Bauman, *Liquid Fear*, Polity Press, 2006, s. 70.

te sağlanarak, insanlar üzerinde hakimiyet kurulmaktadır. İnsanın en temel güdülerinden birisi olan yaşama refleksi, bu tip bir sistem içerisinde onun tüm karakter özelliklerinin soğurması/massedilmesine sebebiyet vermektedir. Aslında endişeli hukuk öznesinin yanında duran temel argüman, teoride hukuk devletinin de ideal halidir. Ancak günümüz gelişmeleri göz önüne alındığında, durağanlığı ve belirsizliği daha da derinleştirmesi hukuk devleti idealinin pratikte öznelere yardımcı olamadığını göstermektedir. Modern anlamda demokrasinin yükselişi, insanların totaliter rejimler altında endişe, belirsizlik ve kaygıdan arınmasına aracı olmasıyla da değerlendirilebilecektir.²⁰

Bauman için akışkanlık modern dünyanın yeni bir var olma şeklidir. Akışkanlık, “postmodern” olarak algılanan modernite sonrası doğru ele alınmasında önemli bir turnusol özelliği göstermektedir. Katı modernite döneminde, fabrika binalarının geniş hacimli alanlara kurulması, makinelerin devasa yapıları, çalışanların işlerinde rutin bir mesaide sürekli kalmaları gibi akışkan olmayan özellikler görülmektedir.²¹ Ancak küreselleşmenin etkisi ve yeni modern dünya anlayışında (akışkan dönemler) mekân ve zaman eskiye göre önemini yitirerek akışkanlıkla kendisine yeni anlamlar elde etmiştir. Modernliğin katı alandan sıvı alana geçtiği günümüz dünyasında, katı dönemde kesinlik, kusursuzluk ve iyi yaşamın evrensel koşulları için gösterilen çaba başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Çünkü katı modern anlayışta, geleceğin kontrol altına alınması ve kesinlik ideali söz konusuysen, akışkan dönemde geleceğin garanti altında olmadığını güvence altına alınması söz konusudur.²²

Akışkanlık, sıvı ve gazların kimya terminolojisinde kendilerine uygulanan basınç karşısında şekillerinin değişmesini ifade etmektedir. Yani sıvılar, katılarda olduğu gibi belirli fiziksel özellikler barındırmaksızın mekansız ve zamansız olarak sabit bir şekilde akışkan haldelerdir. Akışkanların en tipik özelliklerinden birisi de belirli bir şekli uzun süre idame ettirmeden, her an şekil değiştirme eğiliminde olmalarıdır. Bu akışkanlık ve kimyasal hal değişimi eğilimi de akışkanlara belirsizlik seviyesini artıran özellikler kazandırmıştır. *Bauman’ın* bu

²⁰ Bauman, 2006, s. 156-157.

²¹ Zygmunt Bauman, *Akışkan Modernite*, Can Yayınları, İstanbul, 2019, s. 175.

²² Bauman, 2019, s. 14.

metaforlaştırmasıyla akışkan dönemde hukuk özneleri, güvencesiz, belirsiz ve güvenlik arayışında bir dönem yaşamaktadırlar. Akışkan dünyada her şeyin hızlı bir şekilde tüketildiği ve değiştiği de dikkate alınacak olursa bireyin-öznenin sabitliği de beklenemeyecektir.²³ Akışkan toplum, kendisini hukuk öznelerine etki eden yeni şartları da beraberinde getirmektedir. Bu haliyle endişe, belirsizliklerle perçinlenerek hukuk öznesini de sürüklemektedir. Hukuk devletinin böyle bir dönüşüm, değişim ve akışkanlık karşısında durağan hali hukuk öznesinin yaşamış olduğu krizi derinleştirmektedir. Başka bir ifadeyle, akışkan dünyada akışkan pratikler ve ilişkiler, bireyin süreç içerisinde varlığını tehdit ederek, özneliğinin kaygıyla dolmasına ve özerk bir şekilde seçimlerini gerçekleştirememesine sebebiyet vermektedir.

Hukuk öznesinin özerk bir şekilde karar verebilmesi ve özerk olması akışkanlık ekseninde tekrar düşünülmelidir. Akışkan dünyada, her türlü ilişki iki ucu keskin bir kılıca benzemektedir. Güzel bir rüyanın, kabusu ne zaman dönüşüp dönüşmeyeceği belirsizdir.²⁴ Bu bağlamda, müphemlik (belirsizlik) hukuk öznelerinin devlet, kurumlar, özne-özne ilişkilerinde de kendisini göstermektedir. Akışkan dünyadaki tek kesinlik, belirsizliğin ta kendisidir. *Bauman*, akışkan dünyanın akışkan korkuların ve endişelerin bekçiliğini yaptığını vurgulayarak, küresel dünya içerisinde mekân ve zaman fark etmeksizin her insanın bu güvencesizlik ve güvensizliğiyle baş başa olduğunu tespit etmektedir. Bu belirsizlik yaşamın tek biçimi haline dönüşmüştür.²⁵ Bunun önüne geçmeye çalışan yeni bir strateji belirlendiğinde de mevcut tespitin değiştiği görülmektedir. Öyle ki belirsizlik, dünyada hemen hemen her şeyin durmadan dönüştüğü ve değiştiğini ortaya çıkarmaktadır. Olgusal olarak böyle bir akış hali, siyasal, hukuki, kişisel ilişkiler gibi birbirine sıkı sıkıya geçmiş tüm alanlarda kendisini göstermektedir. Böylece akışkanlık kısa vadeli planların yapıldığı, anlık hazların popüleritesinin arttığı, kurumlarının zayıfladığı, geçici ilişkilerin kurulduğu, kısa vadeli ilişkilerin arttığı ve krizin artış gösterdiği belirsiz, kırılğan bir dünya gerçeğini ortaya çıkarmıştır.²⁶ Akışkanlığın doğası gereği birçok nedeni, sonucu ve göstergesi vardır. İktidarın,

²³ Bauman, 2019, ss. 23-27.

²⁴ Bauman, 2019, s. 263.

²⁵ Zygmunt Bauman, *Siyaset Arayışı*, Metis Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 26-27.

²⁶ Martin Jay, "Liquidity Crisis: Zygmunt Bauman and the Incredible Lightness of Modernity", *Theory Culture Society* 2010 27, ss. 96-98.

politikadan liberal ekseninde dışlanması, yönetsel sistemde aktörün görülmediği veya zayıfladığı görülmektedir. Bir başka açıdan, karşılıklı bağımlılık sisteminin genişleyerek çok ağırlı bir yapıda eylenecek olan şeylerin “çokmerkezli” bir yapıda bulunması akışkanlığı beslemektedir.²⁷ Başka bir deyişle, küresel sermayenin iplerinin belirli bir hukuki iktidar tarafından kısıtlanamaması ve serbest dolaşım bu akışkanlığı sürdürmektedir. Direkt olarak küresel serbest ekonomi sistemi, belirli grupların ve/veya yönetimlerin söz sahibi olmasına sebebiyet vererek, dünya genelinde eşitsizliklerin kendiliğinden artmasına neden olmaktadır.²⁸

Bauman'ın ortaya koymuş olduğu akışkanlık perspektifiyle, COVID-19 karşısında hukukun sosyal yaşam içerisindeki rolü daha da önemli bir hale gelmektedir. Akışkan dönemlerde belirsizliğin katlanarak artması ve tek kesinliğin belirsizliğin kendisi olması, birey-devlet ilişkilerinde de bir gerilimin doğmasına sebebiyet vermektedir. COVID-19 tedbirleri akışkanlık metaforuyla düşünüldüğünde, hukuk alanı ve hukuk devleti ideali mevcut belirsizlikler karşısındaki konumunu tekrar kurgulamakla yükümlüdür. *Bauman* akışkan dönem içerisindeki siyasi-politik kavramları katı modern zamanın kavramlarından ayırmaktadır. Bunun esaslı nedenlerinden birisi de dönüşümün daha çok neye evrildiğinin görülmesini istemesidir. Katı modernite, Fransız devrimini ifade eden özgürlük, eşitlik ve kardeşlik kavramıyla düşüncesini şekillendirirken günümüz akışkan dünyasında daha çok özgürlük, farklılık, barış, hoşgörü ve dayanışma kavramları ön planda olmalıdır. *Bauman*, akışkan dinamiklerde belirsizlikle yoğrulan insanın, ahlakiliğini ve dayanışma kültürünü geliştirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ahlakilik, ötekinin/farklı olanın önemsendiği ve temele alındığı postmodern etiği işaret eder ve özne ancak etik ve dayanışmayla özerk halde olabilecektir. Dayanışmanın varlığı da ancak öteki için mücadele eden kişiler tarafından ‘hoşgörü’ ile mümkündür. İnsanlığın dayanışarak, “biz” duygusuyla mücadele etmesi gerekliliğini ifade eden *Bauman*, devlet kurumlarının zayıfladığını tespit ederek, küresel sermayeye bağlı kılınan akışkanlığın önünde ancak bu şekilde durulabileceğini tasvir etmektedir.²⁹

²⁷ Bauman, 2019, s. 18-20.

²⁸ Bauman, 2019, s. 36.

²⁹ Zygmunt Bauman, *Modernlik ve Müphemlik*, Ayrintı Yayınları, 2003, ss. 221-235.

Bauman, akışkan dinamiklerde dayanışma ve etiğin belirli bir şekilde çözüm olabileceği kanısını paylaşmaktadır. Ancak bunun nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin ipuçları sunsa da bir yol haritasından bahsetmemektedir. Böyle düşünüldüğünde, hukukun akışkan, belirsiz ve kriz içerisindeki günümüz şartlarını daha iyi ortaya koyabilmek adına sosyo-hukuki perspektiften yararlanılarak, hukuk devletinin krizle ilişkisi değerlendirilecektir.

3. Sosyo-Hukuki Perspektif

Yeni bir tanımlama veya formülasyon şeklinde değerlendirilecek olursa sosyo-hukuk çalışmaları geçişli bir alanı işaret etmektedir. Bu alanda da sınırlar tam olarak doğru çizilmiş görülmemekle birlikte, tam olarak nereye/nasıl yöneleceği de belirsiz gibi görünmektedir. Ancak sosyo-hukuk çalışmaları temelini disiplinler arası bağlamlarla çeşitlendirerek, değer ve olguya yaklaştırmaya çalışmaktadır. Birbirinden farklı birçok alanı içinde barındıran sosyo-hukuk çalışmaları, hukuk sosyolojisi, hukuk antropolojisi, siyaset bilimi gibi çalışmalarla temas alanına girmektedir. Bu çalışmaların bağlamı ve yatkınlığı kendisini daha çok eleştirel düşünce ekseninde konumlandıran bilim insanlarıyla ilerlemektedir. Sosyo-hukuk yaklaşımı Amerikan hukuk sistemi içerisinde hukuki realizm ve pragmatizm eksenli birçok yerden de faydalanmaktadır.³⁰ Bu yöntem, hukukun sosyal ve politik eksenli bir okumasına aracılık etmektedir. Sosyo-hukuki pratik, hukuk sınırlarının ortaya çıkarılması ve yasaların konulma amaçları etrafında da düşünmeye ve bu alandaki içeriği geliştirmeye çalışmaktadır. Ancak sadece belirli analizlerin yapılmasından ziyade, temelde bir şeylerin değiştirilmesine yönelik bir hareket olduğu da söylenebilecektir. Hukukun içerisinde hukuk devleti idealinin statik bir alanı işaret ettiği görülmektedir. Ancak hukuk ve toplum arasındaki ilişki sonsuz ilişkiler ağını meydana getirmektedir ve durağan bir kural sistematüğinden uzakta okunması gerekmektedir.³¹

³⁰ Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory Pragmatism and A Social Theory of Law*, Oxford University Press, Newyork, 2004, s. 2-3.

³¹ Naomi Creutzfeldt, "Traditions of Studying the Social and the Legal", *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*, Routledge Press, New York, 2020, s. 8-10.

Dünya üzerinde insanların sosyal gruplar içerisinde karşılıklı etkileşimlere geçtikleri ve bu etki alanlarıyla grup içi bilinç akışları düşünüldüğü takdirde, metodolojik olarak bilinç akışı kendisini hukukun sosyal kaynaklarından birisi haline getirmektedir. Başka bir açıdan sosyo-hukuki çalışmalar, sosyal bir varlık olan insanın mevcut yaşadığı gruplardaki normların aşılması yerine bu grup içi bilinç akışının farkında olarak çalışmalarını şekillendirmektedir. Böyle düşünüldüğünde de makro-mikro, pozitivism-nesnellik-öznellik gibi sosyal bilimlerin alanında farklı perspektiflere odaklanmanın öne çekildiği görülebilecektir. Böyle bir geçiş alanı karşıtlığının temelinde yatan bir başka faktör de bilginin ortaya konulmasında ve temele alınmasında mutlak bir gerçeklik olmadığı düşüncesidir. Bilgi temeline ilişkin çeşitli tartışmalar hukukun kaynağının belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Bu tartışmalar sosyal kurumlar ve sosyalleşen bireylerin geçişkenlik alanında bilginin içkin olduğu yönlerde nasıl değerlendirildiğini göz önüne sermektedir. İnsan bilgisi, tarihsel olarak linguistik ve çevirmenlerin belirli yerel toplulukların sosyal pratiklerinin zorunlu bir ürünü olarak sosyal bilimlerde değerlendirilmektedir. Ancak bundan bağımsız ve tarihin kayıt altına almadığı/dışladığı gerçekliklerin de sosyo-hukuki çalışmalarda değerlendirildiği görülebilecektir.³²

Günümüz dünyasında, sosyal bilimlerin alanı kendi içerisinde bilginin mümkünlüğü ve öznenin eyleyen yanlarıyla ilgilendikleri bir tartışma ekseninde dilin, mantığın ve sosyal teorilerin çöküşüyle karşılaşırken, doğa bilimleri kendi içindeki farklı metod ve yaklaşımlarla çalıştıkları için onların bilgi mutlakiyeti sorunlu da olsa robotik uzay bilimleri gibi alanlarda çalışmalarını sürdürmektedirler. Böyle bir değerlendirme bilim ve felsefe, postmodernizmin tehdidi altında yalnız değildir. Bu fikir ağı, hukukun öz kimliği için gerekli olan iddialara da meydan okumaktadır. Modern toplumda hukukun külliyatını oluşturan kurallar, metinler, kavramlar ve ilkelerin belirleyici bir anlamı olduğu, hukukun yorumlanması ve uygulanmasının tarafsız veya nesnel bir süreç olabileceğini, yasaların iyiye ya da kötüye yönelip doğru veya yanlış olabileceğine ilişkin içerik sosyo-hukuki teorisinin kendisidir.³³ Daha geniş bir tanımlamayla sosyo-hukuk teorisi, bilgi temeline

³² Brian Z. Tamanaha, 2004, s. 4-5.

³³ Brian Z. 2004, s. 6.

alınmış hukuka uygulanan teorik anlamda sosyal bilimlerin bilimsel içeriğinin hukuktaki yansımalarını ifade etmektedir. Ampirik araştırmalar aksine, sosyo-hukuk çalışmaları bilginin tartışılabilir yönleriyle ilişkilendirilmektedir.

Nihai olarak hukukun, yasal kurumların, hukuk aktörlerinin ve bunlara bağlı akademik çalışmaların olduğu alan sosyo-hukuki teorinin çerçevesini meydana getirmektedir. Başka bir açıdan da disiplinler arası çalışmalar yaparak sosyo-hukuk teorisi, politik alanı etkileme gücüne de sahiptir. Hukuk sosyal dünyanın dışında insanlardan özerk bir alanda yer almamaktadır, bilakis kendisini hissettirmeden toplumun derinliklerine yerleşmiştir. Sosyo-hukuk çalışmaları da hukuku, sosyal, ekonomik, politik, dilsel, kültürel ve ideoloji ekseninde değerlendirmeye çalışmakta ve mevcut gelişen dünyanın sosyal bilim alanındaki diğer etkileyici faktörlerini de hukuk sahasına davet etmektedir.³⁴

Sosyo-hukuk çalışmalarında hukuk çerçevesinin sınırlandırılmaması ve değişen insan ilişkileri, yönetim alanı, toplum-hukuk ilişkileri kriz dönemlerini anlamak için uygun bir metodoloji sunmaktadır. Bunun nedeni insanın belirsizlik karşısındaki yalnızlığı ve endişesini anlamaya çalışan bir yönden yaklaşacak teorik çalışmalara verilen değerdir. Bu anlamıyla krizler karşısında etkisiz kalarak bireylerin içerisinde yaşadığı sorunları göremeyen ve çözüm üretemeyen hukuk devleti idealine sosyo-hukuk perspektifinden bakmak sorunu görmede ve buna müdahil olmada doğru bir yaklaşımı getirecektir.

4. Sosyo-Hukuki Perspektifte Hukuk Devleti ve Kriz

Hukuk devleti anlayışı tarihsel farklı anlayışlar ve görüşler çerçevesinde günümüze uzanmaktadır. Hukukun belirli ilkeler ve kurallar ekseninde devletin keyfiliğinin önlenmesinde hukuk devleti anlayışı önemli bir basamak olarak değerlendirilmektedir. Bu ilke ve kurallara göre iktidarın yetkilerinin kısıtlanması, doktrin tartışmalarında da görüleceği üzere önemli bir tarihsel kazanımdır. Şekli (formal) veya maddi (substantive) hukuk devleti anlayışları eksenindeki tartışmalara bakıldığında hukukun ne olduğu ve tam olarak hukukun şekli

³⁴ Creutzfeldt, 2020, s. 10-11.

unsurların tamamlanmasıyla vücut bulup bulamayacağı tartışması görülmektedir. Şekli hukuk teorisinde, hukukun şekli unsurlarının tamamlanarak yetkili bir organ tarafından çıkarılması söz konusudur. Şekli hukuk anlayışında hukukun iyi veya kötü olması gibi bir nitelik değerlendirmesi söz konusu değildir. Maddi hukuk anlayışında hukuk yalnızca bu şekli unsurların varlığıyla yetinmeyerek, hukukun insanı temele alması ve hukukun üstünlüğü gibi unsurların öncelenerek ilgili teorinin geliştirildiği görülmektedir ve maddi hukuk açısından hangi hakların hukukun konusu olması gerekliliği üzerine tartışmalar yürütülmektedir.³⁵ Ancak bu bakımdan geliştirilen hukuk devleti anlayışının günümüzdeki durağanlığı mevcut krizlerin yönetimi açısından hukuku yeterince aktive edememektedir. Bu durumun esaslı nedeni, hukuk devleti anlayışındaki temelde bağlı olunan ilke ve kuralların sahasının genişleyen belirsizliklere bir yanıt verememesidir. Hukuk devleti miti kendi varlık alanında yaşadığı belirsizliği ve durağanlığı, kriz dönemlerinde insanların yaşadığı belirsizlikleri daha derinden hissetmelerine neden olarak genişletmektedir. Böylece, hukuk devleti belirsizliği, insanların yüzüne vuran bir gerçekliği, daha sert ve derinden hissetmelerine sebebiyet vermektedir.

Başka bir açıdan hukuk devleti/hukukun üstünlüğü kavramı günümüzde kullanışsız motto/klişe bir söylem olarak hukuk sahasında yer almaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde kavramın içerisinde boşaltıldığı görülebilecektir. Ana akım neo-liberal veya liberal iktisat yaklaşımlarında hukuk devleti kavramının endüstrisiyle karşılaşmaktadır. Demokrasi veya insan hakları odaklı hukuk devleti söylemlerinde yalın ve tutarsız bir şekilde kavramın içeriğinden uzaklaştığı da başka bir değerlendirme konusudur.³⁶ Esasında hukuk devleti anlayışı ele alınırken, dünyanın neresinde olursa olsun o coğrafyanın kendine özgü unsurları, farklı tarihi süreçler, kültürel şartlar ve değerler sanki ortak bir “değer havuzu” gibi bu mefhum üzerinde birleştirilmeye çalışılmaktadır. Ancak kavramın kapsayıcılığı yine bölgesel ve hukuk tiplerine göre farklılıklar göstermektedir. Bu açıdan hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramı bir teknolojik gelişme şeklinde ele alındı-

³⁵ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law History Politics Theory*, Cambridge University Press, Newyork, 2004a, s. 91-101.

³⁶ Martin Krygier, “The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures”, *The Annual Review of Law and Social Science*, 2012, s. 18-19.

ğında bunu bir “etkileşim” teknolojisi olarak anlamak gerekmektedir. Bu durum hukukun klişelerden uzak durarak, değerlerin belirlenmesi açısından söylemlerle ilişkilendirilmesiyle mümkün olabilecektir.³⁷

Şekli hukuk devleti anlayışı, hukuk öznesinin davranışlarını norm eksenli değiştirebileceği/dönüştürebileceği savı karşısında kendi belirsizliği nedeniyle insanların kriz dönemlerinde yaşadıkları belirsizliği örtememektedir ve dahası bu belirsizliği derinleştirmektedir.³⁸ Hukuk devleti anlayışının tarihsel gelişimine bakıldığında keyfi güç (*arbitrary power*) karşısında belirli ilkelerle mevcut yönetim alanının kısıtlanması söz konusudur. Hukuk devleti keyfi güç kullanımının önünde gücü dengeleyen bir ideal olarak görünse de yönetilen insanların özerklikleri güvence altına alınamamaktadır. Hukuk özneliğinin inşasında yaşanan bu zeminin hukuk devleti tarafından sağlanamaması nedeniyle belirsizliğin yarattığı bir korku ortamı mevcuttur. Bireysel ve toplumsal eylemlerin yaratacağı sonuçlarda da belirsizlik hâkim olduğu için vatandaşların kendi aralarındaki ve devletle olan ilişkilerinde de koordinasyon yoktur. Buradan toplumsallaşmanın ve sivil toplumun da önemli bir yara aldığı söylenebilecektir. Son olarak bir kişi ve grubun belirsiz çıkışları ve/veya ani kararına tabi olan kişi veya kişilerin hay-siyetlerine saldırı söz konusu olabilecektir.³⁹

Martin Krygier, keyfi güç kullanımında bir problem yaşanması durumunda çözüm olarak gücün tavllanması⁴⁰/yumuşatılmasını *tempering power* metaforuna göre ele almaktadır.⁴¹ Bu açıdan hukukun güç ilişkisine müdahil olması, negatif etkiden ziyade, hukuk devletini kısıtlamaları etkinleştirerek keyfiyetin önüne geçilmesinde de etkilidir. *Krygier*, “*Tempering Power*” metaforuyla, güç olgusunu iyiye dönüştürebilecek bir etki olarak görmektedir. Gücün yasal yargulamalarda, sosyal devlet ilkesinin hayata geçirilmesinde ve özel hayatın korunmasında etkili olabileceği bir perspektifi işaret etmektedir. Zaten *Krygier* için mevcut haliyle hukuk devleti anlayışının gelişen ve dönüşen tarihi

³⁷ Krygier, 2012, s. 14-17.

³⁸ Tamanaha, 2004a, s. 91-101.

³⁹ Krygier, 2012, s. 5-6.

⁴⁰ Tavlama, daha yavaş ve daha kontrollü bir soğutma yöntemi kullanan bir metal işleme işlemidir, temperleme ise daha hızlı ve daha az kontrollü bir soğutma yöntemi kullanan bir metal işleme işlemidir. Tavlama ile çelik belirli bir sıcaklığa ısıtılır, daha sonra uzun bir süre boyunca yavaşça soğutulur.

⁴¹ Krygier, 2012, s. 7.

arka planında düşünürlerin es geçtikleri bir nokta olarak hukuk devletininki şekli unsurları ve ilkeleri tartışılırken “hukuk devletinin ne için olduğunu” yeterince tartışılmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle de çalışmalarını hukuk devletinin anatomisinin ne olduğunu anlamaya yönelik gerçekleştirerek, hukuk devletinin idealize haline ancak teleolojik yaklaşımla erişebilmenin mümkün olduğunu düşünmektedir.⁴² Hukuk devletinin ne için olduğuna yönelik soruşturmanın büyük bir bölümünün yanıtının da yine gücün tavllanması (*temper power*) olduğunu ifade etmektedir.⁴³ *Krygier’in* özellikle “*tempering power*” olarak anlatmak istediği şey, tavllanmış çeliğin daha tok, sertliği daha yumuşak, ancak aşırı ısı testlerinde daha az kırılabilir bir formda olması gibi, hukuk devleti ilkesini görmeyi sağlamaktadır. Bu metafor, yönetimin tavllanmış güçle nispeten vahşi yönünün törpülediği, kırılabilirliğinin da azaltılmasıyla despotik olmaktan ziyade, altyapısal (*infrastructural*) yönünün oluştuğunu göstermektedir. Çünkü tavllanmış güç anlayışıyla, keyfi iktidarın sınırlandırılmanın da ötesinde hesap verilebilir ve olgunlaştırılabilir bir alanda vücut bulmaktadır.⁴⁴ Tavllanmış güç, içkin değere ulaşabilmenin yöntemi olarak düşünülmelidir. Bu içkin değer *Krygier* için neden hukuk devleti anlayışının önemli olduğunu göstermelidir.⁴⁵

Krygier’in yenilenerek yürürlükte olmasını (*post-revival*) düşündüğü hukuk devleti anlayışı, üç kademededen meydana gelmektedir. Bu kademeler, hukuk devletinin normatif, sosyolojik ve yasallığını ihtiva etmektedir. Bu kademelere erişim, hukuk devletinin içeriğinin neyden meydana geldiğini, ne veya nasıl olduğunu ve nereden kaynaklandığını sormasıyla mümkün olmaktadır. Esasında bu düşünce, hukuk devletinin kurumlarla var olan ilişkilerinden ziyade, onun teleolojik yanını araştırmanın önemini vurgulamaktadır.⁴⁶ Bu da dolaylı olarak hukuk devletine yaklaşımdaki normatif değer arayışını ön plana çıkarmaktadır. Teleolojik arayış neticesinde, keyfi iktidar kullanımının önlenmesi ve gücün kötüye kullanımının önünde durulmasına yöne-

⁴² Nick Cheesman, Ronald Janse, “Martin Krygier’s Passion for the Rule of Law (and His Virtues)”, *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, s. 263.

⁴³ John Braithwaite, “*Tempering Power*”, *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, s. 280.

⁴⁴ Braithwaite, 2019, s. 280.

⁴⁵ Cheesman, Janse, 2019, s. 274.

⁴⁶ Cheesman, Janse, 2019, s. 269.

lik hukuk devleti vaadinin hala ayakta olduğu görülmektedir. *Krygier*, hukuk devleti ereğini dikkatlice ele almaya çalışmaktadır. Örneğin, toplumda yer alan korku atmosferinin azaltılması, bireysel ve özel hakların güvenliği telosun yakınında yer almaktadır. Ancak standart bir şekilde hukuk devletinin yüklendiği dışsal (*extrinsic*) amaç ve değerler (ekonomik büyüme, insan hakları, politik demokrasi vb.) telosun uzak ucunda konumlanmaktadır. *Krygier*, aynı zamanda hukuk devleti anlayışının kolektif yaşamın bütün değerlerini yok etmediğinden de ısrarcı bir tutum göstermektedir.⁴⁷

Hukukun üstünlüğünün kısmen çözüm olarak kullanıldığı yer keyfi güce ilişkindir. Hukuk, her zaman doğru olmayabilir, ancak güç eşitsizliklerinin ortaya çıkardığı sorunların çözümünde etkili olmayı amaçlamaktadır. Çünkü hukuk spesifik ve karakteristiktir, özünde yasa gücünün kullanılması bakımından bir araçtır. Hukuk devleti güçlü bir araç olabilir, ancak hiçbir zaman tek yol değildir. Güç farklılık içerecek kanalize edilebilir, yönlendirilebilir, sınırlandırılabilir veya yumuşatılabilir.⁴⁸ Hukukçuların, avukatların ve bu alandaki düşünürlerin hukuk devleti mefhumuna yaklaşımları temelde öze ilişkin olmalıdır. Hukukun gerçekleştirildiği alanlar olan kurumlarla bütünleşmesinden ziyade ilkece hukuk devleti idealinin belirli bir öze ilişkin olduğu unutulmamalıdır.⁴⁹ *Krygier* için hukuk devleti, hem ahlaki (*moral*) hem de pratik politika terimleriyle düşünülmesi gereken özlü bir ideal dünya kavramıdır. Bu ideal kavramın temelinde önemli bir etik perspektif yer almaktadır ve ayrıca kavram hem soyut hem de empirik bir gözlem alanı da doğurmaktadır. *Krygier* için olgu-değer bileşimi şeklinde ele alınan kavramın anatomisi yapılırken, esasında herhangi bir toplumda hukuk devletinin nasıl somutlaşacağı tartışması da yapılmaktadır.⁵⁰ Örneğin Sovyet sonrası oluşan ülkelerde hukuk devletine dair bir istem söz konusudur ancak ithal edilen anlayış o ülkeler için yeterince iyi sonuçlanmamıştır. Çünkü hukuk devleti anlayışı, her ülke açısın-

⁴⁷ David Lieberman, "Krygier and Selznick and the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, s. 312.

⁴⁸ *Krygier*, 2012, s.17.

⁴⁹ Martin Krygier, "The Legal Doctrines of The Rule of Law and The Legal State, "Rule of Law"", *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice* 38, s. 56-58.

⁵⁰ Theunis Roux, "A Normatively Inflected, Sociologically Aware Account of the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law* 11, s. 296.

dan biricikliğe sahiptir ve amaçları, erişim özelliklerinin üzerinde fazlaca düşünülmesi gerekmektedir.

Krygier, hukuk devletinin olası geleceğini analiz ederken, sosyal bilimler alanında tartışmanın tarihselliğinin öne çıkarılmasını işaret ederek bunun farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Öğretide çoğu düşünürün de belirttiği gibi hukuk devleti ilkesi örtülü olarak adaletsizlikleri barındırmaktadır. Ancak bir başka taraftan da hukuk devleti idealize bir form olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devletinin düşünürler, avukatlar ve yargıçlar tarafından ele alınırken mevcut sosyolojik perspektiflere göre de değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵¹ Özellikle sosyo-hukuk çalışmalarının da bu değerlendirmelerde yer bulması önemlidir. Fakat son yıllarda, ekonomi literatüründe hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ekseninde çeşitli düşünceler gelişmektedir. Bu tip çalışmalar mevcut ekonomik sistem argümanı olarak kullanılabilirken hukuk devletinin mevcut normatif yönleri felsefi bilgi temelinde değerlendirilememektedir. Bu durum dolaylı olarak veri analizine dayanan ekonomi politikalarını içermektedir. Hukuk devletinin işlevselliği açısından, bu koşullarda beklenen tepkiyi neden vermediğini daha çok gözlemlemek ve keyfi güç kullanımını etkili bir şekilde hafifletmek gerekmektedir. Bunun nedenleri değerlendirilirken de hukukun toplumdaki işlevi ve toplumun hukuk içerisinde nasıl değerlendirildiği de göz önüne alınmalıdır. *Krygier'a* göre, hukuk devleti söyleminin ürettiği içerik yalnızca sezgilere dayanan bir şey olmasından ziyade, sosyal dünya hakkındaki gerçeklerle özellikle nedensellik, çeşitlilik ve bağlamlarla gerekçelendirilmelidir.⁵² Ancak bu şekilde hukuk devleti anlayışının ötesine geçmek mümkün olabilecektir.

Hukuk devletinin şekli ve maddi anlamda hukuk sistemlerinde vücut bulan formu mevcut krizlerde insanların yüzüne vuran gerçekleri daha derinden ve acı tecrübelerle yaşamalarına sebebiyet vermektedir. Mevcut krizlerin daha farklı değerlendirilerek önlemler alınması ve hukuk öznesinin endişesinin giderilmesi gerekmektedir. Bu durum hukuk alanında, öngörülebilirliğin sağlanması, özneye açık, güvenli ve belirli bir yaklaşımla mümkün olabilecektir. Ancak mev-

⁵¹ Cheesman, Janse, 2019, s. 268.

⁵² Krygier, 2012, s. 23-26.

cut hal, hukuk devletinin belirliliği sağlamanın mümkün olmadığını göstermektedir. Hukuk devletinin öngörülebilirlik kriteri esasında bu açıdan, bir “vaat” içermektedir. Fakat bu vaadin, çeşitli ilkelerin birlikte gerçekleşmesi ve hukuki belirlilikle uzlaşa içerisinde olması gerekmektedir. Bu ilkelere rağmen bir ideal olarak hukuk devletinin kriz döneminde belirsizlik atmosferini daha da genişlettiği görülmektedir. Belirsizlikler ve bireylerin kendilerine güven arayışları da kaygı temelinde yaşamları kıskaç halinde sıkıştırmakta ve toplumda bireyin hukuk sistemlerine olan inancı da sekteye uğramaktadır.

Hukuk devletinin günümüzde yaşadığı kriz, salgın döneminde kendisini daha açık bir şekilde ortaya çıkarmıştır. Covid-19’un DSÖ tarafından pandemi olarak ilan edilmesini izleyen tarihlerde⁵³ dünyanın hemen hemen her yerinde viral etki kendisini göstermeye başlamıştır. Neo-liberal ekonomi, kapitalizm ve küreselleşme kavramları üzerine düşünüldüğünde virüsün bu kadar çabuk bir şekilde dünyanın tüm coğrafyalarına ve hatta Amazon kabilelerine kadar sıçraması insanın ve metanın dolaşımıyla da doğru orantılıdır.⁵⁴ Bazı ülkelerde, henüz virüsün bilimsel altyapısı ve mortalite hızının bilinmediği bir süreçte “sürü bağışıklığı” gibi bir denemeye girildiği görülse de insan yaşamının/değerinin belirsizlikler üzerine konumlandırılmayacağına anlaşılmasıyla gerekli tedbirlerin alındığı görülmektedir.⁵⁵ Ancak geç de olsa tedbirlere başvurulması, hukuk devletinin normun öngörülebilirliğine olan inancı da zedelemektedir. Kamu sağlığını koruma yükümlülüğünün yaşam hakkıyla bağdaşan bir değeri ihtiva ettiği düşünüldüğünde, durağan anlayış bireyi ilk etapta mevcut salgında yeterince koruyacak önlemler alınmasında etkili olamamıştır. Bu olgular ekseninde düşünülmesi gereken, akışkan dinamiklerde, yeniden yorumlanması gereken bir hukuk devleti idealidir. Bu hukuk anlayışının değerlendirilmesi, sosyo-hukuki perspektiften kaygılı hukuk öz-

⁵³ Covid-19’un ilk görüldüğü tarihten bu makalenin ele alındığı 2020 Aralık ayına kadar yaklaşık bir sene geçmiştir. Avrupa’da ise Şubat 2020-Mart 2020 tarihlerinde başlayarak yayılım/bulaş alanı bulmuştur ve geçen bu süre zarfında salgın farklı pik noktaları göstererek insan ölümlerine neden olmaktadır.

⁵⁴ J.A. Oldekop and Others, “COVID-19 and The Case for Global Development”, World Development, 2020, ss. 6-7.

⁵⁵ İoanna Kuçuradi, “Covid-19 Salgını Sırasında Dünyamızın Dününe, Bugününe, Yarınına Bir Kuşbakışı”, Salgın: Tükeniş Çağında Dünyayı Yeniden Düşünmek, Tellekt, İstanbul, 2020, s. 166.

nesinin hukuk alanındaki varlığını da tanıyarak, onun yaşam alanını güvenilir kılmayı gerektirmektedir. Bunun nedeni krizler karşısında belirsizlikleri genişleten hukuk devleti anlayışının mevcut değişen ve dönüşen yaşam koşullarına uygun hareket edecek esnekliğe sahip olamamasıdır. Bu durağanlığın nedeni de dönüşen toplum yapısının ihtiyaçlarına cevap aramaktan ziyade belirli ilkeler ekseninde gücün önünde bir set olarak konumlandırılmaya çalışılmasıdır. Ancak hukuk toplumsal yaşamın içerisine işleyerek, her gün ve yeniden dönüşen belirli dinamikleri kendisinde barındırmaktadır. Bu açıdan mevcut hal gerekli kriterlere göre değerlendirilerek, sürekli hareket halinde olan olguları da çerçevesine katacak bir formda değerlendirilmelidir.

Akışkan dünyamız, hukuk devleti ilkesinin *Krygier'in* işaret ettiği gibi klişelerle, neo-liberal ve liberal ekonomik perspektiflerde endüstriyel bir ürün gibi kullanıldığı ve içindeki ahlaki yanın değersizleştirildiği bir dönemden geçmektedir. *Bauman*, mevcut akışkanlık karşısında, yer yer devleti güçlendiren argümanlara başvursa da nihai anlamda değer ve ahlakilik açısından *Krygier'la* uzlaşabileceği bir zemine gelmektedir. *Bauman* her ne kadar akışkan dönemlerde dayanışmanın insanlar açısından önemini çizse de her iki düşünür de öze ilişkin bir şekilde günümüz olgularına yaklaşarak biri hukuk devletin ne'liği diğeri ise toplumsal yaşamın ne'liği ve dönüşümü üzerinden analizini gerçekleştirmektedir. COVID-19 dönemi akışkanlığın had safhada olduğu ve belirsizliklerin gerçekten de *Bauman'ın* tespit ettiği gibi her gün değiştiği bir özellik göstermektedir. Sosyo-hukuki perspektiften yaklaşılacak olursa, hukuk öznesi belirsizlikler içerisinde endişeli ve akışkan halde konumlanmaktadır. Salgına bağlı olarak adalet erişimin belirsizliği, dijital duruşmalar nezdinde yaşanan hak arayışının ne kadar etkili olacağına bilinmeyişi, hukuki tedbirler karşısında hukuk öznesi her gün bir başka kurala riayet etmekle yükümlü kılınmaktadır. Belirsizliklerin giderek derinleşmesi, öznenin toplumsal yapı içerisindeki akışkan halde savrulmasına ve benliğini de tam anlamıyla sağlayamamasına sebebiyet vermektedir. Bu haliyle hukuk öznesi özerk yanını, karar verme kapasitesini ve iradesini kaybetmektedir. COVID-19 sonrası dönemde, akışkanlık yine kendisini gücün etkisiyle, insanların "yeni normal" yaşam alanlarında gösterecektir. Sosyal ve hukuki bağlamda bu değişim, hukuk öznesinin varlığının ön planda tutulmasını sağlamalıdır. *Krygier'in* hukuk devletine teleo-

lojik yaklaşımı, hukuk devletinin ne için ve ne olduğunu yeni normalde tekrar değerlendirmek gerekmektedir. Akışkan haliyle dönüşüme devam eden toplumsal dinamikler, krizler karşısında değişen hukuki tedbirler, kısıtlamalar, yasaklar gücün tavllanmış ancak zamana uymayan formunu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti, akış halinde, hukuk öznesinin kaygılarını giderecek, onun özerkliğini sağlayabilecek bir yapıda olmak zorundadır. Mevcut haliyle krizin özneldeki yıkıcı etkisi ancak bu şekilde azaltılabilecektir.

SONUÇ

Sosyo-hukuki perspektif, kavramlara ve idealize halde sunulan teorilerin alanını genişletmeye elverişli metotlar sunmaktadır. Bu yönüyle, hukukun yalnızca belirli bir kural sistematiği olmadığı, değişen ve dönüşen özellikler ihtiva ettiği unutulmamalıdır. Hukuk devletinin kendi içerisinde yaşamış olduğu kriz COVID-19 salgınıyla daha da ciddi boyutlara ulaşmıştır. *Krygier'in* yenilenerek tekrar düşünülmesini istediği hukuk devleti ideali, tam anlamıyla âtil bir halde değildir. Keyfi gücün kısıtlanması bakımından tavllanmış gücü öne çıkarmak ve hukuk devletinin esnekliğini arttırmak akışkan dünyaya önemli bir uyum çabasıdır. Ancak akışkan yaşamın içerisinde, her şeyin belirsizlikle sarıldığı, devletlerin küresel sermaye odaklı politikalar benimsediği ve kendi güç alanını yer yer sermayenin çıkarlarına göre konumlandığı ekonomik sistemler bakımından hukukun yeni bir şeyler söylemeye ihtiyacı vardır. Çünkü *Bauman* ve *Krygier'in* ortaklaştıkları yer olarak, gerek hukuk devletinin endüstriyel bir meta gibi piyasada konumlanması gerekse de kavramların içinin boşaltılarak öze ilişkin ahlakiliğin unutulması mevcut ideal yaşam koşullarının da sağlanamamasını ortaya çıkarmaktadır.

Akışkanlık içerisinde hukuk öznesinin kaygısı ve endişesi hukuk devletinin cevap üretmediği bir şekildedir. Mevcut haliyle statüko, *Bauman'ın* "sihirbaz hilesi" olarak gördüğü politikalarla bu endişeyi gidermiyor gibi görünse de hukuk devletinin belirsizlikler karşısında öznelere özerk seçim yapma imkânı sunması gerekmektedir. Aksi halde, hukuk öznesinin inşası da mümkün olmayacak ve hukuk devleti ideali de birey-devlet arasındaki çatışmanın dışarısına çıkamayacaktır. Her ne kadar belirsiz akışkan bir dönemden geçiliyor olsa da hukuk devleti ideali, örneğin keyfi gücün sınırlanmasında bir belirlilik sağla-

maktadır. Ancak *Krygier'in* da ifade ettiği gibi, hukuka teleolojik yaklaşım, altyapısal bir dönüşüm hesap verilebilir ve olgunlaştırılabilir bir hukuk devleti idealini de sağlayabilecektir. Bu durum da hukuk devletin, öze ilişkin taşıdığı içkinliği 'öncelikli telosuna' yaklaştırmakla mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, insanların kaygılarından arındırılması, bireysel ve özel hakların güvenliğinin sağlanması gerekmektedir. Çünkü *Bauman'ın* da ifadesiyle akışkan dünyamızda insanlığın en çok ihtiyacı olan şey, güven ve güvene dayalı ilişkiler ağıdır.

COVID-19 salgını neticesinde toplum için hukukun ne ifade ettiği de tekrar düşünülmelidir. Hukuk devleti idealinin, salgın karşısındaki yönetilebilirliğine dair şüphelerin giderilmesi için sezgilere dayalı bir kurallar silsilesinden ziyade olgusal bir değerlendirmeye hukukun ne için olduğu düşünülmelidir. Böyle bir değerlendirme nedensellik, çeşitlilik ve ele alınan olayın bağlamlarıyla gerekçelendirildiği takdirde işlevsel olarak hukuk öznelerinin kaygılarının azaltılabileceği ve bu tip krizlerin özneler açısından daha az hasar ve kayıpla atlatılabileceği unutulmamalıdır. Hukuk devleti idealinin ötesine geçebilmek, *Krygier'in* ifade ettiği gibi ancak bu unsurlara göre şekillenen bir 'yenilenme' haliyle mümkün olabilecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Bauman Zygmunt, *Akışkan Modernite*, Can Yayınları, İstanbul, 2019.
- Bauman Zygmunt, *Liquid Fear*, Polity Press, 2006.
- Bauman Zygmunt, *Modernlik ve Müphemlik*, Ayrıntı Yayınları, 2003.
- Bauman Zygmunt, *Siyaset Arayışı*, Metis Yayınları, İstanbul, 2000.
- Bauman Zygmunt, *Strangers At Our Door*, Polity Press, Cambridge, 2016.
- Creutzfeldt Naomi, "Traditions of Studying the Social and the Legal", *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*, Routledge Press, New York, 2020.
- Duguit Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Kuçuradi İoanna, "Covid-19 Salgını Sırasında Dünyamızın Dününe, Bugününe, Yarınına Bir Kuşbakışı", *Salgın: Tükeniş Çağında Dünyayı Yeniden Düşünmek*, Tellekt, İstanbul, 2020.
- Naffine Ngaire, *Law's Meaning of Life Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing c/o International Specialized Book Services, North America (US and Canada), 2009.

- Şimşek Emre , "Hukuk Öznesi Olarak Sivil Toplum", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2020, ss. 11-12.
- Tamanaha Brian Z., On the Rule of Law History Politics Theory, Cambridge University Press, Newyork, 2004a.
- Tamanaha Brian Z., Realistic Socio-Legal Theory Pragmatism and A Social Theory of Law, Oxford University Press, Newyork, 2004.

Makaleler

- Braithwaite John, "Tempering Power", *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, p. 280.
- Cheesman Nick, Janse, Ronald, "Martin Krygier's Passion for the Rule of Law (and His Virtues)", *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, p. 263.
- Çataloluk, Gökçe, "Hukuk Çalışmaya Devam Etmeli miyiz? Sistemik Bir Analiz", *Hukuk Kuramı*, C. 5, S. 1, Ocak- Nisan 2018, s.13.
- Freckelton QC Ian, "COVID-19: Fear, quackery, false representations and the law", *International Journal of Law and Psychiatry* 72, 2020, p. 2.
- Jay Martin, "Liquidity Crisis: Zygmunt Bauman and the Incredible Lightness of Modernity", *Theory Culture Society* 2010 27, pp. 96-98.
- Krygier, Martin, "The Legal Doctrines of The Rule of Law and The Legal State, "Rule of Law"", *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice* 38, p. 56-58.
- Krygier, Martin, "The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures", *The Annual Review of Law and Social Science*, 2012, p. 7-25.
- Leach, M., MacGregor, H., Scoones, I., Wilkinson, A., "Post-pandemic transformations: How and why COVID-19 requires us to rethink development", *World Development* 2020, p. 4-7.
- Lieberman, David, "Krygier and Selznick and the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, p. 312.
- Oldekop J.A., and Others, "COVID-19 and The Case for Global Development", *World Development*, 2020, ss. 6-7.
- Ratten, Vanessa, "Coronavirus (COVID-19) and Social Value Co-creation", *International Journal of Sociology and Social Policy* Volume: 40, 2020, p. 231.
- Robinson, Robbie, "The Legal Nature of the Embryo: Legal Subject or Legal Object?", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2018.
- Roux, Theunis, "A Normatively Inflected, Sociologically Aware Account of the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law* 11, p. 296.
- Smith, J. and Cheeseman N. , "Authoritarians Are Exploiting the Coronavirus. Democracies Must Not Follow Suit", *Foreign Policy*, 28 April 2020, <https://foreign-policy.com/2020/04/28/authoritarians-exploiting-coronavirus-underminecivil-liberties-democracies/> E.T. 23.01.2021
- Solum, Lawrence B., "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Vol. 70, Issue 4 (April 1992), ss. 1231-1288.
- Tang, Fang and Others, "COVID-19 Related Depression and Anxiety Among Quarantined Respondents", *Psychology & Health*, Jun 2020.