

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: V

SAYI: 1-2

YIL: 2010

**Aralık – 2010
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak
yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırılmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Doç. Dr. Murat DOĞAN
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ
Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Arş. Gör. İsmail ATAMULU
Arş. Gör. Harun BODUR
Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY

EDİTÖR

Doç. Dr. Murat DOĞAN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr. Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Güliden ŞİŞMAN.

TEŞEKKÜR

**DERGİMİZİN C.IV, S.1 VE C.IV, S.2 BASILARINDA HAKEM
OLARAK KATKIDA BULUNAN AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN
ÖĞRETİM ÜYELERİNE TEŞEKKÜR EDİYORUZ*...**

Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Kemal GÖZLER
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. Murat SEZGİNER
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Doç. Dr. Ali Şafak BALI
Doç. Dr. Faruk BİLİR
Doç. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Nejat DOĞAN
Doç. Dr. Cemil KAYA
Doç. Dr. Tekin MEMİŞ
Doç. Dr. Yasin SEZER
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Doç. Dr. Süleyman YALMAN
Yrd. Doç. Dr. Recep DÜZGÜN

* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK
YAPILMAKTADIR

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

- Doç. Dr. Şaban KAYIHAN / Öğr. Gör. Ali Emre ÇETİNER**
Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler ve Muhasebeleştirilmesi.....03
- Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL**
Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Kıymet: Kira Sertifikası (Sukuk)...29
- Yrd. Doç. Dr. Burcu Kalkan OĞUZTÜRK**
Auflassungsprinzip in Deutschen Sachenrecht.....57
- Dr. Sema AYDIN**
Sahte ve Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Doğan Sorumluluk.....73
- Arş. Gör. Aslı NANECİ ARICI**
İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenin Sorumluluğu.....97
- Arş. Gör. İsmail ATAMULU**
Türk Medenî Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle
Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri.....151
- Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY**
Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 69. Maddesinin Değerlendirilmesi.....183
- Arş. Gör. Ali KAYA**
Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması.....203

EKONOMİ-MALİYE

Doç. Dr. Habip YILDIZ

Kurallara Dayalı Maliye Politikası.....241

TEZ ÖZETLERİ

Arş. Gör. Özlem ÇELİK

Türk Anayasa Hukukunda Milli Güvenlik Kurulu.....269

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Şaban KAYIHAN / Teaching Asst. Ali Emre ÇETİNER
Reserve Funds In Corporations And Its Accounting.....03

Assist. Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL
A New Security In The Capital Market: Rent Certificate (SUKUK)29

Assist. Prof. Dr. Burcu Kalkan OĞUZTÜRK
Auflassungsprinzip in Deutschen Sachenrecht
The Cession Principle In German Property Law.....57

Dr. Sema AYDIN
Liability Incurred By Cashing A Fake Or Forged Cheque73

Res. Asst. Aslı NANEÇİ ARICI
The Liability Of The Employer In Terms Of Labor Health And Security ...97

Res. Asst. İsmail ATAMULU
Extraordinary Property Regime And Especially Transition To The
Extraordinary Property Regime Circumstances In The Turkish Civil Code151

Res. Asst. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY
The Assessment Of The Article 69 Of The European Patent Convention..183

Res. Asst. Ali KAYA
A Shareholder's Withdrawal From Limited Liability Companies203

ECONOMICS AND FINANCE

Assoc. Prof. Dr. Habip YILDIZ

Rules Based Fiscal Policy241

ABSTRACTS OF THESIS

Res. Asst. Özlem ÇELİK

The Position Of The National Security Council In The Turkish
Constitutional Law269

Özel Hukuk

ANONİM ŞİRKETLERDE YEDEK AKÇELER ve MUHASEBELEŞTİRİLMESİ

*Doç. Dr. Şaban KAYIHAN**

*Öğr. Gör. Ali Emre ÇETİNER**

Giriş

Anonim Şirketler için ileride gerektiğinde kullanabilecekleri tarzda yedek akçe ayrılması kanun gereği zorunlu kılındığı gibi, bu zorunluluk söz konusu olamasa da Şirket kendi iradesi ile bunun dışında da yedek akçe ayırma hususunda serbest bırakılmıştır (bkz. TTK. m. 466 vd.). Yedek akçeler, esas sermaye ile birlikte anonim Şirketlerin öz varlığının bir parçasını teşkil eden değerlerdir.

Biz bu çalışmamızda anonim Şirketlerin yedek akçe ayırmalarına ilişkin yükümlülüklerini ve isteğe bağlı olarak ayırabilecekleri yedek akçeleri 6762 sayılı yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'muz çerçevesinde ilgili diğer konularla birlikte sistematik olarak incelemeyi amaçladık. Ayrıca TTK. Tasarısında konunun kaleme alınış tarzını da ele aldık ve konuya ilişkin Tasarı'nın farklı düzenlemelerine de işaret ettik. İlave olarak uygulama yönünden yararlı olacağı düşüncesiyle çalışmamıza yedek akçelerin muhasebe tekniği yönünden ne şekilde muhasabesinin gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik kâr dağıtımını da dahil ettiğimiz bir uygulama örneği ekledik.

* Sakarya Üniversitesi İİBF. İşletme Bölümü Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

* Sakarya Üniversitesi Ali Fuat Cebesoy MYO, Muhasebe Programı, Öğretim Elemanı

I. Yedek Akçenin Tanımı Getiriliş Amacı ve Nitelikleri

A. Yedek Akçenin Tanımı ve Getiriliş Amacı

1. Tanımı

Anonim şirketler bazı koşullar altında sermayelerini aşan belirli miktarlarda paraları ya yedek olarak ayırmakla yükümlüdürler ya da böyle bir yükümlülük söz konusu olmamakla birlikte kendi istekleri ile ayırabilmektedirler. Şirket esas sermayesini aşan net malvarlığı *yedek akçe* olarak tanımlanır¹. Yedek akçeler, net kârın dağıtılmayan kısmı oldukları için kavram olarak esas sermayeye yaklaşır, bilançocunun pasifinde yer alır² ve hatta öğretide ek sermaye biçiminde dahi tanımlanmaktadır³. Bununla birlikte gelecekte kâr olarak dağıtılabilmek nitelikleri ile de kavramsal olarak esas sermayeden uzaklaşırlar. Şirket bilançosunun aktifine bakıldığında yedek akçeler hususunda özel bir iz bulunmaz, fakat işletmenin malvarlığını artırmak üzere paydaşlara dağıtılmayarak aktifte tutulan sâfi kâr niteliğindedirler ve bazı yazarlara göre yedek akçe esasen birikmiş kârdan başka bir şey değildir⁴. Bilançonun pasifinde ise yedek akçeler bir öz sermaye veya ek sermaye niteliğini hâizdirler. Ancak hemen ifade edelim ki, yedek akçelerin kaynağı sadece sâfi kâr değildir. Bunun dışında agiolu pay

¹ **Altaş, Soner**, Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010, sh.1; **Tekil, Fahiman**, Şirketler Hukuku İkinci Cilt, Anonim Şirketler, İkinci Bası, İstanbul 1978, sh.648. **Deryal, Yahya**, Ticaret Hukuku, Genişletilmiş 8. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon 2005, sh.354; **Kayıhan, Şaban**, Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009, sh.544; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Nobel Kitabevi, İstanbul 2001, sh.925; **Çevik, Orhan Nuri**, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, sh.568.

² **Soygür, Nevin**, Şirketler Hukuku, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı, İstanbul 1996, sh.110. Esas sermaye gibi, yedek akçeler de bilançocunun pasifinde farazi pasif niteliğindedir. Bu yönden yine bilançonun pasifinde yer almakta olan şirket borçları ile karıştırılmamalıdır. **Tekil**, sh.652; Ayrıca bkz. **Eriş, Gönen**, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, sh.764.

³ Bkz. **Tekil**, sh.648.

⁴ **Öztürk Bünyamin**, Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirme, Özkan Matbaacılık Antalya 2007, sh.35.

adı verilen paylardan kaynaklanan emisyon primi ve senetlerin iptalinden oluşan fark gibi başkaca kaynaklar da yedek akçeyi oluştururlar⁵.

Muhasebe tekniği açısından yedek akçe, şirketin vergi sonrası kalan kısmının, diğer bir deyişle özvarlığındaki artışın, ortaklara dağıtılmayarak, şirketin bünyesinde bırakılması olarak tanımlanmaktadır⁶. Şirketin esas sermayesi üzerinde oluşan bu net malvarlığına, kârdan yapılacak zorunlu ya da isteğe bağlı övgülemeler veya aktiflerdeki değeri artışları yoluyla ulaşılır. Yedek akçeler, esas sermaye ile birlikte anonim şirketlerin öz varlığının bir parçasını teşkil⁷ ve şirketin devamlılığı prensibine hizmet ederek işletmenin büyüyüp gelişmesine katkı sağlarlar⁸.

2. Getiriliş Amacı

Yedek akçelerin kabul edilmesinin temel amacı, ortaklarının sorumluluğu şirkete getirmeyi taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlı olan anonim şirketlerde, şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin çıkarlarını korumaktır. Gerçekten böyle bir tedbir, ortaklarının sorumluluğu sınırsız olan kolektif şirketler gibi kişi şirketlerinde öngörülmemiştir. Yedek akçe ayrılması suretiyle gelecekte oluşabilecek ekonomik sıkıntı dönemlerinde şirketin finansmanına yardımcı olunabilecek, zararların kapatılması, alacakların işletmenin mali yapısının güçlü olduğunu görmesi temin edilebilecektir. Böylece bir nevi şirketler kendi oto finansmanlarını yedek akçe ayırarak yine kendileri sağlayacaklardır. Şirketin kârı yok ise yedek akçe ayrılması da gündeme gelmeyecektir⁹.

Anonim şirketlerde kâr dağıtımına ilişkin kabul edilen net kâr ilkesine göre TTK. ve ilgili diğer kanun hükümleri, kâr payının ancak şirketin sâfi kârından ve bu amaçla ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabileceği esasını benimsemiştir¹⁰. Kısacası işletme ancak cari yılda veya geçmiş yıllarda

⁵ **Tekil**, sh.648; **Altaş**, sh.10.

⁶ **Güneş, Hikmet**, Sermaye Şirketlerinde 1. Tertip Yasal Yedek Akçeler, http://www.muhasabenet.net/makale_hikmet%20gunes_sermaye%20sirketlerin_de%20yasal%20yedekler.html, (12.04.2010).

⁷ **Deryal**, sh.354; **Kayıhan**, sh.545.

⁸ **İpekçi, Nizam**, Ticaret Şirketleri Tatbikatı, TTK. Şerhi, Barış Yayınevi, İstanbul 1998, sh.1413.

⁹ **Tekil**, sh.649; **Güneş**, İnternet.

¹⁰ Bkz. **İpekçi**, sh.1413.

elde etmiş olduğu kârdan dağıtım yapabilir¹¹. Esas sermayenin korunması ilkesine göre kâr elde etmedikçe veya geçmiş yıllardan ayrılan yedek akçeler ayrılmadıkça çeşitli isimler altında kâr payı dağıtılması mümkün olmayacaktır. Uygulamada kendisinden beklenen yararı sağlayıp sağlamadığı tartışması şimdilik bir tarafa bırakılırsa, görüldüğü gibi bu tedbirlerin düşünülmesindeki amaç, şirket ortaklarının değil, temelde şirket alacaklılarının haklarını korumaktan ibarettir¹². Ayrıca yedek akçelerin olabildiğince istikrarlı kâr payı dağıtımına hizmet eden işlevinin de göz ardı edilmemesi gerekir¹³.

B. Nitelikleri

Yedek akçeler nitelikleri itibarıyla vergiye tabi değildirler. Zira vergi sonrası dağıtılabılır kârdan ayrılmaktadırlar.

Kurum kazancından indirim konusu yapılmaz.

Yedek akçe olarak ayrılan kârlar, işletme bünyesinde kalacağından dolayı stopaj tediyesi yapılmasına ihtiyaç duyulmaz.

Yine yedek akçe olarak ayrılan kârlar, sermayeye eklendiği takdirde stopaj uygulaması yapılmayacaktır.

Sermaye artırımı yapılırsa yeni ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar tekrar ayrılmaya devam edilmesi gerekir¹⁴.

II. Türleri

A. Genel Olarak

Yedek akçeler bir çok bakış açısı ile sınıflandırılmaktadırlar. Tahsislerini öngören kaynak açısından *kanuni, ihtiyari ve olağanüstü*, ayrılış amaçları yönünden *genel ve özel*, bilançodak gösterilişleri yönünden ise *açık ve gizli* yedek akçe olarak tasnife tabi tutulmaktadırlar¹⁵. Son olarak yedek akçe

¹¹ "...Anonim ortaklıklarda kâr payının sâfi kârdan dağıtılması zorunludur..." Y.11. HD. T.12.05.1977, E.77/2126, K.2515 sayılı kararı, **Moroğlu, Erdoğan**, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Bası, İstanbul 2001, sh.389.

¹² **Selimler, Hüseyin**, Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Politikaları Ve Uygulaması, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30.01.2005); **Kayıhan**, sh.545.

¹³ **Tekil**, sh.649; Ayrıca bkz. **Altaş**, sh.6-7.

¹⁴ Bkz. **Tekil**, sh.655-656; **Güneş**, İnternet.

¹⁵ **Altaş**, sh.3; **Eriş**, sh.764.

kökeni yönünden de kârdan ayrılan ve esas sermayenin itibari değerini aşan ödemelerden doğan yedek akçeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme şekli (TTK. m. 458, m. 466, m. 467, m. 468) yedek akçelerin açık veya gizli yedek akçeler olmak üzere başlangıçta iki ana gruba ayrıldıkları görülmektedir. Uygulama açısından önemli yere sahip olduğu düşünülen açık yedek akçeler ise; kanuni yedek akçeler (birinci ve ikinci tertip yedek akçeler), ihtiyari yedek akçeler ve müstahdem ve memurlar için yardım akçesi olmak üzere üçe ayrılmaktadırlar. Bunlardan kanuni yedek akçeler anonim şirketler tarafından ayrılması zorunlu olan yedek akçeler olarak düzenlenmişler iken, ilke olarak diğer yedek akçe ayrılmasında bu zorunluluk söz konusu değildir. Kaldı ki zaten birinci ve ikinci tertip yedek akçeler, kanun tarafından gösterilen yöntemle anonim şirketlerin ayırmakla yükümlü olduğu miktarlar oldukları ve kanundan doğdukları için, *kanuni yedek akçeler* olarak isimlendirilirler. Görüldüğü üzere ticaret hukukumuzda yedek akçelerin ayırımı kapsamlı olarak yapılmıştır. Bu kapsamlı ayırımın amacı bir yandan TTK' da yer alan yedek akçe tiplerini tanıtmak, diğer taraftan da TTK. m. 381 ile öngörülen iptal davası ile gereken ilgiyi kurmaktır. Bundan dolayı **Tekinalp**'ın ifade ettiği gibi, "**maksaf'a** ayrı bir önem verilmiştir¹⁷. Zira yedek akçeler sadece ortaklığın hesaplarına ilişkin sorunlar yönünden incelenmemekte, aynı zamanda pay sahiplerinin kâr payı hakları ve dolayısıyla muhtemel iptal davaları yönünden de önem kazanmaktadır¹⁸. Şimdi alt başlıklar hâlinde yedek akçelerin ayırımı daha yakından inceleyelim:

¹⁶ **Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/ Çamoğlu, Ersin)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000, sh.751.

¹⁷ **Tekinalp, Ünal**, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, sh.277.

¹⁸ **Tekinalp**, sh.277. "Şirketin kâr sağlamış olduğu anlaşılmasına ve şirket anasözleşmesinde kâr dağıtımını kısıtlayıcı veya bazı şartlara tabi kılıcı herhangi bir hüküm bulunmamasına TTK. m. 466/f.2'nin üçüncü bendi gereğince %5 kâr payı ayrıldıktan sonra yedek akçe dışında para ayrılabilmesine ve genel kurulda kâr payı dağıtılmaması için gösterilen nedenlerin %5 kâr payı dağıtılması halinde de gerçekleşmesi mümkün bulunmamasına göre iptal hükmünün düzeltilmesi isteminin reddi gerekir". Y.11.HD. T. 21.05.1981, E.81/2004, K.81/2507 sayılı kararı. **Moroğlu**, sh.200. Bu konudaki iptal davaları için bkz. **Türk, Ahmet**, Hukuka Aykırı Olarak Bilançoda Kârın Düşük Gösterilmesi Halinde Pay Sahiplerinin Hakları,

B. Açık Yedek Akçeler

1. Kanuni Yedek Akçe

Anonim şirketler için kanuni yedek akçe ayrılmasına yönelik koşullar oluştuğunda bu yedekleri ayırmak yasal bir zorunluluk olarak öngörülmüştür¹⁹. Bir diğer deyimle TTK.'nun bu konudaki m.466 hükmü tam emredici nitelikte olup, şirket anasözleşmesine hüküm konularak ya da anasözleşmede değişikliklerle gidilerek yahut da şirket genel kurulunda karar alınarak kaldırılmaları veya sınırlandırılmaları söz konusu olamaz²⁰.

a. Birinci Tertip Kanuni Yedek Akçe (Umumi Yedek Akçe)

Anonim şirketler, her yıl sâfi kârlarının yirmide birini, ödenmiş esas sermayelerinin beşte birini buluncaya kadar kanuni yedek olarak ayırmak zorundadırlar (TTK. m. 466/f.1). Buna birinci tertip kanuni yedek akçe denilmektedir²¹.

Böylece bir yıllık dönemi içeren şirket sâfi kârının ortaklara dağıtılmayarak işletme içinde tutulan kısmı yedek akçe birinci tertip kanuni yedek akçe olmaktadır²². Şu hâlde anonim şirketler için birinci tertip kanuni yedek akçe ayrılması zorunluğu şu iki şartın birlikte gerçekleşmesiyle doğmaktadır:

Şirketin dönem sâfi kârının olması,

<http://www.deu.edu.tr/userweb/ahmet.turk/dosyalar/Paysahibi.htm>,
(01.12.2010).

¹⁹ Çevik, sh.569.

²⁰ Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Cilt, 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, sh.1049 – 1050; Altaş, sh.10.

²¹ Kırhoğlu, Hilmi / Kasapoğlu Yıldız, Şule / Akaytay, Ali, Şirketler Muhasebesi, Sakarya Yayıncılık, 3. Baskı, Sakarya 2006, sh.124; İpekçi, sh.1413; Ataman, Ümit / Ataman Akgül, Başak / Akay Hüseyin, Şirketler Muhasebesi, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004, sh.99; Seviğ, Veysi, Birinci Tertip Yedek Akçe, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi; Sağlam, Necdet, Şirketlerde Vergilendirme, Kâr Dağıtım Ve Enflasyon, <http://www.eso-es.net/kurumsal/yazi.asp?79>, (27.01.2005); Selimler, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30.01.2005).

²² Selimler, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30.01.2005).

Daha önce ayrılmış olan birinci tertip kanuni yedek akçe tutarının ödenmiş sermaye tutarının %20'sini aşmamış olması²³.

Bu noktada sâfi kâr kavramına değinmek gerekir. Sâfi kâr kavramı ticaret hukuku açısından ayrı bir özellik ifade etmektedir. Zira, TTK. m. 455 hükmüne göre; her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtmaya özgülenen sâfi kazançta, payı oranında katılma yani kârdan pay alma hakkına sahiptir. Yine TTK. m. 457 hükmünde ise *sâfi kazancın* bilançoya göre hesap ve tespit olunacağı hükme bağlanmıştır.

Hâlbuki, kanuni yedek akçenin ayrılmasında sâfi kazanç dikkate alınacaktır. Bu doğrultuda sâfi kazanç ile safi kâr kavramlarının aslında örtüşmediği aralarında farklılıklar olduğu görülmektedir²⁴. Sâfi kâr kavramı ile sâfi kazanç kavramı birbirlerinden farklı kavramlar olduklarına göre, TTK. m. 466/f.1 hükmünde yer alan sâfi kârdan anlaşılması gerekenin, bilanço kârından varsa geçmiş yıl(lar) zararının düşülmesi sonucunda bulunan miktar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Hesap döneminde o döneme ait işletme faaliyetleri dolayısı ile elde edilen hasılatın dönem giderleri çıkartılınca geriye kalan tutar gayri safi karı gösterir. Gayri safi kârdan amortisman ve karşılıklar ile anonim şirkete ait ve ödenecek vergiler (KV) indirildikten sonra geri kalan tutar safi kârdır²⁵.

Hemen belirtelim ki, TTK.'da sâfi kârın tanımı yapılmamıştır. Bundan dolayı birinci tertip kanuni yedek akçe olarak ifade edilen umumi (genel) yedek akçenin ayrımında sâfi kâr olarak dikkate alınacak miktarın hesaplanmasında öğretilen iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. **Birinci görüşe göre sâfi kâr**, bilanço kârından geçmiş yıl zararları ve vergi karşılıkları düşüldükten sonra ulaşılan net kâr miktarını ifade etmektedir²⁶. **İkinci görüşe göre** ise safi kâr, ticari kâr üzerinden ödenmesi zorunlu vergi ve

²³ Selimler, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30.01.2005); Pulaşlı, sh.927.

²⁴ Seviğ, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

²⁵ Karayalçın Yaşar, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, yayın no: 216, Sevinç Matbaası, Ankara,1988, sh.114.

²⁶ Ataman / Ataman Akgül / Akay, sh.99; Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar sh.757; Ayrıca bkz. Seviğ, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

fonlar düşülmeden önceki kârı, bir başka deyimle, vergisi düşülmemiş bilanço kârını ifade etmektedir²⁷.

Son zamanlarda sâfi kârın vergi vb. mâli yükümlülüklerin düşülmesi suretiyle elde edileceği görüşü genel kabul görmektedir²⁸.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun 11/01/1999 tarih ve 4/34 sayılı toplantısında halka açık anonim ortaklıkların kanuni yedek akçelerin ayrılmasında; birinci tertip kanuni yedek akçe matrahı olarak vergi sonrası oluşan kârdan varsa geçmiş yıl zararları düşüldükten sonra kalan sâfi kâr ve/veya net kâr tutarının esas alınması gerektiği kararına varılmıştır²⁹.

Vergi uygulamaları bakımından sâfi kazanç teriminden vergisi düşülmemiş bilanço kârı anlaşılmaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu m. 13'de yer alan tanımlamaya göre, "Kurumlar vergisi.....mükelleflerinin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri sâfi kurum kazancı üzerinden hesaplanır."

Oysa Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği kapsamında bilanço düzenlemek durumunda olan şirketlerin bilançolarında "*dönem net kârı*" hesabında yazılı olan tutar vergi ve diğer mâli yükümlülükler çıkarıldıktan sonra geriye kalan kısımdır. Buna karşılık vergi öncesi kâr, *dönem kâr ve zarar hesabında* gösterilmek suretiyle, bu miktar üzerinden vergi ve diğer mâli yükümlülüklerin hesaplanması kabul edilmiştir.

Bu itibarla **Seviğ**'in isabetli olarak belirttiği gibi, birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılmasında esas alınması gereken tutarı, kurum nezdinde kalan ve üzerinde kurum ortaklarının öngördükleri tasarrufu yapabilecekleri miktar olarak kabul etmek gerekir³⁰. Zira, eğer kurum geliri üzerinden vergiler ve geçmiş yıllar zararı düşülmeden, yani yasal ödemelere karşılık ayrılmadan bir paylaşım yapma yoluna gidilirse, bu durumda her zaman hatalı uygulamalar yapmak söz konusu olabilecektir³¹.

²⁷ **Kızılot, Şükrü**, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Uygulaması Yaklaşım Yayıncılık, C.3. Ankara 1999, sh.1467.

²⁸ **Poroy / Tekinalp / Çamoğlu**, sh.757; **Seviğ**, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

²⁹ Sermaye Piyasası Kurulu'nun 11.01.1999 gün ve 4/34 sayılı kararı, bkz. **Seviğ**, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

³⁰ **Seviğ**, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

³¹ **Seviğ**, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

Bu konuda tartışmalı uygulamalar yapılmasına yol açmamak adına TTK. tarafından birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılmasında dikkate alınacak olan sâfi kâr kavramının tanımı yapılmalıdır³².

Türk Ticaret Kanunu m. 466/f.3 hükmüne göre anonim şirketler; umumi yani birinci tertip kanuni yedek akçeyi bu tutar esas sermayelerinin yarısını geçmedikçe, münhasıran zarar ve ziyanlarının kapatılmasına yahut işlerin iyi gitmediği dönemlerde işletmelerinin varlığını sürdürebilmek, işsizliğin önüne geçmek, veya sonuçlarını hafifletmeye elverişli tedbirler almak amaçlarıyla harcayabilirler.

b. İkinci Tertip Kanuni Yedek Akçe

Türk Ticaret Kanunu m. 466/f.2, b.3 hükmü uyarınca; ortaklara %5 oranında birinci temettü ayrıldıktan sonra geriye kalan kârın, pay sahipleri ile kâra iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmışsa, dağıtılması kararlaştırılan kısmın onda biri oranında ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılması gereklidir. Buna göre, %5 oranındaki birinci temettü, ikinci tertip yedek akçenin matrahına dahil edilmemektedir³³.

Bu noktada TTK.'nın konuyla ilgili olarak holding şirketler için yapmış olduğu özel düzenlemeye değinmek gerekir. TTK.'nın holdinglerle ilgili yegâne düzenlemesi olan m. 466/f.4 hükmü ile **holding şirketler**; “*gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştiraktan ibaret olan*” şirketler olarak tanımlanmışlardır. Ticari düzenlemelerimizle ilgili diğer kanunlarda da holding şirketlerle ilgili başkaca bir hükme rastlanmamaktadır. Kendileri de birer anonim şirket olan holding şirketlerin doğmasındaki temel prensiplerden biri, bunların uygulamada yavru şirketler adı verilen başkaca şirketlere iştirak halinde bulunmalarından kaynaklanmaktadır³⁴. Bu iştiraktan amaç, serbest piyasa koşullarında kârlılık esasına dayanan ekonomik bir yatırımda bulunmaktır. Bundan dolayıdır ki, fiili olarak yatırım yapan yani kendisine iştirak olunan şirket, *holding* ismini almamaktadır. Holding, sermaye katılımı ile yatırımcı şirkete yardımcı ve destek olmaktadır.

³² Aynı yönde bkz. **Seviğ**, 19.09.2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

³³ **Ataman / Ataman Akgül / Akay**, sh.100; **Kırhoğlu / Kasapoğlu Yıldız, Akaytay**, sh.124; **Karayalçın**, sh.117.

³⁴ **Kumkale, Rüknettin, Holding Şirketler**, http://www.alomaliye.com/ruknettin_kumkale_holding.htm, (30.01.2005).

Holdingleler, sınai ve ticari faaliyetler ile doğrudan doğruya iştiğal edememektedirler. Yani örneğın holding tüzel kişiliğinin kendisi bir fabrika veya ticarethane gibi ticari işletme işletmez. İştirakin oranı kanun tarafından öngörölmemiştir. Ancak bir başka şirkete hakim olabilmek için o şirketin sermayesinin en az % 51'ine sahip olmak gerektiğini ifade etmek gerekir. Bu oranda bir başka şirkete katılan holding anonim şirketi bundan böyle o şirketi tek elden, tek bir yönetim ve mâli disiplin altında yönetecektir³⁵. İşte böyle bir şirkete artık holding şirketin yavru şirketi olarak anılır.

Holdinglelerle ilgili bu genel bilgiden sonra, TTK.'nın holding şirketlerde yedek akçelerle ilgili olarak getirmiş olduğu ayrık düzenleme ele alınacak olursa:

Hemen belirtmelidir ki, holdingleler de umumi yedek akçe olarak adlandırılan birinci tertip kanuni yedek akçeyi ayırmakla mükellef tutulmuşlardır. Şu kadar ki, TTK. m. 466/f.4 hükmü gereğince; TTK. m. 466/f.2,b.3 hükmü ve yine TTK. m. 466/f.3 hükmü holding şirketler için uygulanmayacaktır. Buna göre holding şirketler, pay sahipleriyle kâra iştirak eden diğerkimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda birini birinci tertip kanuni yedek akçeye ikinci ayırım olarak ilave etmeyebileceklerdir. Bir diğerkdeyişle holding şirketler ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırmaya zorunlu tutulmamışlardır³⁶. Keza, holding şirketler birinci tertip yedek akçeleri diğerkanonim şirketler gibi sarf edemeyeceklerdir. Bu doğrultuda holding şirketler, umumi yani birinci tertip kanuni yedek akçe tutarını esas sermayelerinin yarısını geçse veya geçmese de, münhasıran zarar ve ziyanlarının kapatılmasına yahut işlerin iyi gitmediği dönemlerde işletmelerinin varlığını sürdürebilmek, işsizliğin önüne geçmek yahut da sonuçlarını hafifletmeye elverişli tedbirler almak amaçlarıyla harcayamayacaklardır.

2. İhtiyari Yedek Akçeler

a. Statü Yedekleri (Sözleşme Yedek Akçeleri)

Türk Ticaret Kanunu'nun 467/f.1. maddesi uyarınca esas sözleşmeye, yedek akçenin sâfi kârın yirmide birinden fazla bir meblağ olarak ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin beşte birini aşabileceği hakkında hüküm konabilir. Adından da anlaşıldığı üzere bu tür yedekleri ayırmak tamamen isteğe bağlı olup, şirket anasözleşmesi ihtiyari yedek akçe ayırma

³⁵ **Kumkale**, http://www.alomaliye.com/ruknettin_kumkale_holding.htm, (30.01.2005).

³⁶ **Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)** Ortaklıklar, sh.765.

imkanını öngörmesine karşın, sonradan anasözleşme değişikliğine giderek bu yedekleri ayırmaktan vazgeçebilir. O halde, anonim şirketler anasözleşmelerine hüküm koymak koşulu ile başkaca yedek akçeler ayırma yoluna gidebilirler³⁷. İşte, anasözleşmeye hüküm koymak koşulu ile kanuni sınırı aşan tarzda kabul edilen bu tür ihtiyari yedek akçelere statü yedekleri adı verilmektedir³⁸. Şirket yöneticileri, kendi görüş ve yönetim anlayışlarına göre statü yedek akçe ayırma yönünde karar alamazlar³⁹. Anasözleşmelerinde bu yönde hüküm bulunmayan anonim şirketler bu gibi ihtiyari yedek akçeler ayırmak istiyorlarsa öncelikle şirket genel kurulu toplanmalı ve bu toplantıda şirket anasözleşmesinin ihtiyari yedek akçe ayrılması yönünde değiştirilmesi kararı yasal nisapla alınmalıdır.

Orijin ve karakteri itibatiyle anasözleşmede hüküm bulunmak koşulu ile ayrılabilirdikleri için statü yedekleri⁴⁰ olarak isimlendirilen bu yedek akçelerin kullanımı ile ilgili olarak kanunda belirleme yapılmamıştır. Şirket, zararlarını kanuni yedek akçe yerine ihtiyari yedek akçelerden karşılayarak kapatabilir.

b. Olağanüstü Yedek Akçeler

Türk Ticaret Kanunu'nun 469'uncu maddesi hükmüne göre kanuni ve ihtiyari yedek akçelerle kanun ve anasözleşme hükümlerince ayrılması gerekli diğer paralar sâfî kârdan ayrılmadıkça kâr payı dağıtılamayacağını belirtmiştik.

Şirketin sürekli olarak büyümesi veya olabildiğince stabil kâr paylarının dağıtılmasının temini bakımından uygun ve yararlı görüldüğü takdirde genel kurul kâr payının belirlenmesi sırasında kanun ve anasözleşmede sayılanlardan başka yedek akçeler ayrılmasına ve yedek akçelerin kanun ve anasözleşme ile belirlenmiş sınırının artırılmasına karar verebilir⁴¹. Ancak bunun için şirket tarafından gösterilen gerekçelerin isabetli olmaları gerekir. Bu gerekçelerin isabetli olup olmadığı hususlarında ihtilaf çıkarsa şirket kayıtlarının mahkemece atanacak uzman bilirkişilerce incelenmesi

³⁷ Tekinalp, sh.792; Altaş, sh.21.

³⁸ Ataman / Ataman Akgül / Akay, sh.100; Selimler, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30.01.2005).

³⁹ Ataman / Ataman Akgül / Akay, sh.100; İpekçi, sh.1414.

⁴⁰ Tekil, sh.653 ve 673.

⁴¹ Bkz. Pulaşlı, sh.930; Çevik, sh.569; Kırloğlu / Kasapoğlu Yıldız, Akaytay, sh.124.

gerekir⁴². Bu itibarla olağanüstü yedek akçe ayrılırken genel kurulun şirketin devamlı gelişimini ve mümkün olduğunca kâr payı dağıtımını dikkate alması ve yedek akçe ayırımının bu amacı gerçekleştirmeye uygun ve faydalı olmasını gözetmesi gerekir⁴³. Aksi takdirde bu yedekleri ayırmaya yönelik genel kurul kararlarının iptali ve hatta keenlemeyekün (yokluk) sayılmazı gündeme gelebilecektir⁴⁴. Olağanüstü durumlarda kullanılmak üzere ayrılan bu yedek akçeler söz konusu özellikleri dolayısıyla olağanüstü yedek akçeler olarak isimlendirilmektedirler⁴⁵.

42 “...TTK. nın 469/f.2 nci maddesi hükmünce bakiye kârın gerek bulunması halinde dağıtılmayıp yedek akçeye ayrılması mümkün bulunmaktadır. Ancak şirketçe bu konuda gösterilen gerekçenin isabetli olup olmadığı, 469 uncu maddede yazılı haklı sebeplerin bulunup bulunmadığı mahkemece şirket kayıtları üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucu değerlendirilmek gerekir...”. Y. 11 HD. T.28.09.1992, E.2334, K.9298 sayılı kararı, **Moroğlu**, sh.406. “Dava, alınan kararın, ortakların müktesep haklarından olan kar payı alma hakkının ihlali niteliğinde olduğu iddiasına dayanılarak genel kurul kararının iptali istemine ilişkindir. Kar payının güçlü bir nispi müktesep hak olduğu ve TTK.'nun 469/2'nci maddesinin TTK.'nun 385'inci maddeye bertaraf eden bir hüküm olmayıp, gerektiğinde uygulanması mümkün istisnai bir nitelik taşıdığı, pay sahibinin yeterli oranda kar payı üzerinde müktesep hakkı bulunduğu ve TTK.'nun 469/2'nci maddesinin uygulanması gerektiğinde gerçekten şirketin inkişafı ve sürekli kar dağıtabilir durumda tutulması için kar payı dağıtılmamasının uygun ve faydalı olup olmadığının ispat yükünün davalı şirkete yüklenerek, çeşitli ihtimalleri karşılaştırmalı olarak kapsayan içerikte bilirkişi raporu alınıp, hakların sakınılarak kullanılması ilkesi çerçevesinde genel kurul kararının iyi niyetli olup olmadığına saptanması gerekir”. Y.11.HD. T. 21.12.2006,E. 2005/10060, K. 2006/13738 sayılı kararı. <http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=39338>. (01.12.2010).

43 **Altaş**, sh.25.

44 “TTK. 'nın 469/f.2 maddesine göre, geriye kalan kârın gerekli bulunması halinde dağıtılmayıp yedek akçeye ayrılması olanaklı ise de, bu konuda uygun gerekçenin getirilmesi ve işlemin bu gerekçeye göre doğru olması gerekir”. Y.11.HD T.14/10/1982, E.92/2334, K.92/9298 sayılı kararı. **Altaş**, sh.25.

45 **Tekil**, sh.673; **Soygür**, sh.111; **Selimler**, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30.01.2005); **Altaş**, sh.24; **Pulaşlı**, sh.930.

Anasözleşmede bu yönde hüküm bulunmasa dâhi genel kurul, şirket çalışan ve işçileri için yardım sandıkları vesâir yardım teşkilatı kurulması ve varlığının devamını sağlama amacıyla sâfi kârdan aidat ayırabilir⁴⁶; bu aidat ana sözleşme ile belirli yardım akçeleri hakkındaki hükümlere tabidir. TTK. m. 472'ye göre, yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları, sadece sâfi kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirlenmiş olan para ayrıldıktan ve pay sahiplerine %4 oranında veya anasözleşme ile belirlenmiş daha yüksek bir oranda bir kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir.

3. Müstahdem ve Memurlar İçin Yardım Akçesi

Türk Ticaret Kanunu m. 468 hükmüne göre; şirket anasözleşmesinde hüküm bulunmak koşulu ile şirketin müstahdem ve işçileri için yardım sandıkları ve bunun gibi yardım örgütleri kurulması ve varlıklarını sürdürebilmeleri amacıyla yedek akçe ayrılması mümkündür. Genel kurul kararı ile ayrılan bu yedekler ihtiyari ve özerk bir niteliğe sahiptirler⁴⁷ ve bir kez genel kurul tarafından ayrıldıktan sonra artık genel kurul da bu akçelerin kullanım amacını değiştiremez⁴⁸.

Yardım amacına özgülenmiş olan para ve diğer mallar, şirket mallarından ayrılarak bunlarla Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde bir kurum meydana getirilir. Medeni Kanun hükümlerine göre kurum ile kast edilen dernek veya vakıftır. Ancak söz konusu kurumun kooperatif veya başkaca bir ortaklık olmasında kanımızca hukuki bir sakınca yoktur⁴⁹. Bununla birlikte bu kurum tüzel kişiliğe sahip olmalıdır dolayısıyla TTK. m. 468/f.2 hükmünün kast ettiği kuruma adi ortaklık (TBK. m. 520 vd.) dahil olmadığı gibi yine kanaatimizce burada sözü edilen kurum kavramına ortaklarının sınırsız sorumlu olduğu tüzel kişiliğe sahip kişi ortaklıkları (örneğin kollektif şirket) da girmemelidir zira bu şirketlerin yapısı ve ortaklarının sınırsız sorumlu olması keyfiyeti anonim şirkete hakim olan

⁴⁶ **Erdoğan, Nurten**, Muhasebe Uygulamaları, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1675, Eskişehir 2006, sh.135.

⁴⁷ “*Türk Ticaret Kanunu m. 468 inci maddesine göre kurulan yardım sandıkları, 506 sayılı Kanun’un 20. maddesi gereğince kurulan sandıklardan tamamıyla farklı, ihtiyari ve özel bir yardım sandığıdır*”. YTD. T. 13.01.1970, E.1968/5482, K.1970/131 sayılı kararı. **Moroğlu**, sh.401.

⁴⁸ **İpekçi**, sh.1415; **Tekil**, sh.676.

⁴⁹ Aynı yönde bkz. **İpekçi**, sh.1415; **Doğanay**, sh.1061; **Altaş**, sh.26-27.

ilkelerle bağdaşmaz⁵⁰. Kurum vakıf ise senedinde dernek ise tüzüğünde veya ticaret şirketi ise ana sözleşmesinde kurum mallarının şirkete karşı bir alacaktan ibaret olacağı tasrih olunabilir (TTK. m.468/f.3)⁵¹. Şirkete iflâsı ihtimalinde işçi alacağı niteliğinde olan bu alacaklar İİK. m. 206 çerçevesinde ikinci sırada yer olur⁵².

Şirketten alınandan başka müstahdem veya işçilerden de aidat alınmışsa, hizmet ilişkisinin sonunda kurum şartlarına göre bu akçeden faydalanmadıkları takdirde müstahdem ve işçilere hiç değilse ödedikleri meblâğlar ödeme tarihlerinden itibaren % 5 faiziyle birlikte geri verilir⁵³.

C. Gizli Yedek Akçe

Gizli yedek akçe, şirketlerde işlerin bozulduğu zamanlarda kullanma amaçlı olarak ayrılması öngörülen ve esas sermayeyi aşan net malvarlığının bilançoda görünmeyen bölümü olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Gizli yedek akçe esasen ortaklık kazancından ayrılan bir fondur⁵⁵. Bilançoda görülmeyen ve bu sebeple genel kurul denetimi dışında, pay sahiplerinin bilgi sahibi olmadığı yedek akçeler gizli yedek akçe adını almaktadır.⁵⁶ Gizli yedeklerin getiriliş amacı, şirket faaliyetlerinin geliştirilmesinin sağlanması ve bu doğrultuda istikrarlı kâr payının dağıtımının temin edilmesidir. O halde bu koşulla gizli yedek akçe ayrılabilir⁵⁷. TTK. m. 458 hükmü tarafından öngörülen gizli yedek akçe esasen bilançonun kamuya açıklığı ve içtenliği prensibi ile bağdaşmamaktadır (karş. TTK. m.75). Bu itibarla **Tekil**

50 Karşı görüşte, **Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)**, sh.727.

51 **Tekil**, sh.677.

52 **Tekil**, sh.677.

53 Madde metninde konuya ilişkin olarak %5 oranı bulunmakla birlikte güncel faiz oranları için bu hususta 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun tarafından belirlenen oranları takip etmemiz gerekir (**İpekçi**, sh.1415). Ayrıca bkz. **Tekil**, sh.677.

54 **Tekinalp**, sh.377; Ayrıca bkz. **Pulaşlı**, sh.931; **Çevik**, sh.570; **Kırhoğlu / Kasapoğlu Yıldız, Akaytay**, sh.125.

55 **Türk**, İnternet.

56 **Karayaçım**, sh.124.

57 **Tekil**, sh.678; **İpekçi**, sh.1406.

tarafından isabetle ifade edildiği gibi TTK. m. 458/f.1, TTK. m.75'i olabildiğince zedelemeyecek şekilde uygulama alanı bulmalıdır⁵⁸.

Gizli yedek akçe ayırma görev ve yetkisi TTK. m. 458 hükmü ile yönetim kuruluna vermiştir. Bununla bağlantılı olarak TTK. m. 460 vd. hükümleri de değerlendirme açısından yönetim kuruluna geniş bir takdir serbesti sağlamaktadır. Gizli yedek akçeler ayrılırken münferit pay sahiplerinin kısa vadede (kârın gerçekleştiği dönemde) mümkün olduğu kadar fazla kâr payı almadaki çıkarları göz ardı edilir, bunun yerine ortaklığın yararları ve pay sahiplerinin uzun dönemdeki çıkarlarının korunması amaç edilir⁵⁹. Gizli yedek akçelerin bazı aktiflerin (özellikle sabit varlıkların, yatırım malvarlığının) olduğundan düşük değerlendirilmesi, veya pasiflerin yüksek gösterilmesi yahut da bilançoya hiç yazılmaması yollarıyla ayrılması mümkündür⁶⁰ (karş. TTK. m. 458/f.1). Gizli yedek akçelerin en önemli özelliği, gizli yedek ayrıldığına ya da miktarının pay sahipleri başta olmak üzere, başkaca üçüncü kişiler tarafından bilinmemesidir⁶¹. Gizli yedek akçe miktarı sadece bunu ayıran yönetim kurulu dışında denetçiler tarafından bilebilir. Zira, TTK. m. 458/f.2 hükmüne göre; yönetim kurulu gizli yedek akçelerin miktarı ve sarf yerleri hakkında yalnızca denetçilere bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur⁶². Kanun yetki verdiği için pay sahibi, gizli yedek akçe ayrılması 458. maddeye uygun olduğu sürece bu akçenin bilançoda gösterilmemesinden dolayı yönetim kurulunu sorumlu tutamayacaktır. Görüldüğü üzere gizli yedek akçe ayrılması için şirket anasözleşmesinde hüküm bulunmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

Gizli yedek akçe VUK.'nun kabul edilebilir sınırları içinde ayrılabilir⁶³ (bkz. VUK. m. 269). Gizli yedek akçe ayrılırken kanunla çelişen bir durum söz konusu olduğu takdirde denetçiler bu durumu genel kurula açıklar ve

58 **Tekil**, sh.678.

59 **Türk**, <http://www.deu.edu.tr/userweb/ahmet.turk/dosyalar/Paysahibi.htm>, (27.01.2005).

60 **İpekçi**, sh.1406; **Soydan, Hakkı Y. Dokur, Şükrü**, Son Düzenlemelere Göre Şirketler Muhasebesi, Marmara Kitabevi, Bursa 1996, sh.147.

61 **Türk**, <http://www.deu.edu.tr/userweb/ahmet.turk/dosyalar/Paysahibi.htm>, (27.01.2005); **İpekçi**, s.1406.

62 **İpekçi**, sh.1406.

63 **İpekçi**, sh.1406.

raporuna yazar. Genel kurul, yönetim kurulundan bu konuda açıklama isteyebilir. Ortaklar gizli yedeklerin kâr şeklinde dağıtım talebinde bulunabilirler.

Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim şirketlere ilişkin olarak SPK. kârın dağıtım hususunda daha kökten çözümler öngörmüş, kârın dağıtım amacı ön plana çıkarılmış böylece ortaklar haklarına daha yüksek oranda kavuşabilme imkanını elde etmişlerdir⁶⁴ (karş. SPK. m.15, 13). Gizli yedeklerin sarfında usulsüzlük yapan yönetim kurulu üyeleri TTK. m. 336 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir⁶⁵.

III. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Düzenlemelere Genel Bakış

A. Kanuni Yedek Akçe

Tasarı, anonim şirketlerde yedek akçeleri m. 519 – 523 hükümleri ile düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin yürürlükteki düzenlemeleri sadeleştirilmesi ile beraber esasen yürürlükteki düzenlemelerle paralellik arz ettiğini görmekteyiz. Nitekim yedek akçeyi kanuni yedek akçe yan başlığı ile düzenleyen 519 madde hükmüne göre şirket, yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanunî yedek akçeye ayırmak zorundadır

Kanunî sınırına ulaşıldıktan sonra da;

a) Payların çıkarılmasında, giderler indirildikten sonra, itibarî değeri aşan tutarların (ihraç primlerinin), itfa ve yardımlar için kullanılmayan kısmını;

b) Iskata konu olup iptal edilen pay senetlerinin bedellerine mahsuben yapılan ödemelerin, bunların yerine çıkarılan senetlerin ihraç giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmının;

c) Paysahiplerine yüzde beş kâr oranında temettü ödenmesinden sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak tutarın yüzde onunun;

genel kanunî yedek akçeye ayrılması öngörülmektedir.

Ayrıca genel kanunî yedek akçenin, yürürlükteki düzenlemeye koşut olarak sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına veya işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye ya da işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını

⁶⁴ İpekçi, sh.1406.

⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, <http://www.deu.edu.tr/userweb/ahmet.turk/dosyalar/Paysahibi.htm>, (27.01.2005).

hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilmesi ifade edilmektedir.

Bunun gibi yukarıda (c) başlığı ile belirtilen hüküm ile 519 uncu maddenin yine yukarıda ifade ettiğimi üçüncü fıkra hükümlerinin, başlıca amaçları, başka işletmelere iştiraktan ibaret olan holding şirketler hakkında uygulanmayacağı ve özel kanunlara tâbi olan anonim şirketlerin yedek akçelerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenleme altına alınmaktadır (Tasarı m. 519/ f.5,5).

Tasarının, şirketin iktisap ettiği kendi pay senetleri için ayrılan yedek akçe ve yeniden değerlendirme fonları yan başlığını taşıyan 520 nci maddesi yürürlükteki TTK'da bulunmamaktadır. İki fıkra olarak kaleme alınan bu madde şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması gerekeceğini, bu yedek akçelerin, anılan paylar devredildikleri veya yok edildikleri takdirde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebileceğini, yeniden değerlendirme için pasife konulmuş fonların, sermayeye dönüştürüldükleri ve yeniden değerlendirilen aktiflerin amorti edildikleri veya devredildikleri takdirde çözülebileceklerini öngörmektedir.

B. İsteğe Bağlı Yedek Akçe

Tasarının isteğe bağlı (ihtiyari) yedek akçeleri tanzim eden 521 nci maddesi yürürlükteki düzenleme ile paraleldir. Buna göre; yedek akçeye yıllık kârın yirmide birinden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin beşte birini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konulabilecektir. Ayrıca, esas sözleşme ile başkaca akçe ayrılmasının öngörülebileceği ve bunların özgülenme ile sarf edilme yol ve şartlarının da esas sözleşme ile belirlenebileceği öngörülmektedir.

C. Çalışanlar ve İşçiler Lehine Yardım Akçesi

Bu konuya ilişkin Tasarının 522 nci maddesi ise aşağıdaki gibi kaleme alınmıştır.

“(1) Esas sözleşmede şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülebilmesi ya da bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe ayrılabilir.

(2) Yardım amacına özgülenen yedek akçeler veya diğer mallar şirketten ayrılarak bir vakıf veya kooperatif kurulur. Vakıf senedinde vakıf malvarlığının şirkete karşı bir alacaktan ibaret olacağı da öngörülebilir.

(3) Şirketin özgülendiğinden başka yöneticilerden, çalışanlardan ve işçilerden aidat alınmışsa, iş ilişkisinin sonunda, vakıf senedine göre yapılan tahsisden yararlanamadıkları takdirde müstahdem ve işçilere hiç değilse

ödedikleri tutarlar ödeme tarihinden itibaren kanunî faiziyle birlikte geri verilir”.

Konuyu düzenleyen yürürlükteki 468 inci madde ile hemen hemen aynı düzenlemeyi ihtiva eden bu hüküm son fıkrası ile işçilere ödenmesi gerekebilecek geri ödemelere yönelik faiz oranını %5 olarak değil, yasal faiz olarak belirlemektedir.

D. Kâr Payı İle Yedek Akçeler Arasında İlgî (Olağanüstü Yedek Akçe)

Kâr payı ile yedek akçeler arasında ilgi Tasarının 523. maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

“(1) Kanunî ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez.

(2) Genel kurul,

a) aktiflerin yeniden tedariki için gerekliyse,

b) bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince istikrarlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa,

Kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe de ayrılmasına karar verebilir.

(3) Esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile, genel kurul, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya diğer yardım amaçlarına hizmet etmek üzere, bilanço karından yedek akçe ayırabilir”.

Bu hüküm de esasen konuyu düzenleyen yürürlükteki 469 uncu madde hükmünü sistematik hale getirip daha sade bir dille ele almıştır. Bununla birlikte bu hükümde 469 uncu maddenin son fıkrasının son cümlesindeki “bu aidat esas mukavele ile muayyen yardım akçeleri hakkındaki hükümlere tabidir” düzenlemesine yer verilmemiştir.

E. Değerlendirme

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda da yedek akçe kavramı esasen yürürlükteki Ticaret Kanunu’muz tarafından öngörülen hükümlerin tekrarı niteliğindedir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Türkiye Muhasebe Standartlarına sıkça vurgu yapıp işletme mali tablolarında bu standartların uygulanması gerektiğine işaret etmekte ve mali tabloların gerçeği yansıtması gerektiğini belirtmektedir. Bu itibarla, mali tabloların güvenilirliğini esas alan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı yedek akçeler hususunda gizli yedeklere izin vermemiş ancak açık yedek akçeler, isteğe

bağlı yedek akçeler, çalışanlar lehine yedek akçeler ve olağanüstü yedek akçelerle ilgili esasen yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu' muzdan farklı hükümler öngörmemiştir.

IV. Yedek Akçe ve Kâr Dağıtım Üzerine Bir Uygulama Örneği

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, konunun muhasebe uygulaması açısından da daha net açıklanabilmesi için tasarlanan bir örnek aşağıdaki gibi düşünülmüştür;

Odçıkın A.Ş. Genel Kurulu' nun 2009 Hesap Dönemi kâr dağıtım ile ilgili almış olduğu karar şu şekildedir:

Genel Kurul Kararı:

Odçıkın A.Ş. 2009 yılı Kârından yasal yükümlülükler yerine getirildikten sonra, dağıtılabılır kârdan brüt 100.000.- TL yönetim kuruluna temettü olarak verilmesine, kalan kârın 1. ve 2. Temettü olarak hissedarlara hisseleri oranında dağıtılmasına, olağanüstü yedeklerden 500.000.- TL' nin şirket ortaklarına hisseleri oranında dağıtılmasına karar verilmiştir.

Odçıkın A.Ş.' nin şirket verileri aşağıdaki gibidir:

Ödenmiş Sermaye	1.000.000.- TL
Bilanço Kârı	2.000.000.- TL
Yatırım İndirimi	300.000.- TL
Serbest Bölge Kazancı	300.000.- TL
Ortak sayısı	5 Ortak, Eşit Hisse
Önceki Yıllardan Ayrılmış Olan Yedek Akçe Tutarı	150.000.- TL
Toplam Olağanüstü Yedek Akçe Tutarı :	500.000.- TL
Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler Top	100.000.- TL

*Ortakların tamamı gerçek kişidir.

Kurumlar Vergisi Hesaplaması:

2009 Dönem Kârı	:	2.000.000.- TL
K.K.E.G.	:	100.000.- TL (+)
Yatırım İndirimi İstisnası	:	300.000.- TL (-)
Serbest Bölge Kazancı	:	300.000.- TL (-)

Mali Kâr		1.500.000.- TL
Kurumlar Vergisi Matrahı	:	1.500.000.- TL
KV % 20		300.000.- TL (-)

		1.200.000.-TL

KÂR DAĞITIM TABLOSU

A) DÖNEM NET KÂRI	
1) Dönem Kârı	2.000.000.-
2) Ödenecek Vergi ve Yasal Yükümlülükler	(300.000.-)
- Kurumlar Vergisi (Gelir Vergisi)	300.000.-
- Gelir Vergisi Kesintisi	
- Diğer Vergi ve Yasal Yükümlülükler	
NET DÖNEM KÂRI	1.700.000.-
3) Geçmiş Dönemler Zararı (-)	-
4) I.Tertip Yasal Yedek Akçe (-) 1.700.000*%5 = 85.000 Ancak ödenmiş sermayenin % 20 'sini geçeceğinden 50.000 TL olarak ayrılmıştır.	50.000.-
5) İşletmede Bırakılması ve Tasarrufu Zorunlu Yasal Fonlar (-)	-
DAĞITILABİLİR NET DÖNEM KÂRI	1.650.000.-
6) Ortaklara Birinci Temettü (-) Ödenmiş sermayenin %5'i 1.000.000*%5 = 50.000.-	50.000.-
7) Personele Temettü (-)	-
8) Yönetim Kuruluna Temettü (-) 100.000.-*%10 = 10.000.- İkinci Tertip Yedek Akçe Kesintisi	90.000.-
9) Ortaklara İkinci Temettü (-)	1.350.000.-
10) İkinci Tertip Yasal Yedek Akçe (-) 1.500.000.-*%10 + 10.000 = 160.000.-	160.000.-
11) Statü Yedekleri (-)	-
12) Olağandışı Yedekler (Dağıtılmamış Kârlar)	-
13) Diğer Yedekler	-
14) Özel Fonlar	-
B-YEDEKLERDEN DAĞITIM	
1) Dağıtılan Yedekler 500.000*%10 = 50.000.- İkinci Tertip Yedek Akçe 500.000 – 50.000= 450.000.-	450.000.-
2) II. Tertip Yasal Yedekler (-)	50.000.-
3) Ortaklara Pay (-)	450.000.-
4) Personele Pay (-)	-
5) Yönetim Kuruluna Pay (-)	-
C-HİSSE BAŞINA KAR	
D-HİSSE BAŞINA TEMETTÜ	

Toplam Dağıtılan Temettü :	1.850.000.- (Ortakların GV matrahı)
Yönetim Kurulu' na Temettü:	90.000.- (YK GV Matrahı)
1.850.000.- * %15 =	277.500.- Ortakların Gelir Vergisi
90.000.- * %15 =	13.500.- YK Gelir Vergisi
Dağıtılacak Toplam Net Temettü (Vergi Sonrası):	
Ortak 1 :	314.500.-
Ortak 2 :	314.500.-
Ortak 3 :	314.500.-
Ortak 4 :	314.500.-
Ortak 5 :	314.500.-
YK :	76.500.-

*Not: Ortakların tamamı 'Gerçek Kişi' varsayıldığından Gelir Vergisi kesintisi yapılmıştır. Ortaklar içinde 'Tüzel Kişilik' ya da Vakıf gibi kuruluşlar olması durumunda, Gelir Vergisi kesintisi yapılamayacaktır.

Yukarıdaki hesaplamalardan sonra, yevmiye kayıtları aşağıdaki gibi gerçekleşecektir.

Peşin Vergi yok varsayılmıştır.

31.12 tarihli dönem sonu kayıtları:

31.12....	
691 DÖNEM KARI VERGİ VE YAS.YÜK. KARŞ. HS	300.000.-
370 DÖNEM KARI VERGİ VE YAS.YÜK. KARŞ. HS	300.000.-
31.12....	
690 DÖNEM KAR/ZARAR HESABI	2.000.000.-
691 DÖNEM KARI VERGİ VE YAS.YÜK. KARŞ. HS	300.000.-
692 DÖNEM NET KARI VEYA ZARAR HESABI	1.700.000.-
31.12....	
/	
692 DÖNEM NET KARI VEYA ZARAR HESABI	1.700.000.-
590 DÖNEM NET KARI HESABI	1.700.000.-
/	

Yeni Dönem Kayıtları:

<hr/>	
01.01....	
590 DÖNEM NET KÂRI HESABI	1.700.000.-
570 GEÇMİŞ YILLAR KÂRLARI	1.700.000.-
30.04....	
<hr/>	
370 DÖNEM KARI VERGİ VE YAS.YÜK. KARŞ. HS	300.000.-
360 ÖDENECEK VERGİ VE FONLAR HESABI	300.000.-
30.04....	
<hr/>	
570 GEÇMİŞ YILLAR KÂRLARI HESABI	1.700.000.-
542 OLAĞANÜSTÜ YEDEKLER HESABI	500.000.-
<hr/>	
331 ORTAKLARA BORÇLAR HESABI	1.572.500.-
335 PERSONELE BORÇLAR HESABI	76.500.-
360 ÖDENECEK VERGİ VE FONLAR HESABI	291.000.-
360.01 Ortaklar GV	277.500.-
360.02 Yön.Kur. GV	13.500.-
540 YASAL YEDEKLER HESABI	260.000.-
30.04....	
<hr/>	

Sonuç

Anonim şirketlerde yedek akçe ayrılması şirketin sürekliliğine ve bu doğrultuda işletmenin büyüüp gelişmesine hizmet eder. Yedek akçelerin kaynağı; anonim şirketin kârı olabileceği gibi, pay senetlerinin ihraç primleri, pay senetlerinin itfa edilmelerine yönelik kararlar ile yeniden değerlendirme artışları şeklinde gerçekleştirilen sermaye artırma kararları da olabilir.

Yedek akçelerin kabul edilmesindeki temel amaç, ortaklarının sorumluluğu şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlı olan anonim şirketlerde, şirketten alacaklı üçüncü kişilerin çıkarlarını korumaktır. Böyle bir tedbir, ortaklarının sorumluluğu sınırsız olan kolektif şirketler, adi komandit şirketler ve adi şirketler olarak sınıflandırılan kişi şirketlerinde öngörülmemiştir.

Bu noktada hemen ifade edelim ki, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da yedek akçe kavramı esasen yürürlükteki Ticaret Kanunu'muz tarafından öngörülen hükümlerin tekrarı niteliğindedir. Şu kadar ki, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Türkiye Muhasebe Standartlarına sıkça vurgu yapıp işletme mali tablolarında bu standartların uygulanmasını önemsemekte ve mali tabloların gerçeği yansıtması gerektiğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda mali tabloların güvenilirliğini esas alan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı yedek akçeler hususunda gizli yedeklere izin vermemiş ancak açık yedek akçeler ve olağanüstü yedek akçeler gibi konuyla ilgili diğer kurumlara dair esasen yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'muzdan farklı hükümlere yer vermemiştir.

Referanslar

Altaş, Soner, Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.

Ataman, Ümit / Ataman Akgül, Başak / Akay Hüseyin, Şirketler Muhasebesi, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004.

Çevik, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Deryal, Yahya, Ticaret Hukuku, Genişletilmiş 8. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon 2005.

Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Cilt, 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.

Erdoğan, Nurten, Muhasebe Uygulamaları, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1675, Eskişehir 2006.

Eriş, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

Güneş, Hikmet, Sermaye Şirketlerinde 1. Tertip Yasal Yedek Akçeler, http://www.muhasabenet.net/makale_hikmet%20gunes_sermaye%20sirketlerinde%20yasal%20yedekler.html, (12.04.2010). (İnternet).

İpekçi, Nizam, Ticaret Şirketleri Tatbikatı, TTK. Şerhi, Barış Yayınevi, İstanbul 1998.

Karayalçın Yaşar, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, yayın no: 216, Sevinç Matbaası, Ankara, 1988.

Kayhan, Şaban, Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009.

Kırhoğlu, Hilmi / Kasapoğlu Yıldız, Şule / Akaytay, Ali, Şirketler Muhasebesi, Sakarya Yayıncılık, 3. Baskı, Sakarya 2006.

Kızılot, Şükrü, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Uygulaması Yaklaşım Yayıncılık, C.3. Ankara 1999.

Kumkale, Rüknettin, Holding Şirketler, http://www.alomaliye.com/ruknettin_kumkale_holding.htm, (30/01/2005).

Moroğlu, Erdoğan, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Bası, İstanbul 2001.

Öztürk Bünyamin, Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirme, Özkan Matbaacılık Antalya 2007.

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Nobel Kitabevi, İstanbul 2001.

Sağlam, Necdet, Şirketlerde Vergilendirme, Kâr Dağıtım Ve Enflasyon, <http://www.eso-es.net/kurumsal/yazi.asp?79>, (27/01/2005).

Selimler, Hüseyin, Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Politikaları Ve Uygulaması, http://www.ceterisparibus.net/arsiv/h_selimler.doc, (30/01/2005).

Seviğ, Veysi, Birinci Tertip Yedek Akçe, 19/09/2002 Perşembe Tarihli Dünya Gazetesi.

Soydan, Hakkı Y. Dokur, Şükrü, Son Düzenlemelere Göre Şirketler Muhasebesi, Marmara Kitabevi, Bursa 1996.

Soygür, Nevin, Şirketler Hukuku, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı, İstanbul 1996.

Tekil, Fahiman, Şirketler Hukuku İkinci Cilt, Anonim Şirketler, İkinci Bası, İstanbul 1978.

Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

Türk, Ahmet, Hukuka Aykırı Olarak Bilânçoda Kârın Düşük Gösterilmesi Halinde Pay Sahiplerinin Hakları,

<http://www.deu.edu.tr/userweb/ahmet.turk/dosyalar/Paysahibi.htm>, (01.12.2010).

SERMAYE PİYASASINDA YENİ BİR MENKUL KIYMET: KİRA SERTİFİKASI (SUKUK)

*Yrd. Doç. Dr. Burak Adıgüzel**

I.Giriş

1990'lı yılların sonlarında ve 2000'li yılların başlarında İslam ülkelerindeki fonların, İslam hukukuna uygun bir biçimde yönlendirilmesi isteği talepleri üzerine Amerika Birleşik Devletleri'nde İslami kurallara dayalı sermaye piyasalarında bir finanslamanın düşünce olarak temelleri atılmıştır¹. İlk başlarda gayrimenkul ve özel şirketlerdeki paylar üzerine yoğunlaşan yatırımların İslam hukuk kurallarının yatırım alanını sınırlamasından dolayı, geleneksel sermaye piyasası araçlarına yönelmek oldukça zordu. Bu sebeple özellikle içinde bir alacak hakkı barındıran, yani borç menkul kıymetlerine (*debt securities*) bir yatırım söz konusu olamıyordu. Bunun üzerine 2001 yılında Sukuk² adı verilen menkul kıymetleştirilmeye dayalı bir sermaye piyasası aracı oluşturuldu³. Sukuk ihracı 2006 yılına gelindiğinde dünya çapında kırkbir milyar dolar civarına

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **McMillen T. J.Michael**;Asset Securitisation Sukuk And Islamic Capital Markets : Structural Issues In This Fortmative Years, Wisconsin International Law Journal, Volume 25 No:4, 2007-2008, s.703-704. Bununla birlikte ilk kez İslam Hukuk kurallarına uygun olarak finansal bir araca yatırım yapılabilirlik, 1988 yılında Suudi Arabistan Cidde'de toplanan, 40. Yıllık İslam Hukuku Genel Kurul Toplantısında ele alınmıştır.

² Sukuk, esasen Arapça'daki "Sak" kökünden gelmekte olup, Sak'ın kelime anlamı sertifika veya vesikadır. Sukuk ise Sak'ın çoğulu olduğundan "Saklar", sertifikalar anlamına gelmektedir. Bu anlamda finansal sertifikanın Arapça adı ve faizsiz bono olarak tanımlayabilmek mümkündür. Nitekim İngilizcede *financial certificate* olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde, **Khaleq- Abdel H. Ayman/Richardson F. Christopher**; New Horizons for Islamic Securities : Emerging Trends in Sukuk Offerings, Chicago Journal of International Law, V.7 No:2, 2006-2007, s.410.

³ **Nathif J. Adam/Abdulkader Thomas**;Islamic Bonds: Your Guide To Issuing, Structuring And Investing In Sukuk, UK 2004, s.11.

ulaşmıştı⁴. Bu dönem içinde en fazla ihraç yapan ülkeler Ortadoğu'da körfez ülkeleri ve Malezya idi⁵. Daha sonra bu ihraçlara Avrupa ülkeleri de katılmıştır. Almanya'nın Saksonya eyaleti bölgesel hükümeti 2004 yılında sukuk ihracı yaparken, Almanya'da ülke anlamında daha sonra 100 milyon Euro'luk bir ihraç daha yapılmıştır. Hollanda'da gayrimenkul varlıklarına dayalı bir ihraç sonradan yapılmıştır.

ABD'de her ne kadar sukuk ile menkul kıymetleştirme düşüncesi ortaya konulmuş olsa da, bunun gerçekleşmesi 2006 yılını bulmuş ve 2006 yılında petrol ve doğal gaz varlıklarına ilişkin olarak ilk ihraç 167,5 milyon dolarla yapılmıştır⁶. Piyasanın gelişimi ile birlikte en büyük sukuk ihracı ise, 3,52 milyar dolar olarak 2007 yılını ortaya çıkıştır⁷. 2007 yılı Mart ayında ise, sermaye piyasası merkezleri ile rekabet etmek amacıyla finansman senedi (*finance bill*) adı altında İngiltere sermaye piyasasına sukuk ihracı imkânı getirilmiştir⁸. Bugün için global piyasalarda 90 milyar dolarlık bir sukuk ihracı yapıldığı görülmektedir⁹.

Bugün için Ortadoğu'da körfez ülkeleri yanında Avrupa ve ABD'de ve Asya-Pasifik ülkeleri olarak adlandırılan bölgede Malezya ve Pakistan, Japonya, Hong-Kong ve Kore sermaye piyasalarında da sukuk ihracı ile karşılaşmaktadır¹⁰.

Bir sermaye piyasası aracı olan sukuk, Sermaye Piyasası Kurulu'nun son düzenlemelerinden biri olan Seri III No:43 sayılı tebliği ile Türk hukukuna

⁴ Sukukun gelişimin tarihi için bkz. **Küçükçolak Necla**; Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, C.45, S.520, İstanbul 2008, s.31 vd.

⁵ **Khaleq- Abdel/Richardson**, s.413.

⁶ **Khaleq- Abdel/Richardson**, s.413, **McMillen**, s.707-708.

⁷ **Ajna Oliver**; Islamic Finance in the Gulf: A Practitioner's Perspective, Berkeley J.Of Middleeastern & Islamic Law, V.1 No:1, 2008, s.179.

⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **UK Welcomes the Sukuk**, International Finance Law Review, V.26 May 2007, s.24 vd.

⁹ **Godlewski J. Cristophe/Aris-Turk Rima/Weill Laurent**; Are Sukuk Really Special? Evidence From The Malesian Stock Exchange, 3 March 2010, European Research Group "Money, Banking & Finance" Financial and Monetary European Integration Group Workshop on Islamic Finance in Strasbourg, 17 March 2010, s.2.

¹⁰ Malezya Asya-Pasifik bölgesinde, Sukuk ihracının %95'ini yapmaktadır.

da girmiştir¹¹. Kira sertifikası¹² olarak adlandırılan bu menkul kıymetin tanımı, menkul kıymeti ihraç edecek varlık kiralama şirketleri, kira sertifikasına ait esaslar ve kayda alma usulü bu tebliğde düzenlen hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukuk düzenlemesinde kira sertifikası olarak adlandırıldığı için çalışmamızda bu isimle ele alacağımız menkul kıymetin, bir sermaye piyasası aracı olarak ne anlama geldiğini, hukuki niteliğini ve özelliklerini ele alacağız. Bunun yanında, kira sertifikalarını ihraç edecek varlık kiralama şirketlerini ele alacağız. Bununla birlikte, özellikle yabancı hukuklardaki uygulamaları da inceleyerek, benzerlikleri ve farklıları da bu çerçevede ele alacağız.

II. Kira Sertifikası Kavramı

1.Kira Sertifikasının Tanımı

Seri III No:43 sayılı tebliğin 3.maddesinin (f) bendinde kira sertifikası, “Varlık kiralama şirketinin satın almak veya kiralamak suretiyle devraldığı varlıkların finansmanını sağlamak amacıyla düzenlediği ve sahiplerinin bu varlıklardan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan menkul kıymet” olarak tanımlanmıştır.

Kira sertifikası olarak adlandırdığımız sukuk’a ait bir tanımda ise, sukuk’un ihraççının maddi varlıkları üzerinde bölünemeyen ve alacak hakkı olarak nitelendirilemeyen, bir mülkiyet hakkındaki ortaklığı temsil eden sertifikalar olarak belirtilmiştir¹³. Bunun yanında sukuk’u, maddi varlıkların üretiminin veya ticaretinin belli bir vadeye kadar çıkarılan veya var olan varlıklar, hizmetler veya projelerin finanslanması amacıyla çıkarılan varlık temelli bir yatırım sertifikası olarak da açıklamak mümkündür¹⁴.

Görüldüğü üzere gerek tebliğ ve sukuk’a ilişkin diğer tanımlar birlikte ele alındığında kira sertifikasını ihraç edenin gerek kendisine ait gerekse kiralamış olduğu maddi varlıklar üzerinde bir ortaklığı, dolayısıyla bunlara dair kazançtan bir kâr payı hakkını sağlayan bir nitelik arz ettiği söylenebilir.

¹¹ 01.04.2010 tarihli 27539 sayılı RG’de yayımlanan Seri III, No:43 sayılı Kira Sertifikalarına ve Varlık Kiralama Şirketlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ.

¹² Bununla birlikte, söz konusu tebliğin tanımına ilişkin 3.maddesinin (f) bendinde kira sertifikasının kira sukuku anlamına geldiği de belirtilmiştir.

¹³ **Agna Oliver**; *Islamic Finance: Principle Before Profit*, Berkelley J.Of Middleeastern & Islamic Law, V.2 No:1, 2009, s.133.

¹⁴ **Godlewski/Aris/Weill**, s.5.

Bu çerçevede kira sertifikasının tanımından ortaya çıkan unsurlar; maddi varlık esaslı olması, ortaklığı temsil etmesi, yatırımcının elde ettiği kazancın kira sertifikasının dayalı olduğu maddi varlıktan elde edilen kâra dayalı olmasıdır. Bu unsurların içeriğine kira sertifikasının hukuki niteliğine değinirken açıklayacağız.

2.Kira Sertifikasının Hukuki Niteliği

Kira sertifikasının hukuki niteliğine SerPK m.3 (b) kapsamında, onun bir menkul kıymet ve kıymetli evrak olması açısından bakmak gerekmektedir. Zira Seri III, No:43 sayılı tebliğin m.3 (f)'de belirtilen menkul kıymet niteliğinde sermaye piyasası aracı olması yanı sıra, SerPK m. 3 (b)'deki açık hüküm uyarınca, menkul kıymet niteliğine sahip her sermaye piyasası aracı birer kıymet kıymetli evraktır. Ancak yabancı hukuklarda her menkul kıymetin kıymetli evrak olmadığı durumu karşısında, kira sertifikalarının yabancı hukuklar bakımından da bu özelliğine ayrıca değinmek gerekmektedir.

A.Kira Sertifikasının Menkul Kıymet Niteliği

a) Ortaklık Hakkı Sağlaması

Bir senedin menkul kıymet sayılabilmesi için mutlaka ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlaması ve bunun hukuki bir esasa dayanması gerekmektedir¹⁵. Bu hukuki esas, biraz sonra değineceğimiz menkul kıymet niteliğindeki senetlerin seri şekilde çıkarılmaları sebebiyle, çıkarılan bütün senetlerin aynı hukuki temele dayanarak çıkartılmalarıdır. Değişik hukuki ilişkilerden kaynaklanan senetler menkul kıymet niteliğinde olamazlar.

Kira sertifikasının, menkul kıymet niteliği bakımından, menkul kıymetin ya ortaklık ya da alacaklılık hakkı sağlaması gerektiğinden, kira sertifikasının sahibine sağladığı hakkın tespit edilmesi bakımından vermiş olduğu hak ele alınarak bir değerlendirme yapmak gereklidir.

Bu açıdan kira sertifikasına ilişkin Seri III No:43 sayılı tebliğin 7.maddesi hükmü belirleyici olacaktır. Hükme göre, kira sertifikası sahipleri, kendi tertiplerine ilişkin varlıklardan elde edilen gelirlerde payları oranında hak sahibidirler. Görüldüğü üzere, kira sertifikasının sağladığı hak gelirden pay alma hakkıdır. Bu geliri sağlayan ise, yine aynı tebliğin 3.maddesinin (I) bendine göre, varlık kiralama şirketinin (VKŞ) satın alacağı veya kiralayacağı her türlü menkul veya gayrimenkul mallar ve maddi olmayan varlıklardır. Tebliğde bu şekilde belirtilmiş varlıklar intifa hakkı, hizmetler,

¹⁵ **Aytaç Zühtü**; Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s.47, **Özcan Fırat**; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s.197.

bir proje veya yatırım olarak da örneklendirilebilir¹⁶. Bu açıdan Tük sermaye piyasalarında daha önce ihraç edilmiş gelir ortaklığı senedi (GOS) ve kâr zarar ortaklığı belgelerine (KZOB) benzemektedirler¹⁷.

Sukuk veya diğer adıyla kira sertifikasında hiçbir şekilde ihraççılara bir borç verilmez. Yani bir alacak hakkı söz konusu değildir. Mevcut varlıklar üzerinde elindeki kira sertifikaları ile kısmi ve orantılı bir kâr sağlar¹⁸. Bununla söz konusu varlıklar üzerinde mülkiyet hakkı sağlayan sukukların da sermaye piyasalarında ihraç edildiği görülmektedir¹⁹. Ancak bu tip sukuklarda esasen var olan mülkiyet hakkı bölünemeyen bir nitelik arz ettiğinden bunlarda da sağlanan getiri üzerinden sukuk sahiplerine gelir dağıtıldığı görülmektedir.

Tebliğ, kira sertifikasını çıkaracak olan VKŞ'lerin ellerinde olmayıp, kiraladıkları varlıklar üzerinden de kira sertifikası ihraç edebilmelerine cevaz vermiştir.

Bunun durum ihraç edilen kira sertifikalarının o varlıkta ister satış isterse başka bir şekilde olsun elde edilecek gelir üzerinden kâr sahipliği sağladığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Kiralama hem Borçlar Hukuku anlamında bir kira sözleşmesi hem de finansal kiralama olabilir.

Uygulamada da kira sertifikası olarak adlandırılan sukuk'un en sık kiralama (*Lease*) ve vadeli ödemeli satış (*Deferred Payment Sale*) yöntemleriyle²⁰ ihraç edildiği görülmektedir²¹. Bunun yanında, peşin ödemeli vadeli satış (*Forward Sale*), sipariş üzerine üretim sözleşmesi (*commission to manufacture*), sınırlı ortaklık (*Limited Partnership*) ve

¹⁶ **McMillen T. J. Michael**; Contractual Enforceability Issues: Sukuk And Capital Market Development, Chicago Journal of International Law, V.7 No:2, Winter 2007, s.428.

¹⁷ GOS, Türk hukukunda, 2983 sayılı "Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun", KZOB, SPK'nın Seri III, No:27 sayılı tebliği ile düzenlenmiştir.

¹⁸ **Khaleq- Abdel/Richardson**, s.417, **McMillen**; Contractual, s.429.

¹⁹ Bu konuda bilgi için bkz. **Agna**; 2009, s.130 vd. ve **Ayub Muhammed**; Understanding Islamic Finance, England 2007, s.396 vd.

²⁰ İslam hukukundaki yöntemler esas alınarak, bunlar sırasıyla İcra sukuk ve Murabaha sukuk olarak adlandırılmaktadır.

²¹ **Wilson Rodney**; Innovation in the structuring of Islamic Sukuk securities, Lebanese American University, 2nd Banking and Finance International Conference, Islamic Banking and Finance, Beirut, 23rd – 24th February 2006, s.6.

ortaklık (*Partnership*) yöntemleri²² üzerinden ihraç edilen sukuklarda görülmektedir²³.

Türk sermaye piyasası açısından ise, 4.madde hükmü ile bu yöntemlerden kiralama ve sipariş üzerine üretim sözleşmesi yöntemin uygulanması ile kira sertifikası ihracının mümkün olabileceği söylenebilir. Bunlar dışındaki vadeli ödemeli satış (*Murabaha sukuk*), sınırlı ortaklık (*Mudaraba sukuk*) ve ortaklık (*Muşaraka sukuk*) yöntemleri ile kira sertifikası ihraç edilmesi daha sonrada açıklayacağımız üzere, tebliğin 4.maddesi hükmü karşında mümkün değildir. Her ne kadar özellikle tebliğin 17.maddesinde yer alan “Kira sertifikaları, VKŞ’nin talebi ve ilgili borsanın uygun görmesi üzerine menkul kıymet borsalarında işlem görülebilir” hükmü ile bahsettiğimiz diğer sukuk türlerinin de yatırımcılar açısından ikincil piyasada işlem görmeleri söz konusu olmakla beraber, bu tip kira sertifikalarının ihracı söz konusu olamayacaktır.

Kira (*İcara*) Sukukda, ihraçının sukuk konusu yaptığı varlık bir normal bir kira sözleşmesi veya bir finansal kiralama sonucu ihraççı tarafından müşterilerine kiralanır ve elde edilen kira geliri sukuk sahiplerine gelirden pay olarak dağıtılır²⁴. Kiralama konusu varlık gayrimenkul veya menkul olabilir. Burada projelendirilmiş ve inşa edilmekte olan varlık veya gayrimenkuller de sözleşmede belirtilmek kaydıyla kiraya verenin normal şekilde elde edeceği gelir, inşa edeceği veya satın alacağı varlığın kiraya verilmesini sağlanması yoluyla da sukuka konu olabilmektedir. Hatta hizmetlerin önceden satılması ya da diğer deyişle hizmet kiralanması dahi kira sukukunda kullanılmaktadır²⁵. Bununla birlikte, özellikle ABD’de olmak üzere bireysel ve ticari gayrimenkuller esas alınarak sukuk ihracı yapılmaktadır²⁶. Kiralama sonucu SPV’ye akan kira geliri, sukuk ödemelerine aktarılmaktadır. İcara sukuku kira geliri üzerinde sahiplik hakkını temsil ettiği için ikinci piyasada alım satıma konu olabilir.

²² Bunlarda İslam hukukundaki yöntemler esas alındığından, yine sırasıyla Selem sukuk, İstisna sukuk, Mudaraba sukuk, Muşaraka sukuk olarak anılmaktadır.

²³ Bununla birlikte, nadir de olsa esasen tarım ürünleri üreten Müslüman ülkelerde, tarımsal sulama, tarım ürünleri ve hâsılat kirası sözleşmesi esas alınarak sukuk ihracının da yapıldığı görülmektedir.

²⁴ **Ayub**, s.405.

²⁵ **McMillen**; Asset Securitisation, s.740.

²⁶ **McMillen**; Asset Securitisation, s.750.

Sipariş üzerine üretim sözleşmesi (*İstisna*) sukuku, üretilecek varlıkların sahipliği üzerine bina edilmiş bir yapıya sahiptir. Varlığı üretecek aynı zamanda ihraççı olup, üretilecek varlığın sahipliği önceden satarak veya kiralayarak finansman sonucu üretilen varlığın satışından veya üretim sonucu elde edilecek geliri sukuk yatırımcılarına dağıtmaktadır. Genel olarak gayrimenkul projelerini finansmanında kullanılan bir yöntemdir. Sukuk ihracından ihraççının elde ettiği fon yapılacak projenin maliyetiyken, ihraççının sukukları sattığı yatırımcılar projenin alıcılarıdır. Yatırımcılar projeye sahip olurlar ve sukukun satış bedeline veya paralel istisnayla satılan proje sonrası üretilen varlığın satış bedeline hak kazanmaktadırlar. İstisna sukuku, İslam hukukunun uygulandığı körfez ülkelerinde büyük altyapı projelerini finanse etmek için kullanılmıştır²⁷. Alt yükleniciyle paralel istisna sözleşmesi yapılması imkânı tanıdığı için sukukun finansal aracılık yapılmasına uygun olduğu söylenebilir. Bu nedenle bir finansal bir kuruluş kâr amaçlı bir inşaat projesini yüklenilebilir ve altyüklenici sözleşmesiyle inşaat projesini başka bir firmaya devredebilir²⁸.

Vadeli ödemeli satış (*Murabaha*) sukukunda ise, ihraççı menkul veya gayrimenkul varlığın vadeli olarak ödenecek şekilde satıcısıdır. Bu varlığı müşterilere vadeli ödenecek şekilde satar. Sukuk yatırımcısı vadeli satışa konu olan varlığın nihai satış fiyatı üzerinden elde edilecek gelire sahiptirler²⁹.

Peşin ödemeli vadeli satış (*Selem*) sukukda, ihraççı sukuk yatırımcıları ile ileride teslim edilmek üzere bir varlığın satışı hususunda sözleşme yapar. Ayrıca yine ihraççı ile yatırımcılar yaptıkları ikinci bir sözleşme ile ilk sözleşmeye paralel olarak ellerindeki sertifikalar ile malın alma hakkını mubayaa edilmesine dair sözleşme yaparlar. Bu iki sözleşme birbirinden bağımsız olup birinin konusu varlığı satışı iken diğer varlığın teslim tarihi olmaktadır. İkinci sözleşme sonucu ihraç edilen sukuklarda varlığın teslim

²⁷ Ayub, s.407,

²⁸ El-Gamal Mahmoud A; Islamic Finance :law, economics, and practice, Cambridge University Press, New York, 2006, s..115.

²⁹ Agna, 2009, s.132. Bu sukukun İslam hukukuna göre geçerli olması için sadece birincil piyasada işlem görmesi gerekir. Zira sukuk, emtia alıcısının yatırımcılara borcunu temsil etmekte ve borcun vadeli olarak alınıp satılması faizle sonuçlanacağından bu durum İslam hukukuna aykırıdır. Ancak bir borcu içinde barındırmasına rağmen büyük bölümü musaraka veya icara sukuku gibi ciro edilebilir menkul kıymetlerden oluşan bir portföyün küçük bir parçasını oluşturduğu hallerde murabaha sukuku ciro edilebilir kabul edilmektedir. Ayub, s.405.

tarihi aynı zamanda sukukun vadesi olmaktadır³⁰. Böylece sukuk yatırımcıları esasen teslim tarihinde kadar fiyatı artacak bir varlığı önceden belli bir fiyat ödeyerek almakta teslim aldıklarında ise varlığın o anki değeri üzerinden gelir elde etmektedirler. Esasen teslim olmamakta bir bakıma vadeli işlem sözleşmelerine benzer bir biçimde varlığın, sukukların vade tarihindeki satış fiyatı üzerinden satılarak, gelir her bir sukuka paylaştırılmaktadır. Bu konuda sukuk yatırımcıları tarafından sözleşme yapılan ihraççıya yetki verilmektedir.

Sınırlı ortaklık (*Mudaraba sukuk*) ve ortaklık (*Muşaraka sukuk*) yöntemleri esasen iki farklı yapıda ortaklı sözleşmesi temelli olup, bunlar arasındaki farklılık ortaklığın meydana getirilmesinde ortaklığın nasıl olacağı ile ilgilidir³¹.

Sınırlı ortaklık (*Mudaraba sukuk*) yönteminde, varlık üzerinde eşit değerde paylarla sahipliği yahut diğer deyişle mülkiyeti temsil eden, mülkiyetin tam olduğu, sukuk yatırımcılarının isminin kaydedildiği ve getirinin sahip olunan hisseye göre dağıtıldığı yatırım sukuklarıdır. Bu yöntemde bir anlamda gelir paylaşımli hissedarlık adı da verilebilir³². Bu tür sukuk yatırımcıları esasen söz konusu varlığın sahibidirler. Ancak burada bir kâr ortaklığı olup zarara katılma söz konusu değildir³³. Zararı sukuktan elde edilen sermayeyi yöneten üstlenir. Mudaraba sukuku büyük yatırım projelerinde geniş kitlelerin katılımını arttırmak için kullanılmıştır³⁴. Mudaraba sukuku, ortak mülkiyeti ifade eder ve sukuk ihraç edene karşı ihraççının finanse ettiği yahut bizzat oluşturduğu özel projelerde sukuk sahibine pay hakkı verir³⁵. Mudaraba sukuku yatırımcısına, ihraççı ile yaptığı sözleşmeyi ikincil piyasada satarak yani sukuku satarak mülkiyeti başkasına devretme hakkı verilmiştir³⁶.

³⁰ Ayub, s.403.

³¹ Schoon Natalie; Islamic Banking and Finance, London 2009, s.43, Thomas S. Abdulkader/Cox Stella/Kraty Bryan; Structuring Islamic Finance Transactions, London, 2005, s.47.

³² Memillen; Asset Securitisation, s.760.

³³ Agna;2009, s.131, Thomas/Cox/Kraty, s.48.

³⁴ Hassan Kabir M./ Lewis K. Mervyn; Handbook of Islamic Banking, Cheltenham 2007, s.230.

³⁵ Ayub, s.398, Hassan/Lewis, s.231.

³⁶ Ayub, s.398.

Ortaklık yönteminde (*Muşaraka sukuk*) sukuk, varlığının mülkiyetini temsil eden yatırım sertifikalarıdır. Sukuk ihraç edenlerin yatırım kararlarında referans gösterilen sukuk yatırımcıları komitesi meydana getirilmesi nedeniyle sukuk yatırımcıları ve sukuk ihraççısı arasındaki iliksinin organizasyonu hariç olmak üzere mudaraba sukukundan bir farkı yoktur³⁷. Muşaraka Sukuku, ortaklık sözleşmesine dayalı mevcut bir işin finansmanını geliştirmek veya yeni bir projeyi tesis etmek için kullanılır³⁸. Sukuk yatırımcıları hisseleri oranında projenin veya faaliyetin sahibi olurlar. Muşaraka sukuk da ikincil piyasalarda alınıp satılabilir niteliktedir. Yeni bir projenin yapılması ya da var olan bir projenin geliştirilmesi yahut da herhangi bir ortaklık sözleşmesini temel alan bir faaliyetin finansmanı için eşit değerde ihraç edilmiş niteliktedirler.

b) Belirli Bir Meblâğı Temsil Etmesi

Bu durum, doktrinde menkul kıymetin bir itibarî bir değer taşıması, belirli olan bir meblâğ üzerinden düzenlenmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır³⁹. Bir diğer görüş ise, SerPK m.3 (b)'de menkul kıymet için belirtilen belirli bir meblâğı temsil etme ile ortaklık ve alacaklılık hakkı sağlama unsurlarının birlikte ele almaktadır. Görüş, bu unsurların menkul kıymetlerin kredi ve ödeme vasıtası olarak kullanılmama ve bu sebepten de devamlı bir biçimde sermaye yatırımlarına hizmet etme özeliğine işaret etmektedir⁴⁰. Kanımızca, her iki unsur birlikte ele alınmalı, bunlar birbirinden bağımsız değerlendirilmemelidir. Zira birbirlerine bağlı unsurlar oldukları için, birinin varlığı doğrudan diğerinin varlığını da gerekli kılar.

İtibari değer bir diğer deyişle satış değeri olmaktadır. Kira sertifikasının ihraç edileceği zaman izahnamede gösterilecek ihraç değeri itibari değeri olacaktır.

Seri III, No:43 sayılı tebliğde kira sertifikalarının itibari değerlerinin ne olduğuna dair bir belirlemede bulunulmamıştır. Bununla birlikte SPK'nını çıkardığı diğer tebliğler esas alınarak tebliğin 8. ve devamı maddelerindeki hükümler çerçevesinde kira sertifikasının ihraççı tarafından ihraç edilirken mutlaka belirlenmiş bir itibari değerinin söz konusu olacağını söyleyebiliriz. İtibari değer ihraççı tarafından belirlenecek ve bu itibari değer belirlenirken

³⁷ Ayub, s.399, Hassan/Lewis, s.56, Thomas/Cox/Kraty, 53.

³⁸ Hassan/Lewis, s.57, Agna;2008,s.139.

³⁹ Aytaç, s.47, Öztan, s.185,

⁴⁰ Tekinalp Ünal; Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s.12-14.

sermaye piyasasının o zamanki şartları ve talep edilirlilik ile bunların yanında kira sertifikası konusu olan varlıkların değeri esas alınacaktır.

c) Yatırım Aracı Olması

Yatırım aracı niteliğini taşıma, menkul kıymetler yanında SerPK m.3 bent (b)'de kabul edilen menkul kıymet dışındaki diğer sermaye piyasası araçlarında da var olan bir unsurdur⁴¹. Menkul kıymet sayılmanın bu unsuru özellikle para piyasası aracı olarak nitelendirilen ve nitelikleri kredi ve ödeme aracı olan sermaye piyasası araçları ile menkul kıymetleri ayırmak amacıyla ortaya konmuştur⁴². Burada, ödeme ve kredi aracı olarak anılanlar ticari senetler olup, para piyasasına yönelik sermaye piyasası araçları değildir. Çünkü para piyasasında direkt olarak işlem yapılan, TTK'da düzenlenen ticari senetler olarak adlandırdığımız poliçe, bono, çekten farklı sermaye piyasasında işlem gören ve para piyasası araçları olarak kabul edilen hazine bonoları, tahviller, finansman bonoları, VDMK, yatırım yapılma unsuruna sahiptirler. Nitekim bu araçlara yatırım yapanlar sonuçta bunları ihraç edenlere bir borç vermekte ve aynı zamanda yatırım yapan da bu verdiği borcun getirisine bakmaktadırlar. Yatırım aracı olma unsuru, orta ve uzun vadeli yatırım yapılabilir olmak esas alınarak menkul kıymetin unsurlarından biri olarak görülmekle birlikte⁴³, kısa vadeli sermaye piyasası araçlarının da menkul kıymet niteliğinde oldukları bugün için kabul edilmektedir. Bir bakıma, menkul kıymetin unsurları arasında sübjektif veya değişken olan bir unsur olarak alınan⁴⁴ yatırım aracı olma unsuru, SPK'nın tebliğleri ile menkul kıymet sayılan fakat kısa vadeli olan sermaye piyasası araçları içinde söz konusudur⁴⁵.

Kira sertifikaları, sahibine belli bir varlık ya da varlıklar üzerinden belli bir dönemde elde edilecek gelir üzerinden pay alma hakkını içinde barındıran sermaye piyasası araçlarıdır. Kira sertifikasını üzerindeki itibari değerinden satın alanlar, ihraççı tarafından belirtilmiş vadesinde kira sertifikasının konusu oluşturan varlıkların getireceği kazancı göz önünde

⁴¹ Tekinalp, s.16.

⁴² Destanoğlu Yıldız B. ; Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Ankara 2004, s.67.

⁴³ Aytaç, s.47. Aksi yönde, Destanoğlu, s.67 dn.223, Öztan, s.186.

⁴⁴ Aytaç, s.47, Tekinalp, s.16, Öztan, s.186.

⁴⁵ Para piyasasına yönelik sermaye piyasası araçları olan hazine bonusu, devlet tahvili, özel şirketlere ait tahvillerin yatırım aracı olmak bakımından vadeleri, 90 güne kadar olabilmektedir.

tutarak ve bunlar üzerinden kâr elde etmeyi amaçlayarak kira sertifikasını satın almaktadırlar.

Sermaye piyasası araçları sonuçta piyasa şartlarına göre orta ve uzun vadeli yatırım aracı olur. Seri III No:43 sayılı tebliğde, kira sertifikalarının belli bir sınır dâhilinde vadesinin olması söz konusu edilmemiştir. Yani ihraççılar piyasa şartları ve talebe göre vadeli kira sertifikası çıkaracaklardır.

Sukuk uygulamasında uluslararası piyasalarda, yapılan ihraçlar 5 yıl ve 10 vadeli olarak ve tıpkı hazine borç menkul kıymetlerine benzer olarak 3 ayda bir kâr payı ödemeli olarak ihraç edilmektedir⁴⁶. Buna ilişkin olarak, Seri III No:43 sayılı tebliğin 7.maddesine göre, kira sertifikası sahiplerine yapılacak ödemelerin vadelerinin VKŞ yönetim kurulu tarafından belirleneceği ve buna ilişkin bilgilerin izahnamede veya nitelikli yatırımcılara yapılacak duyurularda yer verileceği hükmü gereğince belli bir vade içerisinde periyodik olarak sertifika kâr payı ödemesinin gerekli görüldüğü söylenebilir.

d)Dönemsel Gelir Getirmesi

Menkul kıymetler, gelir getirme özellikleri dolayısıyla talep edilen yatırım araçlarıdır. Gelir kavramı, menkul kıymetler açısından faiz, kâr, temettü, yeni senetler edinme imkânı gibi çok çeşitli olabilir. Dönemsellik ise, bu gelirin oluşması için belli bir zamanın geçmesi gerektiğini göstermektedir. Bu zaman periyodik aralıklarla olabileceği gibi, yatırım yapılan menkul kıymetin piyasadaki alım satımı esnasında ortaya çıkan fiyatındaki artış veya yatırım yapılan aracın dayandığı varlıkların getirilerinin artması sonucu doğar.

Kira sertifikalarında diğer bölümlerde de bahsettiğimiz üzere, ortaklık hakkı sonucu varlıklardan elde edilen gelir üzerinden kâr payı kazanılmaktadır. Bunun yanında ikincil piyasada kira sertifikalarının alınıp satılması sonucu, dayandığı varlıkların değer artışı ile itibari değerinden daha yüksek değere ulaşmayla elinde tutan yatırımcının sertifikayı satması ile de ayrıca gelir elde etme imkânı doğmaktadır.

e)Misli Nitelikte Olma

Menkul kıymetlerin misli nitelikte olması, ihraç edilen menkul kıymetlerin ile aynı cinsten birçok menkul kıymetin aynı anda çıkarılması ve bu ihraç edilen menkul kıymetlerin birbirinin yerini alabilmesidir. Yani bir ihraca bağlı olarak çıkartılan menkul kıymetlerin niteliklerinin ve cinslerinin

⁴⁶ Wilson, s.6.

aynı olarak birbirlerinin yerine ikamelerinin mümkündür⁴⁷. Menkul kıymetin misli nitelikte olması, parça ve sayı itibariyle belirli bir hâle getirilmiş olması ile açıklanabilir. Bu, aynı ihraççı tarafından aynı zamanda çıkarılan bütün menkul kıymetlerin, aynı hakları sağlayan özelliklere sahip olmasıdır⁴⁸. Menkul kıymetlerin kitle şeklinde ihraçları nedeniyle; ayrı seriler şeklinde çıkarılmış olmaları, farklı seri numaraları taşımaları, nama veya hamile yazılı olmaları, hatta itibarî değerlerinin değişmesi misli niteliğine halel getirmez⁴⁹. Bu kitle şeklinde ihraç da, diğer bir menkul kıymet niteliği olan seri şekilde çıkarılmadığıdır. Menkul kıymetlerin misli niteliğinin en büyük önemi ise, onların borsada alınıp satılmaları ve aracılık işlemlerine konu olmalarında görülmektedir⁵⁰.

Kira sertifikaları satın alınan veya kiralanılan varlıklar üzerinde gelirden pay alma hakkı olarak ortaya çıkan hukuki ilişkiden kaynaklanan ve ihraççı tarafından birden fazla ihraç edilen menkul kıymetler olacağı için, birbirlerinin yerine geçebilme nitelikleriyle birlikte misli nitelik taşıyacaklardır.

f)Seri Halde Çıkarılma

Misli nitelikte olma özelliği birlikte, seri hâlinde çıkarılma, birden çok sayıda yani kitle hâlinde ihraç edilme anlamındadır. Ayrıca ihraç edilen menkul kıymetlerin birbirini takip eden şekilde seri numaraları taşımalarını da ifade etmektedir⁵¹. SerPK m.3 (b)'de seri hâlde çıkarılma yanında çok sayıda ibaresi olmamasına karşın, doktrin bu iki kavramı bir arada kullanmakta ve birbirinden ayırmamakta olup, gerçekten de seri şekilde çıkarılma aynı zamanda birden çok çıkarılmayı mecburi kılar. Kira sertifikaları VKŞ'ler tarafından seri hâlde ve çok sayıda çıkarılarak yatırımcılara ihraç edileceklerinden, menkul kıymet olmanın bu niteliğini sağlamaktadırlar.

g)İbarelerinin Aynı Olması

Bu unsur, aynı seri ve tertipteki menkul kıymetlerin aynı ifadeleri taşıması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, aynı ifadeler deyimi,

⁴⁷ Aytaç, s.48, Tekinalp, s.14, Öztan, s.186.

⁴⁸ Turanboy Asuman; Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998, s.74.

⁴⁹ Turanboy, s.75.

⁵⁰ Aytaç, s.48, Tekinalp, s.15.

⁵¹ Aytaç, s.75.

menkul kıymetlerin aynı ibareleri taşıması gerektiği anlamına gelmemektedir⁵².

Kira sertifikaları bakımından bu husus Seri III No:43 sayılı tebliğin 8.maddesinin 4.fikrasında öngörülmüştür. Bu hükme göre, Halka arz edilecek kira sertifikalarına ilişkin izahname ve sirkülerin, VKŞ ile ihraca ilişkin olarak mevzuatın öngördüğü ve SPK tarafından gerekli görülen bilgileri açıklıkla ortaya koyacak ayrıntıda düzenlenmesi, SPK tarafından belirlenen asgari standartlara uygun olması, kayda alınma başvurusu sırasında Kurulca istenecek ek bilgileri içermesi ve bilgi ve açıklamaların gerektiğinde belgeye dayandırılması zorunludur. Buradan anlaşılması gereken, ancak izahnamede SPK'nın öngördüğü şekilde kira sertifikalarının ibarelerinin belli olacağı ve SPK tarafından bunların uygunluğu kabul edildikten sonra ihraç yapılabileceğidir.

B.Kıymetli Evrak Niteliği

SerPK m. 3 (b)'deki açık hüküm uyarınca, SerPK'da yer alan menkul kıymet niteliğine sahip her sermaye piyasası aracı aynı zamanda kıymetli evrak olduğundan, kira sertifikaları da kıymetli evrak niteliğinde ancak SerPK m.10/A uyarınca kaydi olarak tutulan senetler niteliğindedirler.

III. Kira Sertifikasının İhraççısı

1.Yabancı Sermaye Piyasalarında

Uluslararası sermaye piyasalarında, sukuk ihracı bakımından iki esas öngörülmüştür. Bunlardan birincisi varlıkları satın alan veya kiralayan kuruluşun başka bir tüzel kişiliği olan kuruluşu devri ile ihracın yapılmasıdır. İkincisi ise, ihracın bir özel amaçlı yapı (Special Purpose Vehicle SPV) vasıtasıyla yapılmasıdır. Esasen her iki yöntemde de özel amaçlı yapıların, yani SPV'nin varlığı söz konusudur. Ancak aralarındaki temel fark ikinci yöntemde SPV'lerin fon benzeri yapılar olması yani tüzel kişiliği olmaması durumlarında iflas etmeyen (*bankruptcy remote*) nitelik arz etmeleridir⁵³.

Bu ihraç yönteminde ihraççı bizim sermaye piyasamızdaki yatırım fonu benzeri SPV olup, varlıkları elinde tutan banka veya benzeri bir kurum ihraç için varlıkları bu yapıya devretmektedirler. SPV tipindeki yapılar esasen varlıkların ihraç öncesi bünyesinde olan kuruluşların sahibi oldukları veya büyük oranda ortak oldukları için, karar alma yönünde bu büyük ortaklara ve sahiplerine bağlıdırlar⁵⁴.

⁵² Aytac, s.49, Turanboy, s.75.

⁵³ Schoon, s.43.

⁵⁴ Ayub, s.393.

İlk yöntemde ise, yönetim ilkeleri yönünden tamamen kaynak sağlayıcılara (*originator*) bağlı robot şirketler olarak da ele alınan bu yapılar; kısıtlı sermayeye sahip, kimi zamanda bu varlıkları devralarak bunlar için gelirden doğan sukuk yatırımcılarına gelirden pay dağıtmada aracılık hizmeti de gören nitelikte (*servicer*) olarak karşımıza çıkmaktadırlar⁵⁵. Bu yapılar kurulduktan sonra, varlıkları devralmakta ve bunlar üzerinden ihraç yapılmaktadır.

SPV'lerin temel özelliği, sukuk ihracında sukuk konusu varlıkların devri ile ilk sahibi olan kuruluşun bilançosundan bu varlıkların ayrılması sonucu sukuk yatırımcılarının korunmasıdır. İkinci yöntemde SPV, bir şirket (*Funding Company* veya *Global Sukuk Company*) şeklinde örgütlenmiş olarak da ihraççı pozisyonundadır.

Kaynak kuruluş (*originator*), sukuk ihracına konu olacak varlıkları bu SPV'ye satar. Bu satış görünüşte bir satış değil, gerçek bir satıştır (*True Sale*)⁵⁶. Gerçek satış halinde, kaynak kuruluşun aciz haline düşmesi ya da iflası hiçbir şekilde menkul kıymet yani sukuk yatırımcılarını etkilemez⁵⁷. SPV'ye devir ile bu usul üzerinden ihraçta, ipoteğe dayalı menkul kıymetler (*Mortgage Pass-Through Securities*) gibi diğer sermaye piyasası araçlarının menkul kıymetleştirme usulünden pek bir fark olmayıp, aynı şekilde ayrıca hizmet veren kuruluş (*servicer*), güvence kuruluşları (*credit enhancement*), menkul kıymetleştirmeye dâhil olmaktadır.

SPV yoluyla menkul kıymetleştirmede, sukukun temeli olan yöntemde göre, SPV'ye devirde ve yatırımcılara satışta bazı farklılar meydana gelmektedir⁵⁸.

2.Türk Sermaye Piyasasında

Seri III No:43 sayılı tebliğin 3.maddesinin (m) bendinde, aracı kurumlar, bankalar ve kaynak kuruluşlar tarafından münhasıran kira sertifikası ihraç etmek üzere kurulmuş olan anonim şirket olarak tarif edilen VKŞ, bu tanımdan da anlaşılacağı üzere Türk sermaye piyasasında kira sertifikası ihraç edebilecek tek kurum olarak belirlenmiştir.

⁵⁵ Schoon, s.43.

⁵⁶ Gerçek Satış (*True Sale*); menkul kıymetleştirmeye yönelik olarak, finansal bir muamele sayılmayan, alacakların gerçek bir şekilde menkul kıymetleştirmeyi yapacak kuruluşa devreden muhaseben ve hukuki bir anlaşmadır. <http://www.vinodkothari.com/glossary/Truesale.htm> [21.06.2010].

⁵⁷ Mcmillen; Contractual, s.452.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. Khaleq- Abdel/Richardson, s.228 vd.

Tebliğ VKŞ'lere ilişkin olmak üzere, kuruluşu, esas sözleşmesinin içeriği ve yönetimi ile birlikte kira sertifikalarının ihracından itfasına kadar, VKŞ'nin yapması gerekli hususları ele alarak düzenlenmiştir.

Buna göre Türk sermaye piyasasından tüzel kişiliği olan ancak varlıkları devir alarak onun üzerinden ihraç edilecek bir sistem meydana getirilmiş, tüzel kişiliği olmayan fon üzerinden satış yöntemi benimsenmemiştir.

Tebliğın 4.maddesine göre, "VKŞ, kaynak kuruluşlardan devraldığı varlıkları tekrar kaynak kuruluşa kiralamak suretiyle kira geliri elde etmek, söz konusu kira gelirlerine dayalı olarak kira sertifikası ihraç etmek ve kira süresi sonunda ilgili varlığı kaynak kuruluşa devretmek amacıyla kurucular tarafından kurulur. VKŞ aynı anda tek bir kaynak kuruluşa ait varlıkları devralabilir."

Bu hüküm sonucu, ihraççı olan VKŞ'nin kira sertifikasının temeli olan kendisine devredilen varlıkları sadece kiralama yöntemi ile ihraçta bulunabileceği, daha önce de değindiğimiz üzere diğer yöntemlerin uygulamayacağı kanısındayız. Zira diğer yöntemler olan dışındaki vadeli ödemeli satış (*Murabaha sukuk*), sınırlı ortaklık (*Mudaraba sukuk*) ve ortaklık (*Muşaraka sukuk*) yöntemlerinde, VKŞ'nin söz konusu varlığa ilişkin olmak üzere kiralama yapabilmesi mümkün olmayıp, sertifika konusu varlıkları satması ve buna ilişkin her bir yönetime dair ayrı sözleşmeler yapması gerekmektedir⁵⁹.

Mamafih tebliğin bu şekilde, sadece varlıkları kiralamak ve bunlardan elde edilecek gelirlerle dayalı kira sertifikası ihraç etme yönündeki sınırlamasını doğru bulmuyoruz. Kanımızca, VKŞ'lerin satın aldıkları varlıklar üzerinden kiralama yapmaksızın sınırlı ortaklık (*Mudaraba sukuk*) ve ortaklık (*Muşaraka sukuk*) yöntemleriyle de, kira sertifikası ihraç edebilmesinin sağlanması gerekmektedir. Vadeli ödemeli satış (*Murabaha sukuk*) yönteminin ise, gayrimenkullerle sınırlı olarak mümkün olabileceği düşünüyoruz. Ancak sadece tebliğin 4.maddesi hükmü değil, tebliğin 5.maddesinde yer alan VKŞ'lerin esas sözleşmesinde bulunması zorunlu hususlar kapsamında diğer yöntemlere dayalı kira sertifikası ihraç edilmesinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Söz konusu hükmün (b) bendine göre, VKŞ'nin faaliyet konusu kendi nam ve kira sertifikası sahipleri hesabına her türlü varlığı devralmak, kiralamak, varlıklardan elde edilen gelirleri payları oranında kira sertifikası sahiplerine ödemek olarak sınırlanmaktadır. Ancak Türk sermaye piyasalarında ihraç edilebilecek olan

⁵⁹ Bunlar satış sözleşmesinin vadeli şekilde yapılması ilişkin şartlar ile sınırlı ortaklığın veya ortaklığın şartlarına ilişkin ek şartların yer alması durumlarıdır.

kira sertifikalarının yöntemleri bakımından ikincil piyasada alınıp satılabilme özellikleri vardır⁶⁰.

Ancak sermaye piyasasında kira sertifikası piyasasının gelişimi ile zamanla uluslararası sermaye piyasalarında ihraç edilen hibrid adı verilmiş birden fazla yöntemle varlık temelli olarak ihraç edilen sukuklara benzer sukukların da Türk sermaye piyasasında ihraç edilebileceğini böylece bahsettiğimiz diğer yönetmelerin de dolaylı olarak kira sertifikası ihracında kullanılabileceğini belirtmeliyiz.

A.VKŞ'nin Kuruluşu

Seri III, No:43 sayılı tebliğin 4.maddesinin ikinci fıkrasında, tebliğin 5.maddesinde yer alan şirketin esas sözleşmesinde yer alması zorunlu unsurlara ilişkin şartları taşıması gerektiği ve bunun SPK tarafından onaylanacağından bahsettikten sonra, bankaların VKŞ kurabilmesi için BDDK'nın görüşünün alınacağı kabul edilmiştir. Buna göre, bankaların VKŞ kurması bakımından, BDDK tarafından bankanın VKŞ kurmasına ilişkin uygun bulma görüşü ile SPK onayından sonra, kurulma imkânının olabileceğini söyleyebiliriz. Bu bankalar bakımından bir bakıma iki kurumdan da onay alınması zorunluluğu getirildiği anlamını taşımaktadır.

B.VKŞ'nin Esas Sözleşmesi

Seri III, No:43 sayılı tebliğin 5.maddesi VKŞ'lerin esas sözleşmesinde bulunması zorunlu unsurları ortaya koymuştur. Bu unsurlar esasen VKŞ'nin yapacağı faaliyet temel alınarak düzenlenmiştir.

İlk olarak VKŞ'nin kira sertifikası ihraç etmek için kurulacağı belirtildikten sonra, ihraç ettiği kira sertifikaları bakımından kendi nam ve kira sertifikası sahipleri hesabına her türlü varlığı devralmak, kiralamak, varlıklardan elde edilen gelirleri payları oranında kira sertifikası sahiplerine ödemek yükümlülüğünün bulunduğu ve kira sözleşmesinin sonunda, başlangıçta anlaşılan koşullarda kiraya konu varlığı kaynak kuruluşa devretmekle mükellef olduğunun esas sözleşmesinde yer alacağı öngörülmüştür.

Bu hususlar dışında başka herhangi bir ticari faaliyette bulunamayacağı da, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır.

Bunun yanında söz konusu üçüncü fıkrada, kira sertifikası konu varlıklar ile ilgili olmak üzere VKŞ'nin; sahip olduğu varlıklar üzerinde üçüncü kişiler lehine hiç bir ayni hak tesis edemeyeceği ve bunları, kira

⁶⁰ İslam hukukuna göre ihraç yöntemleri bakımından, hangi sukukların ikincil piyasada alınıp satılabileceği hangilerinin alınıp satılamayacağı açısından bkz. **Ayub**, s.408.

sözleşmesinden kaynaklanan tüm yükümlülüklerini yerine getiren kaynak kuruluş dışında başka bir kişiye devredemeyeceği konularında yasaklamalar da getirilmiştir. Bu üçüncü fıkradaki yasaklamalar, kira sertifikası sahiplerini koruyucu düzenlemeler olarak adlandırılabilir. Nitekim VKŞ tarafından bunların yapılabilmesi doğrudan kira sertifikalarının dayalı olduğu varlıklar üzerinde sertifika sahiplerinden başka kişilerin öncelikli olarak hak sahibi olmasına yol açacaktır. Bu bakımdan bu yasaklamaların öngörülmesi gereklidir.

Söz konusu maddenin 2.fikrasında, gayrimenkullerin VKŞ'ye devrinde, tapu sicilinde kaynak kuruluş lehine ön alım (şufa) hakkı tesis edilmesine ilişkin esas sözleşmede hüküm yer alması zorunlu tutulmuştur. Esasen bu hükmün bulunmasının ne kadar gerekli olduğu tartışılabilir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, VKŞ'lerin hemen hemen tamamı kaynak kuruluşun kurduğu ve yönettiği bir şirket niteliğinde olacağından, kira sertifikalarının itfası sonrası, gayrimenkul varlıkların geri dönüşünde bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak istisnai olarak karşılaşılsa da, kaynak kuruluşun sahibi olmadığı VKŞ'ler yönünden bu hususun konulmasının gerekli olduğu sonucuna varılabilir. Çünkü VKŞ'lerin esas sözleşmelerinde kabul edilmiş yasaklamalar sonucunda, herhangi bir gayrimenkulun VKŞ bilançosunda varlık olarak kalması sorunludur.

Hükmün dördüncü fıkrasına göre, kira sertifikalarının itfa edilmesine ilişkin hususlar esas sözleşmede düzenlenecektir. Kanımızca bu hüküm yanlıştır. Zira değişen sermaye piyasası koşulları, kira sertifikalarının ihracı sonucu bunların vadesi, dayanacağı varlıklara göre itfa şartları farklı olabilecektir. Bu bakımdan ihraççıları ihraç edeceği kira sertifikaları bakımından itfasını nasıl yapacağı bakımından serbest bırakmak ancak ihraç sırasında durumu izahnamede belirlemek yeterlidir. İzahnamede SPK onayı şart olduğundan, itfa durumunun SPK kontrolünde belirlenmesi zaten söz konusudur. Her ihraçta, belirttiğimiz durumlar dâhilinde itfa şartlarının değişmesi nedeniyle VKŞ'de genel kurul yaparak esas sözleşmenin değiştirilmesi, ihracı ve bürokrasi arttırmaktan başka bir sonuç vermez.

Maddenin son fıkrası olan beşinci fıkrasında da, kira sertifikası sahiplerine verilen taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda, kira sertifikasına konu varlık devredilerek elde edilecek kaynağın kira sertifikası sahiplerine payları oranında dağıtılacağına ilişkin esas sözleşmede hüküm yer alması zorunlu olduğundan bahsedilmiştir. Bu hükümde kira sertifikası sahiplerini koruyucu bir hükümdür. İhraç sonrası izahnamede belirtilen kira sertifikalarına ilişkin itfa sürecinin VKŞ tarafından herhangi bir sebeple yerine getirilememesi durumunda, varlık ya da varlıkların kaynak kuruluşu devri ve oradan elde edilecek satış gelirinin sertifika sahiplerine dağıtılması

esas kabul edilmiştir. Bu hüküm aynı zamanda VKŞ ile kaynak kuruluş arasında yapılacak satışın gerçek bir satış olması halini nizamlamaktadır.

Düşüncemize göre, VKŞ'lerin esas sözleşmesinde bulunması zorunlu unsurlardan biri olarak VKŞ'nin belli bir oranda esas sermayesinin belirlenmesi de gelmektedir. Ancak bu husus 5.maddede yer almamış olup, bu bir eksikliklerdir. Kira sertifikası sahiplerinin koruması bakımından, bu hususunda mutlaka yer alması gerektiğini söylemeliyiz⁶¹.

C.VKŞ'nin Yönetimi

Seri III, No:43 sayılı tebliğin 6.maddesinde VKŞ'nin yönetimine ilişkin bazı ilkeler belirlenmiştir.

Bu hükümlerden ilk fıkrada, VKŞ yönetim kurulunun, varlıklarını devralacağı kaynak kuruluş ile söz konusu varlıkların devralınması, kaynak kuruluşa kiralanması ve kira süresi sonunda kaynak kuruluşa devredilmesini içeren bir sözleşme imzalayacağından bahsetmektedir. Bun hükme göre, taraflar arasında imzalanacak sözleşme sadece varlıkların devrini içermemektedir. Esas sözleşmeye ilişkin tebliğin 5.maddesinin 2.fıkrasıyla da uyumlu olarak, kaynak kuruluşa varlıklar üzerinde sağlanacak önalm hakkı tesisinin gerekçesiyle uyumlu bir şekilde sözleşmeye kira sertifikalarının itfası sonunda varlıkların tekrar kaynak kuruluşa devredilmesi de sözleşmeye yazılacaktır.

İlk fıkranın ikinci cümlesi, devre konu varlıklar üzerinde üçüncü kişiler lehine hiç bir ayni hak tesis edilmemiş olması gerektiğini belirtmektedir. Bununla varlıklar üzerinde kira sertifikası sahipleri dışında başka kişilerin bir hakkı olmaması amaçlanmıştır. Zaten kira sertifikası ihracının niteliği gereği bunun böyle olması zaruridir. Çünkü kira sertifikası, dayanak varlıklar üzerinde gelir hakkından ortaklık içerdiği için, kira sertifikası sahipleri dışında başka kişilerin bu varlıklar üzerindeki ayni hakkı, geliri doğrudan etkileyecek hatta hiç gelirin alınmaması sonucu doğuracaktır. Bu da kira sertifikasının amacına aykırıdır.

6.maddenin ikinci fıkrasında, VKŞ yönetim kurulunun, VKŞ namına ve kira sertifikası sahipleri hesabına varlıkları kiralamak ve devretmek suretiyle elde edilen gelirlerin kira sertifikası sahiplerine ödenmesinden sorumlu olduğu öngörülmüştür. Kanımızca söz konusu sorumluluk, VKŞ'ye karşı TTK m.336 anlamında bir sorumluluk olup, kira sertifikası sahiplerine karşı sınırsız ve müteselsil bir sorumluluk değildir. Fıkranın lafzından

⁶¹ Örneğin, sukuk ihracının yapıldığı Suudi Arabistan'da, VKŞ benzeri SPV'ler bakımından esas sermaye 500.000 Suudi Arabistan Riyali (1 SR = 3,75 USD) olarak belirlenmiştir, **Thomas/Cox/Kraty**, s.133.

sorumluluğun bu şekilde olduğuna dair bir anlam çıkıyorsa da, hiçbir şekilde böyle bir yorumlama olmayacağını söylemeliyiz. Esasen tebliğin bu ifadesi ile yönetim kurulu üyelerinin VKŞ'ye karşı, dolaylı olarak da kira sertifikası sahiplerine karşı sorumluluğu açıklanmak istenmiştir. Ancak burada kira sertifikalarının ödenmemesi halinde sertifika sahiplerinin yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma hakkının olacağı, ancak sanki anonim şirket alacaklısı gibi, ortaya çıkacak sorumluluktan dolayı ödenecek tazminatın şirket lehine talep edilebileceğini söylemeliyiz.

Maddenin üçüncü fıkrası; kira sertifikası sahiplerine verilen taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda, VKŞ yönetim kurulu tarafından, kira sertifikasına konu varlığın devredilerek elde edilen gelirin kira sertifikası sahiplerine payları oranında dağıtılacağını kabul etmiştir. Bu tebliğin 5.maddesinde VKŞ'nin esas sözleşmesinde yer olan hususun, şirketi idare ve temsil yetkisine sahip olan yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesinin ortaya konulmasından başka bir şey olmayıp, tebliğde yer alması bile, TTK hükümleri çerçevesinde doğal olarak uygulanması gereken bir durumdur.

Son fıkrada ise, VKŞ'nin yönetimine ilişkin giderler esas sözleşmede belirlenir ve izahnamede veya nitelikli yatırımcılara yapılacak duyurularda kamuya açıklanır demekle, kira sertifikalarının ihracı sırasında daha sonra sertifikalara yönelik gelir dağıtımı sırasında bunların gelirden ayrılarak, kalan kısmın dağıtılmasının hukuki alt yapısı gösterilmiştir. Esas sözleşmede ve izahnamede giderlerin neler olarak belirtilmesi yeterli olup, miktar olarak belirtilmesi söz konusu değildir. Ancak, VKŞ'nin amaç ve yapacağı işlemlere uymayan, ya da normal olandan aşırı yüksek olan giderler, hukuki değildir. Böyle bir durumda SPK'nın izahnameyi onaylamaması mümkün olup, bu söz konusu olsa bile her bir sertifika sahibinin SPK'ya bu konuda başvurma ya da hukuki olmayan bu giderlerin kesilmesini engelleme bakımından dava açma haklarının var olduğunu söylemeliyiz.

IV.Kira Sertifikası (Sukuk) Çeşitleri

Kira sertifikalarının Türk sermaye piyasasında hangi yöntemler esas alınarak ihraç edilebileceğini ve uluslararası sermaye piyasalarında da sukukun ne gibi yöntemlerle ihraç edildiğinden bahsetmiştik.

Bunun yanında sukukun dayandığı varlık çeşitlerinin uygun olarak sınıflandırılması ve sınıflara dayalı olarak ihraç yapılabildiğini belirtmeliyiz. İşte bu sınıflandırma ve sınıflara dayalı olarak sukuk ihracı esas alınarak, sukuk çeşitleri ortaya çıkmıştır. Bu açıdan sukuk çeşitleri belli başlı olarak şu şekilde ortaya konulabilir.

1. Saf İcara Sukuk

Bu sukuk türünde, adı üstünde sadece kiralama yöntemi esas alınarak bir gayrimenkul ya da menkulun kiralanması sonucu, bu varlıklar üzerinden sukuk ihracı söz konusu olmaktadır. Bu sukuk türünde kiralama oranı üzerinden sertifikalara gelir dönüşleri sabitlenmiş, belirli bir kaynak kuruluşu bağlı olarak finansman sağlanmaktadır⁶².

2. Hibrid Sukuk

Hibrid sukukun en önemli özelliği, çeşitli yöntemlerden gelen gelirlerin havuzlanarak⁶³ bu havuza dayalı olarak sukuk ihraç edilmesidir. Havuzdaki sukukların dayalı oldukları varlıklar İstisna, Murabaha ve İcara ve diğer sukuk yönetimlerinden bir kaçını içinde barındırabilir. Genellikle büyük ihraçlar için bu yöntemin tercih edildiği ve aynı zamanda İslam hukukuna göre ikincil piyasada alınıp satılması mümkün olmayan Selem, Murabaha sukuk yöntemiyle ihraç edilmiş sukukların bu sayede alınıp satılabilir hale gelmesi amacıyla bu yöntemle başvurulduğu görülmektedir⁶⁴. Ancak bu sukuklarda havuzdaki kaynakların %51'nin İcara yöntemi olması şarttır⁶⁵. Bu sukuklarda gelir geri dönüşleri önceden hesaplanmış sabit bir oran üzerinde yapılmaktadır.

İlk hibrid sukuk İslami Kalkınma Bankası tarafından ihraç edilmiş ve içeriği %68 İcara sukuk, % 30,73 murabaha ve %3,4 istisna sukuk şeklindeydi.

3. Değişken Oranlı İtfa Edilebilir Sukuk

Değişken oranlı itfa edilebilir sukukta iki temel sukuk ihraç yöntemi üzerinden sukuk ihracı gerçekleştirilmekte, yani ihraçının bilançosunda sadece belirlenmiş bu iki yöntemle ihraç yapılmaktadır. İhraç edilen sertifikaların gelirleri esasında ihraççı firmanın gelirinden pay alma esastır ve ihraçının bilançosuna bağlı olarak gelirdeki dalgalanma, sertifikalara aktarılan gelirin farklı olmasına yol açmaktadır. Bu anlamda, sertifikalarının

⁶² **Tariq Arsalan Ali**; Managing Financial Risks of Sukuk Structures, September 2004, www.sbp.org.pk/departments/ibd/sukuk-risks.pdf [29.06.2010].

⁶³ Genel anlamda menkul kıymetleştirme için kullanılan havuzlama (*Pooling*) kavramı; bir finansal kuruluşun, birden çok işletmenin varlıklarına dayalı olarak onların kendisine devrettiği varlıkları harmanlayarak menkul kıymet ihraç etmesi olarak belirtilmektedir. **Poroy Reha /Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin**; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.647.

⁶⁴ **Küçükçolak**, s.36,

⁶⁵ **Küçükçolak**, s.36, **Tariq**, s.21.

dayanağı ihraççının geliridir ve ortaklığa dayalı bir ihraç yapılmaktadır. Bu ihraç edilen sukuklara, Muşakkara şartlı sertifikalar denilmektedir⁶⁶.

4. Sıfır Kuponlu Sukuk

İslam hukukuna göre, ikincil piyasada satılması mümkün olmayan bir yöntemle ihraç edilen sukuklarda, ihraççının bilançosunda yer alan bu varlık havuzunun, istisna veya satım sözleşmesi usulüyle gelirinin taahhüt edilmesi sonucu, havuzun borç verme sözleşmesi konusu olması ve bunun üzerinden sukuk ihraç edilmesidir. Bir bakıma türev sukuk ihracı olarak da adlandırılabilir.

5.Hisse Senediyle Değiştirilebilir Sukuk

İhraççı tarafından sukukun önceden belirlenmiş değişim fiyatından ihraççının hisse senetleriyle değiştirebilme imkânını vermektedir. Sukuk ihraççısı böyle bir opsiyon hakkını sukuk sahiplerine tanımaktadır⁶⁷. Söz konusu hak bir opsiyon hakkı olduğundan, sukuk sahibi bunun yerine dönemsel gelir elde etme yönünde verilmiş asıl hakkını isteyebilir.

6.Hisse Senedine Dönüştürülebilir Sukuk

Bu tip sukukun, hisse senedi ile değiştirilebilir sukuktan temel farkı, dönüştürülebilecek hisse senetlerinin, ihraççının hisse senedi olmak yerine, önceden bilinen bir başka şirketin hisse senetleriyle değiştirilebilir olmasıdır. Bu söz konusu şirket genellikle ihraççının bir iştiraki ya da SPV tarafından yapılan ihraçlarda kaynak kuruluşun hisseleridir.

Bazen de sukuka ilişkin varlıkları devreden kaynak kuruluşun portföyünde bulunan hisse senetlerinin elden çıkartılması için bu tip sukuk ihracının yapıldığı görülmektedir⁶⁸.

V.Kira Sertifikasının Özellikleri

1. Varlık Temelli Bir Menkul Kıymetleştirmedir

Menkul kıymetleştirme, bir işletmenin bilançosunda yer alan ve likit olmayan alacakların benzer nitelikte olanlarını bir araya toplayarak, kendisinin ya da bu amaç doğrultusunda kurulmuş bir yapı (SPV) vasıtasıyla sermaye piyasalarında menkul kıymet ihraç edilmesi ve var olan alacakların da geri ödemeleriyle finanse edilmesi⁶⁹ olarak tanımlanabilir.

⁶⁶ Tariq, s.21.

⁶⁷ Küçükçolak, s.36.

⁶⁸ Küçükçolak, s.37.

⁶⁹ Kendall Leon T./Fishmann Michael J; A Primer on Securitization, The MIT, London 1996,s.2.

Burada genellikle kredi veren kurum menkul kıymetleştirmeyi yapmakta ve faizli alacaklar üstünde bu menkul kıymetleştirme yapılmaktadır. Bu sebeple bu menkul kıymetleştirmeye alacak olarak bilançoda duran varlığa dayalı menkul kıymetleştirme (*asset-backed securitisation*) denilmektedir.

Ancak sukuk ya da Türkçe'ye geçen adıyla kira sertifikasında, faizli alacaklar esas alınarak bir menkul kıymetleştirme daha önce de değindiğimiz üzere söz konusu olamaz. Bu nedenle sukuk varlığa dayalı bir menkul kıymetleştirme değil, varlık temelli bir menkul kıymetleştirmedir (*asset based securitisation*)⁷⁰. Çünkü sukuk dayanağını bir menkul veya gayrimenkul, bir hizmet ya da üçüncü kişiler tarafından onaylanmış bir proje ile bazı şekillerde de kayıt altına alınmış bir mülkiyet hakkından alır. Bahsettiğimiz ve kısaca varlık diyebileceğimiz bu dayanağın fiyatının değişmesi veya satışı direkt olarak sukuk sahiplerini etkiler⁷¹. Zira sukuk sözleşmeye dayalı olarak bir varlığın satın alınması, kiralanması, eser sözleşmesine bağlı olarak yapılması yöntemleri üzerinden bir ortaklık hakkını bahsetmektedir. Sukuk sahibi olmakla kazanılan, o varlık üzerinde ya da varlıktan elde edilecek gelir üzerinde diğer sukuk sahipleriyle birlikte müşterek hissedarlıktır.

Kira sertifikalarının varlık temelli olmasının sonucu, aynı zamanda öncede tahmin edilebilir geri dönüş geliri olacak olan muameleler temelli olduğu şeklinde de ifade edilebilir⁷². Varlığa dayalı, yani alacak esaslı olması halinde, bunların geri dönüşü tahmin edilebilir olmakta, ancak kira sertifikaları kadar net olmamaktadır. Yani varlığa dayalı menkul kıymetlerde geri dönüş riski daha yüksektir.

2. Tarafların Karşılıklı Edimleri Bir Para Borcudur

Hem kira sertifikasının ihraççısının hem de kira sertifikasını satın alan yatırımcılar birbirlerine karşı edimleri bir para borcu olup, ihraççı hiçbir zaman varant gibi sermaye piyasası araçları ya da türev ürün olarak nitelendirilen opsiyon veya future sözleşmelerdeki gibi bir varlığın kaydi teslimi edimiyle borçlu olamaz. Her ne kadar bu sermaye piyasası araçlarında çoğunlukla nakit uzlaşısı yoluyla para olarak ihraççının edimini

⁷⁰ El-Gamal A. Mahmoud; Islamic Law And Finance “Interest” And The Paradox Of Contemporary Islamic Law And Finance, Fourteenth Annual Philip D. Reed Memorial Issue, Fordham International Law Journal, December, 2003, Volume 27, No:108, s.133, Godlewski/Aris/Weill, s.5

⁷¹ Godlewski/Aris/Weill, s.5.

⁷² Schoon, s.47.

yerine getirmesi söz konusu olsa da, kira sertifikası bakımından bir nakit uzlaşısı durumunun da söz konusu olmadığını söylemeliyiz.

Kira sertifikasında yatırımcı, sertifikanın belirlenmiş itibari değerini ödeme borcu altında olup, bu itibari değer ihraçtan önce sertifika ihraççısı tarafından belirlenmiş ve izahnamede gösterilmiş olmalıdır. Buna karşılık ihraççı, sertifikanın dayanağı olan varlıkların gelirlerinde, izahnamede belirlenmiş dönemlerde sukuk yatırımcısına ödeme ve vadesi geldiğinde de anaparayı itfa etme yükümlülüğü altındadır.

3. İfa zamanı İleri Bir Tarihe Bırakılmıştır

Kira sertifikası, ihraç edildiğinde, sertifika sahibi kendisine düşen edim olan sertifikanın üstünde yazan ya da izahnamede belirtilmiş itibari değerini ödeme borcunu ifa eder. Buna karşılık ihraççının ifa zamanı, kira sertifikasında öngörülen vadeye kadar, belli dönemler içinde varlıklardan elde edilen geliri ödeme ve sertifikanın vadesi sonunda ödenmiş itibari değeri itfa etmektir.

Seri III, No:43 sayılı tebliğin 7.maddesinin üçüncü fıkrasında, “Kira sertifikası sahiplerine yapılacak ödemelerin vadeleri yönetim kurulu tarafından belirlenir ve buna ilişkin bilgilere izahnamede veya nitelikli yatırımcılara yapılacak duyurularda yer verilir” denilerek vade belirleme hususunun VKŞ tarafından serbestçe kararlaştırılabileceğini, bu yönde tebliğle bir sınırlama getirilmediği ortaya koymuştur. Gerçekten de kira sertifikalarının gelir ödeme ve itfa vadeleri piyasa tarafından arz talep ilişkisine göre belirlenmeli, buna bir sınırlama getirilmemelidir⁷³. Bu bakımdan söz konusu hüküm uygun niteliktedir.

4. Kira Sertifikaları Tamamen İtfa Edilene Kadar Yeni İhraç Yapılamaz

Seri III, No:43 sayılı tebliğin 7.maddesinin dördüncü fıkrasına göre, VKŞ aynı anda tek bir tertip kira sertifikası ihraç edebilir. Tedavüldeki kira sertifikaları itfa edilmeden yeni bir kira sertifikası ihracı yapılamaz. Bir yöntemle dayalı olarak ihraç edilen tertip kira sertifikaları sadece bir tertip kira sertifikasına konu olabilirler. VKŞ, hüküm uyarınca sadece bu yöntemle çıkardığı kira sertifikalarının belirlenmiş vadesine kadar, bununla ilgili varlıklardan gelen gelir dönüşlerinin ödenmesi, varlıkların getirilerinin toplanması gibi işlemlerle uğraşabilecek, başka varlıklar üzerinde başka tertip kira sertifikası ihraç edemeyecektir. Bu aynı zamanda başka tertip kira

⁷³ Örneğin, SPK'nın varantlara ilişkin Seri III No:36 ve Seri III No:37 sayılı tebliğlerinde, varantlar bakımından vadelerinin iki aydan az ve beş yıldan çok olamayacağı öngörülerek, varantlara vade bakımından bir sınırlama getirilmiştir.

sertifikası ihracı için, başka varlıkların kaynak kuruluş tarafından VKŞ'ye devredilememesi anlamını da taşımaktadır.

Bununla birlikte uluslararası piyasada aynı anda birden fazla tertipte sukuk ihracı mümkün kılınmıştır. Özellikle Malezya'da farklı tertiplerde ve farklı varlıklara dayalı sukuk ihracı yaygındır⁷⁴. Kanımızca da belli kıstaslar içinde VKŞ'lere farklı varlık temelli olmak üzere birden fazla tertipte sukuk ihracı yapmak imkânı verilmeliydi. Ancak SPK bunun yerine VKŞ'lerin bu konuyu suistimal ederek, gelir ödemelerinde problemler yaşayacağı düşüncesi ile bu duruma izin vermemiştir.

VI. Sonuç

Seri III, No:43 sayılı tebliğin yayınlanmasıyla hukukumuzda giren kira sertifikaları, aslında yaklaşık on, onbeş yıllık bir geçmişi olan İslam hukuk kaidelerini uygulayan ülkelerde İslam hukuk prensiplerine göre, sermaye piyasasında menkul kıymetleştirilen sukuktur. Kira sertifikası olarak adlandırdığımız sukuk, ihraççının maddi varlıkları üzerinde bölünemeyen ve alacak hakkı olarak nitelendirilemeyen, bir mülkiyet hakkındaki ortaklığı ve gelir üzerindeki hissedarlığı temsil eden sertifikalar olup, kısaca varlık temelli bir yatırım sertifikası olarak belirtilebilir.

Hukuki nitelikçe bir ortaklık hakkını temsil eden bu menkul kıymetler, bazı ticari muameleler üzerinden menkul kıymetleştirme konusu olmakla beraber, Seri III, No:43 sayılı tebliğ, adı üzerinde bu menkul kıymetlerin gelir üzerinden pay alma hakkı esaslı olarak sadece belli muameleler esas alınarak menkul kıymetleştirilmesini kabul etmiş durumdadır. Bu muameleler ise, İslam hukukunda kiralama (*İcara*) ve sipariş üzerine üretim sözleşmesi (*İstisna*) yöntemleridir. Buna karşılık uluslararası sermaye piyasalarında sukukun menkul kıymetleştirilmesi yöntemleri olan vadeli ödemeli satış (*Murabaha sukuk*), sınırlı ortaklık (*Mudaraba sukuk*) ve ortaklık (*Muşaraka sukuk*) ile Türk sermaye piyasasında kira sertifikası ihraç edilemez.

Kira sertifikaları SerPK m.3 (b) kapsamında ortaklık hakkı vermesi dışında bir menkul kıymette bulunması gerekli diğer bütün unsurları taşıdığı gibi, yine aynı hükme göre bir kıymetli evrak kabul edilecektir.

Kira sertifikasının ihraççısı Seri III, No:43 sayılı tebliğe göre, anonim şirket vasfını haiz sadece kira sertifikası ihraç etme ile görevlendirilecek, esas sözleşmesinde de bu yönde hüküm bulunması zorunlu olan varlık kiralama şirketleri (VKŞ) olmak zorundadır. Uluslararası sermaye piyasalarında sukuk ihracı bakımından SPV adı verilen ve tüzel kişiliği olan

⁷⁴ Bu konuda **Tariq**, s.35 vd.

ya da olmayan fon benzeri yapılardan da ihraç imkânı sağlamış olup, bizim sermaye piyasamız açısından bunun mutlaka tüzel kişiliği olan bir yapı olması zorunluluğu öngörülmüştür. Ancak söz konusu şirketin, büyük oranda kaynak kuruluş, yani kira sertifikalarının dayalı olduğu ihraç konusu varlıkları sağlayan kuruluşu büyük oranda sahibi olduğu ya da kontrol ettiği bir nitelik arz edecektir. Her iki yöntemde de kaynak kuruluş dışında bir tüzel kişiliği olan ya da olmayan yapıdan ihracın nedeni menkul kıymetleştirme yöntemi bakımından zorunluluk ve varlıkların kaynak kuruluşun bilançosundan çıkarılma ihtiyacıdır.

Seri III, No:43 sayılı tebliğ ile VKŞ ile ilgili pek çok düzenleme getirilmiş olmakla beraber, bunların VKŞ'nin sermayesinin belirlenmemiş olması gibi bazı eksiklikleri içerdikleri görülmektedir. Ancak bu eksiklikler sanırım uygulama sırasında anlaşılacak ve düzenlenecektir.

Kira sertifikaları uluslararası sermaye piyasalarında gelişme evresi içinde pek çok çeşidinin ihracı mümkün olmuş olup, bu çeşitleri menkul kıymetleştirme yöntemleri nedeniyle değil, sukukun dayandığı varlık çeşitlerinin uygun olarak sınıflandırılması ve sınıflara dayalı olarak ihraç yapılmasındandır. Türk sermaye piyasaları açısından, bu çeşitlenmenin zamanla gerçekleşeceğini ve özellikle hibrid adı verilen sukukun ihracının mümkün olmasıyla, tebliğ açısından mümkün olmamakla birlikte, diğer yöntemlerinde menkul kıymetleştirmede ele alınarak kira sertifikası ihracının mümkün olabileceğini söyleyebiliriz.

Kira sertifikasının en önemli özellikleri ise, varlığa dayalı bir menkul kıymet değil varlık temelli bir menkul kıymet olması, özellikle ortaklık hakkı sağlayan hisse senedi, KZOB benzeri pek çok sermaye piyasası aracı gibi tarafların edimlerinin bir para borcu içermesi, vadeye bağlı olarak ihraççının ediminin ileri bir tarihe bırakılmış olması ama hazine bonusu gibi, belli dönemler içinde getiri ifasının yapılması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunun yanında, VKŞ'ler bakımından getirilen bir sınırlama ile, bir yöntemle bağlı olarak ihraç edilen kira sertifikalarının tamamen itfa edilmeden, yani getiri ödemeleri dışında vadesinin gelmesiyle ana para ödemesi yapılmadan, başka tertiplerde kira sertifikası çıkarılmasının yasaklanmasıdır. Bu yasaklama, kanımızca kira sertifikası ihraç edecek VKŞ'lerin durumu suistimal ederek, gelir geri dönüşlerini ödememeleri ile sonuçlanacak durumlar meydana getireceği öngörülerek kabul edilmiştir. Bununla birlikte uluslar arası sermaye piyasalarında aynı ihraççının birden fazla tertipte ve farklı varlıklara dayalı sukuk ihraç etme imkânı var olup, bunun bazı şartlar konularak aynı şekilde VKŞ'ler içinde tanınabilmesi mümkündür.

Sonuçta bazı eksiklikleri olsa da, global sermayenin yurt içine çekilebilmesi amacıyla belli kurallara tabi bir menkul kıymetleştirmenin önü Türk sermaye piyasaları açısından da açılmış olmaktadır. Bunun yanında sermaye piyasasına bazı endişelerle gelmek istemeyen yatırımcıların bu endişelerini giderici nitelikte bir sermaye piyasası aracı Türkiye’de alınıp satılabilir hale gelmektedir. Böylelikle bu yeni menkul kıymet hem sermaye piyasasının derinleşmesine hem de sermaye piyasasına inançları nedeniyle yatırım yapmak istemeyenlerin, endişelerini ortadan kaldırır bir nitelik arz etmesi nedeniyle önemlidir.

KAYNAKÇA

Agna Oliver; Islamic Finance in the Gulf: A Practioner's Perspective, Berkelley J.Of Middleeastern & Islamic Law, V.1 No:1, 2008. **(2008)**

Agna Oliver; Islamic Finance: Principle Before Profit, Berkelley J.Of Middleeastern & Islamic Law, V.2 No:1, 2009. **(2009)**

Aytaç Zühtü; Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988.

Ayub Muhammed; Understanding Islamic Finance, England 2007.

Destanoğlu Yıldız B. ; Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Ankara 2004.

El-Gamal Mahmoud A; Islamic Finance :law, economics, and practice, Cambridge Univercity Press, New York, 2006.

El-Gamal A. Mahmoud; Islamic Law And Finance "Interest" And The Paradox Of Contemporary Islamic Law And Finance, Fourteenth Annual Philip D. Reed Memorial Issue, Fordham International Law Journal, December, 2003, Volume 27, No:108.

Godlewski J. Cristophe/Aris-Turk Rima/Weill Laurent; Are Sukuk Really Special? Evidence From The Malesian Stock Exchange, 3 March 2010, European Research Group "Money, Banking & Finance" Financial and Monetary European Integration Group Workshop on Islamic Finance in Strasbourg, 17 March 2010.

Hassan Kabir M./ Lewis K. Mervyn; Handbook of Islamic Banking, Cheltenham 2007.

<http://www.vinodkothari.com/glossary/Truesale.htm> [21.06.2010].

Kendall Leon T./Fishmann Michael J; A Primer on Securitization, The MIT, London 1996.

Khaleq- Abdel H. Ayman/Richardson F. Christopher; New Horizons for Islamic Securities : Emerging Trends in Sukuk Offerings, Chicago Journal of International Law, V.7 No:2, 2006-2007.

Küçükçolak Necla; Faizsiz Finansman Sertifikası Sukuk'un Türk Sermaye Piyasası Açısından Değerlendirilmesi, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, C.45, S.520, İstanbul 2008.

McMillen T. J.Michael;Asset Securitisation Sukuk And Islamic Capital Markets : Structural Issues In This Fortmative Years, Wisconsin International Law Journal, Volume 25 No:4, 2007-2008. **(Asset Securitisation)**

Mcmillen T. J.Michael; Contractual Enforceability Issues: Sukuk And Capital Market Development, Chicago Journal of International Law, V.7 No:2, Winter 2007. (Contractual)

Nathif J. Adam/Abdulkader Thomas;Islamic Bonds: Your Guide To Issuing, Structuring And Investing In Sukuk, UK 2004.

Öztan Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.

Poroy Reha /Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009.

Schoon Natalie; Islamic Banking and Finance, London 2009.

Tariq Arsalan Ali; Managing Financial Risks of Sukuk Structures, September 2004, [www. sbp.org.pk/ departments/ibd/sukuk-risks.pdf](http://www.sbp.org.pk/departments/ibd/sukuk-risks.pdf) [29.06.2010].

Tekinalp Ünal; Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.

Thomas S. Abdulkader/Cox Stella/Kraty Bryan;Structuring Islamic Finance Transactions, London, 2005.

Turanboy Asuman; Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998.

UK Welcomes the Sukuk, International Finance Law Review, V.26 May 2007.

Wilson Rodney; Innovation in the structuring of Islamic Sukuk securities, Lebanese American University, 2nd Banking and Finance International Conference, Islamic Banking and Finance, Beirut, 23rd – 24th February 2006.

AUFLASSUNGSPRINZIP IN DEUTSCHEN SACHENRECHT

*Yrd. Doç. Dr. Burcu Kalkan Oğuztürk**

A- ÜBERBLICK

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches wurden in den letzten Jahren erweitert, unter anderem auch im Hinblick auf den Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (Buch 3, Abschnitt 3, Titel 2). Auf Grund der durchgesetzten Veränderungen in diesem Abschnitt des Bürgerlichen Gesetzbuches¹ enthält nun das § 925 BGB zusätzliche Bestimmungen zu den bereits im Jahr 1900 in Kraft getretenen Auflassungen und ist somit eine Spezialvorschrift zu § 873 BGB. In dieser Zusatzauflassung wird die Übereinkunft und Einigung der Übertragung eines Grundstückes behandelt.

Die Einigung der Übertragung eines Grundstückes wird in einer Spezialvorschrift zu § 873 BGB festgelegt². Die darin enthaltenen Bestimmungen sind zusätzlich zu der ursprünglichen Auflassung § 873 BGB zu beachten. Laut § 925 Abstract 1 Satz 1 BGB muss die Auflassung vor einer dafür zuständigen Stelle, bevorzugt einem Notariat, bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien dargelegt und erklärt werden. Diese Formvorschrift gewährleistet die korrekte und vollständige Vorlage der für

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738) FNA 400-2, Zuletzt geändert durch Art. 27 Bundesrecht-BereinigungsG vom 8. 12. 2010 (BGBl. I S. 1864) <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/ges/BGB/cont/BGB.htm> (Online, 05.01.2011).

² http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/beckok_gbor_10\gbo\cont\beckok.gbo.p20.glc.gliv.gl1.htm&pos=3&hlwords=meikel/b%C3%B6ttcher#xhlhit (Online, 04.01.2011). ; Jan, Wilhelm, Sachenrecht, 3. Auflage, De Gruyter Rechtswissenschaftenverlags, Berlin, 2007, s. 329. ; Mathias, Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 6. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2010, s. 142. ; Harm, Peter Westermann, BGB-Sachenrecht, 11. Neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, 2005, s. 151.

die Grundbucheintragung benötigten Unterlagen. Gleichzeitig soll ein Auseinanderfallen von Grundbuchstand und materieller Rechtslage nach Möglichkeit verhindert werden³. Daneben sollen die allgemeinen Schutzzwecke von Beurkundungsvorschriften, insbesondere der Übereilungsschutz und die Warnfunktion, erreicht werden⁴. Notwendig dafür sind zwei sich inhaltlich deckende Erklärungen, durch die der Eigentumswechsel herbeigeführt wird. „Der Regelfall ist die mündliche Erklärung der Auflassung, jedoch genügt jede Art der Erklärungsabgabe, sofern sich für die anwesenden Vertragspartner kein Zweifel am Einverständnis mit dem gesamten Inhalt der Auflassung ergeben können, wie zum Beispiel durch ein optisches Zustimmungszeichen wie Kopfnicken oder die Unterzeichnung der Urkunde direkt im Anschluss an deren Verlesung“⁵. Mündlichkeit der Auflassung wird somit nicht verlangt. Bloßes Stillschweigen wird jedoch nicht als konkludente Erklärung anerkannt, kann aber dennoch bei weiteren Anhaltspunkten als schlüssige Erklärung ausgelegt werden, sofern ein diesbezüglicher Rechtsfolgswillen feststellbar ist. Ebenso ist die bloße Zurkenntnisnahme der Auflassungserklärung der einen Partei durch die zweite anwesende Partei allein nicht ausreichend, um das Vorliegen einer Einigungserklärung zu bestätigen⁶.

³ Rainer, Kanzleiter, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2009, Band 6, Buch 3, BGB § 925 Auflassung, Randnummer 1- 2. ; Hans Josef, Wieling, Sachenrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2006, s. 36.

⁴ Bamberger/ Roth/ Grün, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, Band 2, BGB § 925, Rn. 3.

⁵ Dieselbe: http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata\komm\beckok_gb_or_10\gbo\cont\beckok.gbo.p20.glc.gliv.g11.htm&pos=3&hlwords=meikel/b%C3%B6ttcher#xhlhit (Online, 26.12.2010). ; „OLG Rostock: Vor dem Notar erklärte Auflassung ohne Unterschrift“, Deutsche Notar-Zeitschrift, 2007, s. 220. ; Kanzleiter, dieselbe, Rn. 21. ; Christoph, Reithmann, „BayObLG: Nachweis einer formgerechten Auflassung, Nachweis einer formgerechten Auflassung“, DNotZ, 2001, s. 563.

⁶ Dieselbe: http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata\komm\beckok_gbor_10\gbo\cont\beckok.gbo.p20.glc.gliv.g11.htm&pos=3&hlwords=meikel/b%C3%B6ttcher#xhlhit (Online, 05.01.2011). ; Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5. 5. 2009 - 3 W 60/09 mit Anmerkung von Notarassessor Dr. Benedikt Schmitz, Düsseldorf, „Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Auflassung im Grundbuchverfahren“, Rheinische Notar Zeitschrift(RNotZ), 2009, s. 654.

Nach BGB § 925, Auflassung⁷:

(1) 1- Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach BGB § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden.

2- Zur Entgegennahme der Auflassung ist, unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen, jeder Notar zuständig.

3- Eine Auflassung kann auch in einem gerichtlichen Vergleich oder in einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan erklärt werden.

(2) Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

Und nach BGB § 873, Erwerb durch Einigung und Eintragung:

(1) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

„BGB § 925 trifft für die zur dinglichen Eigentumsänderung an Grundstücken erforderlichen Einigung des § 873 eine Sonderregelung bezüglich deren Form (Abs 1) und deren Inhalt (Abs 2); mit der eigenständigen Bezeichnung der Einigung über den Eigentumswechsel als Auflassung (Legaldefinition, § 925 Abs 1 S 1 HS 1) unterstreicht das Gesetz auch terminologisch deren besondere Bedeutung. BGB § 925 erfasst ausschließlich den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstückseigentum, nicht dagegen sonstige Erwerbsarten, wie Gesetz (zB Erbgang, § 1922), Staatsakt (zB Zuschlag in der Zwangsversteigerung, § 90

⁷ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738) FNA 400-2, Zuletzt geändert durch Art. 27 Bundesrecht-BereinigungsG vom 8. 12. 2010 (BGBl. I S. 1864) <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/ges/BGB/cont/BGB.htm> (Online, 05.01.2011).

Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG); Restitution nach dem, § 34 Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz -VermG), Buchersitzung (§ 900) und Aneignung (§ 927 Abs 2, 928 Abs 2, Art 129 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), auch nicht sonstige rechtsübertragende rechtsgeschäftliche Erwerbe (Erbteilsübertragung, § 2033)⁸.

B- BEDEUTUNG DER NORM UND IHREM ZWECK

Während die Einigung über die Bestellung und Übertragung dinglicher Rechte nach § 873 BGB grundsätzlich Form frei ist⁹, schreibt § 925 BGB die Form der Erklärung vor dem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile wegen der besonderen Bedeutung der Rechtslage als Sonderregelung für die Einigung über den Übergang des Eigentums vor (nach der Legaldefinition des § 925 die „Auflassung“). Die Formvorschrift, die zur Beurkundung der Auflassung führt, hat grundsätzlich dieselben Schutzzwecke wie andere Beurkundungsvorschriften, wenn auch mit anderer Gewichtung: Während die Warn-, die Beratungs- und die Belehrungsfunktionen von einem weniger starken Gewicht bei § 925 BGB als bei BGB § 311 Abs. 1 sind, erlangt bei § 925 BGB der Zweck der Formvorschrift besondere Bedeutung, einwandfreie, hinreichende und klare Unterlagen für die Grundbucheintragung zu gewährleisten¹⁰, die Eigentumsbeschreibung nur auf Grund solcher korrekten Unterlagen vorzunehmen und damit ein Auseinanderfallen zwischen Grundbuchstand und materieller Rechtslage nach Möglichkeit zu unterbinden. Obwohl der im Grundbuchverfahrensrecht allgemein geltende „Bewilligungsgrundsatz“ grundsätzlich sicher genug scheint, sollen dessen Risiken (Irrtum, Dissens,

⁸ Dieselbe: <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=/bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2Eg1%2Eg1%2Ehtm> (Online, 21.08.2010), Hergestellter: Bamberger/Roth, Autor: Beate, Grün, Beck'scher Online-Kommentar- BeckOK, BGB § 925, Rn 1 – 2. ; Othmar, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 13. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2009, Buch 3- Sachenrecht, Abschnitt 3- Eigentum, Titel 2. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (§ 925 - § 928), Rn. 1- 2.

⁹ Wieling, dieselbe, s. 36.

¹⁰ Kanzleiter, dieselbe, Rn. 1- 2. ; Rainer, Kanzleiter, “Der Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit bei verbundenen Rechtsgeschäften“, Deutsche Notar Zeitschrift, 1994, s. 275- 293.

Geschäftsunfähigkeit usw.) beim wichtigsten dinglichen Rechtsgeschäft, dem Eigentumsübergang, durch § 20 Grundbuchordnung- GBO¹¹ und § 925 BGB soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Ebenso wird durch die Forderung gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile die Gefahr, Zweifel und Missverständnisse über den Inhalt der Auflassung aufkommen zu lassen, möglichst gering gehalten. Sowohl dem Ausschluss möglicher Unsicherheiten für den Grundbuchvollzug und damit unmittelbar der Vermeidung des Auseinanderfallens von Grundbucheintrag und Eigentümerstellung, als auch dem Ausschluss von Unsicherheiten auf Seiten der Vertragsteile, die sich über die Rechtsfolgen der Auflassung ohne Zweifel im Klaren sein müssen, dient schließlich die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit (Abs. 2). Da § 925 BGB als Spezialvorschrift zu § 873 BGB gilt, wirken auf Grund dessen alle Rechtsgrundsätze des § 873 BGB ebenso wie die Form und die Bedingungsfeindlichkeit des § 925 BGB zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des § 873 BGB, unter anderem zur Geltung von Schuldrecht und Allgemeinem Teil sowie zum Abstraktionsgrundsatz¹².

Auch in den Fällen der Einigung über den Eigentumsübergang von Grundstücken, einschließlich reeller Teile, und somit zwingend auch von ideellen Grundstücksanteilen gilt § 925 BGB. Dies wiederum führt der rechtlichen Konstruktion des Wohnungs- und Teileigentums als

¹¹ Grundbuchordnung, In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994. Die Änderungen durch G v. 15. 7. 2009 (BGBl. I S. 1798) treten erst mWv 1. 1. 2018 in Kraft und sind im Text noch nicht berücksichtigt. <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?words=GBO&btsearch.x=42&filter=&meinbeckonline.x=¤tSfcWithoutAbo=WORDS%3DKanzleiter+DNotZ+1994%2C+275-+283.%26BTSEARCH.X%3D42#FN1> (Online, 05.01.2011). ; Wolfgang, Brehm/Christian, Berger, Sachenrecht, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, s. 226.

¹² <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2Egll%2Egl2%2Ehtm#A> (Beck'scher Online Kommentar, 05.01.2011). ; Kanzleiter, dieselbe, Rn. 1- 2.; Ansgar, Staudinger, in: Reiner, Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 6. Auflage, Nomos Verlag, 2009, Buch 3, Abschnitt 3, BGB 925, Rn. 1- 9. ; Axel, Pfeifer, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sellier de Gruyter, 2004, Buch 3, Abschnitt 3, BGB 925, Vorbemerkungen zu §§ 925–928, 3- Auflassung.

Miteigentum¹³ am Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Grundstücksbestandteilen, entsprechend zur Anwendung auf Geschäfte sowie Wohnungs- und Teileigentum¹⁴.

Eine Auflassung ist nur beim Wechsel des Eigentümers erforderlich, womit ein Wechsel der Person des Rechtsträgers gemeint ist. Dies ist nicht der Fall, wenn sich nur die Rechtsform des Eigentums ändert wie unter anderem durch Änderung der Gesellschaftsform beim Übergang von der GbR zur OHG oder KG, von der OHG zur GbR oder bei Übergang von der OHG zur KG durch Umwandlung der Stellung eines persönlich Haftenden in die eines Kommanditisten oder bei der formwechselnden Umwandlung (§§ 190 bis 304 UmwG, s. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Anders als bei einer Vorgründungsgesellschaft vor der Gründung, die mit der in Aussicht genommenen Kapitalgesellschaft im Rechtssinne noch nichts zu tun hat, besteht eine Identität bereits zwischen der Vorgesellschaft bei GmbH und AG nach der Gründung und diesen Gesellschaftsformen nach der Eintragung im Handelsregister, so dass im Gründungsstadium nicht nur, was ebenfalls möglich ist, an die künftige GmbH oder AG, sondern auch an die Vorgesellschaft aufgelassen werden kann; die spätere Eintragung der inzwischen im Handelsregister eingetragenen GmbH oder AG in das Grundbuch ist nicht als Eigentumsumschreibung zu bezeichnen, sondern als eine Grundbuchberichtigung anzusehen. Dasselbe gilt auch im Verhältnis zwischen dem nicht rechtsfähigen Verein vor der Eintragung in das Vereinsregister und dem eingetragenen Verein danach. Der Eigentümer wird dabei ebenso wenig gewechselt, weswegen eine Auflassung, wie im Falle einer rechtlichen Zuordnung des Eigentums im Rahmen derselben rechtlichen Person anders geordnet, nicht erforderlich ist. Auf Grund der Tatsache, dass die juristische Person selbst Eigentümer ist, bedarf ein Gesellschafterwechsel bei der Kapitalgesellschaft in keinem Falle der Auflassung, auch wenn alle Gesellschaftsanteile gleichzeitig und von einer Person auf eine andere Person übergehen. Der Eigentümer wechselt

¹³ <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIII%2Eg11%2Eg1g%2Ehtm> (Beck'scher Online Kommentar, 05.01.2011).

¹⁴ Kanzleiter, dieselbe, Rn. 4- 5 . ; BGH: Zur Unterteilung von Sondereigentum, Deutsche Notar Zeitschrift, 1999, s. 661. ; BayObLG: Nr. 3 Ermächtigungen zur Umwandlung von Wohn/ in Teileigentum und von Sonder/ in Gemeinschaftseigentum durch Gemeinschaftsordnung, Deutsche Notar Zeitschrift (DNotZ), 1998, s. 379.

dagegen, wenn zwar dieselben Personen Eigentümer bleiben, jedoch in Form einer anderen rechtlichen Organisationsform, so bei einer Übertragung eines Grundstücks durch die Miteigentümer auf eine personengleiche Gesamthand, als Beispiele seien hier die Einbringung eines im Miteigentum der Gesellschafter stehenden Grundstückes in die Gesellschaft, die Überführung eines Gesellschaftsgrundstückes in das Miteigentum der Gesellschafter oder das Eigentum einer personengleichen anderen Personengesellschaft, erst recht bei Übertragung auf eine gesellschaftergleiche GmbH, oder bei Übertragung eines erbgemeinschaftlichen Grundstückes durch die Miterben auf eine aus ihnen zusammengesetzte Personengesellschaft, genannt¹⁵.

Der Auflassung bedarf es nur der Übertragung des Eigentums durch ein Rechtsgeschäft, nicht der ursprüngliche Eigentumserwerb auf Grund der Buchersitzung (BGB § 900 Abs. 1 S. 1) oder der Aneignung (BGB §§ 927 Abs. 2, 928 Abs. 1)¹⁶. Ebenso wenig ist ein Vorgang, der kraft Gesetzes zum

¹⁵ Kanzleiter, dieselbe, Rn. 6- 7 und die in Fußnote 1- 13 genannten BGH Entscheidungen: BGHZ 59, 179, 181 = NJW 1972, 1616; ebenso bei Übergang von der Vor-EWIV zur EWIV, Staudinger/Pfeifer RdNr. 51. ; RGZ 155, 75; KG JFG 12, 280; JW 1935, 1792; DR 1939, 1820; BayObLGZ 1950, 430.; KG KGJ 51, 181; falls sich die Firma ändert, wird nur der Name des Eigentümers berichtigt; anders bei Übergang zur KG durch Neueintritt eines Kommanditisten, dieser erwirbt kraft Gesetzes durch Anwachsung, hier Grundbuchberichtigung. ; BGH NJW 1984, 2164. ; BGHZ 20, 281 = NJW 1956, 946; BGHZ 45, 338, 348 f. = NJW 1966, 1311. ; BGH NJW 1973, 798; RG JW 1925, 1109; KG DR 1941, 1087; BayObLGZ 1979, 172; BayObLG DNotZ 1984, 567 für die künftige KG. ; Vgl. BGHZ 45, 338; 80, 129; 86, 122; 91, 148; BayObLGZ 1979, 172 = DNotZ 1979, 502. ; ZB bei einer öffentlichen Körperschaft ändert sich das Ressort, dem das Eigentum zusteht: Übergang von der Justiz- auf die Finanzverwaltung; oder das Eigentum soll einer Zweigniederlassung des Unternehmens zufallen; vgl. LG Freiburg BWNNotZ 1982, 66. ; RGZ 56, 96; 84, 112; zur Notwendigkeit der Auflassung bei Einbringung durch einen Gesellschafter – auch wenn dessen Einzelfirma durch die oHG weitergeführt wird – s. RGZ 56, 99; RG JW 1925, 1750. ; RGZ 65, 233; s. auch RGZ 57, 432; 89, 57. ; RGZ 136, 406; KG JFG 9, 6; bei Übertragung von einer GbR auf eine personengleiche andere OLG Hamm OLGZ 1983, 288 = MDR 1983, 933 = Rpfleger 1983, 432; bei Aufteilung einer GbR in verschiedene personengleiche GbRs BayObLGZ 1980, 299 = DNotZ 1981, 573. ; RGZ 74, 6, 9. ; BGHZ 92, 259, 263; KG JFG 21, 168; OLG Hamm DNotZ 1958, 416. ; Pfeifer, dieselbe, Rn. 51.

¹⁶ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 8. ; <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIII%2Eg13%2Ehtm> (Beck'scher Online Kommentar, 05.01.2011, Rn 17.). ; Schulze, dieselbe, Rn. 3- 5.

Übergang des Eigentums führt, als ein Rechtsgeschäft anzuerkennen. Zusätzlich ist keine Auflassung notwendig, wenn der Eigentumswechsel auf Grund einer Anwachsung erfolgt, wie zum Beispiel bei einem Wechsel von Gesellschaftern (auch allen¹⁷) einer Personengesellschaft, oder beim Ausscheiden aller anderen Gesellschafter unter Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch den letzten Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Das Gleiche gilt auch, wenn an die Personengesellschaft aufgelassen wurde und vor der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch ein Gesellschafterwechsel stattfindet, so etwa beim Beitritt eines weiteren Gesellschafter zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Auflassung und vor der Eigentums Umschreibung. Ohne Auflassung kraft Gesetzes wechselt das Grundeigentum auch bei der Verschmelzung oder Spaltung nach §§ 2 bis 189 UmwG, da dabei das betroffene Vermögen kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Rechtsträger übergeht (vgl. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 36, 131 Abs. 1 UmwG)¹⁸. „Die Auflassung ist zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums auch dann erforderlich, wenn der zu Grunde liegende schuldrechtliche Anspruch kraft Gesetzes oder auf Grund einer Verfügung des Todes wegen entstanden ist, wie unter anderem bei einer Auseinandersetzung des Gesamtguts nach Beendigung der Gütergemeinschaft oder bei einer Auseinandersetzung einer Gemeinschaft nach § 752 BGB oder auf Grund von § 667 BGB, also selbst nicht der Beurkundung nach § 311 Abs. 1 bedurfte. Nach § 1416 Abs. 1, 2 geht das Eigentum an Grundbesitz des Ehemannes oder der Ehefrau bei der Gütergemeinschaft kraft Gesetzes in das Gesamtgut über, ohne dass es einer

¹⁷ Kanzleiter, dieselbe, Rn. 8.; OLG Karlsruhe OLGRspr. 41, s. 200.; vergleichen: BGHZ 71, s. 296, 299.

¹⁸ Kanzleiter, dieselbe, Rn. 8- 9 und die Fussnote 1-4 genannten Referenzen: OLG Karlsruhe OLGRspr. 41, 200; vgl. BGHZ 71, 296, 299 f.: auch bei Übertragung aller Anteile auf einen einzigen Erwerber. RGZ 65, 227; 68, 410. S. § 738, RGZ 65, 227, 234; 68, 410 (dort S. 414 noch abweichend zur Rechtslage bei der GbR); zur GbR BGHZ 32, 307; BGH NJW 1966, 827 = LM HGB § 142 Nr. 15; NJW 1990, 1171; NZG 2000, 474; BayObLGZ 1983, 191 = Rpfleger 1983, 431 mZn. BayObLG DNotZ 1992, 155; aA LG Aachen Rpfleger 1987, 104 (m. krit. Anm. Schmitz-Valckenberg Rpfleger 1987, 300). Nach der Auffassung von der Teilrechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) versteht sich das von selbst.

rechtsgeschäftlichen Einzelübertragung bedürfte¹⁹. Nach § 1416 Abs. 1 S. 2 gilt dies ebenfalls für Gegenstände, die der Ehemann oder die Ehefrau während der Ehe erwerben. Auf Grund dieser Rechtsprechungen ist bei der Begründung der Gütergemeinschaft keine Auflassung einzelner Grundstücke erforderlich, da die Umschreibung auf die Ehegatten als Eigentümer zum Gesamtgut ihrer Gütergemeinschaft zwangsläufig als Grundbuchberichtigung erfolgt. Dies gilt ebenfalls wenn ein Ehegatte während der Ehe ein Grundstück erwirbt²⁰ und die Auflassung an sich alleine entgegennimmt, womit das Grundstück kraft Gesetzes in das Gesamtgut übergeht. Dabei erfolgt die Eintragung der Ehegatten als Nachweis nach § 22 GBO auf Antrag eines der beiden Ehegatten in einer regelmäßigen Kontinuität. Zwischeneintragen des erwerbenden Ehegatten sind weder notwendig noch zulässig. Nichts anderes gilt jedoch, wenn die beiden Ehegatten die Auflassung auf sich als gleichwertige Miteigentümer entgegennehmen. Auch hierbei fällt das Eigentum kraft Gesetzes in das Gesamtgut, die entsprechende Eintragung setzen nur ein Nachweis der Gesamtgutseigenschaft und ein Antrag voraus. Der Grundsatz, dass das Erwerbsverhältnis der Ehegatten in der Auflassung bestimmt bezeichnet werden muss, gilt hierbei deswegen nicht, da sich das Erwerbsverhältnis zwangsläufig aus dem Gesetz ergibt. Wird bei der Begründung der Gütergemeinschaft ein einem Ehegatten gehörendes Grundstück zu dessen Vorbehaltsgut erklärt, so bedarf es keiner Auflassung, da der Träger des Eigentums nicht wechselt. Dagegen verlangt die überWM bei späterer Erklärung eines Gesamtgutsgrundstücks zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten und bei Umwandlung eines Vorbehaltsgrundstücks in das Gesamtgut dessen Einzelübertragung, dies bedeutet eine Auflassung und Umschreibung. Korrekterweise geht jedoch in diesen beiden Fällen das Eigentum kraft Gesetzes über, im ersten Fall nach § 1418 und im zweiten nach § 1416. Die Eintragung in das Grundbuch ist eine Grundbuchberichtigung. Die Form des § 1410 erfüllt alle Zwecke des § 925 und genügt auch dem Erfordernis der Publizität. Bei Auseinandersetzung des Gesamtguts der beendeten Gütergemeinschaft oder fortgesetzten Gütergemeinschaft ist, wie bei der Auseinandersetzung anderer Gesamthandsgemeinschaften, eine Auflassung erforderlich. Bei einer Erbschaftsklärung geht durch die Erbfolge der Grundbesitz des Erblassers kraft Gesetzes auf seine Erben über (§ 1922 Abs. 1). Da das BGB das gemeinrechtliche Vindikationslegat nicht kennt, bedarf ein

¹⁹ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 9.

²⁰ BayObLGZ 1975, Heft 25, s. 209.

Grundstücksvermächtnis ebenso wie eine Teilungsanordnung, die ebenfalls keine dingliche Wirkung hat, der Erfüllung durch eine Auflassung und Eintragung. Bei der Erbteilsübertragung – auch beim gleichzeitigen Erwerb aller Anteile an einem Nachlass, der nur aus einem Grundstück besteht – vollzieht sich der Eigentumsübergang an den einzelnen Nachlassgegenständen, also bei Grundstücken ohne Auflassung und Eintragung, kraft Gesetzes. Dagegen ist der Erbschafts Kauf – soweit er nicht als ein Erbteils Kauf durch eine Erbteilsübertragung erfüllt wird - durch Einzelübertragung bei Grundbesitz durch eine Auflassung und Eintragung auszuführen. Im gleichen Maße bedarf die Erbaueinandersetzung wie die Auseinandersetzung anderer Gesamthandsgemeinschaften über den Grundbesitz der Auflassung und Umschreibung. Das öffentliche Recht kennt unterschiedliche Tatbestände des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes auf Grund des Verwaltungsaktes wie z.B. Enteignung, unmittelbar basierend auf die gesetzliche Norm oder auf einen besonderen spezialgesetzlichen Tatbestand. In allen diesen Fällen bedarf es keiner Auflassung, sondern der Erfüllung der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen (vgl. zB § 61 FlurbG; § 72 BauGB; § 83 BauGB; § 34 VermG). Kraft Staatsakt – ohne Auflassung – kann das Eigentum ebenfalls übergehen durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung gemäß § 90 ZVG. Trotz der kirchlichen Autonomie bedarf die Übertragung von Grundstückseigentum (soweit nicht aufgrund Art. 127 EGBGB eine landesrechtliche Ausnahme gilt) von einer kirchlichen Körperschaft auf eine andere (oder die Auseinandersetzung von Gesamthandseigentum mehrerer kirchlicher Körperschaften) der Auflassung und Eintragung, da sich der vermögensrechtliche Verkehr der Religionsgemeinschaften in den Formen des allgemeinen staatlichen Rechts vollzieht²¹.

C- FORM DER AUFLASSUNG

„Über die „zuständige Stelle“ bestimmt nach Art. 43 Abs. 1, 11 Abs. 4 EGBGB für in Deutschland gelegenen Grundstücke das deutsche Recht. Zuständig zur Entgegennahme der Auflassung sind seit der Änderung des § 925 BGB durch das BeurkG grundsätzlich nur noch die Notare²², nicht mehr

²¹ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 9- 13. ; Jauernig, dieselbe, Rn. 11. ; Schulze, dieselbe, Rn. 3- 5. ; <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIII%2Eg13%2Ehtm> (Beck'scher Online Kommentar, 05.01.2011, Rn. 17). ; Staudinger, dieselbe, Rn. 6.

²² Brehm/ Berger, dieselbe, s. 226. ; Wilhelm, dieselbe, s. 330.

Grundbuchämter und Amtsgerichte. Die hM nimmt zu Recht an, dass ein in Deutschland gelegenes Grundstück nur vor einem deutschen Notar aufgelassen werden kann. Dies beruht auf dem Zweck des § 925, die Schaffung einwandfreier und unzweideutiger Unterlagen als Grundlage für den Vollzug der Eigentumsumschreibung in das Grundbuch nach dem deutschen Recht zu gewährleisten. Es führt zu keiner ins Gewicht fallenden Erschwernis des internationalen Rechtsverkehrs: derjenige, der sich am Rechtsverkehr über deutsche Grundstücke beteiligt, muss sich regelmäßig zumindest vorübergehend in Deutschland aufhalten²³. Zudem ist die Auflassung auf Grund von einer im Ausland erteilter Vollmacht oder einer vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung im Ausland möglich. Zu diesem Zweck stehen die deutschen Konsularbeamten im Ausland zur Entgegennahme der Auflassung für deutsche Grundstücke wie für die Wahrnehmung anderer notarieller Funktionen zur Verfügung. Daneben kann die Auflassung auch in einem gerichtlichen Vergleich vor einem deutschen Gericht erklärt werden (§ 925 Abs. 1 S. 3). Str. ist, in welchem gerichtlichen Verfahren im Einzelnen die Auflassung in einem Vergleich abgegeben werden kann. „Der Begriff des gerichtlichen Vergleichs entspricht dem nach § 127 a. Die Auflassung kann daher vor allen Gerichten, insbesondere vor den allgemeinen und besonderen Zivilgerichten in Verfahren der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit, aber auch vor den Strafgerichten in Privatklage- oder Adhäsionsverfahren sowie vor den allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichten erklärt werden. Wird das Gericht im materiellen Sinne nicht in gerichtlicher Funktion, sondern in der Funktion einer Verwaltungsbehörde tätig, ist die Entgegennahme der Auflassung ausgeschlossen. Die Abgabe im gerichtlichen Vergleich wahrt nur die Form der Auflassung, ansonsten gelten auch für die Auflassung in einem gerichtlichen Vergleich die allgemeinen Grundsätze. Die Auflassung in einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan „gilt als in der vorgeschriebenen Form abgegeben“ (§§ 254 Abs. 1 S. 2, 248, 228 InsO; § 925 Abs. 1 S. 3 wurde durch Art. 33 EGIInsO v. 5. 10. 1994 entsprechend gefasst)²⁴.

²³ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 14.

²⁴ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 14- 15.

„Unterschiedlich ist die Bedeutung der Beurkundung. Beim gerichtlichen Vergleich ist sie nach hM Voraussetzung seines wirksamen Abschlusses“²⁵. „Dagegen ist bei einer Auflassung vor einem Notar oder einem Konsularbeamten eine Abgabe vor dem zuständigen Organ vorgeschrieben. Dies setzt voraus, dass das zuständige Organ in amtlicher Eigenschaft bei Abgabe der Auflassung zugegen und zu ihrer Entgegennahme bereit ist“²⁶. „Die Abgabe der Auflassung vor dem Notar führt nach §§ 8 ff. BeurkG zu ihrer Beurkundung. Eine öffentliche Beurkundung nur zum Nachweis der Auflassung, insbesondere gegenüber dem Grundbuchamt erforderlich, jedoch nicht Voraussetzung für deren Wirksamkeit“²⁷. „Unter den Zwecken der Beurkundung stehen bei § 925 BGB sowohl der Zweck der Beweissicherung als auch der der Gültigkeitsgewähr im Vordergrund, der Schutzzweck jedoch im Hintergrund (im Übrigen wird der Schutzzweck durch die Beurkundung der Auflassung selbst erfüllt). Auf Grund dessen bedarf nur die Auflassung selbst der Form des § 925, jedoch die mit ihr verbundenen Rechtsgeschäfte bedürfen dieser Form (die mittelbar zur Beurkundung führt) nicht. Das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit des Veräußerers und des Erwerbers schließt die sukzessive Beurkundung durch Angebot und Annahme aus. Da keine persönliche Anwesenheit vorgeschrieben ist, ist die Abgabe der Auflassung auf Grund – materiellrechtlich formloser (§ 167 Abs. 2)– Vollmacht oder die – ebenfalls materiellrechtlich formlose– nachträgliche Genehmigung der Auflassung eines Nichtberechtigten, auf beiden Seiten, durch den Berechtigten zulässig. Dem Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit ist dagegen nicht genügt, wenn der

²⁵ OLG Celle: Nicht protokollierter Vergleich als zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1965, Heft 42, s. 1970. ; Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 16.

²⁶ RGZ 132, 406, 409; BGHZ 7, 64; vgl. BayObLGZ 1984, 141 = DNotZ 1985, 217 zur Zuziehung eines Zeugen. Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 16.

²⁷ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 16, Fussnote 6: RGZ 99, 65; 132, 408; BGHZ 22, 312, 315; BayObLG MitBayNot. 1998, 339, 340; OLG Celle MDR 1948, 258; OLG Rostock DNotZ 2007, 220; Hesse DR 1940, 1032; aA KG KGJ 51, 142 mzN und ausf. Begr.; aA neuestens mit beachtlichen Argumenten, letztlich aber gegenüber einer gesicherten Auffassung, die sich auch auf den Wortlaut des Gesetzes stützen kann, nicht überzeugend Pajunk aaO S. 77 ff., Ergebnis S. 210; dagegen Kanzleiter DNotZ 2007, 222. Deshalb ist auch die Auflassung vor einem Notar wirksam, der von ihrer Beurkundung nach §§ 6, 7 BeurkG ausgeschlossen ist, BGHZ 22, 312, 315.

Vertreter des Auflassungsempfängers im Namen einer nicht bestimmbar, von ihm erst noch zu benennenden Person handelt. Die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile ist auf Grund der Sachlage ausgeschlossen und daher trotz § 925 nicht erforderlich, wenn die Erklärung eines Vertragsteils durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ersetzt wurde (§ 894 ZPO)²⁸.

„Sowohl aus der Wahl des Wortes „erklären“ in § 925 sowie aus der vorgeschriebenen Form wird geschlossen, dass die Auflassung nur „mündlich“ erklärt werden könne, Stillschweigen nicht genüge, oder „ausdrücklich“ erklärt werden müsse. Beides kann dem Gesetz jedoch nicht entnommen werden: der Begriff des „Erklärens“ meint nichts anderes als die Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung im allgemeinen Sinne. Daher kann die Auflassung auch durch die Übergabe einer entsprechenden Schrift oder durch die Genehmigung – oder das Unterlassen von Widerspruch – und die Mitunterzeichnung der vom anderen Teil abgegebenen Auflassungserklärung erklärt werden. Ebenso kann das Gebot „ausdrücklicher“ Erklärung dem § 925 so wenig wie anderen Formvorschriften entnommen werden“²⁹.

D- INHALT DER AUFLASSUNG

1-Einigung über den Eigentumsübergang:

„Die Auflassung muss inhaltlich die einander entsprechenden Erklärungen beider Vertragsteile enthalten, das bedeutet dass sie sich über den Übergang des Eigentums vom Veräußerer auf den Erwerber einig sind. Erforderlich ist der in den Erklärungen zum Ausdruck kommende Wille zur Übertragung und zum Erwerb. Die Auflassungserklärungen sind auslegungsfähig. Am buchstäblichen Sinne des Wortlautes darf daher nicht gehaftet werden“³⁰. „Für die Auslegung sind der Wortlaut und der Sinn der Erklärungen maßgebend, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als

²⁸ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 16- 19. ; Pfeifer, dieselbe, Rn. 82. ; Kanzleiter, DNotZ 1994, s. 275, 283. ; Kurt, Schellhammer, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, 2009, s. 133.

²⁹ Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 20.

³⁰ Gleiche mit: BayObLGZ 1977, s. 189, 191; BayObLG DNotZ 1995, s. 56, 57 f.: [http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIV%2Eg1%2Egla%2Ehtm RGZ 152, 189, 192 \(Online, 05.01.2011\).](http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIV%2Eg1%2Egla%2Ehtm RGZ 152, 189, 192 (Online, 05.01.2011).)

nächstliegende Bedeutung der Erklärung eröffnet³¹. „Erwerben mehrere Personen das Eigentum eines Grundstückes, so muss genau feststehen, welche konkrete Art von Eigentum sie erhalten und welche Rechtsposition im Einzelnen ihnen eingeräumt wird³²“.

2. Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze:

„Die Regeln über Auslegung, Dissens und Irrtum gelten auch für die Auflassung. Glaubt ein Alleinberechtigter nur Mitberechtigter zu sein, so erstreckt sich seine Auflassung auf sein tatsächlich bestehendes Recht am Grundstück, da er dieses zugunsten des Erwerbers aufgeben will. Eine Grundstücksauflassung kann nicht in die Auflassung eines ideellen Bruchteils ausgelegt oder umgedeutet werden³³“.

3. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs 2):

„Die bedingte (§ 158) oder unter einer Zeitbestimmung stehende (Befristung, § 163) Auflassung ist unwirksam und eine Heilung ausgeschlossen³⁴. Dies entspricht dem Interesse der Rechtssicherheit des Grundstücksverkehrs. Die Auflassung soll eine zuverlässige und rechtssichere Grundlage für die Grundbucheintragung sein, dies bedeutet dass sie die

³¹ BayObLGZ 1977, 189, 191. ; Kanzleiter, dieselbe, Rn. 21. ; Gleiche mit: <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIIV%2Eg11%2Egla%2Ehtm> (Online, 05.01.2011)., Grün, Beck'scher Online Kommentar, Rn. 30.

³² Gleiche mit: Kanzleiter, dieselbe, Rn. 22- 23. ; BayObLGZ 1983, 118, 119, 122; OLG Köln Rpfleger 1980, 16, 17; vgl BGHZ 82, 346 = NJW 1982, 1097; Pfeifer, dieselbe, Rn 54. ; Gleiche mit: <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIIV%2Eg11%2Egla%2Ehtm> (Online, 05.01.2011)., Grün, Beck'scher Online Kommentar, Rn. 30.

³³ Gleiche mit: <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIIV%2Eg12%2Ehtm#A> (Online, 05.01.2011). Grün, Beck'scher Online Kommentar, Rn. 31.

³⁴ Gleiche mit und die genannte Referenzen: <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIIV%2Eg13%2Egla%2Ehtm#A> (Online, 05.01.2011) : OLG Düsseldorf JMBI NRW 1957, 160, 161; OLG Colmar OLGRspr 5, 251 f; vgl BGH LM 1953 (alte Serie) Nr 3; Pfeifer, dieselbe, Rn. 93).

materielle Richtigkeit der Eintragung verbürgen soll. Damit verträgt sich ein mittels Bedingung oder Befristung gewillkürter Schwebezustand jedoch nicht. Ein bedingter oder befristeter Eigentumsübergang darf nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Ein Eigentumsvorbehalt im Immobiliarsachenrecht ist daher nicht möglich³⁵.

E- WIRKUNGEN DER AUFLASSUNG

„Die Auflassung allein bewirkt noch nicht den Übergang des Eigentums. Vielmehr bedarf es hierzu noch der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Auflassung und Eintragung bilden zusammen die „Verfügung“³⁶. Für den Eigentumsübergang ist die Reihenfolge von Auflassung und Eintragung gleichgültig. Beide müssen jedoch inhaltlich übereinstimmen und zeitgleich bei dem Eintritt des letzten Teiltatbestandes vorliegen³⁷“.

„Die Auflassung als solche verschafft dem Auflassungsempfänger selbst nach Eintritt der Bindung noch keine gesicherte Rechtsposition, denn sie bewirkt weder eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers noch schützt sie den Erwerber vor einem zwischenzeitlichen Verlust der notwendigen Verfügungsbefugnis des Veräußerers vor Vollendung des Rechtserwerbs. Die bloße Auflassung ist kein Recht zum Besitz. Die Rechtsposition des bloßen Auflassungsempfängers kann nach überwiegender Rechtsauffassung nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden, da ihr die einem dinglichen Recht vergleichbare Verfestigung fehlt. Dennoch verstärkt die Auflassung bereits die Aussicht des Empfängers auf Rechtserwerb. Sie ermöglicht es letzterem regelmäßig, seine Eintragung als Eigentümer im

³⁵ Gleichemit: <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIV%2Eg13%2Egla%2Ehtm#A> (Online, 05.01.2011, Grün, Beck'scher Online Kommentar, Rn. 32).

³⁶ Gleiche mit: <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIV%2Eg11%2Ehtm> (Online, 05.01.2011) ; RGZ 113, s. 403, 406.

³⁷ Gleiche mit: <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIV%2Eg11%2Ehtm> (Online, 05.01.2011) ; BayObLGZ 1954, s. 141, 146.

Grundbuch durch das Stellen des grundbuchverfahrensrechtlichen Umschreibungsantrags zu erreichen. Die zur Rechtsänderung an Grundstücken erforderliche dingliche Einigung ist grds einseitig frei widerruflich. Eine Bindung an die Einigung tritt allgemein erst unter den Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 ein³⁸“.

³⁸ Pfeifer, dieselbe, Rn. 111. ; Kanzleiter, dieselbe, Rn. 32. ; Grün, Beck'scher Online Kommentar, Rn. 36- 49. ;
Gleiche mit: <http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOK%5FZivR%5F18%2FBGB%2Fcont%2Fbeckok%2EBGB%2Ep925%2EgIV%2Egl2%2Ehtm#A> (Online, 05.01.2011). ;

SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİN ÖDENMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

*Dr. Sema AYDIN**

I. Giriş

Sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden dolayı sorumluluğun kime ait olacağı hukukumuzda önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu konuda yürürlükteki Ticaret Kanunu'muzun 724. maddesinde¹ yer alan düzenleme çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. İlgili maddede; "Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun" hükmü yer almaktadır. Söz konusu madde, bu tür bir çekin ödenmesiyle ortaya çıkacak zarara, sahtelik veya tahrifat fiilini bizzat gerçekleştiren fail dışındaki kişilerden kimin katlanacağını ortaya koymaktadır. TTK. m.724 burada keşidecinin herhangi bir kusuru bulunmadıkça, ekonomik yönden keşideciden daha güçlü konumda olan ve sahtelik ve tahrifat hallerini anlama olasılığı daha yüksek bulunan bankaları sorumlu tutmuştur.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ İlgili düzenleme TTK Tasarısı 812. maddede dili güncellenerek aynen alınmıştır. "Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun." (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı halen TBMM Genel Kurulu'nda bulunmaktadır. Tasarı'nın Başbakanlığa sevk tarihi: 22.06.2005, TBMM'ye sevk tarihi: 09.11.2005'dir. Tasarı, 26 Kasım 2008 tarihinden itibaren TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmeye başlanmıştır. Tasarı metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmgk/ttk.pdf>).

II. Sorumluluğun Şartları

1. Sahte ve Tahrif Edilmiş Bir Çekin Bulunması

TTK. m.724'ün uygulanabilmesi için öncelikle ortada sahte veya tahrif edilmiş bir çek bulunması gereklidir². Sahte ve tahrif edilmiş çek ibaresi, şekil bakımından çekteki tüm sahtelikleri ve tahrifatı kapsayan bir madde olarak kabul edilmektedir³. Sahtelik, çek üzerinde bir kimseye aitmiş gibi görünen imza ve beyanların gerçekte o kimseye ait olmaması durumunu ifade etmektedir. Çek üzerinde tahrifat ise; çek üzerinde mevcut bulunan bazı imza ve beyanların kazınarak ya da benzeri usullerle hukuka aykırı bir şekilde ilgililerin muvafakatini almaksızın⁴ değiştirilmesini ifade eder⁵.

2. Muhatap Bankanın Ödemede Bulunması

TTK. m.724'ün uygulanabilmesi için sahte veya tahrif edilmiş çek bankanın tarafından ödenmiş olması gerekir⁶. Bu husus, maddede yer alan "...çeki ödemiş olmasından doğan zarar..." ifadesinden anlaşılmaktadır. Ödeme kavramı, TTK. m.717⁷ anlamında hamilin hesabına nakil işlemi de içerir⁸. Muhatap banka, ilk etapta başka bir sebeple sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemekten kaçınmış ve hamilin açtığı bir dava sebebiyle mahkeme kararı üzerine ödeme yapmak zorunda kalmış olsa bile, bu, durumda bir

² "Çekte sahtelik ve tahrifat halleri"ne ilişkin ayrıntılı açıklamalara makalenin III numaralı başlığında yer verilmiştir.

³ Nurkut İNAN, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara, 1981, s. 118.

⁴ Çek üzerinde keşideci tarafından yapılan değişiklikler ve tüm hak ve borç sahiplerinin muvafakati ile yapılan değişiklikler tahrifat sayılmayacaktır (Ömer TEOMAN, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I., Hukuki Mütalaalar, I. Kitap, 1989-1991, İstanbul, 1992, s. 22).

⁵ KALPSÜZ (EREM/ÇELEBİCAN), İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 2. Bası, Ankara, 1974, s. 138.

⁶ Yargıtay 11.HD., 26.03.1998, E.1997/9677, K.1998/2201 sayılı kararında; çekin takas odası aracılığıyla tahsil edilmesinin bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Karar için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=17802> (Erişim Tarihi 24.06.2010).

⁷ TTK. m.717, f.1 ve f.2: "Bir çek keşidecisi veya hamili çekin yüz tarafına mailen enine doğru "Hesaba geçirilecektir" kaydını veya buna benzer bir tabiri yazarak çekin nakden ödenmesini menedebilir. Bu takdirde çek; muhatap tarafından ancak hesaba alacak kaydı, takas, hesap nakli suretiyle kayden ödenebilir. Bu kayıtlar ödeme yerine geçer. Hesaba geçirilecektir kaydının çizilmesi hükümsüzdür" şeklinde ifade edilmiştir. Bu madde Tasarı'nın 805. maddesine dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır.

⁸ Müge TEKİL, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1997, s. 84.

değişiklik yaratmaz ve yine TTK. m.724 hükmü uygulanır⁹. Bununla birlikte muhatap bankanın, hangi nedenle olursa olsun, yani sahtelik ve tahrifatı fark etmese de ödeme yapmayı reddetmesi halinde ise, TTK. m.724 uygulanmayacaktır. Nitekim Yargıtay bir kararında¹⁰, sahte imzalı çeki ödemeyip üzerine “karşılıksızdır” ibaresinin yazılması durumunda bankayı kusurlu saymışsa da, ödeme olmadığından TTK. m.724’ün uygulanmayacağını belirtmiştir. Böyle bir durumda çekin hamili, müracaat hakkını kullanarak keşideciye müracaat ederse, keşideci, hükümsüzlük defini ileri sürerek ödemede bulunmaz; ancak kendisine ait bir çeki karşılıksızdır kaydının konulması suretiyle ticari itibarı zedelendiği için muhatap bankayla arasındaki çek anlaşmasına dayanarak BK.m.96 uyarınca bankadan tazminat talep edilebilir¹¹. Bu halde banka, TTK. m.724’den farklı olarak sadece sahtelik veya tahrifatı fark etmemede kusuru varsa sorumlu tutulabilir.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından ödenmediği hallerde de ortada bir zarar vardır; ama bu zarara, TTK. m.724 uygulanmadığı için banka katlanmaz. Kimin katlanacağı ise, kambiyo ilişkisine dayanan müracaat hakkı kurallarına göre belirlenir¹².

3. Keşidecinin Zarara Uğraması

TTK. m.724 hükmü, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olmasından doğan zarara kimin katlanacağını düzenleyen bir maddedir. Maddenin ilk cümlesinde yer alan “*Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olacaktır*” ibaresi, muhatap bankanın sorumluluğunun, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden zarar

⁹ Maddenin uygulanabilmesi için muhatabın ödemeyi rızaen yapmış olması şart değildir (İNAN, s.133; TEKİL, s. 81).

¹⁰ Yargıtay 11. HD., 28.05.1979 tarih, 2576 E., 2828 K için bkz. (İNAN/KIVANÇ, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin Çeki İlişkin Kararları, 1979-1982, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.1, Ankara 1984, s.160).

¹¹ Aksi fikir için bkz. İNAN, s. 137’de, “muhatabın, ödeme yapmadığı böyle bir durumda keşideciye karşı sözleşmeden doğan bir sorumluluğunun söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Yazarın bu ifadesinden, haksız fiilden doğan bir sorumluluğun mümkün olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır. Ancak burada yazarın gözden kaçırdığı husus, muhatabın “karşılıksız” kaydını koymaması gereken bir çeki bu kaydı koyarak akdi bir ilişki içinde olduğu keşideciyi bu akdin kapsamına giren bir konuda zarara uğrattığıdır. Yani burada bir borç ihlali söz konusudur.” Bkz. Ali PASLI, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek, İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 7-8-9, s. 639.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz., İNAN, s. 133.

gören tüm ilgililere karşı düzenlenmiş olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Ancak hükmün devamında, muhatabın sorumluluktan kurtulması için sadece keşidecinin kusurundan söz edilmiş olması maddenin, keşideci ile muhatap arasındaki ilişkiyi düzenlediği, dolayısıyla sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı keşidecinin zarar görmesi halinde uygulanabilecek bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır¹³. Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olmasından dolayı keşideci iki kere ödeme ya da çekin üzerinde yazılı meblağdan fazla ödeme yapmak tehlikesi ile karşılaşabilir. Bu zarar, keşidecinin muhatap banka nezdindeki hesabından ödeme yapılması veya keşideci ile banka arasındaki kredi ilişkisine dayalı olarak keşideci hesabına borç yazılması suretiyle ortaya çıkabilir. Keşidecinin böyle bir zararı ortaya çıktığında, bu zarara kimin katlanacağı TTK. m.724 uyarınca çözüme bağlanacaktır.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı çekin meşru hamili alacağını elde edememe tehlikesiyle de karşılaşabilir. Bu durumda ortaya çıkan zarar, keşidecinin zararı olmayacağı için TTK. m.724 uygulanmayacak olsa bile, buradan muhatap bankanın lehdar veya hamillere karşı sorumlu olmayacağı sonucuna varmak da mümkün değildir. Muhatabın böyle bir çeki ödemiş olmasından dolayı meşru hamillere karşı sorumluluğu, kanaatimizce haksız fiil hükümlerine dayanan bir kusur sorumluluğudur. Zira muhatap ile keşideci dışındaki hiçbir çek ilgilisi arasında bir akdi ilişki olmadığı için, akdi sorumluluk söz konusu değildir. Çek hamilinin çek yaprağını iyi saklamaması, çekin çalınması ya da kaybı durumunda derhal keşideciyi haberdar etmemesi gibi sebeplerle kusurunun söz konusu olduğu durumlarda muhatabın zararı tazmin yükümlülüğü, BK. m.44 gereğince hamilin kusuru oranında hafifler¹⁴.

III. TTK.m.724'ün Uygulanması Açısından Çekte Sahtelik ve Tahrifat Halleri

TTK. m.724 gereğince sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı keşideciyi zarara uğratabilecek türdeki sahtelik veya tahrifat hallerinin neler olduğu önem taşımaktadır.

¹³ İNAN, s. 117.

¹⁴ TEKİL, s. 93.

1. Sahtelik Halleri

Sahtelik, çek üzerinde bir kimseye aitmiş gibi görünen imza ve beyanların gerçekte o kimseye ait olmaması durumunu ifade etmektedir¹⁵.

a. Keşidecinin İmzasında Sahtelik

Keşidecinin imzasının sahte olması halinde keşidecinin hesabından ödeme yapılması yönünde bir isteği, ödenmesi gereken bir borcu bulunmamasıyla birlikte çek üzerindeki sahte bir imza ile görünüşte bir durum yaratılması halidir. Böyle bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi durumunda ise, keşideci doğrudan doğruya zarar görecektir. Muhatap banka açısından, çek üzerinde imzası olan şahıslardan keşidecinin imzasının sahte olup olmadığını anlama olasılığı yüksektir. Zira keşideci ile muhatap banka arasındaki çek anlaşması sebebiyle, banka, çek üzerindeki imzanın keşideciye ait olup olmadığını karşılaştırma yapmak suretiyle tespit edebilecektir. Dolayısıyla bankanın, keşideci imzasının sahte olup olmadığını incelemekle yükümlü olduğu, bu incelemeyi gereği gibi yapmadığı hallerde kusurlu olduğu kabul edilmelidir¹⁶.

Burada temsil yetkisi olmaksızın veya temsil yetkisinin sınırlarını aşarak keşidecinin temsilcisi sıfatıyla çekin imzalanmış olması halinde muhatap banka tarafından ödeme yapılmış olması durumunda çekin sahteliği gerekçesi ile TTK. m.724'ün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi çeklere uygulanacak poliçe hükümlerini gösteren TTK. m.730'un¹⁷ 590. madde atfi ile olumsuz bir biçimde cevaplandırılabilir. Zira 590. maddeye¹⁸ göre, temsil

¹⁵ İsmail KAYAR, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 188'de "sahte çek", keşidecinin çek yazma iradesi olmamasına rağmen adına düzenlenmiş ve imzalanmış çek olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶ Yargıtay 11.HD., E.2004/12965, K.2005/10621 sayılı kararında, muhatap bankanın keşidecinin imzasını tahkik etmeden çek bedelini ödemesinde kusurlu olduğu belirtilmiştir.

¹⁷ TTK. m.730, TTK Tasarısı'nın 818. maddesinde dili güncellenerek aynen alınmıştır.

¹⁸ **TTK m.590 hükmü Tasarı'nın 678. maddesinde dili güncellenerek aynen alınmıştır. Yetkisiz imza başlıklı düzenleme "Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunduğu kabul edilen kişinin sahip bulunabileceği hakları haiz olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir" şeklinde kaleme alınmıştır.**

yetkisi olmadan ya da temsil yetkisini aşarak çeki imzalayan kişi, o çekten dolayı bizzat sorumlu olacaktır¹⁹.

b. Diğer İmzalarda Sahtelik

TTK. m.724'ün uygulanması bakımından sahteliğin keşideci imzasında veya çekteki diğer imzalarda olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan bu sahtelikten dolayı keşidecinin zarar görmesidir.

Çekin tedavülü imkânını sağlayan ciro imzalarının dışındaki imzaların sahteliği herhangi bir zarara yol açmaz²⁰. Örneğin avalistlere veya teyit beyanında bulunanlara ait imzalardaki sahteliğe rağmen çek tutarı muhatapça ödenirse, bu durumda esasen herhangi bir kimse nezdinde zarar doğmaz; keşidecinin ödeme iradesini bozan bir eylem söz konusu değildir²¹.

Ciro imzalarında bir sahtelik söz konusu ise, çekin, meşru hamilin elinde olmadığı anlaşılır. Bu durumda da eğer muhatap ödemedede bulunursa mutlaka bir zarar ortaya çıkar²². Burada önemli olan bu zararın kime ait olduğudur. Eğer keşideci bu ödemededen bir zarar görürse, TTK. m.724 uygulanır ve zarara muhatap katlanır. Keşidecinin zarar görmesi, aynı borcundan dolayı iki defa ödeme yapmak zorunda kalması halinde söz konusu olur. Keşidecinin kendi imzası dışındaki bir imzadaki sahtelikten ötürü iki defa ödeme yapması tek bir halde olanaklıdır; bu da lehdar imzasındaki sahtelik²³. Şöyle ki; keşideci, lehdar emrine düzenlediği çeki henüz

¹⁹ Yargıtay 11.HD., 21.11.2002, E.2002/5981, K. 2002/10711 sayılı kararında “*Dava, sahte veya tahrif edilmiş olduğu ileri sürülen bir çekin ödenmiş olmasından kaynaklanan zararın tazmini istemine ilişkindir. Çek'in muhatabı olan davalı banka, hiçbir aşamada, çekin sahteliğini veya tahrif edilmiş olduğunu kabul etmiş değildir. Davalı banka, dava konusu çekin, davacı şirketin yetkili temsilcisi N. O.'ın imzasını ve davacı şirketin kaşesini taşıdığını, öte yandan, TTK'nın 724'üncü maddesi uyarınca, çek defterini iyi saklamayan davacıya karşı bir sorumluluklarının bulunmadığını savunmuştur. Bu durum karşısında mahkemeye, öncelikle çekteki imzanın, çek keşide etmeye yetkili kişiye aidiyeti araştırılmak, sahteliği ortaya çıkarsa TTK'nın 724'üncü maddesi hükümleri gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken, hüküm tesisi doğru olmamıştır*” şeklinde görüş açıklamıştır. Karar için bkz. <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?425812-Sahte-veya-tahrif-edilmiş-çek> (Erişim Tarihi: 24.06.2010).

²⁰ İNAN, s. 119.

²¹ Ekrem TÖRÜNER, Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekarlık ve Tahrifat, ABD, 1980, S.1, s. 209.

²² İNAN, s. 120.

²³ TÖRÜNER, s. 209; İNAN, s. 121-122.

lehdara teslim etmeden önce çaldırır veya kaybetmiş olursa, ciranta imzalarını tahkik mecburiyeti ya da böyle bir imkânı olmayan banka çek bedelini ödediği takdirde, keşidecinin hesabından ilk ödeme yapılmış olur; daha sonra lehdar temel borç ilişkisi nedeniyle keşideciden alacağını talep ederse, keşideci ödeme yapmak zorunda kalacak ve iki kere aynı meblağın ödenmesi şeklinde bir zararla karşı karşıya kalacaktır. Sonuçta keşidecinin zarar görmesi durumu gerçekleştiği için TTK. m.724 uygulama alanı bulacaktır.

Çek üzerinde yer alan ciranta imzalarında bir sahtelik varsa, bu durumda muhatap bankanın bu imzaların geçerliliği yönünde bir araştırma yapması söz konusu olmayacaktır²⁴. Zira TTK'nın 713. maddesinde²⁵, muhatap bankanın çeki öderken düzgün bir ciro zinciri olup olmadığını incelemekle yükümlü olduğu, ciranta imzalarının gerçekliğini araştırma yükümlülüğünün bulunmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Lehdardan sonraki cirantaların imzalarının sahte olması halinde keşidecinin lehdar dışındaki çek ilgilileri ile arasında temel bir borç ilişkisi bulunmadığı için ikinci bir defa ödeme yapma ve dolayısıyla da zarar görme ihtimali yoktur. Bu sebeple de bu durumlarda TTK. m.724 uygulanmaz.

c. Beyanlarda Sahtelik

Çek üzerinde bulunan beyanlarda da sahtelik olasılığı bulunmaktadır. Keşidecinin zararını, dolayısıyla da TTK. m.724'ün uygulanmasını gerektirecek sahtelikler; “çek tutarı”, “lehdar ismi” ve tartışmalı olmakla birlikte “temsil” ile ilgili beyanlarda olanlardır. Diğer beyanlarda, örneğin aval ve teyit beyanlarında yapılan sahtelikler ise, keşidecinin zararına yol açmayacağı için bu madde kapsamına girmezler²⁶.

²⁴ Muhatap bankanın çek üzerindeki imzalar bakımından sorumluluğunun keşidecinin imzası ile sınırlı bir sorumluluk olduğunu; zira muhatapın keşideciyi tanıma zorunluluğu bulunmasına rağmen cirantaları tanımamasının imkânsız olduğu doktrinde belirtilmektedir. Bkz. Hayri **DOMANIÇ**, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV, İstanbul, 1990, s. 458; Seza **REİSOĞLU**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara, 2003, s. 362; aksi yönde görüş için bkz. **İNAN**, s. 117.

²⁵ TTK m. 713 dili güncellenerek aynen Tasarı'ya alınmıştır. 801. maddede yer alan düzenleme şu şekildedir: “Cirosu kabil bir çeki ödeyen muhatap, ciroların arasında düzenli bir teselsülün var olup olmadığını incelemekle yükümlü ise de, cirantaların imzalarının geçerliliğini incelemek zorunda değildir”.

²⁶ **PASLI**, s. 648; **TÖRÜNER**, s. 210.

Bazı durumlarda çek yapraklarının sadece keşidecinin imzası atılmış olarak, ama diğer yasal unsurları içermeksizin saklandıkları ve gerektiği zaman noksanları tamamlanarak tedavüle çıkarıldıkları görülmektedir. Bu tür bir çekin kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından herhangi bir biçimde ele geçirilerek, diğer unsurların sahte olarak tamamlanması ve bedelinin tahsili ile keşidecinin zarar görmesi mümkündür²⁷. Buna benzer bir durum olarak, unsurları açık bırakılan bir beyaz çekin keşideci tarafından imzalanarak lehdara verilmesi ve lehdarın anlaşma hilafına bu çeki doldurması veya kötü niyetli üçüncü bir kişinin bu beyaz çeki ele geçirek unsurlarını tamamlaması halinde de muhatap bankanın yaptığı ödeme ile keşidecinin zarar görmesi olasıdır.

2. Tahrifat Halleri

Çekte tahrifat, çekin unsurlarının, üzerindeki imza ve beyanların, ilgililerin tümünün rızası olmaksızın değiştirilmesi, silinmesi ve kazanmasını ifade eder²⁸. Buna karşılık metni yazan keşidecinin yaptığı değişiklikler ile başta keşideci olmak üzere tüm sorumluların muvafakatleri alınarak yapılan değişiklikler, tahrifat sayılmaz²⁹.

a. Çekteki İsimlerin Tahrifi

Çekteki isimlerin tahrifi, çeki hak sahibi olmayan kişinin kullanabilmesi amacıyla yapılır. Çekte bulunabilecek isimler; keşidecinin, lehdarın, cirantaların, aval verenlerin ve teyit edenlerin isimleridir³⁰. TTK. m.724 uyarınca keşidecinin zararına sebep olabilecek tahrifat halleri, keşidecinin ve lehdar ismi üzerinde yapılan tahrifat halleridir. Keşidecinin ismi tahrif edilerek, aynı banka şubesinde çek hesabı bulunan başka bir kimsenin adının yazılması ve çekin banka tarafından ödenmesi halinde hesabından ödeme yapılan kişinin zararı söz konusu olur. Bu zarara muhatap bankayla beraber asli fail sıfatıyla tahrifatı bizzat yapan ve çeki çaldırarak tahrife neden olan ilk hesap sahibinin katlanması gereken bir durum ortaya çıkar³¹. Tahrifat, lehdar ismi üzerinde gerçekleşmişse, sahtelik başlığında anlatıldığı gibi, burada da keşidecinin zarar görmesi, çekin lehdara teslim edilmeden önce

²⁷ TÖRÜNER, s. 210.

²⁸ KAYAR, s. 188'de; tahrif edilmiş çeki, "geçerli şekilde tedavüle çıkarıldıktan sonra keşidecinin izni ve bilgisi olmadan üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapılmış olan çek" olarak tanımlamaktadır.

²⁹ TEOMAN, s. 21.

³⁰ TÖRÜNER, s. 211.

³¹ TÖRÜNER, s. 212.

çalınmış veya kaybedilmiş olması sonucunda gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Çek tutarını gerçek hak sahibinden başkasının almasını sağlayan bir diğer yol da, çek metninde lehdarın isminin yanına “veya hamiline” ibaresi eklenmesidir³². Bu durumda çeki ele geçiren kimse, lehdarın ismini değiştirmeye gerek kalmaksızın TTK. m.697 gereğince hamiline hale getirdiği çek bedelini tahsil edebilir³³.

b. Çek Bedelinin Tahrifi

Keşidecinin çek bedeli üzerindeki iradesinden fazla bir bedeli tahsil etmek amacına dayalı olarak gerçekleştirilen bu tahrifat durumunu sadece çeki ele geçiren kötü niyetli bir kişi değil, çekin meşru hamili de yapabilir. Bedelde yapılan bu tahrifat durumu her zaman TTK. m.724'ün kapsamına girer. Çünkü tahrifatı kim yapmış olursa olsun böyle bir durumda keşidecinin zarar göreceği açıktır³⁴. Ancak tahrifattan önceki gerçek çek bedeli zarar kapsamı dışındadır.

c. Keşide Tarihinin, Keşide ve Ödeme Yerinin Tahrifi

Çekin keşide tarihi üzerinde tahrifat, özellikle, herhangi bir nedenle ibraz süresini geçiren hamil tarafından yapılmaktadır. Hamil, keşide tarihini değiştirerek öne almak suretiyle ibraz süresinin geçirilmediği görünümü yaratmayı, müracaat hakkını kazanmayı³⁵, hesapta para olması ihtimalinde bedeli tahsil etmeyi, aksi halde çeklerde baskı aracı olarak kullanılmayı sağlayan karşılıksız çek hükümlerinden yararlanmayı amaçlayabilir.

³² İNAN, S. 123-124.

³³ Madde 697'de “Çek: 1. “Emre yazılı” kaydıyla veya bu kayıt olmadan muayyen bir kimseye; 2. “Emre yazılı değildir” kaydıyla veya buna benzer bir kayıtlı muayyen bir kimseye; 3. Veya hamile; ödenmek üzere keşide edilebilir. Muayyen bir kimse lehine olarak veya “Hamiline” kelimesinin yahut buna benzer diğer bir tabirin ilavesiyle keşide kılınan çek, hamile yazılı bir çek sayılır. Kimin lehine keşide edildiği gösterilmemiş olan bir çek, hamile yazılı çek hükmündedir” düzenlemesi yer almaktadır. İlgili hüküm Tasarı'nın 785. maddesine dili güncellenerek aynen alınmıştır.

³⁴ İNAN, s. 124.

³⁵ Yargıtay 12.HD., 12.10.2006, 15352/18995 sayılı kararında, takibe dayanak yapılan çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığını dikkate alarak, çekin tahrifat sebebiyle süresinde bankaya ibraz edilmediğini kabul etmiştir. Karar için bkz. Erhan GÜNAY, Yargıtay Kararları Eşliğinde Kambiyo Takip Hakkı ve Ceza Hukuku Yönüyle Uygulamalı Çek Rehberi, Ankara, 2009, s. 72.

TTK. m.711/f.1'e göre³⁶; çekten cayma, ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade edebilecektir. Gerçekte ibraz süresi geçtiği için çekten cayabilecek olan keşidecinin, bu imkânı, keşide tarihi üzerinde tahrifat yapılarak etkisizleştirilecek ve ibraz süresinin geçmediği izlenimi yaratıldığı için banka TTK. m.711 gereğince caymayı kabul etmeyecek ve hamile ödemede bulunacaktır. Bu durumda gerçekte geçerli bir nedenle çekten cayabilme hakkı olan keşidecinin TTK. m.724 bağlamında bir zararı ortaya çıkacaktır³⁷.

TTK m.708'de yer alan ibraz süreleri³⁸, çekin keşide ve ödeme yerine göre belirlendiği için çekin hamili, keşide yeri ve ödeme yeri üzerinde

³⁶ TTK.m. 711: “Çekten cayma, ancak ibraz müddeti geçtikten sonra hüküm ifade eder. Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz müddetinin geçmesinden sonra dahi çeki ödeyebilir” hükmünü içermektedir. Söz konusu hüküm Tasarı'nın 799. maddesine dili güncellenerek alınmıştır. 18/02/2009 tarih ve 5838 sayılı Kanununun 32. madde düzenlemesiyle yürürlükten kaldırılan “ödemeden men'e ilişkin 3. fıkra hükmü”ne yer verilmemiştir.

³⁷ **TEKİL**, s. 83; **İNAN**, s. 124; **TÖRÜNER**, s. 212.

³⁸ TTK.m.708'de çekin ibraz sürelerine ilişkin; “Bir çek, keşide edildiği yerde ödenecekse on gün; keşide edildiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Ödeneceği memleketten başka bir memlekette keşide edilen çek, keşide yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu bakımdan, bir Avrupa memleketinde çekilip ve Akdeniz'de sahili bulunan bir memlekette ödenecek olan ve bilmukabele Akdeniz'de sahili olan bir memlekette çekilip bir Avrupa memleketinde ödenmesi lazım gelen çekler aynı kıtada keşide edilmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır. Yukarıda yazılı müddetler, çekte keşide günü olarak gösterilen tarihten itibaren işler” hükmü yer almaktadır. Ancak söz konusu hüküm mevcut TTK. m.729 ile uyumsuzluk göstermekte ve bu durum doktrinde, ibraz sürelerinin hesaplanması ile ilgili görüş ayrılıklarına yol açmaktadır. Bazı yazarlar çekin ibraz sürelerinin çekin üzerinde yazılı bulunan keşide tarihinden itibaren başlaması gerektiğini belirtirken; kimi yazarlar ise, söz konusu sürenin TTK m.729 gereğince ertesi gün başlaması gerekeceğini belirtmişlerdir (bu konuda TTK. m.729'un uygulanması gerektiği yönünde görüşler için bkz. Yaşar **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler Kambiyo Senetleri, Ankara 1970, s. 291; Reha **POROY/Ünal TEKİNALP**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 19. Bası, İstanbul, 2010, s. 262; Fırat **ÖZTAN**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2009, s. 279; TTK. m.708'in uygulanması gerektiği yönündeki aksi görüşler için bkz. Ömer **TEOMAN**, “Çekte İbrahim Sürelerinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi,” Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 426 vd.; Abuzer **KENDİGELEN**, “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı”, İBD, 1990, C.64, S.7-8-9, s. 591; Şafak **NARBAY**, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul, 1996, s.29;

tahrifat yaparak ibraz süresini uzatabilir. Bu durumda keşide tarihinin tahrifi ile aynı sonuçları doğurur.

d. Çekteki Çizgilerin ve Mahsup Kaydının Tahrifi

TTK. m.715/5 ve 717/2'ye göre; çek üzerindeki çizgilerin ve hesaba geçirilecektir kayıtlarının silinmesi hükümsüzdür³⁹. Bu hususlar üzerinde

TEKİL, s. 57.) Nitekim bu konu mevcut yasada değişiklik yapan TTK Tasarısı'nın madde gerekçelerinde de belirtilmiştir. Tasarı'nın 796. maddesi ile mevcut yasanın 708. maddesi dili güncellenmiş, ancak hüküm, mevcut yasanın 729. maddesinde yer alan düzenleme ile uyumlu hale getirilmiştir. Tasarı'nın 796.maddesine göre; *"Bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. İbraz süreleri, çekin düzenlendiğinin ertesi günü başlar"* hükmü getirilmiştir. Mevcut yasanın 729. maddesi ise, dili güncellenerek Tasarı'nın 817. maddesine aynen aktarılmıştır. Bu konuda bkz. Şafak **NARBAY**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz" Prof.Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı, s. 213.

³⁹ TTK.m. 715'e göre; *"Bir çekin keşidecisi veya hamili, onu, 716'ncı maddede gösterilen neticeleri doğurmak üzere çizebilir. Çekin çizilmesi, çekin iç yüzünü birbirine muvazi iki çizgi çekmek suretiyle yapılır. Çek, umumi veya hususi olarak çizilebilir. İki çizgi arasına hiçbir işaret konmamış veya "Banka" kelimesi veya buna benzer bir tabir konmuş ise çek, umumi olarak çizilmiştir. Eğer iki çizgi arasına muayyen bir bankanın adı yazılmış ise, çek, hususi olarak çizilmiş demektir. Umumi çizgi, hususi çizgiye tahvil olunabilir; fakat hususi çizgi umumi bir çizgiye tahvil olunamaz. Çizgilerin veya zikredilen banka adının silinmesi, hükümsüz sayılır."* İlgili hüküm TTK Tasarısı'nın 803. maddesine dili güncellenerek aynen aktarılmıştır. Çizgili çekin hükümleri mevcut TTK. m.716'da düzenlenmiştir. Buna göre; *"Umumi olarak çizilen bir çek, muhatap tarafından ancak bir bankaya veya muhatabın bir müşterisine ödenebilir. Hususi olarak çizilen bir çek, muhatap tarafından ancak adı gösterilen bankaya veya bu banka muhatap ise onun müşterisine ödenebilir. Şu kadar ki; adı gösterilen banka, bedelin tahsili işini diğer bir bankaya bırakabilir. Bir banka, çizgili bir çeki, ancak müşterilerinden veya diğer bir bankadan iktisabedebilir. Kezalik onu, sözü geçen kimselerden başkaları hesabına tahsil edemez. Çek, birden fazla hususi olarak çizilmiş ise muhatabın bu çeki ödemeye mezu olması için çekin ikiden fazla çizilmemiş olması ve çizgilerden birinin, çekin bir takas odası tarafından tahsil edilebilmesi maksadı ile yapılmış olması şarttır. Yukarıdaki hükümlere muhalif hareket eden muhatap veya banka, çek bedelini aşmamak üzere, hasıl olan zarardan mesuldür."* İlgili hüküm TTK Tasarı'nın 804. maddesine dili güncellenerek aynen aktarılmıştır. Mevcut TTK. m. 717'e göre; *"Bir çekin keşidecisi veya hamili çekin yüz tarafına mailen enine doğru "Hesaba geçirilecektir" kaydını veya*

tahrifat yapılarak anlaşılacak hale getirilirse ve bu çeki muhatap banka normal bir çek gibi, yani çizgili çek ya da mahsup kaydı taşıyan bir çek olduğunu anlamadan ödeme yaparsa TTK. m.716/5 ve 717/3 gereğince çek bedelini aşmamak üzere oluşan zarardan sorumlu olur.

IV. Sorumluluğun Niteliği

1. Genel Olarak

Sahte ve tahrif edilmiş bir çekten dolayı asıl sorumlu olan kişi, sahtelik ve tahrifat halini bizzat yaratan kişidir. Sahte ve tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesinden sonra zarara uğrayan keşideci, çekte sahtelik ve tahrifat durumunu yaratan bu kişiye genel hükümlere dayanarak başvurulabilir. Bu durumda sorumluluğun dayanağı, BK. m.41 gereğince haksız fiildir. Öyleyse TTK. m.724, çekte sahtelik ve tahrifat fiilini gerçekleştirerek bir zarara yol açan asıl fail dışındaki kişilerden hangisinin zararı üstleneceğini belirten bir hükümdür. Burada üzerinde durulması gereken nokta, TTK. m.724'ün sadece “asıl failin bulunamadığı” durumlarda mı uygulanacak bir hüküm olduğu, yoksa “asıl failin bulunduğu durumlarda” da ayrıca uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığıdır⁴⁰. Keşidecinin, sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı uğradığı zarardan, aşağıda da açıklanacağı üzere, asıl fail “haksız fiil hükümleri”ne göre, muhatap banka ise, TTK. m.724 gereğince “kanundan ötürü kusursuz sorumluluk ilkesi”ne göre sorumlu olacaktır. Yargıtay, asıl failin bulunduğu durumlarda dahi keşidecinin uğradığı zararın tamamını muhatap bankadan talep edebileceğini belirtmektedir⁴¹.

buna benzer bir tabiri yazarak çekin nakten ödenmesini menedebilir. Bu takdirde çek; muhatap tarafından ancak hesaba alacak kaydı, takas, hesap nakli suretiyle kayden ödenebilir. Bu kayıtlar ödeme yerine geçer. "Hesaba geçirilecektir" kaydının çizilmesi hükümsüzdür. Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket eden muhatap, çekin bedelini aşmamak üzere hasıl olan zarardan mesuldür” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm TTK Tasarısı'nın 805. maddesine dili güncellenerek aynen aktarılmıştır.

⁴⁰ İNAN, s. 122.

⁴¹ Yargıtay 11.HD.21.02.1991 Tarih, 9256 E., 1139 sayılı kararı için bkz. Erdoğan MOROĞLU, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1999, s. 512.

2. Muhatap Bankanın Sorumluluğu

a. Muhatap Bankanın Kusursuz Sorumluluğu

Sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi sebebiyle muhatap bankanın sorumluluğunu, doktrin⁴² ve Yargıtay⁴³, “kanundan doğan” ve “kusursuz bir sorumluluk” olarak nitelendirmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında⁴⁴ banka, sahtelik ve tahrifat halini iğfal kabiliyeti nedeniyle fark etmemiş bile olsa, sırf ödemeyi yapmış olmak sebebiyle ortaya çıkan zarardan keşideciye karşı sorumlu kabul edilmiştir. Uygulamada, muhatap bankanın sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödemesi neticesinde keşideci, uğradığı zarar için dava açmaktadır; keşideci böyle bir durumda sadece sahtelik ve tahrifat fiilini ispat edecek, uğradığı zararı ispat etmek zorunda kalmayacaktır; zira keşidecinin çek tutarı kadar zarar gördüğü karinesi mevcuttur⁴⁵. Banka, oluşan neticeden kusuru olmasa da sorumlu olduğu için, sorumluluğu netice sorumluluğu şeklinde görülmektedir ve bankanın kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Muhatap bankanın sorumluluktan kurtulması için keşidecinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Keşidecinin kusurunun varlığı halinde muhatap bankanın sorumluluğu, keşidecinin

⁴² İNAN, s.126; Celal GÖLE, Çek Hukuku, Ankara, 1989, s. 151-152; KALPSÜZ (EREM/ÇELEBİCAN), s. 139; POROY/TEKİNALP, s. 291; Hasan PULAŞLI, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2009, s. 260; KAYAR, s. 189; PASLI, s. 655.

⁴³ Yargıtay 11.HD.15.04.1982 tarih, 1270 E., 1728 Kararı için bkz. Hulusi GÜRBÜZ, Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul, 1989, s. 850; Yargıtay 11.HD., 07.02.2002, E.2001/8539, K.2002/954 sayılı kararında; ödeme yapan bankanın kusursuz da olsa sorumlu olduğunu, tahrif edilmiş çekin muhatap bankanın başka bir şubesine ibraz edilmiş olmasının sorumluluğa etki etmeyeceğini belirtmiştir. Karar için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=17802>; Yargıtay 11.HD., E. 2004/12965, K.2005/10621 sayılı kararı için bkz. Uyarı Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim Tarihi: 24.06.2010); 11.HD., 23.03.1989, E.88/4314, K.89/1859. Karar için bkz. YKD., C.16, S.4, s. 565-566; Yargıtay 11.HD., 21.02.1991, E.9256, K.1139 sayılı kararı için bkz. Gönen ERİŞ, Açıklamalı, İçtihatlı, Uygulamalı Çek Kanunu, Genişletilmiş-Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2004, s. 158.

⁴⁴ Yargıtay HGK. 15.06.1994 tarih, E. 178, K.398. Karar için bkz. YKD, Y. 1995, S.4, s. 533 (kararda sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden muhatap bankanın sorumlu olacağı hükme bağlanmış, ancak sahteliğin inandırıcı olup olmadığı, iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı kanuni unsurlar arasında sayılmamıştır).

⁴⁵ İNAN, s.127.

kusuru oranında kısmen ya da tamamen ortadan kalkabilecektir⁴⁶. Dolayısıyla keşidecinin kusurunun varlığı halinde ortaya çıkan zarara kimin katlanacağı keşideci ve muhatap banka kusurlarının belirlenmesi ile saptanacaktır. Buradan çıkan sonuç, keşidecinin kusurunun varlığı halinde muhatap bankanın kusuru da önem kazanacak, ancak keşidecinin bir kusuru söz konusu olmayan durumlarda bankanın bir kusurunun olup olmadığı araştırılmayacak ve banka kusursuz bile olsa ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır⁴⁷.

b. Muhatap Bankanın Kusurlu Olduğu Haller

TTK. m.724 açısından keşidecinin kusurunun varlığı halinde muhatap bankanın kusurlu olup olmadığı önem taşımaktadır. Keşidecinin kusuru yanında muhatapın da herhangi bir kusuru söz konusu ise, her iki tarafın kusur oranına göre sorumluluk miktarı tayin edilecektir. Keşidecinin kusuru söz konusu olduğu halde muhatapın kusuru söz konusu edilemiyorsa, söz konusu zarara keşideci katlanacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere, muhatap bankanın kusursuz bile olsa sorumlu olduğu durum, sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı keşideciye herhangi bir kusurun atfedilemeyeceği hallerdir. Bankalar her zaman anonim ortaklık şeklinde kurulmak zorunda olduğu için tacir sıfatını taşırlar ve tacir sıfatının gerektirdiği basiretli tacir gibi davranmak yükümlülüğü altındadırlar (TTK m.20, f.2). Dolayısıyla muhatap bankanın özen ölçüsü keşideciye nazaran daha ağır bir kıstasa bağlanmaktadır.

Muhatabın kusurlu olduğu hallerin başında “çekteki imzanın keşideciye ait olup olmadığının incelenmemiş olması”, “sahtelik ve tahrifat ilk bakışta anlaşılabilir olmasına rağmen ödeme yapılmış olması” gelmektedir. “Sahte imzalı bir çek ibraz olduğunda, çek hesabında para yokken çek hesabı dışında başka bir hesaptan ödeme yapmak⁴⁸”, “keşidecinin çek defterini kaybettiğini zamanında bildirmesine rağmen bunu diğer şubelerine derhal bildirmeyerek çekin ödenmesine sebebiyet vermek”, “keşideciye göndermesi

⁴⁶ 11.HD., 18.06.1991, E.9199, K. 4147. Karar için bkz. Gönen **ERİŞ**, Uygulamalı Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2003 (Çek Hukuku), s. 158.

⁴⁷ **PULAŞLI**, s. 260; **ERİŞ**, Çek Hukuku, s. 282; **İNAN/KIVANÇ**, s. 161’de, sahte ve tahrif edilmiş çeklere ilişkin olarak uygulamada genellikle tarafların kusurunun araştırmakta olduğunu ve çoğu zaman da taraflar az ya da çok kusurlu bulunduğu için kusursuz sorumluluk esasının bu açıdan büyük bir önem taşımamakta olduğunu belirtmektedirler.

⁴⁸ Yargıtay 11.HD. 28.05.1979, E. 2576, K. 2828. Karar için bkz. **İNAN/KIVANÇ**, s. 160.

gereken ekstreleri zamanında göndermeyerek hesabından ödeme yapıldığını öğrenmesine olanak tanımamak⁴⁹”, “çift imzayla temsil edilmesi gereken bir anonim ortaklığın çekinin üzerinde tek imza bulunmasına rağmen ödemek⁵⁰” gibi hususlar çeşitli Yargıtay kararlarında muhatabın kusurlu sayıldığı haller olarak kabul edilmiştir. “Hamilin hak sahipliği konusunda ciddi şüpheler varsa”, “çekin keşide tarihi dikkat çekecek kadar eski ise” ya da “belli bir müşteriyle olan ilişkilerde o ana kadar hiç rastlanılmayan ölçüde yüksek bir meblağın çekte yer alması” hallerinde muhatap banka bu durumlarda dikkatli davranmalı, hatta keşidecinin bilgisine başvurmalıdır.

3. Keşidecinin Kusur Sorumluluğu

TTK. m.724 gereğince sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden doğan zarardan keşidecinin sorumlu tutulabilmesi için keşideciye çek defterini iyi saklamamış olması gibi kendisine yüklenen bir kusur isnadının mümkün olması gerekir. Keşidecinin söz konusu zarardan sorumluluğu bir “kusur sorumluluğu”dur. Madde metninde yer alan kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması “gibi” kelimesinden bunun keşidecinin kusuruna bir örnek olarak verildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarında, “keşidecinin, çek defterini kaybetmesi⁵¹” ve “kaybolduğunu zamanında bankaya bildirmemesi⁵²”, yine aynı şekilde “boş ve imzalı bir çeki kaybetmesi ve durumdan bankayı zamanında haberdar etmemesi⁵³”, “çek defterini kendisi saklamaması, örneğin saklaması için muhasebecisine vermesi⁵⁴”, “çekin iyi bir şekilde saklanması için gerekli tedbirleri almaması”, “çek üzerinde tahrifat yapılmasına olanak sağlayacak şekilde, örneğin kurşunkalemle doldurması”, “çek karnesinin yapraklarını kontrol etmemesi”, “çek defterinin koçanına çeki kime verdiğini yazmaması”, “çek defteri üzerinde rakam ve yazı ile yazılabilecek kısımların önünde eklemeler

⁴⁹ Yargıtay TD., 30.03.1965, 1211 N. Kararı için bkz. REİSOĞLU, Çek, s. 313.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD., 23.02.1981, E. 4528, K. 4880. Karar için bkz. İNAN/KIVANÇ, s. 161.

⁵¹ Yargıtay 11. HD. 04.02.1980, E. 450, K. 453; Yargıtay 11. HD., 19.04.1982, E. 1804, K. 1757. Karar için bkz. İNAN/KIVANÇ, s. 159.

⁵² Yargıtay 11.HD., 03.05.1982, E. 2117, K. 2067. Karar için bkz. İNAN/KIVANÇ, s. 159.

⁵³ Yargıtay 11.HD., 29.12.1994, E. 7388, K. 9965. Karar için bkz., REİSOĞLU, Çek, s. 122.

⁵⁴ Yargıtay 11.HD., 20.06.1996, E. 4149, K. 5123. Karar için bkz. ERİŞ, Çek Hukuku, s. 284.

yapılabilmesine olanak sağlayan boşluklar bırakması⁵⁵”, “çeki gerekli özen ve ihtimamla doldurmaması⁵⁶”, “bankanın gönderdiği ödeme dekontlarını incelemeyerek bankanın belli bir süre boyunca ödemesine engel olmaması” kusurlu davranış halleri olarak kabul edilmiştir⁵⁷. O halde keşidecinin kusurlu fiilleri ile çekin sahte olarak düzenlenmesini mümkün kılan ve kolaylaştıran tüm hareketler bu kapsamda nitelendirilebilecektir. Keşidecinin çekin ya da çek defterinin kullanımı veya muhafazası konusunda gerekli özeni göstermediği, gerekli bildirimleri zamanında muhatap bankaya yapmadığı durumlarda kusurundan söz etmek mümkün olabilecektir. Keşidecinin özen ölçüsü belirlenirken objektif kıstas esas alınarak, onun kendi işlerinde gösterdiği özen değil, çek kullanımının gerektirdiği dikkat ve özen içinde olması şartı aranacaktır. Keşideci eğer tacirse basiretli bir tacir gibi hareket etme ölçüsü esas alınacaktır⁵⁸.

V. Sorumluluğun Kapsamı

1. Keşideciye Karşı Sorumluluk

Sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde keşideciye bir kusur isnat edilemedikçe doğacak zarardan muhatap banka sorumlu olacaktır. Çek bedelinin sahte olması durumunda keşidecinin çek bedeli kadar zarar göreceği açıktır.

2. Meşru Hamile Karşı Sorumluluk

Muhatap bankanın sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödemesi durumunda keşideci dışındaki çek ilgililerinin de zarar görmesi mümkündür. Çek üzerinde yapılacak tahrifat ve sahtelikle çekin meşru hamilinin değiştirildiğini fark etmeyen muhatap bankanın ödemedede bulunması, çekin meşru hamilinin alacağını elde edememesine, dolayısıyla zararına sebep olur. Daha önce de belirtildiği gibi, muhatap bankanın TTK. m.713 gereğince ciranta imzalarının sıhhatini araştırma yükümlülüğü bulunmasa da,

⁵⁵ Bedrettin YILMAZ, Sahte veya Tahrif Edilmiş Çek, http://www.turkhukusitesi.com/makale_696.htm, s. 7 (Erişim Tarihi 20.05.210).

⁵⁶ YILMAZ, s. 7.

⁵⁷ TÖRÜNER, s. 214’de, keşidecinin kusurlu davranışlarının bunlarla sınırlı olmadığını, örneğin belirli ve sürekli bir imza biçimi benimsemeyerek görevli banka memurunun yanlışlığına düşmesine neden olan ya da itimada şayan olmayan bir kimse veya daha önceden sahtelikten sabıkası bulunan bir kimseye bilerek veya geçmişini araştırma olanağını kullanmayarak çeki teslim eden keşidecinin kusurlu bulunduğunu belirtmektedir.

⁵⁸ TEKİL, s. 85.

ciro zincirinin düzgünlüğünü araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ciro zincirinde kopukluk bulunduğu takdirde muhatap bankanın ödeme yapmaması gerekmektedir. Zira ciro zincirindeki kopukluk, çekin hak sahibi olmayan kişiler tarafından ele geçirilmiş olduğuna bir karine teşkil etmektedir. O halde ciro zincirinde, muhatap banka tarafından tespit edilmesi mümkün bulunan kopukluk hallerine rağmen muhatap banka tarafından yapılan ödeme neticesinde muhatap bankanın meşru hamile karşı sorumlu olduğu söylenebilecektir⁵⁹. Muhatap bankanın meşru hamile karşı sorumluluğunda, zarar gören keşideci olmadığı için TTK. m.724 uygulama alanı bulamayacaktır. Muhatap ile keşideci dışındaki hiçbir çek ilgisi arasında akdi bir ilişki söz konusu olmadığı için, muhatap bankanın meşru hamile karşı akdi sorumluluğundan da söz edilemez. O halde buradaki sorumluluk, haksız fiil hükümlerine dayanan bir kusur sorumluluğudur. Çek hamilinin çek yaprağını iyi saklamaması, çekin çalınması ya da kaybı halinde derhal keşideciyi haberdar etmemesi kusurlu davranış örnekleridir. Bu hallerde BK. m.44 gereğince muhatap bankanın sorumluluğu, hamilin kusuru oranında hafifleyecektir⁶⁰.

VI. Sorumluluktan Kurtulma Şartları

TTK. m.724 gereğince, sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan sorumluluktan kurtulmak için bankalar, keşideci ile yaptıkları çek anlaşmalarına tek taraflı olarak önceden hazırladıkları sorumluluktan kurtulma kayıtlarını eklemektedirler. Bu durumda keşideci, söz konusu anlaşmayı imzalamakla önceden sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden doğacak zarara kendisinin katlanacağını kabul etmiş olur⁶¹. Burada öncelikle TTK. m.724'ün emredici nitelikte olup olmadığı konusunun tartışılması gerekmektedir. Zira emredici nitelikte kabul edilirse aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün olamayacaktır. Ticaret Kanunu'nda yer alan kıymetli evraka ilişkin hükümler, genellikle emredici nitelikte olmakla beraber, kambiyo ilişkisi dışında çek anlaşmasına istinaden keşideci ile muhatap arasındaki ilişkiyi düzenleyen TTK. m.724'ün emredici

⁵⁹ YILMAZ, s. 9.

⁶⁰ İNAN/KIVANÇ, s. 161.

⁶¹ REİSOĞLU, Çek, s. 314.

nitelikte sayılmaması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz⁶². Dolayısıyla bu hususta sorumsuzluk anlaşmaları düzenlenebilecektir⁶³.

Sorumsuzluk anlaşmaları, Borçlar Kanunu'na göre akdin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya kapalı olarak ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olmak üzere bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılabilmektedir. Sorumsuzluk anlaşmaları, borçlunun kural olarak her türlü kusurundan sorumlu olduğunu öngören ve bir yedek hukuk kuralı niteliğindeki BK. m.96/1'in aksinin taraflarca kararlaştırılmasıdır. BK. m.96'ya göre; borçlu, kendi kusursuzluğunu ispat etmedikçe meydana gelen her türlü zarardan sorumludur. Emredici nitelikte olmayan bu kuralın aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Sorumsuzluk anlaşması, sözleşmenin kurulduğu sırada veya en geç zarar doğmadan önce yapılmalıdır. Zira zarar doğduktan sonra yapılan anlaşma sorumsuzluk anlaşması değil, ibra veya sulh sözleşmesi sayılır⁶⁴.

Sorumsuzluk anlaşması BK. m.99'da düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; borçlunun hafif kusuru halinde borca aykırılıktan sorumlu olmayacağı yönünde sözleşmeye sorumsuzluk kayıtları konulması kural olarak geçerlidir. Ancak borçlunun hile veya ağır kusuru halinde sorumlu olmayacağına dair kayıtlar batıldır. Bu hüküm sebebiyle çek anlaşmasında yer alan sorumluluktan kurtulma şartı, bankanın hilesi (kastı) veya ağır kusuru bulunduğu hallerde geçersiz olacaktır. Hafif kusur halinde ilkeye bir istisna getirilmiştir. Buna göre, sorumsuzluk anlaşması gereği tazminat istemekten vazgeçen taraf (yani alacaklı), vazgeçme iradesini beyan ettiği sırada karşı tarafın (borçlunun) hizmetinde bulunuyor veya sorumluluk hükümet tarafından verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa, hâkim, takdir hakkına dayanarak sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz sayabilir. Doktrin ve Yargıtay "hükümet tarafından verilen imtiyaz" terimini geniş yorumlamakta ve bankalar, sigorta şirketleri gibi kurumları da bu hükmün kapsamına dâhil

⁶² Aynı görüşte İNAN, s. 139; POROY/TEKİNALP, s. 291.

⁶³ ÖZTAN, s. 258'de, sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinde, bankanın herhangi bir kusurunun bulunmadığı durumlarda rizikonun keşideciye kaydırılması yolundaki anlaşmalarda hukuka aykırı bir yön bulunmadığı, buna karşılık bankanın ibraz edilen çekte sahtelik ve tahrifat bulunup bulunmadığı konusunda kendisinden beklenebilecek dikkat ve ihtimamla araştırma mükellefiyetinden kurtaracak bir şartı çek anlaşmasına koymasının hüküm ifade etmeyeceğini belirtmektedir.

⁶⁴ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2001, s. 259 vd.

etmektedirler⁶⁵. Doktrinde BK. m.99'da yer alan imtiyaz kavramı ile neyin kastedildiği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, hükümde geçen "imtiyaz suretiyle verilen" ibaresini, idare hukuku anlamında imtiyaz sözleşmesi ile elde edilen imtiyaza eşdeğer kabul etmektedirler⁶⁶. Ancak doktrinde çoğunluk bulan görüş⁶⁷ ve Yargıtay⁶⁸, maddede sözü geçen imtiyaz ibaresini, kanun koyucunun, icrasını resmi bir izin veya ruhsata bağlı tuttuğu faaliyetler olarak kabul etmektedirler⁶⁹. Böylelikle bankanın hafif kusurlu olduğu hallerde hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak çek anlaşmasında yer alan sorumluluktan kurtulma şartları batıl kabul edilebilecektir⁷⁰.

Borçlar Kanunu'nun 100. maddesine göre, borçlu, kural olarak yardımcı kişilerin kusurundan doğan zararlardan dolayı sözleşmenin diğer tarafına karşı sorumludur⁷¹. Taraflar bu sorumluluğu kısmen ya da tamamen kaldıran bir sözleşme yapabilirler. Ancak alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir hizmetin icrasından doğuyorsa borçlu, sözleşme ile ancak yardımcısının hafif

⁶⁵ Sermet **AKMAN**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1974, s. 68.

⁶⁶ Seza **REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 1995, s. 294.

⁶⁷ **AKMAN**, s. 62 vd., Yaşar **KARAYALÇIN**, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C.V, Ankara, 1997, s. 84.

⁶⁸ Yargıtay HGK, 14.06.1995, E. 1995/11-425, K. 1995/616; Yargıtay 19. HD., 02.06.1994, E. 1993/5800, K. 1994/5618. Kararlar için bkz. Yusuf Gökhan **PENEZOĞLU**, Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 116, dpn. 416.

⁶⁹ Yargıtay HGK., 15.06.1994, E. 178, K. 398. Karara göre; "...Türkiye'de bankalar hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseseler" olarak kabul edilmektedir (karar için bkz. YKD., Y.1995, S.5, s.532).

⁷⁰ Yargıtay 11.HD., 07.04.1992, E.1991/1137, K.1992/5968 sayılı kararında; TTK'nun 724. maddesinin 1. fıkrasına göre sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olmasından doğan zararın ödeyen bankaya ait olduğuna ve bankaya yükletilen bu sorumluluğun sözleşme ile Borçlar Kanunu'nun 99/2. maddesi gereğince kaldırılamayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=17802> (Erişim Tarihi: 24.06.2010).

⁷¹ HGK.15.06.1994, E.94/178, K.94/398 sayılı kararında, sahte ve tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap bankanın adam çalıştıran sıfatıyla da sorumlu olduğunu, bankanın bu sorumluluktan kurtulabilmesi için gerekli özeni göstermiş olması halinde de sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. **PULAŞLI**, s. 261, dpn.860.

kusurundan doğan zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin şart koyabilir. Dolayısıyla zarara yol açan, bankanın yardımcı şahıysa, bu şahsın hafif kusuru halinde bankalar sorumsuzluk kaydı koyarak sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Dolayısıyla sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinde, bu fiili, bankanın organının mı, yoksa yardımcı şahsın mı gerçekleştirdiğinin önemi vardır. Zira MK.48/2 gereğince, bankanın organlarının kusurlu fiilleri, bizzat bankanın kendi kusuru sayılır ve bu durumda BK. m.99 uygulanır; ancak zarara yol açan bankanın organı değil de yardımcı şahıysa BK. m.100 uygulanacaktır⁷².

VII. Muhatap Bankanın Rücu Hakkı

Sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödeyerek aslında keşidecinin uğradığı zararın tamamını veya bir kısmını gidermek zorunda olan muhatap bankanın, bu ödemedan dolayı uğradığı zararı için TTK. m.724 gereğince keşideciye rücu etmesi mümkün değildir. Çünkü sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde eğer keşidecinin kusuru söz konusu ise, zarara keşideci katlanacak ve muhatap bankanın bu ödeme dolayısıyla bir zararı olmayacaktır. Eğer keşideci kusurlu değilse, zarara muhatap bankanın katlanacağı TTK. m.724 ile açıkça belirtilmiş olduğu için, keşideciye rücu etmesi söz konusu olamayacaktır⁷³.

Sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödeyen muhatap bankanın bu ödemedan dolayı öncelikle bu zararın ortaya çıkmasına sebep olan kişiye, yani sahtecilik ve tahrifat failine rücu etmesi düşünülür. Sahtelik ve tahrifat failini gerçekleştiren bankadan çek bedelini tahsil eden kişiyle banka arasında BK. m.51 uyarınca eksik teselsül ilişkisi söz konusu olduğundan bankanın haksız fiil hükümlerine istinaden faile rücu edip keşideciye ödediği meblağı failden talep etme hakkı söz konusu olmaktadır. Muhatap banka, faile karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine de dayanabilir.

Bankanın çek bedelini ödediği hamilden bu tutarı geri alıp alamayacağı, yani hamile rücu etmesinin mümkün olup olmadığı konusunda ise, TTK. m.704⁷⁴ hükmü dikkate alınarak bir yorum yapmak gerekmektedir. İlgili

⁷² Bir bankanın genel müdürü, yönetim kurulu, genel kurulu bankanın organlarıdır. Yargıtay bir kararında banka şube müdürünü de organ olarak kabul etmiştir. Doktrinde organ kavramı geniş yorumlanmakta şube müdürü ve kısım şefi organ olarak kabul edilmektedir. Ancak memurların organ olarak sayılması imkânsızdır; yardımcı şahıs olarak kabul edilmesi gerekir (PASLI, s. 668).

⁷³ İNAN, s. 125.

⁷⁴ TTK m.704: “Çek, herhangi bir suretle hamilinin elinden çıkmış bulunursa ister hamile yazılı bir çek bahis mevzuu olsun, ister ciro suretiyle nakledilebilen bir çek bahis mevzuu

maddeye göre, çeki kötü niyetle iktisap etmiş ya da çeki iktisap etmekte ağır kusuru bulunan hamil, çeki geri vermekle yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğüne rağmen çeki ibraz ederek çek bedelini tahsil ederse, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine göre çek tutarını bankaya iade etmek zorunda kalacaktır⁷⁵. Bu konuda Yargıtay aynı görüşü paylaşmaktadır⁷⁶. Çeki iktisap eden iyi niyetli hamile karşı ise, muhatap bankanın bir dava hakkı yoktur.

VIII. Sonuç

TTK. m.724, sahte ve tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi ve bu ödemedan keşidecinin zarar görmesi halinde, keşideci ve muhatap arasında zarara kimin katlanacağını öngören bir hükümdür. TTK Tasarısı'nın 812. maddesine dili güncellenerek aynen alınan söz konusu madde, bu tür bir çekin ödenmesiyle ortaya çıkacak zarara, sahtelik veya tahrifat fiilini bizzat gerçekleştiren fail dışındaki kişilerden kimin katlanacağını ortaya koymaktadır. TTK. m.724, burada, keşidecinin herhangi bir kusuru bulunmadıkça, ekonomik yönden keşideciden daha güçlü konumda olan ve sahtelik ve tahrifat hallerini tespit etme olasılığı daha yüksek bulunan bankaları sorumlu tutmuştur.

TTK. m.724'ün uygulanabilmesi için öncelikle ortada sahte veya tahrif edilmiş bir çekin bulunması, bu çekin banka tarafından ödenmiş olması ve bu ödemedan keşidecinin zarar görmesi gerekir. TTK. m.724'ün uygulanmasını gerektirecek sahtecilik hallerinin başında, keşidecinin imzasında sahtelik gelmektedir. TTK. m.724'ün uygulanması bakımından sahteliğin keşideci imzasında veya çekteki diğer imzalarda olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan bu sahtelikten dolayı keşidecinin zarar görmesidir. Çekin tedavülü imkanını sağlayan ciro imzalarının dışındaki imzaların sahteliği ise, herhangi bir zarara yol açmaz. Keşidecinin zararını, dolayısıyla da TTK. m.724'ün uygulanmasını gerektirecek beyanlardaki sahtelik halleri; çek tutarı, lehdar ismi ve tartışmalı olmakla birlikte temsil ile ilgili beyanlarda olanlardır. Diğer beyanlarda, örneğin aval ve teyit beyanlarında yapılan sahtelikler ise, keşidecinin zararına yol açmayacağı için

olup da hamil hakkını 702. maddeye göre ispat etsin çek eline geçmiş bulunan yeni hamil ancak çeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisapta ağır bir kusuru bulunduğu takdirde o çeki geri vermekle mükelleftir". İlgili madde Tasarı'nın 792. maddesine aynen dili güncellenerek alınmıştır.

⁷⁵ REİSOĞLU, Çek, s.316.

⁷⁶ Yargıtay 11. HD., 13.12.1983, E. 5183, K. 5669. Karar için bakınız ERİŞ, Çek Hukuku, s. 162.

bu madde kapsamına girmezler. Çek üzerinde yapılan tahrifat halleri; çekteki isimler, çek bedeli, keşide tarihi, keşide ve ödeme yeri üzerinde olmaktadır.

Sahte ve tahrif edilmiş bir çekten dolayı asıl sorumlu olan kişi, sahtelik ve tahrifat halini bizzat yaratan kişidir. Sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi sebebiyle muhatap bankanın sorumluluğunu, doktrin ve Yargıtay, kanundan doğan ve kusursuz bir sorumluluk olarak nitelendirmektedir.

Keşidecinin söz konusu zarardan sorumluluğu ise, bir kusur sorumluluğudur. TTK. m.724 gereğince, sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan sorumluluktan kurtulmak için bankalar, keşideci ile yaptıkları çek anlaşmalarına tek taraflı olarak önceden hazırladıkları sorumluluktan kurtulma kayıtlarını eklemektedirler. Kambiyo ilişkisi dışında çek anlaşmasına istinaden keşideci ile muhatap arasındaki ilişkiyi düzenleyen TTK. m.724'ün emredici nitelikte olmaması nedeniyle bu hususta sorumsuzluk anlaşmaları düzenlenebilecektir. Ancak sorumluluktan kurtulma şartı, bankanın hilesi (kastı) veya ağır kusuru bulunduğu hallerde geçersiz olacaktır. Bankanın hafif kusurlu olduğu hallerde ise, hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak sorumluluktan kurtulma şartları batıl kabul edilebilecektir. Zarara yol açan, bankanın yardımcı şahıysa, bu şahsın hafif kusuru halinde bankalar sorumsuzluk kaydı koyarak sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

KAYNAKLAR

AKMAN Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1974.

DOMANIÇ Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV, İstanbul, 1990.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2001.

ERİŞ Gönen, Uygulamalı Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2003 (Çek Hukuku).

ERİŞ Gönen, Açıklamalı, İhtihatlı, Uygulamalı Çek Kanunu, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2004.

GÖLE Celal, Çek Hukuku, Ankara, 1989.

GÜNAY Erhan, Yargıtay Kararları Eşliğinde Kambiyo Takip Hakkı ve Ceza Hukuku Yönüyle Uygulamalı Çek Rehberi, Ankara, 2009.

GÜRBÜZ Hulusi, Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul, 1989.

İNAN Nurkut, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara, 1981.

EREM Faruk/**KALPSÜZ** Turgut/**CELEBİCAN** Gürkan), İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 2. Bası, Ankara, 1974.

KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler Kambiyo Senetleri, Ankara 1970.

KARAYALÇIN Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C.V, Ankara, 1997.

KAYAR İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006.

KENDİGELEN Abuzer, “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı” İBD, 1990, C.64, S.7-8-9, 587-621.

MOROĞLU Erdoğan, Notlu İhtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 6. Bası, İstanbul, 1999.

NARBAY Şafak, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul, 1996.

NARBAY Şafak, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz” Prof.Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı, 2005, s. 173-222

ÖZTAN Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 16.Bası, Ankara, 2009.

İNAN Nurkut/**KIVANÇ** Serpil, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin Çeke İlişkin Kararları, 1979-1982, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.1, Ankara 1984, s. 125-174.

PASLI Ali, “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, İstanbul Barosu Dergisi, 2000, C. 74, S. 7-8-9, s. 635-672.

PENEZOĞLU Yusuf Gökhan, Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul, 2004.

POROY Reha/**TEKİNALP** Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 19. Bası, İstanbul, 2010.

PULAŞLI Hasan, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2009.

REİSOĞLU Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 2003 (Çek).

REİSOĞLU Seza, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 1995.

TEKİL Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1997.

TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I., Hukuki Mütalaalar, I. Kitap, 1989-1991, İstanbul, 1992.

TEOMAN Ömer, “Çekte İbraz Sürelerinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi,” Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 426-435.

TÖRÜNER Ekrem, “Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekarlık ve Tahrifat”, ABD, 1980, S.1, s. 204-221.

YILMAZ Bedrettin, Sahte veya Tahrif Edilmiş Çek, http://www.turkhukusitesi.com/makale_696.htm, s. 7 (Erişim Tarihi 20.05.210).

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ AÇISINDAN İŞVERENİN SORUMLULUĞU

*Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI**

GİRİŞ

İnsan sağlığını para ile ölçmek mümkün değildir. Çalışma hayatı içerisinde işçilerin sağlık ve güvenliklerinin sağlanması son derece önemlidir. Bundan dolayı, çalışan insanların fiziksel, ruhsal ve sosyal olarak iyilik hallerinin sağlanması ve bunun sürdürülmesi için iş sağlığı ve güvenliği politikalarının uygulanması gerekmektedir¹. Gelişmiş ülkelerde insanların büyük bir bölümü üretim sektöründe çalışmaktadır. Sanayileşmenin gerçekleşmesiyle birlikte işyerlerinde kullanılan karmaşık makinelerin artması iş kazaları ve meslek hastalıklarını da beraberinde getirmektedir. Bu kazalar nedeniyle her yıl milyonlarca işçi hayatını kaybetmekte ya da sakat kalmaktadır. Bu olumsuzlukları önlemek için işverenlere görevler düşmektedir. İşverenler işçileri işyerlerinde kullanılan makineler hakkında bilgilendirmeli, maruz kalabilecekleri tehlikeler hakkında telkinde bulunmalıdırlar. Çünkü işçilerin sağlığını korumak için gerekli sistemler kurulmaz, önlemler alınmazsa hem toplum sağlığı tehdit edilir hem de üretimde verim düşeceğinden dolayı ülke ekonomisi de bundan zarar görür. Sağlıksız bireylerin çalışabilmeleri ve ülkelerini kalkındırabilmeleri mümkün değildir². İstatistikler incelediğinde işyerlerinde meydana gelen kazaların yüzde sekseninin çalışanların eğitilmeleri ile önlenebilecek güvensiz hareketlerden, kalan oranının da güvensiz şartlardan oluştuğu görülmektedir³. Buradan hareketle eğer gerekli önlemler alınırsa kaza oranlarının en aza indirilebileceğini görmekteyiz.

İş sağlığı ve güvenliği kavramı uzun bir süreç içerisinde oluşmuştur. İşçiler, ekonomik bakımdan işverene bağımlı sınıfı oluşturduğundan dolayı,

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 Mehmet Bayır/Mümin Ergül, İş Güvenliği ve Risk Değerlendirme Uygulamaları, Mart 2006, s. 2.

2 Eyrenci/Taşkent/Uluçan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004,s. 202.

3 Bayır/ Ergül, s. 2.

önceleri ağır çalışma koşulları altında çalışmak zorunda kalmışlardır. Özellikle çocuk ve kadın işçiler düşük ücretlerle güvensiz ağır işlerde çalıştırılmışlardır. Bunlar da doğal olarak işçilerin ölüm ya da yaralanmayla sonuçlanan kazalara uğramalarına, çalışan kesim arasında rahatsızlıkların çıkmasına neden olmuştur. Devletin olaya el atmasıyla işverenler zamanla işyerlerinde işçilerin sağlıklarını koruyucu tedbirleri almaya yöneltmişlerdir. İşçileri koruyucu birtakım yasalar çıkarılmaya başlanmıştır. Böylece iş güvenliği mevzuatı oluşturulmaya başlanmıştır.

İşçilerin sağlıklı ve insan onuruna yaraşır bir ortamda çalışmaları hem işverenlerin daha fazla verim elde etmelerini sağlayacak hem de ülke ekonomisi de bundan olumlu yönde etkilenecektir. Konunun öneminden dolayı iş sağlığı ve güvenliği kavramlarının açıklığa kavuşturulması ve bu konuda işverenlerin ne gibi sorumluluklarının olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın konusunu iş sağlığı ve güvenliği bakımından işverenin sorumlulukları oluşturmaktadır ve çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel kavramlar; ikinci bölüm ise iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin idari, cezai ve hukuki sorumluluğu incelenmektedir.

§.1 İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ

I. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

İş sözleşmesiyle işçi maddi ve fikri varlığı ile bir işi ifa taahhüdünde bulunduğundan çalışma hayatı içerisinde işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması, güvenliğinin sağlanması iş hukukunun köşe taşlarından birini oluşturmaktadır⁴. İşçilerin daha verimli çalışmalarını sağlayabilmek için işyerlerinde maruz kaldıkları sağlık sorunlarının ve mesleki risklerin ortadan kaldırılması gerekmektedir⁵. İşçilerin verimli çalışmalarını sağlayabilmek için her şeyden önce gerekli tedbirlerin alınması ve fiziki güvenliklerinin sağlanması gerekmektedir⁶. İş hukukunun işçilerin korunması ve işçilerin çalışma koşullarının düzeltilmesi kavramından

⁴ Hamdi **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, 3. B., Ankara 2008, s. 963.

⁵ Leyla **Kılıç**, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 17; **Mollamahmutoglu**, s. 963.

⁶ **Mollamahmutoglu**, s. 964; Sibel **Buzkan/Gökhan Ofloğlu**, “Zonguldak Taşkömür Havzası İş Kazalarının Sayısal Analizi”, Kamu-İş, C. 9, S. 3/2007, s. 1-2.

doğduğunu düşünürsek iş sağlığı ve güvenliğinin iş hukukundaki yerini ve önemini anlarız.

İş sağlığı ve güvenliği kavramı, işçilerin fiziksel, zihinsel ve sosyal açıdan tam bir iyilik halinin sağlanıp sürdürülmesini, çalışma koşulları nedeniyle sağlıklarının bozulmasının önlenmesini, mesleki risklere karşı korunmasını, işçinin fizyolojik ve psikolojik niteliklere uygun işlere yerleştirilmesini yani işin insana insanın da işe adaptasyonu şeklinde tanımlanabilir⁷. İş sağlığı politikalarının amaçları; çalışanlara en yüksek sağlık kapasitesini sağlamak, olumsuz sağlık koşullarından çalışanların zarar görmelerine engel olmak, yapılan iş ile işçi arasındaki uyumu sağlamak, her işçiyi fiziksel ve ruhsal özelliklerine uygun işlerde çalıştırmaktır⁸.

İş sağlığı ve güvenliği kavramının doğuşunda sanayileşme hareketleriyle başlayan fabrika tipi işyerlerinde ekonomik ve hukuki bakımdan işverene bağımlı olarak çalışan işçi sınıfının ortaya çıkması etkili olmuştur⁹.

B. İş Sağlığı

İş sağlığı kavramı olarak, “çalışan bir kişinin çalışma şartları ile kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelerden arınmış veya bu tehlikelerin en aza indirildiği bir iş çevresinde sağlıklı biçimde yaşayabilmesini” anlatır¹⁰. İş sağlığı kavramında işçinin sadece bedensel olarak sağlıklı bir çevrede yaşaması anlaşılmalıdır. Aynı zamanda işçinin ruhsal bakımdan da sağlıklı olması, iş hayatı içerisinde iş sağlığının sağlanabilmesi için işçinin hem bedensel hem de ruhsal sağlığının korunması gerekmektedir.

C. İş Güvenliği

İş güvenliği kavramı olarak, “işçilerin işyerinde işin görülmesi ile ilgili olarak meydana gelen tehlikelerden, bedensel ve ruhsal olarak zarara uğramamaları için alınması zorunlu hukuki, teknik ve tıbbi önlemlere yönelik sistemli çalışmalardır” olarak tanımlanmaktadır¹¹. İş güvenliği

⁷ Muharrem **Özen/Önder Tozman**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, SİHD, S. 10, Haziran 2008, aynen, s. 214.

⁸ Namık Kemal **Özdemir**, İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul 2004, s. 21.

⁹ **Mollamahmutoğlu**, s. 963.

¹⁰ **Kılıç**, s. 19, aynen.

¹¹ **Kılıç**, s. 19, aynen.

kavramıyla işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verecek durumların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. İşyerinde faaliyet yürütülürken kullanılan bütün alet ve makineler birtakım riskleri bünyelerinde barındırmaktadırlar. İşte bu risklerin en aza indirilmesi ve işçilerin bu makine ve araç gereçlerin çalışma esasları, her türlü tehlikeleri konularında bilgilendirilmeleri iş güvenliği konusunun içine girmektedir. İş güvenliğinin temel amacı, çalışanları korumak üretimin güvenliği ile işletmenin güvenliğini sağlamaktır¹².

D. Dar Anlamda İş Sağlığı ve Güvenliği

Dar anlamda iş sağlığı ve güvenliği kavramı, işyeri ortamı içerisinde yapılan işten kaynaklanan tehlikeler karşısında işçinin fiziki ve ruhsal açıdan korunmasını ifade etmektedir¹³. Dar anlamda iş sağlığı ve güvenliği kavramı işyerindeki iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı alınacak önlemler yanında işçinin çevresinin, psikolojisinin, kişilik haklarının da korunması ve gözetilmesi için getirilmiş hükümlerdir¹⁴. Bu doğrultuda işveren işyerinde işçinin sağlığını korumak, işçinin güvenli bir ortamda çalışabilmesini sağlamak zorundadır.

E. Geniş Anlamda İş Sağlığı ve Güvenliği

Geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği kavramı ise, işçinin sağlık ve güvenliğinin sadece işyerinde meydana gelebilecek risklere karşı korunmasını değil aynı zamanda işyeri dışından kaynaklanan risklere karşı da korunmasını ifade eden bir kavramdır¹⁵. Bu kavramın kapsamı daha geniştir. Bu kavram işverenin sadece işyerinde işçinin güvenliğini sağlamasını değil aynı zamanda ulaşım emniyetini, sağlıklı konutta yaşayabilmesini ve sağlıklı bir çevrede yaşayabilmesini de kapsamaktadır. Geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği, iş ilişkisinin sosyal niteliğinden hareketle çalışma ilişkilerinin işçinin yararına kurulması ve geliştirilmesi için devletin de iş hayatına müdahale etmesini ifade eder¹⁶. Mesela işçinin aldığı ücret miktarının insanca yaşamasına imkân verir miktarda olması gerekir. Bununla birlikte işçinin çalışma hayatında iş güvencesinin sağlanması

¹² Özdemir, s. 22.

¹³ Kılıç, s. 20.

¹⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 204.

¹⁵ Kılıç, s. 21.

¹⁶ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 205.

gerekir. Bu hallerin hepsi geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği kavramı içerisine girer.

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliği konusu tarihsel süreç içerisinde uzun aşamalardan geçerek günümüze gelmiştir. İnsanlar geçimlerini sağlamak amacıyla sağlıklarını tehdit etse bile birtakım işlerde çalışmak zorunda kalmışlardır. Her ne kadar ilk zamanlar basit işyerlerinde daha az riskle çalışmış olsalar da sanayileşmenin gelişmesi ve karmaşık makinelerle çalışan büyük fabrikaların açılmasıyla çalışanların karşı karşıya kaldıkları riskler giderek artmıştır¹⁷. Endüstriyel gelişim sonucu işçi kavramı ortaya çıkmıştır. Sanayileşme öncesinde günümüzdeki anlamıyla bir işverene bağımlı olarak ücret karşılığı çalışan bir işçi sınıfı bulunmamaktaydı. O dönemlerde sadece geçici sürelerle çalışan gündelikçiler mevcuttu¹⁸. İşte iş sağlığı ve güvenliği kavramının ortaya çıkışında sanayileşme ile ortaya çıkan fabrika tipi işyerleri ve bu işyerlerinde çalışmaya başlayan işçi sınıfı etkili olmuştur. Büyük fabrikaların açılması da işçilerin maruz kaldıkları mesleki risk olan iş kazalarının artmasına neden olmuş, hem çalışanlar hem de onların aile bireyleri bu durumdan olumsuz etkilenmişlerdir. Ayrıca kullanılan kimyasal maddelerin neden olduğu zararlar yıllar sonra açığa çıkmaya başlamıştır¹⁹. Yaşanan bu olumsuzluklar gerek devletin gerek işverenlerin gerek bilim adamlarının konuya daha fazla önem vermelerini sağlamış işçilerin sağlıklarının korunmasına yönelik tedbirlerin alınması lüzumu doğmuştur ve iş sağlığı ve güvenliği bir bilim olarak ortaya çıkmıştır.

İş sağlığı ve güvenliği alanındaki düzenlemelerin Yunanlı düşünür Herodot'a dayandığı ileri sürülmektedir. Bu konudaki ilk yazılı eserin 17. yüzyılda İtalya'da yaşamış bir doktor olan Bernardino Ramazzini tarafından yazıldığı bilinmektedir. Ramazzini daha sonraları iş sağlığı ve güvenliğinin babası olarak anılmıştır²⁰.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda öncelikle kadın ve çocuk işçileri koruyucu birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Fakat bu dönemde etkin bir iş

¹⁷ Kılıç, s. 15.

¹⁸ Kılıç, s. 22.

¹⁹ Bayır/Ergül, s. 3.

²⁰ Bayır/Ergül, s. 3.

denetim sistemi kurulamamıştır²¹. İş sağlığı ve güvenliği kavramı İkinci Dünya Savaşından sonra bütün dünyada ele alınmaya başlanmıştır ve buna ilişkin çeşitli güvenlik kurumları teşkilatları oluşturulmuştur. Bunlar Uluslar arası Çalışma Teşkilatı (ILO) ve Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO)'dır. ILO 1919 yılında kurulmuştur. ILO'nun kuruluş amacı Anayasasında sayılmıştır. Buna göre ILO; iş kazalarına meslek hastalıklarına karşı işçilerin korunması, işçilere insanca yaşama koşullarının getirilmesi, çocukların gençlerin ve kadın işçilerin korunması, çalışanların ekonomik ve sosyal durumlarının geliştirilmesi vb. amaçları gütmektedir. ILO bu amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla uluslar arası sözleşmeler imzalamakta ve tavsiye kararları hazırlamaktadır²². Üye devletler de iş hukuklarını bu düzenlemelere uyarlamaktadırlar.

B. Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliğinin Tarihsel Gelişimi

Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğine yönelik düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu döneminde Tanzimat Fermanından sonra yapılmaya başlanmıştır. Bu konudaki ilk düzenleme 1865 yılında çıkarılan Dilaver Paşa Nizamnamesidir. Bu nizamname o dönemde Ereğli Kömür Havzasında çalışan işçilerin çalışma şartlarını ve hastalıklarının tedavisine ilişkin düzenlemeler getirmiştir²³. Bundan sonra 1869 yılında Maadin Nizamnamesi çıkarılmıştır. Bu nizamnamede ise iş kazaları ve işçilerin sağlıklarını ilgilendiren birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Daha sonra da Ereğli Kömür Havzasında çalışan işçilerin sağlık güvenlik sorunlarına çözüm getiren 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun çıkarılmıştır. Yine bu Kanun çalışma sürelerini sınırlayıcı, küçük yaştakilerin çalıştırılmalarını yasaklayıcı işçi sağlığına ilişkin çok sayıda koruyucu hükümler içermektedir²⁴.

Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin asıl düzenlemeler Cumhuriyetin ilanından sonra ortaya çıkmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra

21 Kılıç, s. 23.

22 Kılıç, s. 25; Ümit Tarhan, "AB İş Sağlığı ve Güvenliği Stratejisi ve Ülkemizdeki Gelişmeler", Mercek, Y. 12, S. 47, Temmuz 2007, 88.

23 Murat Şen, "Tanzimat ve TBMM Hükümeti Döneminde Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Gelişmeler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan 2007, s. 57.

24 Kılıç, s. 26; Erhan Batur, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Son Gelişmeler", Mercek, Y. 12, S. 46, Nisan 2007, s. 25; Şen, s. 66 vd.

kanunlaşma hareketleri hız kazanmıştır. Bu alandaki düzenlemeler 818 sayılı Borçlar Kanunu²⁵, Umumi Hıfzısıhha Kanunu²⁶, 3008 sayılı İş Kanunu, 4792 sayılı İşçi Sigortaları Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu²⁷ yerine çıkarılan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²⁸ gibi kanunlarla getirilmiştir. 3008 tarihli İş Kanunu yerine 1967 tarihinde 931 sayılı İş Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanunla iş sağlığı ve güvenliğinin düzeltilmesine ilişkin tedbirler içeren hükümler getirilmiştir. Daha sonra 931 sayılı İş Kanunu yerine 1475 sayılı İş Kanunu²⁹ çıkarılmıştır. Bu Kanun'da da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlere aynen yer verilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu yerine çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu'nda³⁰ on üç maddeden oluşan beşinci bölümde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir³¹.

III. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİN KAYNAKLARI

A. Uluslar arası Kaynaklar

İşçilerin sağlığına ilişkin ilk kanuni düzenleme 1801 yılında İngiltere'de çocuk işçilerin günde 12 saatten fazla çalışmayacağını düzenleyen kanun maddesidir. Daha sonra pek çok ülkede (ABD, İsviçre, Fransa, Almanya) gibi buna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır³². Sanayileşmiş ülkeler iş kazalarının ve meslek hastalıklarının giderek çalışma hayatını tehdit ettiğini gördüklerinden 1919 yılında toplanarak ILO'yu kurmuşlardır. ILO 1929 yılında 31 Nolu Tavsiye kararı olarak çalışma hayatının dört ana prensibini tespit etmiştir. Bunlar; çalışma güvenliği mevzuatı, kaza sebeplerinin belirlenmesi, sanayide çalışma güvenliğinin teşkilatlandırılması, çalışma güvenliği konularında işbirliği yapılmasıdır³³. İkinci Dünya Savaşından sonra iş sağlığı ve güvenliği çalışmaları uluslar arası alanda daha da

25 RG., 08.05.1926, S. 366.

26 RG., 06.05.193, S. 1489.

27 RG., 29.07.1964, S. 11779.

28 RG., 16.06.2006, S. 26200.

29 RG., 28.08.1971, S. 13943.

30 RG., 10.06.2003, S. 25134.

31 **Kılıç**, s. 27.

32 **Kılıç**, s. 28.

33 **Kılıç**, s. 29.

hızlanmış ve birçok uluslar arası belgede bu konuya ilişkin düzenlemeler getirilmiştir³⁴. Ayrıca ILO da iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çok sayıda sözleşme kabul etmiştir. Bu sözleşmelerin hepsi uluslar arası alanda kaynak niteliğini taşımaktadır. 10.12.1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” kabul edilmiştir. Bu beyanname de işçilere iş sağlığı ve güvenliği hakkı tanınmıştır³⁵. 18.10.1961 tarihinde Torino’da “Avrupa Sosyal Şartı” imzalanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı’nın “Güvenli ve Sağlıklı Çalışma Koşulları Hakkı” başlıklı maddesinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler bulunmaktadır³⁶. Aynı şekilde Avrupa Birliği de iş sağlığı ve güvenliği konusunda düzenlemeler yapmıştır. Bu konuya ilişkin olarak Avrupa Birliği’nin 80/1170 ve 89/391 sayılı iki çerçeve yönergesi bulunmaktadır³⁷.

B. Ulusal Kaynaklar

1. Anayasa

İş sağlığı ve güvenliği konusu önemi dolayısıyla ülkemizde anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasası doğrudan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara yer vermemiş olmasına rağmen dolaylı olarak bazı hükümlerinde bu konuyu düzenlemiştir. Örneğin, 1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiş ve çalışanların işyerlerinde sağlıklarına zarar verecek her türlü tehlikelere karşı işverenlerden ve devletten talep haklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Yine Anayasanın 5. ve 17. maddelerinde de kişilerin yaşama ve maddi, manevi varlıklarını korumalarına ilişkin hükümler getirilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasasının 49. maddesinde “Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır”, hükmüne yer verilmiştir. Bunun yanında da yine 50. maddesinde “kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz, küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak

³⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 202.

³⁵ Kılıç, s. 30.

³⁶ Kılıç, s. 30; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 203.

³⁷ Kılıç, s. 30.

korunurlar”, ifadesiyle çalışma yaşamıyla ilgili çeşitli hükümler getirilmiştir³⁸.

2. İş Kanunu

4857 sayılı İş Kanunu’nda da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kapsamlı düzenlemeler bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun beşinci bölümü iş sağlığı ve güvenliği hükümlerini düzenlemektedir. Bu bölüm on üç maddeden oluşmaktadır. İleriki bölümlerimizde bu maddeleri inceleyeceğiz.

3. Borçlar Kanunu

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda da iş sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bundan dolayı da Borçlar Kanunu iş sağlığı ve güvenliği hukukunun kaynakları arasında yer almaktadır. Borçlar Kanunu hükümleri İş Kanunu kapsamında olmayan hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler hakkında uygulanmaktadır³⁹. İş sağlığı ve güvenliği hükümleri Borçlar Kanunu’nun 332. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; “iş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede, çalışma dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi ile birlikte ikamet etmekte ise, yatacak yer tedarikine mecburdur”, diyerek iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işverenin birtakım yükümlülüklerine yer vermiştir.

4. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, sigortalıların sosyal güvenlik haklarını düzenleyen bir kanundur. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli hükümler getirmesi, nedeniyle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu iş sağlığı ve güvenliği hukukuna ilişkin kaynak niteliğini taşımaktadır. Özellikle bu Kanun’un 13 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan iş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin maddeleri önem taşımaktadır. Bu maddelerde hangi hallerin iş kazası ve meslek hastalığı halleri içine girdiği belirtilmektedir⁴⁰. Yine bu Kanun’un 21. maddesinde iş kazası ve meslek hastalığı bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluklarına yer verilmiştir. Ayrıca bu Kanun’da işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat

³⁸ Kılıç, s. 31; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 203.

³⁹ Kılıç, s. 35.

⁴⁰ Kılıç, s. 36.

hükümlerine aykırı hareket eden işverenin yükümlülüklerini düzenleyen hükümler bulunmaktadır.

5. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler getiren bir kanundur ve iş sağlığı ve güvenliği hukukuna ilişkin kaynak niteliği taşımaktadır⁴¹. Bu Kanun'da işçilerin çalışma koşullarıyla ilgili hükümler düzenlenmiştir. Kanun'un 173. maddesinde on iki yaşından küçük çocukların fabrika ve imalathanelerde ve madenlerde işçi ve çırak olarak çalıştırılmayacakları, 12-18 yaşındaki kimselerin azami çalışma sürelerinin 8 saat olabileceği, 174. maddesinde 12-16 yaş arası çocukların gece çalıştırılmayacakları; 175. maddesinde bütün işçiler için gece ve yer altı çalışma sürelerinin sekiz saati geçemeyeceği; 176. maddesinde on sekiz yaşından küçük çocukların bar, kabare, dans salonu, hamam gibi yerlerde çalışmalarına belediyelerce mani olunacağı, 177. maddesinde gebe kadınların doğumdan önceki üç ay içerisinde sağlıklarına zarar verebilecek ağır işlerde çalıştırılmayacakları ve doğumdan sonra lohusalı kadınlara ilk altı ay için emzirme maksatlı iki defa yarımşar saatlik izin verilebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Ayrıca Kanun'un 180. maddesinde de "Devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran bütün iş sahipleri, işçilerin sıhhi ahvaline bakmak üzere, bir veya mutaaddit tabibin sıhhi murakabesine temine ve hastalarını tedaviye mecburdur", hükmüyle işçi sağlığı yönünden düzenleme içermektedir.

6. Belediye Kanunu

1580 sayılı Belediyeler Kanunu da iş sağlığı ve güvenliği konularına ilişkin belediyelere birtakım yükümlülükler veren düzenlemeler içermektedir ve bundan dolayı iş sağlığı ve güvenliği hukukuna ilişkin kaynak niteliğini taşımaktadır⁴². Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesine göre belediyeler genel sağlık denetimi bakımından yetkilidirler. Belediyelerin bu sağlık denetimleri işçilerin sağlıklarının korunması bakımından önemlidir⁴³. Belediye deneticileri sağlık kurallarına aykırı çalışmalara müdahale edebilmektedirler. İş Teftiş Kurulu'nu harekete geçirebilmektedirler.

41 Kılıç, s. 37; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 204; Selim Gündüz, "Yeni Mevzuatın Işığında İşverenin İşçiyi Gözetme Borcununun Kapsamı", Tühis, C. 19, S. 6, Kasım 2005, s. 47-48.

42 Kılıç, s. 38; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 204.

43 Kılıç, s. 38.

Ş.2 İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ BAKIMINDAN İŞVERENİN SORUMLULUĞU

İş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı hareket eden işverenlerin idari, hukuki ve cezai bakımdan birtakım sorumlulukları söz konusudur. İkinci bölümde çalışmamızın ana konusu olan söz konusu hususları inceleyeceğiz.

I. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ BAKIMINDAN İŞVERENE UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLAR

İş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı hareket eden işverenler bazı idari yaptırımlarla karşı karşıya kalırlar. İdari yaptırımları, “yasaların yetki verdiği durumlarda, idarenin araya bir yargı kararı girmeden doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle kamu yararını korumak amacıyla vermiş olduğu cezalar” olarak tanımlayabiliriz⁴⁴. İdarenin işverene uygulayacağı bu yaptırımları incelemekte fayda vardır.

A. İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması

İş sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla uygulanan ilk yaptırım işin durdurulması ve işyerinin kapatılmasıdır. Bu yaptırımın uygulanabilmesi için genellikle işçilerin sağlık bütünlüklerine yönelik acil bir tehlikenin varlığı aranmaktadır⁴⁵. Hangi hallerde işin durdurulacağı veya işyerinin kapatılacağı İK. m. 79/f.I de belirtilmiştir. Bu maddeye göre işin durdurulması veya işyerinin kapatılması yaptırımı bütün işyerlerinde uygulanabilecek bir yaptırımdır, Kanun herhangi bir sınırlamaya yer vermemiştir. Fakat bu yaptırımlardan hangisinin uygulanacağı işyerinin durumuna göre ve işyerinin tehlikelilik derecesine göre değişecektir⁴⁶.

1. Koşulları

a. İşyerinin Tesis ve Tertiplerinde, Çalışma Yöntem ve Şekillerinde, Makine ve Cihazlarında İşçilerin Yaşamı İçin Tehlikeli Bir Hususun Tespit Edilmesi.

İK. m. 79/f.I'e göre, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması yaptırımı “işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir husus tespit edilirse” durumunda uygulanabilmektedir. Burada tehlikenin niteliği önem

⁴⁴ Kılıç, s. 141. aynen.

⁴⁵ Kılıç, s. 142; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 219; M. Fatih Uşan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Hukuku, C. 1, Ankara 2006, s. 93; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. B., İstanbul 2010, s. 167.

⁴⁶ Kılıç, s. 143.

taşımamaktadır. Tehlike işyerinde kullanılan alet edevatlardan doğabileceği gibi işin niteliğinden ve hatta işçilerden de kaynaklanabilir. Mesela işçilere koruyucu kıyafetler giydirilmeden iş yaptırılırsa tehlike doğacaktır. Kanun maddesinde belirtilen “işçilerin yaşamı için tehlikeli” ibaresi geniş olarak yorumlanmalıdır. İşçilerin zararına olacak her durum tehlikeli olarak addedilmelidir. İlla işçinin hayatını kaybetmesi veya hastalığa uğraması gerekmemektedir⁴⁷. 1475 sayılı İş Kanunu’nda işyerinin kapatılması veya işin durdurulması yaptırımının uygulanabilmesi için işyerinin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nün 515 vd. maddelerine uygun olarak kurma izni ve işletme belgesine tabi bir işyeri olması gerekmektedir. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu bu hükme yer vermediğinden yeni Kanunumuza göre işyerlerinin kurma izni ve işletme belgesine tabi olup olmamaları fark etmemektedir⁴⁸. Bütün işyerlerine bu yaptırım uygulanabilmektedir.

b. Komisyonun Oluşumu ve Kararı

İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması komisyon kararıyla olmaktadır. Komisyon işyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdürü olmak üzere beş kişiden oluşmaktadır⁴⁹.

İşyerlerinde İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik⁵⁰’te işyerlerinde işin durdurulması veya işyerlerinin kapatılması hususu ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Yönetmeliğe göre, işyerinin tesis ve tertiplerinde, makine ve cihazlarında, çalışma metot ve şekillerinde, işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir husus tespit edilirse, tehlike giderilinceye kadar komisyon tarafından tehlikenin niteliğine göre, işin kısmen veya tamamen durdurulmasına ya da işyerinin kapatılmasına karar verilir.

Müfettiş işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasını gerektiren bir durumun varlığını raporla belirtirse bölge müdürü tarafından komisyon toplantıya çağrılır. Komisyon oyçokluğuyla karar alır, oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır. Komisyon işyerindeki duruma göre işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararlarından birini alır. Komisyonun uyguladığı bu yaptırım geçici niteliktedir,

⁴⁷ Kılıç, s. 144.

⁴⁸ Mollamahmutoglu, s. 979.

⁴⁹ Mollamahmutoglu, s. 979; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 219.

⁵⁰ RG., 05.03.2004, S. 25393.

işyerindeki tehlikeli durum ortadan kaldırılınca yaptırım da sona erer⁵¹. Durdurma kararı müfettiş tarafından kapatma kararı da bölge müdürünün, kararı işyerinin bağlı bulunduğu mülki amire göndermesi üzerine mülki amir tarafından emir verilmesiyle uygulanmaya başlanır⁵².

İşveren isterse, verilen karara karşı yerel iş mahkemesinde altı iş günü içerisinde itiraz edebilir. Yapılan itiraz komisyon kararının uygulanmasını durdurmaz. Mahkeme de itirazı altı iş günü içerisinde karara bağlar. Mahkemenin verdiği bu karar kesindir⁵³.

2. İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması Halinde İşçilik Hakları

İşin durdurulması ve işyerinin kapatılması yaptırımları esas itibariyle iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinden kaynaklanan işçilerin daha güvenli bir ortamda çalışmalarını sağlamak için getirilen düzenlemelerdir. Dolayısıyla işin durdurulması veya işyerinin kapatılması hallerinde işçilerin zarara uğramamaları gerekmektedir. İK. 79'un sonuncu fıkrasında işin durdurulması veya işyerinin kapatılması hallerinde işçileri koruyucu düzenlemelere yer vermektedir. Bu hallerde işveren hukuken temerrüde düşmüş alacaklı olarak nitelendirilmekte ve işçilere karşı belirli yükümlülükleri bulunmaktadır⁵⁴. Buna göre makine, tesisat ve tertibat veya işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde işveren, işsiz kalan işçilerin ücretlerini ödemeye veya ücretlerinden bir düşüklük olmamak kaydıyla meslek ve durumlarına uygun bir iş vermeye mecburdur (İK. m. 79/son). Görüldüğü üzere, işyerinin kapatılması ya da işyerinde faaliyetin durdurulması halinde, işçileri korumak amacıyla, işverenin ya işsiz kalan işçilerin ücretlerini ödemesi ya da bu işçilere başka bir iş vermesi hükmü getirilmiştir.

B. İdari Para Cezası

İş sağlığı ve güvenliğine hükümlerine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren ya da işveren vekili, İK. m. 105'e göre idari para cezası ödemek zorunda kalır⁵⁵. İK. m. 105/a'ya göre, "78. maddesinde öngörülen

⁵¹ Kılıç, s. 145.

⁵² Mollamahmutoğlu, s. 978.

⁵³ Mollamahmutoğlu, s. 978; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 219.

⁵⁴ Mollamahmutoğlu, s. 978; Çelik, s. 168.

⁵⁵ Ömer Ekmekçi, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İşyerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Örgütlenmesi, İstanbul 2005, s. 164.

yönetmeliklerdeki hükümlere uymayan işveren veya işveren vekiline, alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önlemi için iki Yeni Türk Lirası, alınmayan önlemler için izleyen her ay için aynı miktar; 105/b'ye göre, 86. maddesi uyarınca işçilere doktor raporu almayan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için 87. maddesi gereğince çocuklara doktor raporu almayan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her çocuk için iki yüz Yeni Türk Lirası; 105/c'ye göre, 77. maddesine aykırı hareket eden 78. maddesi gereği işletme belgesi almadan işyeri açan veya belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler için belge almayan, 79. maddesi gereğince faaliyeti durdurulan işi izin almadan devam ettiren veya kapatılan işyerlerini izinsiz açan, 80. maddesinde öngörülen iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınan kararları uygulamayan, 81. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen, 88 ve 89. maddelerinde öngörülen yönetmeliklerde gösterilen şartlara ve usullere uymayan işveren veya işveren vekiline biner Yeni Türk Lirası; 105/d'ye göre bu Kanun'un 85. maddesine aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde on altı yaşından küçükleri çalıştıran veya aynı maddede belirtilen yönetmelikte gösterilen iş kayıtlarına aykırı işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline her işçi için bin Yeni Türk Lirası, aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen mesleki eğitim almamış işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline her işçi için beş yüz Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir”, denilmektedir.

Ayrıca, İK. m. 107'ye göre, “Bu Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrasındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen, 96. maddesindeki yasaklara uymayan işveren veya işveren vekiline sekiz bin Türk Lirası idari para cezası verilir. İş müfettişlerinin bu Kanundan veya diğer kanunlardan doğan her çeşit teftiş, denetlenme yetki ve görevleri gereğince görevlerinin yerine getirilmesi sırasında, görevlerini yapma ve sonuçlandırmaya engel olan kimselere, fiil suç oluşturmadığı takdirde, sekiz bin Türk Lirası idari para cezası verilir”.

İK. m. 108'e göre, “Bu Kanun'da öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106. maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğünce verilir. 101 ve 106. maddeler kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir. 106. maddeye göre verilecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır”.

II. İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

İşverenin, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı hareket etmesi neticesinde zarara uğrayan işçiye karşı hukuki sorumluluğu söz konusudur. İşveren yaralanan ya da hastalanan işçisine ya da ölen işçisinin yakınlarına tazminat ödemekle yükümlüdür. İşveren aleyhine açılan tazminat davalarında işverenin hukuki sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk da işverenin işyerinde iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğunun sonucudur⁵⁶.

A. İşverenin Gözetim Borcu

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu, işverenin işçiyi gözetme borcunun sonucudur. Gözetme borcu işçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturmaktadır⁵⁷. İşverenin işçiyi gözetme borcu iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan bir borçtur. İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında yapılan tam iki tarafa borç yükleyen, kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir⁵⁸. İş sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları işçi ve işveren arasında tam bir eşitlik görülmez. İş sözleşmesinde genel olarak işveren daha güçlü konumdadır. İş sözleşmesiyle çalışan işçi işverene hem ekonomik olarak hem de hukuksal olarak bağımlıdır. Çünkü işçi iş görmesi karşılığı olarak işverenden ücret alır; işçinin çoğu kez bu gelirden başka bir geliri yoktur ve işverenin verdiği ücret ile geçimini sağlar. İşçi işverene hukuksal olarak da bağımlıdır. Çünkü işçi işini görürken işverenin emri ve talimatı, onun yönetimi altındadır. Buradan da kişisel olarak işverene bağımlı olduğu sonucu ortaya çıkar⁵⁹. Bağımlılık unsuru iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçinin işverenin emir ve talimatı altında işini görmesidir. İşverenin işçiyi gözetme borcu kavramı, işçinin yaptığı iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı korunmasını sağlamak üzere işverenin alacağı önlemler ile işçinin çıkarlarına zarar verecek

⁵⁶ Murat **Demircioğlu**/Ali **Güzel**, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 192.

⁵⁷ Sarper **Süzek**, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. B., İstanbul 2008, s. 346.

⁵⁸ Mustafa **Kılıçoğlu**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 210-211; Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku, 14.B., Konya 2008, s. 39; Sarper **Süzek**, İş Güvenliği Hukuku, 1. B., Ankara 1985, s. 176.

⁵⁹ Gaye Burcu **Serathlı**, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003, s. 19.

davranışlardan kaçınmasını gerektiren yükümlülüklerden oluşmaktadır⁶⁰. İş sözleşmesinin niteliğinden dolayı işveren işçiye yardımcı olmak, işçinin gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı bütün önlemleri almakla yükümlüdür⁶¹.

Gözetme borcu, ihtimam, yardım borcu, özen borcu olarak isimlendirilmektedir. Bu borç işçiyi korumayı, onun yararları doğrultusunda hareket etmeyi ve onun için zararlı olabilecek davranışlardan kaçınmayı ifade etmektedir⁶². Gözetme borcu işverene, işçiye yardımcı olma, onun menfaatine uygun davranma, onu koruma gibi birtakım yükümlülükler yükler⁶³. Bu borç geniş kapsamlı bir borçtur. İşçinin gördüğü işe ve somut olayın özelliklerine göre söz konusu borcun kapsamı belirlenebilir. Ayrıca gözetme borcunun kapsamı 4721 sayılı Medeni Kanun'un⁶⁴ 2. maddesinde hükme bağlanan dürüstlük ve iyi niyet kurallarına göre belirlenir, bu şekilde sınırları çizilir. İşyerinde işverenin gözetme borcunun kapsamı teknolojiye gelişmeler ve işin tehlike durumunun artması ya da azalmasına göre genişleyip daralabilir⁶⁵. Bu borcun kapsamına öncelikle işçinin kişiliğinin korunması girmektedir. Bu doğrultuda işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması gözetme borcu kapsamında yer alır⁶⁶. İşçinin kişiliğinin korunması bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, özel alanlarının korunmasını ifade

⁶⁰ Ercan **Güven**/Ufuk **Aydın**, Bireysel İş Hukuku, 2.B., Eskişehir 2007, s. 111; Cevdet İlhan **Günay**, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2004, s. 400-401; Ercan **Akyiğit**, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2. B., Ankara 2006, s. 438; **Çelik**, s. 165-166; **Süzek**, İş Hukuku, s. 312; Coşkun **Saraç**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi Yodçem Sosyal Sigorta Kurumları ve İşveren Açısından İş Kazası Kavramı, Kasım 1998, s. 100; **Uşan**, s. 92; **Sümer**, s. 84; Coşkun **Saraç**, "İşyeri Dışında Meydana Gelen iş kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem alma Yükümlülüğü-Uygun İlliyet Bağı", SİHD, S. 18, Haziran 2010, s. 210.

⁶¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 346.

⁶² Ünal **Narrmanhoğlu**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, 3. B., İzmir 1998, s. 245; **Uşan**, s. 93; **Sümer**, s. 85.

⁶³ Tankut **Centel**, Çocukların ve Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, s. 65; **Sümer**, s. 85.

⁶⁴ RG, 08.12.2001, S. 24607.

⁶⁵ **Serathı**, s. 25.

⁶⁶ **Süzek**, İş Hukuku, s. 346.

eder⁶⁷. İşçiye yol gösterme, işçiye yapacağı iş ve kullanacağı araçlar hakkında bilgi verme, yetkili makamlara zamanında bildirimde bulunma, işyerindeki karmaşık makineler alet ve edevatların kullanma talimatları ve tehlikeleri hakkında işçiyi bilgilendirme, işçinin çıkarlarının korunması için kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirme, işçiye kendisini ilgilendiren bazı evrak ve belgeleri inceleme olanağı vermek, işyerinde işçilerin sağlığını korumak amacıyla iş güvenliği önlemlerini almak gibi hususlar girebilir. Bu hususlar iyi niyet kuralları çerçevesinde işin ve işyerinin niteliğine göre artırılabilir⁶⁸.

İşverenin gözetme borcu herhangi bir sınır getirilmeden düzenlenmiştir. İşverenlerin sadece mevzuatta açıkça belirtilmiş önlemleri almaları yeterli değildir. Bunun yanında işverenler teknoloji ve bilimin gerektirdiği bütün önlemleri almakla yükümlüdürler⁶⁹.

Gözetme borcuyla ilgili hem Borçlar Kanunu'nda hem de İş Kanunu'nda hükümler bulunmaktadır⁷⁰. Borçlar Kanunu'nun 313 ve devamı maddelerinde zaten iş sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu maddeler arasında gözetme borcunu düzenleyen 332. maddedir. "Tebdir ve mesai mahalleri" kenar başlıklı maddeye göre: "iş sahibi aktin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur". Madde metninden anlaşılacağı üzere işveren işyerinde işçinin sağlığını korumak, güvenliğini sağlamak için gereken tedbirleri almak işletme tehlikelerine karşı işçiyi

⁶⁷ **Süzek**, İş Hukuku, s. 346.

⁶⁸ Cahit **Doğan**, İş Hukuku, 1. B., Niğde 2001, s. 127; **Güven/Aydın**, s. 112; Levent **Akın**, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 58; Nizamettin **Aktay/Kadir Arıcı/Emine Tuncay Senyen Kaplan**, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2007, s. 144-145; **Uşan**, s. 93-94; **Sümer**, s. 85; Levent **Akın**, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", SİHD, S. 1, Mart 2006, s. 150.

⁶⁹ Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği gibi, işverenin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, iş güvenliği kurallarınca belirlenenlerin yanında hayatın olağan akışlı içinde oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmaları da içerir. **Y10.HD.**, 14.10.1977, E. 1977/1613, K. 1977/6398, **Çelik**, İş Hukuku, s. 167.

⁷⁰ **Serathı**, s. 20.

uyarmak zorundadır. Bunların hepsi gözetme borcunun uzantılarıdır⁷¹. BK. m. 332 hükmü emredici bir hukuk kuralı niteliği taşımaktadır. Bu hüküm üç koruma önlemini kapsamaktadır. Bu önlemler işçiyi işletme tehlikelerine karşı koruma, işçinin sağlığına uygun çalışma yeri sağlama, işçinin sağlığına uygun yatacak bir yer sağlamadır⁷². Örneğin işveren işyerinde işçiyi koruyucu duvarlar yaptırmak, işçiye koruyucu gözlük vermek, işyerinde sağlam iskeleler inşa etmek, ayrıca yine işyerinde uygun ve yeterli bir ışıklandırma tesisatı kurmak zorundadır. İşveren bu önlemleri almazsa gözetim borcuna aykırı davranmış olur, sorumlu olur⁷³.

İşverenin gözetme borcunun diğer bir dayanağı ise İş Kanunu'nun 77. maddesidir. Bu maddeye göre: "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ver gereçleri noksatsız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler"⁷⁴. Maddenin 2. fıkrasına göre işverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar". Bu maddeye göre işveren işyerlerinde işçilerin sağlığını korumak amacıyla her türlü önlemleri almalıdır. Yargıtay'ın kararında da "işveren, işyerinde geniş anlamda doğmuş veya doğabilecek tüm tehlikeleri önlemek zorundadır"⁷⁵, demiştir. Yine Yargıtay, "işveren günümüz bilim ve teknolojisinin öngördüğü önlemleri dahi almakla yükümlüdür"⁷⁶, diyerek aynı duruma işaret etmiştir.

İşverenin gözetme borcunun kapsamının oldukça geniştir. Ayrıca söz konusu borcun kapsamında işverenin sadece mevzuatta belirtilen önlemleri

⁷¹ Akın, Maddi Tazminat, s. 60.

⁷² İbrahim Uğur, "İş Güvenliği Alanında Sorumluluk", Maliye ve Sigorta Yorumları, Y. 7, S. 155, 1 Temmuz 1993, s. 65.

⁷³ Saraç, 105-106.

⁷⁴ İbrahim Uğur, "50 ve Yukarı Sayıda İşçi Çalıştıran İşyerlerinde İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Kurulunun Oluşturulması", Maliye ve Sigorta Yorumları, Y. 4, S. 88, 15 Eylül 1990, s. 88.

⁷⁵ Y10HD, 31.10.1978, E. 2077, K. 7689, Alp Esin, Yeni Mevzuatın Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara 2006, s. 41.

⁷⁶ Y10HD, 17.04.1984, E. 2029, K. 2140, Esin, s. 42.

alması yetmemektedir. Somut olayın özelliğine göre, teknolojinin ve bilimin alınmasına imkân tanıdığı bütün önlemleri alması gerekmektedir⁷⁷. İşveren önlem olarak doğmuş ya da doğabilecek bütün tehlikeleri önlemek zorundadır⁷⁸. İşveren işin gerektirdiği iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli olan bütün tedbirleri almaz, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese ve işçi iş kazasına uğrarsa bu kazadan sorumlu olur⁷⁹.

B. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranması halinde sorumluluğunu incelemeyen önce işverenin sorumluluğunun hukuksal niteliğine değinmekte fayda vardır. Türk hukukunda İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda işverenin sorumluluğunun dayandığı esas belirtilmemiştir. Bundan dolayı işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur⁸⁰. İşverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretide ve Yargıtay kararlarında kusura dayalı sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere başlıca iki görüş söz konusudur.

1. Kusur Sorumluluğu Görüşü

Borçlar Kanunu'nda ve İş Kanunu'nda işverenin sorumluluğunun dayandığı esas belirtilmemiştir. Fakat Borçlar Kanunu genel olarak kusura dayanan sorumluluk halini kabul etmektedir⁸¹. BK'nun 41. maddesine göre, "gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir suretle diğer bir kimseye zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur". Yine BK'nun 332. maddesine göre, işin mahiyeti ve hizmet ilişkisinin özelliği yönünden hakkaniyete uygun olarak kendisinden beklenebilecek tedbirleri alması halinde işverenin sorumluluğu ileri sürülemeyecektir. Borçlar Kanunu'muzdaki sorumlulukla ilgili bu

⁷⁷ Seratlı, s. 23.

⁷⁸ Saraç, s. 113; Hakim Çelik, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Şubat 2005, s. 17.

⁷⁹ Mahmut Çolak, "4958 sayılı Yasa İle Uygulama Yönetmeliği İşçi Altında İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları Sigortasında İşveren Yükümlülükleri", Yaklaşım Dergisi, Y. 12, S. 139, Temmuz 2004, s. 223; Gündüz, s. 44.

⁸⁰ Seratlı, s. 47.

⁸¹ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. B., İstanbul 2005, s. 146; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. B., İstanbul 2006, s. 529; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2000, s. 472.

düzenleme kusura dayalı sorumluluktur⁸². Hukukumuzda göre genel olarak sorumluluk için hareket hukuka aykırı olmalı, kasıt ya da kusura dayanmalıdır⁸³.

Kusur; iradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi veya hukuka aykırı sonucun önlenmesi konusunda gerekli iradenin gösterilmemiş olması anlamına gelmektedir⁸⁴. Hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranışlar kusurlu davranışlardır⁸⁵. Kusur sorumluluğu ilkesi kabul edilirse, işçinin zarara uğraması durumunda işverenin sorumlu olabilmesi için işverenin bilerek isteyerek hareket etmesi ya da istememekle birlikte meydana gelmesini engellemek için göstermesi gerekli dikkat ve özeni göstermemesi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış olması gerekmektedir. Bu görüşe göre işveren işçinin zarara uğramaması için elinden gelen her şeyi yapmış ise kusurlu sayılamaz ve sorumlu tutulamaz⁸⁶. İşverenin kusurlu ya da kusursuz olduğunun tespit edilmesinde sadece gereken önlemleri almış olması yetmez, aynı zamanda bu önlemlerin uygulanmasının denetlenmesi ve işçilerin bu konuda eğitilmeleri de gerekmektedir. Gerekli iş güvenliği önlemlerini alsa bile işveren bu yükümlülüklerle aykırı davranırsa kusurlu olduğu kabul edilir, yine sorumlu olur⁸⁷. Kusur sorumluluğunda işverenin kusuru değerlendirilirken objektif ölçüler dikkate alınacaktır. İşverenin işyerinde gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği işveren ile aynı durumdaki makul, dürüst, dikkatli insanın davranışları esas alınarak değerlendirme yapılacaktır. İşveren davranışında makul, dikkatli insan tipinin göstermesi gereken özen ve dikkati göstermemişse sorumlu olacaktır⁸⁸. Bu esasın benimsenmesi işverenleri daha dikkatli davranmaya daha özenli olmaya sevk edecektir.

82 Turgut **Akıntürk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 12. B., İstanbul 2006, s. 87; Fatih **Cengizler**, “İş Kazalarının Genel Değerlendirilmesi I”, Maliye Postası, Y. 22, S. 499, 15 Haziran 2001, s. 80; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 218.

83 Mehmet **Ayan**, Borçlar Hukuku, 4. B., Konya 2005, s. 12; Mesut **Balcı**, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu”, SİHD, S. 4, Aralık 2006, s. 160; **Saraç**, İşyeri Dışında İş Kazası, s. 212.

84 **Saraç**, s. 124.

85 **Eren**, s. 529.

86 **Akın**, Maddi Tazminat, s. 88.

87 **Serath**, s. 61.

88 **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 218.

Böylece iş kazaları da önlenebilecektir. Çünkü işverenden iş güvenliği önlemlerinin alınması ve gerekli dikkat özenin gösterilmesi konusunda benzer işyeri kuran diğer aynı durumdaki işverenlerden beklenen normal özen beklenecek, işveren de davranışlarını bu işveren tipine uyarlamaya çalışacaktır⁸⁹.

İşverenin kusurlu sorumluluğunun akdi sorumluluk yanında haksız fiil sorumluluğu olarak da nitelenebileceği kabul edilmektedir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği konularında gerekli önlemleri almaması kişi varlıklarını korumayı amaçlayan kuralların ihlal edilmesi olarak kabul edilir ve işçi tazminat talebini BK. m. 41 ve devamı maddelere dayandırabilir⁹⁰.

Yargıtay kararlarında işverenin sorumluluğunun niteliği noktasında halen istikrar bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme daha çok somut olayın özelliklerini dikkate alarak hukuksal değerlendirme yapmakta işverenin sorumluluğunu böylece kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırmaktadır⁹¹.

Özellikle Yargıtay yeni tarihli bir kararında işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun kusur esasına dayandığını ifade etmiştir. Bu karara göre, “İşverenin iş kazası sonucu meydana gelen zarar nedeniyle hukuki sorumluluğu yasa ve icthatlarla belirlenmiş ayırık haller dışında ilke olarak iş akdinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur”⁹².

Öğretide bir görüş de , işverenlerin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesinin işverenleri zor durumda bıraktığını, işverenlerin iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası için prime esas kazacın tehlike sınıfına göre %1,5 ila %7’si kadar öngörülen primin işverenlerden alındığını, işverenlerin bu primleri ödeyerek riski satın almış sayıldıklarını, bu risklerden doğan sorumluluklarını sosyal sigortalara devretmiş olduklarını, bu durumda bir de işverenlerin kusursuz sorumluluğunun kabul edilip gereksiz rücu talepleriyle onları bunaltmanın uygun olmadığını savunulmaktadır⁹³.

⁸⁹ **Akın**, Maddi Tazminat, s. 99.

⁹⁰ **Mollamahmutoğlu**, s. 993.

⁹¹ **Akın**, Maddi Tazminat, s. 89.

⁹² **Y21HD.**, 12.2.2007, E. 14258, K. 1770, **Süzek**, İş Hukuku, s. 355.

⁹³ Müjdat **Şakar**, “İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu”, SIHD, S. 2, Haziran 2006, s. 129.

2. Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Kusursuz sorumluluk halinde sorumluluğun doğması için kişinin kusurlu olması gerekmemektedir, belli olayın varlığı sorumluluk için yeterlidir⁹⁴. Hukukumuzda bir kimsenin başka kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumlu olabilmesi için hareketinde kusurlu olması gerekir. Fakat istisnai durumlarda kusursuz sorumluluğa yer verilmiştir⁹⁵. Söz konusu istisnalar kanunlarla düzenlenmiştir. (BK 54/I, 55, 56, 58; MK 48/II, 320, 410, 656, 819, 917/I; KTK85/; İİK6, 259;TTK27/II, 839/III). Bunların arasında işverenlerin kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olacakları yolunda düzenleme bulunmamaktadır⁹⁶. Fakat bu yönde öğretide görüşler bulunmaktadır. Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu durum belirtilmiştir.

Kusursuz sorumluluk kavramı, hukukta toplumsal düşüncelerin ürünü olarak ortaya çıkmıştır⁹⁷; bu anlayış işçiyi koruyucu nitelik arz etmektedir. Zira böyle bir durumda işverenin kusuru olmasa bile sorumlu tutulmakta, zarar mağdur durumda bulunan işçinin üzerinde kalmamaktadır.

Sanayi devrimiyle birlikte teknolojinin gelişmesiyle; mekanik, kimyasal güç ile çalışan makinelerin işyerinde meydana getirdiği zararlarda kimin kusurlu olduğunun ya da ne miktar kusuru bulunduğu ispatlanması güçleşmiş, işyerlerinde kullanılan teknik araçların artmasıyla alınabilecek önlemlerle bile önüne geçilmesi mümkün olmayan tehlikeler ortaya çıkmıştır⁹⁸. Kusura dayalı sorumluluk anlayışı modern toplumun ihtiyaçlarına cevap veremez hale gelmiştir. Bundan dolayı kusur kavramından gittikçe uzaklaşmış, kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiştir⁹⁹. Bu durum Yargıtay kararlarında da kendisini göstermiştir. Yargıtay verdiği bir kararında, işyerinde çim biçerken palmye ağacının dalının gözüne çarpması sonucu malul kalan işçinin işverenin tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olduğunu ifade etmiştir ve kararını şu gerekçeye dayandırmıştır: “sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler işyerlerinde tehlike boyutlarını artırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu

94 Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Bilgisi, 5. B., Ankara 2001, s. 94; Oğuzman/Öz, s. 470; Akın, Maddi Tazminat, s. 85.

95 Oğuzman/Öz, s. 471.

96 Seratlı, s. 47.

97 Akın, Maddi Tazminat, s. 85.

98 Akın, Maddi Tazminat, s. 89.

99 Saraç, s. 117.

alandaki yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. İşveren kendi alanındaki her türlü tedbirleri almış olsa dahi; işyeri koşullarından kimi tehlikeli durumlar, zararlandırıcı sonuçlar meydana getirmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi toplumun ihtiyaçlarına cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır. Gerçekten, kimi tehlikelerle dolu uğraşlardan doğan zararlı sonuçlar bazı kere insan eylem ve iradesi dışında meydana gelebilir. Dış çevrede belirli tehlikeler yaratan uğraşı ve davranışların sonuçlarından kaçınma ve bunları önleme olanağı olmasa bile, bu uğraşlardan yararlananlar bundan sorumlu olmalıdır. Zarar, sorumluluk kaynağı tehlikeye bağlı olarak ortaya çıkar. “Risk nazariyesi” olarak nitelendirilen ve kabul edilen bu görüş çerçevesinde beden gücüyle topluma yararlı işler sağlama amacıyla bulunan kişiler korunur. Burada işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak; sadece kasti veya işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya suç sayılır eylemi sonucu meydana gelen zararlara ilişkin olmayıp tehlike nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira işveren iş akdi ile işçiyi, iş ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır. İşte bu nedenle kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş ve işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varılmıştır”¹⁰⁰.

Kusursuz sorumluluk halinin kabul edilmesi birtakım gerekçelere dayandırılmaktadır. Bunlardan biri hakkaniyet düşüncesidir. Hakkaniyet düşüncesi zararın taraflar arasında paylaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bunlarla birlikte bir diğer düşünce de tehlike düşüncesidir¹⁰¹. Bu düşünceye göre de tehlikeli bir işletme işleten kişiler, işverenler bu işletme yüzünden kişilerin uğradığı zararları kusurları olmasa dahi tazmin etmek zorundadırlar¹⁰². Tehlike sorumluluğunun amacı kurulmaları ve kullanılmaları ekonomik ve sosyal bakımdan zorunlu olan ama tehlike yaratan tesislerin verdikleri zararlardan bu tesislerden yaralanan kimselerin

¹⁰⁰ **Y21HD**, 06.05.2004, E. 2004/3889, K. 4614, **Balcı**, s. 179.

¹⁰¹ **Akın**, Maddi Tazminat, s. 91.

¹⁰² Şahin **Akıncı**, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000, s. 120.

sorumlu tutulmasıdır¹⁰³. Yaptıkları faaliyetler ile tehlike yaratan kişiler kusurları olmasa bile ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmalıdırlar¹⁰⁴.

İş hukukunda işverenin kusursuz da olsa işçiye verdiği zarardan sorumlu olacağı düşüncesi öğretide birçok yazar tarafından da ifade edilmiştir¹⁰⁵. Fakat bu yazarların da görüşlerini dayandırdıkları ilkeler birbirlerinden farklıdır. Bir kısmı, bu konuda kanun boşluğu olduğunu bundan dolayı hakimin MK. m.1'e göre kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir sorumluluk nedeni yaratmaya ve mevcut sorumluluk türünü yeni bir sorumluluk türüne dönüştürmeye yetkili olduğunu yargı kararlarında da bu yetkinin kullanılarak işverenin kusursuz sorumluluk esasında sorumlu tutulduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁶. Bunlardan kimisi işverenin sorumluluğunu yukarıda ifade ettiğimiz tehlike ilkesine dayandırmaktadır. Bu ilkeye göre örneğin; bir kişinin sahip olduğu, çalıştığı ya da yararlandığı makine, araç ve gereçler ortaya tehlike yayıyor ise, kişi meydana gelebilecek zararları tazmin etmekle yükümlüdür¹⁰⁷. Kusursuz sorumluluğu kabul eden bazı görüşler de bu sorumluluğu hakkaniyet ilkesine dayandırmaktadır. Buna göre, bir toplumda genel kabul gören düşünceye genel hayat tecrübelerine göre kişinin uğradığı zararın tazmini gerekiyorsa bu zarar taraflar arasında paylaşılmalıdır. Birtakım görüşler ise, kusursuz sorumluluğu çıkar ilkesine dayandırmaktadır. Bu ilkeye göre de işçinin yaptığı işin menfaatlerinden işveren yararlanmaktadır, bundan dolayı bu yapılan iş nedeniyle meydana gelen zarara da işverenin belli ölçüde katılması gerekir¹⁰⁸. Yargıtay da bir kararında; işyerinde işin yürütülmesi ile ilgili tehlikelerden doğan zararlarda, tarafların kusurları bulunmasa bile işçinin uğradığı zararın tamamının işçiye değil hakkaniyet ölçüsünde onun faaliyetinden yarar sağlayan işverene de

¹⁰³ Akın, Maddi Tazminat, s. 86.

¹⁰⁴ Balcı, s. 160.

¹⁰⁵ Akın, Maddi Tazminat, s. 85; Serath, s. 47; Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1988, s. 322; Ekrem Türkoğlu, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s. 98.

¹⁰⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 86-88.

¹⁰⁷ İbrahim Uğur, "İş Kazalarında İşverenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları", Maliye ve Sigorta Yorumları, S. 101, 1 Nisan 1991, s. 86.

¹⁰⁸ Akın, Maddi Tazminat, s. 90.

yüklenmesi gerektiğini söyleyerek, kusursuz sorumluluğu bu ilkeye dayandırmıştır¹⁰⁹.

Yargıtay kararlarında işverenin iş kazalarından dolayı kusursuz sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir. Fakat iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alan işveren ve almayan işveren arasında yani kusurlu ve kusursuz işveren arasında tazminat bakımından bir fark olması gerektiğini düşünerek bu durumda tazminattan BK'nun 43. maddesine göre indirim yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁰.

İşte bütün bu düşüncelerin ışığı altında işverenin kusursuz da olsa sorumlu olacağını fakat kusur sorumluluğunun da somut olayın özelliklerine göre bazı durumlarda uygulamaya devam edileceği söylenilebilir. Sadece kusurlu sorumluluk halinin kabul edilmesi bazı durumlarda zarara uğrayan işçilerin mağdur olmalarına neden olacak, tamamen kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi ise işverenlerin gereksiz rücu davalarına çok fazla muhatap olmaları sonucunu doğuracaktır. Bu konuda somut olayın niteliğine göre iki sorumluluk türü arasında dengenin sağlanması işçi ve işveren tarafların mağdur olmamalarına yönelik kararlar verilmesi daha doğru olacaktır.

Ayrıca illiyet bağımlı kesen hallerde kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk hükümleri uygulanmamaktadır. İlliyet bağımlı kesen sebepler ise; mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru halleridir. Bu üç halden birinin gerçekleşmesi halinde işverenin kusurlu da olsa kusursuz da olsa sorumlu tutulması söz konusu değildir¹¹¹.

C.İşverenin Sorumluluğunun Akdi Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması

İşverenin işçiyi gözetme borcu kanundan ve iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borçtur¹¹². Dolayısıyla işverenin bu borcu yerine getirmemesi hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil oluşturur. Akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu yarışır. İşveren işçiyi gözetme borcunu yerine getirmezse iş sözleşmesine aykırı hareket etmiş sayılır. Böyle bir durumda işçi BK. m. 96 ve 332'ye dayanarak tazminat davası açabilir. Bununla birlikte işverenin iş güvenliğine ilişkin önlemleri almamasından dolayı işçi zararını karşılamak için haksız fiil sorumluluğuna göre (BK. m.

¹⁰⁹ **YHGK**, 18.03.1987, E. 86-9-722, K. 87-203, **Akın**, Maddi Tazminat, s. 90.

¹¹⁰ **Y9HD**, 17.02.1967, E. 12744, K. 1373, **Serathlı**, s. 52.

¹¹¹ **Saraç**, İşyeri Dışında İş Kazası, s. 203.

¹¹² **Süzek**, İş Güvenliği, s. 238.

41) dava açabilir. İşverenin iş güvenliği kurallarını ihlali haksız fiil de teşkil eder¹¹³. İşçi böyle bir durumda dilerse akdi sorumluluk dilerse haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre dava açıp zararını tazmin ettirebilir. Fakat akdi sorumluluk hükümlerine dayanması işçinin daha yararlıdır. Çünkü haksız fiil sorumluluğunda işverenin kusurunu da ispatlamak zorundadır. Akdi sorumlulukta buna gerek yoktur, işveren kendi kusursuzluğunu ispatlamalıdır. Ayrıca zamanaşımı hükümleri bakımından da işçinin akdi sorumluluk hükümlerine dayanması kendi lehinedir¹¹⁴. Çünkü akdi sorumlulukta dava 1 yıllık (BK. m. 60) zamanaşımı süresine değil, Borçlar Kanunu'nun 125.maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

D. Hukuki Sorumluluğun Kapsamı

İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri almaması durumunda işçinin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması, sakatlanması durumlarında kendisi; işçinin hayatını kaybetmesi halinde ise onun desteğinden yoksun kalan yakınları, genel hükümler yoluyla maddi ve manevi zararlarının tazminini talep edebilirler¹¹⁵. Bu durumlarda işçi eğer sigortalı ise işçinin ve onun yakınlarının zararları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanacaktır. Fakat işçinin bütün zararları Kurum tarafından karşılanmayabilir. İşte bedensel ve ruhsal bakımdan zarara uğrayan işçi Kurumca karşılanmayan zararları için işverene başvurabilir¹¹⁶. İş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranan işverenin hukuki sorumluluğunun kapsamı Kurum tarafından karşılanmayan oranla sınırlıdır¹¹⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “İş kazası sonucu maluliyetten doğan maddi ve

¹¹³ Nitekim Yargıtay da bir kararında, anılan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak ifade etmiştir. “haftada normal olarak en çok 48 saatlik iş süresinin uygulanacağı ve işçileri, lastik veya tahta ayakkabı giydirmek suretiyle sudan ve rutubetten korumaya ve soğğun tesirinden koruyacak evsafi haiz elbise ve sair levazım ile teçhiz etmeğe işveren mecbur ve yalınayak işçi çalıştırması yasak olup bu tüzük hükümlerinden herhangi birine aykırı harekette bulunanlar hakkında cezai takibat yapılacağı tasrih edilmiş bulunduğu ve Borçlar Kanunu'nun 41'nci maddesinin mutlak sarahatine göre yukarıda özetlenen ve işçinin sağlığını koruyan hükümler muhalif bir fiilin haksız fiil sayılması zaruridir”. **YHGK**, 02.04.1947, 54/15, **Akın**, Maddi Tazminat, s. 95-96.

¹¹⁴ **Kılıç**, s. 170.

¹¹⁵ **Kılıç**, s. 171; **Sümer**, s. 81.

¹¹⁶ **Sümer**, s. 159.

¹¹⁷ **Kılıç**, s. 172; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 217; **Süzek**, İş Güvenliği, s. 192.

manevi tazminat davaları, nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararların giderilmesine ilişkindir. Bu nedenle tazminat belirlenirken maluliyet oranı, kusur oranı ve kanuni nedenler indirildikten sonra Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından bağlanan peşin sermaye değerinin indirilmesi suretiyle tazminat belirlenmelidir¹¹⁸, diyerek bu durumu belirtmiştir.

1. Maddi Tazminat

Maddi tazminat, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu işçinin uğradığı zararlar nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalmayı gidermeyi amaçlayan miktardır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi tazminata ilişkin İş Kanunu'nda düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı bu maddi tazminata Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri uygulanmaktadır¹¹⁹. BK. m. 46/f.1'e göre "Cismani bir zarara duçar olan kimse külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ilerde iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyasını ve bütün masraflarını isteyebilir". Bu hükme göre, işverenin kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarara uğrayan işçi, sadece uğradığı zarar sonucu yaptığı tedavi giderlerini değil aynı zamanda ilerde iktisadi olarak karşılayabileceği zararın masraflarını da talep edebilecektir. Bunları ayrı ayrı incelememizde fayda vardır.

a. Çalışma Gücünün Kaybından Doğan Zararlar

Çalışma gücü kaybı cismani zarar olarak adlandırılmaktadır. Bu da bedensel ve ruhsal zarar anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda işçi bedensel ya da ruhsal zarara uğradığında geçici ya da sürekli olarak çalışamaz duruma gelmektedir. Şayet iş göremezlik tedaviye karşı kısmen ya da tamamen yine sürüyorsa sürekli, tedavi ile giderilmiş ise geçicidir¹²⁰. Mesela işçinin iş kazasına uğraması halinde bacağının kopması, beyin kanaması geçirmesi, gibi durumlar bu halin içine girmektedir. İşçinin uğradığı zararın sadece bedensel bütünlüğe yönelik olması şart değildir. Ruhsal bütünlüğe yönelik olarak meydana gelen zararlar da cismani zarar olarak nitelendirilmektedir. Örneğin işçinin iş kazası neticesinde görme duyusunu kaybetmesi durumunda aynı zamanda ruhsal bunalıma girmesi halinde işçi ruhi zarara da uğramış sayılır. Ya da iş kazası sonucu işçinin

¹¹⁸ **Y21HD**, 20.12.2004, E. 2004/8895, K. 2004/11364, YKD, C. 31, S. 7, Temmuz 2005, s. 1056.

¹¹⁹ **Kılıç**, s. 173; **Mollamahmutoğlu**, s. 995.

¹²⁰ **Demircioğlu/Güzel**, s. 204.

psikolojik rahatsızlığa uğraması halinde de yine ruhsal zarar söz konusudur. İşte işçinin uğradığı bu zararların hepsi işçinin çalışmasına ve gelir elde etmesine mani olmaktadır. Dolayısıyla işçinin bundan doğan zararlarının işveren tarafından karşılanması gerekmektedir¹²¹. Bu tazminat da işçinin çalışma gücünü geçici ya da sürekli olarak kaybetmiş olmasına göre farklı olarak hesaplanacaktır.

b. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı hareketi nedeniyle işçi bir zarara uğrarsa çalışma gücünün kaybı ile birlikte işçinin ekonomik geleceği de tehlikeye düşebilir. İşçinin ilerde daha fazla gelişme ya da yükselme şansı da azalmış olabilir. Örneğin işçinin bir sakatlığa uğraması ilerde daha iyi işlere girmesine engel olabilir veya işçinin iş kazasına uğraması sonucu ruh sağlığı bu iş kazası ile ciddi bir şekilde etkilenebilir bu da ilerde işçinin daha iyi bir konumda çalışmasını engelleyebilir¹²² ya da işçinin kaza sonucu çirkinleşmesi veya sağır kalması sonucu mesleğini eskisi gibi devam ettiremeyecek olabilir¹²³. Bu tür zararlara ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar denilmektedir. Bu zarar, işçinin çalışma yaşı ile sınırlandırılmaktadır. Bu zarar işçinin ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazanç ile şimdiki durumuyla gelecekteki elde edeceği kazanç arasındaki farktan oluşmaktadır. BK. m. 42/II'ye göre zararın gerçek oranının belirlenemediği durumlarda hâkim durumun gereklerine göre bir miktar zarar öngörebilmektedir¹²⁴. İşçi iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlarını da bu şekilde talep edebilmektedir¹²⁵.

c. Maddi Tazminatın Miktarının Belirlenmesi

İş kazası veya meslek hastalığı halinde maddi tazminat belirlenirken kaza ya da hastalık hiç olmasaydı işçi ne durumda olacak idiyse o durum belirlenir ve işçinin o hale getirilmesi sağlanır. Kaza ya da hastalık nedeniyle işçinin gelir kayıpları hesaplanarak kendisine ödeme yapılır¹²⁶. İş kazası

¹²¹ Kılıç, s. 174.

¹²² Demircioğlu/Güzel, s. 205.

¹²³ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. B., İstanbul 2008, s. 128.

¹²⁴ Demircioğlu/Güzel, s. 205.

¹²⁵ Mollamahmutoğlu, s. 996.

¹²⁶ Kılıç, s. 180.

sonucunda zarara uğrayan işçinin karşılaştığı maddi zarar tamamen kaza anında ortaya çıkmayıp, iki dönemde oluşur. Zararın bir kısmı kaza anında doğar fakat büyük bir kısmı ise, kazadan sonra meydana gelir. İşte bu durumlar maddi tazminatın belirlenmesinde etkili olurlar. Bu unsurların başlıcaları işçinin meslekte kazanma gücündeki kayıp oranı, iş görebilme çağının uzunluğu, yaşam süresinin sonu, işçinin kaza anındaki ücreti ve işçinin ya da işverenin kusur durumlarıdır. Tazminat miktarının belirlenebilmesi için bu unsurlar da yeterli değildir. İşçinin somut durumuna göre birtakım unsurların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örneğin işçinin kaç yaşında emekli olmak isteyeceği, ne zaman öleceği, aynı işte mi çalışacağı yoksa daha fazla ücretli başka iş mi bulacağı, iş göremezliğinin ekonomik geleceğini ne kadar sarsacağı gibi birtakım hususların bilinmesi gerekmektedir. İşte her işçi açısından bu saydığımız unsurlar gibi birtakım bilinmeyenlerin bulunması hesaplamanın yapılmasını güçleştireceğinden ihtimaller azaltılmaya çalışılarak hesaplama yöntemi geliştirilmiştir. Böylece iş kazası tazminatlarında kullanılacak esas unsurlar belirlenmiştir¹²⁷.

aa. Meslekte Kazanma Gücü Kaybı

İş kazası veya meslek hastalığı sonucunda işçinin bedensel bütünlüğü ihlal olmuş ve bu haliyle mesleğini tam ya da gereği gibi yerine getiremeyecek durumda olması haline meslekte kazanma gücünün kaybı diyebiliriz¹²⁸. İş kazasından doğan maddi tazminatın belirlenebilmesi için öncelikle işçinin iş göremezlik oranının belirlenmesi gerekmektedir. Böylelikle işçinin eski tam iş görebilir haliyle kazadan sonraki durumu arasındaki fark belirlenmiş olmaktadır¹²⁹. Sigortalının kazaya uğrayan her organının işçinin meslekte kazanma gücünü ne oranda azaltmış olacağı Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğüne bağlı cetvelde belirlenmiştir. Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde yer alan ve çalışma gücü kayıp oranlarının belirlenmesinde kullanılan beş cetvel bulunmaktadır (A-B-C-D ve E cetvelleri). Maddi tazminat miktarı hesaplanırken işçinin maluliyet oranı bu cetveller esas alınarak belirlenir. İşçinin meslekte kazanma gücünün kaybı kendi mesleğine göre belirlenir. Oranın başka bir meslek için düşük olması tazminat miktarını etkilemez önemli olan işçinin

¹²⁷ Akın, Maddi Tazminat, s. 105-106.

¹²⁸ Kılıç, s. 181.

¹²⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 367.

kendi mesleğindeki oran miktarıdır¹³⁰. Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararında, iş kazası tazminatı davasında maddi tazminatın hesaplanmasında, işçinin yürüttüğü iş dışındaki bir başka işin esas olarak alınmasını reddetmiştir¹³¹.

Bazen işçinin maluliyet oranında zamanla artma olabilir. Böyle hallerde de işçi işverenden ek taleplerde bulunabilir¹³².

bb. İş Görebilme Çağının ve Yaşam Süresinin Belirlenmesi

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalının maddi tazminatı hesaplanırken iş görebilme çağının yani faal çalışma süresinin ve bu süre sona erdikten sonra da muhtemel yaşam süresinin belirlenmesi gerekmektedir¹³³. İş görebilme çağı ve yaşam süresi birbirinden farklı kavramlardır¹³⁴. Fakat iş görebilme çağı yaşam süresini de kapsamaktadır. Çünkü hayatın olağan akışına göre işçi belli bir süreye kadar çalışacak ondan sonraki yaşamını ise çalışmaksızın emeklilik aylığı ile hayatını devam ettirecektir. Ülkemizde Yargıtay'ın yerleşik ictihatına göre işçinin iş görebilme çağı 60 yaş olarak belirlenmiştir¹³⁵.

cc. Ücretlerin Belirlenmesi

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalı belli bir süre çalışmadığından dolayı ücretlerinden mahrum kalır. İşçinin maddi zararı tespit edilirken bu ücretlerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Hesaba katılacak olan ücret, işçinin kazaya uğradığı zaman aldığı ücrettir. Fakat tazminat hesaplanırken işçiye verilen sosyal yardımlar ve hakların tamamı hesaba katılır yani giydirilmiş ücret esas alınır. İşçinin ücreti belirlenirken defterleri, ücret hesap pusulaları ve prim bordroları incelenir. Yargıtay'a göre de tazminatın belirlenmesinde ücret bordrolarında yer alan ve itirazla karşılaşmamış ücretler dikkate alınacaktır¹³⁶.

¹³⁰ Kılıç, s. 182.

¹³¹ Y11HD, 08.11.1978, 4072/5054, Demircioğlu/Güzel, s. 197.

¹³² Süzek, İş Hukuku, s. 367.

¹³³ Süzek, İş Hukuku, s. 367.

¹³⁴ Kılıç, s. 182.

¹³⁵ Y10HD, 29.09.1992, 8590/9330, YHGK, 24.10.1994, 10-368/515, Süzek, İş Hukuku, s. 367.

¹³⁶ Y21HD, 08.07.1997, 3338/4827, Y21HD, 19.06.1997, 4130/4316, Demircioğlu/Güzel, s. 199-200.

dd. Tarafların Kusur Durumunun ve Hakkaniyetin Tazminata Etkisi

Maddi tazminat hesaplanırken tarafların kusur durumlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kusur işçi veya işverenin ya da her ikisinin iş kazasının oluşumuna yapmış oldukları katkıyı ifade etmektedir¹³⁷. İşveren işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese kusurlu davranmış sayılır. Aynı şekilde işçi de işverenin sağladığı güvenlik önlemlerine uymaz, kendisine işveren tarafından verilen talimatları yerine getirmese kusurlu davranmış sayılır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranmasından dolayı sorumlu olabilmesi, iş kazası meydana gelmesi halinde işçiye maddi tazminatın ödenebilmesi için işverenin kusurunun bulunması şart değildir. Fakat kusur tazminat oranını belirlemede etkilidir. Yargıtay da bir kararında, kusurun değerlendirilmesi sırasında işverenin hangi önlemleri aldığı, işçinin ise bu tedbirlere ne derece uyduğunun belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır¹³⁸. İşçinin ya da işverenin kusurlu hareketi tazminat miktarını etkilemektedir.

BK. m. 43'e göre maddi tazminat talebi ile karşılaşan hâkim, halin gereklerine ve hatanın ağırlığına göre tazminatın kapsamını belirleyebilmektedir. Bu maddeye göre, yargı organına belirli durumlarda tazminatın belirlenmesinde takdir hakkını kullanarak tazminat miktarında belirli oranda indirim yapma imkânı verilmiştir. Buna da hakkaniyet indirimi denilmektedir. Yargıtay da bu konuda şu kararı vermiştir. "Dava konusu olayda davacı tamamıyla kusursuz olmakla beraber davalı tarafta da hiçbir kusur bulunamamış ve kaza gayrikabili bir olay olarak nitelendirilmiştir. Burada davalı Kurumu tam kusurlu, ağır ihmalli, kasıtlı hallerde olduğu gibi, zararın tamamından sorumlu tutmaya imkân olmadığı, hak ve nesafet kurallarının da bunu gerektirdiği ve hâkimin Borçlar Kanunu'nun 43üncü maddesinin birinci bendi hükmü gereğince tazminatın suret ve derecesi şumulünü hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tayin eder"¹³⁹ demiştir. Yine BK. m. 44' göre, "Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edebilir",

¹³⁷ Akın, Maddi Tazminat, s. 141.

¹³⁸ Y10.HD., 18.12.1991. 1015/9243, Kılıç, s. 185.

¹³⁹ YHGK, 25.05.1968, 9-110/343, Süzek, İş Hukuku, s. 369.

denilmektedir. Görüldüğü üzere, iş kazasının meydana gelmesinde işçinin müterafık kusuru varsa tazminat miktarından o oranda indirim yapılabilir fakat işçinin kusuru illiyet bağına kesecek yoğunluktaysa böyle bir durumda işveren sorumlu tutulmaz¹⁴⁰. Yargıtay da kararında, “Ölümlü sonuçlanan iş kazası için belirlenen tazminat miktarı, tarafların hal ve mevkiine, işverenin içinde bulunduğu ekonomik koşullara, borçlunun müzayakaya düşüp düşmediğine ve kazanın tarihine göre, BK’nun 43. ve 44. maddeleri gereğince indirime tabi tutulur”¹⁴¹. diyerek somut olayın özelliğine göre belli indirimler yapılarak tazminatın belirleneceğini ifade etmiştir.

İşçi ya da işverenin kusurları belirlenirken de her olayın ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Somut olayın özelliğine göre işçi veya işverenin kusur oranları belirlenir. Bununla birlikte işçi ve işverenin kusurlarının belirlenmesinde objektif ölçüler dikkate alınmalıdır. İşçi ya da işverenlerin makul ve dikkatli normal bir insanın göstereceği dikkat özeni göstermeleri gerekmektedir. Makul dikkatli bir insanın aynı durumda göstereceği davranışı sergilemeyen işçi ya da işveren kusurlu olarak kabul edilecektir¹⁴². Tazminat miktarı da buna göre değerlendirilecektir.

ee. Tazminatın Hesaplanması

Maddi tazminatın hesaplanması iki dönem göz önünde tutularak belirlenecektir. Bunlardan ilki, işlemiş zarar dönemidir; diğeri ise, işleyecek zarar dönemidir. Zararların somut olarak gerçekleştiği ve kazanç kayıplarının gerçek değerleri üzerinden hesaplanabileceği kaza ile hüküm tarihi arasındaki döneme işlemiş zarar dönemi denilmektedir. İşleyecek zarar dönemi ise, hüküm tarihi ile işçinin muhtemel yaşam süresi arasındaki zaman dilimidir. İşleyecek zarar dönemi de ikiye ayrılmaktadır. Hüküm tarihi ile işçinin iş görebilme çağının sona erme tarihini kapsayan döneme işleyecek aktif dönem adı verilmektedir ve nihayet bu tarihten itibaren işçinin muhtemel yaşam süresinin sonunu içeren döneme ise işleyecek pasif dönem denilmektedir¹⁴³. Bu dönemi işçi çalışmaksızın geçireceği için pasif dönem denilmektedir. Pasif dönem kavramı, kazaya uğrayan kimsenin olağan yaşam koşulları altında geçimini sağlamak amacıyla emeğini üretim sürecine sunduğu aktif çalışma dönemine son verdikten sonra, eylemli

¹⁴⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 369.

¹⁴¹ Y21HD, 03.10.2002, E. 2002/7387, K. 2002/7995, YKD, C. 29, S. 2, Şubat 2003, s. 256.

¹⁴² Kılıç, s. 186.

¹⁴³ Süzek, İş Hukuku, s. 369-370.

çalışma dönemindeki kişisel olarak ya da sosyal güvenlik alanında oluşan birikimlerine dayalı olarak, yaşamını çalışmadan sürdürebileceği zaman olarak nitelendirilir. Pasif dönemde iş göremezlik nedeniyle işçinin zararları; yaşlılık aylıkları ve sosyal yardım zamlarından oluşmaktadır¹⁴⁴.

İşçinin maddi tazminatı hesaplanırken öncelikle işlemiş dönemdeki zararları tespit edilir. Bu dönemde çalışmadığından uğradığı kayıplar, bundan dolayı elde edemediği ücreti ve sosyal yardımları tespit edilir. Bütün bunlar belirlenirken de işçinin gerçek ücretinden hareket eldir. İşçinin gerçek ücreti saptanamıyorsa Yargıtay bu durumda işçinin emsal işçilerinin bulunması halinde bunların ücretinin gerçek ücret olarak kabul edilmesi ya da işçinin belirlenebilen ücretlerinden hüküm tarihine en yakın olanının o dönemin asgari ücretine oranlanmasıyla işçinin ücretine ulaşılması esasını benimsemektedir¹⁴⁵. Hesaplama yapılırken işçinin hesap anındaki yaşına göre kaç yıl yaşayacağı PMF tablolarına göre belirlenir. İşlemler işçinin 60 yaşına kadar çalışacağı ve sonra PMF tablosuna göre tespit edilecek ölüm tarihine kadar yaşlılık aylığı ile geçineceği düşüncesine dayandırılır.

Bu yöntemlerle işçinin işlemiş zarar dönemindeki brüt maddi zararı belirlenir. Fakat işçi işlemiş zarar döneminde iyileşmişse, sağlığına kavuşmuşsa zarar miktarının kaza tarihi ile iyileşme tarihi esas alınarak belirlenmesi gerekmektedir. İşçi sakat kalmışsa, bu durumda ise işlemiş zarar dönemi hesabı yapılır daha sonra işleyecek zarar dönemine geçilir. Bu durumda da işçinin yine son ücreti esas alınarak yoksun kalacağı menfaatlerin değeri belirlenir. Fakat bunların tam olarak saptanması mümkün olmayacağından dolayı varsayımlardan hareket ederek hesaplamalar yapılır. Yargıtay enflasyon oranlarını göz önünde tutarak işlemiş zarar döneminin son ücretinin hüküm anından itibaren iş görebilme çağının sonu olarak kabul edilen 60 yaşına kadar her yıl %10 artırılması esasını kabul etmiştir¹⁴⁶. İşte her yılın %10 artırılmış kazanç toplamına uygulanan ve iskontoya tabi tutulan bu işlemle, yıllar sonra alınması gereken ücretlerin hüküm tarihinde ödenmesinin işçide oluşturacağı menfaat ve bu oranı ödemek zorunda kalan işverenin menfaati arasında denge kurulmaya çalışılır. Yani erken ödeme nedeniyle indirimle gidilir. İşte artırım ve

¹⁴⁴ Ercan **Turan**, “İş Kazası Nedeniyle Gerçek Zarar Tavanı Hesabında Pasif Dönem”, SİHD, S. 10, Haziran 2008, s. 208.

¹⁴⁵ **Y9HD**, 23.06.1987, 4540/6291; **Y9HD**, 20.12.1985, 9624/12269, **Süzek**, İş Hukuku, s. 370.

¹⁴⁶ **Y9HD**, 28.11.1989, 7948/10423, **Süzek**, İş Hukuku, s. 372.

iskontolamanın uygulandığı yıllık ücretlerin iş görebilme çağının sonuna kadar olan kısmının toplamı işleyecek aktif dönemde gerçekleşecek maddi zararı oluşturur¹⁴⁷.

İşlemiş zarar döneminin ve işleyecek aktif dönem zararlarının hesaplanmasından sonra işleyecek pasif dönem zararları hesaplanır. İşleyecek pasif dönemin 60 yaşından itibaren başlayacağı kabul edilmektedir. Bu zarar hesaplanırken de işçinin 60 yaşına kadar alması gereken yaşlılık aylığı belirlenir, yapılan hesaplar sonunda yıllık ücrete çevrilir ve buna sosyal yardım zammı da eklenerek pasif dönem başlangıç rakamına ulaşılır, Bu rakam PMF yaşam tablosuna göre belirlenen işçinin muhtemel ölüm tarihine kadar her yıl %10 artırılarak ve %10 da iskontoya tabi olarak belirlenir. Ortaya çıkan rakam işçinin işleyecek pasif dönem maddi zararını oluşturur¹⁴⁸. Ayrıca işçinin kaza sonucunda maluliyet oranı düşükse yani ileride çalışabilecek yaşlılık aylığına hak kazanabilecek durumdaysa bu durumda yaşlılık aylığı alacağından işçinin pasif dönem zararı hesaplanmaz¹⁴⁹.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, işlemiş zarar döneminin, işleyecek aktif ve pasif dönemlerin zararlarının toplamı işçinin brüt zararını oluşturur. Ülkemizde maddi tazminatlar peşin olarak ödendiğinden işçinin sebepsiz zenginleşmesine neden olmamak için tazminatlar hesaplanırken bir miktar indirim yapılmaktadır. Buna da iskonto denilmektedir. Ortaya çıkan brüt maddi zararlar, ilgili oldukları döneme göre damga vergisi, gelir stopaj vergisi, hastalık malullük yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri işçi payı düşürülerek netleştirilir. Ortaya çıkan bu rakam iş göremezlik oranı ile çarpılır ve ortaya çıkan sonuçtan da müterafik kusur indirimi yapılır. Ulaşılan miktarlardan varsa sosyal sigorta yardımlarının peşin değerleri

¹⁴⁷ Akın, Maddi Tazminat, s. 105.

¹⁴⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 373; Yargıtay da, “Mahkemenin açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşı ve oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunduğu bu nedenle zarar hesabına pasif dönemde elde edeceği kazançların dahil edilmediği gerekçesine dayalı hesap bilirkişi raporunu esas alarak yazılı şekilde karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır”, **Y21HD**, 09.02.2006, E. 2005/11283, K. 2006/969, LİHSGHD, C. 3, S. 11, 2006, s. 1058, şeklinde karar vermiştir.

¹⁴⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 374.

düşülür, gerekiyorsa hâkim tarafından BK. m. 43 ve BK. m. 44'e göre yapılacak indirimlerin ardından maddi tazminat miktarına ulaşılır¹⁵⁰.

ff. Faiz

Maddi tazminata hangi andan itibaren faiz yürütüleceği de çelişkili bir konudur. Yargıtay'a göre, maddi tazminat davalarında faizin olay anından itibaren başlatılması gerekmektedir¹⁵¹. Fakat tazminat faizinin doğmuş bir alacağının ödenmemesinden dolayı uygulanacağından, iş kazasından doğan maddi tazminatlarda ise zarar kazanın gerçekleştiği anda doğmayıp ileriye dönük olarak zaman içinde meydana geldiğinden faizin ne zamandan itibaren başlaması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bir kısım yazarlar gelecekte doğacak zararların kaza anında oluştuğunu kabul etmek ve bu andan itibaren faiz işletmenin isabetsiz olduğunu, bundan dolayı işlemiş zarar dönemi için faizin her geçen ay için ayrı ayrı hesaplanmasındaki güçlük nedeniyle kaza ile hüküm arası dönem için ortalama bir tarihten ve hüküm ile muhtemel ölüm tarihi arası dönem için ise hüküm tarihinden itibaren faiz işletilmesinin daha uygun olduğunu savunmuşlardır¹⁵². Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır¹⁵³.

2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

a. Hukuki Dayanağı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı hareketi sonucunda işçi iş kazasına uğrar ya da meslek hastalığına tutulup hayatını kaybederse işçinin desteğinden yoksun kalan yakınları tazminat talep edebilirler. BK. m. 45/f.II'ye göre, "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir", diyerek bu duruma işaret etmiştir. Bununla birlikte, BK. m. 332/f.II'ye göre de işverenin aynı maddenin birinci fıkrası hükümlerine aykırı davranışı sonucunda işçinin ölmesi halinde yardımından yoksun kalanlar, bu yüzden uğradıkları zararlarının tazminini, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere göre işverenden talep edebilirler. Borçlar Kanunu, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcuna aykırı hareket ederek işçinin ölümüne sebebiyet

¹⁵⁰ Akın, Maddi Tazminat, s. 105.

¹⁵¹ Y21HD., 01.05.1995, 518/2002, Süzek, İş Hukuku, s. 377.

¹⁵² Kılıç, s. 191; Süzek, İş Hukuku, s. 377; Akın, Maddi Tazminat, s. 149.

¹⁵³ Y9HD, 18.01.1994, 12485/89; Y9HD, 03.06.1994, 3064/8515; YHGK, 01.11.1995, 9-679/898, Süzek, İş Hukuku, s. 377..

vermesi halinde, onun yardımından yoksun kalanlara bu yüzden uğradıkları zararları tazmin ettirme hakkı tanımıştır¹⁵⁴. Dolayısıyla işçinin desteğinden yoksun kalan yakınları akdi sorumluluk esaslarına göre destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler¹⁵⁵.

b. Destek ve Desteklenen Kavramları

Destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkı, işçinin ölümü halinde onun desteğinden yoksun kalan yakınlarına tanınmıştır. Bu yakınlar ise, işçinin geçimlerini kısmen ya da tamamen sağlayacak şekilde fiilen ve düzenli bir şekilde yardım ettiği kişilerdir. Bu kişilerin işçinin mirasçısı olmaları şart değildir. Bununla birlikte işçinin bu kişileri sözleşmeden ya da kanundan doğan bir bakma yükümlülüğünün de olması şart değildir¹⁵⁶. Duruma göre eşler, ana, babalar, evlilik dışında birlikte yaşayanlar, çocuklar nişanlılar vb. kişiler destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Yargıtay kararlarında, destek olabilmek için yasal ve sözleşmelerden doğan bir bakma görevinin varlığına gerek olmadığını, oysa düzenli ve sürekli bir yardım olgusunun destek kavramının varlığı için yeterli olabileceğini belirtmiştir¹⁵⁷.

c. Bakım Gücü ve Bakım İhtiyacı

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için bakım gücü ve bakım ihtiyacı şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir. İşçinin bakım gücünün bulunması, desteklenen kimsenin de bakım ihtiyacının bulunması gerekmektedir. İşçinin sağlığında bakım gücüne sahip olması gerekmektedir. Bakım fiilen, düzenli ve yeterli düzeyde olmalıdır¹⁵⁸. Buradan işçinin desteklenenlerin bütün ihtiyaçlarını sağladığı sonucu çıkmamalıdır. İhtiyaçlarının bir kısmını da sağlıyor olsa bakım gücünün varlığını kabul edebiliriz. Hatta bu bakım erzak verme şeklinde de olabilir¹⁵⁹. Destekten yoksun kalma tazminatının diğer bir şartı ise desteklenen kimselerin işçinin

¹⁵⁴ Fevzi **Demir**, En son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 135; **Çelik**, s. 176.

¹⁵⁵ **Mollamahmutoğlu**, s. 997.

¹⁵⁶ **Süzek**, İş Hukuku, s. 378; **Mollamahmutoğlu**, s. 997.

¹⁵⁷ **Y15HD**, 20.05.1975, E. 1521, K. 2/100, **YHGK**, 25.11.1970, E. 1967/4-31, K. 645, **Demircioğlu/Güzel**, s. 207.

¹⁵⁸ **Demircioğlu/Güzel**, s. 209.

¹⁵⁹ Hacer **Tuna**, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği El Kitabı, Ankara 1999, s. 186.

bakımına muhtaç olmalarıdır. Desteklenen kişiler işçi hayatını kaybettikten sonra yaşamlarını devam ettirecek kendi ihtiyaçlarını sağlayacak düzeyde iseler destekten yoksun kalma tazminatı talep edemezler. Bu tazminatı talep edebilmeleri için bakıma ihtiyaçlarının olması gerekmektedir. Eğer bir kişinin birden çok bakana varsa ve biri öldüğü zaman diğerleri bu görevi yerine getiriyorlarsa artık bu durumda kişinin destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesi mümkün değildir¹⁶⁰. Desteklenen kimseler destek hayatını kaybettikten sonra normal sosyal düzene uygun bir yaşam tarzını gerçekleştiremeyeceklerse tazminat talep edebilirler¹⁶¹.

d. Bakım Süresi

Bakım süresi destekleyen kişinin bakım gücüne desteklenenlerin de bakım ihtiyacına göre değişmektedir. Destelenenlerin bakım ihtiyacı süresinin başlangıcı işçinin ölmesidir. Burada eğer işçi hayatını kaybetmeseydi ne kadar süre destekte bulunmak zorunda kalacaksa o süre belirlenir. Ölüm olayı gerçekleşmeseydi işçinin bu destek süresine muhtemel yaşam süresi adı verilmektedir. Bu süre belirlenirken hem aktif dönem hem de 60 yaşından sonraki pasif dönem göz önünde tutulur¹⁶².

aa. Destekten Yoksun Kalan Eş

Bakım süresinin ne kadar devam edeceği desteklenen kişiye göre değişmektedir. Eşini yitiren kadının bakım ihtiyacı ömür boyu sürebilir fakat günün birinde evlenirse ya da çalışmaya kendi geçimini temine başlarsa bu ihtiyaç daha erken ortadan kalkabilir. Kadın evlenirse tazminat kesilir fakat bu evliliği ölen eşinin destek miktarı kadar destek sağlamıyorsa iki destek arasındaki fark kadına tazminat olarak verilir¹⁶³. Eşi ölen kadın evlenmemişse ileriki yaşantısında evlenme şansının bulunup bulunmadığı belirlenir. Tespit edilen zarar miktarından evlenme olasılığı oranında bir indirim yapılır. Eşi ölen kadın bir işte çalışmaya başlamışsa geliri kocasının kendisine sağlığında sağladığından az ise bu aradaki fark kendisine tazminat

¹⁶⁰ Tuna, s. 186.

¹⁶¹ Süzek, İş Hukuku, s. 378.

¹⁶² Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da böyledir. Yargıtay'a göre, "Davacıların miras bırakanının işyerinde çalışırken iş kazası sonucu öldüğü uyuşmazlık konusu olmadığına göre 60 yaşından sonra bakiye ömrüne kadar pasif dönemde elde edeceği kazançların da hesaplanması gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri gereğidir", **Y21HD**, 08.07.1996, 4020/4111; **Y21HD**; 08.10.1996, 4315/5453, **Süzek**, İş Hukuku, s. 380.

¹⁶³ **Süzek**, İş Hukuku, s. 380; **Kılıç**, s. 199.

olarak ödenir. Sağ kalan eş erkekse bakıma ihtiyacı varsa onun da tazminat talep etme hakkı vardır. Aynı şekilde onun tazminatından da evlenme olasılığı indirimine gidilir. Bakım ihtiyacı yoksa tazminat ödenmez. Destekten yoksun kalan ölenin nişanlıysa bakım ihtiyacı varsa yine evlenme olasılığı indirimi yapılarak tazminat hesaplanması yoluna gidilir. Genel hayat tecrübelerine göre erkek eşlerin kadın eşlere göre evlenme olasılıklarının daha fazla olduğu görülmektedir. Hâkim somut olayın özelliğine göre desteklenen kişilere göre bu esasları göz önünde tutarak tazminatları belirler.

bb. Destekten Yoksun Kalan Çocuklar

Destekten yoksun kalan çocukların bakım süresi kendi olanaklarıyla geçimlerini sağlayacak duruma gelmelerine kadar devam eder. Destekten yoksun kalan çocuklar, yüksek öğrenime devam ediyorlarsa üst yaş sınırı yirmi beş yaştır. Çocuk çalışmayacak durumda sakat ise destek tüm yaşamı boyunca sürer. Mesleği olmayan kız çocukların ise destek süreleri muhtemel evlenme yaşlarına kadar devam edecektir¹⁶⁴. Muhtemel evlenme yaşı da kişilere ve yaşadıkları çevreye göre tespit edilecektir. Hâkim somut olayın özelliğine ve yine kişilerin durumlarına göre bakım süresini takdir edecektir. Yine evlilik dışı çocuklar da bazı durumlarda destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilmektedirler¹⁶⁵.

cc. Destekten Yoksun Kalan Ana ve Baba

Ana babanın kendilerini geçindirme imkânları olmadığından ölen işçi onların sürekli bakımlarını sağlıyor idiyse bakım süresi bunların hayatlarının sonuna kadar devam edecektir¹⁶⁶. Eğer ana ve baba işçinin sağlığında kendi geçimlerini sağlıyor iseler ilerdeki yaşamlarında kazançlarını yitirmeleri olasılığı da göz önünde bulundurulur.

dd. Tazminatın Hesaplanması

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı da eğer ölüm olayı gerçekleşmeseydi desteklenen ne kadar destek görecekti idiyse o oranın kendisine verilmesidir yani zararın tazmin edilmesidir yoksa kimsenin sebepsiz olarak zenginleşmesini sağlamak değildir. Destekten yoksun kalma tazminatının hesabında ölenin geliri, yaptığı yardımın miktarı, zararın süresi

¹⁶⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 383.

¹⁶⁵ Demrcioğlu/Güzel, s. 208.

¹⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s. 998.

esas alınır¹⁶⁷. Destekten yoksun kalma tazminatının nasıl hesaplanacağına ilişkin kanunlarda hüküm bulunmamaktadır. Fakat biraz farklılıklar dışında maddi tazminatın hesaplamasına ilişkin esaslar burada da uygulanmaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında da iki dönem göz önünde tutulur. Bunlardan ilki, işçinin ölüm tarihi ile hüküm tarihi arasında geçen işlemler dönemi. İkinci dönem ise işleyecek dönemdir. İşleyecek dönem, işlemler dönemin sonunu oluşturan hüküm tarihi ile işçinin muhtemel yaşam süresinin sonu arasındaki zaman dilimidir. İşleyecek dönem de kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlar da, işleyecek aktif dönem ve işleyecek pasif dönemdir¹⁶⁸.

Destekten yoksun kalma tazminatı da işçinin geniş anlamda ücreti esas alınarak yapılmaktadır. Bu ücret esas alınarak, ölüm olayı gerçekleşmeseydi PMF yaşam tablosuna göre desteğin muhtemel yaşam süresinin sonuna kadar aynen maddi tazminatın hesaplanmasındaki esaslara göre artırılır ve desteğin eğer yaşasaydı elde edeceği kazancı tespit edilir¹⁶⁹. Daha sonra bu oran destekten yoksun kalanlara durumlarına göre paylaştırılır. Önce gelirden bir kısmı ölen tarafından kendi geçimini sağlamak için kullanılacağı düşünüldükten sonra bu miktar ayrılır. Daha sonraki gelir miktarı destekten yoksun kalan kişilere paylaştırılır. Bu paylaşım yapılırken destekten yoksun kalanlar tespit edilir ve daha sonra yaşları, cinsiyetleri, bakım ihtiyaçları yaşam tarzları, ölene yakınlık dereceleri, bakım ihtiyaç süreleri vb. hususlar göz önünde bulundurularak dağıtılır. Fakat daha önceleri de ifade ettiğimiz gibi destekten yoksun kalma tazminatında da asıl amaç desteklenenlerin zararlarının tazminidir bundan dolayı tazminat miktarı zarar miktarını aşamaz. Tazminat oranından belli oranlarda indirimler yapılır¹⁷⁰. Davcının elde ettiği miras menfaati, çalışma veya evlenme ihtimali, ölen işçinin müterafik kusuru, koşulları varsa BK. m. 43 ve 44 uyarınca yapılacak indirimler ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değeri düşülerek destekten yoksun kalma tazminatı bulunur¹⁷¹. Yargıtay da kararında destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken göz önünde bulundurulacak esasları belirtmiştir. Buna göre, “Tazminatın

¹⁶⁷ Tuna, s. 186.

¹⁶⁸ Seratlı, s. 132.

¹⁶⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 384.

¹⁷⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 385.

¹⁷¹ Seratlı, s. 133.

saptanmasında ise zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş göremezlik ve karşı kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarı işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. Başka bir anlatımla işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönmedeki kazancının ise, yıllık olarak %10 artırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar aktif dönemde 60 yaşından sonra da bakiye ömrüne kadar pasif dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir. Kuşkusuz açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde işçinin yaşlılık aylığı alması veya işçinin yaşı ve işçide oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumunda zarar hesabında pasif dönemde elde edeceği kazançların dahil edilmeyeceği, hak sahibi eşin destek süresinin işçinin bakiye ömrü ile sınırlı olacağı, kız çocukları yönünden köyde oturmaları halinde 18 yaşına, kentte oturmaları durumunda 22 yaşına kadar destek görecekleri, kaçınılmazlık kusursuzluk ve kusurun ağırlığı gibi nedenlerden ötürü, Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri gereğince zarardan indirim yapılacağı ve son olarak da aktif ve pasif dönemde elde edilen kazançlar toplamından Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından bildirilen peşin sermaye değerinin indirileceği böylece belirlenen tazminata olay tarihinden itibaren yasal faiz yürütüleceği gibi hususların göz önünde tutulacağı hukuksal gerçeği de ortadadır¹⁷².

3. Manevi Tazminat

İşverenin iş sağlığı güvenliği kurallarına aykırı davranışları sonucu işçi iş kazasına uğrar ya da meslek hastalığına yakalanırsa işçi veyahut da onun ölümü halinde yakınları işverenden manevi tazminat talep edebilirler. İş Kanunu'nda manevi zararların giderilmesini düzenleyen bir hüküm yoktur. Bundan dolayı iş hukukunun temel ilkeleri de göz önünde bulundurularak BK. m. 47'de düzenlenmiş bulunan manevi tazminata ilişkin hükümler iş kazaları ve meslek hastalıklarına uygulanacaktır. BK. m. 47'de hâkimin,

¹⁷² Y21HD, 28.03.1995, 905/1093, Seratlı, s. 133-134.

özel durumları nazara alarak cismani zarara uğrayanın ya da ölümü halinde ailesinin manevi zararına karşılık adalete uygun bir tazminata karar verebileceği öngörülmektedir. Manevi tazminatın amacı kişilerin manevi zararlarının giderilmesidir. Manevi zarar kişinin kişilik haklarında meydana gelen zarardır. Manevi tazminat da bu zararı telafi etmek amacını güder¹⁷³. Manevi zarar, bu zarara uğrayan kişide bedeni, ruhi acı, ıstırap, üzüntü şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan bu acı ve ıstırapların giderilmeye çalışılması ise manevi tazminatla olur¹⁷⁴. Bundan dolayı kişilerin işverenden manevi tazminat talep edebilmeleri için, bedensel ya da ruhsal herhangi bir zarara uğramış olmaları gerekmektedir. Kişiler zarara uğramamışlarsa tazminat talebinde de bulunamazlar. Yargıtay bir kararında “Başka bir galeride meydana gelen grizu patlaması sonucu, çalıştığı galeride bedensel ve ruhsal herhangi bir zarara maruz kalmayan işçi duyduğu acı ve üzüntünün giderilmesi için manevi tazminat davası açamaz”¹⁷⁵, diyerek başka bir işyerinde meydana gelen olay yüzünden işçinin zarara uğramasının mümkün olmadığını bu nedenle manevi tazminat hak edemeyeceğini belirtmiştir.

Bunlarla birlikte manevi tazminat talep edilebilmesi için ruh veya beden bütünlüğüne yönelik meydana gelen zarar önemli olmalıdır. Örneğin işyerinde oluşan küçük bir kazadan dolayı işçinin kolunun hafif bir şekilde incinmesinde, zarar önemli değildir ve manevi tazminat talep edilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁷⁶.

a. Manevi Tazminat İsteyebilecek Kişiler

Manevi tazminat isteyebilecek kişiler iş kazasının sonucuna göre değişmektedir. İş kazası ölümlü sonuçlanmışsa ya da iş kazası ölümlü değil de örneğin yaralanmayla sonuçlanmışsa her iki hale göre tazminat talebinde bulunacak kişiler farklılaşmaktadır.

aa. İş Kazası Ölümlü Sonuçlanmamışsa

İş kazası ya da meslek hastalığı sonrasında işçi hayatını kaybetmemiş sadece bedensel ya da ruhsal zarara uğramışsa bu durumda kural olarak

¹⁷³ Kılıç, s. 203.

¹⁷⁴ M. Emin Zararsız, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Manevi Tazminat Ödeme Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, Diyarbakır 1985, s. 303.

¹⁷⁵ Y21HD, 28.01.1997, E. 1996/6807, K. 1997/375, YKD, C. 23, S. 7, Temmuz 1997.

¹⁷⁶ Zararsız, s. 305.

manevi tazminat isteme hakkı işçiye aittir. Manevi tazminatın amacı işçinin uğradığı elem ve ızdırabı az da olsa gidermeyi amaçlamaktadır. Öğretide bir kısım yazarlar bu tazminatın sadece zarara uğrayan kişinin manevi zararını gidermeyi amaçladığını, kişi hak ve özgürlüklerinin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu ondan dolayı işçinin yakınları tarafından talep edilemeyeceğini ileri sürmektedirler¹⁷⁷.

BK. m. 47'ye göre, "Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir", denilmektedir. Maddeden işçinin cismani zarara uğraması halinde her ne kadar yakınlarına tazminat hakkı tanınmıyor olarak görülse de bazı durumlarda yakınların da manevi tazminat talep edebileceğini doktrindeki bir kısım yazarlar ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre soruna hukuka aykırılık bağı veya normun koruma amacı teorisi veya uygun illiyet bağı açısından bakıldığında belirli koşulların bulunması halinde yakınlar da tazminat talep edebilirler¹⁷⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre, beden bütünlüğü kişinin sadece fiziki bütünlüğünü değil ruhsal bütünlüğünü de ifade etmektedir. Eğer iş kazası sonucu işçinin uğradığı zarar işçinin yakınlarında ruhsal bir şok, zarar, bunalım yaratmışsa işte böyle bir durumda bu kişiler de iş kazasından doğrudan zarar görmüş kabul edilmeliler ve manevi tazminat talebinde bulunabilmelidirler. Bu kişiler kendileri de zarara uğradıklarını ispatlayarak manevi tazminat talebinde bulunmalıdırlar. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Bir kararında, "Borçlar Kanunu 47. maddesine göre, manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi %80, %100 iş göremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil doğrudan zarara uğrama söz konusudur"¹⁷⁹, diyerek bu duruma işaret

¹⁷⁷ Mustafa Çemberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 1024.

¹⁷⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 387; Kılıç, s. 205.

¹⁷⁹ Y21HD, 01.12.2003, E. 9485, K. 9701; aynı yönde YHGK, 23.09.1987, 9-183/655, Kılıç, s. 205.

etmiştir. Yargıtay bir kararında da yine “Cismani zarar kavramına ruhsal bütünlüğün ihlali de dahil olduğundan, iş kazası sonucu felç olarak ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale gelen kişinin eşi için uygun illiyet bağı koşulları da gerçekleşmiş bulunmakla, doğrudan manevi zarara uğradığının kabulü gerekir”¹⁸⁰, şeklinde karar vermiştir.

Ayrıca ölümle sonuçlanmamış iş kazası veya meslek hastalığına uğramış işçi daha başka bir nedenden ölmüşse, ve bu arada henüz manevi tazminat davasını açmamışsa, bu durumda onun mirasçılarının manevi tazminat talep etme hakları bazı durumların varlığı halinde vardır. Buna göre, ölen işçi örneğin ölmeden önce dava açmak üzere bir avukatla anlaşmışsa veya işçinin ölmeden önce ileri sürmüş olduğu manevi tazminat talebi işverence kabul edilmişse, yani işçi manevi tazminat talebi konusunda iradesini bir şekilde açığa vurmuşsa, onun mirasçıları işveren aleyhine manevi tazminat davası açabilecekler veya henüz açılmamış olan davayı devam ettirebileceklerdir. Fakat bu durumda mirasçıların kendi şahsından doğan bir dava hakları bulunmamaktadır, miras bırakandan kendilerine geçen bir hakka dayanarak bu davayı açabilmekte ve devam ettirebilmektedirler¹⁸¹.

Manevi tazminat hesaplanırken olayın oluş şekli, ölen işçinin yaşı, ölen işçinin kusur durumu, gibi manevi tazminata etkili olacak diğer hallerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örneğin uğradığı iş kazasında tam kusurlu olan işçi manevi tazminat talep edemez. Bunun gibi, kusurun tamamının işverende olmadığına anlaşılması halinde talep edilen manevi tazminatın tümüne hükmedilemez. Çünkü tarafların, ekonomik ve sosyal durumunun göz önünde tutularak takdir edilmesi gereken manevi tazminatın özendirici olmaması gerekir. Manevi tazminat kişilerin haksız zenginleşmelerine neden olmamalıdır¹⁸².

Zarara uğrayan kimsenin manevi tazminat talep edebilmesi için olayın iş kazası veya meslek hastalığı olması gerekmektedir. Maluliyetin olması şart değildir. İşçi ya da işçinin yakınları zarara uğradıklarını ispat ederek manevi tazminat alabilirler. Fakat işçinin olayın meydana gelmesinde tam kusuru varsa manevi tazminat talep edemez¹⁸³.

¹⁸⁰ **Y21HD**, 08.12.1997, E. 1997/8067, K. 1997/8106, YKD, C. 24, S. 6, Haziran 1998, s. 899.

¹⁸¹ **Zararsız**, s. 312.

¹⁸² **Demir**, s. 135.

¹⁸³ **Kılıç**, s. 206.

bb. İş Kazası Ölümle Sonuçlanmışsa

BK. m. 47'ye göre, işçi iş kazası veya meslek hastalığı sonucu hayatını kaybederse yakınları manevi tazminat talep etme hakkına sahip olurlar. İşçinin yakınları kavramından sadece işçinin aile bireylerini anlamamak gerekmektedir. İşçinin ölümü sonucunda acı ve ızdırap duyan bütün yakınları bu kavram içinde değerlendirilir¹⁸⁴. Bunlar işçinin çocukları, ana ve babası ya da kardeşi veyahut uzak bir akraba olabilir. Yargıtay'ın kararına göre de "Burada önemli olan aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan bir bağlılığın varlığı aranır"¹⁸⁵.

Evlilik bağı arada duygusal bağ olduğunu karine olarak göstereceğinden ölen işçinin eşi kural olarak işçinin ölümünden sonra acı, elem duyduğundan manevi tazminat talebinde bulunabilir. Fakat eşler yıllardan beri ayrı yaşıyorlarsa duygusal bağ kopmuş olacağından tazminat talebinden söz edemeyiz. Dolayısıyla işçinin ölümünden sonra manevi tazminat isteyebilecek kimseler somut olayın özelliğine aradaki bağlara göre belirlenmelidir. Bazı durumlarda çok yakın bir akrabanın tazminat talep etme hakkı bulunmazken bazı hallerde işçinin sağlığında işçi ile aşırı duygusal yakınlık içinde bulunan daha uzak bir akrabaya tazminat ödenmesine karar verilebilir.

İşçi iş kazasına uğradığı ya da meslek hastalığına tutulduğu anda işverenden manevi tazminat almış fakat daha sonra bu kaza ya da hastalık nedeniyle hayatını kaybetmiş olabilir. Bu durumda işçinin ölüm olayıyla kaza veya hastalık olayı arasında illiyet bağının bulunması şartıyla bu durum işçinin ölümü üzerine elem acı duyan yakınlarının manevi tazminat talep etmelerine engel olmaz. Onlar da işçinin ölümü üzerine işverenden tazminat isteyebilirler¹⁸⁶. Yargıtay bir kararında "Sigortalı işçinin geçirdiği iş kazası sonucu, işverenden maddi ve manevi tazminat almış olması; bilahare ölmesi durumunda, kaza ile ölüm arasında uygun sebep sonuç bağlantısının bulunması kaydıyla, hak sahiplerinin manevi tazminat isteminde bulunmalarına engel değildir"¹⁸⁷, diyerek aynı durumu belirtmiştir.

¹⁸⁴ Kılıç, s. 207.

¹⁸⁵ Y4HD, 05.03.1979, 9973/2900, Süzek, İş Hukuku, s. 389.

¹⁸⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 390.

¹⁸⁷ YHGK, 16.11.1994, E. 1994/9-489, K. 1994/688, İsmail Özmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları 1988-1997, 2.C., Ankara 1998, s. 1505.

b. Manevi Tazminatın Koşulları

İşverenden manevi tazminat talep edilebilmesi için haksız fiillere ya da akde aykırılığa ilişkin genel koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar ise, işçinin manevi bir zarara uğraması, ya da ölümü, illiyet bağının ve hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekmektedir. Bunlarla birlikte manevi tazminata karar verilebilmesi için işverenin kusurlu olması gerekmektedir. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış, kusurlu davranmışsa bu durumda diğer şartlar da gerçekleşmişse manevi tazminat ödemek zorunda kalır. Fakat burada manevi tazminata karar verilip verilmeyeceği tamamen somut olayda hâkimlerin takdirine kalmaktadır. Şöyle ki bazı durumlarda işveren iş kazasının oluşumunda kusurlu olmasa bile manevi tazminat ödemek zorunda kalabilir. Somut olayın özelliğine göre iş kazasının oluş şeklinin feci olması, karşı tarafın aşırı acı içinde bulunması veya ekonomik durumunun çok kötü olması gibi durumlar işvereni kusursuz da olsa tazminat ödemek yükümü altına sokabilir. Yargıtay da bu görüştedir¹⁸⁸.

Yine Yargıtay bir ichtihadı birleştirme kararında manevi tazminata hükmedebilmek için göz önünde bulundurulacak birtakım şartlara işaret etmiştir. “Özel hal ve şartlar her olaya göre değişir. Bu özelliklerin başında manevi zararın önemli olması gelir. Demek ki, cismani zarara uğrayan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar husule gelmeli yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır. Ölüm vuku bulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar. Bunlardan başka, olayın oluş şekli nazara alınır. Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulmaz. Nihayet ilgililerin yani failin, olayda başka sorumlu varsa; onun, mesela istihdam edenin, ölenin, davacıların içtimai mevkilerinin, tahsil ve iktisadi durumlarının göz önünde tutulması lazımdır. Kısaca, kanun vazı her olayda meydana çıkan ihtiyacı karşılayan kesin bir kural koymaktaki zorluğu düşünerek 47. madde metnini kasten elastiki bir şekilde formüle etmiş ve manevi tazminat hükmedilmesini gerekli kılan hal ver şartları, hâkimin takdirine bırakmıştır”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ **Y9HD**, 21.11.1994, 16623/16425; **Y10HD**, 01.03.1976, 7873/1468, **Y9HD**, 11.04.1969, 13331/4030, **Süzek**, İş Hukuku, s. 391.

¹⁸⁹ **YİBK**, 22.06.1966, 7/7, RG, 28.07.1966, S. 12360, **Süzek**, İş Hukuku, s. 391.

c. Manevi Tazminatın Takdiri

Manevi tazminat miktarı belirlenirken belli bir hesap yöntemi bulunmamaktadır. Hâkim maddi tazminat isteklerinde gerçek maddi zararların doğru bir şekilde tespiti için birtakım matematiksel rakamlarla bağlı olduğu halde manevi tazminat isteklerinde somut hesap yöntemleri bulunmamaktadır. Bu durumda hâkim Medeni Kanun'un 4. maddesine ve BK. m. 47'ye göre somut olayı değerlendirerek takdire dayalı olarak ve durumun gerektirdiği ölçüde manevi tazminat miktarını belirleyecektir. Hâkim manevi tazminat tutarını belirlerken bazı durumları da göz önünde bulunduracaktır. Mesela ruh ve beden bütünlüğünde meydana gelen zararın büyüklüğü ile özel durum ve şartlar manevi tazminat tutarının belirlenmesinde etkili olacaktır¹⁹⁰. Olayda var olan belli haller tazminatın miktarında da etkili olacaktır. İş kazasının meydana gelmesindeki koşulların kötülüğü, acı ıstırabın fazlalığı, acı ve ıstırabın devam süresi manevi tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Örneğin, feci bir şekilde meydana gelen iş kazası sonucunda işçinin ölmesi durumunda yakınlarının duyacağı acı ve elem de fazla olacaktır¹⁹¹.

Ayrıca tarafların sosyal ve ekonomik durumları da manevi tazminat miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulacak hususlardandır. Örneğin taraflardan birinin maddi bakımdan çok güçsüz olması gibi. Tazminatın belirlenmesinde önemli hallerden biri de kusurdur. Hâkim tazminat miktarını belirlerken failin kusur oranını dikkate alacaktır. Kazanın meydana gelmesinde fail ne kadar kusurlu ise tazminat miktarı o oranda aratacaktır. Bununla birlikte mağdurun kusurlu olması ve mütarafık kusur halleri de tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Örneğin olayın meydana gelmesinde işçinin de kusuru varsa ya da hem işçinin hem de işverenin kusurları söz konusuysa tazminat oranı ona göre artırılıp azaltılacaktır. İşçinin kusuru çok fazlaysa ya da kazanın meydana gelmesinde kusurun tamamı işçideyse bu durumda tazminata bile hükmedilmeyecektir¹⁹². Yargıtay kararına göre de "Hâkimin adalete uygun biçimde tazminatı belirleyebilmesi de gene anılan maddenin açıklığı gereği olarak 22.06.1966 günlü ve 7/7 E. K. sayılı Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararıyla mahiyeti ve kapsamı aydınlığa kavuşturulmuş bulunan özel durumların göz önünde tutulmasıyla mümkündür. Hal böyle olunca, bu davada, olayın oluş biçimi,

¹⁹⁰ Zararsız, s. 317.

¹⁹¹ Zararsız, s. 317.

¹⁹² Zararsız, s. 318.

kusur ve zararın niteliğiyle derecesi, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre, manevi tazminatın çocuklara ...TL olarak hükmedilmesi, hak ve nısfet kurallarıyla bağdaşmayacak biçimde azdır”¹⁹³, diyerek tazminat belirlenirken hangi hallerin göz önünde tutulacağına değinmiştir.

Manevi tazminatın amacı; acıları biraz olsun dindirmek, kişilerin yaşama arzularını yeniden kazandırmak, ruhi denge ve moral seviyesini eski hale getirmeye çalışmaktır. Dolayısıyla hâkim tarafından belirlenecek manevi tazminat oranı da bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır¹⁹⁴.

III. İŞVERENİN CEZAI SORUMLULUĞU

İşveren iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı olarak davranır, yükümlülüklerini yerine getirmezse bu durumda işverenin işçiye karşı hukuki sorumluluğu yanında cezai sorumluluğu da söz konusu olur. İşyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması İş Kanunu’na göre idari para cezasını gerektirmektedir. İş Kanunu’nun 105-107. maddelerine göre işveren iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlere aykırı hareket ederse öngörülen idari para cezalarını ödemek zorunda kalır. Ayrıca işveren ya da işveren vekili gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle işçinin ölümüne ya da yaralanmasına neden olursa Türk Ceza Kanunu’nun 22. 85. ve 89. maddelerine göre suç faili olarak cezalandırılır.

Taksirli bir davranışla bir kişinin ölümüne neden olma durumunda taksirli davranışta bulunan kişi TCK’nun 85. maddesinin 1. fıkrasına göre cezalandırılır. Taksirli davranışla birden fazla insanın ölümüne sebebiyet verilmesi halinde failin cezası daha fazla olur. Taksirli bir davranışla bir insanın yaralanmasına neden olunması durumunda taksirli davranışın faili TCK. m. 89/I’e göre cezalandırılır. Bu maddenin 2. 3. ve 4. fıkralarında da ağılaştırıcı haller belirlenmiştir¹⁹⁵.

TCK. m. 22’ye göre, taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. İşveren dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığında suç ortaya çıkar. İşverenin yükümlülüklerine aykırı davranışı sonucunda neticeyi istememesine karşılık gerekli dikkat ve özeni

¹⁹³ **Y10HD**, 10.04.1978, 4925/2593, **Süzek**, İş Hukuku, s. 391.

¹⁹⁴ **Zararsız**, s. 319.

¹⁹⁵ **Özen/Tozman**, s. 215.

göstermediğinden dolayı neticenin meydana gelmesi durumunda taksirli suçta ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılarak cezalandırılır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri almaması halinde iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelir, işçi ölürse işverenin fiili, TCK. m. 83'ün ikinci fıkrasının (b) bendine göre, "Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunması" hükmü kapsamına girer. Bu halde işveren, TCK. m. 83 "Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi nedeniyle, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir", hükmüne göre cezalandırılır.

İşverenin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri almaması sonucunda iş kazası meydana gelir ve işçi yaralanırsa işveren TCK. m. 89'a göre "taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır", bu davranış sonucunda işçi ölürse, TCK. m. 85/I'e göre, taksirle bir insanın ölümüne neden olan bir kişi, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiil birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuşsa TCK. m. 85/II'ye göre, kişi üç yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

SONUÇ

Sanayinin gelişmesi, üretim sürecinde kullanılmaya başlanılan karmaşık makineler, araçlar çalışma ilişkilerinin yeniden incelenmesini gündeme getirmiştir. Sanayileşme sürecinin başlangıcından itibaren işçilerin korunmasına yönelik sosyal politikalar oluşturulmaya başlanmıştır. Bu sosyal politikaların başında da çalışma hayatı içerisinde işçilerin sağlığının ve güvenliğinin korunmasına yönelik çalışmalar gelmektedir. İş sağlığı ve güvenliği alanındaki önleme politikaları İş Hukuku açısından son derece önem arz etmektedir. Konuya verilen önem insan hayatına verilen değer bir göstergesidir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yönündeki düzenlemeler işçilerin bu yönden uğradıkları zararları azaltarak çalışma hayatında başarıyı artırmaktadır. Aynı şekilde işverenleri daha dikkatli ve özenli davranmaya yönlerecek politikalar da iş sağlığı ve güvenliğinin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Gerek işyerlerinde işlerin ifası sırasında gerekse de işyerleri dışında, işçilerin sağlıklarını tehdit eden birçok tehlike ve riskler bulunmaktadır. Örneğin bu risklerden en önemlilerini iş

kazaları veya meslek hastalıkları oluşturmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de çalışma hayatında karşılaşılan iş kazaları önemli bir sorundur. İş kazaları sadece kazaya uğrayan işçiyi olumsuz etkilemekle kalmamakta; bu kişinin iş göremez duruma düşmesi veya ölümü sonucunda ailesini de maddi ve manevi açıdan zarara uğratmaktadır. Hem insanların yaşamları, hem çalışma güçleri hem de ülkenin ekonomisi olumsuz etkilenmektedir. Geçimlerini emekleriyle sağlayan sosyal sınıf olan işçi sınıfının güçlerinin azalması çalışma verimini de düşürmektedir. Bundan dolayı zamanla bu zararları ortadan kaldıracak önlemler almak için devlet olaya müdahale etmeye başlamış ve işçilerin sağlıklarını koruyucu güvenliklerini sağlayıcı çalışmalara hız verilmeye başlanmıştır. Bu da zamanla iş sağlığı ve güvenliği hukukunun oluşmasına neden olmuştur. İş sağlığı ve güvenliği kavramı, işçilerin fiziksel, zihinsel ve sosyal olarak tam bir iyilik halinin sağlanıp sürdürülmesini, işçilerin mesleki birtakım risklere karşı korunmasını, işçinin niteliklerine uygun işlere yerleştirilmesini işin insana, insanın da işe adaptasyonu şeklinde tanımlanabilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. İK. m. 77'ye göre, "işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdürler", denilmektedir. Bu madde işverenlerin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaları gerektiğini düzenlemektedir. Eğer işveren kendisine düşen yükümlülüklerini yerine getirmezse bundan dolayı işçi zarara uğrarsa işverenin birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. İşçi bir zarara uğrarsa Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurarak zararını tazmin ettirebilecektir. Fakat Kurum tarafından karşılanmayan zarar kısmı için ise işverenine başvurup Borçlar Kanunu hükümlerine göre maddi veya manevi tazminat davaları açabilecektir. Eğer işçi hayatını kaybetmişse aynı şekilde hak sahipleri işverene başvurarak destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmektedirler. Bunlar iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin hukuki sorumluluklarıdır. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliğine aykırı hareket eden işveren İK. m. 79'da öngörülen idari yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ayrıca işverenin davranışı suç teşkil ediyorsa TCK. m. 22, 83 ve 89'a göre cezalandırılabilir.

KAYNAKÇA *

AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, (Maddi Tazminat) Ankara 2001.

AKIN, Levent: “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, (Gözetme Borcu) SİHD, S. 1, Mart 2006.

AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000.

AKINTÜRK, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 12. B., İstanbul 2006.

AKTAY, Nizamettin /ARICI, Kadir /KAPLAN , Emine Tuncay Senyen: İş Hukuku, 2. B., Ankara 2007.

AKYİĞİT, Ercan: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2. B., Ankara 2006.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku, 4. B., Konya 2005.

BALCI, Mesut: “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu”, SİHD, S. 4, Aralık 2006.

BAYIR, Mehmet / ERGÜL, Mümin: İş Güvenliği ve Risk Değerlendirme Uygulamaları, Mart 2006.

BATUR, Erhan: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Son Gelişmeler”, Mercek, Y. 12, S. 46, Nisan 2007.

BUZKAN, Sibel / OFLUOĞLU, Gökhan: “Zonguldak Taşkömür Havzası İş Kazalarının Sayısal Analizi”, Kamu-İş, C. 9, S. 3/2007.

CENGİZLER, Fatih: “İş Kazalarının Genel Değerlendirilmesi I”, Maliye Postası, Y. 22, S. 499, 15 Haziran.

CENTEL, Tankut: Çocukların ve Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982.

ÇELİK, Hakim: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Şubat 2005.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. B, İstanbul 2010.

ÇEMBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

ÇOLAK, Mahmut: “4958 sayılı Yasa İle Uygulama Yönetmeliği İşığı Altında İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları Sigortasında İşveren Yükümlülükleri”, Yaklaşım Dergisi, Y. 12, S. 139, Temmuz 2004.

DEMİRCİOĞLU, Murat / GÜZEL, Ali: İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İstanbul 2001.

* Birden fazla eserine atıf yapılan yazarların eserlerinde kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- DOĞAN, Cahit: İş Hukuku, 1. B., Niğde 2001.
- EKMEKÇİ, Ömer: 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İşyerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Örgütlenmesi, İstanbul 2005.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. B., İstanbul 2006.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.
- ESİN, Alp: Yeni Mevzuatın Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara 2006.
- EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, 2.B., Ankara 2004.
- GÜNDÜZ, Selim: “Yeni Mevzuatın Işığında İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Kapsamı”, Tühis, C. 19, S. 6, Kasım 2005.
- GÜVEN, Ercan /AYDIN , Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 2.B., Eskişehir 2007.
- İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Bilgisi, 5. B., Ankara 2001.
- Kazancı Bilişim İctihat Bilgisayar Programı, 30.04.2007.
- KILIÇ, Leyla: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 3, S. 11, 2006.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 3. B., Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, 3. B., İzmir 1998.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ , Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2000.
- ÖZDEMİR, Namık Kemal: İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul 2004.
- ÖZEN, Muharrem /TOZMAN , Önder: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, SİHD, S. 10, Haziran 2008.
- ÖZMEN, İsmail: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları 1988-1997, 2.C., Ankara 1998.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. B., İstanbul 2005.

SARAÇ, Coşkun: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi Yodçem Sosyal Sigorta Kurumları ve İşveren Açısından İş Kazası Kavramı, Kasım 1998.

SARAÇ, Coşkun: “İşyeri Dışında Meydana Gelen iş kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem alma Yükümlülüğü-Uygun İlliyet Bağı”, (İşyeri Dışında İş Kazası), SİHD, S. 18, Haziran 2010.

SERATLI, Gaye Burcu: İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003.

SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 14.B., Konya 2008.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, (İş Hukuku) 4. B., İstanbul 2008.

SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, (İş Güvenliği) 1. B., Ankara 1985.

ŞAKAR, Müjdat: “İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücûunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu”, SİHD, S. 2, Haziran 2006.

ŞEN, Murat: “Tanzimat ve TBMM Hükümeti Döneminde Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Gelişmeler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan 2007.

TARHAN, Ümit: “AB İş Sağlığı ve Güvenliği Stratejisi ve Ülkemizdeki Gelişmeler”, Mercek, Y. 12, S. 47, Temmuz 2007.

TUNA, Hacer: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği El Kitabı, Ankara 1999.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1988.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 5. B., İstanbul 2008.

TURAN, Ercan: “İş Kazası Nedeniyle Gerçek Zarar Tavanı Hesabında Pasif Dönem”, SİHD, S. 10, Haziran 2008.

TÜRKOĞLU, Ekrem: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992.

UĞUR, İbrahim: “İş Güvenliği Alanında Sorumluluk”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Y. 7, S. 155, 1 Temmuz 1993.

UĞUR, İbrahim: “50 ve Yukarı Sayıda İşçi Çalıştıran İşyerlerinde İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Kurulunun Oluşturulması”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Y. 4, S. 88, 15 Eylül 1990.

UĞUR, İbrahim: “İş Kazalarında İşverenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları”, Maliye ve Sigorta Yorumları, S. 101, 1 Nisan 1991.

UŞAN, M. Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Hukuku, C. 1, Ankara 2006.

ZARARSIZ, M. Emin: “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Manevi Tazminat Ödeme Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, Diyarbakır 1985.

TÜRK MEDENÎ KANUNUNDA OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİ VE ÖZELLİKLE OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ HALLERİ

*Arş. Gör. İsmail ATAMULU**

GİRİŞ

4721 Sayılı Türk Medenî Kanununda evlilik birliğinde eşlerin malvarlıklarına dair hükümler “Eşler Arasındaki Mal Rejimi” başlığı altında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (MK. m. 202- 281). Kanun koyucu bu düzenlemelerle eşlerin malvarlıklarının evlilik birliği boyunca bir rejime tâbi olmasını mecburî kılarken, bu rejimlerin seçiminde ve seçilen rejimin muhtevasının belirlenmesinde eşlere sınırlı da olsa bir serbesti tanımıştır. Bu sebeple mal rejimlerine ilişkin bu hükümlerin kamu düzenine ilişkin oldukları muhakkaktır. Bunun yanında eşlerin sözleşme serbestilerine mutlak bir sınırlama getirilmemesi oldukça isabetli olmuştur.

Her birliktelikte olduğu gibi evlilik birliğinde de zamanla anlaşmazlıklar yaşanabilir. Hatta bu anlaşmazlıklar evlilik birliğini sona erdirmek gibi ağır sonuçlar doğurabilir. Kanun koyucunun da benimsediği gibi aslolan aile birliğini korumaktır. Bu sebeple eşler arasındaki evlilik birliğini sona erdirecek kadar önemli boyuta ulaşmamış, özellikle ekonomik etkileri olan uyuşmazlıklarda, eşler arasındaki mal rejimlerinin yeniden gözden geçirilmesi öngörülmüştür. Olağanüstü mal rejimine geçiş de eşler arasında ortaya çıkan bu tür uyuşmazlıklardan hareketle temelinde birliği korumaya ve eşlerin malvarlıklarının zarar görmesini önlemeye yönelik bir tedbir olarak ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada öncelikle eşler arasındaki mal rejimleri genel itibariyle incelenmiş mal rejimlerinin kanun koyucu tarafından yapılan tasnifleri üzerinde kısaca durulacaktır. Çalışmanın önemli bölümünü oluşturan olağanüstü mal rejimine geçiş kısmında ise olağan ve olağanüstü mal rejimi kavramlarına değinilmiş, özellikle olağanüstü mal rejimine geçiş halleri kanunda verilen misallerle ve genel eleştirilerle beraber açıklanmaya çalışılmıştır.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1. GENEL OLARAK MAL REJİMLERİ

Evlilik birliğinde mal rejimleri 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 202- 281. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda öngörülen mal rejimleri; “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”¹ (MK. m. 218-241), “Mal Ayrılığı Rejimi”(MK. m. 242- 243), “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi”(MK. m. 244- 255) ve “Mal Ortaklığı Rejimi”(MK. m.256- 281)’ dir. Eski Medenî Kanun’da ise “ Mal Ayrılığı”, “ Mal Birliği” ve “ Mal Ortaklığı” rejimleri yer almaktaydı². Yeni Medenî Kanun, hem mal rejimi türlerini genişletmiş hem de yeni bir mal rejimi olan edinilmiş mallara katılmayı kanuni mal rejimi olarak öngörmüştür³. Yapılan bu değişikliğin temelinde Eski Medenî Kanunda kanuni mal rejimi olarak düzenlenen mal ayrılığının özellikle kadınlar açısından haksızlıklar yaratan bir hale gelmesi etkili olmuştur⁴. Bu sebeple 4721 Sayılı Medenî Kanun’la getirilen düzenlemelerin kadın erkek eşitliğini gerçekleştirme amaçlı olduğu söylenebilir⁵.

¹ Dural/Öğüz/Gümüş, “edinilmiş mallara katılma rejimi” ifadesinin yerinde olmadığını düşünerek, bu mal rejiminin adının “edinimlere katılma rejimi” olarak konulmasının daha yerinde olacağı kanaatindedirler, bkz. Dural Mustafa; Tufan Öğüz; M. Alper Gümüş; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 197, dn. 20.

² Akıntürk Turgut; Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Gözden Geçirilip Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 12. Bası, İstanbul 2010, s. 144. Ayrıca eski Medenî Kanun’daki mal rejimleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Feyzioğlu Feyzi Necmeddin; Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 211 vd.

³ Akıntürk, s. 144.

⁴ Akıntürk; s. 145; Kılıçoğlu Ahmet M.; Medenî Kanun’umuzun Aile- Eşya- Miras Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, s. 269. vd.; Zeytin Zafer; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2008, s. 28, 29. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla getirdiği yenilikler hakkında kapsamlı bir değerlendirme ve nihayetinde MK. m. 186/II’ daki “Birliği eşler beraberce yönetirler.” hükmünün yanında, evlilik birliğinin yönetiminin eşlerden birine bırakılmasına imkân tanınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Doğan Murat; Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHFD. C. 52. S. 4, 2003, s. 93 vd., özellikle s. 99. Ayrıca EMK’daki düzenlemelerin eşler arasında eşitliğe aykırılık oluşturduğu ve bunun giderilmesi için sunulan çözümler için bkz. Acabey M. Beşir; Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 155 vd.

⁵ Başpınar Veysel; Türk Medenî Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 83. Eşlerin eşitliği konusunda detaylı bir çalışma için bkz. Koçhisarlıoğlu Cengiz; Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, AÜHFD. C. 40. S. 1, 1988, s. 251 vd.; Ceylan Ebru; 4721 Sayılı Türk Medenî

2. MAL REJİMİNİN TÜRLERİ

Medenî Kanun'un sistematığına göre mal rejimleri; seçimlik mal rejimleri- kanuni mal rejimi ile olağan mal rejimleri- olağanüstü mal rejimi şeklinde iki gruba ayrılabilir.

2.1. KANUNİ MAL REJİMİ- SEÇİMLİK MAL REJİMLERİ⁶

MK. m. 202'nin başlığı "Kanuni Mal Rejimi"dir. Bu başlık altında "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" kanuni mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Bunun anlamı; eşler mal rejimi sözleşmesi yaparak veya yetkili memura yapacakları yazılı beyanla herhangi bir mal rejimini seçmemişlerse aralarında evlilik kurulduğu andan itibaren kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma geçerli olacaktır. Kanun bu durumu m. 202/I' de, " Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi asıldır." ifadesi ile öngörmüştür. Bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Aksine tamamlayıcı bir düzenlemedir⁷. Kanun koyucu bu şekilde, eşler istemese bile onların mal varlıklarını bir mal rejimine tabi kılmayı amaçlamıştır, bu sebeple eşler arasındaki malî ilişkilerin, "tâbir caizse- başıboş kalmasını"⁸ önlemek istemiştir⁹. Çünkü eşler evliliklerinin mal rejimsiz yürümesini kararlaştıramazlar¹⁰.

MK. m. 202/I' in yanında kanun koyucu öngördüğü mal rejimlerinden birini benimsemeleri hususunda eşlere seçme imkânı tanımıştır¹¹. Eşler

Kanunu'nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman' a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1020.

⁶ Seçimlik mal rejiminin mal rejimi sözleşmesi ile tercih edilmesi asıl olduğu için bunlara "akdi mal rejimleri" de denilmektedir.

⁷ Sarı, s. 6; Acar, s. 190; Zeytin, s. 42; Acabey, s.31; Ateş Turan; Türk Medenî Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, II. Bası, İstanbul 2007, s. 6.

⁸ Akıntürk' ün tabiriyle.

⁹ Akıntürk, s. 146.

¹⁰ Acar, s. 185.

¹¹ MK. m. 202'nin başlığı "Yasal Mal Rejimi"dir ve bu başlık altında "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (MK. m. 218- 241)" kanuni mal rejimi olarak düzenlenmiştir, MK.'da düzenlenen "Mal Ayrılığı Rejimi"(m. 242- 243), "Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi"(m. 244- 254) ve "Mal Ortaklığı Rejimi"(m.256- 281) ise akdi mal rejimleridir.

akdedecekleri bir sözleşme¹² ile mal rejimi türlerinden herhangi birini benimseyebilir (MK. m. 202/II). Bununla beraber, eşlerin MK' da öngörülenler dışında bir mal rejimi benimsemeleri mümkün değildir¹³. Eşler bu benimsedikleri rejimlerin muhtevalarındaki değişiklikleri de yine Kanun'un öngördüğü sınırlar içinde gerçekleştirebilirler¹⁴. Ayrıca eşler birden çok mal rejiminin hükümlerini birleştirerek karma bir mal rejimi benimseme hakkına da sahip değillerdir¹⁵.

Mal rejimleri evlilik birliğinin bir unsuru olduğu için, kamu düzeninden sayılmıştır ve eşlerin bu alandaki irade serbestileri sınırlandırılmıştır. Gerçekten de mal rejimleri seçiminde sözleşme özgürlüğü değil, sınırlı sayı (numerus clausus) ve tipe bağlılık kuralı geçerlidir,¹⁶ fakat bu sınırlamalar tamamen emredici hükümlere dayanmamaktadır¹⁷. Gerçekten de kendilerine tanınan haklar çerçevesinde eşler mal rejimlerini belirleyebilirler, düzenleyebilirler. Mal rejimlerine yönelik bu haklar aile hukukunun temel özelliği olan emredici hükümlere istisna teşkil etmektedir. Bu sınırlı serbesti çerçevesinde eşler, evlilik birliği ile mal varlıkları arasındaki ilişkinin sıkı veya gevşek olmasını ayarlayabilirler¹⁸. Eşlere, içlerinden birini seçme hakkı¹⁹ tanınan bu mal rejimlerine seçimlik mal rejimleri denilir. Mal

¹² Eşlerin akdedeceği bu sözleşme evlenme akdinin yapılmasından önce veya sonra olabilir (MK m.203), ancak evlilik akdinden önce yapılan mal rejimi sözleşmeleri hüküm ve sonuçlarını evlilik kurulduğu andan itibaren doğurmaya başlar.

¹³ Öztan Bilge; Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 233; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188; Başpınar, s. 83 vd, Sarı Suat; Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 3;

¹⁴ Sarı, s. 12.

¹⁵ Acar Faruk; Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, Mayıs 2008, s. 186; Sarı, s. 10; Başpınar, s. 87- 88.

¹⁶ Başpınar, s. 87.

¹⁷ Sınırlı sayı, tipe bağlılık ve emredici hükümler mal rejimin seçimi hususundadır, seçilen rejimin muhtevalarının belirlenmesinde serbesti daha geniştir.

¹⁸ Öztan, s. 232.

¹⁹ Eşler mal rejimi sözleşmesi ile Kanun'da düzenlenen mal rejimlerinden birini noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle benimseyebilecekleri gibi (TMK m.203, 205), evlenme başvurusu sırasında da yetkili memura hangi mal rejimini seçtiklerinin yazılı olarak bildirebilirler (TMK m. 205). Fakat yetkili memur önünde yapılacak seçim sadece mal rejiminin türüne ilişkindir, muhtevalara yönelik bir seçime Kanun müsaade etmemiştir, bkz. Aynı yönde, Sarı, s. 32.

rejimleri konusunda eşlere sınırsız bir serbesti tanınması halinde kötü niyetli eş, gerek diğer eş gerekse eşlerle hukukî ilişkiye giren üçüncü kişiler aleyhine bazı hükümleri mal rejimi sözleşmesine koydurabilecektir²⁰.

Eşler; kanuni mal rejimini veya seçmiş oldukları mal rejimini evlilik birliğinin sonuna kadar devam ettirmek mecburiyetinde değillerdir²¹. Gerçekten de, evlilik birliği süresince değişen iktisadi şartlara ve aile ilişkilerine bağlı olarak; eşlere, tek bir mal rejimi ile birlik sona erene kadar devam etmeleri mecburiyeti yüklenmesi düşünülemez. Nitekim Kanunumuz m. 202/II' de, "*Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler.*" ifadesiyle eşlere, birlik süresince mevcut mal rejimini değiştirerek diledikleri mal rejimini benimseme imkânı tanımıştır²². Fakat kanun koyucu bu değişiklikten zarar görmesi muhtemel kişileri koruyucu hükümler getirmeyi de ihmal etmemiştir²³. Bu amaç doğrultusunda MK. m. 213'te, "*Mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamaz. Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur; ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca pek doğaldır ki; eşlerin benimsedikleri mal rejimini karşılıklı rızaları dâhilinde evlilik birliği boyunca devam ettirmelerinde de hiçbir engel yoktur²⁴.

Eşlerin seçimlik mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılmayı benimsemelerini engelleyen bir kanun hükmü de bulunmamaktadır²⁵. Misal olarak; 1.1.2002 tarihinde kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini kabul etmiş sayılan eşler daha sonra yaptıkları bir sözleşmeyle mal

²⁰ Acabey, s.25.

²¹ Akıntürk, s. 149; Sarı, s. 9.

²² MK. m. 208 hükmü de MK. m. 202/II ye paralel ve daha özel bir düzenleme getirmektedir. Mal ayrılığına geçişten dönme başlığı altında eşlerin, her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki mal rejimini veya başka bir mal rejimini benimseyebilecekleri düzenlenmiştir (MK. md. 2008/I).

²³ Akıntürk, s. 149; Sarı, s. 35.

²⁴ Kanunda öngörülen eşlerden birinin talebinden kaynaklanan olağanüstü mal rejimine geçiş halleri dışındaki durumlar olan; eşlerden birinin iflâsı (MK. m. 209) ve alacaklının talebi (MK. m. 210), bu hakka yönelik kısıtlamalardır.

²⁵ Aynı yönde, bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 189; Sarı, s. 10.

ortaklığı rejimini benimseyebilirler yine eşler tekrar edinilmiş mallara katılma rejimine geçiş yapabilirler, bu son mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi MK. m. 202/I' de düzenlenen kanuni mal rejimi değil, seçimlik mal rejimidir. MK. m. 202/I' in anlamından çıkarılan sonuca göre sözleşme ile benimsenen edinilmiş mallara katılma rejimi istisna olarak düzenlenen bir yöntemdir²⁶. Çünkü eşler arasında aslolan edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasıdır. Fakat nihayetinde edinilmiş mallara katılma rejimi ister kanuni mal rejimi ister seçimlik mal rejimi olarak geçerli olsun her iki durumda da uygulanacak hükümler aynıdır²⁷.

2.2. OLAĞAN MAL REJİMLERİ- OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİ

Medenî Kanun' da olağan- olağanüstü mal rejimi ayırımı açıkça düzenlenmemiştir. Olağanüstü mal rejimi genel hatları ile MK. m. 206- 212' de hüküm altına alınmıştır. Buna göre olağanüstü mal rejimi, ilgili hükümlerde düzenlenen “Mal Ayrılığı Rejimi”, olağan mal rejimleri ise; “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (MK. m. 218- 241)”, “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (MK. m. 244- 254)”, “Mal Ortaklığı Rejimi (MK. m. 256- 281) ve seçimlik mal rejimi olarak benimsendiği durumlarda “Mal Ayrılığı Rejimi (MK. m. 242-243)” dir.

2.2.1. OLAĞAN MAL REJİMLERİ

Olağan mal rejimlerinin hepsi ayrı birer çalışmanın konusu olabilecek kapsamdadır. Bu sebeple, aşağıda sadece olağan mal rejim kavramı üzerinde kısaca durulacaktır.

Kanun olağanüstü mal rejiminin aksine olağan mal rejimleri tarzında bir ifadeye yer vermemiştir. Bununla birlikte olağan mal rejimlerinin varlığını, MK. m. 206' nın üst başlığı olan olağanüstü mal rejimi ifadesinden çıkarmak mümkündür²⁸. Kanun'da olağanüstü mal rejimi olarak düzenlenen mal ayrılığı rejimi dışındaki mal rejimleri olağan mal rejimleridir. Ayrıca seçimlik mal rejimi olan mal ayrılığı da olağan mal rejimleri içerisinde değerlendirilmelidir.

²⁶ Aynı yönde, bkz. Öztan, s. 233.

²⁷ Sarı, s. 10, dn. 11.

²⁸ Medenî Kanun'da eşler arasındaki mal rejimlerini düzenleyen genel hükümler başlığı altındaki hükümlerde biri de olağanüstü mal rejimidir.

2.2.2. OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİ

4721 Sayılı Medenî Kanun'a göre olağanüstü mal rejimi MK. m. 206 hükmünün belirttiği üzere 242 ve 243. maddelerde yer alan mal ayrılığıdır²⁹.

Kanun koyucu, Türk aile yapısının temeli olan evlilik birliğinin ayakta tutulmasına büyük önem vermiştir³⁰. Bu sebeple, olağanüstü mal rejimi olarak düzenlenen mal ayrılığı rejiminin temelinde de bu birliğin korunmasına yönelik bir tedbir özelliği vardır³¹. Her ne kadar evlilik eşler arasındaki karşılıklı sevgi ve saygı temeline dayanıyor olsa da birtakım iktisadî değerleri, yükümlülükleri de barındırır. İşte olağanüstü mal rejimine geçişi gerekli kılan durumlarda; bu iktisadî değer ve yükümlülüklerdeki anlaşmazlıklardan, eşlerin evlilik birliğine katkı dengesinin bozulduğundan, eşler arasında hakkaniyete aykırı bir durumun mevcudiyetinden söz edilebilir³². Bahsedilen sebeplerle eşlerin malvarlıkları hususunda anlaşmazlığa düşmeleri evlilik birliğinin sona ermesi tehdidini ortaya çıkarabilir. Bu durumla karşılaşmamak için birtakım tedbirler almak isteyen kanun koyucu olağanüstü mal rejimini düzenlemiştir. Aslında olağanüstü mal rejiminin öngörülmesindeki amaç, olağanüstü durumların varlığı halinde eşlerden birinin veya alacaklıların mevcut mal rejiminden zarar görmelerinin önlenmesidir³³.

Olağanüstü sıfatından da anlaşılacağı gibi bu mal rejimi eşler arasında; bir birlik olma, aile olma³⁴ hususunda sorunların mevcut olduğu durumlarda kanun gereği³⁵ veya hâkim kararıyla³⁶ işlerlik kazanabilir. Evlilik birliğinin

²⁹ Bu çalışmada mal ayrılığı rejiminin hukukî niteliği üzerinde durulmamış, sadece olağanüstü mal rejimi olarak değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır.

³⁰ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ayan Serkan; Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004.

³¹ Öztan, s. 243; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 191.

³² Öztan, s. 243; Zeytin, s. 48.

³³ EMK bağlamında aynı yönde değerlendirme için bkz. Acabey, s. 34.

³⁴ Eşlerden birinin alacaklısının talebi ile olağanüstü mal rejimine geçişte de dolaylı da olsa bir birlik olma eksikliği söz konusudur. Şöyle ki; eşlerden birinin alacaklısı borçlu eşten talepte bulunduğu zaman diğer eşin kendi malvarlığından zor durumdaki eşe yardımda bulunmaması eşler arasındaki birlikteliğin sağlam olmadığını göstermektedir.

³⁵ Detaylı bilgi için, bkz. aşağıda 3.3.1. KANUN GEREĞİ OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ HALİ.

³⁶ Detaylı bilgi için, bkz. aşağıda 3.3.2. HÂKİM KARARIYLA OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ HALLERİ.

tehlikeye girdiği durumlarda aslî amaç bu birliğin korunması olduğu için, hâkim olağanüstü mal rejimine geçişe son çare olarak başvurmalıdır³⁷. Evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirler daha başka şekillerde alınabiliyorsa mevcut rejimin mal ayrılığına dönüştürülmesine gerek yoktur³⁸. Çünkü mal ayrılığı rejiminin genel özellikleri dikkate alındığında eşler arasında iktisadî bir bağlantının olmadığı görülür. İktisadî yönden birbirlerine güven duymayan eşlerin, evlilik müessesesinin temel taşı olan birlik olma kavramından uzaklaşacakları açıktır. Bu da evlilik birliği için istenen bir durum değildir.

Mal ayrılığı rejiminin olağanüstü mal rejimi olarak değerlendirilebilmesi için eşlerin bu rejime geçişten önce farklı bir mal rejimini benimsemiş olmaları gerekir³⁹. Yani seçimlik mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimini benimsemiş olan eşlerin olağanüstü mal rejimine geçmeleri mümkün değildir. Zaten böyle bir geçişe gerek yoktur. Seçimlik mal rejimi olan mal ayrılığı ile olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına uygulanacak hükümler arasında hiçbir fark bulunmamaktadır⁴⁰. Seçimlik mal rejimi olan mal ayrılığına geçiş için olağanüstü bir durumun varlığı da şart değildir. Çünkü MK. m. 208'e göre "Eşler her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler"⁴¹.

3. OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ HALLERİ

Olağanüstü mal rejimine geçiş⁴² halleri MK. m. 206 vd. düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre eşler arasındaki mal rejiminin kanun gereği

³⁷ Zeytin, s. 49. Birliğin tehlikeye girdiği durumlarda olağanüstü mal rejimine geçişten daha ağır sonuçları olan boşanmanın da evleviyetle tercih edilmemesi gerekir, aynı yönde görüş için bkz. Doğan, s. 99.

³⁸ Gençcan Ömer Uğur; Mal Rejimler Hukuku, Ankara 2007, s. 128.

³⁹ Öztan, s. 243, Zeytin, s. 48; Gençcan, Mal Rejimleri, s. 128.

⁴⁰ Öztan, s. 243.

⁴¹ Bu hüküm; "Eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler." diyen, MK. m. 202/II' yi desteklemektedir.

⁴² Gençcan, olağanüstü mal rejimine geçiş hallerini hâkim kararı ile geçişlerde dönüştürme davası ile dönüşüm, kanun gereği geçiş halinde ise kendiliğinden dönüşüm olarak adlandırmaktadır, Gençcan, Mal Rejimleri, s. 130; Gençcan Ömer Uğur; 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler Ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, s. 56.

(kendiliğinden) veya hâkim kararıyla⁴³ olağanüstü mal rejimine dönüşmesi mümkündür⁴⁴.

Olağanüstü mal rejimine geçişin mümkün olabilmesi için eşler arasında mal ayrılığından başka bir rejimin mevcut olması gerekir. Mal ayrılığını benimsemiş eşlerin, olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçiş yapmaları mümkün değildir. Çünkü her iki duruma da uygulanacak hükümler aynıdır.

4. KANUN GEREĞİ OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ HALİ (MK. m. 209)⁴⁵

Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflâsına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür (MK. m. 209)⁴⁶. Bu hüküm iflâs eden eşin alacaklısını korumaya yöneliktir. Hükümün

⁴³ Hâkim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçiş, ya eşlerden birinin talebiyle (MK. m. 206) veya mal ortaklığı rejiminin benimsendiği hallerde eşlerden birinin alacaklısının talebiyle (MK. m. 210) gerçekleşebilir.

⁴⁴ Akıntürk, s. 149; Öztan, s. 243- 244; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 189, 191; Zeytin, s. 49; Gençcan, Mal Rejimleri, s. 128; Gençcan, Edinilmiş, s. 56.

⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş; kanımızca pekte isabetli olmayan bir şekilde, mahkemece, evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, edinilmiş mallara katılma; ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinin dava tarihinden geçerli olmak üzere kendiliğinden sona ermesi durumlarını da talep olmaksızın olağanüstü mal rejimine geçiş halleri içinde saymışlardır, bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 194. Belirtilen durumlarda mal rejiminin tasfiyesi söz konusu olmakta ve evlilik birliği ortadan kalkmaktadır; evlilik birliği olmayan durumlarda olağanüstü de olsa bir mal rejimine geçiş söz konusu olamaz.

⁴⁶ Bununla birlikte, Zeytin, olağanüstü mal rejimine geçişin bu halini de hâkim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçiş halleri içerisinde zikretmektedir (bkz. Zeytin, s. 50 vd.). Oysa kişinin iflâsına yönelik alınan karar olağanüstü mal rejimine geçiş için yeterlidir. Ayrıca bir karar verilmesine gerek yoktur. Hâkimin verdiği iflâsa ilişkin karar Medenî Kanun 206. maddesinde öngörülenler gibi doğrudan olağanüstü mal rejimine geçişle ilgili değildir. Bu sebeple teknik anlamda hâkim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçişten söz edilememesi gerekir. Ancak, böyle bir durumda hâkimden olağanüstü mal rejimine geçildiğinin tespitine ilişkin bir karar istenebilir. İflâsın hukukî sonuçları özellikle borçlunun malları hakkında ve alacaklıları bakımından hukukî sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuru Baki; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz; İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2009, s. 508 vd.

gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu yolla alacaklı muhatabını bilebilir ve alacağını hangi mallardan tahsil edebileceğini daha kolaylıkla anlayabilir.

Mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesi iflâs kararının kesinleşmesi ile olur. İflâsın sona ermesi ise tek başına eski rejime dönüş için yeterli değildir⁴⁷. Kararın kesinleşmesi ile mal ayrılığı kendiliğinden yürürlüğe girer. Ayrıca herhangi bir aile mahkemesinden karar alınmasına gerek yoktur⁴⁸.

Mal ayrılığı rejimine geçmek isteyen, fakat bu geçiş için haklı sebep gösteremeyen eşler, ödeme gücüne sahip olmalarına rağmen diğer eşin zararına hareket ederek iflâslarına karar verilmesini isteyebilmektedir. İflas kurumunu mal ayrılığına geçiş amacıyla dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanan eş, MK. m. 209 hükmünden faydalanamamalıdır⁴⁹.

MK. m. 209 hükmü, sadece eşlerin mal ortaklığı rejimini benimsediği durumlarda uygulanabilir⁵⁰. Bu sebeple diğer mal rejimlerinin benimsendiği durumlarda bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz. Misal olarak; edinilmiş mallara katılma rejiminde, iflâs sebebiyle mal ayrılığına geçişe karar verilmesi mümkün değildir. Zaten edinilmiş mallara katılma rejimi, tasfiyeye kadar eşler arasında mal ayrılığı rejimi geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğurur⁵¹. Kanun koyucu burada bir tercih yapmış ve mal ortaklığı rejimi dışındaki rejimlerin⁵² devamındaki faydayı, iflâs eden eşin alacaklılarının haklarına üstün tutmuştur. Şöyle ki; eğer eşlerden birinin iflâsı ile edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi söz konusu olsaydı, rejim tasfiyeye girer ve iflâs eden eşin katılma alacağı ile değer artış payı iflâs masasına katılırdı. Şüphesiz ki bu durum alacaklının menfaatine olacaktır. İşte kanun koyucu buna engel olarak alacaklının menfaatinin mal rejiminin devamına nispeten daha az önemli olduğunu

⁴⁷ Zeytin, s. 57.

⁴⁸ Gençcan, Mal Rejimleri, s. 147.

⁴⁹ Merz, Hans; Berner Kommentar, Einleitung Art. 1 – 10 ZGB, Bern 1962, Art. 2 Nr. 540 vd., (Zeytin, s. 57' den naklen)

⁵⁰ Akıntürk, s. 150; Öztan, s. 244; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 193; Gençcan, Mal Rejimi, s. 147; Gençcan, Edinilmiş Mallar, s. 63; Zeytin, s. 57; Hayran Burhan; 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Ankara 2004, s. 37.

⁵¹ Gençcan, Mal Rejimleri, s. 148; Zeytin, s. 57- 58.

⁵² Bu rejimler arasına mal ayrılığı rejimi girmemektedir. Çünkü bu rejimde kural olarak eşlerin ortaklık malları söz konusu değildir. Ortaklık malı olmayan bir rejimde iflâsın etki edeceği mal varlığı değerleri zaten belirli ve sınırlıdır.

benimsemiştir⁵³. Ancak bu durumda diğer eşin, MK. m. 206/II, b.1' deki hükümden faydalanarak olağanüstü mal rejimine geçiş talep etmesine bir engel yoktur⁵⁴.

İflâs sonucunda alacaklı tatmin edilmiş ise MK. m. 211/I' e göre eşlerden birinin talebi üzerine hâkim mal ortaklığının yeniden kurulmasına karar verebilir. Ayrıca eşler mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimini de kabul edebilirler⁵⁵. Bu şekilde Kanun gereği, iflâs sebebiyle sona eren mal ortaklığı rejimi hâkim kararı ile tekrar kurulabilirken eşler bunun yerine yapacakları anlaşmayla edinilmiş mallara katılma rejimini de seçebilmektedirler.

5. HÂKİM KARARIYLA OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ HALLERİ

5.1. EŞLERİN BİRLİKTE YAŞAMAYA ARA VERMESİ HALİNDE (MK.. m. 197/II)

Eşlerden birinin, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddî biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahip olduğu MK. m. 197/I' de düzenlenmiştir. Bu sebeple eşlerden biri, evlilik birliğinin korunması amacıyla kanunda öngörülen şartların sağlandığı durumlarda ayrı yaşama hakkına sahiptir. Fakat birlikte yaşamaya ara verilmesi sonucunda evlilik birliğinin durumunun düzenlenmesi için

⁵³ Aynı yönde, bkz. Gençcan, Mal Rejimi, s. 147, dn. 347; Zeytin, s. 58.

⁵⁴ Zeytin, s. 58.

⁵⁵ MK. m. 211' deki hüküm MK. m. 202/II' ye göre geniş yorumlanmalı ve eşlerin yapacakları sözleşme ile Kanunda öngörülen rejimlerden her hangi birini seçmelerine bir engel olmamalıdır. Fakat eşler arasında halihazırda geçerli olan rejim mal ayrılığıdır. Dolayısıyla bu rejimi seçmeleri mümkün değildir. Mal ortaklığı rejiminin kurulabilmesi için ise MK. m. 211/I hükmüne göre hâkim kararına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla bu rejimi de hâkim kararı olmaksızın benimseyemezler. Geriye eşlerin tercih edebilecekleri iki rejim kalmaktadır. Bunlar edinilmiş mallara katılma ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimidir. Oysa MK. m. 211/II' de bu durumda sadece edinilmiş mallara katılma rejiminin sözleşme ile tercih edilebileceği düzenlenmiştir. Paylaşmalı mal ayrılığının seçilmesine imkan verilmemiş görülmektedir. Bunun sebebi bu rejimin mehzaz düzenleme olan İMK' da yer almaması ve iktibas yapılırken bu eksikliğin gözden kaçırılmış olmasıdır. Türk Medenî Kanununda paylaşmalı mal ayrılığı rejimi düzenlendiğine göre eşlerin yapacakları sözleşme ile MK. m. 211' e dayanarak paylaşmalı mal ayrılığını benimsemelerine de bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

hâkimden yardım almakta şüphesiz fayda olabilir⁵⁶. Ayrı yaşamak için haklı sebeplerin varlığının tespiti hususunda da hâkimin kararı önem arz eder. Buradaki ayrı yaşama hakkı MK. m. 170'vd.' de düzenlenen "ayrılık" kurumundan farklıdır.⁵⁷ Eşler arasında ayrılığın geçerli olabilmesi hâkim kararına bağlı iken (MK. m. 170/I), ayrı yaşama hakkının kullanılması için haklı sebeplerin varlığı halinde hâkim kararına gerek yoktur (MK. m. 197/I)⁵⁸.

MK. m. 197/II, haklı sebeplerin varlığı halinde, birinin talebi üzerine hâkimin, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine, ilişkin önlemleri alacağını düzenlemektedir. Bu hükümden hareketle hâkim, ayrı yaşamının varlığı halinde eşlerden birinin talebi üzerine haklı sebebin olup olmadığını tesbit edecek daha sonra da eğer haklı sebep mevcutsa söz konusu tedbirleri alır. Hâkimin eşlerin mallarının yönetimine yönelik alacağı tedbirlerden biri de olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçiştir⁵⁹. 197/II' de hâkimin hangi tedbirleri alacağı açıkça belirtilmemiştir. Oysa kaynak düzenleme olan İMK. Art. 176. b. 3'te hâkimin hal ve şartlar haklı gösteriyorsa eşler arasında mal ayrılığı rejimine hükmedeceği düzenlenmiştir. Bu durumda MK. m. 197/II geniş yorumlanmalı ve mal ayrılığı rejimine geçiş de haklı sebeple birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde alınacak tedbirlerden sayılmalıdır⁶⁰.

MK. m. 197/II' ye göre açılacak davalarda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m. 201/I). Eşlerin

⁵⁶ Akıntürk, s. 129.

⁵⁷ Öztan, s. 223; Dural MK. m. 197/2' deki birlikte yaşamaya ara verilmesi kavramı yerine ayrılık terimini kullanmıştır, bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 177; Zeytin de bu durumu aynı şekilde ayrılık olarak nitelendirmektedir, bkz. Zeytin, s. 54. Oysa ayrılık boşanma davası sonunda ya da bağımsız olarak talep edildiğinde verilebilecek olan bir karardır ve birlikte yaşamaya ara verme durumundan tamamen farklıdır.

⁵⁸ Akıntürk, s. 129; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 174 Birlikte yaşamaya ara verme hali boşanmanın özel sebeplerinden olan terkten de farklıdır. Birlikte yaşamaya ara vermenin haklı bir sebebe dayanması gerekirken; terkin muhtevasında eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla ortak konutu terk etmesi yatar (MK. m. 164). Ayrıca terk evlilik birliğini sonlandırma amacı taşırken, birlikte yaşamaya ara verilmesinin sonucunda alınacak tedbirler, birliği korumaya yöneliktir.

⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 177.

⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 177; Zeytin, s. 54.

yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m. 201/II). Görevli mahkeme ise 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre Aile Mahkemeleri' dir. Bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir.

5.2. AYRILIK HALİNDE (MK. m. 180)

Olağanüstü mal rejimine hâkim kararıyla geçiş hallerinden biri de, hükmün lafzından anlaşılması zor olmakla beraber, MK. m. 180'de düzenlenmiştir⁶¹.

Hâkimin MK. m. 170' e göre ayrılık kararı vermesi halinde⁶² eşler arasındaki mal rejiminin akıbetinin ne olacağı MK. m. 180'de hükme bağlanmıştır. Hükme göre, hâkim; ayrılığın süresi ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir. Hükmün kaleme alınışı, doktrindeki ifadesiyle, duraksamaya yol açacak tarzdadır⁶³. Aslında gerekçesinde de belirtildiği üzere MK. m.180 hükmü, EMK. m. 147' yi karşılamaktadır⁶⁴. EMK. m.147 ise kanuni mal rejimi olarak mal ayrılığının geçerli olduğu döneme aittir ve bu haliyle değerlendirildiğinde anlam ifade etmektedir.

EMK döneminde eşler, kanuni mal rejimi olan mal ayrılığı dışında bir mal rejimi benimsedikleri zaman, ayrılık halinde hâkim bu rejimin kaldırılmasına karar verince, kanuni rejim olan mal ayrılığı tekrar işlerlik kazanıyordu ve ayrılık kurumunun amacına uygun olarak eşlerin malvarlıkları arasındaki bağ zayıflıyor, hatta kopuyordu. Oysa MK' da kanuni mal rejimi edinilmiş mallara katılmadır ve 180. madde lâfzı buna göre yorumlanırsa, ayrılık halinde kaldırılan akdî mal rejiminin yerine kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma geçer. Bu ise sona doğru giden bir evliliğin taraflarının malvarlıkları arasındaki bağlantıyı daha da kuvvetlendirmek anlamına gelir. Mesela, eşler arasında seçimlik mal rejimi olan paylaşımlı mal ayrılığı geçerliyken hâkim, ayrılık halinde MK. m.

⁶¹ Ayrılık sebebiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin kaldırılmasına ilişkin mevcut düzenlemenin değerlendirilmesi için bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 218. vd.

⁶² Ayrılığın hüküm ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Akıntürk, s. 272. vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 130. vd.; Öztan, s. 428. vd.

⁶³ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 219.

⁶⁴ Bkz. MK. m. 180' in gerekçesi.

180'den hareketle bu rejimi kaldırırca eşler arasında kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi işlerlik kazanır. Bunun sonucu olarak zaten anlaşmazlık içinde olan ve bu sebeple ayrı yaşayan eşlerin malvarlıkları arasındaki bağ kuvvetlenmiş olur. MK. m.180 lâfzî olarak yorumlanırsa hüküm sadece eşler arasında mal ortaklığı rejimi kabul edilmiş olduğu hallerde anlam kazanır⁶⁵. Böyle bir durum ise hükümle ulaşılmak istenen amacı karşılamaya yetmez. Sadece akdî mal rejimlerine uygulanacağı öngörülmüş olan 180. madde geniş yorumlanmalı ve hâkimin bu hükmü kullanarak, kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini de kanunun tabiri ile kaldırabilmesine imkân tanınmalıdır⁶⁶. Bu şekilde ayrılık halinin amacına uygun bir tedbir alınmış olur. Ayrıca bakıldığı zaman MK.m. 180'deki "kaldırma" kelimesinin de yerinde olmadığı görülür. Bu ifade mevcut mal rejimi kaldırıldıktan sonra durumun ne olacağına ilişkin bir çözüm içermemektedir. Bunun yerine MK. m. 206'yla paralellik sağlanması amacıyla "olağanüstü mal rejimine dönüşüm" tabirinin kullanılması daha yerinde olurdu⁶⁷.

MK. m. 180 hükmüne dayanarak açılacak davalarda yetkili mahkeme, davacı eşin yerleşim yeri veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir (HUMK, m. 9/III). Görevli mahkeme ise 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre Aile Mahkemeleri' dir, bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır.

5.3. ALACAKLININ TALEBİYLE (MK. m. 210)

Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir (MK. m. 210/I). Eşlerden birinin alacaklısının bu talepte bulunabilmesi için en genel anlamıyla mal ortaklığı rejiminin

⁶⁵ Mal ortaklığı rejiminde eşlerin malvarlıkları arasındaki ilişki, edinilmiş mallara katılma rejimine oranla daha kuvvetlidir.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Öztan, s. 433; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 131; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 220; Sarı, s. 95.

⁶⁷ MK. m. 180 hükmünü karşılayan İMK' nun 155. maddesi "mal rejiminin tasfiyesi" üst kenar başlığı altında, "Ayrılık halinde" kenar başlığı ile şu hükmü içermektedir: "Ayrılık ile birlikte, yasadan dolayı mal ayrılığı yürürlüğe girer", (Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 220' den naklen). Ayrılık halinde şartların oluşmasıyla mevcut mal rejiminin olağanüstü mal rejimine dönüşmesi yönündeki açık bir ifadenin Kanun'umuzda yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

benimsenmiş olması yeterlidir⁶⁸. Bu rejimin geçerli olduğu durumlarda yaptığı icra takibi sonunda zarara uğrayan alacaklı, hâkimden olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep edebilir⁶⁹. Alacaklının zarara uğraması; yaptığı icra takibi sonunda alacağını tamamen veya kısmen tahsil edememiş olması anlamına gelir⁷⁰. İİK hükümleri gereğince borç ödemededen aciz belgesi (İİK. m. 143, 251), ve borçlunun haczedilecek malı olmadığına dair düzenlenen haciz tutanağı (İİK. m. 105/I)⁷¹ bu anlamda alacaklının zarara uğradığını gösterir⁷².

MK. m. 210 bağlamındaki borç eşin kişisel borcudur ve kişisel malvarlığı⁷³ bu borcu karşılamaya yetmemektedir. Bu sebeple alacaklı, borçlu eşin mal ortaklığındaki payının da haczedilebilmesi için olağanüstü mal rejimine geçişi talep etmektedir⁷⁴. Geçişle beraber alacaklı, eşin kişisel mallarının yanında ortaklık mallarından eşe düşen pay⁷⁵ üzerinde de talep

⁶⁸ Mal ortaklığı rejimi; genel mal ortaklığı, edinilmiş mal ortaklığı ve diğer mal ortaklığı olarak üçe ayrılır, bu üç rejim türünde de alacaklı şartlar oluştuğunda MK. m. 210' dan faydalanarak olağanüstü mal rejimine geçilmesini hâkimden talep edebilir.

⁶⁹ Hayran, bu durumda olağanüstü mal rejimine kendiliğinden dönüşüm olduğunu savunmaktadır, Hayran, s. 38.

⁷⁰ Zeytin, s. 57.

⁷¹ Bu tutanak borç ödemededen aciz belgesi hükmündedir (İİK, m. 105/I), Kuru; Arslan; Yılmaz, s. 235. Borç ödenmeden aciz belgesi hakkında detaylı bilgi için bkz., Öztekin Selçuk; İcra İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası (İİK m. 143; m.251), İstanbul 1994.

⁷² Zeytin, s. 57; Hayran, s. 40; Gençcan, Mal Rejimleri, s. 142.

⁷³ Mal ortaklığı rejiminde üç grup mal vardır. Bunlar kadının kişisel malları, kocanın kişisel malları ve ortaklık mallarıdır. Kişisel mallar; mal rejimi sözleşmesi, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırması veya kanunla belirlenir. Eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış eşyası ile manevî tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel maldır. Bir eşin saklı pay olarak isteyebileceği mal varlığı değerleri mal rejimi sözleşmesiyle ortaklığa dahil edildiği ölçüde mirasbırakanları tarafından kendisine kişisel mal olarak kazandırılmaz. (MK. m. 260). Ortaklık malları ise eşlerin kanun gereği kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ile gelirlerinden oluşur. (MK. m. 257).

⁷⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 238; Zeytin, s. 56, 57.

⁷⁵ MK.'nın Kişisel borçlar başlıklı 269. maddesinde “*Her eş diğer bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulur. Ortaklığın zenginleşmesinden kaynaklanan istemler saklıdır.*” ifadesi yer almaktadır. Hükme göre alacaklının eşin kişisel borcu için ortaklık mallarına başvurabileceği oran,

hakkına sahip olur. Alacaklının mal ortaklığı rejimi devam ettiği sürece eşin ortaklı payı üzerinde talepte bulunması mümkün değildir. MK. m. 257/II' deki "Eşler ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahip olurlar" ifadesinden anlaşılacağı üzere, mal ortaklığı rejimi süresince ortaklık malları üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyeti söz konusudur⁷⁶. Buradaki elbirliği ortaklığı, mal rejiminin devreye girmesi ile ortaya çıkan kanuni bir ortaklıktır ve sadece aynî haklar üzerinde değil, diğer malvarlığı hakları üzerinde de etkilidir.

Elbirliği ortaklığına konu olan şey üzerinde ortakların üzerinde tasarruf edebilecekleri belli payları yoktur⁷⁷. Eşin borcu sebebiyle ortaklık malları üzerinde cebrî icraya yönelik işlem yapılabilmesi için elbirliği ortaklığının sona erdirilmesi gerekir⁷⁸. Mal ortaklığındaki elbirliği ortaklığının sona ermesi ise ya mal rejiminin sona ermesiyle veya olağanüstü mal rejimine geçişle olur. Bu sayede alacaklı, borçlu eşin ortaklık malları üzerindeki hakkına da cebrî icra yoluyla ulaşma imkânı elde eder.

Elbirliği ortaklığı kanundan⁷⁹ doğduğu için tescilinin kabil olduğu durumlarda tescil mecburiyeti yoktur. Bununla beraber yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir⁸⁰.

Ortaklık borcu niteliği taşıyan bir borç için mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığına geçişine gerek yoktur⁸¹. Çünkü böyle bir halde alacaklı

ortaklık mallarının yarısı kadardır. Tabii ki alacaklı öncelikle borçlu eşin kişisel mallarına başvurmalıdır.

⁷⁶ Akıntürk, s. 184; Öztan, s. 305; Zeytin, s.57; Acar, s. 224; Acabey, s. 28; Ceylan, s. 1044.

⁷⁷ Fakat MK. m. 262, elbirliği mülkiyetinde ortakların tek başına tasarruf yetkisini ortadan kaldıran MK. m. 702/II' ye evlilik birliğinin mantığına uygun olarak bir istisna getirmiştir. Gerçekten de, MK. m. 262'ye göre eşler ortaklık malları üzerinde tek başına evlilik birliğinin yararına işlemleri yapabilirler. Geniş bilgi için bkz. Acar, s. 225.

⁷⁸ İİK. m. 82, 83' e göre elbirliği ortaklığa tabi mal ve hakların haczedilmesinde bir engel yoktur. Bu sebeple eşin ortaklık payının haczedilmesi mümkündür. Fakat haczedilen değerlerin paraya çevrilebilmesi için ortaklığın sona erdirilmesi gerekir.

⁷⁹ MK. m. 257/II.

⁸⁰ Öztan, s. 306; Acar, s. 224, 225.

⁸¹ Zeytin, s. 57.

doğrudan⁸² ortaklık mallarına başvurabilir⁸³. Buna rağmen alacaklı tatmin edilemezse eşlerin malvarlıklarına başvurma hakkı da mevcuttur.

MK. m. 210/II' ye göre alacaklı olağanüstü mal rejimine geçiş talebini her iki eşe yöneltmelidir. Mal rejiminin sona ermesi, yalnız borçlu eşi değil, diğer eşi de ilgilendirdiği için, mal ayrılığına dönüş talebinin her iki eşe de yöneltilmesi öngörülmüştür⁸⁴.

MK. m. 210 hükmü, MK. m. 206/II, b. 1' deki düzenlemeyle benzerlik arz etmektedir. Şöyle ki; alacaklının MK. m. 210' a göre olağanüstü mal rejimine geçişi talep hakkı bulunduğu durumda, borçlu olmayan eşin de MK. m. 206/II, b. 1' e göre diğer eşin ortaklık payının haczedilmiş olması halinde olağanüstü mal rejimine geçişi istemesi haklı bir sebep sayılmaktadır⁸⁵.

Eski rejime dönme başlığını taşıyan MK. m. 211 hükmü, kanun gereği olağanüstü mal rejimine geçiş halinin sona ermesi durumunda olduğu gibi alacaklının talebi ile olağanüstü mal rejimine geçişe sebep olan alacaklının tatmin edilememe durumu ortadan kalkınca, yani alacaklı alacağını tahsil edince, eşlerden birinin talebi ile de işlerlik kazanır ve bu yolla olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı sona erebilir.

MK. m. 210' a göre açılacak davada yetkili mahkeme borçlu eşin yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m. 210/III). Görevli mahkeme ise 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre Aile Mahkemeleri' dir. Bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır.

5.4. HAKLI BİR SEBEBE DAYANARAK EŞLERDEN BİRİNİN TALEBİ HALİNDE

MK. m. 206'da haklı bir sebebin varlığı halinde hâkimin, eşlerden birinin talebi üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Hükmün uygulanabilmesi için eşler arasında bir anlaşmazlığın mevcudiyeti yeterli değildir. Ayrıca bu anlaşmazlığın dava

⁸² Bu durumda alacaklının olağanüstü mal rejimine geçişi talep etmesinde bir menfaati yoktur. Çünkü alacaklının talepte bulunabileceği malvarlığı değerlerinde bir değişme olmamaktadır.

⁸³ MK. m. 268' e göre borç ortaklık borcu ise eşlerden her biri üçüncü kişilere karşı kişisel malvarlıkları ve ortaklık mallarıyla sorumludurlar.

⁸⁴ Bkz. MK. m. 210'un gerekçesi.

⁸⁵ MK. m. 206' ya göre olağanüstü mal rejimine geçiş halli için öngörülen haklı sebepler sınırlı sayıda değildir, eş başka sebeplerin varlığı halinde de geçiş talep edebilir.

boyutuna ulaşmış olması gereklidir⁸⁶. Aksi halde zaten eşler MK. m. 208'e göre yapacakları bir sözleşmeyle yeni bir mal rejimini benimseyebilirler.

MK. m. 206' da, MK. m. 209 ve 210 hükümlerinin aksine haklı sebeple olağanüstü mal rejimine geçilebilmesi için eşler arasında mal ortaklığı rejiminin mevcut olması mecburî değildir⁸⁷. Çünkü hüküm, eşler arasında mal ayrılığı rejimi dışındaki bir rejimin benimsenmiş olduğu bütün durumlarda işlerlik kazanır.

MK. m. 206/I' in lâfzına bağlı kalındığında, haklı sebeplerin olduğu durumlarda eşlerden birinin talebi yeterlidir. Acaba haklı sebebin oluşumuna yol açan eş de bu hükmeye dayanarak olağanüstü mal rejimine geçişi talep edebilir mi? Doktrinde bir görüş, kanunun lâfzına bağlı kalarak, bu hakkın her iki eşe de tanındığını savunmaktadır⁸⁸. Buna karşılık Kılıçoğlu ise, bu hakkın sadece diğer eşe tanındığı görüşündedir⁸⁹. Biz de Kılıçoğlu'nun görüşünün sağlam temellere dayandığı kanaatindeyiz. Gerçekten de, haklı sebebi oluşturan eşe olağanüstü mal rejimine geçiş hakkı tanınmamalıdır⁹⁰. Çünkü haklı sebebi oluşturan eş, meselâ malvarlığı borca batık olan eş, çoğu zaman mal rejimi sözleşmesi yapma niyetinde olmaz. Bu sonuç diğer eşin zor duruma düşmesine yol açabilir. İşte MK. m. 206 hükmü malvarlığı diğer eşin durumu sebebiyle tehlikede olan eşe dava ile olağanüstü mal rejimine geçiş talep etme hakkını tanımaktadır.

MK. m. 206 hükmünde ve gerekçesinde olağanüstü mal rejimine geçişi talep hakkının eşlerden herhangi birine tanındığı anlamını çıkarmak mümkündür⁹¹. Oysa haklı sebebin oluşumuna yol açan eşe MK. m. 206

⁸⁶ Gençcan eşler arasında çekişme olmalıdır tabirini kullanmaktadır, bkz. Gençcan, Mal Rejimleri, s. 131.

⁸⁷ MK. m. 206/II' de belirtilen örneklerden bazıları sadece eşler arasında mal ortaklığı rejiminin geçerli olduğu durumlarda haklı sebep oluşturur, örnek için, bkz. MK. m. 206/II, b.1.

⁸⁸ Gençcan, Edinilmiş Mallar, s. 57; Zeytin, s. 50; Hayran, s. 24.

⁸⁹ Kılıçoğlu Ahmet; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Tartışmalar- Örnekli Açıklamalar- Formüller Tablolar- İlgili Yasa Metinleri, Ankara 2002, s. 19.

⁹⁰ MK. m. 206/II' de sayılan misaller de bu görüşü destekler niteliktedir. Bunların hepsi eşin olağanüstü mal rejimine geçişi talep etme hakkını diğer eşin haklı sebep oluşturmasına bağlamıştır.

⁹¹ ...”Birinci fıkrada eşlerden birinin istemi üzerine, haklı sebep varsa hâkim kararıyla mal ayrılığı rejimine dönüşüm düzenlenmiştir.” bkz. MK. m. 206' nın gerekçesi. Gerekçe için

hükmüne dayanarak olağanüstü mal rejimine geçişi talep etme hakkı tanımak ona kanunu dolanma şansı vermek olur. Şöyle ki, diğer eşi MK. m. 202/II hükmü gereği yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmaya ikna edemeyen eş⁹², kasten oluşturabileceği haklı sebeple mal ayrılığı rejimine geçişi talep edebilir. Ayrıca diğer eşin yol açtığı haklı sebebin varlığına rağmen, lehine olan olağanüstü mal rejimine geçiş talebinde bulunmayarak fedakârlık eden eşin, mevcut mal rejimini devam ettirme talebine saygı gösterilmelidir.

Haklı sebebin temelinde, mal rejiminin tehlikede olmasına rağmen diğer eşin bu durumu düzeltmek için bir çaba harcamaması⁹³ yatar. Böyle bir durumda eşlerden biri iktisadî birlikteliğe önem vermemektedir. O halde bu birlikteliğin devam ettirilmesinin haklı bir yönü kalmamıştır⁹⁴.

Haklı sebeplerin neler olacağı MK. m. 206/II' deki "*Özellikle aşağıdaki hallerde haklı bir sebebin varlığı kabul edilir*" ifadesi ile sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmamıştır⁹⁵. Hükümde beş bent halinde sayılanlar dışında bir sebebin hâkim tarafından olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı görülmesi halinde de mal ayrılığı rejimine geçişe karar verilebilir⁹⁶. Burada sayılan

bkz. Yavuz Cevdet; Türk Medenî Kanunu Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 2008, s. 281.

⁹² Burada birlik olmanın bir sonucu olan; eşlerin malvarlıklarının durumunu birlikte belirleme hususunda anlaşamadıkları ortadadır. Eğer bu anlaşma karşılıklı fedakarlıkla sağlanamazsa eşler birlikteliklerini yeniden değerlendirmelidir. Yoksa haklı sebebin oluşumuna yol açan eş, diğer eşi mal rejimini değiştirmek mecburiyetinde bırakamamalıdır.

⁹³ Öztan, s. 244.

⁹⁴ Zeytin, s. 50.

⁹⁵ Akıntürk, s. 150; Öztan, s. 244; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 192; Hayran, s. 25; Gençcan, Edinilmiş Mallar, s. 58; Zeytin, s.50.

⁹⁶ EMK, kadının ve kocanın olağanüstü mal rejimine geçişi talep edebileceği halleri sayarak belirtmişti. Gerçekten de, EMK. m. 175' e göre; "*Kocanın, karısının veya çocuklarının bakımın ihmal etmesi veya karısının kendi malları için istediği teminatı vermemesi yahut kocanın ve mal ortaklığı rejiminde ortaklığın borç ödemekten aczinin sabit olması durumunda; kadın mahkemeden mal ayrılığına hükmedilmesini talep edebilecektir.*" Kocanın mal ayrılığına geçişi talep edebileceği haller ise EMK m. 176' da "*Kadının borcunu ödemekten aczinin sabit olması veya ortaklığa yahut birliğe giren mallar üzerinde, koca tarafından yapılabilmesi karının onayına bağlı olan tasarruflar için, kadının haklı bir sebep olmaksızın onay vermekten kaçınması yahut kadının kendi*

sebepler birer misâl niteliğindedir. Bu sebeple, haklı sebebin mevcudiyeti her somut olay için ayrı değerlendirilmelidir⁹⁷. Böyle bir sebebin varlığını ispat yükü genel muhakeme kurallarına paralel olarak davacıdadır. Fakat haklı sebebin olup olmadığını takdir yetkisi hâkimdedir⁹⁸. Haklı sebep olmasına rağmen, eşlerden birinin menfaati mevcut mal rejimini devam ettirmeyi haklı kılıyorsa hâkim talebi reddedebilir⁹⁹.

5.4.1. DİĞER EŞE AİT MALVARLIĞININ BORCA BATIK VEYA ORTAKLIKTAKİ PAYININ HACZEDİLMİŞ OLMASI

Eşlerden birinin talebiyle olağanüstü mal rejimine geçiş hallerine kanun koyucu tarafından verilen misallerden ilki MK. m. 206/II, b. 1 hükmüdür. Buna göre, diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı bir sebep oluşturur.

Eşin malvarlığının borca batık olması, aktif değerlerin pasif değerleri karşılamaması anlamına gelir¹⁰⁰. Aktif malvarlığı değerleri içine mal rejiminden kaynaklanan değer artış payı ve katılma alacağı yer almamalıdır. Çünkü eşin bu hakları mal rejiminin tasfiyesi ile gündeme gelir¹⁰¹. Borca batık olma halinin tespiti ve ispatının kolaylığı için İİK hükümlerinden faydalanmak yerinde olur. meselâ eşin, iflâsının istenmiş olması¹⁰², İİK 127/II' ye göre ödemelerini tatil etmiş olması malvarlığının borca batık olduğunun bir göstergesidir¹⁰³. Haciz halinde ise borçlu eşin bu borç sebebiyle aciz haline düşmesi ya da borcun, borca batık olma durumuna yol

malları için teminat istemesi durumunda; koca da mahkemeden mal ayrılığına hükmedilmesini talep edebilir.” hükmüyle düzenlenmiştir.

⁹⁷ Öztan, s. 245; Gençcan, Mal Rejimleri, s. 132.

⁹⁸ Gençcan, Edinilmiş Mallar, s. 57; Mal Rejimleri, s. 132; Hayran s. 25.

⁹⁹ Gençcan, Mal Rejimleri, s. 134.

¹⁰⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 192. Eşin müeccel borçları da buraya dâhildir, (Bkz., Zeytin, s. 50).

¹⁰¹ Zeytin, s. 51.

¹⁰² İflâsın istenmiş olması haklı sebebi (MK. m. 206/II, b.1), MK. m. 209'daki eşin iflâsı halinde kanun gereği mal ayrılığı rejimine geçişten farklıdır. Şöyle ki, birinci halde (MK. m. 206/II, b.1) iflâsın talep edilmiş olması haklı sebep için yeterli olabilecek iken, ikinci halde (MK. m. 209) iflâs kararının kesinleşmiş olması gerekmektedir.

¹⁰³ Detaylı bilgi ve örnekler için bkz. Hayran, s. 25.

açması şartı aranmaz¹⁰⁴. Kanun koyucu bu hükümle alacaklıların diğer eşin mallarına başvurmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır¹⁰⁵. Olağanüstü mal rejiminde eşlerin malvarlıkları birbirinden bağımsız olduğu için bu rejime geçişle beraber bir eşin borcu, diğer eşin malvarlığı üzerinde tehdit oluşturmaz. Hükümde yer alan borçlu eşin ortaklık payının hacedilmiş olması şartı, bu haklı sebebin eşler arasında mal ortaklığının benimsenmiş olduğu durumlarda anlam kazanacağını göstermektedir¹⁰⁶. Çünkü mal ortaklığı rejimi dışındaki rejimlerde ortaklık payından söz edilemez¹⁰⁷.

5.4.2. DİĞER EŞİN TALEPTE BULUNANIN VEYA ORTAKLIĞIN MENFAATİNİ TEHLİKEYE DÜŞÜRMÜŞ OLMASI

Ailenin ekonomik temelinin tehlikeye atılmış olmasının olağanüstü mal rejimine geçişi talep için haklı bir sebep oluşturacağı MK. m. 206/II, b. 2'de düzenlenmiştir¹⁰⁸. Eşlerin ve ortaklığın menfaati soyut bir kavramdır. Fakat bazı haller bu menfaatin tehlikeye atıldığı yönünde kuvvetli birer emare teşkil edebilir. Meselâ eşin kazandığından çok fazla harcaması, tasfiye sonunda artık pay kalmayacak şekilde masraflı bir hayat sürmesi¹⁰⁹, edinilmiş mallara katılma rejiminde, diğer eşin payını azaltacak şekilde edinilmiş malları gereksiz tüketmesi veya yönetmesi¹¹⁰, eşin kumar alışkanlığının olması, tehlikenin oluşumunu gösteren hallerden bazılarıdır.

Kanun koyucu tehlike halinin varlığı için tehdidin cebri icra safhasına gelmiş olması şartını aramamış, tehlike veya tehdidin varlığını haklı sebep oluşumu için yeterli görmüştür¹¹¹. Bu sebeple söz konusu hallerin oluşumunda eşin kusurlu olması şart değildir¹¹²; evlilik birliğinin ekonomik yönetimi konusunda başarılı olamama, öngörülebilecek durumlar için gerekli tedbirleri almama hallerinde eşin kusuru olmasa bile diğer eşin mal ayrılığına geçişi talep etme hakkı vardır.

¹⁰⁴ Hayran, s. 26.

¹⁰⁵ Öztan, s. 245; Hayran, s. 26.

¹⁰⁶ Bkz., aynı yönde, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 192.

¹⁰⁷ Mal ortaklığı rejimi dışındaki rejimlerde tasfiyeye kadar eşlerin mal varlıkları birbirinden bağımsızdır. Mal rejimi etkilerini tasfiye ile göstermeye başlar.

¹⁰⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 192.

¹⁰⁹ Öztan, s. 245.

¹¹⁰ Zeytin, s. 52.

¹¹¹ Hayran, s. 26.

¹¹² Öztan, s. 245.

Mal ortaklığı rejiminde eşin kişisel malvarlığının borca batık olması ve bu sebeple ortaklıktaki payına haciz konması da hem diğer eşin hem de ortaklığın menfaatinin tehlikeye düşmüş olması anlamına gelir¹¹³.

MK. m. 206/II, b. 2' deki ortaklık kavramı mal ortaklığı rejimini ifade etmektedir. Mal ortaklığı rejiminin geçerli olduğu hallerde ortaklığın menfaatinin tehlikeye düşürülmesi olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı sebep oluşturur. Ayrıca talepte bulunan eşin menfaati tehlikeye düştüğünde mevcut mal rejimine bakılmaksızın¹¹⁴ MK. md. 206/II, b. 2 hükmü uygulanır.

5.4.3. DİĞER EŞİN, ORTAKLIĞIN MALLARI ÜZERİNDE BİR TASARRUF İŞLEMİNİN YAPILMASI İÇİN GEREKEN RIZASINI HAKLI BİR SEBEP OLMADAN ESİRGEMESİ

MK. m. 206/II, b. 3'te düzenlenen bu haklı sebebin oluşumu için her şeyden önce eşler arasında mal ortaklığı rejiminin varlığı gerekir¹¹⁵. Bu şart "...ortaklık malları..." ifadesinden anlaşılmaktadır. Teknik olarak ortaklık malları mal ortaklığı rejimine özgüdür¹¹⁶. Mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklık malları üzerindeki yönetim ve tasarruf yetkileri MK. m. 262- 266' da düzenlenmiştir. Buna göre eşler, ortaklık mallarını evlilik birliğinin yararına uygun olarak yönetirler. Olağan yönetim sınırları içinde her eş, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir ve ortak mallarda tasarrufta bulunabilir (MK. m. 262). Hüküm, eşlerin eşitliği ilkesinin ortaklık malları üzerindeki yönetim ve tasarruf hakkına bir yansımasıdır. MK. m. 262' deki olağan yönetim ve MK. m. 263' deki olağanüstü yönetim kavramları paylı mülkiyete ilişkin düzenlemelerden faydalanılarak belirlenmelidir¹¹⁷.

¹¹³ Zeytin, s. 51.

¹¹⁴ Eşler arasında mevcut mal rejiminin mal ayrılığı olmadığı durumlar kastedilmektedir.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Gençcan, Mal Rejimleri, s. 133; Zeytin, s. 52.

¹¹⁶ MK. m. 256 vd.' de "ortaklık malları" kavramına geniş yer verilmektedir.

¹¹⁷ MK. m. 262, elbirliği mülkiyetinin söz konusu olduğu durumlarda bu mülkiyete tabi malların yönetimine yönelik esasları belirlerken elbirliği mülkiyete ilişkin genel kural olan; Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir (MK. m. 702/II) hükmüne Kanunen getirilmiş bir istisnadır. Elbirliği mülkiyetinin sona ermesine ilişkin MK. m. 703/II' deki paylaşırmanın aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyete göre yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle MK. m. 262 vd.' deki ortaklık malları üzerindeki yönetim ve tasarruf hakları ve bu hakların sınırları belirlenirken paylı mülkiyet hükümlerinden faydalanılmalıdır. Paylı mülkiyette olağan- olağanüstü yönetim

Mal ortaklığı rejiminde olağan yönetim dışında kalan konularda eşler, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya mallarda tasarrufta bulunabilir. Rızanın bulunmadığını bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişiler için bu rıza var sayılır. Evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler saklıdır (MK. m. 263). Eşlerden biri haklı sebep olmaksızın, yapılan yönetim veya tasarruf işlemine gereken rızayı vermezse işlemi gerçekleştiren eş MK. m. 206/II, b.4 hükmü gereği mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini talep edebilir. Fakat eşlerden biri diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak tek başına bir meslek veya sanat icra ederse, bu meslek veya sanata ilişkin bütün hukukî işlemleri tek başına yapması ayrıca rızaya gerek olmaksızın mümkündür (MK. m. 264)¹¹⁸.

Mal ortaklığı rejiminde paylı mülkiyete konu bir mal söz konusu olduğunda, bu mal üzerinde yapılacak işlemlere rıza gösterilmemesi durumunda MK. m. 206/II, b. 3 hükmünden değil, eşya hukukuna ilişkin olan paylı mülkiyet düzenlemelerinden (MK. m. 688 vd.) faydalanılmalıdır¹¹⁹. Çünkü paylı mülkiyete konu şey üzerindeki işlemlere rıza gösterilmemesi aile birliğine ve mal rejimlerine has bir durum değildir¹²⁰.

Nihayetinde mal ortaklığı rejiminde ortaklığın menfaatine olan bir işin yapılmasına haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermeyen eş, birliğe zarar vermekte veya birliği zarara uğrama tehdidi altında bırakmaktadır¹²¹. Bu şartlarda diğer eş, ortaklık mallarının zarara uğramasının önüne geçmek için hâkimden mal ayrılığına geçişi talep edebilir.

hakkında detaylı bilgi için bkz., M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi; Saibe Oktay-Özdemir; Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2009, s. 261 vd.

¹¹⁸ MK. m. 264' teki rıza ortaklık mallarının kullanılarak meslek icra edilmesini imkân veren rızadır. Eş bu rızayı verdikten sonra diğer eşin mesleğe yönelik faaliyetleri nedeniyle yaptığı hukukî işlemlere engel olamaz. Fakat her halde diğer eş dürüstlük kuralına (MK. m. 2/II) uygun hareket etmek mecburiyetindedir.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Zeytin, s. 52.

¹²⁰ Hausheer/BASLER Art.185 Nr.29., (Zeytin, s. 53' den naklen)

¹²¹ Hayran, s. 27.

5.4.4. DİĞER EŞİN, TALEPTE BULUNAN EŞE MALVARLIĞI, GELİRİ, BORÇLARI VEYA ORTAKLIK MALLARI HAKKINDA BİLGİ VERMEKTEN KAÇINMASI

Kanunda evlilik birliğinin gereği olarak eşlerin birbirlerine bilgi verme yükümlülüğü ayrıca düzenlenmemiştir¹²². MK. m. 206/II, b. 4'te bilgi vermemenin bir sonuca bağlanmış olması böyle bir yükümlülüğün var olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak bu yükümlülük sadece mal rejimlerine özgüdür ve müeyyidesi sadece mal ayrılığına geçişi isteyebilmektir. Bu sebeple belirtilen şekliyle evlilik birliğinin geneli için bilgi verme yükümlülüğünün düzenlenmemiş olmasının bir boşluk olarak kabul edilmemesi gerekir. İsviçre' de böyle bir genel düzenleme (İMK m. 172) olmasına rağmen kanun koyucunun iktibas sırasında bu hükmü dışarıda bırakmış olması şuurlu bir tercih olsa gerekir.

Bilgi verme yükümlülüğünün yanında MK. m. 216/I' e göre eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebilir. Bu hükümle bilgi vermektan kaçınma ihtimali bulunan eşe, resmî senetle malları hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılan envanterin aksi ispatlanmış olmadıkça doğru olacağı kabul edilmiştir (MK. m. 216/II). Bu hükme göre, envanter düzenlenmesine rıza göstermeyen eşin de MK. m. 206/II, b. 4 anlamında bilgi vermektan kaçındığından söz edilebilir¹²³.

Diğer eş malvarlığının durumunu gizliyorsa bilgi verilmesi yönünde kendisine yöneltilmiş bir talep olmasa bile, haklı sebebin oluştuğu kabul edilmelidir¹²⁴. Çünkü evlilik birliğinin gereği olarak eşler arasında malvarlıkları hakkında gizlilik olmamalıdır. Bilginin gizlenmesi halinde eşler arasında güven ortamının zayıflaması söz konusu olur ve bu durum aile içi geçimsizliğe yol açabilir¹²⁵. Hüküm, kazançların gizlenmesi halinde uygulanabileceği gibi, zararın gizlenmesinde de işlerlik kazanabilir¹²⁶. Meselâ kocanın, çocuklarının eğitimi için karısından habersiz para biriktirmesi her ne kadar çocuk menfaatine bir davranış olsa da diğer eş böyle bir tasarrufun gizli yapılmasından rahatsız olabilir. Özellikle kadının ısrarlarına rağmen paranın nereye gittiği hakkında bilgi vermektan istemeyen

¹²² Öztan, s. 245, 225; Gençcan, Mal Rejimleri, s. 133; Dural/Öğüz/Gümüş, s.193.

¹²³ Zeytin, s. 53.

¹²⁴ Zeytin, s. 54.

¹²⁵ Hayran, s. 27.

¹²⁶ Hayran, s. 27.

koca MK. m. 206/II, b. 4 anlamında haklı sebebin oluşumuna yol açmış sayılmalıdır.

Bilgi isteme hakkı yersiz kullanılmışsa veya olağanüstü mal rejimine geçiş talebiyle MK. m. 206/II, b. 4 anlamında açılmış bir davada karar verilmeden diğer eş bilgi vermişse mal ayrılığı rejimine geçişe karar verilmemelidir¹²⁷. Çünkü bu durumda mal ayrılığına geçişi gerektiren haklı sebep ortadan kalkmıştır. Fakat bilgi verme yükümlülüğünü diğer eşin talebine rağmen dava açılana kadar yerine getirmeyen eşin bu davranışı tek başına MK. m. 206/I bağlamında olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı bir sebep sayılabilir. Hükümdeki ortaklık malları ifadesinden mal ortaklığı rejimine özgü olan ortaklık malları anlaşılmalıdır. Diğer eşin malvarlığı, geliri ve borçları hakkında bilgi vermekten kaçınması bütün mal rejimlerinin¹²⁸ olağanüstü mal rejimine geçişini talep için haklı bir sebep sayılacaktır. Buna karşılık ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması mal ortaklığı rejiminin geçerli olduğu durumlarda haklı bir sebep sayılmaktadır. Bu haliyle eşlerin maliki oldukları ortaklık malları hakkında bilgi sahibi olmasına bir engel yoktur. Fakat eşlerden birinin; olağan yönetim sınırları içinde ortaklık malları üzerinde tek başına tasarrufta bulunması (MK. m. 262/II), olağanüstü yönetim işlerinde diğerinin rızasını alarak tasarrufta bulunması (MK. m. 263/I), diğer eşin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak tek başına icra ettiği meslek veya sanata ilişkin hukukî işlemler yapması (MK. m. 264/I) halinde diğer eş ortaklık malları hakkında bilgi sahibi olamayabilir. Bu durumda bilgi talep eden eşe bu bilginin verilmemesi MK. m. 206/II, b. 4 anlamında bir haklı sebep teşkil eder.

¹²⁷ Hegnauer/Breitschmid Nr. 24. 11, (Zeytin, s. 53' ten naklen).

¹²⁸ Olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı dışındaki diğer mal rejimleri.

5.4.5. DİĞER EŞİN SÜREKLİ OLARAK AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLMASI

Eşlerden birinin sürekli olarak¹²⁹ ayırt etme gücüne¹³⁰ sahip olmaması, diğer eşin olağanüstü mal rejimine geçişi talep edebilmesi için haklı bir sebep oluşturur¹³¹. Ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli olduğunun sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi gerekir¹³². Çünkü MK. m. 206/II, b. 5 hükmü ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan eşin evlilik birliğine iktisadî yönden bir katkısı olmayacağı düşüncesiyle düzenlenmiştir. Böyle bir durumda kanun koyucu diğer eşi de korumak amacıyla ona, olağanüstü mal rejimine geçişi talep etme imkânı tanımıştır¹³³.

Ayırt etme gücünden sürekli yoksun kişiler evlenme ehliyetine de sahip değildirler (MK. m. 125). Böyle bir kişinin her nasılsa yapmış olduğu evlilik MK. m. 145, b. 2' ye göre mutlak butlan yaptırımına tabidir. Fakat bu evlilik iptal edilene kadar¹³⁴ geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur (MK. m. 156, c. 2)¹³⁵. Şüphesiz ki; bu süreçte eşler arasındaki mal

¹²⁹ Kişinin ayırt etme gücünden yoksunluğu sürekli veya geçici olabilir. Tedavisi mümkün olmayan ve kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak derecede ileri seviyede bulunan akıl hastalığı sürekli bir yoksunluk sebebidir. Oysa sarhoşluk geçici bir yoksunluğa yol açar. MK. m. 206/II, b. 5 hükmüne dayanarak olağanüstü mal rejimine geçiş talep edebilmek için ayırt etme gücünden yoksunluğun süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Bunun yanında geçici yoksunluk sebeplerinin de haklı sebep oluşturmasına bir engel yoktur. Meselâ eve her gün sarhoş gelen eşin bu durumu, diğer eşin olağanüstü mal rejimine geçişi talep etmesi için haklı sebep oluşturabilir.

¹³⁰ MK. m. 13' e göre; yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.

¹³¹ Hayran, ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan eşe ortaklık mallarının idaresi bırakılmayacağından veya bırakılsa bile MK. m. 13; 14; 15; 172/I ve 204/I hükümleri gereğince hukukî muameleleri hüküm ifade etmeyeceğinden; sadece MK. m. 206/II, b. 5 hükmüne dayanılarak mal rejiminin değiştirilmesini talep edebilmenin anlamsız olduğunu savunmaktadır, bkz. Hayran, s. 27.

¹³² Özuğur, s. 30.

¹³³ Zeytin, s. 54.

¹³⁴ Batıl bir evlilik ancak hâkim kararıyla sona erer (MK. m. 156, c.1).

¹³⁵ Hâkim bu sebeple olağanüstü mal rejimine geçişin talebi halinde evliliğin mutlak butlanla geçersizliğine ilişkin şartların oluşup oluşmadığını re'sen inceleyemez. Fakat Cumhuriyet Savcısı'na ihbar da bulunarak evliliğin mutlak butlan yaptırımına tabi olması

rejimi de hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bununla beraber, MK. m. 206, b. 5' teki hükmün ayırt etme gücünün evlenmeden sonra kaybedilmesi durumunda da olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı bir sebep oluşturacağı yönünde bir tereddüt yoktur¹³⁶. Her şeye rağmen kötü günde de eşinin yanında olmak isteyen ve birlikteliği savunan sağlıklı eş mevcut mal rejimini sona erdirmeyebilir¹³⁷.

MK. m. 206/son' da eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli yoksun ise onun kanuni temsilcisinin de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Kural olarak, mal rejimi sözleşmesi yapma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlıdır (MK. m. 16/I; 204/I)¹³⁸. Fakat MK. m. 206/son ile ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olan eşin kanuni temsilcisine de sadece bu sebebe¹³⁹ dayanarak olağanüstü mal rejimine geçişi talep etme imkânı tanınmıştır. Kanuni temsilcinin olağanüstü mal rejimine geçiş konusunda bir talebi yoksa mal rejiminde herhangi bir değişiklik yapılması da mümkün olmaz¹⁴⁰. Eşlerden ikisi de ayırt etme gücünden yoksun ise olağanüstü mal rejimine geçişi talep etme yetkisi kanuni temsilcilerin olur ve buna ilişkin dava temsilciler arasında görülür¹⁴¹.

için gerekli süreci başlatır. Bu talep gerçekleşene kadar mal rejimine yönelik herhangi bir çözüm üretmez.

¹³⁶ Ayrıca ayırt etme gücünden yoksunluk, MK. m. 165 anlamında akıl hastalığından ileri geliyorsa boşanma sebebi olarak da değerlendirilebilir.

¹³⁷ Zeytin, s. 54.

¹³⁸ Öztan, s. 234; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 190; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 193; Sarı, s. 20; Zeytin, s. 39.

¹³⁹ Kanuni temsilcinin olağanüstü mal rejimine geçişi talep hakkı temsilcisi olduğu eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olduğu hale özgüdür. Diğer haklı sebeplerin varlığı halinde kanuni temsilcinin böyle bir talep hakkı yoktur. Eşlerin haklarını bizzat kullanmaları gerekir. Bu düzenleme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan mal rejimi sözleşmesi yapma, dolayısıyla rejim değişikliği talebinde bulunma, hakkına getirilmiş bir istisnadır.

¹⁴⁰ Özüğür, s. 30.

¹⁴¹ Gençcan, Mal Rejimleri, s. 135. MK. m. 206/II, b. 5' e göre olağanüstü mal rejimine geçişin geçerli olabilmesi için vesayet makamının izninin gerektiği yönündeki görüş için bkz. Zeytin, s. 54. Kanaatimizce vesayet makamının izninin gerekli olduğu haller MK. m. 462'de sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar arasında olağanüstü mal rejimine geçiş haline yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddenin 9. bendindeki düzenleme mal rejimi sözleşmesi yapılması halinde vesayet makamından izin alınacağına yöneliktir. Bu

MK. m. 206' ya dayanılarak açılacak davalarda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m. 207). Görevli mahkeme ise 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesine göre Aile Mahkemeleri' dir. Bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır.

SONUÇ

Evlilik birliği hissi yönünün yanında birtakım ekonomik değerlere de sahiptir. Ekonomik birliktelik olmadan tam anlamıyla mutlu ve huzurlu bir evlilikten söz etmek mümkün görülmemektedir. Kanun koyucu da evlilik birliğinde bu kadar önemli bir yere sahip olan geniş ifadesiyle ekonomik değerler, teknik anlamıyla mal varlığı değerlerine yönelik düzenleme yapma imkanını sınırsız olarak eşlere tanımamıştır. Muhakkak ki çeşitli yönleriyle aile kurumu kamu düzeninin bir parçasıdır ve kanun koyucunun bu kurumun ekonomik unsurlarına yönelik düzenlemeler getirmesi gayet yerindedir.

Her birliktelikte olduğu gibi evlilik birliğinde de eşlerin hayal ettikleri hayatın gerçekleşmeme ihtimali maalesef mevcuttur. Eşler arasında yaşanan ya da eşlerin üçüncü kişilerle yaşadığı sorunlar onların malvarlıklarına yönelik kararlar almasına sebep olabilir. Hatta bazen kanun koyucunun kendiliğinden birliğin ekonomik değerlerine yönelik müdahalede bulunması gerekebilir. Yukarıda detaylı bir şekilde açıklamasını yapmaya çalıştığımız olağanüstü mal rejimi de evlilik birliğinin karşılaştığı ekonomik sorunlar sonucunda yine bu birliğin dağılmasını önlemeye yönelik önemli bir tedbirdir.

Olağanüstü mal rejimine yönelik düzenlemelerde de her yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkması muhtemel eksiklikler ya da tartışmaya açık hükümler mevcuttur. Örneğin; MK. m. 211/II' de eşler arasında kanun gereği geçerli olan olağanüstü mal rejimini sonlandırma imkanı düzenlenmiştir. Buna göre eşler hâkim kararı ile mal ortaklığı rejimine geçebilecekleri gibi yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimine de başvurabileceklerdir, oysa böyle bir sözleşme ile yine Kanunumuzda seçimlik mal rejimleri arasında düzenlenen paylaşımlı mal ayrılığının benimsenmesine bir engel olmamalıdır.

Tartışmaya açık bir diğer düzenleme ise MK. m. 180'dir. EMK'ya göre kaleme alınmış bu düzenleme kanuni mal rejiminin mal ayrılığı rejimi

hükümün geniş yorumlanması vesayet makamının izninin gerektiği işlemleri sınırlı sayı ilkesine aykırı olarak genişletmek anlamına gelir. Böyle bir yorum ise Kanunun amacına aykırı düşer kanaatindeyiz.

olması üzerine bina edilmiştir. Hükümde düzenlenen ayrılık halinde olağanüstü mal rejimine geçiş durumu eşler arasında kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılmanın geçerli olduğu durumlarda da uygulanabilmelidir. Ayrıca aynı maddenin metninde yer alan "...ayrılığa karar verilirse mahkeme ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir." ifadesindeki kaldırma tabirinin yerine diğer düzenlemelerle bütünlük olması açısından hiç değilse olağanüstü mal rejimine dönüşüm kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Mevcut durumda ayrılık sebebi ile eşler arasındaki mal rejimi kaldırılırsa kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma geçerlilik kazanacaktır. Bu durum ise olağanüstü mal rejiminin uygulanmasının sonucu olan mal ayrılığına geçiş ile bağdaşmayacaktır.

Eşlerden birinin talebi üzerine olağanüstü mal rejimine geçiş hallerine örnek olarak gösterilen MK. md. 206 'daki düzenlemelerden hangi eşin faydalanacağı madde metninden anlaşılamamaktadır. Kanaatimiz haklı sebebin oluşumuna yol açan eşin bu haklardan faydalanamayacağı yönünde ise de doktrinde haklı olarak her iki eşin de bu davayı açma hakkı olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Bu sebeple düzenlemeye açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Nihayetinde, mehzaz düzenleme olan İMK bünyesindeki mal rejimine ilişkin hükümler ile MK'daki düzenlemeler farklılık arz etmektedir. Kanun koyucu düzenlemeleri iktibas ederken Türk aile yapısına göre değişiklikler getirmiştir. Fakat bu değişikliklerin gereklerini Kanun'un ilgili diğer hükümlerine uygulamamıştır. Bu sebeple uygulamada sorunlarla karşılaşmaktadır. Kanun koyucunun mevcut gelişmeler ve ihtiyaçlar dahilinde mal rejimine yönelik düzenlemeleri tabir caizse güncellemesi kaçınılmazdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Acabey, M. Beşir. ;Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998.
- Acar, Faruk ;Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2008.
- Akıntürk, Turgut ;Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Gözden Geçirilip Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 12. Bası, İstanbul 2010.
- Ayan, Serkan ;Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Ateş, Turan ;Türk Medenî Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, II. Bası, İstanbul 2007.
- Başpınar, Veysel ;“Türk Medenî Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler Ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, AÜHFD, C. 52, Sa. 3, 2003, s. 79- 101.
- Ceylan, Ebru ;“4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu’nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’ a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1019-1053.
- Doğan, Murat ;“Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, AÜHFD, C. 52. Sa. 4, 2003, s. 93- 129.
- Dural, Mustafa; Tufan Öğüz ;M. Alper Gümüş; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin ;Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- Gençcan, Ömer Uğur ;Mal Rejimler Hukuku, Ankara, 2007. (Kısaltılması: Gençcan, Mal Rejimleri)
- ;4721 Sayılı Türk Medenî Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler Ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002. (Kısaltılması: Gençcan, Edinilmiş Mallar)
- Hayran, Burhan ;4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Ankara, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. ;Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Tartışmalar- Örnekli Açıklamalar- Formüller Tablolar- İlgili Yasa Metinleri, Ankara 2002.

;Medenî Kanun'unuzun Aile- Eşya-
Miras Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004 (Kısaltılması: Kılıçoğlu,
Yenilikler)

Koçhisarlıoğlu Cengiz ;“Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”,
AÜHFD. C. 40. Sa. 1, 1988, s. 251- 279.

Kuru, Baki; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz ;İcra ve İflâs
Hukuku, Ankara 2009.

Oğuzman, M. Kemal; Özer Selici;

Saibe Oktay- Özdemir ;Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.

Öztan, Bilge ;Aile Hukuku, Ankara 2004.

Öztek, Selçuk ;İcra İflas Hukukunda Borç
Ödemedi Aciz Vesikası (İİK m. 143; m.251), İstanbul 1994.

Özuğur, Ali İhsan ;Mal Rejimleri, Ankara 2004.

Sarı, Suat ;Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi
Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

Yavuz, Cevdet ;Türk Medenî Kanunu Borçlar
Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 2008.

Zeytin, Zafer ;Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi
ve Tasfiyesi, Ankara 2008.

AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ'NİN 69. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY**

GİRİŞ

Çağımızda fikri mülkiyet hukuku her geçen gün daha çok önem kazanmaktadır. Bu doğrultuda patent hukuku ile ilgili düzenlemeler de, gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde gelişim içerisinde. Uluslararası düzeyde arzulan, patent hukuku ile ilgili ulusal hukuk düzenlemelerinin yeknesaklaştırılması ve en nihayetinde buluşların korunması konusunda ortak bir hukuk sistemi oluşturmaktır. Paris Sözleşmesi'nden bu yana yapılan düzenlemelerin temelinde hep bu arzu yatmaktadır.

Avrupa Patent Sözleşmesi ile gelinen aşamada ise, bu Sözleşmeye üye devletler arasında ortak bir patent verilmesi sistemi oluşturulmuştur. Bu Sözleşme hükümleri doğrultusunda Avrupa Patent Ofisi tarafından verilecek Avrupa patentleri, her ne kadar verilme süreci bakımından ortak hukuk kurallarına bağlanmış olsa da, verildikten sonra bu patentlere daha çok ulusal hukuklar uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle, Sözleşme hükümleri daha çok patent verilmesi usulüne ilişkindir. Ancak bu durum Sözleşmede esasa ilişkin hükümlerin hiç bulunmadığı anlamına gelmez. Çalışma konumuz olan Avrupa Patent Sözleşmesi m. 69 da bu nitelikteki hükümlerden biridir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, Avrupa Patent Sözleşmesi ve Avrupa patenti hakkında genel bilgilere yer verilmiştir. İkinci bölümde ise Avrupa patentlerinin koruma kapsamı, Avrupa Patent Sözleşmesi m. 69 ve Yorum Protokolünün revizyondan önceki ve sonraki hallerine göre incelenmiş ve istemler ile eşdeğer unsurlara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Yine bu bölümde, Avrupa patent başvurularının koruma kapsamı da, inceleme konusu yapılmıştır.

§ 1 — AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA PATENTİ

I. AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ

Avrupa Patent Sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaç, girişinde de belirtilmiş olduğu gibi, buluşların korunması konusunda Avrupa devletleri arasında işbirliğinin güçlendirilmesi amacıyla tüm üye ülkelerde tek ve ortak

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

bir patent verilmesi işlemi sonrasında sağlanacak patentin belli konularda aynı hükümlere tabi kılınmasıdır¹.

EPC, 5 Ekim 1973 tarihinde Münih'te imzalanmış ve 7 Ekim 1977'de sözleşmeye taraf devletlerde yürürlüğe girmiştir. Avrupa patenti başvuruları ise fiilen 1 Haziran 1978'de yapılmaya başlamıştır².

EPC ile buluşlara patent verilmesi için sözleşmeye taraf tüm devletlerde³ ortak bir hukuk sistemi oluşturulmuştur (EPC m. 1). Sözleşmede 178 madde bulunmakla birlikte; Uygulama Yönetmelikleri, Tanıma Protokolü, İmtiyazlar ve Muafiyetler Protokolü, Merkezileştirme Protokolü, 69. maddenin Yorumuna İlişkin Protokol ve Personel Tamamlamasına İlişkin Protokol bu sözleşmenin ayrılmaz parçalarıdır (EPC m. 164). EPC ile Avrupa Patent Organizasyonu kurulmuştur. Bu organizasyon, yönetim ve finansal bakımdan özerkliğe sahiptir. Bu Organizasyonun organları, Avrupa Patent Ofisi ve İdari Konsey olarak belirlenmiştir. Organizasyonun görevi ise, Avrupa patentlerinin verilmesi olup, bu görev İdari Konsey tarafından denetlenen Avrupa Patent Ofisi tarafından yürütülür (EPC m. 4).

Avrupa Patent Ofisine bir veya daha fazla üye devletten Avrupa patenti almak için başvurulabilir⁴. Avrupa patent başvurusu herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yahut tabi olduğu hukuka göre tüzel kişiye muadil sayılan herhangi bir topluluk tarafından yapılabilir (EPC m. 58). EPC m. 14'te Avrupa Patent Ofisi'nin resmi dillerinin İngilizce, Fransızca ve Almanca olduğu belirtildikten sonra Avrupa patent başvurularının bu resmi dillerden biriyle yapılacağı veya eğer resmi dillerden başka bir dilde yapılmış ise, Uygulama Yönetmeliği gereğince resmi dillerden birine çevrileceği ifade edilmiştir.

II. AVRUPA PATENTİ

Avrupa Patent Sözleşmesi'ne göre verilen patentler, Avrupa patentleri olarak adlandırılır (EPC m. 2). Öyleyse EPC hükümlerine göre Avrupa Patent Ofisi'nce verilen patentlere Avrupa patenti denilmektedir. Aynı ülke sınırları içinde, Avrupa patentleri ile her bir üye devletin ulusal patent

¹ K. Bruchhausen, **The Extent of Protection of the European Patent**, IIC 1974, H. 3, s. 256; A. N. Ortan, **Avrupa Patent Sistemi**, C. I, Ankara, 1991, s. 27.

² Ortan, s. 58.

³ Türkiye, Avrupa Patent Sözleşmesi'ne taraf devletlerdendir.

⁴ Ü. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. B., Arıkan, 2005, s. 536.

mevzuatı çerçevesinde verilen ulusal patentler yan yana varlıklarını sürdürmektedir ki, bu kural co-existence diye anılmaktadır⁵.

Avrupa patentleri; yeni, buluş basamağını içeren ve sanayide uygulanabilen teknolojinin bütün alanlarındaki herhangi bir buluş için verilir (EPC m. 52/1). Hükümün ikinci fıkrasında ise, birinci fıkra anlamında buluş sayılmayanlar şu şekilde belirlenmiştir: 1) keşifler, bilimsel teoriler ve matematik metotları, 2) estetik yaratımlar, 3) zihinsel faaliyetlerinin, oyun oynamanın veya iş yapmanın gerçekleştirilmesine ilişkin planlar, kurallar ile yöntemler ve bilgisayar programları 4) bilginin sunumu.

Avrupa patentinin unsurlarını inceleyecek olursak bunlar, yukarıdaki hükümde de açıkça belirtildiği üzere; *yenilik*, *buluş basamağının gerçekleşmesi* ve *sanayiye uygulanabilirlik* olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. *Yenilik* unsuru, EPC m. 54'te düzenlenmiştir. Bir buluş tekniğin bilinen durumuna dahil değilse, yeni kabul edilir (m. 54/1). Tekniğin bilinen durumu ise, Avrupa patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce bir yazılı veya sözlü tanıtım aracıyla, kullanım ile veya başka herhangi bir yolla kamuya sunulan her şeyi ihtiva eder (m. 54/2). Buna ek olarak, başvuru tarihleri ikinci fıkrada belirtilen tarihten önce olan ve bu tarihte veya bu tarihten sonra yayımlanmış olan Avrupa patent başvurularının muhtevası, tekniğin bilinen durumuna dahil sayılır (m. 54/3).

Buluş basamağı unsuru, EPC m. 56'da düzenlenmiştir. Bir buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman için tekniğin bilinen durumu gözönünde tutulduğunda aşikar değilse, buluş basamağını içeriyor kabul edilir. Eğer tekniğin bilinen durumu madde 54/3 anlamındaki dokümanları da içeriyorsa, bu dokümanlar buluş basamağının olup olmadığı konusunda karar vermede dikkate alınmaz. *Sanayiye uygulanabilirlik* unsuru ise, EPC m. 57'de düzenlenmiştir. Bir buluş, tarım dahil, herhangi bir sanayi dalında yapılabilir veya kullanılabilir ise sanayiye uygulanabilir kabul edilir.

Hangi konularda Avrupa patenti alınamayacağı Sözleşmenin 53. maddesinde şu şekilde sayılmıştır: a) Ticari kullanımı kamu düzenine veya ahlaka aykırı olan buluşlar. Kullanımın sadece sözleşmeye taraf bütün veya bazı devletlerde yasa veya yönetmelik ile yasaklanmış olmasından bu kullanımın aykırı olduğu sonucuna varılmaz. b) Bitki ve hayvan türleri veya bitkiler veya hayvanların üretimi için kullanılan esas olarak biyolojik usuller. Bu hüküm, mikrobiyolojik usuller ve ürünlerine uygulanmaz. c) İnsan veya

⁵ F. H. Şehirli Çelik, **İngiliz ve Alman Patent Uygulamaları Örneğinde Avrupa Patentlerinin Koruma Kapsamının Belirlenmesi**, BATİDER, C. XXIV, S. 3, 2008, s. 269.

hayvan vücuduna uygulanan cerrahi veya tedavi ve teşhis usulleri yoluyla insan veya hayvan vücudunun tedavi yöntemleri. Bu hüküm bu usullerin herhangi birinde kullanılan ürünlere, özellikle de maddelere veya bileşimlere uygulanamaz.

Avrupa patentinin süresi, başvurunun yapıldığı tarihinden itibaren 20 yıldır (EPC m. 63/1). (Birinci fıkradaki) hiçbir şey sözleşmeye taraf bir devletin, ulusal patentlere uygulananlarla aynı koşullar altında, bir Avrupa patentinin süresini uzatma veya patentin süresinin sona ermesinden hemen sonra başlayan denk bir koruma verme hakkını sınırlandıramaz. Söz konusu koşullar ise aynı hükümde şöyle belirlenmiştir: a) Bir savaş durumunun veya o devleti etkileyen benzer acil durumların dikkate alınması amacıyla; b) Avrupa patentinin konusunun o devlette pazara çıkarılmadan Kanun gereğince bir idari yetki verme prosedüründen geçirilmesi gereken bir ürün yahut bir ürün üreten bir usul veya bir ürünün kullanımı olması (EPC m. 63/2).

§ 2 — AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ'NİN 69. MADDESİ VE BUNA İLİŞKİN PROTOKOL

I. AVRUPA PATENTLERİNİN KORUMA KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

EPC, patent alma şartlarının yanında Avrupa patentinin koruma kapsamını da düzenler. Sözleşme, Avrupa Patent Ofisi ve patent alınması prosedürüne ilişkin hükümlerin yanında maddi patent hukukuna ilişkin hükümler de ihtiva eder⁶. Avrupa patentinin koruma kapsamı, Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 69. maddesinde düzenlenmiştir. Patent koruma kapsamı önemlidir. Çünkü bir patent koruma kapsamı, tecavüz davalarının sonucunu ve böylece patent gerçeğe değerini belirler⁷.

EPC yürürlüğe girmeden önce, bir ulusal patent sağladığı koruma kapsamının tespitine ve bu suretle nelerin patente tecavüz oluşturduğunun belirlenmesine ilişkin Avrupa'daki yaklaşımda bir homojenlik bulunmamakla birlikte; koruma kapsamının belirlenmesinde bir uçta, buluşun altında yatan buluş basamağı niteliğini nispeten önemsiz bulan ve asıl olanın istemlerdeki kelimeler olduğuna vurgu yapan İngiliz Hukuku; diğer uçta ise, istemlerdeki kelimelere çok az önem veren ve asıl olarak

⁶ H. Winkler, **The Scope of Patent Protection: Past, Present and Future**, IIC 1979, H. 3, s. 296.

⁷ D. Visser, **The Annotated European Patent Convention**, Eleventh Revised Edition, , Updated till 31 December 2003, H. Tel, Publisher, Veldhoven, s. 101.

genel buluşçu fikri önemseyen Alman Hukuku bulunmaktaydı⁸. Almanya ve İngiltere patent korumasının kapsamı ile ilgili kararlarında iki uç nokta addedilir⁹.

EPC m. 69 ve buna ilişkin protokol, üye devletlerin ulusal yargı organlarına yönelik olmakla birlikte; bu hükümlerin amacı patent ve başvurunun koruma kapsamının üye devletlerde yorumunda birlik sağlanmasıdır¹⁰. Bir Avrupa patenti; patent sahibine, verilmesine ilişkin ilanın Avrupa Patent Bülteni'nde yayımı tarihinden itibaren, patentin verildiği sözleşmeye taraf devlette, o devlette verilmiş olan bir ulusal patentin sağladığı aynı hakları sağlar (EPC m. 64/1). Bu Sözleşme aksini düzenlemediği sürece; Avrupa patenti, verildiği sözleşmeye taraf her devlette sözkonusu devlet tarafından verilen bir ulusal patentle aynı etkiye ve aynı şartlara tabi olacaktır (EPC m. 2/2). Bir Avrupa patentinin herhangi bir ihlali, ulusal hukuk tarafından ele alınır (EPC m. 64/3). Bu hükümler nazara alındığında bir Avrupa patentinin sözleşmeye taraf farklı ülkelerde farklı koruma sağlaması sözkonusu olabileceği için; EPC m. 69, patente ilişkin geçmişteki farklı yorumların uyumlaştırılması için ulusal mahkemelere yol göstererek, bu farklılaşmaları sınırlandırmaya çalışmaktadır¹¹.

B. REVİZYONDAN ÖNCEKİ DURUM

1. AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ'NİN 69. MADDESİ

Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 69. maddesinin revizyondan önceki hali, 27 Kasım 1963 tarihli Strasbourg Sözleşmesi'nin koruma kapsamı ile ilgili 8(3). maddesi ile öz olarak aynıydı¹². EPC m. 69 (1)'in revizyondan önceki İngilizce metninde¹³ bir Avrupa patentinin veya Avrupa patent başvurusunun

⁸ G. Paterson, **The European Patent System, The Law and Practice of the European Patent Convention**, Second Edition, London, Sweet&Maxwell, 2001, s. 573.

⁹ S. Bavec, **Scope of Protection: Comparison of German and English Courts' Case Law**, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 8, Issue 2, Summer 2004, s. 255.

¹⁰ Ortan, s. 188.

¹¹ Visser, s. 101.

¹² Winkler, s. 310.

Strasbourg Sözleşmesi m. 8 (3): *"The extent of the protection conferred by the patent shall be determined by the terms of the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims."*

<http://conventions.coe.int/treaty/EN/treaties/html/047.htm> (Erişim tarihi: 14.10.2010).

¹³ *"Article 69 Extent of Protection"*

sağladığı koruma kapsamının, istemlerdeki *sözlere* göre saptanacağı ve tarifname ile resimlerin ise istemlerin yorumunda kullanılacağı belirtilmişti. EPC m. 69 (1)'in revizyondan önceki Almanca metninde¹⁴ ise koruma kapsamının patent istemlerinin *içeriğine* göre belirleneceği ve tarifname ile resimlerin istemlerin yorumunda kullanılacağı ifade edilmişti. İngilizce ve Almanca metinde patent ve patent başvurusunun koruma kapsamının belirlenmesinde farklı ifadeler kullanılmıştı. Koruma kapsamının İngilizce metinde istemlerdeki *sözlere* göre, Almanca metinde ise istemlerin *içeriğine* göre belirleneceği düzenlenmişti. Avrupa patentinin koruma kapsamı belirlenirken Almanca metinde kullanılan *inhalt* kelimesi en geniş anlama gelirken; Fransızca metindeki *teneur* kelimesi ise, İngilizce metindeki *terms* sözcüğüne doğru kayan, daha dar bir anlama gelir¹⁵.

Sonuç olarak 69. madde genel bir düzenleme olduğu¹⁶ ve Sözleşmenin eşit derecede geçerli (EPC m. 177/1) üç dildeki metinlerinde birbirinden farklı anlama gelecek ifadeler (*terms*, *teneur* ve *inhalt*) kullanıldığı için madde 69'u açıklığa kavuşturabilmek amacıyla Yorum Protokolü çıkarılmıştı¹⁷.

2. AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ'NİN 69. MADDESİNE İLİŞKİN PROTOKOL

EPC m. 164/1'e göre 69. maddenin yorumuyla ilgili protokol, bu Sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu protokolün hükümleri sözleşme

(1) *The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the terms of claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims.*"

<http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/e/ar69.html> (Erişim tarihi: 14.10.2010).

¹⁴ "Der Schutzbereich des europäischen Patents und der europäischen Patentanmeldung wird durch den Inhalt der Patentansprüche bestimmt. Die Beschreibung und die Zeichnungen sind jedoch zur Auslegung der Patentsprüche heranzuziehen." (Çelik, Kapsam, s. 270, dn. 10).

¹⁵ M. Singer/D. Stauder, **European Patent Convention**, Volume 1, Substantive Patent Law-Preamble, Articles 1 to 89, Heymanns, 2003, s. 243.

¹⁶ Winkler, s. 296.

¹⁷ C. Sijp, **Scope of Protection Afforded by a European Patent**, IIC 1979, H. 4, s. 433; Singer/Stauder, s. 243.

hükümleri gibi geçerlidir¹⁸. 69. maddeye ilişkin Yorum Protokolü'nün İngilizce metni revizyondan önce aşağıdaki gibiydi¹⁹:

“Article 69 should not be interpreted in the sense that the extent of the protection conferred by a European patent is to be understood as that defined by the strict, literal meaning of the wording used in the claims, the description and drawings being employed only for the purpose of resolving an ambiguity found in the claims. Neither should it be interpreted in the sense that the claims serve only as a guideline and that the actual protection conferred may extend to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the patentee has contemplated. On the contrary, it is to be interpreted as defining a position between these extremes which combines a fair protection for the patentee with a reasonable degree of certainty for third parties.”

Yorum Protokolü'ne göre; madde 69, bir Avrupa patentinin sağladığı koruma kapsamının istemlerdeki ifadelerin katı lafzi anlamından çıkarılacağı ve tarifname ile resimlerin yalnızca istemlerdeki bir belirsizliği çözümlenmek amacıyla kullanılacağı manasına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır. Bu madde aynı şekilde, istemlerin yalnızca yol gösterici olarak kullanılacağı ve gerçek korumanın tarifname ve resimlerin bu alanda uzman bir kişi tarafından yorumlanması sonucu ortaya çıkacak patent sahibince tasarlanmış anlamına kadar genişletilebileceği şeklinde de yorumlanmamalıdır. Bilakis, bu maddenin bu iki uç nokta arasında ve patent sahibine adil bir koruma sağlarken üçüncü kişiler açısından makul derecede bir kesinlik sağlayacak şekilde yorumlanması gerekir.

Yorum Protokolü ile madde 69'un nasıl yorumlanması gerektiği, nasıl yorumlanmaması gerektiğinden yola çıkarak açıklanmaya çalışılmıştır. Protokol, 69. maddenin yorumunda varılabilecek iki uç noktayı belirttikten sonra yorumun bu iki uç arasında bir yerde olması gerektiğini belirtmiştir. Bu iki uç noktadan ilki istemlerin yorumlanmasında yalnızca lafzi yorumun kullanılmasıdır. Protokolde istemlerdeki ifadelerin yalnızca katı lafzi anlamından yola çıkarak ve tarifname ile resimlere ise, yalnızca istemlerde belirsizlik olduğu durumlarda başvurarak koruma kapsamının belirlenmemesi gerektiği düzenlenmektedir. İkinci uç nokta ise, istemlerin yalnızca yol gösterici olarak kullanılmasıdır. Protokolde koruma kapsamının tarifname ve resimlerin bu alanda uzman bir kişi tarafından yorumlanması

¹⁸ Ortan, s. 188.

¹⁹ <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/e/ar69.html#FOOTNOTE-44>
(Erişim Tarihi: 14.10.2010).

sonucu ortaya çıkacak patent sahibince tasarlanmış anlamına kadar genişlemeyeceği, yani istemlerin bu durumda yalnızca yol gösterici olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir²⁰. Şu halde; koruma kapsamının belirlenmesinde önemli olan diğer bir deyişle istemlerin yorumunda önemli olan bu iki uç noktaya kaymadan patent sahibine uygun bir koruma, üçüncü kişilere ise yeterli bir hukuki güvenlik sağlanmasıdır.

Yorum Protokolü; ulusal mahkemelerce istemlerin hem İngiltere’de olduğu gibi katı lafzına bağlı olan dar yorumunu, hem de Almanya’da olduğu gibi genel buluşçu fikrin korunmasını da içerecek şekilde geniş yorumunu engellemektedir²¹. İstemler koruma kapsamının belirlenmesinde esas alınan normatif nitelikte, açıklayıcı unsurlar olmakla birlikte; istemlerde yer verilmemiş bir husus için, yalnızca tarifname ve resimlerde yer alan emarelerden yola çıkarak koruma talep edilemez²². Patent sahibine uygun bir korumanın sağlanması başkaları tarafından buluşunun taklit edilmesinden patent sahibinin korunması hedefine yönelik olup, koruma kapsamı ise tekniğin objektif olarak zenginleştirilmiş olduğu ölçüsüne bağlı olmakla birlikte; üçüncü kişilerin hukuki güvenliğinin gerektiği şekilde korunması ise, yapılacak yorumun üçüncü kişileri şaşırtacak ölçüde olmamasına bağlıdır²³.

Yorum Protokolü, esasen 69. maddenin yorumlanmasına yönelmekte, sözkonusu ifadelerin tek tip yorumlanması için çağrıda bulunmakta ve aynı zamanda istemlerin yorumunda doğrudan bir talimat olarak görülmektedir²⁴. Her ne kadar sözkonusu protokolün amacı farklı kararlar çıkması ihtimalini mümkün olduğunca ortadan kaldırmak olsa da, bu farklılıklara ilişkin endişenin haklılığını koruduğu haklı olarak ifade edilmiştir²⁵. EPC m. 69 ve bu maddenin uygulanma şeklini gösteren protokol ile genel ilkeler belirlendiği ve Avrupa patentine tecavüz davası ulusal mahkemelerce

²⁰ Bu iki uç noktadan ilkinin yani istemlerin yalnızca lafzi yorumunun İngiltere’deki, ikincisinin yani istemlerin yalnızca yol gösterici olarak kullanılmasının ise Almanya’daki koruma şekline işaret ettiği ifade edilmiştir. Sijp, s. 434.

²¹ Visser, s. 101.

²² Ortan, s. 190.

²³ Ortan, s. 189, 190.

²⁴ Singer/Stauder, s. 243.

²⁵ Sijp, s. 434.

görüleceği için *Epilady* davasında²⁶ olduğu gibi genel ilkelerin farklı ulusal mahkemelerde farklı yorumlanması ve böylece farklı kararların çıkması sözkonusu olabilmektedir²⁷. Bu durum ise, bu konuda ulusal mahkemelerin verdikleri kararların ortak bir mahkemece (ortak bir yüksek temyiz mahkemesi) denetiminin yapılması gereğini ortaya çıkarmaktadır²⁸.²⁹ Nitekim üye devletlerin ulusal mahkemeleri, Avrupa patentlerinin yorumlanmasında madde 69 ve Yorum Protokolü ile bağlı olsa da, korumanın kapsamına ilişkin ulusal hukuklarının geleneksel kuralları bu konuda etkisini korumaya devam etmiştir³⁰. Madde 69 ve Yorum Protokolünün öngördüğü ilkelerin yerine getirilmesinde İngiliz ve Alman Mahkemeleri farklı usuller takip etmiştir³¹. Bu düzenlemelere rağmen hakimlerin koruma kapsamının sınırını nasıl belirleyecekleri hala net olmadığı için, ilk bakışta her üye ülkenin kendi yargı kararlarındaki prensipleri mümkün olduğunca muhafaza etmek isteyeceği anlaşılabilir da uluslararası bir düzenlemenin amacı bu olmamak gerekir³². Bu doğrultuda revizyondan önceki dönemde her ülkenin kendi hukukundaki gelişmeleri, bunlardan hangilerinin başarılı ve kullanışlı olduğuna hangilerinin kullanışlı olmadığına karar verebilmek amacıyla objektif bir şekilde incelemesinin uygun olacağı belirtilmiştir³³.

C. REVİZYONDAN SONRAKİ DURUM

1. AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ'NİN 69. MADDESİ

20–29 Kasım 2000 tarihlerinde toplanan Diplomatik Konferans'ta Avrupa Patent Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde revizyona ilişkin temel

²⁶ *Epilady* davasında; tecavüz davası aynı patente ilişkin olarak açılmasına rağmen İngiliz Mahkemesi tecavüzün olmadığına, Alman Mahkemesi ise tecavüzün olduğuna hükmetmiştir. Çelik, Kapsam, s. 268.

²⁷ Çelik, Kapsam, s. 268; Bavec, s. 256.

²⁸ Singer/Stauder, s. 240; Çelik, Kapsam, s. 268.

²⁹ Bu doğrultuda Avrupa Patent Organizasyonu bünyesinde European Patent Litigation Agreement (EPLA) taslağı üzerinde çalışmalar yapılmaktadır. (Çelik, Kapsam, s. 303, <http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives.html>). EPLA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/epl.html> (Erişim Tarihi: 05.01.2011).

³⁰ Singer/Stauder, s. 240.

³¹ Çelik, Kapsam, s. 296.

³² Winkler, s. 296.

³³ Winkler, s. 296.

öneri metni görüşmeye açılmış, 69. maddenin ve buna ilişkin Protokolün değiştirilmesi gündeme gelmiş ve maddenin 13 Aralık 2007 tarihinden itibaren geçerli olan metni şu şekilde belirlenmiştir: “Bir Avrupa patentinin veya başvurusunun koruma kapsamı istemlerine göre belirlenir. Bununla birlikte, tarifname ve resimler istemlerin yorumunda dikkate alınır.”^{34 35}

Bu değişiklik ile istemlerdeki sözlere göre veya istemlerin içeriğine göre deyişleri yerine ‘istemlerine göre’ deyişi kabul edilmiştir. Böylece Almanca ile İngilizce ve Fransızca metinler arasındaki farklılık giderilmiştir.

2. AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ’NİN 69. MADDESİNE İLİŞKİN PROTOKOL

Diplomatik Konferans’ta 69. maddeye ilişkin Protokol’ün de değiştirilmesi gündeme gelmiş ve önerilen değişiklikte Protokol’ün mevcut metninin olduğu gibi kalması ve bu metne ek olarak getirilecek üç fıkralık düzenlemenin şu şekilde olması öngörülmüştür.³⁶:

“Eşdeğerler

Avrupa patentinin koruma kapsamının belirlenmesinde tecavüzün meydana geldiği tarihte patent istemlerinde yer alan araçların eşdeğeri olan araçların gerekli/uygun ölçüde dikkate alınması gerekir.

Kural olarak bir araç, uzman kişi tarafından patent istemlerinde belirtilen araç ile esasen aynı sonuca ulaşabileceği aşikar olarak görülüyor ise eşdeğer sayılır.

Önceki tarihli beyanlar (“Prosecution History Estoppel”)

Koruma kapsamının belirlenmesinde patent veya başvuru sahibinin Avrupa patent başvurusu veya Avrupa patentinde veya Avrupa patentinin verilmesine veya geçerliliğine ilişkin süreçte, Avrupa patentine ilişkin olarak koruma kapsamını açıkça sınırlandıran ve özellikle de tekniğin bilinen

³⁴ Çelik, Kapsam, s. 274, 275.

“The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims.” <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/2000/e/ar69.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2010).

³⁵ Türkiye’nin Sözleşmenin revize edilmiş metnine katılımı, 17.03.2007 tarihli ve 26465 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 13.03.2007 tarih ve 5598 sayılı Avrupa Patentlerinin Verilmesi İle İlgili Sözleşme’nin Değiştirilmesine İlişkin Anlaşmaya Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile gerçekleşmiştir.

³⁶ Çelik, Kapsam, s. 274, 275.

durumuna ilişkin olarak yaptığı açıklamalar gerekli/uygun ölçüde dikkate alınır.”³⁷

Yorum Protokolü'ne eklenmesi düşünülen düzenlemeye ilişkin yukarıdaki öneri kabul edilmemiş, Yorum Protokolü'nün tek maddelik hükmü (revizyondan önceki hali) Protokolün birinci maddesi olarak korunmuş, eşdeğer unsurlara ilişkin eklenen ikinci madde ise şu şekilde düzenlenmiştir: “Avrupa patentinin koruma kapsamının belirlenmesinde patent istemlerinde belirtilen unsurların eşdeğeri olan unsurlar da gerekli ölçüde dikkate alınır.”³⁸ Öncelikle belirtmek gerekir ki; Yorum Protokolü'nün revizyondan önceki hali Protokol'ün birinci maddesi olarak korunduğu için, yukarıda Protokol'ün revizyondan önceki haline ilişkin belirtilen açıklamalar ve eleştiriler burada da aynen geçerlidir. Protokol'e ikinci madde olarak eklenen ifadede ise, eşdeğer unsurlar düzenlenmiştir.

Yorum Protokolü'ne önerideki önceki tarihli beyanlar ile ilgili hüküm alınmamıştır. Yorum Protokolü'ne eklenmesi düşünülen ancak eklenmeyen önceki tarihli beyanlar ile ilgili hükmün eklenmesi esasen daha isabetli olurdu. Protokol'e eklenmeyen önceki tarihli beyanlar ile ilgili hükme göre patent veya başvuru sahibinin Avrupa patentine ilişkin olarak koruma kapsamını açıkça sınırlandıran ve özellikle de tekniğin bilinen durumuna ilişkin olarak yaptığı açıklamalar gerekli/uygun ölçüde dikkate alınır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında; patent başvurusunda bulunan kişinin, eğer bu kişi belli bir unsura ilişkin olarak koruma istemediğini beyan etmişse, patentinin koruma kapsamını bu unsuru kapsayacak şekilde genişletmeyeceğine, dürüstlük kurallarının bu kişinin beyanına bağlı kalmasını gerektirdiğine hükmetmiştir³⁹. Dolayısıyla mahkeme, patent başvurusunda bulunan kişinin daha önceki beyanını dürüstlük kurallarından yola çıkarak patentin koruma kapsamının belirlenmesinde dikkate almıştır. Mahkemenin sözkonusu kararındaki olayda da görüldüğü gibi, Protokol'e eklenmeyen hükümde belirtilen durumlarda, yani patent veya başvuru sahibinin daha önce patentine ilişkin koruma kapsamını açıkça sınırlandıran

³⁷ Çelik, Kapsam, s. 275.

³⁸ Çelik, Kapsam, s. 276.

“For the purpose of determining the extent of protection conferred by a European patent, due account shall be taken of any element which is equivalent to an element specified in the claims.”

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/E4F8409B2A99862FC125736B00374CEC/\\$File/EPC_13th_edition.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/E4F8409B2A99862FC125736B00374CEC/$File/EPC_13th_edition.pdf) (Erişim tarihi: 14.10.2010).

³⁹ German Federal Court of Justice, OJ 1998, 141 (Visser, s. 102).

beyanının ve özellikle tekniğin bilinen durumuna ilişkin olarak yaptığı açıklamalarının bulunduğu durumda, bu kişi daha sonra patentinin koruma kapsamının bu beyanlarıyla çelişir şekilde daha geniş olduğunu iddia ettiğinde dürüstlük kuralına aykırılık sözkonusu olabilecektir. Bununla birlikte; patent sahibinin önceki tarihli beyanlarının patentin koruma kapsamının belirlenmesinde dikkate alınmasının, dürüstlük kuralı gibi genel ilkelere giderek değil de, özel olarak açıkça düzenlenmesi yani önceki tarihli beyanlar ile ilgili hükmün kabul edilmesi esasen daha uygun olurdu. Ancak önceki tarihli beyanların dikkate alınması, patent istemlerin yorumlanmasında zaman ve masraf kaybına neden olacağı için; birkaç haksız istisnai durum için bu beyanların her durumda dikkate alınmasının, pratik nedenlerle, uygun olmayacağı da düşünülebilir⁴⁰.

Türk Hukuku bakımından benzer bir düzenleme Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de mevcuttur. PatKHK m. 83, f. 7’ye göre istem veya istemlerin kapsamını tespit etmek için patentin verilmesi ile ilgili işlemler sırasında veya patentin geçerliliği süresince koruma kapsamının belirlenmesinde patent başvurusu veya patent sahibinin beyanları dikkate alınır.

a. İSTEMLER

EPC m. 69 Avrupa patentinin koruma kapsamının belirlenmesinde istemleri esas aldığı için öncelikle bu kavramın belirlenmesinde fayda vardır. EPC m. 84’e göre istemler, kendisi için koruma istenilen hususu tanımlar. İstemler; açık, az ve öz ve tarifname ile desteklenmiş olmalıdır. İstemler, patenti veren kurum ve başvuru sahibi bakımından patentin verilmesiyle korunması gereken teknik bilginin çevresini belirleyen dayanaktır⁴¹.

Bir başka isteme atıfta bulunan isteme bağımlı istem, daha önceki bir başka isteme atıfta bulunmayan isteme bağımsız istem denir; bağımsız istemler tek başına buluşu tam ve işlevsel olarak tanımlar⁴².

b. EŞDEĞER UNSURLAR

Eşdeğerler doktrini, istemlerin yorumu ve koruma kapsamının belirlenmesi ile ilgilidir⁴³. İstemler ne kadar özenle formüle edilirse edilsin

⁴⁰ D. S. Chisum, **Reforming Patent Law Reform**, The John Marshall Review of Intellectual Property Law, Vol. 4, Issue 3, 2005, s. 343.

⁴¹ Ortan, s. 191.

⁴² Presman 9/24; aynı yönde Radack, Reading 69 (T. Saraç, **Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 46’dan naklen).

⁴³ Singer/Stauder, s. 245.

gelecekte ortaya çıkabilecek tüm ihtimalleri içermeyebilir⁴⁴. İstemlerin kelimelere bağlı olarak yapılan yorumunun sakıncalarını bertaraf etmek üzere eşdeğerler doktrini geliştirilmiştir⁴⁵. Eşdeğerler doktrini ile patent sahibi aynı sonucu veren değişik araçlar kullanılması suretiyle taklit edilmeye karşı korunur⁴⁶.

Ayiter eşdeğerleri “*aynı tesiri haiz olan değişik vasıtalar*” şeklinde belirlerken⁴⁷; *Hirş*'e göre eşdeğerler “*aynı olmamakla beraber makamına kaim oldukları vasıtaların icra ettiği fonksiyonunun aynını icra eden araçlar*”dır⁴⁸. PatKHK m. 83, f. 5'te patent başvurusu veya patennden doğan koruma kapsamının belirlenmesinde tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte, istem veya istemlerde belirtilmiş unsurlara eşdeğer nitelikte olan unsurların da dikkate alınacağı belirtildikten sonra; altıncı fıkrada tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte, eşdeğer unsur, esas itibariyle aynı işlevi görüyorsa, bunu aynı şekilde gerçekleştiriyorsa ve istem veya istemlerde talep edilen unsur ile aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa, genel olarak istem veya istemlerde talep edilen unsurun eşdeğeri olarak kabul edilir denmektedir. Bu doğrultuda *Saraç* eşdeğer unsurları “*yerine kullanıldıkları unsur ile aynı yolla, aynı sonucu doğuran farklı unsurlar*” olarak tanımlamıştır⁴⁹.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre, bir kimsenin buluş fikrinden yola çıkarak, buluşun fonksiyonunu kullanarak, aynı yolla, aynı sonuca ulaşıldığında kullanılan araç ve varılan teknik netice eşdeğerdir⁵⁰. Söz konusu davada patent istemlerinde buluşun biri alkalın toprak metali (magnezyum) sayılmış ve tecavüz ettiği iddia edilen kişi, buluşta manganez kullanmıştır ve sonuçta Mahkeme, alkalın toprak metali yerine maganezin konulmasını eşdeğer kabul ederek tecavüzün varlığına hükmetmiştir⁵¹.

Eşdeğeri tanımlamak bakımından WIPO'nun 1991 tarihli Tasarısı uygun bir kaynak olabilir⁵². Madde 21/2'ye göre bir unsur bir istemde belirtilen

⁴⁴ Ortan, s. 191; Saraç, s. 48.

⁴⁵ F. H. Şehirali, **Patent Hakkının Korunması**, Ankara, 1998, s. 114.

⁴⁶ Ortan, s. 191.

⁴⁷ N. Ayiter, **İhtira Hukuku**, Ankara, 1968, s. 90.

⁴⁸ E. Hirş, **Fikri ve Sınai Haklar**, AR Basımevi, Ankara, 1948, s. 110.

⁴⁹ Saraç, s. 49.

⁵⁰ [Graver Tank and Mfg. Co. v. Linde Air Products Co. (339 US 605)] (Saraç, s. 49, dn. 98'den naklen).

⁵¹ Saraç, s. 49, dn. 98.

⁵² Singer/Stauder, s. 245.

başka bir unsurun eşdeğeri kabul edilebilir, eğer iddia edilen tecavüz zamanında istemdeki buluşla ilgili olarak aşağıdaki şartlardan herhangi biri sağlanmışsa;

(i) eşdeğer unsur istemde belirtilen unsurla büyük oranda aynı yolla büyük ölçüde aynı işlevi görüyorsa ve büyük ölçüde aynı sonucu üretiyorsa, veya

(ii) istemde belirtilen unsur kullanılarak elde edilen aynı sonucun eşdeğer unsur kullanılarak da elde edileceği bu alanda uzman bir kişi için aşikarsa⁵³.

Bilirkişinin patent istemlerini esas alarak, buluşla ilgili tarifname ve resimleri de nazara alarak, kendi temel pratik ve teorik bilgileri doğrultusunda böyle bir eşdeğer çözüme kolayca ulaşılabilir olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir; aynı sonucu veren araçlar, buluş faaliyeti niteliğine sahipseler eşdeğerlik sözkonusu olmayacaktır⁵⁴. Eşdeğerler teknikte eşit sonuç yaratan araçlar olmakla birlikte, eşdeğer olan başka bir aracın aynı çözüm için kullanılması bir yenilik basamağı oluşturuyorsa, bu buluş patent konusu olabilecektir⁵⁵.

Eşdeğerlik ilkesinin uygulanmasında aşırı soyutlamalardan kaçınılmalıdır; aksi halde koruma, istemlerdeki ifadelerle belirlenmiş olmaz aksine onlardan çıkarılmış olur ki; bu şekilde soyut bir yorum 'buluşun altında yatan genel fikir' görüşünün canlanması riskini ortaya çıkarır ve 69. maddeye aykırı olur⁵⁶. Eşdeğere örnek vermek gerekirse, bir dar yolu veya damarı tıkayan yağ veya pıhtı gibi bir maddenin atılmasında su basıncı ile hava basıncı eşdeğerde araçlardır⁵⁷.

Yorum Protokolü'nün 2. maddesine göre Avrupa patentinin koruma kapsamının belirlenmesinde patent istemlerinde belirtilen unsurun eşdeğeri olan herhangi bir unsur da gerekli ölçüde dikkate alınır. Protokolün bu hükmü getirilmeden önce eşdeğerlerin korunması açıkça düzenlenmemiş olsa da, bu tür bir korumanın Protokolün eski halinin üçüncü cümlesinden (69. maddenin patent sahibine adil bir koruma sağlarken üçüncü kişiler açısından makul derecede bir kesinlik sağlayacak şekilde yorumlanması

⁵³ Singer/Stauder, s. 246.

⁵⁴ Ortan, s. 191.

⁵⁵ Tekinalp, s. 498.

⁵⁶ Singer/Stauder, s. 246.

⁵⁷ Tekinalp, s. 498.

gerekir.) çıkarılabileceği belirtilmekteydi⁵⁸. Bununla birlikte, eşdeğer unsurlara ilişkin açık bir hükmün bulunması tereddütleri önleme bakımından faydalıdır. Yine de bu hükme göre Avrupa patentinin koruma kapsamının belirlenmesinde eşdeğerlerin ulusal mahkemelerce dikkate alınması gerektiği halde, hükümde eşdeğerlerle ilişkin bağlayıcı bir tanımın bulunmaması Avrupa patentinin arzulan ortak yorumlanması çabaları açısından sorun oluşturacaktır⁵⁹. Aynı şekilde bu hükümdeki ifadeler genel nitelikli olduğu için ve hüküm eşdeğerlerin belirlenmesi bakımından bir yöntem sunmadığı için 69. maddeye ilişkin farklı uygulamaları ortadan kaldırmakta yetersiz kalacaktır⁶⁰. Hemen belirtmek gerekir ki; yukarıda da ifade edildiği gibi bu hükmün eşdeğerlik ilkesinin uygulanmasında aşırı soyutlamalara gidilmesi 'buluşun altında yatan genel fikir' görüşünün canlanması riskini ortaya çıkarır ki, durum 69. maddeye aykırılık oluşturur⁶¹. Hemen belirtmek gerekir ki; farklı ulusal mahkemelerin eşdeğeri nasıl anlamlandıracaklarını ve Protokol'e eklenen bu hükmün, Avrupa patentinin koruma kapsamının Sözleşmeye taraf devletlerin farklı ulusal mahkemeleri tarafından daha uyumlu şekilde yorumlanmasına katkıda bulunup bulunmayacağını tecrübeler gösterecektir⁶².

II. AVRUPA PATENT BAŞVURULARININ KORUMA KAPSAMI

Bir Avrupa patent başvurusu; yayınlandığı günden itibaren başvurana, başvuruda belirlenmiş sözleşmeye taraf devletlerde madde 64'le⁶³ verilen korumayı geçici olarak sağlar (EPC m. 67/1). Sözleşmeye taraf herhangi bir devlet, bir Avrupa patent başvurusunun 64'te verildiği şekliyle bir koruma

⁵⁸ Visser, s. 103. Aynı yönde bkz. Singer/Stauder, s. 245; A. M. Soobert, **Analyzing Infringement By Equivalents: A Proposal to Focus The Scope of International Patent Protection**, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 1996, s. 202.

⁵⁹ S. J. Farmer/M. Grund, **Revision of the European Patent Convention & (and) Potential Impact on European Patent Practice**, AIPLA Quarterly Journal, Volume 36, Number 4, Fall 2008, s. 434.

⁶⁰ Çelik, Kapsam, s. 303.

⁶¹ Singer/Stauder, s. 246.

⁶² M. T. Connor, **European Patents: What's New in 2008 for the Applicants?**, Journal of the Patent and Trademark Office Society, Vol. 90, Issue 8, 2008, s. 599.

⁶³ Bir Avrupa patenti; patent sahibine, verilmesine ilişkin ilanının Avrupa Patent Bülteni'nde yayımı tarihinden itibaren, patent verildiği sözleşmeye taraf devlette o devlette verilmiş olan bir ulusal patent sağladığı aynı hakları sağlar (EPC m. 64/1). Bir Avrupa patentinin herhangi bir ihlali, ulusal hukuk tarafından ele alınır (EPC m. 64/3).

sağlamayacağını belirleyebilir. Ancak Avrupa patent başvurusunun yayınlanmasına bağlanan koruma, devletin ilgili Kanunlarının incelemesiz ulusal patent başvurularının zorunlu yayımlanmasına bağladığı korumadan az olamaz. Her devlet en azından; Avrupa patent başvurusunun yayımlandığı günden itibaren başvuranın, o devlette ulusal hukuka göre ulusal patent ihlalden sorumlu olacak şekilde buluşu kullanan herhangi bir kişiden tazminat talep edebilmesini garanti etmelidir. (EPC m. 67/2).

69. maddenin ikinci fıkrasının İngilizce metni şu şekildedir⁶⁴:

“For the period up to grant of the European patent, the extent of the protection conferred by the European patent application shall be determined by the claims contained in the application as published. However, the European patent as granted or as amended in opposition, limitation or revocation proceedings shall determine retroactively the protection conferred by the application, in so far as such protection is not thereby extended.”

Bir Avrupa patent başvurusunun koruma kapsamı, istemlerine göre belirlenir. Bununla beraber, tarifname ve resimler istemlerin yorumunda dikkate alınır. Avrupa patentinin verilmesine kadar geçen süre için Avrupa patent başvurusunun koruma kapsamı, başvurunun yayımlandığı şekliyle başvuruda yer alan istemler ile belirlenir. Ancak, verildiği şekli ile veya itiraz, sınırlama yahut iptal işlemleri sonucunda değiştirildiği şekli ile Avrupa patenti, geçmişe etkili olacak şekilde (söz konusu korumanın böylece genişletilmemiş olacağı dereceye kadar) başvurunun verdiği korumayı belirler. (Şu kadar ki, söz konusu koruma böylece genişletilmemiş olsun.)

Avrupa patenti verilene kadar patent başvurusunun koruma kapsamının belirlenmesinde esas alınan patent istemleri, başvurunun ilanında bulunan istemler olmakla birlikte; Avrupa patentinin verildiği şekli veya itiraz, sınırlama yahut iptal işlemleri sonucunda değiştirildiği şekli, başvurunun koruma kapsamını geçmişe etkili olacak şekilde belirlemektedir. Hükümde bu değişikliklerin geçmişe etkili olabilmesinin, değişikliklerin korunma çevresinin genişletilmesi niteliği taşımadığı hallerde mümkün kılınmasının nedeni ise; ihlal fiillerinde failin sonradan korunma çevresinin genişletilmesi nedeniyle haksız bir biçimde daha fazla tazminat ödemesi sonucunun ortaya çıkmasını önlemektir⁶⁵.

⁶⁴ [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/E4F8409B2A99862FC125736B00374CEC/\\$File/EPC_13th_edition.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/E4F8409B2A99862FC125736B00374CEC/$File/EPC_13th_edition.pdf) (Erişim Tarihi: 14.10.2010).

⁶⁵ Ortan, s. 192, 193.

Bu hükümden çıkan sonuç, patent başvuruları ile ilgili tecavüz davalarının çoğu durumda muhtemelen erteleneceğidir, çünkü dava ertelenmezse patente tecavüz ettiği tespit edilen davalının istemlerin değiştirilmesi sonrasında belki de haklı çıkmasına fırsat verilmeden zararların tazminine mahkum edilmesi sonucu ortaya çıkabilir⁶⁶.

Avrupa patent başvurusu; geri alındığı, geri alınmış sayıldığı veya sonuçta reddedildiği zaman

67. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen etkilerine hiçbir zaman sahip olmamış addedilecektir. Bu durum aynen geri alınan veya geri alınmış sayılan Avrupa patent başvurusunun bir sözleşmeye taraf devletteki etkileri konusunda da geçerlidir (EPC m. 67/4). Eğer patent; itiraz, sınırlama veya iptal işlemleri sonucunda iptal edilirse veya sınırlandırılırsa Avrupa patent başvurusunun ve sonuçta oluşan Avrupa patentinin madde 64 ve 67'de belirlenen etkilere başlangıçtan itibaren sahip olmadığı addedilebilir (EPC m. 68).

Eğer bir Avrupa patent başvurusu verilme işlemleri aşamasında geri alınmış veya itiraz işlemi sonucunda iptal edilmişse, başvuru başlangıçtan itibaren etkilerini doğurmayacağı için, geriye dönük tazminat talepleri de dahil olmak üzere, her türlü tazminat talebi engellenmiştir⁶⁷.

SONUÇ

Avrupa Patent Sözleşmesi ile bu sözleşmeye taraf devletler bakımından ortak bir patent verilmesi sistemi kurulmuştur. Avrupa Patent Ofisi tarafından verilen patente Avrupa patenti denilmektedir. Bu patent Avrupa Patent Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda yenilik unsuru, buluş basamağının gerçekleşmesi unsuru ve sanayiye uygulanabilirlik unsurunu sağlayan buluşlara verilebilecektir. Bunun sonucunda, bu Sözleşmeye taraf devletlerde iki tür patentin olduğu bir tablo ortaya çıkmaktadır. Bu tabloda bir tarafta ulusal patentler bulunur ki, sözkonusu patentler ulusal patent mevzuatına tabidir. Diğer tarafta ise Avrupa patentleri bulunur ve bunlar verilme süreci bakımından Avrupa Patent Sözleşmesi'ne verildikten sonra ise daha çok ulusal hukuka tabi olurlar. Bununla birlikte, Avrupa Patent Sözleşmesi'nde Avrupa patentinin koruma kapsamını düzenleyen 69. madde gibi maddi patent hukukuna ilişkin hükümler de bulunmaktadır.

Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 69. maddesinde ulusal mahkemeleri bağlayıcı şekilde bir Avrupa Patentinin koruma kapsamı belirlenmiş olmakla

⁶⁶ Singer/Stauder, s. 256.

⁶⁷ Singer/Stauder, s. 256.

birlikte, bu maddenin ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin protokolün revizyona uğramış olmalarına rağmen bu konuda ne ölçüde başarılı oldukları ise tartışmaya açıktır. Avrupa devletlerinde eskiden beri patentin koruma kapsamı farklı belirlenmiştir. Koruma kapsamının belirlenmesinde, İngiltere ve Almanya, iki uç noktaya kaymıştır. 69. madde ve özellikle buna ilişkin protokol bu iki uç nokta arasında bir denge noktası bulmaya yönelmiştir. Aynı kriterlere göre, aynı sözleşme çerçevesinde aynı patent ofisi tarafından verilen aynı buluşa ilişkin aynı patentin farklı ülkelerde farklı koruma sağlaması; hukuk güvenliği bakımından kabul edilebilir bir şey değildir. Bu durum aynı şekilde, Sözleşmenin Avrupa patentinin belli konularda aynı hükümlere tabi kılınması amacına da ters düşmektedir. Ancak doktrinde⁶⁸ haklı olarak belirtildiği gibi, bu konuda ulusal mahkemelerin kararlarını denetleyen ortak bir üst mahkeme olmadığı sürece bu farklılaşmalar kaçınılmazdır.

69. maddenin revizyonu ile ‘istemlerdeki sözlere göre’ veya ‘istemlerin içeriğine göre’ deyişleri yerine ‘istemlerine göre’ deyişinin kabul edilerek Almanca ile İngilizce ve Fransızca metinler arasındaki farklılığın giderilmiş olması olumlu bir gelişmedir. Buna karşın, Yorum Protokolü’nün revizyonunda, önerideki önceki tarihli beyanlar ile ilgili hükmün Protokol’e alınması ve bu konunun dürüstlük kuralına bırakılmadan açıkça düzenlenmesi daha uygun olurdu. Revizyonda Protokol’e ikinci madde olarak eklenen eşdeğer unsurlara ilişkin hüküm bu konuda açık bir düzenlemenin bulunması ve bu suretle tereddütleri önleme bakımından isabetlidir. Ancak bu hükmün uygulanmasında aşırı soyutlamalarla m. 69’a aykırılık oluşturacak şekilde buluşun altında yatan genel fikir görüşünün canlanması riskine karşı da dikkatli olunmalıdır⁶⁹. Aksi halde revizyonla sağlanmak istenen amaç gerçekleştirilmeyecektir.

KAYNAKÇA

Ayiter, N. : İhtira Hukuku, Ankara, 1968.

Bavec, S. : Scope of Protection: Comparison of German and English Courts’ Case Law, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 8, Issue 2, Summer 2004.

Bruchhausen, K. : The Extent of Protection of the European Patent, IIC 1974, H. 3.

⁶⁸ Çelik, Kapsam, s. 268; Singer/Stauder, s. 240.

⁶⁹ Singer/Stauder, s. 246.

Chisum, D. S. : Reforming Patent Law Reform, The John Marshall Review of Intellectual Property Law, Vol. 4, Issue 3, 2005.

Connor, M. T. : European Patents: What's New in 2008 for the Applicants?, Journal of the Patent and Trademark Office Society, Vol. 90, Issue 8, 2008.

Çelik, F. H. Şehirli : İngiliz ve Alman Patent Uygulamaları Örneğinde Avrupa Patentlerinin Koruma Kapsamının Belirlenmesi, BATİDER, C. XXIV, S. 3, 2008.

Farmer, S. J. / Grund, M. : Revision of the European Patent Convention & (and) Potential Impact on European Patent Practice, AIPLA Quarterly Journal, Volume 36, Number 4, Fall 2008.

Hırş, E. : Fikri ve Sınai Haklar, AR Basımevi, Ankara, 1948.

Ortan, A. N. : Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara, 1991.

Paterson, G. : The European Patent System, The Law and Practice of the European Patent Convention, Second Edition, London, Sweet&Maxwell, 2001.

Saraç, T. : Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, Ankara, 2003.

Sijp, C. : Scope of Protection Afforded by a European Patent, IIC 1979, H. 4.

Singer, M./Stauder, D. : European Patent Convention, Volume 1, Substantive Patent Law-Preamble, Articles 1 to 89, Heymanns, 2003.

Soobert, A. M. : Analyzing Infringement By Equivalents: A Proposal to Focus The Scope of International Patent Protection, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 1996.

Şehirli, F. H. : Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1998.

Tekinalp, Ü. : Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. B., Arıkan, 2005.

Visser, D. : The Annotated European Patent Convention, Eleventh Revised Edition, Updated till 31 December 2003, H. Tel, Publisher, Veldhoven.

Winkler, H. : The Scope of Patent Protection: Past, Present and Future, IIC 1979, H. 3.

<http://conventions.coe.int/treaty/EN/treaties/html/047.htm>

<http://www.epo.org/>

LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKMASI

Arş. Gör. ALI KAYA ***

I. Giriş

09.07.1956 tarih ve 6762 sayılı yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre, limited şirketler, ortaklar arası ilişkilerde kollektif şirketlere; dış ilişkilerde ise anonim şirketlere yaklaşması sebebiyle karma bir görüntü vermektedir. Bu sebeple Türk hukukunda, ikili gruplandırma içerisinde sermaye şirketi olarak adlandırılan limited şirketlerin, neden çıkma müessesesine yer verdiğini anlamak zor değildir. Türk Ticaret Kanununun m. 551, limited şirket ortaklarına iki farklı şekilde çıkma imkanı tanımaktadır: Bunlar “sözleşme gereğince çıkma” ve “kanun gereğince çıkma”dır. Bunun yanında ortaklar kurulu kararıyla çıkmanın da bir çıkma hali olarak kabul edildiğini söylemek gerekir.

Son yıllarda özellikle limited şirketten çıkmaya bağlı dava sayısında bir artış olduğu, yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Buna rağmen konu, Türk hukuk öğretisinde yeterince bağımsız inceleme konusu yapılmamıştır. Üstelik TOBB'un 2010 Ağustos ayına ait istatistiki verilerine göre¹, Türkiye'de kurulan 4.369 ticari şirket arasında, limited şirket sayısı 4.031 iken, bu sayının, anonim şirketlerde 226, kollektif şirketlerde 3 olarak kalmış olması manidardır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile birlikte anonim şirketlerin (özellikle aile tipi) limited şirketlere dönüşümüne tanık olmakla beraber bu ivmenin artacak olması, konunun önemini daha da artırmaktadır.

Görüldüğü üzere yaygın ve karma bir görüntüsü olan limited şirkette, kanunkoyucu, ortağın çıkmasını yasal olarak (TTK m.551/1-2.f.) düzenlemiştir. Bu çalışmada, genel olarak diğer ortaklıklarla mukayeseli şekilde çıkma müessesesinin değerlendirilmesinin yanında, öğretilerde hakkında yoğun tartışma yapılan iki kişilik limited şirketlerde çıkma ve sonuçlarına önemine binaen, ayrı başlık altında yer verilmesi uygun

* Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (35. md.).

** Augsburg Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Erhan Temel'e değerli görüş ve önerileri için teşekkür ederim.

¹ http://www.tobb.org.tr/ist/resmidosya/agustos/agustos_toplu.xls (Erişim: 25.09.2010).

görülmüştür.

II. Ortaklıklar Hukukunda Çıkma

A. Genel Olarak

Sürekli edim içeren sözleşmeler², tarafların yaşamları açısından önemli bir yer tutarlar. Bu yüzden taraflar, aralarındaki anlaşmaya göre veya haklı sebepler³ bulunduğu takdirde kanunda öngörülen koşullara uymak suretiyle; belirli süreli ise, sürenin sona ermesinden önce veya süreli değilse feshi ihbara gerek duyulmaksızın ilişkiye olağanüstü olarak son verebilmektedir⁴. Bunun yanında - birleşme sözleşmesi niteliğinde - sürekli edim içeren şirket sözleşmelerinde, imkan ölçüsünde diğer olanakları (ortağın çıkma veya çıkarılması ya da yöneticinin yönetim yetkilerinin kısıtlanması, kaldırılması vs.) kullanma eğilimi artmaktadır. Öyleyse anonim şirketin kendine has durumu bir tarafa bırakılacak olursa, diğer ticari şirketlerde ve hatta adi şirketlerde şartlar oluştuğu takdirde, şirketin feshi yanında, şirket

² Sürekli borç ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası. İstanbul 2003, s. 1209 vd. ; Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 186 vd.

³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, haklı sebep konusunda, yürürlükteki kanundan farklı bir yol izlemeyerek haklı sebebi (TTK m.187), Tasarı'nın 245. maddesinde yine bir maddede tanımlamaktadır: "Haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirket maksadının elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek surette ortadan kalkmış olmasıdır...". T.C. Adalet Bakanlığı, 17 Şubat 2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005 (Bundan sonra sadece "Tasarı" olarak anılacaktır.). Ayrıca Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen Tasarı metni, haklı sebepleri düzenleyen hükümler açısından hükümetin sunduğu Tasarı'yla aynı olup, bir değişiklik getirmemiştir (Bkz. Tasarı m.245,255,531,629,636/3,638/2,639); Tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler. 5. Baskı. İstanbul 2007.

⁴ "Hukuk sisteminde istisnai de olsa haklı sebeplere, ilişkiye son verme olanağından farklı bazı sonuçlar bağlandığını da görüyoruz: Örneğin, MK. 124'e göre, pek önemli (haklı) sebeplerin varlığı halinde yargıç evlenme yaşını (erkek veya kadın) her iki yan içinde 16'ya indirebilir. Yine bunun gibi, MK: 289 gereğince, nesebin reddi davasının yasada öngörülen 1 yıllık süre içinde açılmaması " haklı sebebe" dayanıyorsa, sürenin geçirilmiş olması davanın dinlenmesine engel teşkil etmez. Görüldüğü gibi burada haklı sebebin işlevi, yasal sürenin geçmesine rağmen hakkın düşmesine engel olmaktır". Bkz. Çamoğlu, Ersin, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, 2. Bası. İstanbul 2008, s. 22-23, dn. 23.

sözleşmesine özgü çıkma müessesesinin işletilmesi mümkün olacaktır. Bu çözüm, TTK'ya hakim olan “şirketi ayakta tutma” prensibine de uyan bir durumdur⁵.

Türk Ticaret Kanunu çeşitli maddelerinde “çıkma” kavramından söz ettiği halde, bu kavramı tanımlamamıştır. Ortağın çıkması, ortağın şirketle kendi arasındaki ortaklık bağına son vermek üzere, varması gerekli bir irade beyanı ile yapmış olduğu, tek taraflı bir hukuki işlemdir⁶. Çıkarılmadan⁷ farklı olarak ortaklıktan çıkmada, ortağın arzu ve iradesi dahilinde şirketle ilişkisi kesilmektedir⁸. Şimdi sırasıyla diğer ticari şirketlerde ve kooperatiflerde, “ortağın ortaklıktan çıkması” müessesini inceleyeceğiz ve akabinde limited şirketlerde, bu müesseseyi etraflıca değerlendireceğiz.

B. Adi Şirketlerde

Bir şahıs şirketi olan adi şirkette, ortakların istediği zaman çıkmasına izin verilmemiştir, diğer bir deyişle, Borçlar Kanunu'nda adi şirketten ortağın çıkmasına olanak veren açık bir hüküm yoktur.

Adi şirkette çıkmak isteyen ortak, ancak kalan ortaklar arasında oybirliği sağlarsa (olağanüstü işlem gereği), hissesini alarak çıkabilir⁹. Bunun

⁵ “(...) Ancak, bir şirketin haklı sebeplerle fesih ve tasfiye edilmesi her zaman için ortaklara, çıkar bir yol ve fayda sağlamaz. Genellikle fesih ve tasfiyede ticari işletmede mevcut olan menkul ve gayrimenkul değerler azalır ve hatta kıymetlerini tamamen kaybedebilirler. Bu itibarla kanun koyucu şirketin feshi hükümleri yanında, ortakların talebi üzerine de, muhik sebeple bir ortağın mahkeme kararı ile ihracı suretiyle şirketin devamını, memleket ekonomisi ve ortakların hukuku bakımından zaruri ve faydalı görmüştür.”. YTD. T. 8.5.1972, E. 1972/2242, K. 1972/2304, RKD, Eylül-Ekim 1972, Sa. 9-10, s. 371.

⁶ Seliçi, s. 33; Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası. İstanbul 2009, s. 225; Deryal, Yahya, Ticaret Hukuku, 7. Baskı. Trabzon 2004, s. 384; Çevik, Orhan Nuri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Dördüncü Baskı. Ankara 2003, s. 244; Erdil, Engin, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Diğer Şirket Türleri ile Mukayeseli Olarak, İstanbul 2004, s. 24.

⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Üçışık, Güzin, “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması”, Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 189-207.

⁸ Baştuğ, İrfan, “Kollektif Şirkette Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması”, Ank.BD, Sa. 6 (1971), s. 803; Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt II Madde: 420-815, 4. Bası. İstanbul 2004, s. 1487; Kayar, İsmail, Şirketler Hukuku, İkinci baskı. Ankara 2007, s. 219.

⁹ “...Diğer ortakların muvafakatı olmadıkça bir ortak şirket sözleşmesiyle meydana gelen

dışında, çıkmanın şartları ve sonuçları şirket sözleşmesinde düzenlenmiş olabilir¹⁰. Böyle bir durumda ortak, sözleşmeye konulan şartlara uyararak çıkabilir ya da ortağa, serbestçe çıkma hakkı tanınabilir. Ancak sözleşmede çıkmaya dair hiçbir hüküm yoksa veya oy ittifakı sağlanamamışsa, ortak, ancak şirketin haklı sebeple feshini isteyerek çıkmayı sağlayabilir¹¹.

C. Kollektif Şirketlerde

Kanun koyucunun, limited şirketlerde olduğu gibi (TTK m.551/1-2.f.), kollektif şirket hükümlerinde doğrudan ortağın çıkmasına dair bir düzenleme yapmaması, bu konuya olumsuz baktığını akla getirebilir¹². Ancak kanun, TTK m.201 -205 arasındaki hükümlerde (ayrılmanın hukuki sonuçlarına değinerek) ve TTK m.267’de çıkma ve çıkarılmadan beraber söz etmiştir¹³. Bu düzenleme karşısında, ölüm hali hariç (TTK m.195)¹⁴, şirketten çıkmanın ancak sözleşmede düzenlenmekle mümkün olacağı konusunda doktrinde baskın görüş hakimdir¹⁵. Bu çözüm Türk özel

hukuki bağı çözemez”. Bkz. Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku, İkinci Baskı. Ankara 1973, s. 152; DERYAL, s. 182.

¹⁰ “Bu durumda yine oybirliği kararı vardır ve bu, şirket sözleşmesinde belirtilmiş olmaktadır.”. Bkz. Baştuğ, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974, s. 43.

¹¹ Kayar, s. 41; ancak böyle bir durumda da sözleşmeye tek taraflı olarak aykırı davranan ortak, diğer ortakların bu durumdan kaynaklanan zararlarını ödemeyi peşinen kabul etmiş sayılır. Bkz. Karayalçın, (Şirketler), s. 152; “BK m.536 da süresiz adi şirket ortaklarının yıl sonunda hüküm ifade etmek üzere, 6 ay önceden bildirmek suretiyle şirketin feshini isteyebilecekleri öngörülmüştür. Bu hüküm ile, adi şirket ortağına şirketi feshederek şirket bağından sıyrılma, şirketten ayrılma olanağı verilmiştir”. Bkz. Baştuğ, (Şirketler), s. 44.

¹² “Ticaret Kanunumuzda, ortağın şirketten çıkmasına değinilmiş bunun ne suretle yapılacağını belirten hükümler getirilmemiş, buna karşılık ‘çıkarılma’ etraflıca düzenlenmiştir.”. Çevik, Orhan Nuri, Kollektif Şirketler, Ankara 1978, s. 402; aynı yönde Selekler, Ferit, “Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması”, İÜHFM (Ord. Prof. Ernst E. Hirsch’e Armağan Özel Sayı), C. XLII, Sa. 1-4, 1977, s. 437.

¹³ Buna karşılık, İsv.BK m.576 ile, kollektif şirketlerde çıkma konusu düzenlenmiştir. Selekler, s. 437.

¹⁴ Arslanlı, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası. İstanbul 1960, s. 378, dn. 8.

¹⁵ Arslanlı, (Kollektif-Komandit), s. 376, İmregün, Oğuz, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 87; Baştuğ, (Şirketler), s. 110, dn. 45; Mimaroglu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku İkinci Cilt, Ankara 1972, s. 219-222; Uçar, Salter, Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması-

hukukuna hakim olan *sözleşme serbestisi ilkesine* de uygundur.

Bize göre, oy birliği ile karar alınmadıkça ya da şirket sözleşmesinde çıkma ve şartları özel olarak düzenlemedikçe¹⁶, ortada ortağın çıkmasını gerektirecek bir haklı sebep (ör. ortaklıkta kalmasının çekilmez bir hal alması gibi) olsa dahi yine de tek taraflı olarak kendi iradesiyle şirketten çıkması mümkün olmayacaktır. Ancak bu durumda haklı sebeple şirketin feshi istenebilir¹⁷. Sonuç olarak kollektif şirketlerde, sözleşmede düzenlenmek şartıyla kanunkoyucunun, çıkma halini bir ortaklık sıfatının kaybı (çıkarılma gibi) olarak kabul ettiğini düşünmekteyiz.

D. Anonim Şirketlerde

Limited şirkette söz konusu olan çıkma hakkı (TTK m.551), anonim şirket ortaklarına tanınmamıştır¹⁸. Ana sözleşmeye hüküm konulsa dahi ortağa, çıkma hakkı tanınamayacağı kanaatindeyiz. Ancak şirketten çıkmak

Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri Dağılıma Sebepleri, İstanbul 1996, s. 118; Şener, Oruç Hami, Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Birinci Baskı, Ankara 2002, s. 41; Bahtiyar, s. 60; Deryal, s. 211; “Bir ortağın şirketten rızaen ayrılabilmesi, bu yolda şirket mukavelesinde hüküm bulunması veya ortaklarca, oy birliği ile gösterilecek muvafakat ile mümkündür. Çünkü kişisel güven esasına bağlı bu şirketlerde ortaklar prensip olarak birbirlerine karşı angajedirler. Dolayısıyla bir ortak için şirket mukavelesinde rızaen ayrılmaya cevaz veren bir hüküm bulunması hariç şirketten oybirliği olmaksızın ayrılabilme sonucunu verecek tek yol, eğer haklı sebepler varsa şirketin feshinin istenebilmesidir.” Aynı yönde bkz. Tekil, Fahiman, Şirketler Hukuku Birinci Cilt Genel Bilgiler – Adi Şirket – Kollektif ve Komandit Şirketler, İkinci Bası. İstanbul 1976, s.188; “TTK’nın 195-205 maddelerinin kenar başlığı “ ortakların şirketten ayrılması” ibaresini taşısa da, bununla ortağın şirketten rıza dışı ayrılması anlamına gelen “ çıkarılma”yı ifade ettiği açıktır. Buna göre ortağın kendi rızasıyla şirketten çıkması, TTK’da düzenlenmemiş olması nedeniyle mümkün değildir, ortaklıktan çıkmayı mutlaka isteyen ortak, bu arzusuna, şirketin feshini isteyerek ulaşabilir denilmektedir.” Aksi yönde Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 4. Tıpkı Baskı. Adana 2006, s. 138.

¹⁶ Selekler, s. 440.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Arslanlı, (Kollektif-Komandit), s. 376; Baştuğ, (Şirketler), s. 111, dn: 36; Şener, s. 42; böyle bir durumda feshe gerek kalmadan, haklı nedenlerle, ortaklıktan ayrılabilinmelidir. Karşı yönde bkz. Mimaroglu, s. 222.

¹⁸ Sönmez, ayrılma hakkı konusunda, anonim ortaklığın limited ortaklığa dönüşümü ile ilgili TTK m.554 hükmünü hariç tutmuştur. Bkz. Sönmez, Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s. 60 vd. ve Tasarı ile gelen yenilikler için orada bkz. s.186 vd.

isteyen ortak, payının tümünü geçerli şekilde devrederek, anonim şirketten çıkmış sayılabilir ki¹⁹; bu durum da şahıs şirketleri anlamında bir çıkma sayılmayacaktır²⁰.

E. Komandit Şirketlerde

Kollektif şirketlerde fesih, infisah, tasfiye ve ortakların çıkma ve çıkarılmasına dair hükümler (adi) komandit ortaklıklarda da uygulanır. Çünkü TTK m. 267'in yaptığı atıf ile 185 - 242. madde hükümleri komandit ortaklıklara da uygulanmaktadır²¹. Memleketimizde pek rastlanmayan sermayesi paylara bölünmüş (paylı) komandit ortaklıklara ise TTK m.476'nın yollama yaptığı hükümler uygulanır²². Bu nedenle çıkma bakımından (fesih hariç)²³ adi komandit şirketler için saydığımız esasların, paylı komandit şirketler için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁹ Deryal, s. 285. "Halka açık anonim ortaklıklarda, pay sahiplerinin şirketten çıkma hakkına ilişkin tek düzenleme, Sermaye Piyasası Kanunu m. 22/i çerçevesinde çıkarılmış olan Seri: IV No: 8 Tebliğinde yer almaktadır". Karş. Çeker, Mustafa, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle)", BATİDER, C. XXIII, Sa. 1, (Haziran 2005), s. 62.

²⁰ Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Basım. İstanbul 2009, N. 848.

²¹ Arslanlı, (Kollektif-Komandit), s. 643; Mimaroglu, s. 337; İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, On Üçüncü Bası. İstanbul 2005, s. 227; 11.HD. 3.7.1975, 2086/4647 sayılı karar için bkz. Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Bası. İstanbul 2004, s. 195; Karayalçın, (Şirketler), s. 333; Deryal, s. 220; "T. Ticaret Kanununun 267. maddesi hükmü gereğince, kollektif ortaklığın infisahına ve tasfiyelerine ilişkin ve ortakların Çıkma ve Çıkarılmalarına dair olan 185 – 242. maddeleri hükümleri, adi komandit ortaklıklarında da uygulanır. Bu hüküm uyarınca süreli adi komandit ortaklıklarında, ortaklığın feshini isteyen ortakların haklı nedenlerle, ortaklıktan çıkarılması davalarının T. Ticaret Kanununun 197/1. ve süresi belli olmayan ortaklıklarda da T. Ticaret Kanununun 198/1. maddesinin uygulanması gerekir". Y.11.HD., 03.04.1974, E.713/K. 2259 sayılı karar için bkz. Akyazan, Sıtkı, "Şahıs Şirketlerinde Ortaklığın Feshi ve Ortaklıktan Çıkarma", BATİDER, C. X, Sa. 3, (Haziran 1980), s. 629'dan naklen.

²² "Paylı komandit şirkete, genellikle anonim şirket hükümleri, istisnai olarak da (adi) komandit şirket hükümleri uygulanır (TK.m.476)". Bkz. Deryal, s. 222.

²³ Fesih bakımından anonim şirket hükümleri uygulanır.

F. Kooperatiflerde

Tacir olup olmadığı hala tartışmalı olan kooperatifler²⁴ hakkında bu tartışmalara girmeden sadece ortağın çıkma hakkına değineceğiz²⁵.

Açık kapı ilkesine göre, her ortağın kooperatiften çıkma hakkı bulunmaktadır²⁶ (Koop.K m.10). Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için kooperatife bildirimde bulunulması gerekir (Koop.K m.12). Bu bildirim (ihbar), tek taraflı bir irade beyanı olarak kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁷. Çıkmanın gerçekleşebilmesi için bu çıkma iradesinin ana sözleşmeye uygun olması gerek ve yeterlidir; diğer bir deyişle çıkma beyanı başka bir şekilde tabi değildir²⁸. Çıkış, ancak bir hesap senesi sonu için ve en az 6 ay önceden haber verilerek yapılır; ana sözleşmede daha kısa bir süre belirtilip hesap senesi içinde çıkışa müsaade edilebilmelidir.

Çıkma hakkı mutlak bir ortaklık hakkı olduğundan, ortağın hiçbir suretle kooperatiften çıkamayacağına ilişkin düzenlemeler hükümsüzdür. Ancak Koop.K. m.11/I (karş. İsv.BK m.843/I), bu duruma bir istisna getirmiştir²⁹. Buna göre ana sözleşme ile bu hak en çok 5 yıl süre ile sınırlandırılabilir. Kooperatif Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci cümlesinde ise şu ifadeye rastlamaktayız: "*Haklı ve önemli sebeplerle, bu süreden evvel çıkabileceği konusunda ana sözleşmeye hüküm konulabilir*". Buna göre çıkma hakkı

²⁴ 1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatif; "Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir." şeklinde tanımlanmıştır. Tartışmalar için bkz. Kurtulan, Ahmet, Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 5.Baskı. Ankara 2007, s. 53 vd.; yine bkz. Karayalçın, (Şirketler), s. 389 vd.; Deryal, s. 346 vd.

²⁵ Kooperatif ortaklığından çıkma hakkında geniş bilgi için bkz. Can, Mustafa Erdem, "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Haziran-Aralık 2007), C. XI, Sa. 1-2, (İbrahim Ongün'e Armağan 2009), s. 71-95.

²⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N.1799, 1817.

²⁷ Can, s. 76, 77; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1818.

²⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1818; makul bir süre içinde cevap verilmezse, çıkma iradesi, noter aracılığı ile bildirilebilir. Bkz. 11.HD. T. 06.02.1978, E.111/K.332, Can, s. 79, dn. 32'den naklen yayınlanmamış karar.

²⁹ Can, s. 80.

sınırlandırılmış olsun veya olmasın, her halükarda, “haklı ve önemli sebeplerin bulunması halinde”, ortağın kooperatiften ayrılmasına izin verilecektir³⁰. Koop.K. anılan duruma ana sözleşmede hüküm varsa, izin vermiştir³¹. Üstelik her hak gibi çıkma hakkı da dürüstlük kuralına (TMK m.2) uygun olarak kullanılmalıdır³². TEKİNALP’e göre, çıkma sebepleri bildirilmemişse, “haklı sebep” kooperatifin hukuki niteliği göz önüne alınarak, haklı sebeplere dair genel ilkelere göre saptanır³³. Haklı sebeplerin varlığında da ortağın çıkma beyanında bulunması gerekir. Bildirim süreye bağlıdır³⁴ ve hesap yılı sonunda hüküm ifade eder. Bildirim kooperatif yönetim kurulunca kabul edilmezse yani reddedilirse, ortağın dava açmasından başka çare kalmayacaktır³⁵.

III. LİMİTED ŞİRKETLERDE ÇIKMA

A. Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Hallerde Çıkma

Kanunkoyucu, diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi limited şirket ana sözleşmesinin hazırlanmasında da ortaklara geniş özgürlük

³⁰ Can, s. 75, önemli fikir ayrılıkları, sağlık durumu gibi haklı sebebe örnekler için bkz. orada s. 80; yine bkz. Karayalçın, (Şirketler), s. 471; Tekil, Şirketler Hukuku Limited Şirketler ve Kooperatifler, İkinci Bası. İstanbul 1978, s. 146; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1823; Doğanay, (Şerh II), s. 1552; Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 1998, s. 356; Deryal, s. 386.

³¹ Tekinalp, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972, s. 143; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1823; Deryal, “Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 1994), s. 178.

³² Can, s.76.

³³ Tekinalp, (Kooperatif), s. 143; pancar ekimini terk etmek kooperatiften ayrılma için haklı bir nedendir. Bkz. Y.TD. 01.11.1962, 4737/3735, BATİDER, C. II, Sa. 3 (Mart 1964), s. 488 ve Karayalçın, (Şirketler), s. 471, dn. 126’dan naklen; aksi görüşte bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1823.

³⁴ “Bu sürenin konulma amacı, belirsiz süreli bir hukuki ilişki olarak görünen üyelik ilişkisinin, üyenin tek taraflı irade açıklaması ile sona erdirilmesinde kooperatifin hazırlıksız yakalanmaması, bir başka ifadeyle, hazırlık yapabilmesi için ona altı aylık bir süre tanınması düşüncesidir.”. Bkz. Deryal, s. 386, dn. 2; aksi yönde Tekinalp, (Kooperatif), s. 145; ayrıca bkz. Can, s. 80.

³⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1823. Çıkma olarak kabul edilen diğer haller için bkz. Can, s. 81 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1825 vd.

tanımıştır³⁶. TTK m. 551'e göre; “Şirket mukavelesiyle, ortaklara şirketten çıkma hakkı verilebileceği gibi bu hakkın kullanılması muayyen şartlara da tabi tutulabilir”³⁷.

Limited şirket ana sözleşmesi ile bazı ortaklara veya ortakların hepsine³⁸, ortaklıktan çıkma hakkı, şartlı veya herhangi bir şarta bağlanmaksızın verilebilir³⁹, diğer bir deyişle *çıkışını bildirme hakkı tanınabilir*⁴⁰. Bu şekilde ana sözleşme ile ortaklara çıkma hakkı tanınması durumunda, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, çıkma hakkı, şirkete ulaşması gereken⁴¹ ve hiçbir şekilde bağlı olmayan, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴². Çıkma hakkı, kuruluşta sözleşmeye konulabileceği gibi sonradan esas sözleşme değişikliği yapılarak da düzenlenebilir⁴³. Şirket sözleşmesinde hüküm yoksa, ortağın şirketten çıkmak istemesi şirket sözleşmesine aykırı bir hareket olacaktır. Diğer ortaklar, çıkmadan kaynaklı bir zararın doğması halinde bunun tazminini

³⁶ Uçar, s. 325, 370.

³⁷ Bu hüküm (TTK m.551/1.f.) sözleşmede bir düzenleme olup da, haklı sebepler olsa bile çıkmaya izin vermeme veya ancak bazı şartlar altında izin verme şeklinde anlaşılırsa; haklı sebepler, tek başına çıkma için yeterli olmadığı şeklinde bir yanlış kaniya götürecektir ki; bu da isabetli bir yorum olmayacaktır. Tekil, (Limited-Kooperatif), s. 13, dn. 11; ancak limited şirket ortaklarının, özgür ve birbirine uygun iradeleriyle şirket sözleşmesine koydukları çıkmaya ve şartlarına dair hükümler, amir hukuk kurallarına yani ahlak, adab ve kamu düzenine aykırı olmadığı sürece, uyulmakla yükümlü olunan hükümlerdir. Komandit ortaklıkla ilgili olarak benzer görüş için bkz. Akyazan, s. 635.

³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677b; Pulaşlı, s. 1061; Baştuğ, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, s. 30 vd.

³⁹ “Bu halde her ortak sözleşmenin kendisine tanıdığı çıkma hakkını dilediği zaman kullanarak, şirketten ayrılabilir.” Bkz. Baştuğ, (Şirketler), s. 259; Doğanay, (Şerh II), s. 1487; Çevik, (Limited), s. 244.

⁴⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677b; Bahtiyar, s. 225; Cerrahoğlu, M. Fadullah, Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 1976, s. 234; Kayar, s. 220; ayrıca bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 31-33.

⁴¹ Çıkma bildirisini kabule müdür yetkilidir. Bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 40.

⁴² Baştuğ, bu hakkın iş yılı sonunda hüküm ifade edecek, belirli bir ihbar süresine tabi tutulması gerektiğini (BK m.538; İsv.BK m.844/I) söylemektedir. Bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 101.

⁴³ Arslanlı/Domaniç, Hayri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi Cilt: III. İstanbul 1989, s. 767; aksi yönde Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 31 vd.

isteyebileceklerdir⁴⁴.

TTK m.551/1.f. uyarınca çıkma hakkı kullanıldığında, ayrılma, bu hakkı kullanan ortağın beyanı ile gerçekleşir. Ayrıca mahkeme kararına ihtiyaç yoktur (TTK m.551/2.f. de olduğu gibi)⁴⁵. Dolayısıyla bu beyan şirketin onayı aranmaksızın hüküm ve sonuç doğurur ve ortakla şirket arasındaki ilişkiyi ileriye yönelik sona erdirir. Pay defterine kaydın ise sadece açıklayıcı etkisi vardır⁴⁶. Ortak ile ortaklık arasındaki hukuki ilişki yani iç ilişkide durum böyle iken, dış ilişkide ise çıkma tescil ve ilan ile hüküm ifade eder⁴⁷.

Ortaklık sözleşmesinde çıkma hakkı tanınırken, bunun ileride doğuracağı sakıncaların bilinmesi ve göz önünde bulundurulması gerekir. Çünkü sözleşme gereğince çıkan ortağın, ayrılma payının şirketçe ödenmesi gündeme gelecektir. Bu durum şirketin mali gücünün sarsılması (özellikle ortağın pay karşılığının yüksek olduğu durumlarda) ve ekonomik açıdan sıkıntıya düşmesine neden olabilir⁴⁸.

Şirketin asgari düzeyde kazanç sağlayamaması, bir ortağın ölümü veya şirketten çıkarılması vb. durumlar, ana sözleşmede belirlenebilecek çıkma sebeplerine örnek olabilir⁴⁹. Çıkma hakkı bazı şartlara bağlı olarak da verilebilir⁵⁰. Örneğin, çıkmanın ancak payın diğer ortaklardan birine veya

⁴⁴ Karayalçın, (Şirketler), s. 384.

⁴⁵ Yanlı, Veliye, "Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'a Armağan Cilt I, İstanbul 2003, s. 685.

⁴⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677b.

⁴⁷ Sicile başvurmak müdürün görevidir. Bu görev savsaklırsa, çıkan ortak sicil memuruna ihbarda bulunarak re'sen tescili sağlayabilir. Tescilin yapılmaması halinde ortağın, ayrılma konusunu bir tespit davası ile mahkeme kararına bağlayarak sicil memuruna başvuru hakkı her zaman saklıdır. Bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 68 vd; aynı yönde Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677b; Yanlı, s. 685.

⁴⁸ Şirket bu ayrılmayı kabul etmek ve sermaye azaltılmasını gerçekleştirmek zorundadır. Bkz. Arslanlı/Domaniç, s. 771; Baştuğ, (Şirketler), s. 259; Yanlı, s. 684.

⁴⁹ Daha fazla örnek için bkz. Arslanlı/Domaniç, s.767-768; "şirket sözleşmesinde çıkma hakkı belirli sebeplerin varlığına tanınmışsa, bu sebeplerin bulunması halinde dahi çıkmanın gerçekleşmesi ortakların bu yönde alacakları bir karara da bağlanabilir.". Yazara göre, bu durumda son kararı ortaklar verecek ve bu karar çıkmanın gerçekleşmesi açısından kurucu nitelikte olacaktır. Bkz. Yanlı, s. 687.

⁵⁰ İmregün, (Kara Ticaret Hukuku), s. 515; Baştuğ, (Şirketler), s. 259; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677b; sözleşmede yer alan sebeplerin gerçekleşmesiyle,

üçüncü kişiye ya da payları oranında diğer tüm ortaklara devri suretiyle gerçekleştirilebileceği⁵¹, çıkma bildirisinin ardından belirli bir süre geçtikten sonra kullanılabilmesi, çıkma hakkı kullanıldığında ortağa payı karşılığı sınırlı bir nakit para ödeneceği⁵² gibi hususlar, ortağın/ortakların ayrılma şartları olarak şirket sözleşmesinde yer alabilir⁵³. Bu ve benzeri durumlarda şirketten çıkmak isteyen ortak, şirket sözleşmesinde öngörülen şartları yerine getirmek suretiyle şirketten çıkabilir veya belirli durumlarda çıkma hakkının kullanılmayacağı yönünde sözleşmeye şart konulup, ortağın çıkması sınırlanabilir⁵⁴.

Şirket ana sözleşmesinde, çıkma hakkının kullanılmasının belirli sebeplere bağlanması durumunda, şirket bu sebebin gerçekleşmediğini ileri sürebilir. Bu takdirde sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini, mahkeme tespit ve takdir etmelidir⁵⁵. Hemen belirtelim ki, mahkeme kararı, sadece çıkma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine ilişkin olup, bu karar yenilik doğurucu bir etkiye sahip değildir. Mahkeme şirket sözleşmesinde öngörülen sebebin gerçekleştiğine kanaat getirirse, mahkemenin verdiği bu karar, geçmişe yönelik (çıkma hakkının şirkete ulaştığı andan itibaren sonuç doğuran) bir tespit kararı olmalıdır⁵⁶.

Şirket sözleşmesinde çıkmaya dair konulan her türlü kayıt ve şart, Borçlar Kanununun sözleşme serbestisi ilkesini sınırlayan 19. ve 20.

ortak ortaklıktan ayrılabilir. Hakim, tartışmalı durumlarda, sadece sözleşmede belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyecektir. Şener, s. 251, dn. 790.

⁵¹ Bu konuda bkz. Yanlı, s. 673-693.

⁵² Baştuğ, (Şirketler), s. 259.

⁵³ Arslanlı/Domaniç, s. 768; “Bunun yanında sözleşmede, sebepli ve sebepsiz olarak imkan tanınmış olsun, şirketten ancak belirli şartlar altında çıkılabileceği de düzenlenmiştir.”. Bkz. Yanlı, s. 684.

⁵⁴ İnan, Yusuf Ziya, Limited Şirketler, İstanbul 1968, s. 67; Karayalçın, (Şirketler), s. 384; Baştuğ, (Şirketler), s. 259.

⁵⁵ “Şirket sahasında da kaideten akid serbestisi caridir.”. Bkz. Arslanlı, “Limited Şirketler Hukukuna Genel Bir Bakış”, BATİDER (Haziran 1962), C. I, Sa. 4, s. 438; aynı yönde Baştuğ, (Şirketler), s. 259; “Bu sınırlamalar, çıkmanın bildirilmesine, süresine ve ödemelere ilişkin olabilir.”. Bkz. Uçar, s. 370.

⁵⁶ Yanlı, s. 685. Pulaşlı ise, mahkeme kararının kurucu nitelikte olduğu ve ortağın karar tarihinde şirketten çıkmış kabul edileceğini söylemektedir. Aksi yönde Bkz. Pulaşlı, s. 1061.

maddelerine tabidir⁵⁷.

Çıkma bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan, çıkma bildirimini alan şirketin, bu bildirimde onay vermesi gerekmez. Bildirim, şirketçe öğrenildiği andan itibaren sonuçlarını doğurur. Ortaklıktan doğan hak ve yükümlülükler ortak ve şirket arasındaki iç ilişki bakımından sona erer ve ortaklar arasındaki ilişkiyi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırır⁵⁸.

Çıkma bildirisi tek yanlı, ulaşması gerekli bir isteği açığa vuran yani tek taraflı, vusulü muktazi irade beyanı ve yenilik doğuran bir haktır. BAŞTUĞ'a göre, bir açıdan bakıldığında ortağın şirket sözleşmesinden cayması (rücu) niteliğindedir ve şartları varsa şekil yönünden TTK m. 20/3.f. ve ispat hukuku yönünden HUMK m.288, 290 hükümlerin göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁹.

Kanaatimizce, çıkma bildirimini genellikle bir şekle tabi değildir⁶⁰. Çünkü limited şirket ortakları, adi şirket ortaklarında olduğu gibi tacir sıfatına haiz olmak zorunda değildir. Böyle bir beyan yasal olarak herhangi bir geçerlilik şartına bağlanmadığı için sözlü hatta örtülü (zımni) bir davranışla da yapılabilir. Bu bağlamda çıkma iradesinin açık ve anlaşılır olması gerekli ve yeterlidir. Çıkma bildirimini şirket tüzel kişiliğine yapılmalıdır. Bildirim ulaştığı andan itibaren, bildirimde bulunan ortağın mali ve şahsi ortaklık hakları son bulmaktadır⁶¹. Yalnız ortağın, iç ilişkide son bulan ortaklık sıfatının, dış ilişki bakımından sona erebilmesi için ticaret siciline tescil şarttır.

B. Ortaklar Kurulu Kararıyla Çıkma

Öğretide, haklı sebebin varlığı dışında ortaklıktan çıkma olanağının sadece şirket sözleşmesiyle mümkün olacağını, aksi takdirde ortaklar oybirliği ile karar verse dahi herhangi bir ortağın şirketten çıkamayacağını

⁵⁷ Yanlı, s. 685, 686.

⁵⁸ Baştuğ, (Şirketler), s. 261.

⁵⁹ Baştuğ, (Şirketler), s. 261; "İsbat şekli bakımından bu bildirim yazılı şekilde yapılması gerekir". Benzer yönde bkz. Cerrahoğlu, s. 234.

⁶⁰ Ancak şirket sözleşmesinde çıkma hakkının kullanılmasına ilişkin bir şekil öngörülebilir. Yanlı, s. 684 ve orada bkz. Wohlmann, Herbert: Schweizerisches Privatetrecht VIII/2, Basel und Frankfurt am Main 1982, s. 364. Aktaran: Yanlı, s. 684.

⁶¹ "Ortağın ortaklıktan çıkması, kendisine ortaklık payının iadesi anlamını taşıdığından, bu hususta TTK.m.551/4'de öngörülen prosedür uygulanır". Bkz. İmregün, (Kara Ticaret Hukuku), s. 515.

düşünen yazarlar olduğu gibi⁶², şirket sözleşmesinde ortaklara çıkma hakkı tanınmasa dahi çıkmak isteyen ortağın - kendisi de dahil olmak üzere - tüm ortakların oybirliği ile muvafakat vermesiyle çıkabileceği de savunulmaktadır⁶³. Çünkü bir ortağın tek taraflı iradesi ile ortaklıktan çıkması mümkün değildir⁶⁴. Bütün ortakların onayına, çıkmak isteyen ortağın onayı da dahildir. Aksi halde çıkma değil, çıkarılma söz konusu olacaktır⁶⁵. Üstelik bu durum payın devrinden farklıdır⁶⁶.

Haklı sebepleri belirterek ortaklığa çıkma talebini yönelten ortağın, bu talebinin diğer ortaklarca kabulü⁶⁷, şirketten çıkmasına yeterlidir. Ayrıca mahkemeden karar alınması gerekmez⁶⁸.

*Temsil yetkisi başta olmak üzere, dış ilişkiye ait bulunan, ticaret sicili ile ilgili konularda çıkma iyiniyetli üçüncü kişilere, tescil anından itibaren hüküm ifade eder*⁶⁹.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen ve bizim de katıldığımız bu çıkma şekli, ortakların, şirketin kaderini hep birlikte tayin etmesinin; şirket üzerindeki iradelerini - emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla özel hukukta var olan üstün iradelerini - her şeyin üstünde tutmasının bir sonucudur. Dolayısıyla ortakların, ortaklararası değişikliğe neden olan ve iç ilişkiye ilgilendiren kararlarının, oy ittifakı var oldukça, mahkeme dahil dış dünyayı ilgilendirmemesi gerekir⁷⁰. Ortağın ileri sürdüğü sebep haklı

⁶² Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 29 vd.

⁶³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677a; Arslanlı/Domaniç, s. 767; Uçar, s. 326; Yanlı, s. 686; Yıldız, Tasarı, s. 154.

⁶⁴ Çevik, (Limited), s. 244.

⁶⁵ Çıkmanın, çıkarma kararının kabulü ile gerçekleşebileceği hakkında bkz. Yanlı, s. 691; aynı yönde Kıyat, A. Serdar, "Limited Şirketlerde Ortağın Çıkma ve Çıkarılma Hallerinde Ayrılma Payının Hesaplanmasında Son Durum", Legal Hukuk Dergisi (Aralık 2007), C. 5, Sa. 60, s. 3819.

⁶⁶ "Sermaye koyma borcunun tamamen yerine getirilmiş olması halinde, ortakların kararı ile şirketten ayrılan ortağın haklarının TK m.551/f.4. uyarınca şirket esas sermayesinin itibari miktarını aşan mallarından ödenebileceği ve dolayısıyla payın şirket tarafından edinilebileceği" savunulmaktadır. Bkz. Yanlı, s. 686.

⁶⁷ Ortağın bu çıkma şekline, "Çekişmesiz Çıkma" diyebiliriz.

⁶⁸ Yanlı, s. 687.

⁶⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677b.

⁷⁰ "Ortak çıkma hakkını şirkete karşı kullanır. Şirket çıkma talebini kabul etmediği

olmasa, hatta hiçbir sebep göstermese dahi çıkmak isteyen ortağın, bu isteğinin kabulü yönünde bütün ortakların gösterdiği iradeye, özel hukukta sözleşmelere egemen olan *iradenin muhtariyeti* gereği saygı gösterilmelidir.

C. Haklı Sebep Çıkma (Mahkeme Kararıyla Çıkma)

1. Kanuni Düzenlemenin Tanıtılması ve Tasarı ile Karşılaştırılması

Limited şirketlerde, haklı sebeplerin varlığında çıkma hakkı, ortağın kişiliğinin korunması ve sözleşme özgürlüğü gereğince, kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir (TTK m.551/2.f.)⁷¹. Bu hakka dayanarak ortak, haklı sebeplerin varlığında, sözleşmede düzenlenmiş olsun olmasın (yeter ki kanunun öngördüğü haklı bir sebebe dayansın), çıkma hakkını kullanabilecektir⁷².

Haklı sebeple çıkma, emredicilik niteliği⁷³ gereği mutlak, bertaraf edilemeyen özel bir hak⁷⁴. Ana sözleşme ile sınırlandırılmayacağı gibi kaldırılması da mümkün değildir. Buna karşın kanun koyucu tarafından, bu hakkın kullanılmasının doğrudan ortağa verilmesi, şirketi korumak amacıyla uygun görülmemiştir. Haklı sebeplerin varlığı halinde ortağın çıkmasına izin verilmesini mahkemeden⁷⁵ talep etmesi şeklinde düzenlenmiştir⁷⁶. Dolayısı ile şirkete ortak olurken varolan beklentilerini ve şirkete katılma amacını kaybeden, şirkette kalması kendisi için çekilmez bir hal alan ortak,

takdirde; mahkemeye başvurması gerekir.”. von Steiger, Werner, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Handelsrecht, 2. Halbband, Basel/Frankfurt am Main 1982, s. 365. Aktaran: Dirikkan, Hanife Öztürk, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı. Ankara 2005, s. 46, dn. 93.

⁷¹ Çevik, (Limited), s. 244; Yanlı, s. 687; Bahtiyar, s. 225.

⁷² Baştuğ, (Şirketler), s. 259; Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 42 vd.

⁷³ “..Haklı sebebe hukuki sonuçlar bağlayan hükümler, haklı sebebin temelini oluşturan objektif iyi niyet ve kişilik haklarının korunması ilkelerinin bir sonucu olarak emredici nitelik taşırlar.”. Bkz. Çamoğlu, “Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Emredici Niteliği”, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 290.

⁷⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677c; Şener, s. 252; Baştuğ, (Şirketler), s. 260.

⁷⁵ Baştuğ, (Şirketler), s. 260.

⁷⁶ Gerçi sadece haklı sebebe dayanan çıkma hali değil, limited şirketlerde haklı sebebin bağlandığı bütün hukuki sonuçlarda görüleceği üzere, talep mahkemeye yöneltilmiştir. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 43; ayrıca bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun 543, 549/I-4.b. ve 551/III. maddeleri.

sözleşmede öngörülen sebeplerle ortaklıktan çıkmadan farklı olarak mahkemeye müracaat etmelidir⁷⁷.

TTK m.551/II'ye göre; “Her ortak, muhik sebeplere dayanmak şartıyla şirketten çıkmasına müsaade edilmesini veya şirketin feshini mahkemedен talebedebilir”.

Madde, bu haliyle, her ortağın haklı sebep varoldukça, ister çıkmayı isterse şirketin feshini talep edebileceği gibi bir izlenim uyandırmakta; dolayısı ile ortağın seçimlik bir hakka sahip olduğu fikrini akla getirmektedir. Ancak doktrinde bu tür bir yorumun tehlikeli olacağı ve sakıncalar doğuracağı savunulmaktadır⁷⁸. Bu görüşe katıldığımızı belirtmekle beraber eklemek isteriz ki; haklı sebeplerin varlığında ortağın, şirketin feshini istemesine, özellikle haklı sebep sahibi ortağın payı karşılığını alamadığı ya da alamayacağını açıkça anlaşıldığı ender hallerde yani “en son çare” olarak başvurulmalıdır⁷⁹.

TTK'da bir maddenin iki fıkrası ile düzenlenmiş olan çıkma (TTK m.551/I-II), Tasarı'da iki maddede daha ayrıntılı olarak ele alınmış ve ilk defa *çıkma*ya katılma kavramı getirilmiştir⁸⁰. Tasarının 638. maddesinin 2. fıkrası, 551 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünde olduğu gibi, ortağa haklı sebeplerin varlığında, çıkma davası açabilmesi olanağını sağlamıştır⁸¹:

“Her ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir. Mahkeme istem üzerine, dava süresince, davacının ortaklıktan doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere karar verebilir”.

⁷⁷ Kayar, s. 220; İmregün, (Kara Ticaret Hukuku), s. 515; Çevik, (Limited), s. 244.

⁷⁸ Baştuğ, (Şirketler), s. 260; “Ancak, çıkmayı haklı kılacak sebeplerle, ortaklığın feshini haklı kılacak sebepler arasında fark vardır”. Cerrahoğlu, s. 235.

⁷⁹ Dirikkan, s. 91 vd.; Wirth, Gerhard / Arnold, Michael / Greene, Mark, Corporate Law in Germany, Verlag C.H. Beck, München 2004, s. 26.

⁸⁰ Nerad, Hasan, “Limited Şirketlerin Geleceği Üzerine Bir Deneme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İrfan Baştuğ'un Anısına Armağan), C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005, s. 236.

⁸¹ Aksi halde, ortak, onu ortak olmaya yönelen şartlar ortadan kalktığında şirkette kalmaya mahkum edildikten başka, şirketten ayrılmasını gerektiren sebepler doğduğu hallerde de şirketten ayrılamaz duruma düşürülür. Bu ise şahıs şirketlerinde bile kabul edilemez. Onun için haklı sebeplerle çıkma davası şahıs şirketlerine özgü ve varlığı zorunlu bir kurumdur. Bkz. Tasarı madde gerekçesi, m.638, s. 230.

Haklı sebepleri takdir yetkisi yine mahkemeye aittir. Tasarı m. 638/2.f. nin ikinci cümlesi ise, İsviçre Borçlar Kanunundan alınmış bir hükümdür. Çıkma davası açmış bir kişinin, yargılama süresince ortaklık haklarını kullanması ve borçlarını yerine getirmekle yükümlü olması konumuna uygun düşmeyeceği için böyle bir hüküm getirildiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, uygulamadaki sıkıntıları giderebilecek isabetli bir düzenleme olsa da mahkemeye bu yönde bir talebi, kimlerin (şirketin mi yoksa ortakların mı) yönelteceği konusunun belirsiz kalması sıkıntı yaratacak gibidir⁸².

2. Haklı Sebebin Bulunması

Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddesinde (TTK.m.551/2.f.) ortağın limited ortaklıktan haklı nedenlere dayanarak çıkmayı isteyebileceği düzenlenmiş iken, hangi hallerin çıkmaya dayanak olacak haklı sebepler olacağı belirtilmemiştir. Bu konuda kollektif şirketlerde haklı sebebi düzenleyen 187 inci maddeden kıyas yoluyla yararlanılacağı doktrinde savunulmaktadır⁸³.

Bir sebebin haklılığını değerlendirmek hakimin takdir hakkına giren sübjektif bir konudur. Haklı nedenler şirketin durumundan, ortakların

⁸² Yıldız'a göre, haklardan yararlanmanın dondurulması, şirket tarafından, borçlardan dolayı sorumluluğun dondurulması, çıkma davasını açan ortak tarafından talep edilmelidir. Bkz. Yıldız, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 157. Bizce de bu çözüm, menfaatler dengesi açısından yerinde bir çözümdür.

⁸³ "...Haklı sebepler kollektif şirkette olduğu gibi değerlendirilir.". Bkz. Karayalçın, (Şirketler), s. 384; aynı yönde bkz. Baştuğ, (Şirketler), s. 260; Arslanlı/Domaniç, s. 735, 737; Başbuğoğlu, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu 1. Cilt (Madde 1-815), Ankara 1988, s. 749; Doğanay, (Şerh II), s. 1490; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677c; N. 1678b; Uçar, s. 370; Cerrahoğlu, s. 235; Şener, s. 252; Kendigelen, Abuzer, Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt II Ortaklıklar Hukuku, Kararları Tamamlanmış 3. Bası. İstanbul 2006, s. 400; Dirikkan, s. 41, 67; Yıldız, s. 156; "...özellikle çıkarılma hallerinde TTK m. 187 hükmünden yararlanılması mümkündür.". Bkz. Pulaşlı, s. 1039. Şahıs şirketlerine ait haklı sebep prensiplerinin limited şirketlerde hem ortağın çıkması, hem de şirketin feshi için açılacak davalarda uygulanacağı hakkındaki makale için bkz. Hueck, Alfred, Ausschluss aus der GmbH. Betrieb 1951. S. 108 ff. Aktaran: Baştuğ, s. 45, dn. 136; ayrıca Yargıtay kararı için bkz. "...limited Şirketlerin feshi TTK 549 ve onun atfı nedeniyle 187 md.sindeki şartların oluşmasına bağlıdır...". HGK. 22.4.1998, E.1998/11-291, K.1998/293, www.kazanci.com.tr, (Erişim: 20.08.2010). Bu prensibin, hem Alman hem de İsviçre hukuk doktrininde kabul gördüğüne dair bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 48 vd. ve orada dn. 147'de anılan eserler.

birbirleriyle ya da şirket ile olan ilişkilerinden veya ortağın kişisel durumundan doğabilir. Belirli bir çıkma nedeni sözleşmeyle tanınmamışsa, haklı nedenler dışında şirketten çıkılamaz.

Haklı sebebin varlığı tespit edilirken, limited şirketin sermaye mi yoksa şahıs karakterinin ağır bastığı araştırılmalıdır. Sermaye karakteri ağır basan limited şirketlerde⁸⁴, haklı sebepler daha çok ortaklar arası ilişkilerden doğan tamamen objektif nitelikli olaylar iken, şahıs karakteri niteliği ağır basan limited şirketlerde⁸⁵, subjektif nitelikli olaylardır⁸⁶.

Haklı sebeple çıkmayı tercih eden ortak için ortaklığın tasfiye halinde olması da haklı sebep bulunması koşuluyla çıkmasına engel teşkil etmemelidir. Nihayetinde bütün organlarıyla beraber çıkma davasında muhatap (davalı) olacak bir tüzelkişilik, diğer bir deyişle devam edegelen ve ticaret sicilinden silinmemiş bir şirket vardır. Ne zamanki tasfiye tamamlanır, ortaklık hakkında sicilden terkin işlemi yapılırsa o zaman çıkma hakkının kullanılması söz konusu olmayacaktır, dava açılmışsa dava konusuz kalacaktır.

Bir ortağın çıkma talebinde bulunmasına yol açan haklı sebep, genellikle ortakların kendi aralarında veya çıkma hakkını kullanan ortakla şirket arasında doğar. Ortaklar arasındaki anlaşmazlık, kanun, sözleşme veya ortaklar kurulu kararlarının yerine getirilmemesi, şirket ortakları arasında birbirine güvensizlik duyulması vb. haller haklı sebeplere örnek teşkil edebilir. Öğretide çıkmayı gerektirecek haklı sebeplerle ilgili çok değişik örnekler verilmiştir:

KARAYALÇIN'a göre, ortaklar arasında ihtilaf, kanunun veya şirket sözleşmesinin, ya da genel kurul kararlarının sürekli olarak ihlal edilmesi, şirketin amacına ulaşmasını engelleyen hukuki ve ekonomik imkansızlıklar, sürekli olarak şirketin zarara uğraması gibi örnekler haklı sebeple çıkmayı gerektiren sebepler olabilir⁸⁷.

CERRAHOĞLU'na göre çıkmayı haklı kılan sebepler, hastalık, ehliyetsizlik gibi ortağın şahsından doğabilecek sebepler olabileceği gibi,

⁸⁴ Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 49 vd.

⁸⁵ Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 47 - 48.

⁸⁶ "Haklı sebepler, limited şirket ortaklarının bazılarının kişiliklerinden ve ortaklar arasındaki ilişkilerden doğabileceği gibi, kişiliklere dayanmayıp maddi nitelik de taşıyabilir". Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1677c; aynı yönde Karayalçın, (Şirketler), s. 384, Pulaşlı, s. 1062; Yıldız, (Tasarı), s. 156; Şener, s. 252.

⁸⁷ Karayalçın, (Şirketler), s. 384.

şahsı dışında doğan, normal olarak ondan ortaklığa devam etmesinin beklenemeyeceği duruma getiren hal ve olaylar da olabilir. Üstelik haklı sebep, her ortak açısından aynı olmayabilir⁸⁸.

DİRİKKAN'a göre⁸⁹, belirli bir ya da birkaç ortağın kişiliği ile ilgili olmayan, ekonomik kriz veya hükümet politikalarından dolayı şirket ilişkisinin devamının imkansız olduğu haller, genel olarak, hem haklı nedenle fesih hem de haklı nedenle çıkma hali için önem taşıyan hallerdir. Dolayısıyla, bir ortağın, diğer ortakların şahsi alanında veya şirket ilişkilerinde ortaya çıkan ve şirkette kalmasını katlanılmaz hale getiren nedenler, çıkması için haklı neden teşkil eder. Bu açıdan, özellikle şirkette azınlık⁹⁰ durumunda olan ortaklar için çıkma hakkının büyük önemi bulunmaktadır.

TEKİL ise, çıkmayı gerektiren haklı sebeplerin ancak ortakla şirket arasındaki ilişkilerde aranacağı, yani "objektif" haklı sebeplerden olması gerektiğini ileri sürmüştür⁹¹.

İMREGÜN'e göre, davalı ortağın yasal olmayan - vergi hukukuna aykırı - tasarruflarda bulunması, özellikle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un ortaklara yüklediği sorumluluk dikkate alınınca davacı ortağın çıkması için bir haklı sebep teşkil edebilir⁹².

ÇEVİK, ortağın haklı sebeple ihracı için alınan genel kurul kararını, ortaklar arası anlaşmazlığı, güvensizliği, yasa, sözleşme ve ortaklar genel kurulu kararlarının yerine getirilmemesi veya sürekli ihlalini, şirketin üst üste birkaç yıl zarar etmesini çıkma nedenleri arasında saymıştır⁹³.

⁸⁸ Cerrahoğlu, s. 235, 236.

⁸⁹ Dirikkan, s. 42. Yazar'a göre, "Türk Ticaret Kanunu'nun 187. maddesinin I. Fıkrasının ilk üç bendinde yer alan ve ortağın kendi iradesi ile yarattığı kendi şahsında gerçekleşen haklı nedenler bulunduğu takdirde; TTK 187/II uyarınca şirketin haklı nedenle feshini talep etmesi mümkün değildir. O nedenle, bu tür olaylarda, kendi kusuru ile haklı nedeni yaratan ortağın haklı nedenle çıkmasına izin verilmesini talep hakkının da bulunmadığını kabul etmek yerinde olacaktır." Ayrıca yazarın atıfta bulunduğu yabancı eserler için bkz. orada dn. 74.

⁹⁰ Alman ortaklıklar hukukunda, şirket sermayesinin %10'una tekabül eden payı elinde bulunduran kişi, bu hakkı kullanabilmektedir (Alm.LŞK m.50, f.1). Bkz. Wirth/Arnold/Greene, s. 226.

⁹¹ Tekil, (Limited-Kooperatif), s. 77; aksi yönde Cerrahoğlu, s. 236.

⁹² İmregün, Bilirkişi Raporları (1985-1986), İstanbul 2000, s. 155.

⁹³ Çevik, (Limited), s. 244, 245.

ŞENER'e göre, müdürün yaptığı faaliyetler, örneğin ortaklığı kendi yararları çerçevesinde yönetmesi, bu sebepten ortakların birbirine küs ya da kırgın olması veya ortaklığın kaderinde ortakların söz sahibi yapılmaması, bütünüyle bakıldığında, ortağın ortaklıktan çıkması için haklı sebep teşkil eder⁹⁴.

Yüksek Mahkeme de yeni bir kararında⁹⁵, “ Limited şirket ortağının, bir başka ortak hakkında tehdit suçundan şikayette bulunması, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiş olsa bile, ortağın bu iddiasını adli soruşturmayı gerektirecek kadar ilerletmiş olması ve aynı zamanda şirketin faal olmadığına belirlenmesi karşısında, şirketten çıkma bakımından haklı sebep sayılır.” demektedir.

Bütün bu durumlarda belirleyici olan, ortağın şirkette bundan sonra kalması konusundaki şirketin menfaatleri ile ortağın kendi menfaati gözetildiğinde; ortağın şirkette kalmasının kendisinden beklenip beklenemeyeceği ve şirket tarafından, ortağın şirkette kalması için ileri sürülen gerekçelerin kabul edilmesinin, hakkaniyete uygun olup olmayacağıdır⁹⁶. Bu çerçeveden bakıldığında, kural olarak payın devrinin tamamen fiili sebeplerden dolayı başarılı olmaması, bilançonun gecikmesi veya yanlış tanzim edilmesi nedeniyle sözleşme gereği elde edilmesi gereken kar payından daha düşük kar elde edildiği şeklindeki gerekçelerin, tek başına haklı neden olarak kabulü mümkün değildir⁹⁷.

3. Mahkeme Kararı (Çıkma Davası)

Limited şirkette ortağın haklı sebebe dayalı çıkması, çıkma talebini ortaklığa yönelmediği durumlarda, dava açması ile mümkün olacaktır⁹⁸.

⁹⁴ Şener, s. 252. Nitekim Yargıtay bir kararında, şirketin kötü yönetimi, ortakların toplanamadığı ve birbirlerine kırgın ve dargın olmaları nedeniyle, davacı pay sahibinin şirketten “haklı sebep” le çıkma talebini uygun görmüş ve onaylamıştır. Bkz. 11.HD. 23.12.1988, E.2382/K.7852, Uçar, s. 328'den naklen; ancak bu hak, hukukun genel ilkelerince iyiniyetle (MK m.2) kullanılmak zorundadır. 11.HD. 10.11.1989, E.7616/K.6156, Uçar, s. 379'dan naklen.

⁹⁵ 11.HD. 31.03.2009, E.2007/14988, K.2009/3869, BATİDER (Haziran 2009), C. XXV, Sa. 2, s. 456-457'den naklen.

⁹⁶ Dirikkan, s. 43.

⁹⁷ 11.HD. T. 19.02.1988, E. 2804 / K. 7784 sayılı karar için bkz. Eriş, Açıklamalı – İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler Ticaret Şirketleri Cilt II Madde: 223-556, 4. Baskı. Ankara 2007, s. 2825.

⁹⁸ “Haklı sebebe dayanarak çıkmak isteyen ortak, bu istemini ve dayandığı haklı sebep

Çıkma hakkının kullanılması ortağın iradesine bırakılmamıştır⁹⁹.

Haklı sebeple fesih de olduğu gibi, çıkmada da mahkemenin kararı yenilik doğurucu niteliktedir ve geleceğe etkilidir¹⁰⁰. Payın birden fazla kişiye ait bulunması halinde, çıkma hakkının kullanılabilmesi için tamamının çıkma yönünde iradelerini kullanmaları gerekir (TTK m.527)¹⁰¹. Birlikte mülkiyet gereği çıkma davasını açanlar arasında yargılama açısından zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır¹⁰². Bununla birlikte, bir payın maliklerinden sadece bir veya birkaçının çıkma isteğinde bulunması halinde, çıkma talebinde bulunan pay sahibi veya sahipleri açısından TTK m.524'ün izin verdiği ölçüde payın bölünmesi suretiyle çıkma işleminin gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır¹⁰³.

Haklı sebeple çıkmak isteyen ortak, tüzel kişi ortak olabilir. Bilindiği üzere ortakların sınırlı sorumluluğu üzerine kurulu limited şirketlerde, şirketin sermaye endekli bu yapısı, gerçek kişi kadar tüzel kişilerin de ortak olmasına izin vermektedir¹⁰⁴. Bu durumda tüzel kişi ortak, haklı sebeple çıkmak istiyorsa yetkili organlarında geçerli bir karar alarak bu davayı

gereçlerini usul uyarınca yetkili mahkeme önünde dile getirir. ”. Bkz. Baştuğ, (Şirketler), s. 260. Tasarıda ise, ortaklara bazı şartlarla çıkmaya katılma hakkı getirilmiştir (m.639). Ayrıca bkz. Yıldız, (Tasarı), s. 157 vd.

⁹⁹ Dirikkan, s. 45.

¹⁰⁰ Tekil, (Limited-Kooperatif), s. 75, dn. 112; Pulaşlı, s. 1040; Şener, s. 253; Yanlı, s. 687.

¹⁰¹ Madde 527 – Bir pay birden fazla ortağa ait olduğu takdirde bunların müşterek bir temsilci tayin etmeleri gerekir.

Bu durum devam ettikçe ortaklar payla ilgili ödemeler dolayısıyla ortaklığa karşı müteselsilen mesul olurlar.

¹⁰² Mecburi dava arkadaşlığı hakkında bilgi için bkz. Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 15. Bası. Ankara 2004, s. 578 vd.

¹⁰³ Dirikkan, s. 46. “Payın devir için bölünebileceği TTK 524 ile kabul edildiğine göre, payın bölünmesi suretiyle, bölünen kısımlar için payın farklı işlemlere konu edilmesi de hukuken mümkün görünmektedir. O nedenle, payın maliki olanlarından bazılarının şirketten ayrılmak istememesi durumunda, ayrılmak isteyen ortağa düşecek kısmi payla ilgili olarak mahkeme tarafından payın bölünmek suretiyle çıkma kararına konu edilmesi mümkün olmalıdır.”. Ortağın şirketten çıkarılması yönünden benzer görüş için bkz. Scholz/Westermann, § 34 GmbHG Anm. 30, Dirikkan, s. 46, dn. 95'den naklen.

¹⁰⁴ Nitekim bkz. Madde 503 – İki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortaklarının mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limited şirket denir.

açmalıdır.

Ortağın haklı sebeple çıkma talebi ile açtığı davanın davalısı, limited şirket tüzel kişiliğidir. Dava, genel yetkili mahkeme olan (HUMK m.9) davalı şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki (HUMK m.17) asliye ticaret mahkemesinde açılmalıdır¹⁰⁵. Ticaret ortaklıklarında, ortakların ortaklık ile veya birbirleriyle olan ilişkilerden doğan davalar ticari dava¹⁰⁶ sayılır ve davada basit yargılama usulü uygulanır (TTK m.1460)¹⁰⁷.

Haklı sebeple çıkma talebinde bulunan ortağın bu iddiasını ispatlaması gerekir¹⁰⁸. Şirket, ortağın davaya konu ettiği vakianın haklı sebep niteliğinin bulunmadığını ileri sürebileceği gibi, haklı sebep olduğu gerekçesiyle karşı dava açarak şirketten çıkma talebinde bulunan ortağın çıkarılmasına karar verilmesini de isteyebilir.

Çıkma mahkeme kararı ile gerçekleştiğinden¹⁰⁹, bu karar kesinleşinceye kadar ortaklıktan doğan hak ve borçlar devam eder. Ortak genel kurula katılabilir, oy verip kara iştirak edebilir¹¹⁰.

Çıkmanın dış ilişki yani üçüncü kişiler önünde hüküm ifade etmesi için, tescil ve ilan gerekir. Tescili talep, yönetim yetkisine girdiğinden müdürlerce yapılır.

Mahkeme özellikle ortaklık ana sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, çıkmanın talep olunduğu, yani ortağın mahkemeye başvurduğu an (dava açıldığı tarih) itibarıyla ayrılma payının geçek değeriyle hesaplanması için bilirkişiye başvurmalı ve bu şekilde hüküm altına alınmalıdır¹¹¹.

Haklı sebebin kullanımını sınırlayıcı bir süre öngörülmemiştir. Buna karşılık geçmişte kalmış haklı bir sebebe dayanarak çok ileri bir tarihte

¹⁰⁵ Uçar, s. 371. Şirket sözleşmesindeki yetki kayıtları da nazara alınabilir. Bkz. Dirikkan, s. 87.

¹⁰⁶ Domaniç / Ulusoy, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007 s. 122.

¹⁰⁷ Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 3.Bası. Ankara 2004, s. 101.

¹⁰⁸ 11.HD., T. 30.1.2003, E. 2002/8251, K. 2003/892, www.kazanci.com.tr, (Erişim: 20.08.2010).

¹⁰⁹ “Mahkemenin çıkma isteğinin kabul kararı inşai nitelik taşır. ”. Çevik, (Limited), s. 244; aynı yönde Doğanay, (Şerh II), s.1488; Başbuğoğlu, s. 751. Çıkma kararı hakeme de bırakılabilir. Bkz. YTD. 16.11.1965, 3504/3294, Uçar, s. 375’ den naklen.

¹¹⁰ Baştuğ, (Şirketler), s. 261.

¹¹¹ Şener, s. 254.

çıkmanın istenmesi, TMK m.2'ye aykırı olacağı için kabulü mümkün olmamalıdır¹¹².

IV. İKİ KİŞİLİK LİMİTED ŞİRKETLERDE ÇIKMA

TTK'nın 551. maddesi gereğince; haklı sebeple ortağın şirketten çıkma veya çıkarılması talebinin incelenmesi, ikiden fazla ortaklı limited şirketlerde sorun teşkil etmemektedir. Fakat ortak sayısı iki olan bir limited şirkette, ortaklardan birinin çıkmak istemesi veya çıkarılmak istenmesi veya ortak sayısı ikiden fazla olmakla beraber biri dışında diğer ortaklarının şirketten çıkmak istemesi ihtimalinde sorun yaşanmaktadır.

İki ortaktan oluşan limited şirketlerde, ortaklardan birinin şirketten çıkmasını mahkemeden isteyip isteyemeyeceği konusu önemli bir sorun teşkil etmektedir¹¹³.

Aslında bu konu, TTK m.504/2. fıkrada değinilen “tek kişilik limited ortaklık”¹¹⁴ sorunuyla da yakından ilgilidir¹¹⁵. Limited şirketlerde tek

¹¹² Arkan, Sabih, “Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları”, BATİDER (Aralık 2001), C. 21, Sa. 2, s. 20.

¹¹³ Uygulamada karşılaşılmış düşük bir ihtimal de olsa, birden fazla ortağın çıkma talebi de limited ortaklığın tek kişilik limited ortaklık haline dönüşmesi sonucu doğurabilir. Dolayısıyla yapılan tespitlerin sadece iki kişilik ortaklıklar değil, tek kişilik kalınması ile sonuçlanan bütün çıkma hallerini içermesi gerektiği söylenebilir. Bkz. Helvacı, Mehmet. “İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebeple Ortaklıktan Çıkma ve Yargıtay’ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (1995), C. 9, Sa. 1-3, s. 362, dn. 2. Her ne kadar TTK 199. maddede, iki kişilik ortaklık denilse de bu hükmün geniş yorumlanarak, ortaklardan bazılarının ayrılması sonucunda, tek kişilik kalarak sona eren bütün kolektif ortaklıklara, uygulanacağını söyleyen Çamoğlu da kolektif şirketler için benzer şekilde düşünmüştür. Bkz. Çamoğlu, (Haklı Sebep), s. 171.

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Okan, Neval, “Türk Hukukunda Ticaret Ortaklıklarında Ortak Sayısının Bire Düşmesi ve Sonuçları”, <http://www.eskisehirbarosu.org.tr/1.doc> (Erişim: 28.08.2010); “21 Aralık 1989 tarihli ve 89/667/CEE sayılı 9. direktif tek ortaklı sınırlı sorumlu şirketi düzenlemektedir. Bu şirket tipi tüm üye devletlere, 9. direktif ile getirilmiş ve düzenlenmiştir.” Bkz. Moustaki Guy/Engammare Valérie, Avrupa Birliği Şirketler Hukuku, Sezgin Huysal, Ayşegül (Çev.), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, Sa. 1-2, s. 274; “Zaten AT yönergelerinin Türkiye’ye yansıtılması ilkesi benimsenecek olursa, tek kişi LO’ya ait yönergenin de dikkate alınması icap edecektir.” Bkz. Tekinalp, “Limited Ortaklık”, “40. YILINDA TÜRK TİCARET KANUNU”, İstanbul 1997, s. 217; Akın, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda Ve Özellikle A.Ş’lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu. İstanbul 2002, s. 35,

ortağın kalması durumu, iki kişilik bir şirkette ortaklardan birinin ölümü ve sağ kalan ortağın ölen ortağın tek mirasçısı olması, bütün payların devir yolu ile¹¹⁶ bir tek ortakta toplanması, şirket tüzel kişiliğinin bir ortağın payı hariç bütün ortakların paylarını devralması (TTK m.526) halinde de meydana gelebilir¹¹⁷.

Türk Ticaret Kanununa göre limited şirketler; en az iki en fazla elli ortakla kurulabilirler (TTK m.504/1). Yalnız TTK, asgari ortak sayısı öngörmüş olmasına rağmen, bu hükmün saman adamlarla dolanıldığı ve bunun yaygın bir uygulama olduğu da aşikardır¹¹⁸. Maddenin devamına bakacak olursak; “*ortakların sayısı sonradan bire iner veya şirketin zaruri organlarından biri mevcut olmazsa münasip bir müddet içinde bu eksiklikler tamamlanmadığı takdirde ortaklardan birinin veya şirket alacaklısının talebi üzerine mahkeme şirketin feshine karar verir*” denilmektedir (TTK m.504/II). Anonim şirketlerdeki TTK m.434/4.b. hükmünün aksine, kanun koyucu, burada infisahı öngörmemiştir. Dolayısıyla ortak sayısının bire inmesine rağmen, böyle bir talepte bulunulmaması halinde ya da talep üzerine mahkemenin verdiği süre içinde ortak sayısı ikiye çıkarılana kadar ortaklık, tek kişilik ortaklık olarak kalmaya devam edecektir¹¹⁹.

dn. 166.

¹¹⁵ AB düzeyinde konu, 2009/102/EC sayılı ve 16 Eylül 2009 tarihli Konsey Direktifi ile düzenlenmiştir. Konuya Anglo-Amerikan Hukuku bakımından yaklaşan görüş için bkz. Sealy, L.S./Worthington, Sarah, Cases and Materials On Company Law, New York 2008, s. 21; Bishop, Carter G., Reverse Piercing: A Single Member LLC Paradox, South Dakota Law Review, C. 54, 2009, s. 201; Alman Hukuku bakımından yaklaşan görüş için bkz. “One-Man Formation”, Wirth/Arnold/Greene, s. 11, 61 vd.

¹¹⁶ Bu tehlikeyi önlemek adına pay devri şartlara bağlanabilir. Nitekim Alman hukukunda da limited şirketler için bu yola başvurulabilmektedir. Bkz. Wirth/Arnold/Greene, s. 25.

¹¹⁷ Karayalçın, (Şirketler), s. 340; Erdil, s. 105.

¹¹⁸ Gerek yargıç tarafından TTK m.504 2. fıkrasında verilen süre içerisinde, gerek daha önceden, payları tek elde toplayan ortak, pek cüzi bir sermaye payını bir şahısta bırakarak veya şirkete bir kukla ortak sokarak, ortak adedini bire inmemiş gibi gösterebilir. Bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 73.

¹¹⁹ Gündoğdu, Gökmen, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Tek Kişilik Anonim Ortaklık ve Tek Kişilik Limited Ortaklık”, İÜHFİM (2007), C. LXV, Sa. 1, s. 230; “...Son yıllarda Almanya ve Fransa’da tek ortaklı şirketlerin kurulması ve hatta tarım işletmelerinde bu gibi nizamların geçerliliği kanun koyucular tarafından benimsenmiştir.”. Bkz. Atabek, Reşat, “Tek Ortaklı Şirket”, BATİDER (1987), C. XIV, Sa. 1, s. 27.

HELVACI'ya göre, burada fesih talebinde bulunan limited ortağın kötü niyetle sırf diğer ortağa zarar vermek kastıyla bu hakkını kullanması halinde, TMK m.2/2 "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" ilkesi çerçevesinde ortaklığa, süresiz olmayan fakat zararı ortadan kaldıracak bir süre devam etme imkanı verilmelidir¹²⁰.

ERİŞ, iki kişilik limited şirketlerde çıkma hakkına olumlu bakılması gerektiğini belirtmiştir¹²¹.

ARSLANLI/DOMANIÇ, TTK. m.504/2. fıkrasının "ortaklardan birinin veya şirket alacaklısının talebi üzerine" deyişiyle sadece bir fesih sebebi yarattığını, dolayısıyla ortaklar feshi istemedikçe ya da alacaklıların talebini haklı kılabilecek bir neden de yoksa şirketin tüzel kişiliğinde değişiklik olmadan varlığını sürdüreceğini, İsviçre hukukunda¹²² varolan hakimin fesih talebini reddedebileceği görüşünün, Türk hukukunda da aynen geçerli olacağını savunmuştur. Ayrıca anonim şirketten farklı olarak ortak sayısının bire inmesinin sadece ortaklar ile alacaklıları ilgilendirdiği, eğer kamu menfaatinin de ilgilendirseydi, TTK m.435'te Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na verilen yetkinin burada da (m.504) verileceği yani limited şirket aleyhine fesih davası açılabilirliği ifade edilmiştir¹²³.

Aynı görüşü paylaşan KARAYALÇIN'a göre, esasen limited şirkette tek ortağın kalması halinde, şirketin infisah ettiği ve tasfiye haline girdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilebilir. Ama tek ortak bu sonucu istemediği takdirde, şirket alacaklılarının limited şirket aleyhine fesih davası açabileceğini, ancak bu hakkın kullanılmasında da alacaklıların korunmaya değer bir menfaatinin olması gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca yazara göre, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na dava hakkı da verilmediği için¹²⁴ Türk hukukunda kuruluşun sonra tek kişilik limited şirket caizdir. Bu sebeple ortak sayısının bire indiği

¹²⁰ Helvacı, s. 365, dn. 8.

¹²¹ Eriş, (Şerh II), s. 2820.

¹²² İsv.BK m.772 ile İsviçre Tasarısı'nda, "bir veya daha fazla kişiler veya ticaret şirketleri" denilerek tek kişilik şirketlere cevaz verilmiştir. Zaten önceleri Kara Avrupası Sistemindeki hukuk düzenleri, kuruluşta tek kişilik şirketlere izin vermese de uygulamada, sonradan tek kişiliğe dönüşen ortaklıklara izin vermektedir. Bkz. Helvacı, s. 365, dn. 9.

¹²³ Arslanlı/Domaniç, s. 78-80; Arslanlı, (Şerh I), s. 38.

¹²⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Alışkan, Murat, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, s. 230 vd.

tarih infisah tarihi olarak kabul edilemez¹²⁵.

ÇAMOĞLU ise, m.504 hükmünün “infisah” değil “fesh” sebebi öngördüğünden yola çıkarak, sonradan limited şirketin “ ortaklık” terimine aykırı da olsa tek kişi kalabileceğini, ancak alacaklı talep ederse hakim bu konuda tercih hakkı olmadığını, münasip sürenin dolmasıyla feshin gerçekleşeceğini savunmuştur¹²⁶.

TEOMAN, limited ortaklığın kendine ait tüm payları edinmesinin mümkün olup olmadığını tartışırken¹²⁷, limited ortaklığın iki kişinin altına inmesine izin veren TTK m.504/2’yi işaret ederek, hukukumuzda geçici bir süre de olsa (hakimın mehil vermesiyle) tek kişilik limited şirketin yaşamasına olanak tanıdığını kabul etmektedir¹²⁸.

Tasarı; “*Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur*” (Tasarı m.573/1) hükmü ile yürürlükteki sistemden farklı olarak tek kişilik¹²⁹ limited şirketin

¹²⁵ Karayalçın, (Şirketler), s. 340.

¹²⁶ Çamoğlu, Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Korunması, İstanbul 1969, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s. 94-100. Yazar, TTK m.504 asgari ortak sayısını düzenleyen hükmünün amme kanunlarından kabul edilerek, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın fesh davası açabileceğini de iddia etmektedir. Aynı görüşte bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 74, dn. 227. Karşı yönde bkz. Arslanlı/Domaniç, s. 79; Pulaşlı, s. 1042.

¹²⁷ Teoman, “ Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi “, İkt-Mal., C. XXI, Sa. 4, s. 147-151. Yazar yine başka bir eserinde, tüm payların limited şirketin elinde toplanması ile oluşan “ortaksız” limited şirketin belli bir süre yaşayabileceğini “infisahın” söz konusu olmayacağını; ancak şirket yönetici payları en az iki kişiye geçerli olarak devretmezse feshin gündeme alınabileceğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, 30. Yıl Ticaret Hukukunda, Tüm Makalelerim Cilt: I 1971-1982, İstanbul 2000, s. 122; aynı görüşte bkz. Karayalçın, (Şirketler), s. 378; aksi görüşte bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1640b.

¹²⁸ Teoman, Pay, s. 150-151; aksi görüşteki Deryal’a göre, iki kişilik limited şirkette ortaklardan birinin çıkarılmasına izin verilmesi, tek kişilik limited şirketin devamına imkan sağlayacağı gerekçesiyle kabul edilemez. Bkz. Deryal, (Ticaret Hukuku), s. 233.

¹²⁹ Tek kişilik limited ortaklığa olanak veren hüküm (Tasarı m.574/2) ile uyum sağlamak üzere, en az ortak sayısının (TTK m.503/1) belirtilmemiş olmasından ibarettir. Bkz. Nerad, s. 224.

kurulmasına ve faaliyette bulunmasına izin vermiştir¹³⁰.

BAŞTUĞ'a göre, limited ortaklığın bir kurum (Institution) olarak ortakların kişiliğinden bağımsız olduğuna göre, ortak adedi bire indi diye feshe gitmek, şirketle ilişkiye girmiş üçüncü kişiler ile şirket alacaklılarının menfaatlerini zedeler. Tek kişi ortaklığı, sermaye yapılarının devri mümkün olan her şirkette mümkündür. Üstelik kanun koyucu bu durumu TTK m.504/2'de "infisah" değil "fesih" sebebi olarak düzenlemiştir. Şirket alacaklılarının normal icra yolları ile alacaklarına kavuşmaları mümkün iken feshe yönelmeleri de meşru bir menfaate dayanmayacaktır¹³¹. Ancak de lege feranda olarak böyle düşünen yazar, bugünkü kanuni durumun yani TTK m.504/2'nin kesin ifadesi karşısında, uygun bir sürede ortak adedi artırılmazsa ortaklığın feshine karar verileceğini de söylemektedir.

POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU ise, haklı sebeplerin varlığında çıkma ve çıkarmanın mümkün olduğunu savunur. İki kişilik limited şirketlerde çıkmanın kabulü ile söz konusu olan müessesenin infisah değil, fesih olduğunu söyleyerek, iki kişilik limited şirketlerde ayrılmanın olası olduğunu savunmaktadır¹³².

PULAŞLI, bu konuda POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU ile benzer düşünmekle beraber, mahkemece eksikliğin tamamlanması hususunda ortaklığa verilen sürede bir şey yapılmaz, diğer ortak veya şirket alacaklısının da talebi olmazsa, tek kişilik şirket durumu ortaya çıkacağı için hukuki durumun açık kalmamasını, eksiklik giderilmezse, mahkemece re'sen

¹³⁰ "Ortaklık kavramının artık bir organizasyon olarak kabul edildiği ve tek kişilik ortaklık kurumunun kabulünü gerektiren nedenlerin her iki ortaklık türü için de geçerli olabileceği dikkate alındığında, her iki ortaklık türünün de tek ortaklı olmasında sakınca görülmemelidir." Bkz. Gündoğdu, s. 251; yine bkz. Moroğlu, (Tasarı), s. 301 vd.; "(...)Bugünkü modern öğretide "şirket" kavramını birden ziyade ortak tanımlamamakta, belirleyici unsur ticarî işletmeyi merkez alan ticarî, sınaî veya hizmete dönük organizasyon olmaktadır." Bkz. Tasarı m.338'in gerekçesinden; ayrıca orada Tasarı madde gerekçesi, m.573.

¹³¹ Yazar ayrıca ortak adedinin bire ineceği gerekçesiyle, sicil memurunun tescilden kaçamayacağını da söylemektedir. Bkz. Baştuğ, (Çıkma ve Çıkarılma), s. 72-74.

¹³² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1678b; yine bkz. Arseven, Haydar, Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler Umumi Hükümler ve Şirketler (Kara, Deniz ve Sigorta Hukuku Bakımından), İstanbul 1960, s. 102; Arslanlı/Domaniç, s. 78-80; Pulaşlı, s. 998, 1055; Uçar, s. 377.

feshe karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³³.

Önceleri bu konuda esnek düşünen Yargıtay'ın, daha sonraları katı davranarak iki ortaklı limited şirketlerde, bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkması veya çıkarılmasına izin verilmemesi eğilimine girdiği gözlenmektedir¹³⁴. Nitekim Yargıtay, eski kararlarından¹³⁵ farklı olarak, iki ortaklı limited şirkette ortaklardan birinin çıkma talebini kabul etmemektedir¹³⁶. Yargıtay, çıkma talebi karşısında hakimin, tarafların şirketi sona erdirmeye iradelerini sorgulayıp öğrenmesini; taraflardan biri kabul etmediği takdirde davanın reddi gerekeceğine¹³⁷, kabul edilme halinde ise bu

¹³³ Pulaşlı, s. 1042.

¹³⁴ Bu yönden Yargıtay'ın bir kararı, diğer kararları özetleyici bir örnek teşkil etmektedir. Karara dikkat edilecek olursa, hukuksal sorun, iki ortaklı limited şirketlerde bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılmasına mahkemece karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmış iken; sonradan çıkmanın mümkün olup olmadığına da değinilmiştir. Bkz. 11HD., T. 29.11.1991, E. 1991/3056, K. 1991/6358, YKD, C.18, Sa.2 (Şubat 1992), s. 224 vd.; yine aynı yönde 11.HD., 28.06.2004, E.2003/13520, K.2004/7211, www.kazanci.com.tr, (Erişim: 02.08.2010).

¹³⁵ 11.HD. 08.11.1982, E.3904/K.4490 sayılı örnek karar için bkz. Eriş, Şerh II, s. 2824.

¹³⁶ "...İki kişilik bir limited ortaklıkta ortaklardan birinin çıkarılmasını mahkemece izin verilmesi, sonucu itibariyle, tek kişilik limited şirketin devamına imkan tanıma neticesini doğuracağından, TTK.'nın 551/2'nci maddesindeki çıkma hakkının ancak ikiden fazla ortaklı limited Şirketlerde uygulanmasının mümkün olacağı kabulü gerekir. İki ortaklı limited şirkette, ortaklardan biri, diğer ortağın şirketten çıkarılmasına izin verilmesini istemeyeceğinden, bu ortak ancak aynı maddede düzenlenmiş bulunan fesih hakkını kullanabilir...". Bkz. 11HD., 28.06.2004, E.13520, K.7211, www.kazanci.com.tr, (Erişim: 21.08.2010); "...İki ortaklı bir limited ortaklıkta ortaklardan biri ortaklıktan çıkarılırsa, diğer ortak yönünden TTK.'nın 504. maddesinin uygulanmasına imkan yoktur (...)" 11HD., T. 25.09.1985, E. 1985/3521, K. 1985/7846, BATİDER (Aralık 1984), C. XII, Sa. 4, s. 158-160; "...İki ortaklı bir limited ortaklıkta ortaklardan birinin ortaklıktan çıkarılmasına mahkemece izin verilmesi mümkün değildir (...)" Bkz. 11HD., T. 29.11.1991, E. 1991/3056, K. 1991/6358, YKD, C. 18, Sa. 2 (Şubat 1992), s. 224 vd.; 1.HD., 25.9.1985, E. 1985/3521, K. 1985/4788, Eriş, (Şerh II), s. 2824'den naklen.

¹³⁷ "... tarafların isticvabı (HUMK m. 230-235) yapılmak suretiyle, her iki tarafında davalı limited şirketin infisahına razı olup olmadıklarının tahkiki ve sayet taraflardan birisi buna muvafakat etmeyecek olursa, o zaman, davacının şirketin infisahi hakkında yeni bir dava açma hakkı mahfuz kalmak üzere, açılış şekli yönünden, HUMK 74 ve75. madde hükmü gereğince, iş bu davanın reddine karar vermek (...)" 11.HD. 20.6.1980, E. 1980/3208, K. 3285 sayılı kararın devamı için bkz. Doğanay, (Şerh II), 2004, s. 1488-

talebin ancak ıslah yolu ile mümkün olabileceğine karar vermiştir¹³⁸. Yüksek Mahkeme, çıkma veya çıkarılma kararının verilmesi durumunda “şirketin tek kişilik şirkete dönüşeceği ve şirketin tek kişi ile devamının mümkün olmadığı” gerekçesini ileri sürmüştür¹³⁹.

PEKDİNÇER’e göre ise, ortak ya da limited şirket yine çıkma veya çıkarılma için mahkemeye başvurabilmeli, dava sonunda çıkma veya çıkarılma yönünde karar çıksa bile şirketin verilen mehil içerisinde (yazara göre bu süre genellikle 3 aydır) ortak sayısını tekrar asgari sınıra (yani iki kişiye) yükseltmesiyle tek kişilik şirket tehlikesi kalmayacak; aksi durumda şirketin feshi gündeme gelecektir. Bu yolun benimsenmesi, iç ilişkide anonim şirketten çok kollektif şirkete yaklaşan limited şirket için, en uygun çözümlüdür¹⁴⁰.

Kanaatimizce de mahkemenin baştan böyle bir talebi reddetmesi, kalan ortağın şirketi devam ettirmesine engel olacak ve şirketin mahkeme kararı ile feshedilerek tasfiye işlemlerinin başlamasına sebep olacaktır. Bu takdirde şirkete devam etmek isteyen ortak, ancak yeni bir ortakla yeni bir şirket kurmak zorunda kalacak, bu durum ise kanun koyucunun, şirketlerin devamlılığı yönündeki amacına aykırı düşecektir. Üstelik mevcut yasada “tek kişilik” ten farklı olarak “ortaksız” limited şirketin dahi geçici olarak yaşayabileceğini savunan yazarlara rastlamamız mümkündür¹⁴¹. Ayrıca tüm bu tartışmalar, Tasarının yasalaşması halinde önemini yitirecektir.

1489, dn.12 ve Eriş, (Şerh II), s. 2824’den naklen.

¹³⁸ 11.HD. T. 25.4.2002, E. 2002/54, K. 2002/ 3894, www.kazanci.com.tr, (Erişim: 23.08.2010).

¹³⁹ Giray, R. Eda, “Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 209.

¹⁴⁰ Pekdinçer, R. Tamer, “İki Ortaklı Limited Şirketlerde Ortaklardan Birinin Haklı Sebeplere Dayanarak Mahkeme Kararı İle Çıkma İstemi ve Bu İsteme Yüksek Mahkemenin Yaklaşımı”, Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 469; “Ortak sayısının bire düşmesi, LO’nun infisahını mucip olmaz, fesih davası açılmışsa münasip bir süre içerisinde eksiklik tamamlanmadığı takdirde diğer ortağın veya ortaklık alacaklısının talebi üzerine mahkeme LO’nun feshine karar verir (TK. m.504)”. Aynı görüşte bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1678b.

¹⁴¹ Bkz. yuk.: s. 225 dn. 127.

SONUÇ

Bu çalışma sonucunda varmış olduğumuz tespitleri şu şekilde sıralayabiliriz:

Devamlı bir ilişkiyi barındıran şirket sözleşmelerinde; aktif katılım (“*affectio societatis*”) unsuruyla desteklenen, güven ve sadakatın ön planda olduğu, sıkı işbirliği ve ortak çabanın hüküm sürdüğü, diğer bir tabirle, tarafların yaşamlarını etki altına alan bir ilişki ağı bulunmaktadır. Dolayısı ile ortaklar arasında bu güven sarsıldığında, bir çözüm olarak “ortağın ortaklıktan çıkması” gündeme gelebilecektir. Üstelik bu müessese, ortaklıklar hukukuna hakim olan *şirketi ayakta tutma* prensibine de uyan bir müessesedir.

Bunun yanında çıkma, en son ve olağanüstü bir hukuki çare olmalıdır. Bu itibarla, somut olayın özelliklerine göre ortağın şirketten çıkmasını meşru gösteren “haklı” bir sebep mevcut ve başkaca başvurulacak hukuki enstrüman kalmamış ise, *son çare* (“*ultima ratio*”) olarak, bu hakka (çıkma hakkı) başvurulmasında yarar vardır.

Ortağın çıkma hakkı, tasfiye evresini kapsayabilmelidir. Ancak, şirketin tasfiye aşamasına gelmesiyle birlikte devreye tasfiye memurları (TTK m.552) gireceğinden, haklı sebebin yorumunda farklılıklar olacaktır.

Öğretide kabul edilen ve bizim de varlığını kabul ettiğimiz ortaklar kurulu kararı ile çıkma şekli, esasen ortakların oybirliği ile aldıkları karara dayanan bir çıkma şeklidir. Özel hukukta var olan *iradenin muhtariyeti (özerkliği) prensibinin* bir uzantısı olarak düşünülecek olursa; ortakların şirketin kaderini hep birlikte tayin etmesinin, şirket üzerindeki iradelerini - emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla - her şeyin üstünde tutmalarının bir sonucudur.

İki kişilik limited şirketlerde, fesih mümkün olmakla beraber çıkma ve çıkarılma tartışmalıdır. Limited şirketin tek kişilik kalacağı ve tek kişilik şirkete TTK'nın izin vermediği doğru olmakla beraber, en azından çıkma durumunda ortaklara, şirketi asgari ortak sayısı sınırına (iki kişi) getirebilmeleri için 3 ay gibi bir mehili tanımak yerinde olacaktır. Nitekim Tasarı yasalaşursa, bu tartışmalar da kendiliğinden önemini yitirecektir. Çünkü Tasarı; “*Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur;...*” (m.573/I) hükmü ile tek kişilik limited şirketin kurulmasına ve yaşamasına izin vermiştir.

KAYNAKÇA**Süresiz Yayınlar :*

AKIN, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İMKB, İstanbul 2002.

ALIŞKAN, Murat, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları. Legal Yayınevi, İstanbul 2007.

ARSLANLI, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960. (Atıf şekli: Kollektif-Komandit)

ARSLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler ve Limited Şirketler, C. III, Temel Yayınları, İstanbul 1989.

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu 1. Cilt (Madde 1-815), Yetkin Yayıncılık, Ankara 1988.

BAŞTUĞ, İrfan, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, İzmir 1966. (Atıf şekli: Çıkma ve Çıkarılma)

BAŞTUĞ, İrfan, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, İzmir 1974. (Atıf şekli: Şirketler)

CERRAHOĞLU, M. Fadlullah, Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, İstanbul 1974.

ÇAMOĞLU, Ersin, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008. (Atıf şekli: Haklı Sebep)

ÇAMOĞLU, Ersin, Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Korunması, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1969.

* Atıflar kural olarak yazarların sadece soyadı anılarak yapılmış, birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda ise kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

ÇEVİK, Orhan Nuri, Kollektif Şirketler, Olgaç Matbaası, Ankara 1978. (Atıf şekli: Kollektif)

ÇEVİK, Orhan Nuri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003. (Atıf şekli: Limited)

DERYAL, Yahya, Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon 2004. (Atıf şekli: Ticaret Hukuku)

DİRİKKAN, Hanife Öztürk, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı. Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt II Madde: 420-815, Tümü Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004. (Atıf şekli: Şerh II)

DOMANİÇ, Hayri /ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.

ERDİL, Engin, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Diğer Şirket Türleriyle Mukayeseli Olarak, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara 1998. (Atıf şekli: Kooperatif)

İMREGÜN, Oğuz, Bilirkişi Raporları (1985-1986), Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 13.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005. (Atıf şekli: Kara Ticaret Hukuku)

İMREGÜN, Oğuz, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul 1989. (Atıf şekli: Kollektif-Komandit)

İNAN, Yusuf Ziya, Limited Şirketler, Yeni Savaş Matbaası, İstanbul 1968.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku. İkinci Baskı. Sevinç Matbaası, Ankara 1973. (Atıf şekli: Şirketler)

KAYAR, İsmail, Şirketler Hukuku, İkinci baskı, Detay Yayınları, Ankara 2007.

KENDİGELEN, Abuzer, Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt II Ortaklıklar Hukuku, Kararları Tamamlanmış 3. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006. (Atıf şekli: Mütalaalar)

KURTULAN, Ahmet, Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması,

Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku İkinci Cilt, BTHAE Yayınları, Ankara 1972.

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007. (Atıf şekli: Tasarı)

MOROĞLU, Erdoğan /KENDİGELEN, Abuzer, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

POROY, Reha /TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 4. Tıpkı Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2006.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.

SEALY, L.S. / WORTHINGTON, Sarah, Cases and Materials On Company Law, New York 2008.

ŞENER, Oruç Hami, Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

TEKİL, Fahiman, Şirketler Hukuku Birinci Cilt Genel Bilgiler – Adi Şirket – Kollektif ve Komandit Şirketler, İkinci Bası, Otağ Matbaacılık, İstanbul 1976. (Atıf şekli: Adi-Kollektif-Komandit)

TEKİL, Fahiman, Şirketler Hukuku Limited Şirketler ve Kooperatifler, İkinci Bası, Otağ Yayınevi, İstanbul 1978. (Atıf şekli: Limited-Kooperatif)

TEKİNALP, Ünal, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1972. (Atıf şekli: Kooperatif)

TEOMAN, Ömer, 30. Yıl Ticaret Hukukunda, Tüm Makalelerim Cilt: I 1971-1982, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

UÇAR, Salter, Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması-Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri Dağılma Sebepleri, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1996.

WIRTH, Gerhard / ARNOLD, Michael / GREENE, Mark, Corporate Law in Germany, Verlag C.H. Beck, München 2004.

YILDIZ, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.

Sürekli Yayınlar :

AKYAZAN, Sıtkı, “Şahıs Şirketlerinde Ortaklığın Feshi ve Ortaklıktan Çıkarma”, BATİDER, C. X, Sa. 3 (Haziran 1980), s. 619-637.

ARSLANLI, Halil, “Limited Şirketler Hukukuna Genel Bir Bakış”, BATİDER, C. I, Sa. 4 (Haziran 1962), s. 433-464. (Atıf şekli: Genel Bir Bakış)

ARKAN, Sabih, “Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları”, BATİDER, C. 21, Sa. 2 (Aralık 2001), s. 15-24.

ATABEK, Reşat, “Tek Ortaklı Şirket”, BATİDER , C. XIV, Sa. 1 (1987), s. 23-35.

BAŞTUĞ, İrfan, “Kollektif Şirkette Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması”, Ank.BD, Sa. 6 (1971), s. 803-807. (Atıf şekli: Ortağın Çıkarılması)

BISHOP, Carter G., Reverse Piercing: A Single Member LLC Paradox, South Dakota Law Review, C. 54, 2009, s. 200-232.

CAN, Mustafa Erdem, “Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları”, GÜHFD, C. XI, Sa. 1-2 (Haziran-Aralık 2007), (İbrahim Ongün’e Armağan 2009), s. 71-95.

ÇAMOĞLU, Ersin, “Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Emredici Niteliği”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 289-307. (Atıf şekli: Emredicilik)

ÇEKER, Mustafa, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Münasebetiyle)”, BATİDER, C. XXIII, Sa. 1 (Haziran 2005), s. 61-73.

DERYAL, Yahya, “Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1994. (Atıf şekli: Kooperatif)

DOĞANAY, İsmail, “Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir?”, BATİDER, C. VIII, Sa. 2 (Aralık 1975), s. 89 vd.

GIRAY, R. Eda, “ Limited Şirketin Haklı Sebepçe Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 195-218.

GÜNDOĞDU, Gökmen, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Tek Kişilik

Anonim Ortaklık ve Tek Kişilik Limited Ortaklık”, İÜHFM, C. LXV, Sa. 1 (2007), s. 223-257.

HELVACI, Mehmet, “İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebepçe Ortaklıktan Çıkma Ve Yargıtay’ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 9, Sa. 1-3 (1995), s. 361-375.

KIYAT, A. Serdar, “Limited Şirketlerde Ortağın Çıkma ve Çıkarılma Hallerinde Ayrılma Payının Hesaplanmasında Son Durum”, Legal Hukuk Dergisi. C. 5, Sa. 60 (Aralık 2007), s. 3815-3820.

MOUSTAKİ Guy / ENGAMMARE Valérie, Avrupa Birliği Şirketler Hukuku, SEZGİN HUYSAL, Ayşegül (Çev.), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, Sa. 1-2, s. 253-275.

NERAD, Hasan, “Limited Şirketlerin Geleceği Üzerine Bir Deneme”, İrfan Baştuğ’un Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 7, 2005, s. 223-237.

OKAN, Neval, “Avrupa Birliği’nde Birleşik Krallık, İrlanda, Belçika ve İspanya Hukuklarında Tek Üyeli Özel Limited Ortaklıklar (Single-Member Private Limited Companies) ”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ocak 2002, s. 514-525.

OKAN, Neval, “Türk Hukukunda Ticaret Ortaklıklarında Ortak Sayısının Bire Düşmesi ve Sonuçları”, <http://www.eskisehirbarosu.org.tr/1.doc>.

PEKDİNÇER, R. Tamer, “İki Ortaklı Limited Şirketlerde Ortaklardan Birinin Haklı Sebeplere Dayanarak Mahkeme Kararı İle Çıkma İstemi Ve Bu İsteme Yüksek Mahkemenin Yaklaşımı”, Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 461-469.

SELEKLER, Ferit, “Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması”, İÜHFM, (Ord. Prof. Ernst E. Hirsch’e Armağan Özel Sayı), C. XLII, Sa. 1-4 (1977), s. 437-472.

TEKİNALP, Ünal, “Limited Ortaklık”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu. İÜHF Yayınları, İstanbul 1997, s. 212-219. (Atıf şekli: Limited Ortaklık)

TEOMAN, Ömer, “Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi”, İkt-Mal., C. XXI, Sa. 4, s. 147-151.

ÜÇİŞİK, Güzin, “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması”, Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 189-207.

YANLI, Veliye, “Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’a Armağan

Cilt I, BETA Yayınları, İstanbul 2003, s. 673-693.

Diğer Yayınlar :

T.C. Adalet Bakanlığı 17 Şubat 2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara Açık Cezaevi, Ankara 2005.

KAZANCI BİLİŞİM, www.kazanci.com.tr

TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ, www.tobb.org.tr

Ekonomi - Maliye

KURALLARA DAYALI MALİYE POLİTİKASI

*Doç. Dr. Habib YILDIZ**

I.GİRİŞ

Maliye politikalarının yürütülmesinde başlıca iki yöntem sözkonusudur. Bunlardan ilki Keynesyen düşünceye dayanan “ihtiyari maliye politikası” olup 1930’lu yıllardan itibaren kendine geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Ancak 1970’li yıllardan itibaren bu politika, ekonomik, politik ve fikirselle alanda yaşanan gelişmelere yeterince cevap veremediği gerekçesiyle çeşitli şekillerde eleştiriye maruz kalmıştır. İkinci yaklaşım ise özü itibarıyla neoklasik liberal düşünceye dayanan, “kurallara dayalı maliye politikası”dır. Bu politika ise daha çok 1970’li yılların sonunda, monetarist görüşlerin savunulmaya başlanmasıyla birlikte tartışılmaya başlanmış ve 1990’lı yıllardan itibaren de birçok ülkede kamu maliyesine ilişkin belirli ve sınırlarıncı kurallar şeklinde uygulanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmanın amacı son dönemlerde maliye politikaları alanında üzerinde çok fazla tartışılan mali kuralları teorik olarak incelemek ve çeşitli ülkelerde uygulanış biçimlerini irdelemektir. Bu doğrultuda hazırlanan çalışma üç bölümden oluşturulmuştur. Birinci bölümde kuralla dayalı maliye politikasının ana unsurları ortaya konulmuştur. İkinci bölümde son dönemde birçok ülkede tartışılan ve uygulanan mali kurallara ilişkin gelinen nokta ve yapılan çalışmalar ele alınmıştır. Son bölümde ise ülkemizde uygulanmaya çalışılan sayısal ve sayısal olmayan mali kurallar incelenmiştir.

II. KURALLARA DAYALI MALİYE POLİTİKASININ GENEL ÇERÇEVESİ

A. Mali Kural Kavramı ve Özellikleri

Son dönemlerde kendine yoğun bir tartışma alanı bulan mali kurallara ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Buna göre; mali kural, bütçe dengesi, devlet borçları, kamu harcamaları ve vergi oranları gibi maliye politikası göstergeleri üzerine sınır koyan kısıtlama ve düzenlemelerdir (Pınar, 2010; 156). Başka bir tanımda göre de mali kural, esas itibarıyla, kamu maliyesinde istikrar sağlayacak maliye politikalarının, belirlenen esneklik marjları içinde, sınırlarını çizecek bir çerçeveye kamu yönetiminince bağlılık taahhüdünde

* Sakarya Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü.

bulunulmasıdır (Nas, 2010:5). Benzer bir tanıma göre ise mali kural, bütçe dengesi, borçlanma, harcama veya vergileme gibi mali bir göstergeye özel bir limit koyan maliye politikası üzerindeki yasal veya anayasal sınırlamalardır. Başka bir deyişle, mali kurallar hükümetin politika seçeneklerine bağlayıcı bir kısıt veya sınırlama getiren düzenlemelerdir. Kısaca mali kural, maliye politikası araçları üzerinde yasal bir temele dayandırılmış sınırlamalardır (Günaydın ve Diğ., 2009: 55). Mali kurallar, kamu maliyesi büyüklüklerine ilişkin rakamsal hedefler şeklinde belirlenebileceği gibi, bu büyüklüklerin GSYH'ye oranı şeklinde de kurgulanabilmektedir (Kesik ve Diğ., 2010: 47).

Mali kurallar, ister gelişmiş ülke olsun ister gelişmekte olan ülke olsun her ülkenin ekonomik koşullarına göre farklı bir kapsamda ve farklı amaçlarla uygulamaya konmaktadır. Ortaya konan çerçeve, çoğu zaman birkaç yıllık bir dönem için geçerli olarak tasarlandığından ya hükümet programına konulmakta ya da genellikle yapıldığı gibi yasal bir düzenlemeye konu edilmektedir. Nitekim başta Almayan olmak üzere birçok ülke, mali kuralların değişmez bir ulusal politika haline gelmesi için anayasada düzenlemeler yapmıştır (Nas, 2010:5).

Mali kurallar alanında yapılan birçok çalışmadan ortaya çıkan ortak sonuca göre oluşturulacak mali kuralların yapısında bir takım özellikler barındırması gerekmektedir. Bu özelliklerden ilki mali kuralların yasal altyapısının oluşturulmasına dairdir (Dede, 2010: 28). Bu doğrultuda yapılan çalışmalarda öncelikle kuralların yer aldığı anayasal çatı iyi oluşturulmalıdır. Ardından kurallara ilişkin istisnalar mümkün olduğunca az ve iyi belirlenmeli, politikacıların partizanca davranışları önlenmeli ve ani şoklara karşı alınacak tedbirler açıkça ortaya konulmalıdır (Günaydın ve Diğ., 2009: 57-58).

Mali kuralların yapısında barındırması gereken ikinci özellik, operasyonel yönlerine dairdir. Operasyonel özelliklerden kastedilen ise mali kuralların iyi tanımlanmış, şeffaf, uygun, tutarlı, basit, esnek, uygulanabilir ve etkin olmasıdır (Günaydın ve Diğ., 2009: 57-58). Buna göre mali kuralın tanımı yeterince açık ve net olarak yapılmalı; hedefi tam olarak belirlenen kurallar yeterince şeffaf olmalı; akılda şüphe uyandıracak istisnalara sahip olmamalı; ihtiyari politikaları savunanları haksız bırakacak kadar da esnekliğe sahip olmalı ve son olarak da, sonuçlar hedeflerle karşılaştırılınca kolaylıkla ölçülebilir olmalıdır (Dede, 2010: 29).

Benzer şekilde Kopits ve Symansky (1998) tarafından yapılan çalışmada ideal olarak tanımlanacak bir mali kuralın yapısında bulunması gereken temel özellik birkaç başlıkta toplanmıştır. Buna göre mali kurallar;

- i. Belirsizliklere yer verilmeyecek şekilde iyi tanımlanmalıdır
- ii. Uygulamada saydamlığın oluşturulmansa özen gösterilmelidir
- iii. Basit ve anlaşılır olmalıdır
- iv. Esnek olmalıdır
- v. Güvenilir olmalıdır
- vi. Ulaşılmak istenen hedeflerle uyumlu olmalıdır
- vii. Diğer politikalarla uyumlu olmalıdır
- viii. Yapısal reformları destekleyici nitelikte olmalıdır

B. Mali Kuralların Ortaya Çıkış Nedenleri ve Gelişimi

Mali kurallara yönelik teorik çalışmalar veya tartışmalar 19. yüzyılın ortalarına kadar uzanmaktadır. Ancak mali kuralların en fazla ilgi çektiği ve üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı dönem 1970'li yıllar olmuştur (Kopits ve Diğ., 1998). Özellikle 1970'li yıllarda Keynesyen mali yaklaşımın, henüz ortaya çıkan stagflasyon olgusunun çözümünde yetersiz kalması; hızla artan borç stokları ve krizler, mali yapının sürdürülebilirliğine ilişkin endişelerin hızla artmaya başlaması, bu endişeleri bertaraf etmek ve mali sürdürülebilirliği sağlamak amacıyla alternatif politika önerileri sunan yeni mali yaklaşımların geliştirilmesine zemin hazırlamıştır. Nitekim iradi maliye politikalarına karşı mali kural uygulamaları da daha çok bu süreçte gündeme gelmiştir (Kaya, 2009: 4).

Öte yandan İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden 1940'lı ve 1950'li yıllarda kamu tercihi teorisinin ortaya çıkması ve ardından 1970'li yılların sonunda Anayasal İktisadın bir disiplin olarak doğuşu ve önem kazanması, bir taraftan devletin işlevlerinin ve iradi maliye politikalarının etkinliğinin ciddi bir şekilde sorgulanmasına neden olurken, diğer taraftan da mali kurallara ilginin artmasına neden olmuştur. Nitekim Amerikalı iktisatçı James M. Buchanan, siyasal karar alma sürecinin seçmen, politikacı ve bürokratların yer aldığı bir oyun olduğunu, son iki grupta yer alan oyuncuların da en az toplumdaki bireyler kadar fayda maksimizasyonunu amaçlayabileceklerini ortaya koymuştur. Buchanan'a göre; iradi politikaların yol açtığı ahlaki ve ekonomik çöküntünün önlenmesi için anayasal düzeyde politik hayata yönelik düzenlemelerin yanısıra ekonomik sınırlamalar getirilmelidir (Aktan, 2010b: 41-43).

Yine bu dönem arz yönlü iktisat yaklaşımını savunan iktisatçıların kamu kesiminin ekonomideki göreceli ağırlığının azaltılmasına yönelik görüşleri, bu doğrultuda vergi oranlarının aşağıya çekilmesi görüşü, kurallı maliye politikası fikrini destekler mahiyette olmuştur.

Benzer şekilde bu dönem neoklasik iktisadın, klasik iktisadın açıklayamadığı bazı olayları bekleyişlerle açıklamaya çalışması, iradi maliye politikalarının neden yeterince başarılı olamayacağını ortaya koymuştur. Buna göre, karar alıcılar bazı beklentilerle hareket etmektedir. Örneğin para arzı artınca, ilk etapta, gelirleri artan kişilerin mal ve hizmetlere yönelik talepleri de artmaktadır. Ancak kısa dönemde bireyler bu yanılgıya kapılırlar da, uzun dönemde para arzındaki artışın etkisiyle artan mal ve hizmet talebi, mal ve hizmet arzını aşarak fiyatlar genel düzeyinde yukarı yönlü bir harekete neden olmakta ve fiyat artışları yüksek ücret taleplerini de beraberinde getirerek, uygulanan iradi müdahalenin etkisiz olmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla neoklasik iktisata göre; kısa dönemde ortaya konulan iradi politikanın etkisi uzun dönemde ortadan kalkmakta ve sonuç olarak, devletin ekonomiye müdahalesi herhangi bir sonuç doğurmamaktadır (Kaya, 2009: 6).

Mali kuralların gelişimi uygulamada ise üç döneme ayrılmaktadır. Birinci dönem, 19. yy'ın ortalarından itibaren ABD'deki çoğu eyaletlerde ve 1920'li yıllardan itibaren İsviçre'deki çeşitli kantonlarda alt yönetimlerin bağımsız olarak altın kuralı kabul etmeleridir. Altın kural, bir anlamda denk bütçenin daha esnek bir şekli olarak yorumlanmakta ve hükümetin sadece yatırımları finanse etmelerine olanak tanıyacak şekilde borçlanmasına izin vermektedir. Bu uygulamalar bütçe dengesini koruyucu ilk mali kurallar olarak kabul edilmektedir (Günaydın ve Diğ., 2009: 53-55).

İkinci dönem, İkinci Dünya Savaşından sonra Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda gibi sanayileşmiş ülkelerin para programlarını içeren istikrar programlarına destek olarak denk bütçe kurallarını getirmeleridir. Bu yıllarda uygulanan kuralların çoğu altın kural niteliğinde olmakla birlikte, bütçe açıklarının merkez bankasından finansmanını yasaklayan ya da sınırlayan türde kurallar da söz konusudur (Karakurt ve Diğ., 2010: 322).

Son dönem ise, Yeni Zelanda'nın 1990'ların başında önce "enflasyon hedeflemesi" ve ardından 1994 yılında "Mali Sorumluluk Kanunu"nu uygulamaya koymasıyla birlikte başlamıştır. Bu dönemde birçok gelişmiş ve gelişmekte olan ülke, mali kuralları uygulamaya koymaya başlamıştır. Nitekim 1990 yılında ABD'de federal seviyede Bütçe Uygulama Kanun ile sayısal kısıtlar ortaya konulmuştur. Benzer şekilde Japonya 1997'de bütçe dengesi için sayısal bir sınır getirirken, Kanada 1991'den, 1996'ya kadar

olan bütün devlet harcamaları için bir sınırlama getirmeyi amaçlayan Federal Harcama Kontrol Kanununu yürürlüğe koymuştur. Aynı dönemlerde özellikle Latin Amerika ülkeleri başta olmak üzere birçok ülke çeşitli sayısal kurallar uygulamaya başlamışlardır. Avrupa'da ise mali kurallar ulusüstü seviyede 1992 yılında Maastricht Anlaşması ile yürürlüğe konulmuştur. Bu kurallar Ekonomik ve Parasal Birliğe (EMU) giriş için sayısal kriter olarak belirlenmiştir. Bu kurallara daha sonra İstikrar ve Büyüme Paketi ile devam edilmiştir (Günaydın ve Diğ., 2009: 53-55).

C. Mali Kuralların Amaçları ve Muhtemel Faydaları

1990'li yıllarda birçok ülkede uygulanmaya başlanan mali kurallar hakkında çeşitli olumlu görüşler ortaya atılmıştır. Bunlar birkaç başlık altında incelenebilir.

a. Makro Ekonomik İstikrarı Sağlamak

Hükümetlerin sorumsuzca kullandıkları vergi, harcama, borçlanma ve para basma yetkileri makro-ekonomik istikrarı bozan en önemli etkenlerin başında gelmektedir. Sınırsızca ve sorumsuzca kullanılan maliye politikası araçları, amacından sapmakta ve makro-ekonomik istikrarı olumsuz yönde etkilemektedir. Oysa iyi tasarlanmış mali kurallar ile maliye politikasının kullanımının belli rasyoneller çerçevesinde sınırlandırılması, politik aktörler için kendi kendini kontrol mekanizması oluşturmasına katkıda bulunarak makro-ekonomik istikrarı olumlu yönde etkilemektedir (Aktan ve Diğ., 2010a: 100). Özellikle bütçe açığı, borçlanma ve harcamaya yönelik sınırlamalar, devletin açık finansmanı için borçlanmasını, Merkez Bankası ya da diğer kaynaklara başvurusunu önleyici etki yapmaktadır. Başka bir ifade ile Merkez Bankasından borçlanmaya getirilen sınırlama, bir taraftan para basmanın enflasyonist etkilerini sınırlarken, diğer taraftan borç stokunun artış hızını yavaşlatmakta ve borç geri ödemeleri sonucu piyasaya girecek ilave satın alma gücü dolayısıyla ortaya çıkabilecek olumsuzlukları azaltmaktadır. Hükümetin tüm yurtiçi kaynaklardan, özellikle de Merkez Bankasından borçlanmasına getirdiği sınırlama ile para yaratılmasının durdurulması, enflasyonist baskıları azaltmakta ve ekonomik istikrarın sağlanmasını kolaylaştırmaktadır (Karakurt ve Diğ., 2010:231). Yine benzer şekilde mali kurallar seçim ekonomisi, kayırmacılık, bürokrasi, politik miyopluk vb. nedenlerden dolayı kamu ekonomisinde oluşan etkinsizlikleri azaltarak, hükümetlerin savurganlığını azaltmakta ve böylece ekonomik krizleri engellemekte veya bu krizlerin şiddetini azaltmaktadır (Dede, 2010; 42)

b. Mali Sürdürülebilirliği Temin Etmek

Mali kuralların faydalı olduğunu savunan maliyecilere göre, maliye politikasındaki sınırlar hükümetlerin aşırı açık vermelerini ve borçlanmanın sürdürülebilir olmaktan çıkmasını engellemektedir (Günaydın ve Eser, 2009: 54). Mali kurallar gelecekteki harcama, bütçe açığı ve borç stokundaki potansiyel artışı sınırlayıcı etki gösterdiğinden hükümetlerin borçlanma ihtiyacını azaltmakta, reel faiz oranlarını aşağıya çekmekte ve hatta özel kesim yatırımlarının dışlanması (crowding out) da önlemektedir. Aksi durumda mali sürdürülemezlik makroekonomik istikrarsızlığa neden olmakta, hükümetlerin maliye politikasını bir politika aracı olarak kullanma yeteneğini zayıflatmaktadır. Zayıf mali sürdürülebilirlik ise hükümetleri zorunlu olarak yüksek risk primiyle borçlanmaya mecbur bırakmaktadır. Bu durum kısa dönemde istikrar için risk oluştururken, uzun dönemde borç sorununu daha da kötüleştirmekte ve kamu finansmanının sürdürülebilirliğini tehdit etmektedir (Aktan ve Diğ., 2010a: 101).

c. Mali Disiplini Sağlamak

Bir ülke ekonomisinde istikrarın sağlanabilmesinde gerekli koşullardan biri mali disiplinin mevcut olmasıdır. Mali disiplin, kamu maliyesinde gelirler ve giderler arasında bir dengenin olması anlamına gelmektedir. Kamu harcamalarının hükümetler tarafından sürekli olarak artırılması, vergileme yetkisinin keyfi ve takdiri olarak kullanılması, iç ve dış borçlanma konusunda sınırlamaların olmaması mali disiplini bozan uygulamalardır. Bunun sonucunda ülkede bir taraftan vergi ve borç yükü artmakta diğer taraftan da toplam tasarruflar, yatırımlar ve çalışma gayreti olumsuz etkilenmektedir. Bu gelişmeler ise uzun vadede vergi kaçakçılığı ve kayıt dışı ekonomiyi arttırmakta, toplam borç yükünü çoğaltmakta ve ekonomik büyümeyi olumsuz yönde etkilemektedir (Aktan ve Diğ., 2010a: 101).

Mali kuralların başka bir faydası ise, politikadaki sınırlar maliye politikasının kendisinin makroekonomik oynaklığın bir kaynağı olması ihtimalini engellemekte veya en azından azaltmaktadır. Böylece mali kurallar mali disiplini güçlendirici etki yapmaktadır. Mali kuralların kullanılması genellikle mali performansın güçlendirilmesi ile ilişkilendirilmektedir. Mali kuralların varlığı ve mali performansın iyileşmesi durumunda hükümetlerin genellikle mali dürüstlüğe doğru bir tutum değişikliği içine girdikleri ifade edilmektedir (Günaydın ve Diğ., 2009: 54).

Mali kurallar, daha önce açıklanan politikalarından vazgeçilmesini, politikacıların oy maksimizasyonu amacıyla seçim ekonomisi uygulamak suretiyle mali açıkları artırma davranışını ve maliye politikası uygulamasında oluşacak gecikmeleri önlemektedir. Gerçekten de birçok

ülkede mali kuralın uygulanmasının altında yatan temel neden, bugünkü ve gelecekteki hükümetlerin disiplinli maliye politikası önlemlerini uygulamaya istekli olmamalarıdır. Bunun sonucunda ise, çoğu zaman bütçe açıkları ortaya çıkmaktadır. Politika yapıcıları yol açtıkları mali sorumsuzluklarından dolayı da çoğu zaman cezalandırılmamaktadır. Mali kuralların bu tür sorumsuzlukları sınırlayabileceği mümkün gözüktüğü için yararlı olacağı savunulmaktadır. Başka bir ifade ile mali kurallar hükümetin uyguladığı mali politikaların kredibilitelerini artırarak mali konsolidasyona yardımcı olmaktadır (Karakurt ve Diğ., 2010:231).

Öte yandan iyi tasarlanmış mali kurallar, mali yük ve faydaların nesiller arası dengeli dağılımına olanak sağlamaktadır. Şöyle ki; kurallı maliye politikaları ile vergi yükünü kamu harcamalarının marjinal faydasına eşitliği sağlanabilirse, bir taraftan ekonomik etkinliğin sağlanması ve diğer taraftan da kamu harcamalarının tahsisinde etkinliğin sağlanması mümkün olmaktadır (Günay, 2007:90-91).

c) Kamu Kesiminin Aşırı Büyümesini Önlemek

20. yüzyılda yaşanan ekonomik krizler, sıcak ve soğuk savaşlar kamu kesiminin sürekli olarak genişlemesine yol açmıştır. Kamu kesiminin büyümesi ile beraber, devlet örgütlenmesinin bütün seviyelerinde daha fazla ve yüksek oranda vergiler ortaya çıkmış, kamu gelir ve giderleri arasındaki dengesizlik artmış, bunun sonucunda mali istikrarsızlık, borçlanma ihtiyacının artması gibi ekonomik sonuçlar görülmeye başlanmıştır. Ayrıca rüşvet, zimmet, rant kollama gibi siyasal sonuçlar da ortaya çıkmıştır. Kamu kesiminin genişlemesi için toplanan yüksek oranlı vergiler, büyüme için gerekli olan sermayenin zarar görmesi sürecini işletmiştir. İşte mali kurallarla oluşturulmaya çalışılan vergi ve harcama sınırlamaları, bu açıdan sürekli genişleme ve büyüme eğiliminde olan kamu kesiminin kontrol altına alınmasında bir araç olarak düşünülmektedir (Aktan, ve Diğ., 2010a: 101)

D. Mali Kurallara Yönelik Eleştiriler

Mali kural uygulamaları gün geçtikçe yaygınlık kazansa da ihtiyari maliye politikası taraftarları kendi görüşlerini savunmakta ve kurallara dayalı maliye politikasına eleştiri getirmektedir.

a. İkinci En İyi Olarak Görülmesi

Mali kuralları eleştiren maliyecilere göre; kurala dayalı maliye politikası ancak ikinci en iyi olabilir. Başka bir ifade ile ihtiyari maliye politikası, kısa vadede işsizlik ve dış kaynaklı sorunların çözümünde daha etkili ve esnek bir yoldur ve yanlış politika uygulayan hükümetler zaten piyasa tarafından cezalandırmakta ve sonrasında gerekli düzeltici önlemleri almaktadır. Bu argümanı savunanlara göre; mali kuralların siyasi irade olmaksızın başarılı

olamayacağı, gereksiz bürokratik işlemlere neden olacağı, kısa vadede etkili politika olmadıkları, bu tip kuralların Avrupa Birliği gibi ulusüstü veya Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi uluslararası bir kurum tarafından önerilip denetlenmemesi halinde hükümetler için bağlayıcılığının olmayacağı ve seçimle işbaşına gelen temsilcilerin serbestçe politika belirleme hakkını sınırlandıracağı iddia edilmektedir (Günaydın ve Diğ., 2009: 54).

b. Optimal Olmayan Çözümlere Yol Açması

Mali kurallara yapılan eleştirilerden bir diğeri, optimal olmayan çözümlere yol açabileceği şeklindedir. Bu düşüncenin altında yatan temel fikir ise, finansal piyasaların yanlış mali davranışları sınırlayacağıdır. Yüksek açıklar faiz oranlarının artmasına yol açarak, kamu kesimi üzerinde bir baskı oluşturmaktadır. Ancak, bu sürecin işleyebilmesi için piyasaların zamanında tepki göstermesi ve kamu kesiminin onların sinyallerine bir an evvel cevap verebilmesi gerekmektedir. Bu da piyasaların yeterli bilgiye sahip olmasını gerektirmektedir. Bu sistem bazı federal ülkelerde işler gibi görülmektedir. Fakat sistem sık sık yeni düzenlemelerle iyileştirmeye çalışılmaktadır. Üstelik, piyasa temelli disiplinin Avrupa Birliği bağlamında etkililiği pek çok Birlik ülkesinin geçmiş kötü mali sicili dolayısıyla sorgulanmaktadır (Karakurt ve Diğ., 2010:231).

c. Esnek Olmaması ve Dış Şoklara Cevap Vermede Yetersiz Kalması

Mali kuralları eleştirenlerin diğeri bir argümanı, maliye politikası konjonktür dalgalanmalarını kontrol etmek için güçlü bir araçtır ve maliye politikası yerine kuralların uygulanması hükümetin elini bağlayarak konjonktür dalgalanmalarında bir artışa neden olacaktır. Başka bir ifade ile ani tedbirlerin alınması gerektiği kriz dönemlerinde yasal olarak belirlenmiş bir kurala uyma zorunluluğu, maliye politikasından o dönemde faydalanmayı önleyecektir. Bu durum mali kurallara yönelik en önemli eleştiri olarak kabul edilmektedir (Günaydın ve Diğ., 2009: 54).

d. Muhasebe Hilelerini Artırması

Mali kurallara yönelik bir başka eleştiri, mali kuralların varlığı halinde yaratıcı muhasebe hilelerine başvurma artacağı yönündedir. Örneğin yatırım harcamalarının finansmanı için borçlanmaya onay veren bir mali kuralda hükümetlerce cari harcamaların yatırım harcaması kategorisine konulmaya çalışılması söz konusu olabilir (Karakurt ve Diğ., 2010:231). Başka bir ifade ile mali kurallar konulsa bile, konulan bu kurallar siyasi irade tarafından benimsenmezse, başarı şansı düşük olacaktır. Nitekim siyasiler, yaratıcı muhasebe tekniklerini kullanarak, harcama ve gelirleri olduğundan farklı gösterebilir ve gerçek durumu kamuoyuna farklı şekilde yansıtılabilir (Dede, 2010: 43).

e. Kamu Yatırımlarını Azaltması

Mali kurallara yönelik bir başka eleştiriye göre de, kamu kesimi borçlanma gereksiniminin düşürülmesini öngören mali kurallar, kamu yatırımlarını azaltıcı etki yapabilir ve ülkenin üretim açığının oluşmasına neden olabilir (Dede, 2010: 43).

f. Ortak Kuralların Belirlenmesinin Zorluğu

Mali kurallara ilişkin olarak literatürde belirlenecek bir optimum düzeyin olmaması nedeniyle, her ülkeye standart bir mali kuralın uygulanması, ülkelerin gerçekleriyle örtüşmeyen kuralların konulmasına neden olacaktır. Her ülkenin makroekonomik ve demografik yapısı farklı olduğundan ülkelerin kendine özgü bir mali kural tasarlaması ve uygulaması gerekmektedir. Öte yandan siyasetten bağımsız bir maliye politikasının tartışmaya açık ciddi handikapları da vardır. Bu bağımsızlık bürokrasiye daha çok yetki verilmesi anlamına gelmektedir. Üst düzey bürokratlar da hükümet tarafından atandığına göre, bu bağımsızlığın nasıl sağlanacağına ilişkin tartışmalar gündeme gelmektedir (Pınar, 2010: 167).

g. Denk Bütçenin Her zaman Gerekli Olmaması

Mali kuralları eleştirenler bazı maliyecilere göre, büyüyen bir açık ekonomi için analitik olarak denk bütçeyi zorunlu hale getirecek herhangi bir neden yoktur. Liberal ekonomilerde, devletin rolünün mümkün olduğunca minimum olması gerektiği savunulmakla beraber, harcama/milli gelir oranının belirli bir değer olup olmayacağı konusu açık değildir. Bir oran belirlemek politikacılar üzerinde dışsal bir disiplin dayatmak açısından anlamlı olabilir. Ancak bunun mali disiplini sağlamanın en iyi yolu olduğu hususu tartışmalıdır. Başka bir ifade ile mali kuralla ulaşılmak istenen amaç, disiplini sağlamaksa kamu harcaması/milli gelir oranının sabitlenmesinin meşrulaştırılması yerine, "disiplin" kavramının ve kurallarının oluşturulması daha anlamlı olacaktır (Pınar, 2010: 167).

Özetle maliye politikası kuralları politikacıların keyfi tutumlarını önlemek amacıyla taraftar toplarken, konjonktür dalgalanmalarını artırıcı etkisi nedeniyle de eleştiri almaktadır (Günaydın ve Diğ., 2009: 54).

E. Mali Kuralın Yasal Dayanakları

Mali kuralların yasal dayanakları çeşitli şekillerde olabilmektedir. Uygulamada mali kuralların, anayasada, yasalarda, çeşitli hukuki düzenlemelerde (örneğin bütçe planları, ve orta vadeli planlarda), uluslararası anlaşmalarda veya politika kurallarında yapılan düzenlemelerle oluşturulduğu görülmektedir. Bu yasal dayanaklardan hangisinin tercih edileceği ise çoğunlukla ülkelerin geleneklerine ve yasal teamüllerine bağlı

olmaktadır. Nitekim mali kurallara ilişkin düzenlemeler ABD, Almanya, İsviçre ve Polonya'da anayasada düzenlenmişken, İngiltere, Yeni Zelanda, İspanya, İsveç ve Kanada gibi pek çok gelişmiş ülke ile Peru, Kolombiya, Arjantin ve Brezilya gibi Latin Amerika ülkelerinde yasalarda düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nde ise Avro alanına dahil ülkeler için, Maastricht kriterleri ve İstikrar ve Büyüme Pakti gibi uluslararası anlaşma kuralları oluşturulmuştur. Japonya'da hükümet kararı, Norveç'te tüzük, Hollanda ve Endonezya'da siyasi karar ve rehberler mali kuralların yasal dayanağını oluşturmaktadır (Dede, 2010; 24).

F. Mali Kuralın Çeşitleri

Mali kurallar birkaç şekilde sınıflandırılabilir. Öncelikle mali kurallar, sınırlamanın derecesine göre katı veya esnek kurallar şeklinde sınıflandırılabilir. Eğer, bir hükümet ekonomik koşullar ve siyasi tercihleri değiştiğinde mali kurallarda dilediği değişikliği yapabiliyorsa kurallar esnek, yapamıyorsa katıdır. İkinci olarak, mali kurallar sınırlanan maliye politikası araçları dikkate alarak da sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmaya göre de mali kurallar bütçe dengesi, bütçe açığı, borçlanma ile borç stokuna, harcamalara ve gelirlere ilişkin kurallar şeklinde gruplandırılabilir (Günay, 2007: 105). Literatürde daha çok bu ikinci grup sınıflandırmaya üzerinde tartışmalar yapıldığı için burada bu mali kuralların içeriği ele alınmaktadır.

1. Bütçeye İlişkin Mali Kurallar

Bütçeye ilişkin sınırlandırmalar, ülkelerin mali gereksinimlerine göre farklılıklar göstermektedir. Ancak en fazla benimsenmiş olan bütçe kuralları; denk bütçe kuralı, sürdürülebilir bütçe açığı, altın kural ve bütçe fazlası kuralları olarak ifade edilebilir (Dede, 2010: 34).

i. Uygulamada en fazla bilinen bütçe kuralı, kamu harcamaları ile kamu gelirlerinin toplamda eşit olması zorunluluğunu getiren "denk bütçe kuralı"dır. Denk bütçe kuralı esas olarak, bütçenin tüm gelir ve giderlerinin denk olmasını ifade eder. Bunun içinde bütçede borçlanmaya izin verilmemesi gerekir. Denk bütçe kuralı uygulamada, cari gelir cari gider dengesine ilişkin kurallar olabildiği gibi, yapısal bütçe dengesine ya da yapısal bütçe açığının GSYH oranına ilişkin kurallar da söz konusu olabilmektedir. Ancak kuralın bazı biçimlerinde "altın kural" olarak da adlandırılan gelirlerle tüketim harcamalarının eşit olması, yani borçlanmaya sadece yatırım harcamalarının finansmanı için izin verilmesi mümkündür (Karakurt ve Diğ., 2010: 328)

ii. Bütçeye ilişkin ikinci kural bütçe açığını sınırlandıran kısıtlardır. Bu kurallar genellikle yıllık bütçe açığı üzerine getirilen sayısal kısıtlamalar şeklindedir. Dönemsel dalgalanmalar nedeniyle bütün ekonomilerde

genişleme ve daralma dönemleri yaşanabilir. Dolayısıyla bütçenin her yıl denk olarak hazırlanması mümkün olmayabilir. Böyle durumlar için denk bütçe yerine bütçe açığını sınırlandıran kısıtların konulması sözkonusu olmaktadır. Bu kısıt, çoğu zaman bütçe açığının GSYİH'ya oranını sınırlandırılması şeklinde olmaktadır. Bu kural ekonomik gerçeklere daha da uygun görülmektedir. Dolayısıyla yapısal ya da dönemsel olarak uyarlanmış açığın GSYİH'ya oranı üzerine konulmuş bir kısıt biçiminde uygulanması da sözkonusu olabilmektedir (Pınar, 2010: 158).

iii. iii. Bütçeye ilişkin üçüncü kural faiz dışı fazla hedefine ilişkindir. Uygulamada faiz harcamalarının dışarıda bırakılmasıyla elde edilen faiz dışı denge için belirli bir hedef konulmaktadır. Bu hedef çoğunlukla faiz dışı fazlanın GSYH'ye oranı olarak belirlenirken, faiz dışı harcamalar ve toplam gelirler arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır (Dede, 2010: 35).

iv. iv. Bütçeye ilişkin bir başka kural da, açık düzeyine ulaşılrken, potansiyel büyüme üzerinde etkili olan bazı cari nitelikli harcama kalemlerinin kapsam dışında bırakılmasına ilişkindir. Özellikle eğitim, sağlık ve araştırma-geliştirme harcamaları gibi maliye literatüründe yatırım carisi olarak kabul edilen kalemler bu kapsamda değerlendirilebilir. Böylelikle, toplam gelirler ile büyüme üzerinde stratejik öneme sahip olan kalemler dışındaki harcamalar arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır (Kaya, 2009: 19-20).

2. Borçlanmaya ve Borç Stokuna İlişkin Kurallar

Mali kurallar içerisinde en önemlilerinden biri olan borçlanma ve borç stokuna ilişkin kurallar, çoğu zaman kamu borç stokunun GSYİH'ya oranı şeklinde belli bir sınır veya hedef şeklinde belirlenmektedir. Böylelikle kamu kurumlarının borçlanmasına yönelik belirli bir endeksleme ile bir üst limit konulmaktadır (Günay, 2007:105). En eski ve fonksiyonel mali kural olan devlet borçlarına getirilen sınırlandırmalar önceden belirlenen borç hedefine yaklaşmayı sağlama anlamında en etkili kuraldır. Bu kuralın en önemli yararı, doğrudan borçların sürdürülebilirliğiyle mücadele etmede başarıyı sağlamasıdır (Dede, 2010: 36). Borçlanma ve borç stokuna ilişkin kurallar da birkaç şekilde olabilir. Buna göre (Şen, 2010);

i. Yurtiçi kaynaklardan borçlanmada belirli sınırlamalar konulabilir. Bu doğrultuda nominal bazda ya da hasılanın belli bir oranı şeklinde toplam borçlanma limitleri belirlenebilir.

ii. Borç stoku seviyesine ilişkin sınırlamalar da getirilebilir. Bu seviye nominal olarak belirlenebileceği gibi gelirlere ya da hasılaya oran olarak da tasarlanabilir.

iii. Borçlanma parlamentonun belirli oranda bir çoğunluğunun kararıyla gerçekleştirilebilir.

iv. Hükümetin Merkez Bankası kaynaklarından borçlanması üzerine sınırlamalar getirilebilir. Hazine yönetiminin merkez bankasından kısa vadeli avans alımı tamamen ortadan kaldırılabilir ya da sınırlandırılabilir. Kısa vadeli avansların, toplam kamu harcamalarının belirli bir yüzdesini aşamayacağı ve yıl içinde merkez bankasına geri ödenmesi şartı kural olarak düzenlenebilir.

v. Hazine garantilerine sınırlama getirilebilir.

vi. Yerel yönetimlerin borçlanma yetkisi ve sınırları anayasada veya kanunlarda açık olarak belirlenebilir. Ülkemizde olduğu gibi birçok ülkede yerel yönetimlerin yurtdışı kaynaklardan borçlanması izne bağlanarak veya gelirlere göre gider tahsisi gibi yollar kullanılarak borçlanma kapasitesi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

3. Harcamalara İlişkin Kurallar

Mali kurallardan bir diğeri harcamalara ilişkindir. Bu tür kuralların temel amacı, kamu harcamalarının kontrolünü geliştirerek mali disiplini sağlamak ve sürdürmektir. Bu kurallar ile çoğu zaman kamu kesiminin ekonomideki payının büyümesi önlenmeye çalışılmaktadır (Karakurt ve Diğ., 2010: 328). Harcamalara ilişkin kurallar birkaç değişik şekilde belirlenebilir. Buna göre (Dede, 2010: 38-39);

i. Toplam kamu harcamaları yükü miktar olarak anayasa ve/veya yasal kurullarla sınırlandırılabilir. Öncelikle harcama kuralları, nominal veya reel harcamaların büyüme oranına sınırlama getirilmesi olabileceği gibi bu tür harcamalara üst sınır belirlenmesi şeklinde de olabilir.

ii. Toplam kamu harcamaları denk bütçe kuralı ile sınırlandırılabilir. Dolayısıyla denk bütçe kuralı ile herhangi bir oransal sınırlama getirilmeksizin harcama yetkisi otomatik olarak sınırlandırılabilir. Harcama artışları söz konusu harcamaya kaynak teşkil edecek gelir artışlarıyla sınırlandırılabilir.

iii. Potansiyel büyüme üzerinde olumlu bir etkisi bulunmayan verimsiz harcamalar diğer harcamalardan bağımsız olarak sınırlandırılabilir. Son olarak devletin görev ve fonksiyonlarının anayasada açık bir şekilde belirlenmesi de etkin bir şekilde kamu harcamalarını sınırlandırıcı etki yapabilir.

4. Vergilere/Gelirlere İlişkin Kurallar

Gelire ilişkin mali kurallar, genellikle elde edilen gelirleri ve/veya aşırı vergi yükünü önlemeyi amaçlayan kısıtlardır. Gelirler üzerine tavan veya taban getirilmesi esasına dayanan bu kurallar çoğu zaman vergi gelirlerinin veya toplam vergi yükünün GSYH'nin belirli bir oranı ile sınırlandırılmasını öngörür (Karakurt ve Diğ., 2010: 328). Gelirlere ilişkin kurallar da birkaç şekilde olabilir. Buna göre (Aktan ve Diğ., 2010c: 280);

i. Tahmin edilen düzeyin üzerinde gerçekleşen gelir tahsilatlarından harcama yaratılmayacağına dair kısıtlar getirilebilir. Bu kapsamda elde edilen gelir tahsilatları doğrudan borç stokunun azaltılmasında kullanılabilen gibi ihtiyat fonunda tasarruf amaçlı değerlendirilebilir.

ii. Vergi yükünün artışına ilişkin sınırlamalar getirilebilir.

iii. Vergi harcamalarına, istisna ve muafiyetlere ilişkin sınırlamalar getirilebilir.

iv. Vergileme yetkisi denk bütçe kuralı ile sınırlandırılabilir. Başka bir ifade ile harcamaların ve gelirlerin birbirine denk olması anayasal kural haline getirilebilir.

v. Toplam vergi yükü anayasada belirlenebilir ve bu sınırın aşlamayacağı hüküm altına alınabilir.

vi. Vergi konuları anayasada açık olarak tespit edilebilir ve anayasada belirtilen konular dışında hiçbir şekilde vergi konulamayacağı, tarh ve tahsil edilemeyeceği hüküm altına alınabilir.

III. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE MALİ KURAL UYGULAMALARI

Son zamanlarda gelişmiş ve gelişmekte olan birçok ülke, kısmen birbirine benzeyen kısmen de birbirinden farklı çeşitli maliye politikası kuralları uygulamaya başlamıştır. Mali kurallar konusunda en fazla düzenleme yapan ülkelerin başında Almanya gelmektedir. Almanya, mali kuralların uygulanması konusunda 1969 yılından itibaren düzenleme yapmaya başlamıştır. Bu yıllarda Alman hükümeti öncelikle federal hükümet bütçesinin (özel fonlar ve federal iktisadi teşebbüsler dahil) denk olması esasını zorunlu hale getirmiş ve sadece kamu yatırım harcamaları için borçlanmaya izin veren ve altın kural olarak da bilinen düzenlemeleri anayasal zemine oturtmuştur. Buna göre denk bütçenin sağlanması esas amaç olmakta ve sadece makroekonomik istikrarsızlık ve savaş dönemlerinde bütçe sapmalarına izin verilmektedir (Kennedy ve Diğ., 2001: 7-8). Ancak bu kurallar, bütçe disiplinini sağlamada çok fazla etkili olamamıştır. Başka bir ifade ile yapılan anayasal düzenlemelere rağmen mali kurallar tam anlamıyla uygulanamamış ve sonraki dönemlerde kamu açıkları

ortaya çıkmıştır. Ancak Almanya için asıl bağlayıcı kural, üyesi bulunduğu Birliğin koyduğu Maastricht Anlaşması ve İstikrar ve Büyüme Pakti çerçevesinde yapılan düzenlemeler olmuştur. Birliğin belirlemiş olduğu mali kurallar Alman hükümetinin uyguladığı maliye politikası üzerine önemli kısıtlar getirmiş ve mali disiplinin sağlanması konusunda olumlu katkılar yapmıştır (Bali ve Diğ., 2007: 48).

İngiltere ise mali kurallar konusunda sayısal olmayan uygulamaları tercih eden bir ülke olmuştur. İngiltere’de mali anlamda en önemli düzenlemeler 1998 yılında yapılmıştır. Bu dönemde üç önemli yasa çıkarılmıştır; The Code for Fiscal Stability (Mali İstikrar Yasası), the Finance Act (Finans Kanunu) ve the Bank of England Act (İngiltere Merkez Bankası Kanunu). Bu yasalar ile iki önemli kural oluşturulması hedeflenmiştir. Bunlardan ilki altın kural olarak bilinen, kamu borçlarının sadece yatırım harcamalarının finansmanı için kullanılmasıdır. İkinci kural ise sürdürülebilir yatırım kuralıdır ki, bununla da, kamu kesimi net borç stoku istikrarlı ve ihtiyatlı bir düzeyde tutulmalı amaçlanmıştır. Bu kurala göre Kamu Kesimi Net Borç Stoku/GSYİH oranı yüzde 40’ın altında olmalıdır. Ayrıca bu yasa ile maliye politikasını yönetenlere rehberlik edecek birkaç temel ilke belirlenmiştir. Bu ilkeler; şeffaflık, istikrar, sorumluluk, adalet ve etkinliktir (Bali ve Diğ., 2007: 53).

İsveç’te ise 1996 tarihli Mali Bütçe Yasası’nda önemli mali kısıt ve düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre; parlamento, merkezi hükümetin 27 harcama alanı üzerine üç yıllık bir dönemi kapsayacak şekilde nominal harcama sınırı getirmiştir. Öte yandan Parlamento, her yıl üçüncü yıl için yeni sınırlar belirlemektedir. 1999 yılında yapılan düzenlemelerle mali önlemler daha da sıkılaştırılmış ve geçmiş yıllardan kalan ödeneklerin kullanılması yasaklanmıştır. Bu kurallara uyulmaması durumunda herhangi bir yaptırım öngörülmemesine rağmen İsveç’in, kamu mali yapısının güçlendirilmesi konusunda başarıya ulaştığı söylenebilir (Tanzi ve Schuknecht, 2000: 222).

Mali kuralları uygulayan ülkelerden biri de Amerika Birleşik Devletleridir. Bu ülkede mali kurallarla ilgili yapılan en önemli düzenlemelerden biri 1985 yılında çıkartılan Gramm-Rudman- Hollings Kanunu olmuştur. Bu kanun ile bir taraftan 1985’ten sonraki her mali yıl için maksimum açık miktarının tavanını belirlenirken, diğer taraftan 1991 yılına kadar açığın kapatılması hedeflenmiştir. Bu kanunla belirlenen hedeflere ulaşılması için gerektiğinde bütün kamu harcama programlarını belirli bir yüzde ile kesinti yapılması olanağı getirilmiştir. Ancak buna rağmen hedeflere ulaşılması mümkün olmamış ve bütçe krizi yaşanmıştır. Böyle olunca bu Kanun uygulamadan kaldırılarak yerine Bütçe Uygulama Kanunu getirilmiştir. Bu kanunla birlikte yıllık açık hedefi kaldırılarak, sağlık için

sosyal güvenlik harcamalarının, emekli ve özürlü aylıklarıyla işsizlik ve diğer izin haklarının dışarıda tutulduğu ihtiyari harcamalar için hedef konulmuştur (Günaydın ve Diğ., 2007: 60).

Brezilya ise 2000 yılında çıkardığı Mali Sorumluluk Yasası çıkarmıştır. Bu yasa ile mali kurumlarını güçlendirilmesi ve federal, eyalet ve belediye seviyesinde uygulama ve şeffaflık bağlamında mali planlama için geniş bir çatı oluşturması amaçlanmıştır. Mali Sorumluluk Yasası ile; farklı yönetim kademeleri arasında mali destek anlamına gelen işlemlerin yapılması yasaklanmış, personel harcamalarına sınır getirilmiş, her bir yönetim düzeyinin borçlanabileceği miktar üzerine Senato tarafından belirlenen limitler konulmuş, şeffaflığı ve hesap verebilirliği artıran önlemler alınmış ve kamu görevlileri tarafından yasanın ihlal edilmesi halinde verilecek cezalar belirlenmiştir (Kennedy ve Diğ., 2001: 21).

Arjantin'de 1999 yılında mali alanda düzenlemeler yapılarak Mali Sorumluluk Yasası çıkarılmıştır. Bu yasa bir taraftan bütçe açığı için bir tavan değer konulurken, diğer taraftan da 2003 yılında kadar bütçe açığının aşamalı olarak kapatılması ve bütçe denkliğinin sağlanması hedeflenmiştir. Ayrıca konjonktür dalgalanmalarıyla dış şokların kamu gelirleri üzerindeki yol açtığı olumsuz etkilerin hafifletilmesi için vergi gelirleriyle finanse edilecek Mali İstikrar Fonu'nu kurmuştur. Bunlara ilave olarak yapılan düzenlemeler ile bütçe dışı gelir ve harcama kalemleri yaratılmasını yasaklamış, raporlamaya ilişkin yeni kurallar getirmiş, bütçeyi uygulamaya koyan kamu görevlileri için yasayı ihlal etmeleri halinde gündeme gelecek bir dizi yaptırım öngörülmüştür (Bali ve Diğ., 2007:51).

Avustralya da, sayısal olmayan mali kurallar uygulamayı tercih eden ülkelerden biridir. Avustralya 1998 yılında parlamento tarafından kabul edilen The Charter of Budget Honesty/CBH (Dürüst Bütçe Sözleşmesi) hayata geçirmiştir. Bu sözleşmeye göre, hükümetlerin hazırladıkları yıllık bütçelerde kısa vadeli mali amaçları ve hedefleri yanında orta vadeli mali stratejilerini de belirlemesi; konjonktür devresi boyunca mali dengenin sağlanması; mali disiplini sağlayacak şekilde kamuoyunun izlenen maliye politikasını daha yakından takip etmesini sağlaması; ayrıca kamu otoritelerinden izlemeye niyetli oldukları maliye politikası konusunda daha açık olması şartları getirilmiştir (Tanzi ve Diğ., 2000: 218).

Yeni Zelanda'da mali kural uygulamaları 1984-1990 yılları arasında hazırlanmış ve uygulanmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda; hükümet, kamu sektörünün mikro ekonomik perspektiften yönetim şeklini değiştiren yasalar uygulamaya koymuş; Merkez Bankasının bağımsızlığı kanunla garanti altına alınmış ve parlamento, kamu politikasının makroekonomik açıdan nasıl

yönetildiğini açıklayan bir kanun kabul etmiştir. Ardından 1994 yılında yürürlüğe konulan Mali Sorumluluk Kanunu ile maliye politikasının oluşturulması ve uygulamasıyla ilgili temel ilkeleri oluşturulmuştur. Bu düzenlemede hükümetlerin özellikle düzenli olarak kısa ve uzun vadeli mali hedeflerini açıklaması konusunda yasal zorunluluk getirilmiştir (Şen, 2010);

Japonya’da mali kuralların uygulanmaya başlanması 1947 yılına rastlar. Bu yılda ilk olarak hükümetin kamu borç senetlerini sadece kamu altyapı hizmetlerini karşılamak için çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. 1981 yılında Mali Konsolidasyon Anlaşması yürürlüğe konulmuş ve 1990 yılına kadar mevcut kamu açıklarını finanse etmek, hatta daha ötesinde devlet iç borçlanma senetlerinin çıkarılmaması öncelikle amaçlanmıştır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için bütün kamu birimlerinin bütçe tekliflerinde yüzde sıfır artış limiti getirilmiştir. 1990’ların ortalarından Japon Kabinesi açığın GSYH’nin yüzde 3’ünün altına düşürülmesi ve açık finansmanı için senet çıkarılmaması uygulamasına ileriki birkaç yılda devam edilmemesi kuralını getirmiştir. Yapılan yasal düzenleme ile 2003 yılında genel yönetim borcunun GSYH’ye oranının yüzde 60, ayrıca genel yönetim açığının GSYH’ye oranının yüzde 3 seviyesine veya aşağısına çekilmesi öngörülmüştür (Şen, 2010).

Tek tek ülkeler yanında Avrupa Birliği kapsamında da ortak mali kurallar da oluşturulmaya çalışılmıştır. Avrupa Birliği üyesi ülkeler, 1970 ve 1980’lerde yaşanan ekonomik ve mali sorunlardan hareketle ortak mali kuralların, parasal bir birlik için çok önemli olduğunu kabul etmiş ve 1992 yılında imzalanan Maastricht Anlaşması ve 1997 yılında imzalanan İstikrar ve Büyüme Pakti (İBP) ile bunun yasal zemine oturtmuştur (Aysu, 2010: 217).

Nitekim Avrupa Birliği üyesi ülkelerin parasal birliğe girebilmesi için Maastricht Anlaşması ile bazı mali ve parasal eşikler veya kurallar belirlenmiştir. Bu eşik değerlerden biri bütçe açığı/GSYH’nin %3’den aşağı olması, diğeri ise kamu borcu/GSYH’nin de %60’tan aşağı olmasıdır. Belirlenen eşik değerleri aşan üye ülkelere aşırı açık prosedürü kapsamında nihai olarak parasal yaptırım uygulanmaktadır (Bali ve Diğ., 2007: 97-99).

Avrupa Birliğinde ortak mali kuralların belirlenmesine yönelik diğer anlaşma İstikrar ve Büyüme Paktidir. İstikrar ve Büyüme Pakti ile, ekonomik ve parasal birlik içerisinde ulusal maliye politikalarının koordinasyonunu sağlamaya yönelik kurula dayalı bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmaktadır. 1996 yılında gerçekleştirilen Dublin Zirvesi’nde İstikrar ve Büyüme Pakti’nde Maastricht Anlaşması ile kabul edilen bütçe açığı ve kamu borcuna ilişkin eşik değerler benimsenmekle beraber, bunlara ilave olarak parasal

birlikte yer alan ülkelerde bütçe disiplininin kontrol altına alınmasını amaçlayan bazı temel prensipleri kabul edilmiştir. 2005 yılında İstikrar ve Büyüme Paketi kurallarında değişiklik yapılmıştır (Aysu, 2010: 218):

i. Daha önce belirlenen %3'lük bütçe açığı ve %60'lık borç oranı kriteri aynen korunmuştur. Orta vadede ülkelerin denk bütçeye sahip olması hedeflenmiş, ancak ülkelerin borç seviyeleri, kamu yatırımlarının durumu ve potansiyel büyümeleri, orta vadeli hedefin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması kabul edilmiştir.

ii. Ülkelerin her yıl yapısal bütçe açıklarını GSYİH'nin %0,5'i oranında azaltmaları öngörülmüş, ancak potansiyelin üzerinde ve hızlanan bir büyüme eğilimi bulunduğu, üye ülkelerin o yıl %0,5'ten daha fazla mali disiplin uygulamaları benimsenmiştir. Potansiyelin altında ve yavaşlayarak büyüyenler ise %0,5'ten daha az kısıntı yapılmasına olanak tanımıştır.

iii. Yeni kurallar uyarınca %3 limitini aşan ülkeler, önceden belirlenen şartlar dahilinde cezai mekanizmadan muaf olacaktır.

Avrupa Birliğinde uygulanan ortak mali kuralların yanında tek tek Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanan mali kurallar da mevcuttur. Bunların ayrıntılarına yukarıda değinilmiştir. Avrupa Komisyon tarafından yapıla bir çalışmada 2005 yılı içinde AB üyesi ülkelerde yürürlükte olan 57 adet sayısal mali kuralın olduğunu tespit etmiştir. Türlerine göre dağılımına bakıldığında; Bütçe denklığıne ilişkin 22 kural, kamu borçlanmasına ilişkin 15 kural, kamu harcamalarına ilişkin 15 kural, kamu gelirlerine ilişkin 5 kural olduğu ifade edilmiştir. Avrupa Birliği uygulamasında sayısal mali kuralların üçte birden fazlası (22/57) altın kurallar da dahil olmak üzere bütçe dengesi kurallarıdır. Harcama ve borç kurallarının her biri toplam kuralların yaklaşık yüzde 25'ini oluşturmaktadır (15/57). Gelir kurallarının payı ise yüzde 10'un altındadır (5/57). Bütçe dengesi ve borç kurallarının birçoğu bölge yönetimlerine ve yerel yönetimlere uygulanmaktadır (Bali ve Diğ., 2007: 93).

IV. TÜRKİYE'DE MALİ KURAL UYGULAMALARI

Türkiye'de mali kural uygulamaları iki dönem halinde incelenebilir. Birinci dönem 1994 yılında başlayıp 2008 yılında sona eren ve tamamıyla mali kural niteliğinde olmamakla birlikte maliye politikalarına sınırlamalar getiren düzenlemelerin uygulandığı dönemdir. İkinci dönem ise 2009 yılından itibaren başlayan ve açık mali kurala geçişi amaçlayan bir dönemdir.

A. Türkiye’de Mali Kural Benzeri Uygulamalar

1. IMF ile Yapılan Stand By Anlaşmaları ve Mali Kural Benzeri Düzenlemeler

Türkiye’de kuralı dayalı maliye politikansa benzer uygulamalar IMF ile yapılan stand by anlaşmaları ve istikrar programları ile oluşturulmaya çalışılmıştır. Nitekim bir ülkenin kendini IMF’nin belirlediği kriterler ile sınırlandırması ve bunu yılları aşan uygulamalar şeklinde içselleştirmesi kurallı politikaların uygulandığına dair önemli bir göstere olarak kabul edilmektedir. Türkiye, 1994 yılından itibaren, bazı yıllar ara vermiş olsa bile, genel olarak ekonomi programlarının belirlenmesinde IMF desteği almış ve hatta daha da ötesine geçerek programlarını IMF kontrolü altında idare etmeye çalışmıştır (Karakurt ve Diğ., 2010 247). Özellikle 1999 yılından itibaren IMF ile yapılan 17., 18. ve 19. stand-by anlaşmalarında, genel yönetim faiz dışı fazlası ve borç stoku göstergelerine odaklanılmış ve program sonunda genel olarak öngörülen hedeflere ulaşılmıştır. Ancak 1994 krizi ile başlayan bu süreç 2008 tarihinde sonlanmıştır. Böylece Türkiye 10 yılı aşkın süre IMF gözetiminde uygulanan IMF çıpası ile bir anlamda kurala dayalı ekonomi ve mali politikaları uygulamaya çalışmıştır (Şen, 2010).

IMF ile yapılan stand-by anlaşmalarında belirlenen veya hedeflenen mali kurallardan biri bütçede yüksek oranda faiz dışı fazla vermeyi sağlamaktır. Faiz dışı fazla, piyasa şartları içinde enflasyonun kontrol altına alınması ve borçların sürdürülebilirliğini garanti altına almayı amaçlayan bir maliye politikası aracı olarak kullanılmaktadır. Türkiye IMF’nin kontrolünde oluşturulan programlarda faiz dışı fazla odaklı politikaları kurallara bağlamış ve bu konudaki kararlılığını açıkça ortaya koymuştur (BSB, 2006:36). Nitekim 1997’de sıfır olan faiz dışı bütçe fazlası, 1998’de GSMH’nin %4’üne, 2002’de ise % 6,5’ine çıkarılmıştır. Faiz dışı fazla çıpası, kamu maliyesi politikalarının sıkıştırılması ve hükümetin kendini stand-by düzenlemesi ile taahhüt altına aldığına kanıttır. Kısaca faiz dışı fazla hedeflemesi Türkiye’de uygulana gelen bir mali kural olmuştur.

IMF ile yapılan stand-by anlaşmalarında belirlenen mali kurallardan biri de önceden hedeflenen belli bir enflasyon oranına ulaşmaktır. Başka bir ifade ile enflasyonu kontrol altına almaktır. Nitekim yapılan anlaşma, rapor veya niyet mektuplarında enflasyonla mücadele gerekli görülmüş ve bunun için “Enflasyonla Mücadele Programı” oluşturulmuştur. Program sonunda ise enflasyon oranlarında ciddi düşüşler olmuş ve belirlenen hedeflere önemli ölçüde ulaşılmıştır (Karakurt ve Diğ., 2010:248).

IMF ile yapılan stand-by anlaşmalarında belirlenen veya hedeflenen mali kurallardan biri de bütçe açıklarını azaltmak ve bütçe denkliliğini sağlamaktır. Yüksek enflasyonun ana nedenlerinden birinin bütçe açığı olduğu bilinmektedir. Böyle olunca, ülkede uygulanan iktisat politikalarının başarısında kamu maliyesi alanında yapılacak düzenlemelerin ve dolayısıyla maliye politikalarının büyük önemi vardır (BSB, 2006: 37). Bu dönemde bütçe denkliliğinin sağlanabilmesi veya en azından açıkların azaltılması için bir taraftan kamu gelirlerini arttırıcı diğer taraftan kamu giderlerini azaltıcı politikalar uygulanmaya çalışılmıştır. 2000'li yılların başında faiz ödemelerinin GSMH'ya oranı yüzde 12,3 iken faiz hariç giderlerde yapılan kesintiler, sıkı mali disiplin, siyasi ve ekonomik istikrar, özelleştirme vb. uygulamalar sonucu, faiz oranlarının düşmesinin de etkisiyle, faiz giderleri GSMH'nin %5,2'sine gerilemiştir. Başka bir ifade ile merkezi yönetim bütçe giderlerinin GSMH'ye oranında önemli düşüşler olmuştur (Şen,2010).

Yine benzer şekilde 2006 yılından itibaren sosyal güvenlik kuruluşlarının açıklarına üst sınır çizilmesi sayısal nitelikteki mali kural örneği olarak değerlendirilebilir. 2005 yılında sosyal güvenlik kuruluşlarının açıkları GSMH'nin %4,5'ine ulaşmış ancak bu tarihten sonra bu açıklar aşağı çekilmeye başlanmıştır (Karakurt ve Diğ., 2010:248).

Kamu maliyesinin önemli göstergelerinden biri de AB tanımlı genel borç stokunun GSMH'ya oranıdır. 2000'li yılların başında Türkiye'nin kamu borç stoku GSMH'ya oranı yüzde 90'lara ulaşırken, 2010 yılında bu oran yüzde 40'lar seviyesine düşmüştür.

Özetle Türkiye'nin IMF ile yapmış olduğu anlaşmalar çerçevesinde faiz dışı fazla hedefi, yılları aşan bir maliye politikası kuralı haline getirilmiştir. Yine mali disiplin, bütçe açığını disiplin altına almış, kamunun borçlanma gereksinimini düşürülerek faizlerin aşağı çekilmesinde başarı sağlanmıştır. Mali disiplin ve sıkı para politikası sayesinde yüksek ve kronik enflasyonla başarıyla mücadele edilmiş ve sürdürülebilir bir büyüme ortamının oluşması sağlanmıştır. Başka bir ifade ile IMF ile yapılan stand-by anlaşmaları ile faiz dışı fazla ve sıkı maliye politikası konularında politika sürekliliğinin sağlandığı ve böylelikle kamu mali dengesi dengesinin daha sağlam/istikrarlı bir yapı oluşturulduğu ifade edilebilir (Karakurt ve Diğ., 2010: 250-251).

2. 5018 Sayılı KMYKK ve Mali Kural Benzer Düzenlemeler

Türkiye'da mali kuralların oluşturulmasına yönelik yapılan düzenlemelerden biri de 2006 yılından itibaren tüm unsurlarıyla uygulanmaya başlanan 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu (KMYKK) olmuştur. Bu kanun ile bütçe kapsamı uluslararası sınıflandırmalara uygun bir şekilde genel yönetim kapsamındaki kamu

idareleri olarak belirlenmiş, kamu bütçelerinin hazırlanması, uygulanması ve kontrol işlemlerinin nasıl yapılacağı, mali işlemlerin hangi esaslara dayanılarak muhasebeleştirileceği, raporlanacağı, kamu idarelerinin bütçe dışında gelir elde edemeyeceği ve gider yapamayacağı kurala bağlanmıştır (Şen, 2010). Bu kapsamda, merkezi yönetim bütçe kanunu hazırlama sürecini başlatan ve makro politikalar, ilkeler ve temel ekonomik büyüklükleri içeren Orta Vadeli Program (OVP) ile bütçe gelir-gider tahminlerini ve kamu idarelerinin ödenek teklif tavanlarını içeren Orta Vadeli Mali Planın (OVMP) üç yıllık dönemi kapsayacak şekilde, her yıl hazırlanması önemli bütçe düzenlemelerinden bazılarıdır (Karakurt ve Diğ., 2010 250-251). Başka bir ifade ile yılı ve izleyen iki yılın bütçe açığı ile fazlası tutarının, açığın nasıl kapatılacağı ve fazlanın nasıl kullanılacağı, ayrıca borçlanmanın ve garanti limitlerinin bütçe kanunda gösterilmesine ilişkin şartlar konulması, ödenek aktarmalarının esaslarına ve yedek ödeneklerin yapısına ilişkin çerçevesinin çizilmesi Kanunda yer alan mali kural benzeri düzenlemeler olarak kabul edilmektedir (Şen, 2010). Bu çerçevede, uygulanmaya başlanan çok yıllık bütçeleme sistemi, kamu mali yönetiminde öngörülebilirliğin artırılmasına ve mali saydamlık ilkesinin güçlendirilmesine önemli katkı sağlamıştır. Bu uygulamanın etkinliğini arttırmak için idarelerin stratejik plan hazırlamaları ve performans esaslı bütçeye geçiş yönünde düzenlemeler yapılmıştır (Karakurt ve Diğ., 2010 250-251) Özetle 5018 Sayılı Kanunla yapılan düzenleme ve uygulamalarının kurallı ekonominin alt yapısını sağlam kılmaya yönelik adımlar olduğu ifade edilebilir.

3. Yerel Yönetimlerde Mali Kural Benzeri Düzenlemeler

2005 yılında yürürlüğe giren 5393 Sayılı Belediye Kanunu, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile 4749 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunlarla yerel yönetim kademelerinde uygulanmak üzere tasarlanmış ve iç hukuka aktarılmış mali kurallar oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda oluşturulan mali kurallardan biri sadece yatırım programlarında yer alan projelerinin finansmanı amacıyla dış borçlanma yapabileceğidir. Dış borçlanmanın sadece yatırım programında yer alan projeler için kullanılabileceği hükme bağlanarak sadece dış borçlanma için söz konusu olan bir altın kural benimsenmiştir. Yerel yönetim kademelerinde uygulanmakta olan mali kurallar, daha çok borçlanma ve borç stokunun belirli bir düzeyle sınırlandırılması üzerine yoğunlaşmıştır. Ancak yerel yönetim kademeleri için tasarlanan mali kuralların uygulama ayağının son derece zayıf olduğu söylenebilir (Kaya, 2010: 108)

B. Türkiye’de Açık Mali Kural Uygulamalarına Geçiş

2009 yılı Eylül ayında açıklanan 2010-2012 dönemini kapsayan Orta Vadeli Plana ile ülkemizde mali kural uygulamasına geçileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu kapsamda, mali kurala ilişkin yasal altyapı ile mali kuralın uygulanması, izlenmesi ve kontrolüne ilişkin düzenlemelerin 2010 yılında tamamlanması hedeflenmiştir. Daha sonra belirlenen mali kurallar Mayıs 2010’da kamuoyuna açıklanmış ve “Mali Kural Kanun Tasarısı” olarak TBMM’ye sevk edilmiştir. Tasarının meclisten geçmesi ile birlikte, 2011 yılı mali yılından itibaren ülkemiz kamu mali yönetiminin, belirlenen mali kurallara göre yürütülmesi amaçlanmıştır (Kesik ve Diğ., 2010:51). Ancak Temmuz 2010’da alınan bir kararla açık mali kurala geçiş ertelenmiştir.

Tasarıda tanımlanan mali kural sayısal niteliklidir ve orta-uzun vadede kamu açığının milli gelire oranı şeklindedir (Karakurt ve Diğ., 2010: 337). Mali kural kanun tasarısında kamu açığının uyarlanmasında, bir önceki yıl gerçekleşen açığın orta-uzun vadeli hedefin ne kadar uzağında olduğu ve konjonktürün etkisinin dikkate alınacağı belirtilmiş ve öngörülen mali kural $[sa = -0,33(a(t-1) - 1) - 0,33(b - 5)]$ şeklinde formüle edilmiştir.

sa: Kamu açığındaki değişim

y: Yakınsama hız katsayısı

a(-1): Bir önceki yıl gerçekleşen kamu açığı

a*: Hedef kamu açığı

k: Konjonktür etkiyi yansıtma katsayısı

b: Reel büyüme

b*: Reel büyüme hızının uzun vadeli ortalaması

Yukarıda oluşturulan formüle göre mali kural iki bileşenden oluşmaktadır. Bunlardan birisi bütçe açığıyla ilgili, diğeri ise büyüme hızıyla ilgilidir. Açık etkisi, bir önceki yıl genel yönetim açığının gayri safi yurtiçi hâsilaya oranından, genel yönetim açığının gayrisafi yurtiçi hasılaya oranına ilişkin uzun dönemli hedef olan yüzde 1’in çıkarılması sonucu bulunan değer -0,33 ile çarpılması suretiyle hesaplanmıştır. Konjonktürel etki ise, ilgili yıl reel gayri safi yurt içi hâsıla artış oranından yüzde 5’in çıkarılması sonucu bulunan değer -0,33 ile çarpılması suretiyle hesaplanmıştır.

V. SONUÇ

Ülkelerin ekonomik olarak karşı karşıya kaldıkları aşırı bütçe açıkları, yüksek borç stokları ve siyasi yönden politikacıların keyfi tutumları, kamu mali yönetiminde kurala dayalı mali politikaların uygulanmasını gündeme getirmiştir. Bu sürecin yaşanmasında kamu tercihi teorisinin ortaya atılması ile Avrupa Birliğinde uygulanan Maastricht kriterlerinin ve İstikrar ve Büyüme Paktının da etkisi olmuştur.

Mali kurallar, bütçe dengesi, borçlanma, harcama veya vergileme gibi mali bir göstergeye özel bir limit koyan maliye politikası üzerindeki yasal veya anayasal sınırlamaları ifade etmektedir. 1990'li yıllarda birçok ülkede uygulanmaya başlanan mali kurallar birkaç temel amaca hizmet etmektedir. Bu amaçların başında, makro ekonomik istikrarı sağlamak, mali sürdürülebilirliği temin etmek, mali disiplini sağlamak ve kamu kesiminin aşırı büyümesini önlemek gelmektedir. Ancak mali kurallara önemli eleştiriler de yapılmaktadır. Bunların başında, mali kuralların ikinci en iyi olarak görülmesi, optimal olmayan çözümlere yol açması, esneksiz olması ve dış şoklara cevap vermede yetersiz kalması, muhasebe hilelerini arttırması, kamu yatırımlarını azaltması, ortak kuralların belirlenmesinin zorluğu ve denk bütçenin her zaman gerekli olmaması gibi eleştiriler gelmektedir.

Ancak gelinen noktada mali kuralların olumlu veya olumsuz yönlerinin tartışılmasından ziyade günümüzde uygulanacak olan mali kuralların nasıl en iyi şekilde tanzim edileceği konusu daha fazla önem arz etmektedir. Yapılan birçok çalışmada ortaya çıkan ortak sonuca göre oluşturulacak kuralların bazı temel özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bunların başında mali kuralların; iyi tanımlanmış, şeffaf, basit, çok sık değişmeyen, ancak olağanüstü olaylara ve şartlar ortaya çıktığında yeterince esnek, kalıcı, etkin ve yaptırım gücüne sahip olması gelmektedir.

Gelişmiş ve gelişmekte olan birçok ülke kısmen birbirine benzeyen kısmen de birbirinden farklı çeşitli maliye politikası kuralları uygulamaya başlanmıştır. Mali kurallar konusunda en fazla düzenleme yapan ülkelerin başında Almanya gelmektedir. Bunun yanında İngiltere, İsveç ABD, Brezilya, Arjantin, Avustralya Yeni Zelanda, Japonya vb. birçok ülke mali kural uygulamaya çalışan ülkelerden bazılarıdır. Tek tek ülkeler yanında Avrupa Birliği kapsamında da ortak mali kurallar da oluşturulmuştur. Bu doğrultuda 1992 yılında imzalanan Maastricht Anlaşması ve 1997 yılında imzalanan İstikrar ve Büyüme Paktı ile mali kuralların yasal zeminine oturtulması sağlanmıştır.

Ülkemizde de 1994 yılından itibaren tam anlamıyla mali kural olmayan ancak mali kural benzeri düzenlemeler olarak kabul edilen bazı kurallar uygulanmaya başlanmıştır. Sayısal olmayan bu düzenlemeler daha çok IMF ile yapılan stand-by anlaşmaları ile belirlenmiştir. 2009 yılında ise ülkemizde açık mali kurala geçilmesi planlanmıştır. Bu doğrultuda 2009 yılı Eylül ayında açıklanan 2010-2012 dönemini kapsayan Orta Vadeli Plana ile Türkiye’de açık mali kural uygulamasına geçileceği açıklanmıştır. Ancak Temmuz 2010’da mali kurala geçiş ertelenmiştir.

VI. KAYNAKÇA

AKTAN, Coşkun Can (2010b), “İktisat Okulları Perspektifinden Kurallara

Dayalı Ekonomi Politikası Yönetimi”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını

AKTAN Coşkun, Hilmi Çoban ve İhsan Cemil Demir (2010a), “Kurumsal

Maliye Politikası Perspektifinden Vergi ve Harcama Sınırlamaları”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını

AKTAN Coşkun Can ve Dilek Dileyici (2010c), “Vergi Anayasası (Devletin

Vergileme Yetkisine İlişkin Anayasal ve Yasal Kurallar)”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, SGB Yayını

AYSU, Ahmet (2010), “Avrupa Birliği’nde Maliye Politikası Kurallarının

İhlaline İlişkin Yaptırımlar”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını

BAĞIMSIZ SOSYAL BİLİMCİLER (BSB) (2006), IMF Gözetiminde On

Uzun Yıl, 1998-2008,

http://www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/BSB2006_Final.pdf, (10.06.2010)

BALİ, Besim Bülent ve Mustafa Çelen (2007), Kurala Bağlı Maliye Politikaları ve Avrupa Birliği Uygulaması, İstanbul: Beta Yayınevi

DEDE, Melek Ercan, (2010), “Anayasal İktisat Perspektifinden Maliye Politikası Kuralları ve Avrupa Birliğinde Uygulamanın İncelenmesi”, Maliye Bakanlığı SGB Yayını, www.sgb.gov.tr, (20.07.2010)

GÜNAY, Ayşe (2007), Mali Disiplinin Sağlanmasında Anayasal Denk Bütçe

Yaklaşımı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Ankara, SGB Yayını, Yayın No: 2007/375,

<http://www.sgb.gov.tr>, (20.07.2010)

GÜNAYDIN, İhsan ve Levent Yahya Eser, (2009), “Maliye Politikasında

Yeni Bir Trend: Mali Kurallar”, <http://www.scribd.com/doc/36902048/04-Ihsan-gunaydin-Levent-yahya>, (10.07.2010)

GÜNAYDIN İhsan ve Levent Yahya Eser, (2010), “Maliye Politikasındaki

Yeni Trend: Mali Kurallar”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını, <http://www.sgb.gov.tr/Publications/Mali%20Kurallar-ekran.pdf>, (01.06.2010)

KARAKURT, Birol ve Tekin Akdemir (2010), “Türkiye’de Mali Kural Uygulamaları: Sayısal Olmayan Kurallardan Sayısal Kurallara Geçiş”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını <http://www.sgb.gov.tr/Publications/Mali%20Kurallar-ekran.pdf>, (01.06.2010)

KAYA, Fatih (2009), “Mali Kural Uygulamaları ve Türkiye”, Ankara: DPT,

<http://ekutup.dpt.gov.tr/kamumali/tez-fkaya.pdf>

KAYA, Fatih (2010), “Türk Kamu Mali Yönetiminde Örtük Mali Kurallar ve

Ülke Tecrübelerinin Değerlendirilmesi, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını, <http://www.sgb.gov.tr/Publications/Mali%20Kurallar-ekran.pdf>, (01.06.2010)

KENNEDY, Susanna ve Janina Robbins (2001), “The Role of Fiscal Rules in

Determining Fiscal Performance”, Department of Finance Working Paper, No. 16

KESİK Ahmet ve Nergis Bayar (2010), “Anayasal İktisat Perspektifinden

ABD’de Vergi ve Harcama Sınırlamaları: Başlıca Uygulamalar”, Mali Kurallar: Maliye Politikası Yönetiminde Yeni Bir Eğilim, Ankara: SGB Yayını, <http://www.sgb.gov.tr/Publications/Mali%20Kurallar-ekran.pdf>, (01.06.2010)

KOPİTS, George ve Steven Symansky, (1998), Fiscal Policy Rules, IMF Occasional Paper, 162

NAS, Adnan (2010), “Mali Kurallar Neden Önemli”, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, Cilt: 47 Sayı:541,

http://www.ekonomikyorumlar.com.tr/dergiler/yorum/Yorum_Sayi_541.pdf, (06.07.2010)

PINAR, Ebuzer (2010), Maliye Politikası, Naturel Kitabevi

ŞEN, Kübra (2010), “Mali Kural: Örnek Ülke Uygulamaları Ve Türkiye İçin

Kural Önerileri”, BUMKO, Devlet Bütçe Araştırma Raporu

TANZİ, Vito ve Ludger Schuknecht, (2000), “Public Spending in the 20th

Century A Global Perspective”, Cambridge University Press

Tez Özetleri

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA MİLLİ GÜVENLİK KURULU*

*Arş Gör. Özlem ÇELİK***

GİRİŞ

Milli Güvenlik Kurulu (MGK), yürütme sistemi içerisinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'na yardımcı, anayasal bir kuruluştur. 1982 Anayasasına göre MGK devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulaması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kurulu'na bildirmekle görevlidir (Anayasa m. 118/3). MGK asker ve sivillerden oluşan bir kuruldur. Kurula Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı bulunmadığı zamanlarda ise Başbakan başkanlık eder.

Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenliğin sağlanmasında TBMM'ne karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu'na yardımcı olması için anayasa ile düzenlenen bir organdır. Ancak özellikle ülkemizde yaşanan askeri müdahalelerin etkisiyle Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik konularında tek yetkili kurul gibi görünmeye başlamıştır. Özellikle siyasi krizlerin yaşandığı dönemlerde MGK'nın neredeyse hükümetin ve hatta parlamentonun üstünde bir organ olduğu izlenimi oluşmuştur. Gerek bu anlayışın etkisiyle gerekse yasal düzenlemelerde yer alan milli güvenlik tanımının oldukça geniş tutulması sebebiyle Kurul, milli güvenlik ile ilgili olmayan bir çok konuda da karar almıştır. Hatta Kurul kararlarına tavsiyenin ötesinde bir anlam yüklenilmiş ve uyulması zorunlu kararlar olarak değerlendirilmiştir. 2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile "Başbakan yardımcıları" ve "Adalet Bakanı" da kurula dahil edilmek suretiyle Kurul'daki sivil üye sayısı artırılarak bu fiili durum kısmen de olsa düzeltilmeye çalışılmıştır. Aynı değişiklik ile "Milli Güvenlik Kurulu'nun aldığı kararlar" ifadesi "tavsiye kararları" olarak değiştirilmiş ve kurul kararlarının "öneri" niteliğinde olduğu pekiştirilmiştir. Milli Güvenlik Kurulu'nun görevleri daha önce MGK ve MGK Genel Sekreterliği Kanunu'nda sayma yoluyla belirlenmişken, 2003 yılında 4963 Sayılı Kanun

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan yüksek lisans tezinin özeti şeklinde hazırlanmıştır.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

ile yapılan değişiklikle, “Devletin ulusal güvenlik siyasetinin saptanması, belirlenmesi ve uygulanması ile ilgili konularda tavsiye kararları almak ve gerekli koordinasyonun sağlanması için görüş belirlemek ve bu tavsiye kararlarını Bakanlar Kurulu’na bildirmek” ile sınırlandırılmıştır. Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu’nda 4789, 4963 ve 5017 sayılı Kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. Avrupa Birliği uyum sürecinde çıkarılan bu yasalarla Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği’nin yapısı önemli ölçüde değiştirilmiştir.

Yukarıda bahsedilen değişiklikler büyük ölçüde çalışmamızın kapsamını oluşturmakla birlikte, Milli Güvenlik Kurulu’nun görev alanının belirlenebilmesi için öncelikle milli güvenlik kavramının açıklanması da gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle milli güvenlik kavramı ve milli güvenlik politikası üzerinde durulacaktır. Ülkemizde Milli Güvenlik Kurulu ilk olarak 1961 Anayasası ile düzenlenmiştir. Ancak bu tarihten önce de MGK benzeri kuruluşlar oluşturulmuştur. Türk Anayasa tarihinde, savunma ve güvenlik konularında çalışmalar yapan bir kurul oluşturulması fikrinin temelleri 1920’li yıllara kadar uzanmaktadır. Bu nedenle Milli Güvenlik Kurulu’nun temelini oluşturan bu kurullara değindikten sonra, MGK’nın 1961 ve 1982 Anayasaları’ndaki yeri incelenecektir. Ayrıca uzun yıllar boyunca Türkiye’de çok önemli görevler üstlenen ve Yönetmeliği gizli olduğu için hakkındaki bilgilerin oldukça sınırlı olduğu Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği de inceleme konusu yapılacaktır.

I. MİLLİ GÜVENLİK KAVRAMI

Milli Güvenlik Kurulunun görev alanının belirlenebilmesi açısından milli güvenlik kavramının tanımlanması gerekmektedir. Milli güvenlik kavramının bilimsel bir tanımını yapmak oldukça güçtür¹. Bu güçlüğü çok çeşitli nedenleri vardır. Milli güvenlik kavramının tanımını güçleştiren nedenlerin başında bu kavramın kapsamının zamana göre farklılık göstermesi gelmektedir. Milli güvenlik kavramı ilk defa ortaya çıktığında, bu kavram “savaş sırasında devletin güvenliğinin korunması” olarak anlaşılmıştır. Ancak zamanla savaş kavramı değişmeye başlamış ayrıca savaşlarda kullanılan araç ve gereçler de değişmiştir. Bu değişiklikler savaş stratejilerine de yansımış sonuçta milli güvenlik daha geniş boyutlara

¹ Aybay Rona, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, **A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXXIII, No: 1-4, Ankara 1979, s. 60; Akgüner, Tayfun, **1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu**, İstanbul 1983, s. 64; Duran, Lütfi, **İdare Hukuku** (Ders Notları), İstanbul 1981, s. 129.

ulaşmıştır². Ayrıca milli güvenlik kavramının ‘çeşitli yönlerinin bulunması’ da tanımının yapılmasını zorlaştıran sebeplerden biridir. Kavramın farklı yönleri ise siyasal, ekonomik ve hukuki yönlerdir. Bir ülkenin ekonomik durumunun ve kaynaklarının elverişliliğinin milli güvenlik kavramı ile yakından ilgisi olduğu gibi, her ülkenin kendine özgü bir milli güvenlik siyaseti bulunmaktadır. Ayrıca devletler milli güvenlik gerekçesi ve amacı ile hukuk kurallarında değişiklikler yaptığı için milli güvenlik kavramının hukuki yönü de oldukça önemlidir³. Dolayısı ile milli güvenlik kavramının muğlak ve oldukça geniş bir sahaya yayıldığını söylemek mümkündür. Milli güvenlik kavramının tanımının yapılmasını güçleştiren bir başka sebep ise, sadece askeri alanların değil askeri olmayan alanların da bu kavrama dahil edilmesidir. Milli savunmaya ilişkin önlemlerin yanı sıra, milli güvenliğin sağlanmasında önem arz eden enflasyon, kaynakların dağılımı gibi hususların bu kavramın askeri olmayan yönünü⁴ oluşturduğu kabul edildiğinde milli güvenlik kavramının kapsamı oldukça genişleyecektir.

Türk Hukuk Doktrinde milli güvenlik kavramı değişik şekillerde tanımlanmıştır⁵. *Tunaya*; açık bir tanım yapmamakla birlikte, “...toplum yararının en geniş kapsamı içinde ... milli güvenlik ölçüleri de vardır...” demek suretiyle milli güvenliği toplum yararı içinde değerlendirmiştir⁶. *Duran*; Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği, yargı organları uygulamaları ve doktrindeki görüşleri dikkate alarak milli güvenliği, “yurt ölçüsünde belirlenen iç ve dış tehlikelere karşı, devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” şeklinde tanımlamış; iç ve dış tehlikelerden hangilerinin milli güvenliğe ilişkin bulunduğu, tehlikenin kapsam ve niteliğine ve memleketin içinde bulunduğu şartlara

² **Devletin Kavram ve Kapsamı**, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Ankara, 1990, s. 40.

³ Akgüner, s. 9.

⁴ Akgüner, s. 10-11.

⁵ Milli Güvenlik Kurulu tarafından yapılan bir çalışmada da milli güvenlik kavramı şu şekilde tanımlanmıştır; “Milli güvenlik, devletin hayati öneme haiz olan değerlerinin mevcut ve muhtemel, potansiyel ve dinamik iç ve dış tehdit ve tehlikelere karşı korunması ve geliştirilmesi için gerekli olan milli ve milletlerarası şartların (siyasal, kültürel, askeri vs.) yaratılması demektir”. **Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği**, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yayınları, Ankara, 1991, s. 4.

⁶ Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1980, s. 171.

göre tayin ve takdir edileceğini belirtmiştir⁷. *Yayla* ise; milli güvenlik kavramını, “devletin ve ülkenin, savaşta ve barışta, iç ve dış tehlikelerden korunması; yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” şeklinde tanımlamıştır⁸. *Akgüner*; milli güvenliği, “devlet bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü ile millet egemenliğinin, milli ve milletlerarası alanda gerçek ve yakın bir tehlikeye düştüğü zamanlarda, Anayasa’nın gösterdiği yetkili organ veya organlar tarafından, devlet tüzel kişiliğinin korunması ve güven altına alınması” şeklinde tanımlamıştır⁹. *Tanör’e göre*; milli güvenlik belirli bir “ideoloji ya da siyasi prensibin zıt görüşlerine karşı korunması değil, devletin ve ülkenin iç ve dış yıkıcı saldırılara karşı korunmasıdır”. Ancak 1982 Anayasası’nda, milli güvenlik kavramının genişlediği, milli güvenliğin askeri ya da iç ve dış savunma ve güvenlik konularını aşan bir kapsam kazandığını ifade etmiştir¹⁰. *Abadan* da milli güvenlik kavramının ideolojik bir şekilde yorumlanamayacağını, sadece ülkenin milli sınırlarına yönelik mevcut bir tehlike, bir saldırı, toprak bütünlüğüne veya üzerinde yaşayan insanların hürriyet haklarına açık bir tecavüz halinde milli güvenlik ölçütünün söz konusu olabileceğini ifade etmektedir¹¹.

Mevzuat açısından bakıldığında milli güvenlik; gerek Anayasa’da gerekse çeşitli kanunlarda özgürlükleri kısıtlama ölçüsü olarak yer almış bir kavramdır¹². Ayrıca milli güvenlik kavramına yüklenen anlam büyük ölçüde Milli Güvenlik Kurulu’nun görev alanını da belirleyecektir. Ancak ne

⁷ Duran, Lütfi, “Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik”, **İktisat ve Maliye**, C. XVII, Temmuz 1970, s. 167.

⁸ Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku I**, İstanbul, 1990, s. 37.

⁹ Akgüner, s. 96.

¹⁰ Tanör, Bülent, **İki Anayasa, 1961-1982**, İstanbul, 1991, s. 122; Tanör, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1969, s. 16.

¹¹ Abadan, Nermin, **Türkiye’de İnsan Hakları Seminerleri; Tebliğler - Tartışmalar**, Ankara, 1970, s. 121.

¹² 1982 Anayasası’nda; 20. maddede (özel hayatın gizliliği), 21. maddede (konut dokunulmazlığı), 22. maddede (haberleşme hürriyeti), 26. maddede (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti), 31. maddede (kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı), 33. maddede (dernek kurma hürriyeti), 34. maddede (toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı), 51. maddede (sendika kurma hakkı) milli güvenlik, özgürlükleri sınırlama ölçüsü olarak kullanılmıştır. 125. maddeye göre ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi milli güvenlik gerekçesiyle kanunla sınırlandırılabilir.

1961 ne de 1982 Anayasası'nda milli güvenlik kavramı tanımlanmamıştır¹³. Bahsedilen önemi nedeniyle milli güvenlik kavramının ideolojik açıdan yorumlanmaması gerekmektedir. Milli güvenlik kavramının tanımlandığı mevcut mevzuat hükümleri ise kavramı kişisel yorumlamaya elverişli hale getirmiştir. Bu da hangi konuların milli güvenlik ile ilgili olduğunun tespiti konusunda yargı organlarına ve Milli Güvenlik Kurulu'na geniş bir takdir hakkı bırakmaktadır¹⁴.

Milli güvenlik kavramının tanımını yapan ilk mevzuat; 1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan, "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği"dir. Bu yönetmelikte milli güvenlik "topyekün milli güvenlik" olarak yer almış ve şu şekilde tanımlanmıştır: "Dışarıdan ve içeriden yapılabilecek her çeşit taarruzlara, bozguncu teşebbüslere, tabii afetlere ve büyük yangınlara azimle karşı koyabilmek, Devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan galip çıkabilmek için, bütün milli kudret, gayret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılmasıdır". Yönetmelikte yapılan bu tanım iç ve dış güvenlik konularını milli güvenlik kapsamına almış olmanın yanı sıra, doğal afet büyük yangın gibi durumları da bir milli güvenlik sorunu olarak değerlendirmiştir. Ancak *Akgüner* bu tanımlı milli güvenliğin ilgili bulunduğu diğer alanları göz önünde tutmadığı ve alınacak önlemlere ilişkin bütün ulusal güç faaliyetlerinin kullanılmasını yalnız olağanüstü hallere indirgeyen bir tanım olduğu için eksik olarak değerlendirmiştir¹⁵.

Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nda¹⁶ milli güvenlik; "Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının ve bütünlüğünün milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü iç ve dış tehdide

¹³ Bu kavramın içeriğinin belirtilmeksizin Anayasa'ya alınmış bulunması, uyuşmazlık durumunda kuralı yorumlama görevinin hakime ve özellikle Anayasa Mahkemesi'ne verdiğinin açık bir belirtisidir. Kaneti, Selim, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", *Anayasa Yargısı*, S. 8, s. 79.

¹⁴ 29 Ocak 2002 tarihli Milli Güvenlik Kurulu toplantısından sonra yapılan basın bildirisinde; "Dış ticaretin geliştirilmesinin milli ekonomiye ve dolayısıyla milli güvenliğe katkılarına dikkat çekildiği" şeklinde bir ifade vardır. Dış ticaretin geliştirilmesi meselesinin, milli güvenliğe dahil edilmesi milli güvenlik kavramının oldukça geniş bir şekilde yorumlanabileceğinin de bir göstergesidir. Bu da Milli Güvenlik Kurulu'nun görev alanının genişlemesi sonucunu doğuracaktır.

¹⁵ *Akgüner*, s. 12-13.

¹⁶ 2945 SK, 11.11.1983 tarih ve 18218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

karşı korunması ve kollanması” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı tanım Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği’nde de yer almaktadır. Bu tanımlar, milli güvenlik kavramını oldukça genişletmektedir. Zira “anayasal düzeninin, milli varlığının ve bütünlüğünün milletlerarası alanda siyâsî, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin korunması” ifadesi ile birçok alan milli güvenlik kavramına dahil edilmiştir. Bunun sonucu olarak; Türkiye’de siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik tüm alanlarda Milli Güvenlik Kurulu’nun etkisi olduğu izlenimi doğmaktadır. Ayrıca devletin anayasal düzenini ilgilendiren her alan milli güvenlik kapsamında değerlendirilmektedir. Bu tanımlar göz önüne alındığında milli güvenlik kavramının çok geniş yorumladığı ve siyasal, ekonomik, kültürel, hukuksal alanda tüm sorunları kapsamına aldığı görülmektedir. Bu da Milli Güvenlik Kurulu’nun; ekonomi, bankaların durumu, finans piyasaları, özelleştirme, dış politika gibi bir çok konuda alınacak temel kararların belirlenmesinde etkili olması ile sonuçlanacaktır¹⁷.

Milli güvenlik kavramının somut içeriğinin Anayasa ve kanunlarda belirtilmemiş olması nedeniyle gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay, önlerine gelen bazı davalarda, milli güvenlik kavramını tanımlamaya çalışmışlardır. Danıştay tarafından verilen kararlarda, milli güvenlik kavramını tanımlanmaya ve içeriğini belirlemeye çalışıldığı görülmektedir. Öğretmen boykotu ile ilgili her türlü haber ve yorumların radyo ve televizyonda yayınlanmasının yasaklanmasına dair Başbakanlık tarafından tesis edilen bir işlemin iptali istemi ile açılan bir davada Danıştay milli güvenliği; “genel bir deyimle yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devletin tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” şeklinde tanımlanmıştır¹⁸.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, milli güvenlik kavramının yorum gerektiren bir kavram olduğunu kabul etmiş ve milli güvenliği “uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel bir kavram” olarak nitelendirmiştir¹⁹. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise milli güvenliği kısmen de olsa tanımlamış, milli güvenlik kavramının, kamu düzeni kavramının içinde

¹⁷ TÜSİAD Raporu, **Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Siyasal Kriterleri**, Görüşler ve Öncelikler, İstanbul, 2001, s. 26.

¹⁸ Danıştay 12. Dairesi, 05.03.1970, E. 1969/4097 - K. 1970/426, **Danıştay Dergisi**, Y.1, S.1, 1971, s. 383, 384.

¹⁹ E.1973/41, K.1974/13, **AMKD**, c.12, s.145.

olduğunu ifade etmiştir²⁰. Başka bir kararında ise; kamu düzeni kavramının, “toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları” kapsadığını belirtmiştir²¹. Ancak kamu düzeni ve milli güvenlik kavramları arasında farklılık vardır. Milli güvenlik devletin iç ve dış tehlike ve tecavüzlere karşı korunması anlamına gelmektedir. Kamu düzeni ise milli güvenliğin, iç güvenliği ilgilendiren kısmını ifade etmek için kullanılır²². Kamu düzenini bozan faaliyetler sonuçları itibariyle yerel düzeydedir ve olağan hukuk düzeninin kuralları ile bu faaliyetler önlenir. Ancak milli güvenliğe aykırı faaliyetler genellikle devletin varlığına yönelik, yoğun, sonuçları itibariyle geniş bir alanı kapsayan ve devletin olağan işleyişine yönelik hareketlerdir²³. Dolayısıyla milli güvenlik kavramı, kamu düzeni içerisinde değerlendirilirse bu takdirde MGK’nın görev alanı iç güvenlik konularından ibaret olacaktır.

Kanaatimizce, milli güvenlik kavramını milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin korunması biçiminde tanımlayan mevzuat hükümleri bu kavramın kapsamını oldukça genişletmektedir. Milli güvenlik sadece milli savunma ve ülkenin iç ve dış yıkıcı saldırılara karşı korunması şeklinde anlaşılmalıdır. Milli güvenlik herhangi bir ideolojinin ya da bir siyasi felsefenin korunması şeklinde de değerlendirilmemelidir. Ayrıca, demokratik bir ülkede güvenlik kurullarının işlevleri açısından bakıldığında, “milli güvenlik” kavramı yerine kapsamı biraz daha dar olan “milli savunma” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Zira, milli savunma, devletin dış tehlike ve tecavüzlere karşı korunması anlamına gelir ancak milli güvenlik, devletin yurtiçinden kaynaklanan tehlikelere karşı korunmasını da kapsamaktadır. Bu suretle MGK’nın görev alanı yalnızca devletin dış tehlike ve tecavüzlere karşı korunması ile sınırlandırılmış olacaktır. Böylece Türkiye’de siyasal iktidarın tüm kararlarında, Milli Güvenlik Kurulu’nun etkili olduğu izlenimi ortadan kalkmış olacaktır²⁴.

²⁰ E. 1975/200, K. 1976/9, **RG**, T. 10.5.1976, S. 15583.

²¹ E.1963/128, K. 1964/8, **AMKD**, c. 2, s. 43.

²² Akgüner, s. 69.

²³ Akgüner, s. 70-71; Duran, (1970), s. 170; Aslan, M. Yasin, “Milli Güvenlik Kurulu”, **Askeri Adalet Dergisi**, S. 92, Ocak 1995, s. 52.

²⁴ 7. Uyum paketi olarak adlandırılan 2945 sayılı yasayla Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu’nda değişiklikler yapılmış

II. MİLLİ GÜVENLİK KURULU'NUN TARİHSEL GELİŞİMİ

İkinci Dünya Savaşı yıllarında Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere Batı ülkelerinde savunma ve güvenlik konularında çalışmalar yapan yüksek kurulların oluşturulması fikri gündeme gelmiştir. Bu sebeplerle Amerika Birleşik Devletleri sisteminde yer alan Milli Güvenlik Konseyi modeli diğer bazı ülkelerde de kullanılmaya başlanmıştır²⁵. Ülkemizde milli güvenlik kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, 1961 Anayasası ile anayasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak milli savunma hizmetlerini koordine etmek amacıyla hükümet dışında bir yüksek kurul oluşturma düşüncesi Türkiye’de İkinci Dünya Savaşı’ndan önce de tartışılmıştır²⁶. Örneğin 1922 yılında oluşturulan Harp Encümeni’nin savunma ve güvenlik konularında çalışmalar yapan bir organ olduğu görülmektedir. Bu konuda 1933 yılında oluşturulan Yüksek Müdafaa Meclisi Umumi Katipliği’nin de incelenmesinde fayda vardır. Yine 1949 yılında oluşturulan Milli Savunma Yüksek Kurulu yurt savunması ile ilgili işlerde yardımcı olmak ve mütaala vermek üzere oluşturulmuştur (5399 sayılı Kanun²⁷, m. 3/e). Milli Savunma Yüksek Kurulu 1961 Anayasası ile düzenlenmiş ancak ismi Milli Güvenlik Kurulu olarak değiştirilmiştir. 1982 Anayasası da bazı değişiklikler yapmakla birlikte, Milli Güvenlik Kurulu’na yer vermiştir.

A. Harp Encümeni

Milli güvenlik siyasetini belirtmek ve uygulamaları yönlendirmek üzere kurulmuş bulunan Milli Güvenlik Kurulu’nun işlevi yönünden baktığımızda, Milli Güvenlik Kurulu’nu anımsatan ilk kurul 1922 yılında kurulan Harp encümenidir²⁸. 1921 yılının sonlarında Meclis’e sunulan “Harp Encümeni Fevkaladesi Kanunu” tasarısında; Meclis’de oluşturulmuş Müdafaa-i Milliye (Milli Savunma), Hariciye (Dışişleri), Dahiliye (İçişleri), Nafia (Bayındırlık), Sıhhiye (Sağlık), Muvazene-i Maliye ve İktisat encümenlerinde (komisyonlarında) görevli Milletvekilleri arasından seçilecek on üyeden

ancak kanunda yer alan muğlak milli güvenlik tanımı ve devletin milli güvenlik siyasetine ilişkin geniş tanım değiştirilmemiştir.

²⁵ Akgüner, s. 180; Aybay, Rona, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXIII, No: 1-4, Ankara 1979, s. 60-61.

²⁶ TBMM’de 1920’li yıllarda bu konuda sert tartışmalar yaşanmıştır. Özdemir, Hikmet, *Rejim ve Asker*, İstanbul, 1989, s. 89-90.

²⁷ 30.05.1949 tarih ve 5399 sayılı Kanun, *RG*, 03.06.1949, 7223, Düstur III, C. 30, s. 1077.

²⁸ Balcı, s. 50.

oluşması öngörülmüştür. Buna göre Harp Encümeni, Meclis-i Ali adına hareket edebilen bir denetleme kuruludur²⁹.

Tasarı Meclis'te kanunlaşmadan M. Kemal Atatürk tarafından, Harp Encümeni atama yoluyla oluşturulmuştur. 1922 yılında Meclise devlet başkanınca gönderilen bir tezkere ile "Başkumandan başkanlığında, Meclis İkinci Başkanı ve Maliye ve Milli Savunma Bakanları ile, Genelkurmay Başkanı ve Muvazene-i Maliye Encümenleri reislerinden oluşmak üzere bir Harp Encümeni teşekkül ettiğini ve ilk toplantısını Ocak ayının yirmi ikinci günü yapacağı" ³⁰ bildirilmiştir. Harp Encümeni, emir ve talimatla oluşturulmuş bir kuruldur. Sorumluluğu, meclise değil, Başkomutana karşıdır ve kurul Başkomutanın emrindedir³¹. Bu özellikleri ile günümüz demokrasi anlayışı ve Milli Güvenlik Kurulu ile bağdaşmamaktadır. Ancak Hükümet dışı bir organ olarak, savunma ve güvenlik konularında çalışması nedeniyle MGK ile benzeşmektedir.

B. Yüksek Müdafaa Meclisi Umumi Katipliği (1933-1949)

1930'lu yıllarda yaşanan dünya ekonomik bunalımı sonrasında oluşan siyasi ve ekonomik durum ülkeyi çevre ülkelerle çeşitli anlaşmalar yapmaya yöneltmiştir. Bir savaş öncesinden gerekli olan hazırlık ve stratejilerin belirleneceği bir kurul oluşturmak ve askeri, siyasi ve ekonomik alanda yaşanan gelişmelerle bağlantılı önlemler almak amacı ile 24 Nisan 1933 tarihinde 14443 Sayılı Kararname ile Yüksek Müdafaa Meclisi Umumi Katipliği kurulmuştur³². Yüksek Müdafaa Meclisi ile ilgili kararname, ileriki kısımlarda incelenecek diğer kurulların ve Milli Güvenlik Kurulu'nun yönetmelikleri gibi Resmi Gazete'de yayınlanmamıştır.

Yüksek Müdafaa Meclisi, Başbakanın başkanlığında, Genelkurmay Başkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinden oluşur. Cumhurbaşkanı dilediği takdirde Yüksek Müdafaa Meclisine başkanlık eder. Yüksek Müdafaa Meclisinin görevi, milli seferberlik bakımından vekilliklere verilecek görevleri tespit etmek ve gerekli esasları hazırlamaktır. Yüksek Müdafaa Meclisi bu görevi yerine getirebilmek için senenin belirli zamanlarında toplantılar yapar. Gerekli hallerde olağanüstü de toplanabilir. Yüksek Müdafaa Meclisi Umumi Katibi, Milli Savunma Bakanlığı tarafından tayin

²⁹ Özdemir, s. 104.

³⁰ Özdemir, s. 104.

³¹ Balcı, s. 52.

³² Atatüre, Süha, **Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de Ordu-Siyaset İlişkisi Milli Güvenlik Kurulları Örneği**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1994, s. 45.

edilir. Umumi Katibin, bu konudaki görevini yerine getirmesi için seçilmiş memurlardan oluşan bir bürosu vardır. Umumi Katip ve Bürosu'nun görevleri milli seferberliğe ait konuları önceden hazırlamak, ilgili kuruluşlarla koordine etmek ve mütalaalar almak, sonucu Yüksek Müdafaa Meclisine sunmak ve çıkacak kararları takip etmektir³³.

Doktrinde, Yüksek Müdafaa Meclisi'ni, Bakanlar Kurulu'na Genelkurmay Başkanı'nın da katılması ile toplanan bir nevi "Genişletilmiş Bakanlar Kurulu" olarak tanımlayanlar olduğu gibi³⁴; 1920'deki Genel Kurmay Başkanlığı hükümet modelinin bir devamı olduğunu ileri sürenler³⁵ de vardır. Balcı'ya göre ise³⁶ "Genelkurmaylı hükümetin, var olan asıl hükümetten ayrı bir kurul olduğu, dilediğinde Cumhurbaşkanı'nın da başkanlık yapacağı (Cumhurbaşkanı da asker) düşünüldüğünde, Genelkurmaylı hükümet modelinden değil, Genelkurmay vesayetinde bir hükümet modelinden" söz edilebilir.

C. Milli Savunma Yüksek Kurulu ve Genel Sekreterliği (1949 - 1962)

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından sivil otorite ile askeri yetkilileri, teknik kurulda bir araya getirmek adeta bir zorunluluk şeklinde düşünülmüştür. Zira savaş yönetiminin sadece askeri bilgi ve tecrübeye dayandırılması mümkün değildir. Askerlik ve politikanın bu şekilde kesişmesi, ülkeleri yasal düzenlemelerle milli savunma hizmetlerinin planlaması ve koordinasyonundan sorumlu yeni organlar oluşturmaya sevk etmiştir. Bu amaçla ülkemizde 1946 yılında Genelkurmay Başkanlığı tarafından hazırlanan bir öneri Başbakanlığa sunulmuş, bu da Milli Savunma Yüksek Kurulu Kanunu'nun temelini oluşturmuştur³⁷. Milli Savunma Yüksek Kurulu 3 Haziran 1949 gün ve 5399 Sayılı Kanunla kurulmuştur³⁸.

³³ http://www.mgk.gov.tr/Turkce/Yazdirilabilir%20Surum/Tarihce/Tarihce_1.pdf, erişim tarihi, 14.10.2010.

³⁴ Coşkun, s. 73.

³⁵ Özdemir, s. 94.

³⁶ Balcı, Muharrem, **MGK ve Demokrasi; Hukuk, Ordu, Siyaset**, İstanbul 2000, s. 53.

³⁷ Özdemir, s. 95.

³⁸ 5399 Sayılı Kanuna göre Milli Savunma Yüksek Kurulu'nun görevleri; "Hükümetçe takip edilecek Milli Savunma Politikası'nın esaslarını hazırlamak, bütün devlet teşkilatında her türlü özel müessese ve teşekküllere ve vatandaşlara düşecek milli savunma ödev ve görevlerini tespit ile gereken kanuni ve idari tedbirleri almak üzere yetkili makamlara sunmak, ve bu tedbirlerin uygulanmasını koşturmak, topyekün Milli Seferberlik Planı'nı barışta hazırlamak ve gereğinde tam olarak uygulanmasını sağlamak, Yurt

Milli Savunma Yüksek Kurulu Başbakanın başkanlığında ve onun teklifi ile Bakanlar Kurulu tarafından seçilecek Bakanlarla, Milli Savunma Bakanı ve Genelkurmay Başkanından oluşur. Cumhurbaşkanı bu kurulun tabii üyesidir. Bakanlar Kurulu'nun 1 Temmuz 1949 Gün ve 3/9548 sayılı kararı ile Milli Savunma Yüksek Kurulu Üyeliğine seçilecek Bakanlıklar; İçişleri, Dışişleri, Maliye, Bayındırlık, Ekonomi, Ticaret, Ulaştırma, Tarım ve İşletmeler Bakanları olup; seferde Harp Kuvvetleri Genel Komutanı Yüksek Kurulun tabii üyesidir. Kurul, gerektiğinde Askeri Şura üyelerini ve her türlü uzmanları istişare için çağırabilir.

Milli Savunma Yüksek Kurulu en az ayda bir defa toplanır. Milli Savunma Yüksek Kurulu'nun kararlarından doğrudan doğruya icra edilebilecek olanlar Başbakan tarafından ilgili yerlere tebliğ olunur. Bakanlar Kurulu kararını gerektirenler Bakanlar Kuruluna sunulur.

Milli Savunma Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği ise; Milli Savunma Yüksek Kurulu'nun çalışmalarını düzenlemek üzere 5399 Sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Buna göre, Genel Sekreter, Genelkurmay Başkanının mütalaası alınarak Milli Savunma Bakanınca yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla atanır. Genel Sekreterliğin kadrosu, Başbakanın teklifi üzerine Milli Savunma Yüksek Kurulu tarafından tespit edilir. Bu kadroda çalıştırılacak personel, disiplin ve izin bakımından Başbakan'a tabi bulunmak üzere bakanlıklar ve katma bütçeli dairelerden ve devlet ekonomi kurumları memur ve hizmetlilerinden Başbakan tarafından atanır. Yüksek Kurulun oluşumunda dikkati çeken ilk nokta, Kanuna göre Başbakan'ın Kurul'a başkanlık etmesi ve sivil üyelerin çoğunlukta olmasıdır. Milli Savunma Yüksek Kurulu'nun görevleri incelendiğinde, Yüksek Müdafaa Meclisi'nin görev alanını teşkil eden seferberlik konularının yanı sıra, ülkenin milli savunma politikasını tespitle görevlendirildiği göze çarpmaktadır.

Başbakan'ın başkanlığında toplanan Milli Savunma Yüksek Kurulu'nu, tek bir asker üyesinin bulunması ve milli savunma politikalarının belirlenmesinde siyasi iradenin üstün konumda olması sebebiyle günümüz Milli Güvenlik Kurulu'nun dayanağı olarak değerlendirmektedir³⁹. Ancak özü itibarıyla bu iki organ arasında önemli farklılıklar vardır. Bunlar Milli Savunma Yüksek Kurulu'nun anayasa ile değil kanun ile düzenlenmesi,

savunmasıyla ilgili işlerden Başbakanın lüzum gösterdiklerini inceleyerek mütalaasını bildirmek", şeklindedir.

³⁹ Balcı, s. 54.

adının “milli güvenlik” değil çok daha sınırlı bir işlev olan “milli savunma” olması ve barışta bir tek asker üyesinin bulunmasıdır⁴⁰.

D. 1961 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kurulu

Yukarıda da incelendiği gibi, 1949 yılından beri Türk devlet örgütü içinde yer alan Milli Savunma Yüksek Kurulu, 1961 Anayasası ile anayasal bir organ halini almıştır. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunca düzenlenen Anayasa Tasarısında, o zaman mevcut bulunan Milli Savunma Yüksek Kurulu’nda, herhangi bir değişiklik yapmaksızın bir anayasal statü verilmesi öngörülmüştür. Ancak, madde tasarısı, Milli Birlik Komitesi tarafından iki değişiklik yapılarak kabul edilmiştir. Milli Birlik Komitesi, bu maddede Milli Savunma Yüksek Kurulu terimini, Milli Güvenlik Kurulu olarak değiştirmiş ve Kurul’a Genel Kurmay Başkanı dışında kuvvet temsilcilerini de dahil etmiştir⁴¹. Böylece Milli Savunma Yüksek Kurulu’na kıyasla Milli Güvenlik Kurulu’nda asker üye sayısı artırılmıştır. Ayrıca “milli savunma” terimini yerine çok daha geniş bir anlam içeren “milli güvenlik” teriminin tercih edilmesi ile Kurul’un görev alanı da genişletilmiştir⁴².

Doktrinde Milli Güvenlik Kurulu’nun, Türk Silahlı Kuvvetleri’nin gözetme görevini arttırmak ve aynı zamanda sivil hükümetlerle Türk Silahlı Kuvvetler arasında irtibatı sağlamak amacıyla 1961 Anayasası’na girmiş bir kurum olduğu ifade edilmiştir⁴³. Başka bir ifade ile 1961 Anayasası ile Milli Güvenlik Kurulu’nun, askerlere hükümetlerin izleyeceği politikaları her zaman için yönlendirme ve denetleme fırsatı veren bir organ olduğu ileri sürülmüştür⁴⁴.

1961 Anayasası’nın 111. maddesine göre, MGK üyeleri kanunun gösterdiği Bakanlar ile Genelkurmay Başkanı ve kuvvet temsilcilerinden oluşur, Kurul’a Cumhurbaşkanı başkanlık eder, Cumhurbaşkanının bulunmadığı zamanlarda bu görevi Başbakan yapar. MGK milli güvenlik ile ilgili konularda yardımcılık etmek üzere temel görüşlerini Bakanlar Kurulu’na bildirmekle görevlidir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere

⁴⁰ TÜSİAD, **Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri**, İstanbul, 1997, s. 76.

⁴¹ Aybay, s. 73-74.

⁴² Milli savunma, devletin dış tehlike ve tecavüzlere karşı korunması anlamına gelir ancak milli güvenlik devletin yurtiçinden kaynaklanan tehlikelere karşı korunmasını da kapsamaktadır. Duran, (1970), s. 169.

⁴³ Öztürk, O. Metin, **Ordu ve Politika**, Ankara, 1993, s. 141.

⁴⁴ Fendoğlu, H. Tahsin, “Özgürlükçü Anayasa Üzerine”, Av. **Faruk Erem Armağanı**, Ankara, 1999, s. 267.

Kurul'un kararları "görüş bildirme" ile sınırlı olup tavsiye niteliğindedir. 1961 Anayasası'nın 111. maddesi gereği olarak çıkarılan 129 Sayılı Kanun⁴⁵ ve 1961 Anayasasının belirtilen maddelerine göre Milli Güvenlik Kurulu; Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcıları, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri, Maliye, Ulaştırma ve Çalışma Bakanları ile Kuvvet Komutanlarından oluşur. Gerekli durumlarda Başbakanın daveti üzerine diğer Bakanlar ve kuruluşların uzman kişileri toplantıya katılırlar, fakat oylamaya iştirak edemezler. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri toplantılara katılır, fakat oylamaya katılamaz.

Sivil kesimden gelen üyeler, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcıları, Milli Savunma Bakanı, İçişleri Bakanı, Dışişleri Bakanı, Maliye Bakanı, Ulaştırma Bakanı, Çalışma Bakanı ve Başbakan'ın Milli Güvenlik Kurulu gündemi ile ilgili konularda davet edeceği diğer bakanlardır. Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcıları'nın sayısı ise ancak Bakanlar Kurulu oluşurken belli olacağı ve Başbakan'ın çağıracağı bakanın belli olmaması nedeniyle Kurul'un sivil üye sayısı farklılık göstermektedir. Asker üyeler ise, Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları olmak üzere belirli ve sabit dört kişidir⁴⁶. Görüldüğü gibi, Milli Güvenlik Kurulu'nda sivil kesimden gelen üyeler, asker kesimden gelen üyelere oranla çoğunlukta bulunmaktadır. Böylece, Milli Güvenlik Kurulu'nun sivil ve asker kesimden oluşan karma yapılı bir heyet olduğu ortaya çıkmaktadır⁴⁷. Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik ile ilgili kararların alınması ve koordinasyonun sağlanmasında Bakanlar Kurulu'na yardımcı olmak üzere kurulmuştur⁴⁸. Milli Güvenlik Kurulu, ayda bir kez

⁴⁵ 11 Aralık 1962 gün ve 129 Sayılı Kanun, **RG**, 19.12.1962-11286.

⁴⁶ Akgüner, s. 205.

⁴⁷ Akgüner, s. 205, 206.

⁴⁸ Milli Güvenlik Kurulu'nun görevleri 129 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde şu şekilde sayılmıştır: "Milli Güvenlikle ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında Bakanlar Kuruluna yardımcı olmak üzere; Milli Güvenlik Politikası'nın esaslarının hazırlanması ve bu politikanın tadil ve tashihi, Bu esasların uygulanmasıyla ilgili olarak milli güvenlik konularının her biri için milli plan ve programların hazırlanması, bunların tahakkuku için, nihai ve ara hedeflerin tespiti ve bu konudaki faaliyetlerin ahenkleştirilmesi, bütün devlet teşkilatına, her türlü özel müessese ve teşekküllere ve vatandaşlara düşecek topyekün savunma ve milli seferberlik hizmetlerinin ve sorumluluklarının tespiti ve bu konuda lazım gelen kanuni ve idari tedbirlerin alınması, Bakanlıklar tarafından hazırlanacak Milli Seferberlik Planları'na (Sivil Olağanüstü Hal Planları'na) temel olacak esasların tespiti, bu planların ahenkleştirilmesi, izlenmesi ve değerlendirilmesidir".

toplanır ve ayrıca Başbakanın göstereceği lüzum üzerine de toplanabilir. Kurulda yapılan görüşmeler sonucunda oylama yapılır ve kararlar çoğunlukla alınır. Eşitlik halinde ise Başbakanın bulunduğu tarafın oyuna itibar olunur. Milli Güvenlik Kurulu'nun yukarıda sıralanan görevleriyle ilgili çalışmaları ve incelemeleri yapmak ve teklifleri hazırlamak amacıyla, 129 Sayılı Kanunla Başbakanlığa bağlı olarak Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kurulmuştur⁴⁹.

Milli Güvenlik Kurulu'nu düzenleyen 1961 Anayasası'nın 111. maddesi, 20 Eylül 1971 gün ve 1488 Sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. Getirilen bu yeni düzenleme ile, hem kurulun oluşumunda hem de işlevinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, Milli Güvenlik Kurulu'nun statüsünde küçük fakat anlamlı sayılabilecek değişikliklerdir⁵⁰.

1488 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile Başbakan kurul üyeleri arasında zikredilmiş, "yardımcılık etmek" ibaresi metinden çıkarılmış, "bildirir" ibaresi yerine de "tavsiye eder" ibaresi konulmuştur. Aynı maddedeki "Kuvvet temsilcileri" ibaresi de "Kuvvet Komutanları" olarak değiştirilmiştir⁵¹.

111. maddenin kurul üyelerini düzenleyen ilk halinin birinci fıkrasında, "Bakanlar, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Temsilcileri" şeklinde bir sıra

⁴⁹ Kanun'un 7. maddesine göre; "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kuruluş, görev, yetki ve çalışma usulleri, Milli Güvenlik Kurulunca hazırlayıp Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle belirtilir". Bu maddeye göre Milli Güvenlik Kurulu'nca hazırlanan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur. Yönetmelik "GİZLİ" gizlilik derecesinde olmadığından Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu yönetmelik 19.09.1977 tarih ve 7/14360 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁰ Tanör, (1991), s. 55.

⁵¹ 111. maddenin ilk hali şu şekildedir: "Milli Güvenlik Kurulu, Kanunun gösterdiği Bakanlar ile Genelkurmay Başkanı ve kuvvet temsilcilerinden kuruludur. Milli Güvenlik Kurulu'na Cumhurbaşkanı başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar. Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak üzere gerekli temel görüşleri Bakanlar Kurulu'na ***bildirir***". 1961 Anayasası'nın 111. maddesi, 1488 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra şu şekilde düzenlenmiştir: "Milli Güvenlik Kurulu Başbakan, Genelkurmay Başkanı ve Kanun'un gösterdiği Bakanlar ile Kuvvet Komutanları'ndan kuruludur. Milli Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar. Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında gerekli temel görüşleri Bakanlar Kurulu'na ***tavsiye eder***".

izlenirken; yapılan değişiklikle, “Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Bakanlar ve Kuvvet Komutanları” şeklinde bir sıraya yer vermiştir. Maddenin ilk fıkrasında yapılan daha önemli değişiklik, “Kuvvet Temsilcileri” yerine “Kuvvet Komutanları” ifadesine yer verilmesidir. Bu değişiklikle, Silahlı Kuvvetlerin Kurul’da en yüksek düzeyde temsili sağlanmış, böylece asker kesimin Kuruldaki ağırlığı artırılmıştır⁵². Bu değişiklik ile MGK kararlarının Bakanlar Kurulu üzerindeki etkisi de iyice kuvvetlendirilmiştir. İkinci ve asıl önemli değişiklik ise, eski metindeki “yardımcılık etmek üzere gerekli temel görüşleri Bakanlar Kurulu’na bildirir” hükmü yerine, “gerekli görüşleri Bakanlar Kurulu’na tavsiye eder” hükmünün getirilmesidir.

Doktrinde bazı yazarlar, 111. maddedeki değişikliğin Kurul kararlarının gücünü pekiştirmeyi amaçladığı ancak değişiklikten sonra da kurulun istişari niteliğinin devam ettiği konusunda birleşmektedir. Örneğin *Duran*’ göre, tavsiye kelimesi “en azından eşitlerin birbirine verdiği direktif anlamını içerir ve muhatabının serbestliğini az çok kısıtlar” demektedir ancak bu durumda bile, Milli Güvenlik Kurulu kararlarının hukuksal değil, ancak “siyasal ve moral” etkilerinin olabileceğini belirtmektedir⁵³. *Yazıcı*’ya göre ise “111. maddenin sözel vurgusunda yapılan değişiklik aslında asker üyelerin kuruldaki ağırlığını arttırmayı ve kurul kararlarının da hükümetler üzerindeki bağlayıcılığını güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Ne var ki, bu değişikliğe rağmen kurul kararlarının istişari niteliği değişmemiş, ancak Bakanlar Kurulu üzerindeki psikolojik etkisi güçlenmiştir⁵⁴”. 1971 değişikliği ile getirilen tavsiye etme sözünün görüş bildirmeye oranla biraz daha bağlayıcı olduğu düşünülebilir ise de bu işlevin niteliğindeki danışmacılık sözünü değiştirecek bir anlam taşımaz. Zira, Kurul’a emredici nitelikte kararlar alma yetkisini tanımak, Anayasanın kurmayı amaçladığı demokratik hukuk devleti ve TBMM önündeki siyasal sorumluluk ilkelerine ters düşer⁵⁵. *Soysal* 1961 Anayasası döneminde yapılan bazı MGK toplantılarının gerçekte Bakanlar Kurulu kararlarının yüksek rütbeli

⁵² Yazıcı, Serap, **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, Ankara, 1997, s. 122.

⁵³ Duran (1981), s. 130. Aybay, bu değişiklikten sonra da Kurul kararlarının istişari niteliğinin devam ettiğini, ancak “bildirme” kelimesinin “tavsiye etme” olarak değiştirilmesi durumunda kanun koyucunun abesle iştiğal edemeyeceği ilkesi uyarınca Duran’ın yorumunun kaçınılmaz olduğunu kabul etmektedir. Aybay, s. 78.

⁵⁴ Yazıcı, s. 124.

⁵⁵ Aybay, s. 79.

komutanlarca belirlendiği bir üst kabine niteliği kazandığını ifade etmektedir⁵⁶.

1961 Anayasası'nın 111. maddesindeki esaslara uygun olarak hazırlanan ve yürürlüğe giren 129 Sayılı Milli Güvenlik Kurulu Kanunu'nun 5. maddesine göre; "Milli Güvenlik Kurulu, ayda bir defa toplanır. Ayrıca Başkanın göstereceği lüzum üzerine de toplanabilir. Kurul kararlarını çoğunlukla alır. Eşitlik halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyuna itibar olunur. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri Kurul toplantılarına katılır, oya katılmaz. Başbakanlık Müsteşarı, Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreteri Başbakanın daveti ile kurul toplantılarına katılabilirler fakat oya katılmazlar. Kurul, gerektiğinde lüzum gördüğü vazifelileri ve uzmanları da istişare için çağırabilir. Kurul aldığı kararları Bakanlar Kurulu'na bildirir".

III. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE MİLLİ GÜVENLİK KURULU

A. Milli Güvenlik Kurulu'nun Oluşumu, Görevleri ve Kararlarının Hukuki Niteliği

1961 Anayasası ile Bakanlar Kurulu'na yardımcı bir kurul olarak kurulan Milli Güvenlik Kurulu, 1982 Anayasası'nda da yerini almıştır. 1982 Anayasası'nın 118. maddesi, 1961 Anayasası'nın 111. maddesinden daha farklı ve daha ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Bunlardan birincisi; Kurul'un statüsü ile ilgilidir. 1961 Anayasası'nda Kurul'a hangi Bakanların katılacağı belirtilmeyerek bu husus yasaya bırakılmışken, 1982 Anayasası'nda Kurul'a katılacak Bakanlar açıkça sayılmıştır. Ayrıca Jandarma Genel Komutanı da Kurul üyeliğine getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre Kurul'daki asker üyelerin sayısı beş iken sivil üyelerin sayısı dördtür.

Bir diğer fark ise; kurulun görev ve yetkileri bakımındandır. 1961 Anayasası'nda, Kurulun milli güvenlik ile ilgili temel görüşleri Bakanlar Kurulu'na tavsiye edeceği öngörülmüşken; 1982 Anayasası'nda, Kurul kararlarının Bakanlar Kurulu'na bildirilmesi esası getirilmiştir. Ayrıca, "alınması zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır" şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, Kurul kararlarının istişari olma niteliğinin 1982 Anayasası ile de korunup korunmadığıdır. 118. maddenin 3. fıkrası Milli Güvenlik Kurulu'nun istişari bir organ olma niteliğinin 1982 Anayasası'nda da korunduğunu göstermektedir⁵⁷. Bu maddede geçen

⁵⁶ Soysal (1997), s. 235.

⁵⁷ Bu fıkra göre: "Milli Güvenlik Kurulu; Devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulaması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna

“görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir” ifadesinden kararların bağlayıcı niteliği olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak “öncelikle dikkate alınır” ifadesinin bu niteliği zayıflattığı söylenebilir. Ancak demokrasilerin temel kurallarından biri olan “askeri otoritenin sivil otoriteye tabi sayılması” kuralı gereğince, bu değişikliklerden sonra yine de Milli Güvenlik Kurulu’nun yeri ve yetkileri bakımından istişari bir organ olduğu kabul edilmelidir. Milli Güvenlik Kurulu’nu hükümetin ve parlamentonun üstünde saymak Anayasa’da yer alan demokratik devlet ilkesine de aykırı düşer. Milli güvenlik ve savunma konularında alınacak kararların siyasi sorumluluğu Bakanlar Kurulu’na ait olduğuna göre, Milli Güvenlik Kurulu’nca belirtilen görüşlerin birer tavsiye niteliğini aşmaması temel kuraldır. Milli Güvenlik Kurulu ulusal güvenlik konularında daha uzman bilgilerle görüş belirtebilecek bir organ olduğuna göre, onun görüşlerinin dikkate alınması da doğaldır⁵⁸. Erdoğan’a göre; Milli Güvenlik Kurulu uygulamada istişari organ olma özelliğini aşarak adeta ikinci bir hükümet gibi işlev görmektedir. Bu durumun oluşmasında ise MGK’nın milli güvenlik konularında tek yetkili kurul gibi görünmesi ve milli güvenlik kavramının oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olmasının payı büyüktür⁵⁹. Tanör ise; 1982 Anayasası’nda Milli Güvenlik Kurulu’nun statüsü ile ilgili yapılan değişiklikler sonucu Anayasanın, askeri gücün adeta özerkleşmesi yolunda yeni adımlar attığı görüşündedir⁶⁰.

Anayasanın 117. maddesinin ikinci fıkrası ile milli güvenliğin sağlanması görevi açık bir şekilde Bakanlar Kurulu’na verilmiş ve bu konuda Bakanlar Kurulu TBMM’ye karşı sorumlu kılınmıştır. Durum böyle iken Milli Güvenlik Kurulu’nu, milli güvenliğin sağlanması konusunda icrai karar almaya yetkili makam olarak görmek Anayasa’ya aykırı olacaktır. Bu iddianın doğruluğu kabul edilse bile; sorumluluğu olan fakat yetkisi olmayan

bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır”.

⁵⁸ “Ancak zaman zaman siyasal yaşamın bunalımlı dönemlerinde yapılan Milli Güvenlik Kurulu toplantıları, Bakanlar Kurulu’na bildirilecek görüşlerin oluştuğu bir yer olmaktan çıkmış ve gerçekte Bakanlar Kurulu kararlarının yüksek rütbeli komutanlar ile birlikte alındığı bir üst kabine niteliği kazanmıştır”. Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasa’nın Anlamı**, İstanbul, 1997, s. 345-346; Tanilli, Server, **Devlet ve Demokrasi**, İstanbul, 2000, s. 473.

⁵⁹ Erdoğan, Mustafa, “Silahlı Kuvvetlerin Türk Anayasal Düzeni İçindeki Yeri”, **AÜSBF Dergisi**, C. XLV, No: 1- 4, Yıl: 1990.

⁶⁰ Tanör, (1991), s. 122.

bir Bakanlar Kurulu, yetkisi olan fakat sorumluluğu olmayan bir Milli Güvenlik Kurulu oluşacaktır. Bu durumun da demokratik bir devlette asla kabul edilemeyeceği açıktır. 1982 Anayasası'nda Milli Güvenlik Kurulu'nun düzenleniş şekline ve görevlerine bakıldığında Kurul'un istişari bir organ niteliğinde olduğu görülmektedir. Ancak tarihsel gelişimi ve özellik askeri müdahaleler sonucu yapılan mevzuat değişiklikleri incelendiğinde MGK'nın devlet sistemi içindeki konumunun güçlendirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır⁶¹. Ancak 1982 Anayasası'nın ilk halinde bile Kurul'un, devletin en yüksek karar organı olduğu yönündeki görünümü hukuki değil tamamıyla fiili bir durumdur.

1982 Anayasası ile, "toplumun huzur ve güvenliğinin korunması" konusu da Milli Güvenlik Kurulu'nun ilgi alanına sokulmak suretiyle milli güvenlik kavramının kapsamı genişletilmiştir (m. 118/3). Bu durumda Milli Güvenlik Kurulu'na dolayısıyla silahlı kuvvetlere, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması amacıyla toplumsal olayları denetlenme imkanı sağlanmıştır⁶². Bir başka ifade ile 1982 Anayasası'nda milli güvenlik kavramı oldukça geniş tutulmuş ve bu hali ile ülkenin genel politikasının belirlenmesinde silahlı kuvvetlere etkili bir rol verilmiştir⁶³. 1982 Anayasası'ndaki diğer bir fark ise, Kurul'un gündeminin Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği esasının getirilmiş olmasıdır. 1982 Anayasası'na göre Genelkurmay Başkanı görev ve yetkilerinden dolayı Başbakan'a karşı sorumludur. Hal böyle iken Kurulun gündeminin belirlenmesinde Genelkurmay Başkanı'na Başbakan ile eşit statü verilmesi yerinde bir düzenleme değildir.

1982 Anayasası'nın Kurul üyeleri ile ilgili olarak, 1961 Anayasası'ndan farklı bir düzenleme içeren diğer bir ifadesi ise Genelkurmay Başkanı dışında Kurula katılan asker üyeleri 1961 Anayasası'nın "Kuvvet Temsilcileri" olarak ifade etmesine karşılık, 1982 Anayasası'nın tek tek Kuvvet Komutanlarından söz etmesidir. Yazıcı'ya göre bu "...1971 anayasa değişikliklerinde Kuvvet Temsilcilikleri yerine Kuvvet Komutanları

⁶¹ Cizre'ye göre de son yirmi yılda ordu sivil otoritenin karar verme sürecine katılmak suretiyle geleneksel olarak sivil kontrolündeki alanlarda yetkilerini arttırmaya başlamıştır. Bu eğilimin ortadaki örneği olan kurum ise Milli Güvenlik Kurulu'dur. Cizre, Ümit, **Muktedirlerin Siyaseti**, Merkez Sağ – Ordu – İslamcılık, İstanbul, 1999, s. 69.

⁶² Tanör, (1991), s.123.

⁶³ Erdoğan, Mustafa, **Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler**, Ankara, 1993, s. 142.

ifadesinin benimsenmesi ile başlayan ve asker üyelerin kuruldaki etkisini güçlendirmeyi amaçlayan eğilimin devamı olarak⁶⁴ ” kabul edilebilir.

2001 yılında 4907 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 118. maddesinde değişiklik yapılmıştır⁶⁵. Bu değişikliklerden ilki Başbakan Yardımcıları'nın ve Adalet Bakanı'nın kurul üyelerine eklenmiş olmasıdır. Bu değişiklik ile Kuruldaki sivil üyelerin sayısı artırılmıştır⁶⁶. İkinci değişiklik ise; kurul kararlarının tavsiye niteliğinde olduğunun vurgulanmış olması ve “Bakanlar Kurulu tarafından öncelikle dikkate alınır” ifadesi yerine “Bakanlar Kurulunca değerlendirilir” ifadesinin yer almış olmasıdır. Maddedeki bu ifade nedeniyle Milli Güvenlik Kurulu'nun istişari bir organ olma niteliği konusundaki şüpheler de ortadan kalkmış olmaktadır. 2001 yılında değiştirilmeden önceki 118. maddenin ilk haline göre de Kurul kararları tavsiye niteliğindedir, ancak uygulamada yaşanan bazı sıkıntıları gidermek amacıyla ve Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde bu niteliği vurgulamak gerekli olmuştur⁶⁷.

⁶⁴ Yazıcı, s. 185-186.

⁶⁵ 1982 Anayasası'nın 118 maddesi Milli Güvenlik Kurulu'nun görevlerini çok genel olarak şu şekilde ifade etmiştir: “(Değişik: 3.10.2001-4709/32 md.) Milli Güvenlik Kurulu; Devletin Milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonunun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca değerlendirilir”.

⁶⁶ Kurul'un, Avrupa Birliği standartlarına ve Katılım Ortaklığı Belgesinde yer alan siyasi kriterlere uygun bir duruma getirilmesi için Kurul'daki sivil üye sayısının artırılması şarttır. Genel Kurmay Başkanının, Silahlı Kuvvetleri temsilen Kurula tek başına katılması ve diğer Kuvvet Komutanların gündem gerektirdiği takdirde, Kurul toplantılarına katılabilesinin sağlanması önerilmektedir. TÜSİAD, (2001), s. 26-27.

⁶⁷ Nitekim, Mart 2001'de onaylanan ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerin dışişleri bakanlarından oluşan AB Genel İşler Konseyinin, 4 Aralık 2000 tarihinde Brüksel'de yaptığı toplantıda, son şeklini verdiği Katılım Ortaklığı Belgesinde (KOB), “Milli Güvenlik Kurulu'nun hükümete bir danışma organı niteliğindeki Anayasal rolünün Avrupa Birliği üye ülkelerinin uygulamalarına uyumlulaştırılması” ifadesi bulunmaktadır. 26 Mart 2003 tarihinde onaylanarak yayımlanan Katılım Ortaklığı Belgesinde ve 2001 Ulusal Programı'nda da benzer ifadeler yer almıştır. 24.07.2003 gün ve 25178 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (UP) “Siyasi Kriterler” bölümünde bu durum: “Milli Güvenlik Kurulu'nun (MGK) danışma organı niteliği, Anayasa ve ilgili yasa

2945 Sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 5. maddesine göre; Kurul ayda bir defa olağan toplanır. Ayrıca Cumhurbaşkanının gerekli gördüğü ve Başbakan veya Genelkurmay Başkanının önerilerini uygun bulduğu durumlarda olağanüstü olarak da toplanabilir. Kurul toplantıları Cumhurbaşkanının başkanlığında yapılır. Cumhurbaşkanının katılmadığı zamanlar Kurula Başbakan başkanlık eder. 2945 Sayılı Kanun'un gerekçesine göre olağanüstü toplantılar, Cumhurbaşkanının bizzat gerek gördüğü haller ile Kurulun gündeminin hazırlanmasında Anayasanın 118. maddesine göre öneride bulunma yetkisine sahip Başbakan ve Genelkurmay Başkanı'nın teklifleri ve bu tekliflerin Cumhurbaşkanınca uygun görülmesi halinde yapılabilir. Bu düzenleme 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı üstünlüğün de bir kanıtıdır⁶⁸.

2001 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklere paralel olarak 2945 Sayılı Kanun'un ilgili maddeleri de değiştirilmiştir. Milli Güvenlik Kurulu toplantılarının ayda bir yapılacağına dair 5. maddenin ilk fıkrası 4963 sayılı Kanun'un⁶⁹ 25. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Kurul, iki ayda bir toplanır. Gerektiğinde Kurul, Başbakanın teklifi üzerine veya doğrudan Cumhurbaşkanının çağrısı ile de toplanır. Kurulun gündemi Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir. Gündemin hazırlanmasında Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınır. Kurul üyesi bakanlar ile diğer bakanların gündeme girmesini istedikleri konular, Başbakanın da görüşünü alarak Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri vasıtasıyla Cumhurbaşkanına iletilir (m. 6). Kurul, kararlarını çoğunlukla alır. Eşitlik halinde Kurul Başkanının bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır (m.7/1). Kurul kararları, Cumhurbaşkanına ve Bakanlar Kurulunda görüşülmek üzere Başbakanlığa, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği tarafından gönderilir (m.7/2). Milli Güvenlik Kurulu kararları, Başbakan tarafından Bakanlar Kurulu gündemine öncelikle alınmak suretiyle görüşülür ve gerekli kararlar alınır (m. 8).

Anayasası'nın 118 maddesi Milli Güvenlik Kurulu'nun görevlerini çok genel olarak ifade etmiştir. 2945 Sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 4. maddesinde ise Milli

değişiklikleriyle yeniden tanımlanmıştır. MGK'nın ve MGK Genel Sekreterliğinin işlevleri bu niteliklerle uyumlaştırılacaktır" şeklinde açıklanmıştır.

⁶⁸ Özdemir, s. 114.

⁶⁹ 30 Temmuz 2003 tarih ve 4963 sayılı Kanun, **RG**, 07.08.2003-25192.

Güvenlik Kurulu'nun görevleri tek tek sayılmıştır⁷⁰. Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 4. maddesinde sıralanmış olan bu görevler; MGK'yı istişari bir organ olmaktan çıkarıp bir karar organı haline getirecek kadar kapsamlı olduğu görülmektedir. Madde metni içerisindeki kavramlar Milli Güvenlik Kurulu'nun görev ve yetki alanını belirlemektedir. Bu ifadeler incelendiğinde Kurul'un görev alanının milli güvenlik ile sınırlı tutulmadığı görülmektedir⁷¹. Örneğin “toplumun huzur ve güvenliğini” ve “anayasal düzenini” koruma, “milli birlik ve bütünlüğü sağlama”, “Türk Milletini Atatürkçü düşünce, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve milli ülkü ve değerler etrafında birleştiren milli

⁷⁰ 2945 Sayılı Kanun'un 4. maddesine göre Milli Güvenlik Kurulu'nun görevleri şunlardır: a) Devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konularında, görüş tespit eder; b) Devletin milli güvenlik siyaseti doğrultusunda tespit edilen milli hedeflerin ve hazırlanan milli plan ve programların gerçekleştirilmesine ilişkin tedbirleri belirler; c) Devletin milli güvenlik siyasetini etkileyecek milli güç unsurlarını ve ülkenin siyasi, sosyal, iktisadi, kültürel ve teknolojik durum ve gelişmelerini sürekli takip ederek değerlendirir, milli hedefler yönünde güçlenmelerini sağlayacak temel esasları tespit eder; d) Devletin varlığı, bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda zorunlu gördüğü tedbirleri tespit eder; e) Anayasal düzeni koruyucu, milli birlik ve bütünlüğü sağlayıcı, Türk Milletini Atatürkçü düşünce, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve milli ülkü ve değerler etrafında birleştirerek milli hedeflere yönlendirici gerekli tedbirleri belirler. Sayılan bu hususlara yönelmiş yurtiçi ve yurtdışı tehdide karşı koymak, bu tehdidi etkisiz kılmak için gereken strateji ve temel esaslar ile birlikte planlama ve uygulama hizmetleri konularında görüşleri, ihtiyaçları ve alınmasını lüzumlu gördüğü tedbirleri tespit eder; f) Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik veya savaş hali ilanı için görüş tespit eder; g) Olağan hal ile savaş, savaşı gerektiren ve savaş sonrası hallerde, kamu ve özel kurum ve kuruluşlar ve vatandaşlara düşecek topyekün savunma, milli seferberlik ve diğer konularda hizmet ve yükümlülükler ile bu hususlarda yapılacak planlara temel teşkil edecek esasları tespit eder; h) Devletin milli güvenlik siyasetinin öngördüğü hususlar ve topluma yönelik hizmetler ile topyekün savunma hizmetlerinin gerektirdiği mali, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer konulara ilişkin tedbir ve ödeneklerin kalkınma plan, program ve yıllık bütçelerde yer almasını sağlamak üzere gerekli esasları tespit eder; i) Milli güvenlik kapsamına giren konularda yapılan ve yapılacak milletlerarası anlaşmalar hakkında görüş tespit eder. Milli Güvenlik Kurulu, tespit ettiği bu görüş, tedbir ve esasları kurul kararı halinde Bakanlar Kuruluna bildirir ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

⁷¹ Erdoğan, Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Ankara 2002, s. 256; Özdemir, s. 120-121.

hedeflere yönlendirme” amacıyla gerekli tedbirleri belirleme şeklindeki görevler Kurul’un görev alanını oldukça genişletmektedir.

Milli güvenlik kavramının hükümet sorumluluğuna giren hemen hemen bütün konuları kapsayacak bir şekilde genişletilmesinin, Bakanlar Kurulu’na paralel fakat siyasal sorumluluk taşımayan yeni bir karma organ yaratılmasına neden olduğu ileri sürülmüştür⁷². Milli Güvenlik Kurulu’nu diğer ülkelerdeki örneklerinde olduğu gibi savunma ve güvenlik konularındaki görüşlerini yürütme organına açıklamalarını sağlamaya yönelik bir organ olarak değerlendirmek mümkündür. Ancak kanunda yer alan ifadeler, aslında Bakanlar Kuruluna yardımcı olmak üzere kurulmuş olan MGK’yı bu işlevinden uzaklaştırmıştır. Şüphesiz ki MGK’yı neredeyse bir karar organı haline getiren bu gelişmelerin üzerinde askeri müdahalelerin de büyük rolü olmuştur.

Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununda Kurul’un görevlerini belirleyen 4. madde ilk olarak 4789 sayılı Kanun ile yapılsa da asıl önemli olan değişiklikler 4963 Sayılı Kanun ile yapılmıştır. Bu değişiklikler 2001 yılında Anayasa’da yapılan değişiklik çerçevesinde yapılmış düzenlemelerdir. 4789 sayılı Kanun ile Kurul üyelerine, Başbakan Yardımcıları ve Adalet Bakanı eklenmiştir. Ancak, bu değişiklikler Kurul kararlarının hükümet üzerindeki etkisini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. 7. Uyum Paketi olarak da bilinen ve bazı yasalarda değişiklik öngören 4963 Sayılı Kanun ile 4. maddede yapılan değişikliklerden birisi Kurul’un görev ve yetkileri yeniden düzenlenmesidir. Ayrıca Kurul’un toplantılarının iki ayda bir yapılması ve gerektiğinde Başbakanın teklifi üzerine veya doğrudan Cumhurbaşkanının çağrısı ile de toplanmasına ilişkin hüküm de yer almıştır. Bu Kanun ile daha önce gizli bir yönetmelik ile düzenlenen Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği’nin görevleri de yeniden düzenlenmiş ve klasik sekreteryaya hizmetleri ile sınırlandırılmıştır. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanır. Söz konusu atamanın, “Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları arasından yapılmasının öngörülmesi hâlinde Genelkurmay Başkanının olumlu görüşü alınır” hükmü ile de Genel Sekreter’in siviller arasından atanabilmesine de imkan tanınmıştır. Ayrıca daha önce gizli nitelikte olan yönetmelik yerine Kanun’un yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde yeni bir yönetmelik çıkarılması emredilmiştir.

2945 Sayılı Kanun’un 10 maddesine göre; Milli Güvenlik Kurulu toplantılarında yapılan görüşmeler, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği

⁷² Soysal, s. 346.

görevlileri tarafından usulüne uygun şekilde tutanakla tespit edilir. Kararların asılları ve görüşme tutanakları Genel Sekreterlikte saklanır. Tutanaklar ve görüşmeler açıklanamaz ve yayınlanamaz. Kararlar Milli Güvenlik Kurulu'nun vereceği karara göre açıklanabilir veya yayımlanabilir⁷³.

Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 4. maddenin eski halinde yer alan görevleri nedeniyle Milli Güvenlik Kurulu; danışma organı niteliğinden uzaklaşmış, adeta bir karar organı haline gelmiştir. Bu sakıncanın giderilmesi açısından maddenin yeniden düzenlenmesi ve MGK'nın görev alanının daraltılması yerinde olmuştur. Ancak önemli olan bu değişikliklerin fiili duruma yansıtılabilmesidir. Milli Güvenlik konusu uzmanlık gerektiren bir konudur. Siyâsî iradenin de bu şekilde uzmanlardan oluşmuş bir kurulun görüşlerinden faydalanması gereklidir⁷⁴. Ancak bu durum görüş bildirmeden öteye gitmemelidir. Ülkemizde Milli Güvenlik Kurulu'nun bir uzmanlık komitesi olarak kabul edilmesi gerekir. Ayrıca, Milli Güvenlik Kurulu'nun Anayasal bir kurul olmaktan çıkarılması daha uygun olacaktır⁷⁵.

B. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği

1982 Anayasası'nın 118. maddesinde Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre 2945 Sayılı Kanun ile Başbakanlığa bağlı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kurulmuştur. 1961 Anayasası'nın Milli Güvenlik Kurulu'nu düzenleyen 111. maddesinde Genel Sekreterlik ile ilgili herhangi bir kayıt bulunmazken; 1982 Anayasası 118. maddesinin devamına "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevleri kanunla düzenlenir" ibaresi eklenmiştir.

⁷³ Balcı'ya göre; MGK kararlarının Genel Sekreterlik tarafından açıklanması Anayasa'ya aykırıdır. Milli Güvenlik Kurulu ve benzeri yardımcı organlar işişari organlar olduklarından kamuoyu ile doğrudan ilişki kuramazlar. Tüzel kişilikleri yoktur, bu nedenle sorumlulukları da yoktur. Sorumluluk Bakanlar Kurulu'na aittir. Bakanlar Kurulu tarafından açıklanmayan MGK kararlarını kamuoyuna duyuran görevliler açıkça suç işlemektedir. Bu suçun müeyyidesi TCK'nun 132. ve 137. maddelerinde belirtilmiş iken, bu kararları basına sızdıranlar ve neşredenler hakkında hiçbir takibat icra edilmemektedir. Balcı, s. 94-96.

⁷⁴ Ulusal güvenlik ve savunma konularında, asker ve sivil otoritelerin görüşlerini yan yana getirecek bir kurulun bulunmasını son derece yararlı olacağı konusunda bkz. Soysal, s. 346; Aybay, s. 81; Tanör, s. 122.

⁷⁵ MGK'nın anayasal bir kurum olmasının şart olmadığı yönündeki görüş için bkz., TÜSİAD, (1997), s. 79; Tanör, s. 122. Karşı görüş için bkz., TÜSİAD Raporu, (2001), s. 26.

Bu durum 1982 Anayasası ile Genel Sekreterlik makamına verilen özel önemi ortaya çıkmaktadır⁷⁶.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin kurum ve kuruluşlarla çalışma ve ilişkileri ayrı bir yönetmelikte düzenlenmiştir. 2945 Sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği tarafından hazırlanarak Milli Güvenlik Kurulu'nda görüşülen ve 10 Şubat 1984 gün ve 91/1436 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe giren bu yönetmelik "Gizli" gizlilik derecesinde olduğundan, içeriği hakkında bilgi sahibi olunamamıştır⁷⁷. 2945 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler de Yönetmeliğin yeniden hazırlanmasını zorunlu kılmıştır. Hazırlanan yeni yönetmelik Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁷⁸.

Türk hukukunda bütün yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanması şart değildir. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı kanun ile düzenlenir (Anayasa m. 124). Ancak Resmi Gazetede yayımlanmayan bir yönetmelik dahi gerektiğinde ulaşılabilir nitelikte olmalı, ilgililere duyurulmalıdır. Bu durum hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur⁷⁹. Çünkü; yönetmeliklerle yapılan düzenleyici işlemler kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyebilmektedir. Bu nedenle yönetmeliklerin ulaşılabilir nitelikte olması ve yargı denetimine tabi olması şarttır. Milli Güvenlik

⁷⁶ Özdemir, s. 116.

⁷⁷ 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre: "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile kanunda belirtilen konular Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği tarafından hazırlanarak, Milli Güvenlik Kurulunda görüşülen ve Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen "GİZLİ" gizlilik dereceli bir yönetmelikle düzenlenir". Ancak 27 Ağustos 2003 tarihli Radikal Gazetesi'nde yayınlanan bir haber ile birlikte bu gizlilik büyük ölçüde kalkmıştır. Berkan, İsmet "İşte En Gizli Yönetmelik", **Radikal Gazetesi**, 27 Ağustos 2003, s. 1. Gizli Yönetmeliğin basında geniş bir şekilde yer almasının üzerine MGK tarafından bir açıklama yayınlanmıştır. Yayınlanan bu açıklama ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin psikolojik hareket yürüttüğü kabul edilmekte ve bu durumun tartışılmasının anlamsız olduğu belirtilmektedir. Bkz. <http://www.ehaber.net/haberler1/b4262.shtml>, Erişim tarihi, 04.04.2004. 12.2003 tarih ve 5017 Sayılı "Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun Bazı Hükümlerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun" ile ilgili maddede geçen "Gizli gizlilik dereceli" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷⁸ 29.12.2003 tarih ve 6688 Sayılı Karar, **RG**, 08.01.2003-25340.

⁷⁹ Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2002, s. 98.

Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği'nin gizliliğinin kaldırılması hukuk devleti açısından yerinde olmuştur.

Kanun'un değiştirilmeden önceki hali ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri'nin sivil kişiler arasından atanması söz konusu değildir. Aynı zamanda atamalar Resmi Gazete'de yayımlanmadığı için kadrolar gizli nitelikteydi. 4963 Sayılı Kanun'un 27. maddesi ile Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 15. maddesi değiştirilmiştir⁸⁰. Yeni düzenlemeye göre "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanır. Söz konusu atamanın, Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları arasından yapılmasının öngörülmesi halinde Genelkurmay Başkanının olumlu görüşü alınır". Bu değişiklik ile MGK Genel Sekreterliği görevine sivillerin de atanabilmesine imkan tanınmıştır. Bu suretle genel sekreterliğin yönetim olarak silahlı kuvvetlere fiili bağımlılığının da ortadan kaldırılması sağlanmıştır. Ayrıca Genelkurmay Başkanının inha yetkisi kaldırılarak, genel sekreterin atama usulü de değiştirilmiştir.

5017 Sayılı "Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun Bazı Hükümlerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair" Kanun'un 1. maddesi ile 2945 Sayılı Kanun 16. maddesinin son fıkrasındaki "atamalar Resmi Gazete'de yayımlanmaz" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre; Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kadrolarına ilişkin gizlilik ortadan kalkmıştır, bu sayede Kurul daha demokratik bir yapıya kavuşturulmuştur.

2945 sayılı Kanun'un "Kararların dağıtım ve takibi" başlıklı 9. maddesine göre, MGK kararlarına ilişkin uygulamaları takip etme görevi MGK Genel Sekreteri'ne verilmiştir. Ayrıca yine bu madde gereğince genel sekretere, Bakanlar Kurulu kararı haline getirilmeyen MGK kararları hakkında, Cumhurbaşkanına Başbakana ve Milli Güvenlik Kuruluna bilgi sunma görevi de verilmiştir. Kanunda genel sekretere verilen bu görevler MGK'nın istişari bir organ olması ile bağdaşmamaktadır. Kanunun ifadesinden adeta MGK kararlarının Bakanlar Kurulu tarafından uygulanmasının zorunlu olduğu izlenimi doğmaktadır. Bu durum 4963 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre "Millî Güvenlik Kurulunun tavsiye kararlarının ve görüşlerinin değerlendirilmek

⁸⁰ 2945 sayılı Kanun'un 15. maddesi 4963 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilmeden önce, "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri Orgeneral/Oramiral rütbesinde Silâhlı Kuvvetler Mensupları arasından Genelkurmay Başkanının inhası, Başbakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile atanır" şeklinde düzenlenmiştir.

üzere Bakanlar Kuruluna sunulması ve Bakanlar Kurulunda kabulü halinde bu tavsiye kararlarının uygulanmasının koordinasyonu ve izlenmesi için” Başbakan tarafından bir Başbakan yardımcısı görevlendirebilir.

4963 sayılı Kanun ile MGK Genel Sekreterliğin görevleri de değiştirilmiştir. Artık Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin görev ve yetkileri; Milli Güvenlik Kurulunun sekreterlik hizmetlerini yürütmek ve Milli Güvenlik Kurulunca ve kanunlarla verilen görevleri yerine getirmekten ibarettir. Milli Güvenlik Kurulu kararlarının hazırlanmasında ve bu kararlara ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanmasında, bakanlıklar ve ilgili kurum ve kuruluşlarla müşterek çalışmalar yapmak, uygulamaları takip ve kontrol etmek, düzenleyici, yönlendirici ve koordine edici işbirliğinde bulunmak; Milli güvenlik siyasetini tayin, tespit, uygulama ve gerektiğinde düzeltme ve değiştirme görevlerini doğrudan veya bakanlık, kurum ve kuruluşlarla da yapılacak müşterek çalışmalarla araştırmak, incelemek, planlar hazırlamak ve bu konudaki uygulamaları takip ve koordine etmek, yönlendirmek, sonuçları değerlendirmek; belirtilen konularda gerekli olan hizmet ve faaliyetleri planlamak, yürütmek ve ilgili bakanlık, kamu ve özel kurum ve kuruluşlardaki bu konulara ilişkin uygulamaları takip ve kontrol etmek, yönlendirmek ve koordine etmek; Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle ilan edilen olağanüstü halde alınacak tedbir, yapılacak iş ve işlemlerin tespit çalışmalarını yapmak, uygulamada işbirliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri tespit etmek ve bu konudaki tekliflerini Başbakana sunmak gibi görevleri kaldırılmıştır.

SONUÇ

Milli Güvelik Kurulu'nun Türk Anayasal sistemi içindeki yeri konusunda son yıllarda yanlış bir kanaat oluşmuştur. Uygulamaya bakıldığında Milli Güvenlik Kurulu kararlarının, dolayısıyla silahlı kuvvetlerin hükümet üzerinde büyük etkisi olduğu görülmektedir⁸¹. Kurul kararlarının birçoğunda da kararların “uyulması zorunlu” nitelikte olduğu izlenimi yaratılmıştır. Anayasal olmayan bu durum sonucu toplumda, Milli Güvenlik Kurulu'nun devletin tüm politikalarını belirleyen bir kurul olduğu yönünde yanlış bir kanaat oluşmuştur. Bu durumun oluşmasında yaşanan askeri müdahalelerin özellikle de 28 Şubat 1997 tarihinde toplanan MGK'dan çıkan bildirinin büyük bir payı vardır. Bu bildiri hükümete ve parlamentoya hitaben hem “alınması uygun görülen tedbirler” ibaresine yer verilmiş, hem de gereğinin yapılmaması durumunda “yeni yaptırımların” gündeme geleceği belirtilmiştir.

Milli Güvenlik Kurulu, yürütme sistemi içerisinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'na yardımcı, anayasal bir kuruluştur. Kararları da tavsiye niteliğindedir. Aksi bir durum demokrasinin temel prensiplerinden olan seçilmişlerin atanmışlardan üstün olması kuralı ile de bağdaşmaz⁸². Ayrıca milli güvenliğin sağlanmasından sorumlu olan organ Bakanlar Kuruludur. Yetki ve sorumluluğun paralel olması temel kuralı karşısında da MGK kararlarının tavsiye niteliğinde olması bir zorunluluktur. MGK kararlarının bu niteliğini vurgulamak ve silahlı kuvvetlerin sivil otorite üzerindeki bu fiili etkisini ortadan kaldırmak amacı ile 2001 yılında Anayasa bazı değişiklikler yapılmıştır. Ardından Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi MGK'nın sivil otorite üzerindeki mevcut etkisi yasal veya anayasal düzenlemelerin bir sonucu değildir. Dolayısıyla mevcut durumun demokratikleşebilmesi ancak değişikliklerin uygulamaya yansıtılması ile mümkün olacaktır. Bu yönde atılacak adımlardan birisi de şüphesiz ki Genel Kurmay Başkanı'nın görev ve yetkilerinden dolayı Milli Savunma Bakanına karşı sorumlu tutulmasıdır.

⁸¹ Hale, William, **Türkiye'de Ordu ve Siyaset: 1989'dan Günümüze**, (Çeviren: Ahmet Fethi), İstanbul, 1996, s. 270.

⁸² Hatta bazı yazarlar, nihai karar alma yetkisinin tam olarak seçilmişlere ait olmadığı ülkeleri yarı-demokrasi olarak nitelendirmekte ve Türkiye'yi de bu gruba dahil etmektedir. bkz. Hague, Rod/Martin Harrop, **Comparative Government and Politics: An Introduction**, Hampshire&New York 2001, s. 28, aktaran Atar, s. 69.

Yapılan değişiklikler ile kanunda yer alan muğlak milli güvenlik tanımı ve devletin milli güvenlik siyasetine ilişkin geniş tanım değiştirilmemiştir. Niteliği gereği müphem ve siyasi taktire yer bırakan bir kavram olan milli güvenlik kavramının, Milli Güvenlik Kurulu'nun yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi açısından daha açık bir tanımının yapılması şarttır. Milli güvenliğin, herhangi bir ideolojinin veya belli bir siyaset felsefesinin korunup esirgenmesi gibi bir anlamı yoktur. Milli güvenlik kavramının kapsamı, devletin iç ve dış yıkıcı saldırılara karşı korunması olarak sınırlandırılmalıdır.

Milli Güvenlik Kurulu'nu sadece milli güvenlik konularında uzman bir kurul kabul etmek gerekir. Kurulun görev alanı ise milli güvenlik meseleleriyle sınırlıdır. Kurula, danışma organı olmasının ötesinde yetkilerle donatmak, siyasi iktidarın üzerinde bir vesayet makamı olarak görmek, Anayasa'da öngörülen demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine aykırı düşen bir tasarruf olacaktır.

KAYNAKÇA

Abadan, Nermin, “Türkiye’de İnsan Hakları Seminerleri- Tebliğler - Tartışmalar”, Ankara, 1970.

Akgüner, Tayfun, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, İstanbul 1983.

Aslan, M. Yasin, “Milli Güvenlik Kurulu”, Askeri Adalet Dergisi, S. 92, Ocak 1995.

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

Atatüre, Süha, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Ordu-Siyaset İlişkisi Milli Güvenlik Kurulları Örneği, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1994.

Aybay Rona, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XXXIII, No: 1-4, Ankara 1979.

Balci, Muharrem, MGK ve Demokrasi; Hukuk, Ordu, Siyaset, İstanbul 2000.

Berkan, İsmet “İşte En Gizli Yönetmelik”, Radikal Gazetesi, 27 Ağustos 2003, s. 1.

Cizre, Ümit, Muktedirlerin Siyaseti, Merkez Sağ – Ordu – İslamcılık, İstanbul, 1999.

Devletin Kavram ve Kapsamı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Ankara, 1990.

Duran, Lütfi, “Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik”, İktisat ve Maliye, C. XVII, Temmuz 1970.

Duran, Lütfi, İdare Hukuku (Ders Notları), İstanbul 1981.

Erdoğan, Mustafa, “Silahlı Kuvvetlerin Türk Anayasal Düzeni İçindeki Yeri”, AÜSBF Dergisi, C. XLV, No: 1- 4, Yıl: 1990. (Erdoğan 1990)

Erdoğan, Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Ankara 2002. (Erdoğan 2002)

Erdoğan, Mustafa, Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler, Ankara, 1993. (Erdoğan 1993)

Fendoğlu, H. Tahsin, “Özgürlükçü Anayasa Üzerine”, Av. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999.

Hale, William, Türkiye’de Ordu ve Siyaset: 1989’dan Günümüze, (Çeviren: Ahmet Fethi), İstanbul, 1996.

Kaneti, Selim, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması”, Anayasa Yargısı, S. 8.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yayınları, Ankara, 1991.

Özdemir, Hikmet, Rejim ve Asker, İstanbul, 1989.

Öztürk, O. Metin, Ordu ve Politika, Ankara, 1993.

Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, İstanbul, 1997.

Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi, İstanbul, 2000.

Tanör, Bülent, İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul, 1991. (Tanör 1991).

Tanör, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1969. (Tanör 1969).

Tunaya, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1980.

TÜSİAD Raporu, Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Siyasal Kriterleri, Görüşler ve Öncelikler, İstanbul, 2001, (TÜSİAD Raporu 2001)

TÜSİAD, Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, İstanbul, 1997.

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku I, İstanbul, 1990.

Yazıcı, Serap, Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri, Ankara, 1997.