

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XIV

SAYI: 2

YIL: 2019

EKİM – 2019
KAYSERİ

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Fatma İLHAN

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>E-MAİL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi:</u> EKİM 2019

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

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

Dizgi ve Mizanpaj

Editör Yardımcıları

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZI/ KAYSERİ

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdergisi@gmail.com e-mail adresine ulaştırılması gerekmektedir.
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. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek; kaynakçanın yazının sonuna eklenerek gönderilmesi gereklidir. Yazarın iletişim bilgileri (işyeri adresi ve e- posta) ve Orcid ID numarası da göndermesi gerekmektedir.
4. 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.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 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 başlıklandırma kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise 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.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Atatürk Üniversitesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Mustafa UYANIK
Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY
Arş. Gör. Ayşe KARAKIMSELİ SEZGİN
Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK
Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN, Dr. Öğr. Üyesi Aslı NANECİ ARICI, Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN, Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU, Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN, Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Dr. Öğr. Üyesi Selman ÖZDAN, Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Büşra BEYDÜZ, Arş. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Dr. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Allı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Abdulbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Beyza KATIRCIGİL, Arş. Gör. Dr. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Burak KÜPELİOĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL / Arş. Gör. Özge DEMİRDELEN

Kooperatiflerde Organlar ve Organ Kararlarının Hükümsüzlüğü 210

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL

Düğünde Takılan Ziyet Eşyasının İadesi 265

Dr. Öğr. Üyesi Orhan EROĞLU / M. Nazlı KÖSLÜOĞLU

Sözleşmeye Dayalı Geçit İrtifakında Hak ve Yükümlülükler 303

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon

Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları 333

Dr. Öğr. Üyesi Onur SARI

Fikri Ürüne İlişkin Simsarlık Sözleşmesi 371

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL

Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi 441

Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur KILINÇ

Japon Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri

ve Japon Medeni Kanunundaki Güncel Gelişmelere Genel Bir Bakış 457

Dr. Remzi DEMİR

Yapı Alacaklısı İpoteği 493

Av. Gülşah İSLAMOĞLU

Havale 525

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme

Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi ve Türkiye 555

Dr. Öğr. Üyesi Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN

Hazar Denizinin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme 603

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet KILINÇ

İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi
ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi623

Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL

Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve
Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi.....663

Dr. Öğr. Üyesi Özgür ŞAHAN

Cumhurbaşkanı'nın Vergi ile İlgili Düzenleme Yapma Yetkisi,
Yetkinin Sınırları ve Yargısal Denetimi693

Arş. Gör. Dr. Gülden ÇAMURCUOĞLU

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları713

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL / Res. Asst. Özge DEMİRDELEN

Cooperatives Bodies and Invalidity of Bodies Decisions210

Assist. Prof. Dr. Mehmet AKÇAAL

The Restitution of Jewelry During The Wedding Ceremony265

Assist. Prof. Dr. Orhan EROĞLU / M. Nazlı KÖSLÜOĞLU

Prerogatives and Obligations in Passage Easement Based on Contract303

Assist. Prof. Dr. Ahmet NAR

Revision Efforts on Inheritance Law in Switzerland

and Possible Effects on Turkish Law333

Assist. Prof. Dr. Onur SARI

Brokerage Agreement on Intellectual Property371

Assist. Prof. Dr. Akın ÜNAL

The Collaboration of The Business Owner in The Work Contract441

Res. Asst. Dr. Ayşe Nur KILINÇ

The Basic Principles of Japanese Contract Law

and an Overview of The Current Developments in The Japanese Civil Code457

Dr. Remzi DEMİR

Constructor's Mortgage.....493

Advoc. Gülşah İSLAMOĞLU

Remittance.....525

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Comparative Constitutional Law in terms of Executive and

Legislative Powers under The Formation and Presidential System and Turkey555

Assist. Prof. Dr. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN

Convention on the Legal Status of the Caspian Sea603

Assist. Prof. Dr. Ahmet KILINÇ

Comparison of Hukuk-1 Aile Kararnamesi and Malaysian Islamic Family Law
(Federal Territory) Act in the context of the Universality of Islamic Law623

Assist. Prof. Dr. Ali Tanju SARIGÜL

Error Concept in Criminal Law and The Effect of Error
on Criminal Responsibility in The Material Aspects Of Crime663

Assist. Prof. Dr. Özgür ŞAHAN

The President's Power to Regulate Taxation,
Its Boundaries and Its Judicial Review.....693

Res. Asst. Dr. Gülden ÇAMURCUOĞLU

Protection Mechanisms Foreseed
in the Frame of American Convention on Human Rights713

Özel Hukuk/ Private Law

KOOPERATİFLERDE ORGANLAR VE ORGAN KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Cooperatives Bodies and Invalidity of Bodies Decisions

Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL*
Arş. Gör. Özge DEMİRDELEN**

ÖZET

TTK m. 124/1 uyarınca kooperatifler, bir ticaret şirkettir. Kooperatifler, ortaklarının ekonomik menfaatini geliştirmek amacını taşımaktadır. Kooperatiflere ilişkin Türk Hukukunda ana düzenleme 1163 sayılı Kooperatifler Kanunudur (KoopK). KoopK hükümleri, TTK hükümlerine göre uygulanma açısından önceliklidir; KoopK aksine bir hükme yer vermediği hususlarda TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümler, KoopK m. 98 atfı nedeniyle, uygulanacaktır. Bu husus kooperatif organlarının aldığı kararlar açısından da önemlidir. Makale konumuzun esasını kooperatif organ kararları oluşturmaktadır.

Makalede hükümsüzlük halleri olarak yaptırımın ağırlık derecesine göre geçersizlik halleri, anonim şirketlerle karşılaştırmalı olarak irdelenerek; yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik durumları hukukî niteliklerine göre ele alınacaktır. Bu yaptırım hallerinde KoopK hükümlerinin uygulanması ve KoopK hükümler-

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri/Türkiye, badiguzel@erciyes.edu.tr, (ORCID-ID: 0000-0003-4118-3387).

** Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mersin/Türkiye, ozgedemirdelen@cag.edu.tr, (ORCID-ID: 0000-0001-9046-5124).

Makale Geliş Tarihi: 29.08.2019

Makale Kabul Tarihi: 25.10.2019

rinin uygulanamadığı durumlarda TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kooperatif organ kararlarının hükümsüzlüğündeki etkisi de incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Butlan, Genel Kurul, İptal, Yokluk, Yönetim Kurulu.

ABSTRACT

In accordance with Article 124/1 of the Turkish Commercial Code, cooperatives are a trading company. Cooperatives aim to improve the economic interest of their partners. The main regulation in the Turkish Law on Cooperatives Law. The provisions of the Cooperative Law have priority in terms of implementation in accordance with the provisions of the Turkish Commercial Code; in cases where there is no provision contrary to the Cooperative Law, the provisions of the Turkish Commercial Code relating to joint stock companies shall apply due to Article 98 of the Cooperative Law. This is also important in terms of the decisions taken by the cooperative bodies. The topic of this article is the decisions of the cooperative organs.

In this article, the invalidity cases according to the severity of the sanction as invalidity cases have been examined comparatively with joint stock companies; situations of absence, nullity and cancellation will be dealt with according to their legal qualifications. In this case, the application of the provisions of Cooperative Law and in cases where the provisions of Cooperative Law cannot be applied, the effect of the provisions of the Turkish Commercial Code concerning joint stock companies on the invalidity of the decisions of the cooperative bodies will also be examined.

Key Words: Absence, Board, Cancellation, General Assembly, Nullity.

I. GİRİŞ

TTK m. 124'de, ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler olarak sayılmıştır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, doktrin ve vergi mevzuatında yapılan ayrıma benzer şekilde, ticaret şirketleri şahıs ve sermaye şirketleri şeklinde ayrılarak; kollektif ile komandit şirketlerin şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri ise

sermaye şirketi olduğunu belirtilmiştir. Bu madde ile 6762 sayılı TTK'daki gibi kooperatifler ticaret şirketleri arasında yer almaya devam etmiştir¹.

Bu hükümde kooperatiflere, ne şahıs ne de sermaye şirketi arasında yer verilmiştir. Dolayısıyla kooperatifler ne şahıs ne de sermaye şirketi olup kendine özgü yapısı olan bir şirket türüdürler.

Kooperatiflerin faaliyette bulunabilmesi, bu faaliyetinde üçüncü kişilerle işlemlere girişebilmesi için şirketin organlara sahip olması gerekir. Kooperatifleri hak sahibi yapan, borç altına sokan ve şirketle ilgili bütün işleri yürüten organlar, genel kurul ve yönetim kuruludur.

Kooperatiflerin faaliyette bulunabilmesi, bu faaliyetinde üçüncü kişilerle işlemlere girişebilmesi için şirketin organlara sahip olması gerekir. Kooperatifleri hak sahibi yapan, borç altına sokan ve şirketle ilgili bütün işleri yürüten organlar, genel kurul ve yönetim kuruludur.

Kooperatifin zorunlu organları ise, genel kurul, yönetim kurulu ve denetçilerdir. Organlar iş ve işlemlere girişirken almış olduğu kararlar hukukî olmayabilir. Bu durumda organların yaptığı işlemlerin hükümsüzlüğünden bahsedilecektir.

Konumuzu da esas olarak kooperatifin organları tarafından alınan kararların hükümsüzlüğü oluşturmaktadır. Kooperatif organları kararlarının hükümsüzlüğü genel kurul ve yönetim kurulu açısından; yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik başlıkları altında incelenecektir. Bir karar organı olmayan denetçilere organlar içinde değinilecek ancak denetçilerin yaptıkları işlemler kooperatif açısından yürütücü ve bağlayıcı nitelik taşımadığından, bu organın kararlarının hükümsüzlüğünden bahsedilmeyecektir.

Konumuz çerçevesinde öncelikle kooperatifin organlarının özelliklerine değinecek, daha sonra aldıkları kararların hükümsüzlüğü halinde ortaya çıkan hükümsüzlük hallerine ve bu hallerin yaptırım olarak kooperatiflerde uygulanmasına doktrin ve Yargıtay içtihatları açısından bakacağız.

¹ KENDİGELEN Abuzer; **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 121.

II. Kooperatif Organları ve Özellikleri

1. Genel Kurul

Genel kurul, usulüne uygun çağrı üzerine belirli bir gündemi görüşmek ve karara bağlamak için ortakların bir araya gelmesinden oluşan, iradelerin açıklandığı, bilgi alındığı ve ortaklık işlerine ilişkin bazı hakların kullanıldığı karar organıdır.

KoopK m. 18, her ortağın üyelik haklarını, ada yazılı ortaklık senedi ile temsil olunması şartına bağlamıştır. Kanunî istisnalar dışında, kural olarak, her ortak genel kurula katılma hakkına sahiptir. KoopK m. 48/1 hükmü de, genel kurulda her ortağın bir oy hakkını haiz olduğu, kuralını getirmiştir. Oy hakkı, genel kurul toplantısında karar alınma aşamasına katılıp şirket bünyesinde, yönetim ve denetim hususlarında ortağın etkisinin bulunması adına tanınmış bir yetkidir². KoopK m. 48/1 ise, oyda imtiyaz hakkının tanınması yolunun kapatıldığını göstermektedir.

Söz konusu hüküm ile genel kuruldaki oy hakkının paya değil, pay sahibine tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak pay sahiplerinin genel kurula katılma ve oy kullanma hakları birbirinden bağımsızdır. Zira ortak, oy hakkından yoksun olmasına rağmen (KoopK m. 50’de yer alan durumlar), genel kurula katılabilir³. Oy hakkından yoksunluğun genel kurula katılma ve bundan kaynaklanan konuşma, görüş açıklama, bilgi alma ve iptal davası açma gibi diğer haklara herhangi bir etkisinin olmadığı doktrinde kabul edilmektedir⁴.

Genel kurul kararları, “*pay sahiplerinin irade beyanı olan oyların belirli bir yönde yeter sayıda kullanılması ile oluşan kararlar*” olarak tanımlanabilir⁵. Kooperatif genel kurulunda alınan karar, toplantıda yapılan bir teklif için olumlu veya olumsuz şekilde dış dünyaya yansıtılan irade beyanlarının sonucu olarak da açıklanabilir.

Genel kurulda alınan bir karardan bahsedilebilmesi için konunun yazılı olarak sonuca bağlanmış olması gerekir. Kooperatifler açısından kararlar, genel

² Ayrıntılı bilgi için bkz. TEOMAN Ömer; **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, 1.Baskı, Ankara, 1983, s. 3.

³ YİĞİT İlhan; **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, İstanbul, 2004, s. 207; Oy hakkından yoksunluğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YİĞİT, s. 214 vd.

⁴ TEOMAN, s. 173.

⁵ KORKUT Ömer; **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, Adana, 2012, s. 4.

kurulda ortakların asaleten veya temsilen hazır bulunmaları, mektupla oylarını kullanmaları veya temsilciler aracılığıyla oylarını kullanmaları şeklinde gerçekleştirilebilir (KoopK m. 54/1 b. 1-2). Toplantı yetersayısının⁶ sağlandığı bir toplantıda ortakların en az çoğunluğunun teklif lehine oy vermeleri veya ana sözleşme ile özel karar nisabı belirlendiği durumlarda özel nisabın sağlandığı hallerde karar meydana gelebilecektir.

Genel kurul kararının iki temel unsurdan meydana geldiği kabul edilmektedir. Bunlardan ilkinin, usulüne uygun olarak toplanmış bir genel kurul toplantısının varlığı oluşturmaktadır. Diğerisi ise ortaklık işlerine ilişkin bir teklif üzerine ortakların iradelerinin aynı yönde birleşmesidir. Her ne kadar genel kurulda ortaklar iradelerini açıklasalar da sonuç olarak alınan karar kooperatifin iradesi olarak kabul edilmektedir.

Genel kurul kararları esas olarak şirket iç ilişkilerinde, istisnai hâllerde⁷ ise dış ilişkilerde, hukukî sonuç sağlayan kararlardır. Genel kurul kararlarının belli bir hukukî sonuç sağlamaya yönelik irade beyanı olarak kabul edilmesi, kararların hukukî işlem⁸ olarak ifade edilmesi sonucunu sağlamaktadır⁹. Tüzel

⁶ Toplantı yetersayısı genel kurul tarafından karar alınabilmesi için, en az ne miktarda sermaye veya oyun toplantıda hazır bulunması gerektiğini belirleyen husustur. Bkz., İMREGÜN Oğuz; “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları”, *İUHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 349-350, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95863>, e.t.:20.10.2019.

⁷ Aktifleri satma yetkisi dış ilişkide etki gösteren karara örnek gösterilebilir. TTK m. 538/2’ye göre, “*Önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi için genel kurulun kararı gereklidir. Bu karar hakkında 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları uygulanır.*”. Bu hüküm gereğince TTK m. 421/3-4 çerçevesinde karar, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır.

⁸ Genel kurul kararlarının hukukî işlem olduğuna dair doktrinde görüş birliği bulunmakta ise de, ne tür bir hukukî işlem olduğu hususu tartışmalıdır. Bu hususta, ARSLANLI Halil; **Anonim Şirketler**, İstanbul, 1960, s. 67; POROY, s. 522; PULAŞLI Hasan; **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. 2, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 1011. Genel kurul kararının oluşmasında pay sahiplerinin sayıca çokluğunu dikkate alarak değerlendirmede bulunan yazarlar genel kurul kararının çok taraflı hukukî işlem olduğunu kabul ederken (MOROĞLU Erdoğan; **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 11-14; PULAŞLI Hasan; “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, *GÜHFD*, 2013, C. 17, S. 1-2, s. 886; KORKUT, s. 4) iradenin tek kişinin, yani anonim şirketin tüzel kişiliğine ait olduğunu hareket noktası alan diğer grup yazarlar, genel kurul kararının tek taraflı hukukî işlem olduğunu ileri sürmektedirler (SAKA Zafer; **Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul**, 1. Baskı, İstanbul, 2004, s. 54). Konu ile ilgili olarak, genel kurul kararlarının pay sahiplerinin iradelerinden bağımsızlaşarak, şirket tüzel kişiliğinin iradesi olması sebebiyle tek taraflı hukukî işlem görüşünün benimsendiği doktrinde yer almıştır. Nitekim bkz. PASLI Ali; “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan Oyun Hukukî Niteliği”, *İUHFM*, S. 1-2, İstanbul 2009, s. 172. Ancak, genel kurul kararlarının çok ta-

kişi iradesinin oluşması hukukî işlem türü ile gerçekleşir. Karar, tüzel kişinin iradesinin oluşması için oylamaya başvurularak dış dünyaya yansıyan; fakat dış âleme hukukî etki yapmayan¹⁰ bir iç hukukî işlem türüdür. Tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin iradesi de, kanuna ve ana sözleşmeye uygun olarak toplanarak, hukuken geçerli bir şekilde, genel kurulda yapılan oylama sonucunda oluşmaktadır¹¹.

2. Yönetim Kurulu

Şirketlerin yönetiminde serbestlik ilkesi, etkililik ve hesap verilebilirlik ile sınırlı kabul edilmektedir. Sınırlama ise kurumsal yönetimin (Corporate Governance) özünü oluşturmaktadır¹². Kurumsal yönetim ise ticarî ortaklık yapısının fiilî ve hukukî varlığının başlangıcından itibaren güvenli ve verimli ortaklık mekanizmasının oluşturulması ve bunun sürdürülmesi amacına yöneliktir¹³.

TTK öncesi dönemde kurumsal yönetim ilkelerini temel alan düzenlemeler sermaye piyasası ve bankacılık mevzuatında yer almaktadır. Ayrıca düzenlemeler sadece halka açık anonim şirketler için öngörülmüştür. TTK döneminde ise tüm sermaye şirketleri için ilkesel ve genel hükümler getirilmiştir. Kurumsal yönetim sisteminin temel ilkeleri evrensel nitelik taşımaktadır. Bu ilkeler; eşitlik, kamuyu aydınlatma, hesap verme ve sorumluluktur¹⁴. İşte yöne-

raflı hukuki işlem olduğu görüşünün baskın olduğu görülmektedir. Bu yönde, MOROĞLU, s. 10; KORKUT, s. 4.

⁹ MOROĞLU, s. 9; KORKUT, s. 4.

¹⁰ Diğer ifadeyle kararın dış âleme hukukî etki yapmaması, hukukî sonuç doğurmadığı anlamına gelmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ Hüseyin; **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1999, s. 111.

¹¹ Hukukî işlem olarak görülmemesindeki nedeni; genel kurul kararının iç ilişkiye yönelik bir nitelik taşımasıdır. Genel kurul kararı sonuçlarının iç ilişkiye etki edip ortaklık dışındaki üçüncü kişilere yönelik olmaması, onun hukukî niteliğini hukuki işlem olmaktan çıkarmaya çağına yönelik açıklamalar için bkz. PASLI, s. 170.

¹² PLESSIS Jean du, LUTTERMANN Claus; “Corporate Governance in the EU, the OECD Principles Of Corporate Governance and Corporate Governance in Selected Other Jurisdictions”, *German Corporate Governance in International and European Context*, Springer, 2007, 215-256, s. 235.

¹³ TANÖR Reha, “Kurumsal Yönetim Arayışları Doğrultusunda Banka Yönetim Kurulunda Bağımsız Üyelik”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005, s. 108, <https://docplayer.biz.tr/1481968-Kurumsal-yonetim-arayislari-dogrultusunda-banka-yonetim-kurulunda-bagimsiz-uyelik-sunum.html>, e.t.:20.10.2019.

¹⁴ YANLI Veliye; “Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. 2, İstanbul, 2007, s. 1584.

tim kurulu, kurumsal yönetimin amacına hizmet etmeye yönelik örgütlenmiş olmalıdır¹⁵.

Ticarî faaliyetlerin yürütüldüğü, tüzel kişiliğe sahip olduğu kabul edilen anonim şirketler, içeride yönetimi ve üçüncü kişilere karşı temsili, organları aracılığı ile gerçekleşmektedir (TMK m. 49-50). TMK m. 50’de ifade edildiği gibi organ, tüzel kişinin iradesini açıklayan parçasıdır. Aralarındaki bu bağılıktan dolayı kendi iradesini açıklayan ve kendi faaliyetinde bulunan temsilciden ayrılmaktadır¹⁶. TTK m. 365’e göre anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil edilmektedir. Bu durum kooperatifler için de geçerlidir. Kooperatiflerin içeride yönetilmesiyle şirket tüzel kişiliğinin iradesinin ortaya çıkması ve üçüncü kişilere karşı yansıtılması yönetim kurulu eliyle yapılmaktadır.

Yönetim Kurulu, “*kanun ve anasözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organı*” olarak tanımlanmıştır (KoopK m. 55/1). Yönetim kurulu, üye sayısı, kooperatife üye şartları, üyelerin mali hakları, görev süresi, hukukî ve cezaî sorumlulukları gibi hususlarda KoopK ve kooperatif türlerine göre diğer özel kanun hükümleri uygulanır.

Yönetim kurulunun toplantılarına ilişkin KoopK hükümleri esas alınmakla birlikte, bu hükümler haricinde, KoopK m. 98 atfıyla TTK’nın anonim şirketlere dair hükümlerinin uygulanması da söz konusudur. Anonim şirket hükümlerine göre, yönetim kurulu kararından bahsedebilmek için yönetim kurulu toplantısı gerçekleştirilmeli ve emredici hükümlere uygun şekilde karar alınmalıdır.

Yönetim kurulu kararları için toplantı yapılmalıdır. Kurul halinde çalışan organlarda iradenin karar olarak oluşması için, önerinin üyelerce onaylanması gerekmektedir. Bu açıdan kooperatiflerde de yönetim kurulu, kural olarak, faaliyetlerini hayata geçirebilmek için toplanıp, üyelerinin oy kullanması suretiyle, karar almaktadır.

Ancak TTK m. 390/4 uyarınca, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de karar verilebilir. Aynı önerinin tüm

¹⁵ AKSOY Mehmet Ali; “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, *GÜHFD*, C. XVII, S. 1-2, 2013, 45-76, s. 46-47, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_3.pdf, e.t.: 20.10.2019.

¹⁶ HELVACI Mehmet; **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, 2001, s. 29; ÖZTAN Bilge; **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 1970, s. 86.

yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartı olarak belirlenmiştir. Onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi, kararın geçerliliği için gerekli bir unsurdur¹⁷. Yine geçerlilik için bir başka şart kararların yazılıp imza edilmiş olmasıdır.

Oyun ve kararların hukukî işlem olarak kabul edilmesinin ortaya çıkarıldığı bazı durumlar vardır. Kooperatif iradesinin dış dünyaya karar olarak yansması ve uygulamanın gerçekleşme şeklinin belirlenmesi önemlidir. Bunun nedeni, kanun ve ana sözleşme tarafından belirlenen yetkilere göre alınan kararların, kooperatif işlemlerinin yapılmasının temelini oluşturmasıdır. Yönetim kurulu kararlarının etki ve uygulanması hem iç hem de dış ilişki açısından ele alınmalıdır. Kararın kanuna uygun olarak meydana gelmesi, kararın etkilerine göre incelenmelidir. İç ilişkide, emir ve talimatların geçerliliği, kanunun emredici hükümlerine, hizmet sözleşmesine, dürüstlük kurallarına ilişkin sınırlamalara uygun olmasına bağlıdır. Dış ilişkide ise, hukukî işlem, yönetim kurulunun karar almasıyla birlikte kendiliğinden oluşmayacaktır. Kararın, hüküm ifade etmesi, uygulanmasına bağlıdır. Bu durumda karşılıklı ve birbirine uygun açıklamaları içeren başka türlü hukukî işlemlere de ihtiyaç vardır.

3. Denetçiler veya Denetim Kurulu

Kooperatif ortaklarının ortak olmaktan kaynaklanan kanunî haklarından biri de kooperatife ilişkin defter ve belgeleri sınırlı şekilde denetleme hakkıdır. Yalnız bahsettiğimiz şekilde bu hak, kanunen sınırlandırılmıştır. KoopK, ortağın, denetim hakkının esas olarak denetçileri aracılığıyla kullanılmasını hükme bağlamıştır.

Kooperatif ortaklarının kooperatif faaliyetlerinin ve muhasebe işlemlerinin özelliklerini bilmeleri mümkün olmadığından, kooperatifin işlemlerini ve yöneticilerini ortaklar adına, ortaklardan aldığı yetki ile denetleyen bir organ bulunmaktadır. KoopK m. 65'te belirtildiği gibi bu organ denetçilerdir. Denetçiler, kendilerini göreve getiren kooperatif genel kurulu namına, kooperatifin bütün işlem ve hesaplarını tetkik etmek, incelemek yetkisine sahiptirler.

¹⁷ Bu açıdan da bakıldığında bir yönetim kurulu üyesine dahi önerinin sunulmaması, kararın, hükümsüzlük halleri olarak yaptırımın ağırlık derecesine göre değerlendirilmesinde, konumuz açısından önem arz eden bir diğer durumdur.

Genel kurul, denetleme organı olarak en az bir yıl için bir veya daha çok denetçi seçmektedir.

Kanunen denetçilerin görev süresi en az bir yıl olarak belirtilmiş fakat görev süresinin en fazla kaç yıl olacağı hükme yine bağlanmamıştır. Bu konuda genel kurul tarafından süre tespiti yapılmadığı durumlarda bir yıllığına seçildiklerini söylemek mümkün olup, kanımızca kooperatif yönetim kurulunu denetlediği için yönetim kurulunun seçilme üst limiti olan dört yıl denetçinin veya yönetim kurulunun seçimi açısından en fazla seçilebilecek yıl sınırı olarak kabul edilmelidir.

Diğer yandan 1 Haziran 2000 tarih ve 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları TTK'nın 397/5 hükmü gereğince Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelik hükümlerine göre denetlenmektedir¹⁸.

Kooperatifin bütün işlem ve hesaplarını tetkik etmek, incelemek yetkisine sahip olan denetçiler, yaptıkları inceleme sonucunda buldukları noksan ve hataları, sorumlu olanların bağlı buldukları organa ve gerekli hallerde aynı zamanda genel kurula haber vermekle yükümlüdürler (KoopK m. 67/1, 2).

Kooperatif organlarının kararlarının hükümsüzlüğü ele alınırken denetçilere yer verilmeyecektir. Zira denetçiler, birer karar organı değildir. Kooperatif işlemleri kanun ve ana sözleşme tarafından belirlenen yetkilere göre alınan kararlarla oluşmaktadır.

Kurul halinde işleri yürüten organlarda iradenin karar olarak oluşması için tekliflerin ortak veya üyelerce onaylanması gerekir. Denetçiler ise kooperatifin işlem ve hesaplarını tetkik etmek, incelemek yetkisine sahip olup, denetçilerin yaptıkları işlemlerin hukukî niteliğine bakıldığında bir kararı oluşturma-

¹⁸ Tarım Satış Kooperatifleri Örnek Anasözleşmesi bkz. <http://tiftikbirlik.com.tr/mevzuat-detay.aspx?ID=7,e.t:12.10.2018>.

dıkları görülmektedir. Karar alan bir organ niteliğinde olmayan denetçiler açısından yaptıkları işlemlerin hükümsüzlüğünden de bahsedilemez¹⁹.

III. Kooperatif Organ Kararlarının Hükümsüzlüğü

Kooperatif organları kararlar olarak birer hukukî işlem meydana getirdiklerinden, bu işlemlerin bazı nedenlerle hükümsüz olması söz konusu olabilir. Hukukî işlemlerin hangi durumlarda hükümsüz sayılacağı ve hükümsüzlük yaptırımının derecesinin belirlenmesi önemlidir. Zira bu durumda hükümsüzlüğün yaptırımı farklılaşmakta ve sonuçları değişmektedir.

Hükümsüzlükten dar anlamda, alınan kararların geçerli olmadığı hâller; geniş anlamda ise kararlardaki eksiklik, sakatlık ve etkisizlik hâllerinin hepsi kastedilmektedir. Burada organ kararlarının hükümsüzlük türlerine ve hükümsüzlük hâllerinin sonuçlarına değineceğiz.

1. Kooperatif Organ Kararlarının Yokluğu

Yokluk, hukukî işlemin en ileri derecede hukuka aykırılık hâlini belirleyen kavramdır. Hukukî işlem, kurucu ve tamamlayıcı unsurlarıyla bütündür. Bu unsurlardan birinin eksikliği ya da üst norma aykırılığı, işlemi sakat kılar²⁰.

Bir hukukî işlemin hükümsüzlüğüne ilişkin en ağır yaptırım olarak kabul edilen yokluk, hukukî işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması nedeniyle söz konusu işlemin, hukuk dünyasında hiç meydana gelmemiş sayılacağını ve herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacağını ifade eder²¹. Yoklukla malul olan hukukî işlem, sonradan düzeltilmesi mümkün olmayan hükümsüzlük halidir. Hukukî işlemin yokluk yaptırımıyla karşılaştığı durumlarda, ilgili herkesin bunu ileri sürmesi mümkün olduğu gibi, taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafın-

¹⁹ Y. 23. HD., 29.11.2012 tarihli, 2012/4515 E. ve 2012/704 K. sayılı kararında, kooperatif denetim kurulu kararının iptaline dair inceleme yapılmıştır. Yargıtay'a göre, var olan düzenlemelere göre değerlendirme yapılır ise, denetim kuruluna yönetim kurulunu görevden alma gibi bir görev ve yetkinin verilmediği, davalı kooperatifin denetim kurulunun davacı yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin sona erdirilmesine ilişkin aldıkları kararların KoopK ve kooperatif anasözleşmesi karşısında yok hükmünde olduğu nazara alınmak suretiyle, davanın kabulüne karar vermesi gerektiği belirtilerek hüküm davacılar yararına bozulmuştur. Karar için bkz. www.legalbank.net, e.t.: 31.03.2019.

²⁰ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz; "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Yokluk" Ya Da "Yok İşlem"', *TBB Dergisi*, S. 81, 2009, s. 6.

²¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. 1, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s. 578; EREN, s. 348; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 174.

dan re'sen dikkate alınabilecektir²². Bu tür kararların hükümsüzlüğüne ilişkin olarak tespit davası açılabilir. Buradaki dava yenilik doğurucu nitelik taşımaz, açıklayıcıdır. Dava sonucu verilen karar kesinleştiğinde herkesi bağlayacaktır. Yokluğun tespiti zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tabi değildir²³.

Yokluğun hangi hâllerde ve hangi çerçevede ortaya çıktığına ilişkin herhangi bir hüküm KoopK ve TTK'da yer almamaktadır. Bu durumda yokluk yaptırımına dair genel hükümlere ve bu konudaki doktrin ve yargı kararlarına müracaat edilmelidir.

a. Genel Kurul Kararlarının Yokluğu

Kanunen belirlenmiş olan kurucu şekli unsur ve şartların bulunmadığı hukukî işlemin varlık kazanmadığı durumlarda, o işlemin yok hükmünde olduğunu belirtmiştik²⁴. Genel kurul kararının oluşması için iki unsurun varlığı aranır. Bunlar; toplantının yapılması ve kararın alınmış olmasıdır. Genel kurul tarafından, bu kurucu unsurların bulunmadığı durumlarda, alınan kararlar yok hükmünde kabul edilecektir.

Kanunun öngördüğü çerçevede genel kurul toplantısı gerçekleştirilmeksizin, bir araya gelinerek karar alınması, genel kurulun toplantıya, kanuna ve ana sözleşmeye göre yetkili olmayanlar tarafından davet edilmesi hâllerinde, meydana gelmiş bir karar olmayacağından, alınan karar yoklukla malul olacaktır²⁵. Ancak kanımızca KoopK m. 47 hükmü uyarınca çağrısız genel kurul şartlarını sağlayan bir kooperatif genel kurulunun yapılması hâlinde genel kurul yoklukla malul olmayacaktır. Her ne kadar bakanlık temsilcisinin toplantıda bulunma zorunluluğu olduğu söylenebilse de, KoopK m. 87/son hükmü uyarınca usulüne uygun müracaat yapıldığı hâlde, temsilci toplantıya gelmez ise toplantı icrasını temin etmek üzere, mahalli idare amirine durum bildirilmesi ve yine gelmez ise bir saat sonunda toplantıya başlanabileceğine göre, bu yapılan

²² ANTALYA Gökhan; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 3. Baskı, İstanbul, 2018, s. 132; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 580; OĞUZMAN/ÖZ, s. 174.

²³ ÇAMOĞLU Ersin; **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu**, 3. Bası, İstanbul, 2010, s. 79, MOROĞLU, s. 146.

²⁴ KAYAR İsmail; "AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008, s. 251-262.

²⁵ KIRCA İsmail/ŞEHRİALİ ÇELİK Hayal/MANAVGAT Çağlar; **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, 2016, s. 9; PULAŞLI, **Şirketler**, s. 1012-1015.

toplantının geçerli olmasına göre, temsilcisz ve çağrısız bir genel kurul toplantısının da geçerli olduğu sonucuna varılabilecektir²⁶.

Bu konuda Y. 23. HD., 24.1.2012 tarihli, 2011/4700 E. ve 2012/363 K. sayılı kararında²⁷ da bakanlık temsilcisinin yokluğu ile ilgili değerlendirme yaparken, KoopK m. 87/1'inson fıkrasında belirtilen prosedür uygulanmadan alınan kararların geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Ancak Yargıtay burada yanlış bir değerlendirme yaparak, yaptırımın mutlak butlan olduğunu belirtmiş olup, esasında bu durumda yokluk yaptırımının varlığından bahsetmek gereklidir.

Mamafih, KoopK m. 47/son düzenlemesinin, çağrısız genel kurulda alınan kararların, ortaklar veya ortakların toplantıda oy birliği ile seçecekleri temsilciler tarafından imzalanması gereklidir hükmü gereğince, bir ortak veya temsilcinin imzasının olmaması genel kurul kararını yoklukla malul kılar.

Bir genel kurul kararının meydana gelebilmesi için en önemli ve temel şartlardan birisi ortak olanların karara katılması ve kararı oluşturması iken²⁸,

²⁶ Bu konuda Y. 23. HD., 23.05.2018 tarihli, 2016/4876 E. ve 2018/3297 K. sayılı kararında, "...davalı kooperatif tarafından davaya konu toplantı tarihinden önce ve İl Müdürlüğü'ne müracaatla bakanlık temsilcisi görevlendirilmesinin istendiği, buna rağmen idare tarafından toplantı gününde herhangi bir temsilci gönderilmediği, bu sebeple kooperatif yetkililerince durumun kaymakamlık makamına bildirilmek istendiği, ancak hafta sonu olması sebebiyle bir muhabata ulaşılamadığı, sonrasında kendi aralarında düzenleyip imzaladıkları tutanak esas alınarak toplantıya başlandığı, bu suretle davalı kooperatif temsilcilerinin ellerinden gelen gayreti sarf etmelerine rağmen bakanlık temsilcisinin toplantıya katılımının sağlanmadığı, bu durumda kooperatife atfedilecek bir kusur bulunmadığı, divan heyetinin toplantı tutanaklarını imzalayabilmesi için kanunda ya da kooperatif ana sözleşmesinde bir engel ya da herhangi bir üye tarafından verilmiş bir yasak da bulunmadığı, yönetici ve denetçilerin aynı anda ibraya sunulmasına da kanunen ya da ana sözleşme gereğince bir engel bulunmadığı, sayılan hususların emredici hükümlere yahut iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmediği, kooperatif üyelerine uygulanan bir baskı var ise bu hususun kendisine baskı uygulanan üyeler tarafından öne sürülmesi gerektiği, bu konuda davacı tarafın hukuki yararı bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine..." dair verilen ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Bizim de düşüncemiz Yargıtay'ın görüşü doğrultusundadır.

²⁷ www.kazanci.com, e.t.: 12.07.2019.

²⁸ Y. 11.HD. 30.04.1963 tarihli, 5059 E. ve 2044 K. sayılı kararında, buna ilişkin olarak, "Genel kurulun 26.11.1961 tarihli toplantı zabtının beş ve altıncı sahifelerinde o günkü toplantıya şirket hissedarlarından başka kimselerin de katıldığı ve toplantı başkanı ile bir kısım hisse sahiplerinin müdahalelerine rağmen kooperatif azası olmayan yabancılarla hisse sahiplerinin birbirinden ayrılmaksızın toplantıda yer aldıkları ve rey toplama sırasında kooperatif azası olmayan yabancıların da oylamaya katıldıkları anlaşılmaktadır. Kooperatif azası olmayanların oylamaya iştirak etmeleri toplantının kanuna uygun bir şekilde yapılmamış olduğunu göstermektedir ki bu şekilde yapılan toplantıda alınan kararların muteber sayılması mümkün değildir.", şeklinde bir karar verilmiştir. Karar için bkz. ÇEVİK Orhan Nuri; **Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat**, 5. Baskı, Ankara, 1999, s. 570.

diğer yandan da bu ortaklardan oluşan genel kurulun yetki alanı dışında alınmamış bir karar söz konusu olmalıdır.

Yönetim kurulu ve denetçi ya da denetim kurulunun yetkisine giren bir hususta alınan karar, kanımızca yokluk yaptırımına tabidir. Düşüncemize göre, KoopK m. 98 atfıyla, TTK m.447, kooperatifler için de uygulanacaktır. Bu hükmünde, batıl olan kararlar içinde diğer organların yetkisine giren kararlardan bahsedilmemesi, buna karşın TTK m. 391’de yönetim kurulu kararlarının butlanı açısından organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlardan bahsedilmesi, bu görüşümüzü desteklemektir. Zira yönetim ve temsil organının başka organların devredilemez yetkilerini kullanması butlan yaptırımına tabi iken, yönetim ve temsil organının KoopK m. 59 hükmünde belirlenen kararları alması, Kanunla belirlenmiş bir yönetim ve temsil organı dışında bir organ olan genel kurulun bu tipteki kararlarını yokluk yaptırımına tabi kılar.

KoopK m. 43 ve 44’de genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bulunanlar düzenlenmiştir. Bunlar dışında çağrıda bulunanların çağrısıyla toplanan genel kurul kararları yoklukla malul sayılacaktır. Y. 11.HD.,’nin 20.02.1983 tarihli, 6304 E. ve 6409 K. sayılı kararında da bu hususa değinilmiştir. Karara göre, KoopK m. 43-45’de genel kurulu kimlerin toplantıya çağırabileceği düzenlenmiş olup, önceki genel kurula divan başkanı olarak seçilen kişinin çağrısı ile yapılan genel kurul toplantısı ve bu toplantıda alınan kararlar yoklukla malul olacaktır²⁹. Buna göre, azledilmiş yönetim kurulu tarafından genel kurulun toplantıya çağrılmasında da yokluk hâli ortaya çıkar.

Kanunda öngörülen asgari toplantı ve karar yeter sayısına³⁰ uyulmadan karar alınması ayrı bir yokluk halidir.

KoopK m. 45’de genel kurul toplantılarının şekline ilişkin hükümler bulunmaktadır. İlgili maddenin üçüncü fıkrasına göre toplantı nisabı ana sözleşmede belirtilir; yapı kooperatiflerinde ise ortakların en az dörtte birinin şahsen veya temsilen hazır bulunmaları zorunludur. KoopK m. 51’de kararlara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre kanun veya ana sözleşmede aksi düzenleme bulunmuyorsa genel kurul kararlarında ve seçimlerde oyların yaridan bir fazlasına itibar olunacaktır. Kooperatifin dağılması veya diğer bir kooperatifle birleşmesi ve ana sözleşmenin değiştirilmesi kararlarında ise fiilen kullanılan

²⁹ Bu karar için bkz. MOROĞLU, s. 81, dph. 142.

³⁰ Karar yetersayısı; en az ne miktarda oyun karar yönünde ve lehinde kullanılması gerektiğini belirlemektedir. Bkz., İMREGÜN, Yetersayıları, s. 349-350.

oyların 2/3'ü çoğunluğun gerekli olduğu; ana sözleşme ile bu kararların alınması için oy çoğunluğu hakkında daha ağır hükümlerin getirilebileceği belirlenmiştir. Kanunen belirlenen toplantı ve karar yetersayılarının emredici mi yoksa düzenleyici mi oldukları konusunda tam bir görüş birliği yoktur. Dolayısıyla toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaksızın gerçekleştirilen toplantıda alınan kararların hangi hükümsüzlük başlığı altında değerlendirileceği konusu da tartışmalı konular arasında yerini almaktadır.

Kanunun emredici olarak düzenlediği nisaplara aykırı kararların yok hükmünde olduğunu kabul eden yazarların³¹ yanı sıra bazı yazarlar tarafından, nisapların ihlalleri kararın yokluğuna yol açacak mutlak emredici nitelikte değil, iptal edilebilir nitelikte nisbî emredici hüküm olarak kabul edilmektedir. Genel kurul kararı kanunda emredici olarak tespit edilmiş nisapları daimi olarak ortadan kaldıran veya sınırlandıran bir karar ise, bu durumda genel kurul kararı konusu açısından nisbî emredici hükme aykırı kabul edilerek batıl sayılmaktadır³². Diğer bir görüşe göre³³, yine, sözleşme ile düzenlenme imkânı bulunan hâllerde emredici değil, düzenleyici hükümlerden olduğu ve basit toplantı ve karar yetersayılarına aykırılığın KoopK m.53 nezdinde iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacağı kabul edilmelidir. Ağırlaştırılmış nisaplara aykırılık durumlarında ise yokluk veya butlan değerlendirilmesinin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Başka bir bakış açısından ise, bütün hukukî işlemlerde kurucu unsurun irade beyanı olduğu ve genel kurul kararlarının da birer irade beyanı niteliğinde kabul edildiğine dikkat çekilmiştir. İradenin ortaya çıkma sürecinin emredici hükümlerle belirli usule bağlanması karşısında yokluk yaptırımının değerlendirilmesi gerektiği ve bu açıdan ehliyetsizlik ve karar yetersayısına ulaşmaması genel kurul kararlarının yoklukla malul olacağını konu etmiştir³⁴.

Seçime ilişkin genel kurul kararının yeterli toplantı ve karar nisabı olmaksızın³⁵ alınamayacağı hususu, Yargıtay kararlarında yoklukla malullük ola-

³¹ ARSLANLI Halil; **Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, 1960, s. 58; DOMANIÇ Hayri; **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, C. II, İstanbul, 1988, s. 883; BAHTİYAR Mehmet; **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, 2019.

³² MOROĞLU, s. 136-137.

³³ KAYAR, s. 252-253.

³⁴ KIRCA, C. 2/2, s. 10; POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; **Ortaklıklar Hukuku**, C. I, 14. Baskı, İstanbul, 2019, s. 522; İMREGÜN Oğuz; **Anonim Ortaklıklar**, 4. Baskı, İstanbul, 1989, s. 152vd.

³⁵ Genel kurul toplantı ve karar yetersayılarına aykırılık halinde, özellikle bazı ortakların genel kurul toplantısına davet edilmediğinde veya ortağın oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğinde, ortakların genel kurula katılma hakkının ortadan kaldırıldığı ve kanunen sahip

rak değerlendirilmiştir. Nitekim Yargıtay HGK'nın 23.11.2011 tarihli, 2011/14-556 E. ve 2011/689 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, yeterli toplantı ve karar nisabı sağlanmaksızın alınan yönetim kurulu seçimine ilişkin genel kurul kararı yok hükmünde kabul edilmelidir³⁶. Hukuki nitelikçe aksi görüşteki bir başka kararda ise, karar yetersayısının bulunmaması halinde genel kurul kararının butlanla malul olduğuna dair karar verilmiştir³⁷. Buna karşılık Yargıtay HGK'nın 02.03.2015 tarihli, 2014/9403 E. ve 2015/1295 K. sayılı kararında, yönetim kurulu faaliyet raporunun 3 red, 4 kabul oyu ile onaylanmasına karar verildiği, oysa kooperatifin üye sayısının 11 olması karşısında çağrılmayan bir üyenin katılması hâlinde oylama sonucunun da değişebileceği, yönetim kurulu faaliyet raporunun onaylanmasına dair alınan kararın bu sebeple yokluk ile malul olduğunun tespiti kararının onanmasına karar verilmiştir³⁸.

Diğer yandan toplantı yeter sayısı başlangıçta sağlanmış olup, daha sonradan toplantı sırasında yeter sayısının kalmamasının, bundan sonra alınacak kararların yok hükmünde olmasına neden olacağı Y. 11.HD.,'nin 12.04.1999 tarihli, 575 E. ve 2744 K. sayılı ilamında belirtilmiştir³⁹.

Yargıtay bir başka kararında ise, yapı kooperatifleri genel kurul kararlarına dair mutlak butlan ve iptal müesseselerine ilişkin inceleme yapmıştır. Yapı kooperatiflerinde genel kurul toplantısında ortakların en az dörtte birinin şahsen veya temsilen hazır bulunmaları gerekmektedir (KoopK m. 45/3). Kanun veya ana sözleşmede ayrıca belirleme yapılmamışsa karar nisabı, oyların yaridan bir fazlasıdır (KoopK m. 45/1). 1086 üyesi olan bir kooperatifte, 272 toplantı nisabıdır. Genel kurulda 8. gündem maddesinde 75 red oyuna karşılık, 185 kabul oyu kullanılmıştır. Oy çokluğuyla karar alınmış olup, toplamda 260 ortak katılmıştır. Buna göre, toplantı nisabı 272 iken 260 ortağın katıldığı toplantıda 8.

olunan oy hakkının sınırlandırıldığı ya da tamamen kaldırıldığı gerekçesiyle bu kararların butlanı için tespit davası açılabilir. KAYAR, s. 256.

³⁶ Y. 23. HD., 13.05.2019 tarihli, 2016/7021 E. ve 2019/1918 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

³⁷ Y. 11.HD., 11.05.2000 tarihli, 2000/2785 E. ve 2000/4067 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

³⁸ KARA, s. 59, dpn. 48.

³⁹ Karara göre, "Kooperatifler Kanunu, genel kurulun toplantı ve karar yeter sayısını düzenlemiştir. Kooperatife kayıtlı ortakların en az 1/4'ünün şahsen veya temsilen genel kurul toplantısında bulunması ve oylama sırasındaki mevcudun yaridan fazlasının oy vermesi ile genel kurul kararları verilebilir. Ortakların genel kuruldaki mevcudunun hiçbir zaman kooperatif ortaklarının 1/4'ünden aşağı olmaması gerekir. Somut olayda toplantı devam ederken hazır bulunanların sayısı toplantı yeter sayısının altına düştüğünden, bundan sonra genel kurulca karar alınmaz. Alınmışsa yok hükmündedir."

gündem maddesinin görüşülüp oy çokluğuyla karar alınması mümkün değildir. Yani bu kararın yokluğunun tespiti gerekmektedir⁴⁰.

Yokluk yaptırımını açısından KoopK m. 48'in de ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Hükümde, oy hakkıyla ilgili düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, her ortak yalnız bir oya sahiptir. Ortak sayısı 500'den fazla olan kooperatiflerin ve üst kuruluşlarının (*esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri hariç olmak üzere*) genel kurul toplantılarındaki yönetim ve denetim kurulu belirleme seçimlerinin, gizli oy açık tasnif esasına göre yapılacağı; kooperatiflerin organ seçimlerinde her ortağın, en fazla bir ortağı temsilen oy kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu hususa aykırı ana sözleşme hükümlerinin ise uygulanmayacağına maddenin son cümlesinde yer verilmiştir.

Buna göre, ortak sayısı 500'den fazla olan kooperatiflerde, gizli oy açık tasnif prosedürü uygulanmadan alınan kararlar yokluk yaptırımına tabi olacaktır. Yine kooperatiflerin organ seçimlerinde bir ortaktan fazla temsil yetkisi ile ortakların oy kullanması hâlinde, bunun karar yeter sayısı dikkate alınarak kararın yokluğuna hükmedilebilecektir.

Bunun dışında KoopK m. 49/2 uyarınca, ortak sayısı 1000'in üstünde olan kooperatiflerde, ana sözleşme ile her ortağın en çok 9 olmak üzere birden fazla başka ortağı temsil edebileceği öngörülmüştür. Ana sözleşmede böyle bir hükme yer verilmeden kuralın uygulanması ile alınan kararlar ya da ana sözleşmede hükme yer verilmesine karşın kanunda belirtilenden daha fazla sayıda (örneğin 10, 11 veya 15) bir ortağın temsil yetkisi ile kullandığı oylar ile alınan kararda karar yeter sayısına etkisi bakımından yokluk yaptırımını ortaya çıkabilecektir.

Yokluğun meydana gelmesinde irade beyanlarının bulunmaması, birbirine uymaması ya da beyana hukukî sonuç bağlanmamış olmaması hâlinde kurucu unsur eksikliğinin etkili olduğundan daha önce bahsetmiştik. Esas durum bu olmakla birlikte, bazı hukukî işlemlerde iradelerin resmî memur veya temsilci huzurunda beyan edilmesi ya da katılımıyla gerçekleşmesi veyahut irade beyanlarının yanında hukukî işlem konusunun ya da bunu temsil eden belgenin imzalanması veya teslimi de gerekebilir.

⁴⁰ Hâlbuki toplantı nisabı, yani kurucu unsur eksikliği iptale veya butlana değil, yokluğa yol açan bir unsurdur. Burada yoklukla malul olan kararın ancak tespiti söz konusu olabilecektir. Y. 23. HD., 28.05.2012 tarihli, 2011/4739 E. ve 2012/3725 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.

KoopK m. 54/2 maddesinde, ortak sayısı 1000'den fazla olan kooperatiflerde mektupla oy bildirme hâlinde, mektupların, yönetim kurulu ve bakanlık temsilcisi önünde incelenmesi sonunda muhtevanın neden ibaret olduğu tespit edilerek tutanağa yazılacağı; hazır bulunanlar tarafından imza edilen tutanağa göre verildiği anlaşılan kararın yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bu durumdaki bir kooperatifte alınan genel kurul kararı bu şekilde oy kullanılmasına binaen, oyların tespiti bakımından bakanlık temsilcisinin bulunmaması veya toplantıyı terk etmesi, tutanağa geçirilmemesi veya tutanağın imza edilmemesi hâllerinde kurucu ve şekli eksiklikler nedeniyle yokluk yaptırımından söz edilebilecektir.

b. Yönetim Kurulu Kararlarının Yokluğu

TTK ve KoopK'da, yine genel kurul kararlarının yokluğunda olduğu gibi yönetim kurulu kararlarının yokluğunun tespitine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Kanun ve ana sözleşmeye uygun şekilde oluşturulmuş yönetim kurulunun toplantısı ve emredici kanun hükümlerine aykırı olmadan alınan kararın mevcudiyeti hâlinde bir yönetim kurulu kararından söz edilebilecektir. O hâlde yönetim kurulu kararının yokluğu tespit edilmeye çalışılırken göz önünde bulundurulması gereken bu iki husus vardır⁴¹.

Kooperatif ana sözleşmesinde belirtilen veya genel kurul tarafından seçilen kişiler olmaksızın alınan kararlar ya da yapılan işlemler, yönetim kurulu sıfatını haiz olmayan kişi veya kurul tarafından gerçekleştirildiğinden söz konusu hukukî işlem ve sözleşmeler yoklukla malul olacaktır.

KoopK ve KoopK m. 98 atfıyla TTK'nın anonim şirketlerin yönetim kuruluna ilişkin hükümlerine göre, yönetim kurulu kararlarının hüküm doğurabilmesi bazı şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Örneğin, TTK m. 390/4'de yer verilen, toplantı yapılmadan karar alınması hâli dışında, toplantı ile ilgili olarak bütün yönetim kurulu üyelerine çağrı yapılmış olmalıdır. Aksi halde alınan kararlar yokluk yaptırımına tabi olacaktır. Yönetim kurulunun karar alabilmesi, toplantı ve karar nisaplarının gerçekleşmiş olmasına bağlı olduğundan, bu hususa aykırı olarak yapılan yönetim kurulu toplantısında karar alınması hâlinde yoklukla karşı karşıya kalınacaktır.

⁴¹ BAHTİYAR, *Ortaklıklar*, s. 223.

KoopK m. 98 hükmünün TTK'ya yaptığı atıfla, yönetim kurulu kararlarının geçerliliğinin yazılıp imza edilmiş olmasına bağlı olduğunu ve ancak bu şekil şartına uygun kararların hüküm doğuracağını söylemek mümkündür⁴².

TTK m. 390/1'de, esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulunun üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanacağı ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu kural yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması hâlinde de uygulanacaktır.

TTK'nın getirdiği bu düzenleme, toplantı ve karar nisabının daha ağır nisaplara bağlanabilmesine ilişkin esas sözleşmeye hüküm eklenmesine izin vermekte, ancak hafifletilmesi yasaklanmaktadır. Ayrıca, yönetim kurulu kararlarının geçerliliğinin yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda da, Y. 11. HD., 19.01.2004 tarihli, 2003/5611 E. ve 2004/313 K. sayılı kararında, KoopK m. 98 atfıyla 6762 sayılı TTK m. 330 gereği, yönetim kurulunun, üyelerinin yarısından bir fazlasının, yani üç kişinin hazır olması ile toplanması gerektiğini, toplantı nisabı sağlanmaksızın yapılan toplantıda alınan kararın yok hükmünde olduğunu belirtmiştir⁴³.

TTK m. 390/4 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinden hiçbirisinin toplantı yapılmasına dair istemde bulunmaması halinde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle alınabileceği düzenlenmiştir. Örneğin; kooperatif yönetim kurulu başkanı, kooperatif işlerine yönelik tekliflerini yazılı şekilde üyelere elden dolaştırabilir veya posta ile gönderebilir. Böylece üyelerin, kararları okuduktan sonra onaylayıp imzalamasının ardından yönetim kurulu kararı alınmış olacaktır. Aynı şekilde, örneğin, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu⁴⁴ çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinden birisinin elektronik ortamda yaptığı yazılı teklife diğerlerinin e-imza ile onay vermeleri hâlinde de, e-imzanın sağladığı hukukî sonuç ıslak imzayla aynı olacaktır.

Yönetim kurulu kararının toplantısız alındığı durumlarda önemli olan üyelerin onaylarının, yani imzalarının aynı kâğıtta bulunması değil; imzalarının

⁴² ÇEVİK, s. 637-638; Y. 11. HD., 28.11.1985 tarihli, 5890 E. ve 7155 K. sayılı kararı, "Yönetim Kurulunun toplantı ve karar yeter sayısı yasaya aykırı ise bu karar hüküm ve sonuç doğurmaz." ERİŞ Gönen; **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 1995, s. 268'den naklen.

⁴³ Karar için bkz. www.kazancı.com.

⁴⁴ 23.01.2004 tarih 25355 sayılı RG.

bulunduğu kâğıtların hepsinin yönetim kurulu karar defterinde bulunmasıdır. Bundan sonra öneri, öneriyi kabul eden üyelerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilebilir. Ancak bu şekilde hukuk dünyasında var olan ve hukukî sonuç doğurabilecek bir yönetim kurulu kararından bahsedilebilecek ve karar geçerlilik kazanabilecektir.

Yönetim kurulu kararı, toplantı yapılarak ya da toplantı yapılmadan alınması fark etmeksizin, hukukî işlemdir. Yönetim kurulu tarafından alacak kararların geçerlilik kazanabilmesi ve sonradan uyuşmazlık konusu olmaması için, toplantı ve karar yetersayılarına aykırı hareket edilmemesi ve kararların yönetim kurulu karar defterine geçirilmesi gerekir.

TTK m. 390/5’de yönetim kurulu kararlarının geçerliliğinin yazılıp imza edilmesine bağlı olduğu hükmü bulunmaktadır. Hükümde yer alan geçerlilik-ten kastın ne olduğunun tam olarak ortaya konulması gerekir.

Öyle ki geçerlilik şartı olarak görülmesiyle kurucu unsur olarak değerlendirilmesi hükümsüzlük çeşitlerinde farklılık yaratacaktır. Burada “geçersizlik” ile kastedilen kararın kurucu unsurlarına etki eden bir eksikliklerdir. Toplantı tutanağının hukuk dünyasında var olması, bu şekilde hüküm ve sonuç doğurabilmesi için görüşmelerin, iradelerin yazıya dökülmesi ve imza edilmiş olması gerekir. Kararların tutanağa geçirilmemesi ve imzalanmamış olması hâlinde alınan kararlar da yok hükmünde olacaktır⁴⁵.

Yönetim kurulu kararlarının hukuk dünyasında doğabilmesi, gerekli toplantı ve karar yetersayılarına uyulmasına bağlıdır⁴⁶. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçı davet edilmeksizin yapılan toplantıda alınan yönetim kurulu kararları⁴⁷, kanunen aranan toplantı ve karar nisaplarına aykırı

⁴⁵ MOROĞLU, s. 88-89; PULAŞLI, Genel Kurul, s. 892.

⁴⁶ İMREGÜN, **Ortaklıklar**, s. 214; TURANLI Hüsnü; “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 948, ERCOŞKUN ŞENOL Kübra; “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantılar”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Özel Sayı, *MÜHAD*, C.19, S. 2, 2013, 1693-1726, s. 1719.

Yönetim kurulu kararının hukuk dünyasında var olabilmesi için, yönetim kurulunun toplantı yapması ve karar alması gerekir. Toplantı yapılması ve karar alınması bir arada bulunmadığı takdirde yönetim kurulu kararı yoktur. Diğer bir ifadeyle kurucu unsur olarak kabul edilen irade beyanının eksik olması halinde yokluktan bahsedilmektedir. Alınan kararlarda irade beyanı, üyelerin kullandıkları olumlu veya olumsuz oylarla ifade edilmektedir. Bu durumda toplantıya davet edilmeyen üyenin irade beyanı eksik olacaktır. Davet edilen üyeler toplantıya katılarak olumlu ya da olumsuz veya toplantıya katılmayarak olumsuz bir irade ortaya koymuşlardır. Ancak davet edilemeyen üyenin ne olumlu ne de olumsuz bir irade beyanı bulunmamaktadır. Bu tür kararlar yok hükmünde kabul edilmelidir. Bkz., ARSLANLI, **Ano-**

olarak alınan yönetim kurulu kararları, tutanağa bağlanıp imzalanmayan yönetim kurulu kararları⁴⁸ gibi yönetim kurulu kararları yokluk yaptırımıyla malul sayılabilecek niteliktedir.

Yine bu hususa bağlı olarak yönetim kurulu üyelerinin iradelerinin karara yansımadağının tespiti hâlinde de alınan karar yokluk yaptırımına tabi olur. Örneğin, yönetim kurulu kararında imzası bulunan, gerçekte yönetim kurulu üyesi olan kişilerin imzalarının taklit ve sahte imzalar olduğunun tespit edilmesi hâlinde, bu imzalar toplantı ve karar yeter sayısına etki ediyorsa, karar yoklukla malul olacaktır⁴⁹.

2. Kooperatif Organ Kararlarının Butlanı

TBK'nın 27/2. maddesinde, sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının hükümsüz olmasına ve bunun hukukî sonucuna yer verilmiştir. Böylece butlanı, hukuki muamelenin tamamına ya da bir kısmına ilişkin sakatlığın olmasına göre, iki ayrı türde incelemek mümkündür. Yokluğu tam veya kısmî butlanaya yol açan geçerlilik unsurları, hukuki muamelenin kamu düzenini ilgilendirecek derecede önemli olan geçerlilik unsurlarıdır⁵⁰. Bu, tüzel kişilerin organ kararlarının butlanı bakımından da geçerlidir.

Yokluk hâlinde kurucu unsurların bulunmamasından bahsetmiştik. Bu husus yokluk ile butlan hâlini birbirinden ayırmada önem taşımaktadır. Çünkü yoklukta kararın meydana gelişi, yani kurucu unsuru dikkate alınırken; butlanda kararın içeriği, yani konusu ile ilgili inceleme yapılarak hükümsüzlük tespiti yapılmaktadır.

Bununla beraber, kooperatif organ kararlarının butlanında, TBK m. 27 hükmü yanında, KoopK m. 98 atfıyla, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanına ilişkin özel

nim Şirketler, s. 120; KIRCA İsmail/ ŞEHRİALİ ÇELİK Hayal/ MANAVGAT Çağlar; **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, BTHE, Ankara, 2016, s. 487-512; İMREGÜN Oğuz; "Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları", *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, 277-292, 289; ÜÇİŞİK H. Güzin; "Türk Hukuku'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C. 3, S. 5, 2011, 57-65, s. 58, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/marufacd/issue/505/4588>, e.t.:21.10.2019.

⁴⁸ İMREGÜN, **Ortaklıklar**, s. 214.

⁴⁹ Bu yönde, Y. 23.HD.'nin 22.10.2018 tarihli, 2016/1064 E. ve 2018/4842 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 177.

hükümler bulunması, bu organların kararlarının butlanına ilişkin şartlar bakımından daha net tespitlerin yapılmasını sağlayacaktır.

a. Genel Kurul Kararlarının Butlanı

TBK m. 27 hükmü dışında, KoopK'da olmamakla birlikte, TTK'da genel kurul kararlarının butlanı ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm anonim şirketlere ilişkin genel kurul hükümleri içinde 447. madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümde üç bentte genel kurulun almış olduğu karar türlerinden bahsedilerek bunların batıl olduğu belirtilmiştir.

TTK madde 447 metninde, “*özellikle*” ifadesi kullanılarak genel kurul kararlarının butlanına yol açan bazı özel hâllerden bahsedilmiştir. “*Özellikle*” ifadesinden anlaşılması gereken, hükümde belirtilen özel hâllerin tahdidi olmadığı, örnek olarak belirtildiği, bunun dışında, yine TBK m. 27 hükmüne aykırı olarak alınan her genel kurul kararının butlanla batıl olacağıdır. Örnek olarak sayılanlar, anonim şirketlerde en sık karşılaşılan butlan yaptırımına tabi karar türleridir.

Belirtilen hususlardan biri, TTK m. 447/1 bent (a)'da yer alan, pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlardır. Bir diğeri ise, TTK m. 447/1 bent (b)'deki, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran kararlardır.

Ortaklarına menfaat sağlamak amacıyla kurulan kooperatiflerin amacının gerçekleşmesi için kanunen ortaklara bazı hak ve yükümlülükler tanınmıştır. Bu şekilde kooperatifin ve kooperatif ortaklarının menfaatlerini dengeli olarak korunması hedeflenmiştir. Kooperatif ortakları, kendilerine tanınan hakları kanunî sınırlar içinde kullanmalıdır. Diğer yandan da kooperatifin amacı doğrultusunda gerekli olan yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar. Bu hak ve yükümlülükler genel olarak KoopK'da düzenlenmiştir.

KoopK'da yer almayan hak ve yükümlülükler konusunda ise m. 98 atfıyla TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümlere bakmak gerekecektir. Bu çerçevede, kooperatif ortaklarının KoopK ve TTK'nın anonim şirket hükümleri dikkate alınarak var olan hakları, genel kurulda alınan bir karar ile sınırlandırılır ya da ortadan kaldırılırsa bu karar butlan yaptırımına tabi olacaktır. Bunun yanında kooperatif ana sözleşmesi ile sağlanan ve Kanun dışında sağlanmış hakların da yine bir genel kurul kararı ile sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması butlan yaptırımına tabi olacaktır.

Ortaklarının hak ve yükümlülüklerinin dayandığı ilkelere biri, KoopK m. 23'te de düzenlendiği üzere, eşitlik ilkesidir⁵¹. Mutlak eşitlik; ortakların kooperatife katkılarına bakılmaksızın, ortaklar arasındaki farklılıklar göz önüne alınmadan ve değerlendirilmeden her ortağa tanınan, eşitliklerdir. Her ortak genel kurulda bir oy kullanma veya genel kurul kararlarının iptalini isteme hakkına sahiptir (KoopK m. 48, 53). Nisbî eşitlik; farklı nedenlerden dolayı ortaya çıkan durumlarının göz önüne bulundurulması ve değerlendirmesi sonucunda, ancak eşit olacak biçimde bir ölçünün uygulanmasıdır. Örneğin ortakların dönem sonunda ortaya çıkan gelir-gider farkını (risturn) bölüşmesi bu nevi'den sayılabilir (KoopK m. 38)⁵². Dolayısıyla pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlar bakımından butlan yaptırımını ele alınırken, bu mutlak eşitlik nisbî eşitlik kriterleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

TTK m. 447/1 bent (b) anlamında, kooperatif ortaklarının bilgi alma, inceleme ve denetleme hakları KoopK ve bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde TTK'nın anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleriyle güvence altına alınmıştır. Genel kurul, Kanunun verdiği hakları hiçbir şekilde kısıtlayamaz veya kaldıramaz. Aynı şekilde, bu haklar ana sözleşme ile genişletilmişse, bu durumda da genel kurul ana sözleşmeye aykırı olarak bu hakları sınırlandırır veya kaldırır, bu da butlan yaptırımına tabi olur.

⁵¹ Y. 03.03.1981 tarihli, 1981/287 E. ve 1981/910 K. sayılı içtihadında, eşitlik ilkesiyle ilgili eşitlik kavramının mahiyetini açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. Kararda şu hususlara yer verilmiştir: KoopK'nın 23. maddesi gereğince, kooperatif ortakları, kanunen kabul edilen esaslar çerçevesinde hak ve yükümlülüklerde eşittirler. KoopK 23. maddeye göre, eşitlik ilkesi, buyurucu emredici bir kanunî hükmü olarak benimsenmiştir. KoopK'nın mutlak eşitliği esas aldığı hükümlerde, istisnâî hal olmaksızın, eşitlikte buyurucu veya yorumlayıcı hükümler olarak düzenlenmiştir. Ancak KoopK'nın eşitlik ilkesindeki esas amacı, kooperatiflerde hiçbir hal ve ölçüde keyfiyete yol açmamaktadır. Kanun tarafından mutlak veya nisbî eşitliğin buyurucu hüküm olarak öngörüldüğü durumların aksi ana sözleşme ile düzenlenememektedir. Mutlak veya nisbî eşitliğin buyurucu hüküm olarak öngörülmediği hallerde eşitlik ilkesine uygun düştüğü ölçüde ve eşitsizlik yaratmamak koşuluyla, ana sözleşme ile istenilen hususlara yer verilebilecektir. Özellikle kooperatif amacının elde edilmesinde nisbî eşitliği sağlayan ölçü yardımcı oluyor ise gerek ana sözleşme gerekse usulüne uygun olarak alınan genel kurul kararları ile de kabul edilebilecektir. Yargıtay, bundan sonraki kararlarında da, kooperatif yönetimi ile ortakları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda eşitlik ilkesini daima göz önünde bulundurmuştur. Kararlar için bkz., Y. 23. HD., 01.11.2012 tarihli, 2012/5378 E. ve 2012/6337 K.; 23. HD 05.10.2012 tarihli, 2012/3468 E. ve 2012/5773 K. sayılı kararları. Mutlak ve nisbî eşitlikle ilgili değerlendirmeye ilgili olarak Y. HGK. 11.07.2018 tarihli, 2018/129 E. ve 2018/246 K. sayılı kararı.

⁵² Y. 11. HD., 03.03.1981 tarihli, 1981/287 E. ve 1981/910 K. sayılı kararı için bkz., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, e.t.:18.10.2019.

Son örnek olarak verilen batıl kararlar ise, TTK m. 447/1 bent (c)'de yer alan ve kooperatifin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olarak alınanlar olacaktır.

Y. 23.HD'nin 24.2.2016 tarihli, 2015/2561 E. ve 2016/1050 K. sayılı kararında⁵³, ek ödemeyle ilgili nisapların sağlanmaması hâlinde hangi hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağını değerlendirilmesi yapılmıştır. KoopK, “*Ek ödeme yüklemi*” başlıklı 31.maddesinde, ana sözleşmeyle, ortakların ek ödemelerle yükümlendirilebileceği hükmüne yer verilmiş; ancak, ek ödemelerin sadece bilanço açıklarını kapatmada kullanılmasının şart olduğu belirtilmiştir. Buna göre ek ödeme yüklemi sınırsız olabileceği gibi, belirli miktarlarda veya iş hacmi ile veya paylarla orantılı olarak sınırlandırılabilir. Yine KoopK m. 52/1'de, ek ödeme ihdası hakkında alınacak kararlar için bütün ortakların 3/4'ünün rızasının gerektiği öngörülmüştür. Bu hükümlerin emredici nitelikte oldukları ve bu hükümlere aykırılık teşkil eden genel kurul kararlarının, TBK m. 26 ve 27 (m. 19 ve 20) hükümlerine göre mutlak butlanla batıl olduğu sonucuna varılmıştır.

Ancak artık TTK m. 447/1 bent (c) hükmüne göre, bu ek ödeme yüklemine bilanço açıkları haricinde kullanılmasına ilişkin bir karar alınmış olsa, bu karar bu çerçevede butlanla batıl olacaktır. Yahut da, alınan genel kurul kararı şeklen olmasa da, içerik açısından bir ek ödeme yüklemi niteliğinde olup, ana sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması hâlinde, alınan karar yine butlanla batıl olacaktır.

Yine KoopK m. 55/2'de, yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşacağı yer almaktadır. KoopK'nda yönetim kurulu toplantı ve karar nisabına yer verilmiştir. KoopK m. 98 atfı ile TTK m. 390/1' göre, kooperatif ana sözleşmesinde aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanacak ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alacaktır. Üç üyenin bulunduğu yönetim kurulunda kararların alınabilmesi için toplantı nisabının iki ve iki kişiyle toplanan yönetim kurulunun karar yeter sayısının da iki olduğu düşünüldüğünde, daha az kişiyle karar alınması yönetim kurulu kararının yokluğuna yol açarken, bu nisabı hafifletici, yani üç kişilik yönetim kurulunun iki kişiden daha az kişiyle toplanıp

⁵³ Karar için bkz. www.kazanci.com.

karar alınabileceğine yönelik genel kurulda alınan karar kooperatifin temel yapısını bozan batıl bir karar olacaktır⁵⁴.

Diğer yandan KoopK m. 59/8'deki, yönetim kurulu üyeleri ve temsile yetkili şahısların, genel kurulun devredemeyeceği yetkilerini kullanamayacağı hükmüne aykırı olarak, bu yetkilerin devredilmesi şeklinde alınan bir genel kurul kararı da emredici hükümleri ortadan kaldırma amacı taşıdığından yine kooperatifin temel yapısı ve niteliği ile bağdaşmayan bir niteliktedir ve butlan yaptırımına tabidir.

TTK 447. madde hükmünde sayılan bu haller dışında, TBK m. 27 anlamında konusu bakımından kanunun emredici hükümlerine⁵⁵, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız genel kurul kararları da butlan yaptırımına tabi olacaktır.

Ancak TTK m. 447'de "özellikle" sayılmamış olan; fakat emredici hukuk kurallarına aykırı olan her genel kurul kararının batıl olduğunu söyleyemeyiz. Dikkat edilmesi gereken husus, emredici kurallara aykırılık oluşturan genel kurul kararının niteliğinin tespit edilerek ona göre yaptırımın uygulanmasıdır. Bunun yanında TTK m. 447 hükmünde sayılmayan butlan sebeplerine örnek olarak da; sorumluluk hükümlerini (TTK m. 549 vd.) bertaraf etmeye yönelik genel kurul kararlarını, potansiyel pay sahiplerini, alacaklıları ve işçileri koru-

⁵⁴ Konu ile ilgili Y. 11.HD 19.01.2004 tarihli, 2003/5611 E. ve 2004/313 K. sayılı kararı için bkz.www.kazanci.com.

⁵⁵ TTK 1534/1 maddesine göre kanunun kenar başlıkları metne dâhildir. Bu kapsamda "emredici hükümler" kenar başlığı altında düzenlenen TTK m. 340 ele alınmalıdır. TTK m. 340, "Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.". Bu düzenleme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıdığını göstermektedir. Belirtilmedi ki bir esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı, doğrudan emredici hükümleri ortadan kaldırmaya yönelmiş olabilir. Böyle bir durumda esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı butlanla sakat sayılmalıdır. Emredici hükümleri ortadan kaldırma amacı, anonim şirketin temel yapısı ve niteliği ile bağdaşmayacaktır; TTK m. 447/1-c'ye aykırı olacaktır. Diğer yandan emredici hükümleri ortadan kaldırmıyor, sadece TTK'nın herhangi bir emredici hükmüne aykırılık oluşturuyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddi hukuk kuralını ihlal etmiş sayılacaktır. Bu halde de TTK m. 340 değil, TTK 445 ve 447 maddeleri dikkate alınmalıdır. TTK m. 447'de sayılan haller dışında genel kurul kararlarının butlan sonucunu doğurması istisnadır. Batıl genel kurul kararlarının tespiti yapılırken butlanın ikincilliği göz önünde tutulmalıdır. TTK m. 447'ye göre m. 445 daha genel olduğundan, butlan yaptırımı istisnai yaptırım olarak kabul edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz., KARASU Rauf; "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tıp Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *TFM*, 2015/1, s. 120-121.

yan hükümlere aykırı genel kurul kararlarını⁵⁶ ve eşit işlem ilkesine⁵⁷ (TTK m. 357) aykırı kararları vermek mümkündür.

Bu hususta TBK'daki genel hüküm çerçevesinde, genel kurul kararların butlanının tespitinde butlanın ikincilliği ilkesinin uygulanacağını da söylemek mümkündür. Butlanın ikincilliği ilkesi, özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı durumlarda hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşımaktadır⁵⁸.

Buna TTK m. 447/1 bent (a) hükmünden bakarsak, pay sahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki hakları, ortaklığa ilişkin yönetim haklarının asgari seviyesi olarak nitelenebilir⁵⁹. Hukuk güvenliği gereği, genel anlamda, kanuna aykırı genel kurul kararlarının butlana değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olduğunun yerinde olacağı kabul görmektedir⁶⁰. TTK'nin 447. maddesinin gerekçesinde de konu ele alınmıştır. Gerekçede, 6762 sayılı TTK'nın ilk zamanlarında, butlanın tespiti davasında ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin tartışmanın bulunduğu ve konuya dair daha sonra butlanın tespiti davasında ileri sürülebileceğinin doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edildiği belirtilmiştir. Konusu itibarıyla batıl olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülenmiştir. Bunun dışındaki-

⁵⁶ KARASU Rauf, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C.I, Ankara, 2010, s. 1249. Yazar, örnek olarak, şarta bağlı sermaye artırımına, değiştirme ve alım hakkını haiz olan çalışan ve alacaklıların korunmasına ilişkin hükümlere (TTK m. 467), sermaye artırım kararının alacaklılara bildirilmesini öngören hükme aykırılık (TTK m. 474/2), yönetim kurulu üyelerinin iflasın açılmasından önceki son üç yıl içinde kazanç payı veya başka bir ad altında aldıkları ücreti şirket alacaklılarına iade etmekle yükümlü olduklarına dair kararlar gösterilmiştir.

⁵⁷ Eşit işlem ilkesi, çoğunluğun elinde bulundurduğu gücünü kötüye kullanmasını önleme amacına hizmet eden araçlardandır. Eşit işlem ilkesi, farklı menfaat gruplarını bir araya getiren anonim şirkette pay sahibinin, özellikle azınlığın menfaatlerini zedeleyebilecek kararların dengelenmesi yönünden önemli bir işleve sahiptir. Eşit işlem ilkesinin hukuki niteliğinin ve pay sahipleri açısından eşit şartlarda eşit işlem ilkesinin ayrıntılı değerlendirilmesi için EMİNOĞLU Cafer, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", *TFM*, C. 1, S. 1, 2015, 79-88, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/199309>, e.t.:20.10.2019; AKDAĞ GÜNEY Necla, "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi", *GÜHFD*, C. XVIII, S. 3-4, 2014, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_7.pdf, e.t.:20.10.2019; YILDIZ Şükrü, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Ankara, 2004, s. 58; NOMER ERTAN Nedret Füsün, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s. 469-490, 1998.

⁵⁸ PULAŞLI, Genel Kurul, s. 872; KARASU; Genel Kurul, s. 1247.

⁵⁹ PULAŞLI, Genel Kurul, s. 896.

⁶⁰ PULAŞLI, Genel Kurul, s. 896.

lerde butlanın ikincilliği ilkesi gereğince iptalin yeterli ve tatmin edici olmadığı hâllerde butlan müessesine başvurulacağına gerekçede yer verilmiştir. Pay sahiplerinin vazgeçilemez ve alınamaz nitelikteki pay sahipliği hakları açısından düşünüldüğünde, butlanın ikincilliği ilkesi gereğince iptalin yeterli ve tatmin edici olmadığı tespit edildiği takdirde butlana karar verilmesi gerektiği anlamı ortaya çıkmaktadır. Buradaki amaç yalnız mevcut pay sahiplerinin değil, gelecekteki pay sahiplerinin de menfaatlerini korumaktır⁶¹.

Emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturan genel kurul kararlarında, aykırılığın hangi emredici kuralı ihlal ettiği tespit edilmelidir. Koşullara göre, butlanın ikincilliği ilkesi çerçevesinde butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımını uygulanmalıdır⁶².

Konusu gereği batıl olan genel kurul kararlarında, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, kooperatifin temel yapısını bozan, örneğin açık kapı ilkesine aykırı olan veya genel kurulun devredilemez yetkilerinin yönetim kuruluna devrini içeren⁶³ ve sermayenin korunması ilkesine, eşit işlem ilkesine aykırı olan kararlarda butlan söz konusu olacaktır. Bunun dışındakilerde butlanın ikincilliği ilkesi gereğince iptalin yeterli ve tatmin edici olmadığı hâllerde butlan müessesine başvurulacaktır. Yine bir ortağın kooperatiften çıkmasını KoopK'nun belirttiği ölçüler dışında yasaklayan, çıkan veya çıkarılan ortağa çıkma payı verilmeyeceği yönünde ortaklar arasında eşitsizlik yaratacak kararlar butlan yaptırımına tabi olacaktır.

aa. Genel Kurul Kararlarının Butlanı Davasında Usul

TTK'nın 448. maddesinde ilan, teminat ve kanun yolu; 449. maddesinde ise kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Söz konusu TTK maddelerinin bu hükümleri, KoopK'nun 42 ile 54. kooperatif genel kuruluna ait olan maddeleri öncelikli olmak kaydıyla, KoopK m. 98 atfi ile uygulanacaktır.

Buna göre, kooperatif yönetim kurulu, genel kurula ilişkin butlan davasının açıldığını ve duruşma gününü, usulüne uygun olarak ilan edecek ve varsa kooperatifin internet sitesine koyacaktır. Mahkeme, kooperatifin talebi üzerine muhtemel doğacak zararlara karşı davacıların teminat göstermesine karar vere-

⁶¹ KARASU, Emredici Hükümler, s. 121; PULAŞLI, Genel Kurul, s.896, KORKUT, s. 102vd.

⁶² KARASU, Emredici Hükümler, s. 121; PULAŞLI, Genel Kurul, s.896, KORKUT, s. 134, 138.

⁶³ Bu hususa ilişkin olarak bkz. Y. 11.HD 23.01.2018 tarihli, 2016/6495 E. ve 2818/572 K. sayılı kararı www.kazanci.com.

bilecektir. Teminatın nitelik ve miktarı yine mahkemece belirlenecektir (TTK m. 448/3).

Genel kurul kararı aleyhine butlan davası açıldığı takdirde mahkeme, yönetim kurulu üyelerinin görüşünü aldıktan sonra, dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebilecektir (TTK m. 449). TTK m. 450’de, genel kurul kararının butlanına ilişkin kesinleşen mahkeme kararının bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade edeceği yer almaktadır. Yönetim kurulu bu kararın da bir suretini derhâl ticaret siciline tescil ettirmek ve varsa kooperatifin internet sitesine koymak zorundadır.

Ancak butlan davasının kötünüyetle açılması hâlinde, davacılar bu sebeple kooperatifin uğradığı zararlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır (TTK m. 451).

b. Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı

Aynen genel kurul kararlarının butlanında olduğu gibi, TBK m. 27 dikkate alındığında yönetim kurulu kararlarının butlanından bahsedilebilir. Bunun yanında anonim şirkette en sık rastlanan butlan yaptırımına tabi olacak yönetim kurulu kararları TTK’nın 391. maddesinde yer almakta olup, KoopK m. 98 atfıyla, bu hüküm de kooperatif yönetim kurulu kararlarının butlanında uygulanacaktır.

Yönetim kurulunun butlana tabi işlemlerinin ve kararları, tıpkı TTK m. 447’de genel kurul kararlarının butlanında olduğu gibi, TTK’nin 391. maddesinde sayılan durumlar da, tahdidi değil, örnekleme yoluyla belirtilmiştir. Hatta bu hükümde yer alan özel hâller, biri hariç TTK m. 447’de yer alan genel kurul kararlarının butlanı hâlleri ile aynıdır. Bu bakımdan da genel kurulun butlanı için benzer hükümlere ilişkin söylediklerimiz burada da geçerli olacaktır.

TTK madde 391’de bentler hâlinde, eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan veya güçleştiren, diğer organların devredilmez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl olacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, TTK m. 391’de, TTK m. 447’den farklı olan özel hâl, eşitlik ilkesine aykırı olan kararlardır.

Kooperatifler açısından TTK m. 391 ele alındığında eşit işlem ilkesine ayrıca dikkat çekilmesi gerekir. Doktrinde eşitlik ilkesine aykırı genel kurul kararları açısından bir iptal edilebilirlik sebebi olarak düzenlenmiş olmasına

karşın, yönetim kurulu kararları açısından butlan sebebi olarak görülmesi eleştirilmiştir. Butlan gerekçesi olarak sayılan hâllerin bir kısmının esasen iptal davasına konu olması gerektiği ve pay sahibinin çıkarını ihlal etmesi nedeniyle eşit işlem ilkesine aykırılık yüzünden iptal davasına konu olacağı belirtilmiştir⁶⁴. Eleştirilerin bazılarının odağında ise, TTK m. 357 ile m. 391'in çelişmesi bulunmaktadır⁶⁵. Ancak bazı yazarlar, butlanın ikincilliği ilkesinin uygulanmadığı yönetim kurulu kararlarına karşı uygulanabilecek yaptırımların yokluk ve butlan olduğunu; bu nedenle yönetim kurulu kararlarına karşı pay sahiplerini koruyabilmek adına butlana hükmedilebileceğini kabul etmişlerdir⁶⁶. Diğer yandan eşit işlem ilkesine aykırılık hâlinde, bunun ortakların vazgeçilmez haklarını ihlâl etmesi durumunda, yaptırımın butlan olacağı da doktrinde yer almıştır⁶⁷.

KoopK m. 23'e göre, ortaklar KoopK'nın kabul ettiği esaslar çerçevesinde hak ve yükümlülüklerde eşittirler. KoopK m. 1'de, "...değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklık" şeklinde kooperatifin tanımı yapılmıştır. Kooperatif ana sözleşmesinde; ortakların pay tutarına ve kooperatif sermayesinin ödenme şekline, nakdi sermayenin en az 1/4 nün peşin ödenmesine ait hükümlerin olması gerektiği KoopK m. 4/1-4'te belirtilmiştir. Ana sözleşmede, ortakların yükledikleri paylar için ödeyebilecekleri sermaye borçlarını nasıl yerine getirecekleri belirlendiği halde, yönetim kurulunun alacağı bir kararla ödeme şeklini değiştirmesi ve bazı ortaklara kolaylık sağlaması halinde eşit işlem ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır⁶⁸.

TTK'nın 391. madde gerekçesinde konu ele alınmıştır. Gerekçeye göre, yönetim kurulu kararları iptal edilemez niteliktedir. Ancak bâtil yönetim kurulu kararlarına karşı tespit davası açılabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Geçersizlik tespitinin mahkemeden istenebileceği hususu Yargıtay'ın içtihatlarına da yer etmiştir. TTK m. 391 ile dava imkânının tanınması ve iptal edilebilir

⁶⁴ BAHTİYAR Mehmet; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Mart 2008, s. 750, KENDİGELEN'e göre de, bu konu tartışmalıdır. Bkz. s. 279.

⁶⁵ MOROĞLU Erdoğan; **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler**, 4. Bası, Ankara, 2006, s. 183; TEOMAN Ömer; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Batider*, C. 26, S. 3, Eylül 2010, s. 5-16.

⁶⁶ KIRCA, C. 1/2, s. 516vd.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için, BAHAR SAYIN Hediye; **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 99.

⁶⁸ YÜCE Aydın Alber; **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2018, s. 147-148.

kararlarla b t l kararlar arasındaki farka açıklık getirmekteki amaç pay sahibinin korunmasını g çlendirmektir⁶⁹. Söz konusu durumlarda alınmış olan yönetim kurulu kararları ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyecektir⁷⁰.

Yönetim kurulu tarafından anılan hükümlere aykırı genel nitelik taşıyan kararlar, batıldır. Örneğın, bütün pay sahipleri için bilanço a ıklarmı kapatmak amacıyla KoopK'nın 31. maddesinde olduğu gibi⁷¹ ana sözleşmede olmayan bir ek ödeme y k ml l ğun  devreye sokan bir yönetim kurulu kararı, anonim Şirket temel yapısının bir tamamlayıcı öğesi olan pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ilkesine aykırı ve hükümsüzdür.

Uygulama açısından bir kararın butlanla batıl olup olmadığını belirleyen esas alınması gereken kavramın temel yapı kriteri olduğu doktrinde belirtilmiřtir⁷². Temel yapı, anonim Şirketi taşıyan kolonlar olarak ifade edilmektedir. Bu temel yapıya aykırı kararlar butlan yaptırımına tabi olacaktır. Örneğın; ek ödeme y k ml l ğu getiren kararlar,  ye olamayacak bir kişiye yönetim kurulunda  ye haklarına sahip olmasını öngören kararlar, iptal davasının açılabilmesini yönetim kurulunun onayına bağlayan kararlar, k r elde etmek ve paylaşmak amacının terkinine ilişkin kararlar, genel kurula temsilci ile katılımın yasaklanmasına ilişkin kararlar, bir  c nc  kişiye, pay sahiplerine tanınan hakların tanınmasını öngören kararlar batıl kararlar olarak sayılabilir.  rnekleri çoğaltmak m mk nd r⁷³.

Kooperatifin temel yapısının sınırları belirlenirken dikkat edilecek hususlar; diğer Şirketlerden ayırıcı ve kooperatifi tanımlayan niteliklerdir. Kısacası kooperatifi kooperatif yapan, ona kooperatif Şirket vasfını veren özelliklerin tespit edilmesi gereklidir⁷⁴. Aynı unsurlar kooperatif için de söylenebilir.

⁶⁹ Gereke eye göre, b t l yönetim kurulu ve genel kurul kararları için ayrı hükümler öngörülerek İsviçre'den daha açık ve amaca daha uygun bir sistem yaratılmıştır. Gerçekten de, İsvBK m. 714, genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen İsvBK m.706b'ye atıf yaparak düzenlemekte olup, kanımızca da ayrı bir düzenleme yöntemi daha uygundur.

⁷⁰  ÇİŐIK H. Güzin/ÇELİK Aydın; **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, 2013, s. 445.

⁷¹ KoopK 31. madde hükmüne göre: “Ana sözleşme, ortakları ek ödemelerle y k mlendirilebilir. Ancak, ek ödemelerin yalnız bilanço a ıklarmı kapatmak için kullanılması şarttır. Ek  deme yükleme sınırsız olabileceği gibi belirli miktarlarla veya iş hacmi ile veya paylarla oranlı olarak sınırlandırılabilir.”

⁷²  ÇİŐIK/ÇELİK, s. 446.

⁷³ Bu konudaki örnekler için bkz.  ÇİŐIK/ÇELİK, s. 446.

⁷⁴ Anonim Şirketler açısından, YÜCE, s. 149-150.

Kooperatifin amacı, konusu, kooperatifin ne suretle temsil edileceği ve denetleneceği tescil ve ilan olunacak hususlardandır. Kooperatifler, “*ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla*” kurulurlar. Yönetim kurulunun; belirlenen amaç ve konusu dışında başka bir amacı ve konuyu gerçekleştirmek için faaliyetlerde bulunması, kendi çıkarı için çalışması, temsil yetkisini değiştirici yönde veya denetlemeyi kısıtlayıcı hallerde kooperatifin temel yapısını bozucu kararlar söz konusu olacaktır. Yönetim kurulunun, ortaklığa alınmak için başvuranların, ana sözleşmede gösterilen ortaklık şartlarını taşıyıp taşımadıklarını araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca yönetim kurulu, genel kurul tarafından belirlenen, yapı kooperatiflerinde konut, işyeri ve ortak sayısının üzerinde ortak kaydedemeyecektir. Kuruluş amacı ve konusu düşünüldüğünde bu iki hususun kooperatife vasfını kazandıran özellikler olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu açıdan temel yapıya aykırılıktan bahsedilebilecektir.

Diğer organların devredilmez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl olmasıyla ilgili KoopK m. 59/8 hükmüne öncelikle bakmak gerekir. Hükme göre, yönetim kurulu üyeleri ve temsile yetkililer, genel kurulun devredemeyeceği yetkilerini kullanamayacaktır. Burada TBK m. 27 genel hükmü çerçevesinde, emredici hukuk kurallarına aykırılık söz konusudur; ancak özel hüküm niteliğindeki TTK m. 391 değerlendirildiğinde, kooperatif yönetim kurulunun, genel kurulun devredemeyeceği yetkilerini kullanarak alınan kararları butlan yaptırımına tabi tutulacaktır.

Yine ana sözleşmede belirtilen, ortakların genel kurulca belirlenmiş olan aidat borçlarını yerine getirmemeleri hâlinde, KoopK m. 27’deki sürecin ardından ortaklıktan çıkarılma söz konusu olacaktır. Bunun aksine ortaklıktan çıkarma ile ilgili hükmü ortaklardan birisi veya bazıları için kaldıran yönetim kurulu kararı alınabilir. Bu durumda hem eşit işlem ilkesine hem de hukuk kurallarına aykırılık söz konusudur. Ayrıca kanunun kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanmış olacaktır. Bahsedilen durumlarda yönetim kurulu kararının butlanla batıl olması gündeme gelecektir.

TTK m. 391’deki hâller dışında, TBK m. 27’nin de butlanı ortaya çıkaracağını söylemiştik. Bu hususta Yargıtay, eğer yönetim kurulu toplantılarında çağrı, toplanma ve karar alma için Kanunun belirlediği haricinde bir durum ana sözleşmede öngörülmüş ise, buna uymamanın yaptırımının butlan olacağı kanaatine varmıştır. Örneğin, kooperatifin yönetim kurulu üye sayısının beş olduğu, yönetim kurulunun 20.07.2012 tarih ve 62/14 numaralı kararında, mutad dışı

toplantıların gerek görüldüğünde yönetim kurulu başkanının (yokluğunda başkan vekilinin) yazılı çağrısıyla, acil durumlarda ise telefonla yapılacak çağrıyla yapılmasına oybirliği ile karar verildiği, dava konusu 22.09.2014 tarihli yönetim kurulu toplantısının davacılar dışındaki diğer 3 üye ile yapıldığı, toplantı ve karar nisapları sağlanmış ise de, usulüne uygun olarak toplantı çağrısı yapıldığının ispat edilemediği gerekçesiyle, 22.09.2014 tarih ve 64/20 Sayılı yönetim kurulu kararının butlanla malul olduğunun tespitine karar vermiştir⁷⁵. Kanımızca bu karar yerinde değildir. Zira karar için gerekli toplantı ve karar yeter sayısına ulaşılmıştır. Davacı olanlar yönetim kuruluna katılmış olsalar bile sonuç değişmeyecektir. O halde sırf çağrı usulüne dayalı olarak butlan kararı vermek TBK m. 27 anlamında bir ihlal oluşturmaz. Sanırız burada Yargıtay, yönetim kurulu kararına iptal kararı verilemediği için böyle bir maksadı aşan yoruma yer vermiştir.

3. Kooperatif Organ Kararlarının İptali

a. Genel Olarak

Bir organ kararı açısından iptalin gündeme gelebilmesi için öncelikle kararın varlığı ve var olan kararın geçerli olması gerekir. Kurucu ve geçerlilik unsurları mevcut ise, o kararın hukuka aykırılığı bakımından iptal edilebilirlik yaptırımından söz edilebilecektir.

Genel kurul kararının kanuna, kooperatif ana sözleşmesine veya iyi niyet kuralına aykırılığı yalnız iptal davası açılarak ileri sürülebilir. Zira yokluk ve butlan iddiasının aksine, genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği, itiraz veya defî şeklinde ileri sürülemeyeceği gibi, mahkemece re'sen nazara alınmaz. İptal davası bir genel kurul kararının geçersiz olduğunun hükme bağlanmasını amaçladığından yenilik doğurucu bir eda davasıdır⁷⁶.

Yönetim kurulu kararlarının iptal edilebilirliği ise tartışmalıdır. İptal davası veya butlanın tespiti davası hukukî amaç açısından ele alındığında, ikisinde de organ kararlarının hükümsüzlüğünün tespiti söz konusudur. KoopK açısından sadece m. 16/3 hükmüne ilişkin olarak yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılması mümkündür. Ancak daha önce de değindiğimiz üzere genel kurul kararlarının aksine, yönetim kurulu kararlarında butlanın ikincilliği ilkesi bulunmamaktadır. Bu da yönetim kurulu kararları açısından iptalin çok

⁷⁵ Y. 23.HD. 15.11.2018 tarihli, 1538 E. ve 5336 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

⁷⁶ MOROĞLU, s. 199-200.

sınırlı olarak sadece kanunun izin verdiği ölçüde olabileceğini ortaya koymaktadır.

b. Genel kurul kararlarının iptali

KoopK'nın 53. maddesinde, genel kurul kararlarının iptali ve buna ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Genel kurul kararlarının yokluk mu, butlan mı olduğu yoksa iptal edilebilir mi olduğuna dair duraksama bulunan hâllerde, hukuk güvenliği açısından iptal edilebilir nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerekir⁷⁷. İptal edilebilirlik bir genel kurul kararının kanuna, ana sözleşmeye ya da dürüstlük kurallarına aykırılığı hâlinde söz konusu olur.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünde yokluk, butlan ve iptal müesseseleri birbirine karıştırılan üç durumdur. Bu bakımdan bir genel kurul kararının iptalinde bazı hususları göz önüne almak gereklidir. Bunlar da, öncelikle kararın hukuk düzeninde var olup olmadığına tespit edilerek yokluk yaptırımının oluşup oluşmadığının belirlenmesi, ikincisi ihlal edilen hükmün kesin emredici olup olmadığına, TBK m. 27'de sayılan diğer durumlara ve belirlenen butlana ilişkin özel hükümlere aykırı olup olmadığına bakılarak butlan yaptırımına tabi olup olmadığına incelenmesi, bunlardan sonra da butlanın ikinciliği ilkesini göz önüne alarak alınan kararının iptal yaptırımına tabi olup olmadığına incelenmesidir.

Y. 11.HD'nin bir genel kurul kararının iptal edilir olup olmadığına belirlenmesi açısından vermiş olduğu bir kararında iptali kabil kararların, daha çok ortakların menfaatlerini koruyan düzenlemelere aykırılık teşkil eden, emredici kurallar dışında yorumlayıcı ve şekle ilişkin kuralların ihlal edildiği kararlar olduğu ifade edilmiştir⁷⁸. Bu cihetle alınan kararın bahsettiğimiz sıralama ile hükümsüzlüğü incelenirken, iptal yaptırımına tabiliğinde bu hususun dikkate alınması gerekecektir.

İptal davasına konu genel kurul kararları, mahkeme kararı ile geçersizlikleri tespit edilene kadar hukuk dünyasında sonuç doğurmaya devam edecektir. Ancak genel kurul kararının mahkeme kararı ile geçersizliğine karar verildiği anda karar geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır⁷⁹. Alınan mahkeme kara-

⁷⁷ ERİŞ Gönen; **Uygulamalı Kooperatifler Hukuku**, Ankara, 2001, s. 801.

⁷⁸ Y. 11.HD. 23.01.2007 tarihli, 2005/13782 E. ve 2007/692 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

⁷⁹ MOROĞLU, s. 24; TEKİNALP, s. 393. Yazar, iptal sebeplerinin kanunda tahdidi olarak sayılmadığını, hukukun genel ilkelerine aykırı ve nesnellikten uzak kararların iptal yaptırımına tabi olacağını belirtmiştir.

rı, bozucu yenilik doğuran nitelikte kabul edilmektedir⁸⁰. Bu noktada genel kurul kararlarının iptalinin ancak mahkeme kararı ile talep edilebileceğini de belirtmek gerekir⁸¹. Bundan kastımız, genel kararlarının yokluk ve butlanı başka davada ve her zaman ileri sürülebilirken, genel kararının iptali ancak bu hususta bir dava açılmış olması hâlinde ileri sürülebileceğidir.

aa. Kanuna Aykırı Genel Kurul Kararları

KoopK m. 53/1'de belirtilen ilk husus, kanuna aykırı olan genel kurul kararlarıdır. İptale tabi olan genel kurul kararları, yokluk veya butlan yaptırımlarına konu olanlar dışındaki hükümlere aykırılık hâlleri için ifade edilmektedir. Kanuna aykırı olan kararlar, aleyhlerine mahkeme tarafından iptal kararı verilmedikçe, geçerli olurlar ve hüküm ifade ederler. Bu kararların hükümsüzlüğüyle ilgili olarak tespit davası değil, eda davası niteliğindeki iptal davasının açılması gerekir⁸².

Kanuna aykırılığı sadece KoopK'na aykırılık olarak algılamamak gerekir. Burada kastedilen, yürürlükte olan tüm kanunlara aykırı olan genel kurul kararlarıdır. Usule ve esasa ilişkin aykırılıklar da yine kanuna aykırılığın kapsamındadır. Kanuna aykırılık, emredici kanun hükümleri bakımından butlan sebebi olarak görülmekteyken, KoopK m. 53'te emredici olmayan kanun hükümleri bakımından iptal sebebi olarak ele alınmıştır. Ancak emredici olan kanun hükümleri bakımından da iptal söz konusudur. Örneğin Yargıtay, Anayasanın 35. maddesi ve TMK m. 683 hükmüne aykırı olarak, kooperatif üyelerinin üyelik hakları sonucu kendilerine tahsis edilen bağımsız bölümlerin kendi aralarında takasını (değiştirilmesini) önlemek amacıyla alınan genel kurul kararının, mülkiyet hakkının özüne dokunacak, tasarruf hak ve yetkisinin kullanılmasını engelleyecek karar olarak iptal edilmesi gerektiği yönünde karar almıştır⁸³.

Butlan sebepleri dışında kalan ve yoklukla malul olmayan vakalar, iptal davasının konusunu oluşturacaktır. Bununla birlikte yokluk ve butlan yönünde

⁸⁰ ARSLANLI, s. 279; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 1054vd.

⁸¹ MOROĞLU, s. 243.

⁸² Y. 11. HD. 11.04.2005 tarihli, 2004/7071 E. ve 2005/3501 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

⁸³ Y. 23. HD. 17.04.2019 tarihli, 2016/4829 E. ve 2019/1456 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

talepte bulunulması hâlinde çoğun içinde az da vardır kuralı gereği, ileri sürülen olayların bir genel kurul kararının iptaline yol açıp açmadığına da bakılır⁸⁴.

Genel kurul kararlarının kanuna aykırılığa dayalı iptalinde KoopK'na aykırılık yanında, KoopK m. 98 atfıyla, anonim şirkete ilişkin TTK hükümlerine aykırılık da önemlidir. Zira KoopK'da hüküm bulunmadığı hâllerde, anonim şirketin hükümleri kooperatiflerde uygulama alanı bulacağından, anonim şirkete ait hükümlere aykırı genel kurul kararları, kanuna aykırı olduğundan iptal konusu olacaktır.

Bu hususta bir örneğe değinmek gerekirse, TTK'nın 558/1'de, genel kurul kararıyla ibra kararının kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. Bu hususta KoopK'da bir hüküm bulunmadığı için TTK'nın bu hükmü kooperatiflerde de uygulama alanı bulur. Niteliği itibariyle kurucu yenilik doğurucu kararlardan ibra kararları için, ancak süresi içerisinde ve şartları sağlanmak suretiyle iptal davası yoluna başvurulması gerekecektir. Buna göre kooperatif genel kurulunun kanuna aykırı olarak aldığı ibra kararının kaldırılması için kendisinin yeni bir karar alması değil, iptal davası yoluna başvurulması gerekecektir.

bb. Ana sözleşmeye Aykırı Genel Kurul Kararları

Ana sözleşmede zorunlu ve isteğe bağlı olan düzenlemeler yer alır. Ana sözleşmede bulunması zorunlu düzenlemeler KoopK'da sayılmıştır. İsteğe bağlı olan düzenlemelerden kastedilen ise emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturmeyen özel hükümler, yedek veya yorumlayıcı hukuk kurallarının kısmen veya tamamen aksini öngören hükümler, emredici nitelikteki kanun hükümlerinin düzenleniş amacına uygun olarak ağırlaştırılan hükümler veya düzenleyici hükümlerdir⁸⁵.

Bununla birlikte, kooperatiflerde ilgili bakanlıklar tarafından çıkartılan tip sözleşme ve KoopK m. 3 uyarınca ilgili bakanlık⁸⁶ onayı söz konusu olduğundan, ana sözleşmelerde ilgili bakanlığın onay vermediği herhangi bir hüküm

⁸⁴ Y. 23. HD. 26.11.2013 tarihli, 2013/5894 E. ve 2013/7475 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

⁸⁵ SAKA Zafer; **Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul**, 1. Baskı, İstanbul, 2004, s. 243.

⁸⁶ KoopK m. 3'de "Ana sözleşme, Ticaret Bakanlığına verilir. Bakanlığın kuruluşa izin vermesi halinde, kooperatif merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan olunur." dese de, kooperatif türleri bakımından ana sözleşmeye onay veren ilgili bakanlık farklılaştırılmıştır. Örneğin yapı kooperatiflerinde ilgili bakanlık Çevre ve Şehircilik Bakanlığı iken, tarım kredi kooperatiflerinde ilgili bakanlık Tarım ve Orman Bakanlığıdır.

yer alamamakta, çoğunlukla da tip sözleşme hükümlerinden aşırı sapma taşıyan bir ana sözleşme görülmemektedir.

Ana sözleşmeye aykırılık hâllerine ilişkin olmak üzere, Yargıtay bir kararında, "...tasfiye halindeki davalı kooperatifin genel kurullarında 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 81/4. maddesinde ana sözleşmeye atfı yapılmış olup, ana sözleşmenin 84/9. maddesinde, tasfiye sürecinde dahi ana sözleşmenin 33/1. maddesinin uygulanacağı öngörülmüş olduğundan, kayıtlı ortak sayısının en az 1/4'ü kadar ortağın toplantıda hazır bulunması şarttır. Kararlar ana sözleşmenin 33/2. maddesi uyarınca oylama sırasındaki mevcudun yarıdan fazlasının oyu ile alınır dedikten sonra, tasfiye kurulu başkanı ve üyesinin, genel kurul kararı olmadan aidat topladığı, kooperatifin borçlarının bulunduğu, bu aidatları hesaplara intikal ettirmedikleri, kooperatifin elektrik ve su aboneliğinin kapanmadığı, vergi dairesine olan borcun ödenmediği, bu durumda tasfiye kurulunun ana sözleşmenin 84. maddesine uygun hareket etmediği, tasfiye görevini yerine getirmediği, borçlar varken kooperatifin terkinini ve ibra yönünde karar verilemeyeceği yönündeki iddiası ile ilgili herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamış, bu yönde denetime elverişli bir gerekçe oluşturulmaksızın, soyut "kanuna, ana sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırılık bulunmadığı" gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuştur..." diyerek ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur⁸⁷.

Yine başka bir kararında da, "...davalı kooperatifin ana sözleşmesinin 61. maddesinde üyelere düşen daireler yönünden maliyet hesabının nasıl yapılacağı ve maliyet hesabının içerisinde dairenin konumuna göre değerinin nasıl hesaplanacağı hususunun düzenlendiği, buna göre 11.10.2014 tarihinde 7 numaralı madde ile şerefiye bedeli alınmaması yönündeki kararın ana sözleşmeye aykırı olduğuna..." karar vermiştir⁸⁸.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, kooperatif genel kurulunda alınan kararın kimi zaman o kooperatif ana sözleşmesi hükmünü ihlal edip etmediğini ele alıp irdelerken, kimi zaman da KoopK m. 53 hükmündeki iptal sebeplerinin hepsi üzerinden bir iptal kararı vermektedir. Kanımızca Yargıtay'ın iptal edilen genel kurul kararları üzerinden nitelikli değerlendirme yaparak o kararın ana sözleşmeye mi aykırı olduğunu yoksa diğer hâllerden birine mi girdiğini ayrıntılı ele alması karar yazımı ve hukuk tekniği açısından daha faydalıdır.

⁸⁷ Y. 23. HD. 01.10.2015 tarihli, 2015/4965 E. ve 2015/6213 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

⁸⁸ Y. 23. HD. 31.01.2019 tarihli 2016/3328 E. ve 2019/2412 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

Ana sözleşmeye aykırılık oluşturacak şekilde alınan ve hak düşürücü süre içinde iptal davası açılmadan geçerli hâle gelen kararlar, aykırılık oluşturduğu ana sözleşme hükmünü de değiştirebilir. Bu durumda, alınan kararın gerekli nisapla alınıp alınmadığına bakılmalıdır. Zira KoopK, ana sözleşmede değişikliğe gidilmesi için, alınacak genel kurul kararlarında nitelikli çoğunluk aramaktadır (KoopK m. 51/2). KoopK'nin bu hükmü emredici nitelik taşımaktadır. Nitelikli çoğunluk şartı sağlanmadan ana sözleşmenin değiştirilmesi yönünde ana sözleşmeye aykırılık oluşturacak karar alınması hâlinde bu karar, genel kurul kararının iptali değil butlanı hükümlerine tabi olacaktır. Bu durumda da alınan karar hak düşürücü süreye bağlı kalınsız ve açılacak bir butlanın tespit davası ile butlanı istenebilecektir⁸⁹.

cc. İyiniyet Esaslarına Aykırı Genel Kurul Kararları

Genel kurul kararı ne kanuna ne de ana sözleşmeye aykırı olmayabilir. Buna karşılık iyiniyet esaslarına aykırı genel kurul kararlarıyla karşılaşılabiliriz. Çoğunluğun haksız ve yersiz kararlarıyla azınlıkta kalan ortakları haklarını sınırlandırması, ortadan kaldırması bu yönde verilen kararlara bir örnektir.

Bu bağlamda, hukukun genel ilkelerine aykırılık, iyiniyet esaslarına aykırı kararları doğuracaktır. Esasen TMK m. 2'ye aykırılık, genel kurul kararının iptalini doğuracaktır. Ancak hukukun diğer genel ilkeleri (ahde vefa, hakkaniyet, adalet) ile iyiniyet ilkesinin birbiriyle bağlantısı, bunlara aykırı bir kararın da iyiniyete aykırı olması sonucunu doğurur.

İyiniyet ilkesine aykırı genel kurul kararları bakımından, Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu "...08.03.2014 tarihli genel kurul toplantısından kısa bir süre önce (üye kayıt defterine göre) kooperatife 100 ün üzerinde yeni üye kaydının yapıldığı, diğer üyelere göre çok düşük aidatlar ödedikleri, bunlardan 85 üyenin genelde katıldıkları... bu kaydedilen üyelerin bazılarının çok düşük miktarda meblağlar ödedikleri anlaşıldığından... bu yeni üyelerin sadece dava edilen genel kurul toplantısında oy kullanmak amacıyla üye kaydedildikleri bu nedenle dava edilen kararların toplantı ve karar nisabı ile... bu yeni kaydedilen ve toplantıya katılan üye sayısı dikkate alındığında yani çıkarıldıklarında... bu genel kurul kararlarının nisabını etkilediği, bunun kooperatifin ana sözleşmesi hükümlerine, Kooperatifler Yasası'na ve objektif iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği, kooperatife karşı yükümlülüklerini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren diğer üyelere karşı eşit muamele

⁸⁹ BİNGÖL Adil; **Türk Hukuku'nda Kooperatif Genel Kurulu**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2010, s.76 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

etmek ve davranmak ilkesinin ihlal edildiği söz konusu üyelerin gerçek iradelerinin hakkaniyete uygun şekilde genel kurulda tecellisinin sakatlanmasına da sebebiyet verildiği gerekçeleriyle davanın kabulüne...” yönündeki kararı onanması örnek gösterilebilir⁹⁰.

Bu kararda Yargıtay, verilen karardaki kötü niyetli ve hakkaniyet ilkesine aykırı alınan genel kurul kararının kanuna ve ana sözleşmeye aykırı olmasına rağmen hangi nedenle iyiniyet kaidesine aykırı olduğunu açık bir şekilde göstermiştir.

c. İptal Davasında Usulî Hususlar

aa. Davacılar

Kooperatif genel kurul kararlarının iptali davası açılması bazı şartlara bağlanmıştır. KoopK m. 53/1’de öncelikle kimlerin iptal davası açabileceği belirlenmiştir. Buna göre; toplantıda hazır bulunup da kararlara aykırı kalarak keyfiyeti tutanağa geçirten veya oyunu kullanmasına haksız olarak müsaade edilmeyen yahut toplantıya çağrının usulü dairesinde yapılmadığını veyahut gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediğini yahut da genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kimselerin karara katılmış bulduklarını iddia eden pay sahipleri, yönetim kurulu, kararların yerine getirilmesi yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin şahsi sorumluluklarını mucip olduğu takdirde bunların her biri, iptal davası açabilecektir.

Toplantıda hazır bulunup bulunmamasına göre pay sahipleri farklı hüklümlere tabi kılınmıştır. Buna göre toplantıda hazır bulunup da kararlara aykırı oy kullananların, bu durumu genel kurul tutanağına yazdırması şarttır. Burada dava açılması, toplantıya katılıp ret oyu verilmesi ve verilen ret oyunun tutanağına geçirilmesine bağlanmıştır. Bu nedenle genel kurula yazılı ve imzalı verilecek olan metnin varlığı veya olumlu oy kullanılmamış olması ve bu hususun muhalefet olarak tutanağına yazdırılması hâlinde ortak iptal davası açabilecektir. Aksi halde dava açma hakkı kaybedilecektir⁹¹.

⁹⁰ Y. 23. HD.16.04.2019 tarihli, 2016/3320 E. ve 2019/1393 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁹¹ Y. 23. HD. 24.05.2016 tarihli, 2015/6861 E. ve 2016/3152 K. sayılı kararında; “davacının, usulüne uygun çağrı yapıldığı halde genel kurula katılmadığı, davacıların muhalefet şerhini tutanağına geçirmediği, davacılarından birinin ise, iptalini istediği maddelere olumlu oy kullandıktan sonra, devam eden maddelerin görüşülmesi sırasında itirazını bildirdiği, KoopK m. 53 uyarınca, oylamadan sonra muhalefetin tutanağına yazdırılması gerektiği gerekçesiyle verilen davanın reddi kararını onamıştır.”www.kazanci.com.

Karşı oy kullanma ancak oya katılabilecekler için söz konusudur. Bazı durumlarda bir ortağın toplantıya katılma hakkı olmasına rağmen, bazı konularda oy kullanma hakkı bulunmamaktadır.

KoopK m. 50⁹², genel kurulda oya katılamayacaklara ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. Bu gibi durumlarda oy hakkını kullanma imkânı bulunmayan kişilerin ret oyu kullanması da mümkün olmadığından, iptal davası açamazlar. Bir görüşe göre, ret oyu kullanamayan ortakların dahi, muhalefet şerhinin tutanağa geçirmesiyle birlikte yine iptal davası açabilmesi mümkün olabilir⁹³. Ancak kanımızca, bu kişiler görüşmelere katılsalar dahi, muhalefet ancak oy ile birlikte söz konusu olacağından, bu kişilerin muhalefet şerhi koydurması ve iptal davası açması mümkün değildir.

Usulsüz çağrı yapılması veya çağrı yapılmaması hâlinde alınan kararların hükümsüzlük yaptırımlarından yokluk mu, yoksa iptal edilebilirlik mi olduğu hususunda, Y. 23. HD. 03.06.2015 tarihli, 2014/7930 E. ve 2015/4184 K. sayılı kararında, hukukî işlemlere güvenlik getirme amacından hareketle yaptırımın iptal edilebilirlik olduğuna kanaat getirmiştir⁹⁴.

Usulüne uygun çağrı yapılmış; fakat ortak toplantıya katılmamışsa dava açma hakkı bulunmayacaktır. Ancak çağrı, yetkili kişiler tarafından, kanunda belirtilen süre ve şekilde yapılmamış olduğu, yani usulsüz çağrı yapıldığı iddia ve ispat edilmiş ise, genel kurula katılmayan ortak genel kurul kararının iptali davasını açabilecektir⁹⁵. Ancak usulsüz çağrıya rağmen ortağın genel kurula gelmiş olması hâlinde artık çağrının usulsüzlüğüne dayanamaz⁹⁶.

⁹² “Kooperatif işlerinin görülmesine herhangi bir suretle katılmış olanlar Yönetim Kurulunun ibrasına ait kararlarda oylamaya katılamazlar. Bu hüküm denetçiler hakkında uygulanmaz. Ortaklardan hiçbiri kendisi veya karı ve kocası yahut usul ve fûruu ile kooperatif arasında şahsi bir işe veya davaya dair olan görüşmelerde oy hakkını kullanamaz.”.

⁹³ Bkz. ÇEVİK, s. 590.

⁹⁴ Karar için bkz. www.kazanci.com.

⁹⁵ Çağrı usulüne aykırılıkta ne zaman yokluk ne zaman iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanacağı belirlenmesi önem arz eder. Genel kurul toplantısı için gereken çağrı işlemleri yapılmış, ancak bunlarda genel kurulun varlığını engellemeyecek bir takım eksiklikler bulunmaktaysa, uygulanacak yaptırım iptal edilebilirliktir. Buna karşın çağrı işlemi hiç yapılmaksızın toplanan genel kurul ancak çağrısız genel kurulun oluşumuna ilişkin şartlar sağlanırsa geçerli olup aksi halde yok sayılacaktır. Bu hususta bkz. MOROĞLU, s. 67.

⁹⁶ Y. 11. HD. 09.11.1995 tarihli, 5810 E. ve 8403 K. sayılı kararı. Bu konuya ilişkin olarak, Y. 11.HD, 26.01.2016 tarihli, 2015/2351 E. ve 2016/799 K. sayılı kararında da; usulüne uygun çağrı yapılmassa bile, genel kurula katılan pay sahibi tarafından, çağrının usulsüzlüğünü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com. Burada pay sahipleri, karara ilişkin muhalefet şerhlerini zapta geçirtmiş olmak şartıyla iptal davası açma haklarını kullanabileceklerdir. Kararın kanuna, ana

Bu durumda yani çağrı usulsüzlüğüne rağmen genel kurula katılan ortak için dikkat edilecek husus, ortağın, KoopK m. 53/1'deki koşulları yerine getirip getirmediğidir. Aksi halde, usulsüz çağrının varlığından haberdar olan ortağın, genel kurula gelmesine rağmen olumsuz oyunu muhalefet şerhiyle kaydettirmeyip bir iptal davası açtığında çağrı usulsüzlüğüne dayanabilmesi, kanunun bu konudaki amacına aykırılık taşır.

Yine gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediği hâllerde de toplantıda hazır bulunmayanlar iptal davası açabilirler⁹⁷.

Bununla birlikte çağrı usulsüzlüğü tek başına iptal sebebi değildir. Ayrıca alınan kararların kanuna, ana sözleşmeye ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğunun iddia ve ispat edilmesi de gerekir⁹⁸.

Genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kimselerin karara katılmış olduklarını iddia eden ortakların da iptal davası açmaları mümkündür. Ancak katılmanın etkili olmadığı ispat edildiği takdirde KoopK m. 98 atfıyla TTK m. 433 uyarınca kararın iptali söz konusu olmaz⁹⁹.

KoopK 53/1-2 maddesi, herhangi bir koşula bağlı olmaksızın yönetim kuruluna iptal davasını açma hakkı tanımıştır. Ayrıca bu hak olduğu kadar yönetim kurulunun görevidir. Bu nedenle, toplantıda tüm yönetim kurulu hazır bulunsun veya bulunmasın, karara aykırı kalsın veya kalmassın, aykırı olduğunu tutanağa yazdırsın veya yazdırmassın, iptal davası açabilir.

Genel kurul kararlarının yerine getirilmesinde yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin şahsî sorumluluğunu gerektiren hâllerde, bu kişilerden her biri iptal davası açabilir.

bb. Davada Temsil

İptal davasında, kooperatifi yönetim kurulu temsil eder. Eğer dava yönetim kurulu üyelerinden biri veya birkaçı tarafından açılmışsa, diğer yönetim

sözleşmeye veya iyiniyete aykırı olduğunun ispatı da gerekecektir. Bkz. ARSLANLI, s. 87, İMREGÜN, "Anonim Şirketlerde Münferit Pay Sahibinin Umumi Heyet Kararları Aleyhine İptal Davası Açmak Hakkı. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, 1961, s. 132; İMREGÜN, *Ortaklıklar*, s. 173.

⁹⁷ "...Yasaya ve anasözleşmeye aykırı olarak yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan bütün kararlar hükümsüz ve geçersizdir. Böyle bir toplantıda alınan kararların yoklukla malul olduğunun tesbitini K.K.53 deki koşullar aranmaksızın her ortak mahkemeden isteyebilir.", Y. 11.HD. 22.10.1982 tarihli, 3370 E. ve 1982/4077K. sayılı kararı.

⁹⁸ Y. 11.HD. 23.09.1991 tarihli, 1990/2827 E. ve 1991/4770 K. sayılı kararı. www.kazanci.com.

⁹⁹ ÇEVİK, s. 594-595.

kurulu üyelerinin kooperatifi temsil yetkisi var ise, diğer yönetim kurulu üyeleri kooperatifi temsil edecektir. Yönetim kurulu tarafından dava açılmış ise, denetçiler kooperatifi temsil edecektir. Fesih hâlinde ise, kooperatifi tasfiye memurları temsil edecektir¹⁰⁰.

cc. Davada Süre, Görev ve Yetki

İptal davasına ilişkin KoopK m. 53'de genel kurul kararları aleyhine, toplantıyı kovalayan günden başlamak üzere bir ay içinde, kooperatif merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye başvurabileceği düzenlenmiştir. Burada kullanılan “*kovalayan*” ibaresi hukukî olmadığı için çelişkilere yol açabilecektir. “*Kovalayan*” ibaresinin ne olduğuna bakarsak, bu ibarenin takip eden gün anlaşılması gerektiği sonuca ulaşılır ise, toplantıdan sonraki günden itibaren bir ayın hesap edilmesi gerekir.

“*Gün*” ve “*ay*” ifadelerine aynı madde içinde yer verilmesi de karışıklığa yol açabilecek hususlardır. Gün olduğunda, bir sonraki günden itibaren; ay söz konusu olduğunda süre, başladığı güne son ay içinde karşılık gelen gün olarak hesaplama yapılacaktır.

Kanımızca iptal davasına konu olan genel kurul kararı ise toplantı değil, sürenin de karar tarihinden itibaren başlamasının, hükümde “*gün*” ifadesi hiç yer almadan TTK m.445'teki gibi “*karar tarihinden itibaren*” şeklinde daha net ve anlaşılabilir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte yönetim kurulunun ortaklıktan çıkarma kararına itiraz üzerine verilen veya doğrudan doğruya bir ortağın kooperatiften çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararlarının iptaline ilişkin açılacak davalarda ise süre, bu karar tarihinden itibaren başlamak üzere üç aylık hak düşürücü süreye tabi olacaktır.

KoopK 53/6 maddesinde, bir aylık hak düşürücü sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanılamayacağına ilişkin hüküm yer almaktadır. Burada, tıpkı TTK m. 448/2'deki gibi, bir aylık süre içinde açılacak başka davalar dikkate alınmıştır. Hükümün devamında, birden fazla iptal davası açıldığı takdirde, davaların birleştirilerek görüleceği düzenlenmiştir.

Genel kurul kararları aleyhine iptal davası, kooperatif merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılır (KoopK m. 53/1). KoopK m. 99'da davaların niteliği ve muhakeme usulüne ilişkin düzenleme yer almaktadır. Hükme göre,

¹⁰⁰ ÇEVİK, s. 597.

KoopK'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayıldığından ticaret mahkemeleri görevli mahkemedir ve bu davalarda basit muhakeme usulü uygulanmaktadır.

dd. Davada Teminat ve İlan

KoopK m. 53'de, mahkemenin, kooperatifin isteği üzerine iptal davası yüzünden doğacak muhtemel zararlarına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebileceği ve teminatın mahiyet ve miktarını belirlemenin mahkemeye ait olduğu düzenlenmiştir.

İptal davasının yönetim kurulu üyelerinden ve denetçilerden biri tarafından açılması hâlinde teminat isteme talebi, kooperatif adına temsile yetkili olan organ tarafından yapılacaktır. Ancak iptal davası yönetim kurulu tarafından açılırsa, teminat talebini denetçi veya denetçiler yapar. Bu durumda, kanımızca yönetim kurulu üyelerinin tamamının şahsi olarak teminat göstermesi gerekir. Zira kurul her ne kadar organ sıfatıyla dava açıyorsa da, teminat kooperatif tarafından kooperatife verilemeyeceğine göre, yönetim kurulunun kararın iptali için talebi hâlinde kararlaştırılacak bir teminatın, kurul üyeleri tarafından karşılanması şarttır.

Yönetim kurulu tarafından, iptal davasının açıldığının ve duruşmanın yapılacağı günün, usulen ilan edileceği, yine KoopK m. 53'de yer almaktadır. KoopK 3/1-b maddesine göre, bu ilanın kooperatiflerin yapacağı ilan şekline uygun olarak yapılması gerekir. Yönetim kurulunun bu ilanı yapmaması kararın geçerliliğini engellemekle beraber, kanunun kendisine yüklediği görevi kasten veya ihmalen yapmaması nedeniyle, zarar hâlinde ayrıca sorumluluğu söz konusu olacaktır (KoopK m. 62). Bunun yanında, kanımızca TTK m. 448/1 hükmü gereğince, kooperatifin internet sitesi varsa, bu hususun burada da ilan edilmesi gereklidir.

d. İptal Davasının Sonuçları

İptal davası açılmış olması alınan genel kurul kararının icrasına etkide bulunmayacaktır. İptal davası açılmış olsa dahi, genel kurulda alınan kararlar yönetim kurulu tarafından uygulanmak zorundadır. Yönetim kurulu uygun bulmadığı kararı uygulamama yoluna gidemez. Karar için iptal davası açması gerekir. Ancak açılan iptal davasında yönetim kurulunun veya denetçilerin görüşü alındıktan sonra, aleyhine iptal davası açılan kararın icrası TTK m. 449 gereğince

ce geri bırakılabilir¹⁰¹. Geri bırakılmasına karar verilmediği takdirde, yönetim kurulu kararı uygulamakla yükümlüdür. Üçüncü kişilerle hakkında iptal davası açılmış karara istinaden yapılan işlemler kooperatifi bağlayacaktır¹⁰².

Mahkeme ancak kararı iptal edebilir. Mahkeme genel kurul yerine geçerek başka bir karar alamaz.

Mahkeme tarafından kararın iptali hâlinde yönetim kurulu artık iptal edilen kararı uygulamayacaktır. Söz konusu karar inşai niteliktedir. Karar, geriye etkili olarak ortadan kalkar. Ancak iptale karar verilene kadar üçüncü kişilerle dava süresinde yapılan işlemler, kurulan ilişkiler, geçerli sayılmaktadır. Bu açıdan karara dayanılarak iyiniyetli üçüncü kişilerin kooperatifle yapmış olduğu işlem ve ilişkilerden doğan hakları saklı kalmaktadır. Bu husus KoopK'nın 98 inci madde atfı ile TTK m. 371'de açık olarak ifade edilmiştir.

Karar kesinleşmesinin ardından, davaya katılıp katılmaması önem arz etmeksizin, bütün ortaklar hakkında hüküm ifade eder (KoopK m. 53/son). Ancak iptal talebinin reddi sadece taraflara etki eder.

KoopK m. 98 atfı ile TTK m. 451 kooperatif genel kurul iptali davalarında da uygulanır. Bu nedenle genel kurul kararları aleyhine kötüniyetle iptal davası açıldığı takdirde davacılar, açılan dava yüzünden kooperatifin uğradığı zararlardan müteselsilen sorumlu olacaktır.

e. Yapısal Değişikliklerde İptal Davası

Kooperatiflerde birleşme, bölünme ve tür değişmeye yönelik genel kurul kararları alındığı takdirde, bu kararların iptali TTK m. 192 hükmü gereği mümkündür. Bu KoopK m.53 vd. ile TTK m. 447 vd. hükümlerinden ayrı ve özel bir iptal davasıdır. Söz konusu dava, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunan birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan kooperatifin ortakları tarafından; bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde açılabilir. İlanın gerekmediği hâllerde süre tescil tarihinden başlar.

¹⁰¹ Y. 23. HD. 07.03.2016 tarihli, 2015/5107 E. ve 2016/1382 K. sayılı kararında da; "...henüz genel kurul yapılmadan gündem maddelerinin iptalinin istenmesinde hukukî yarar bulunmadığından, genel kurul kararlarının iptali davası açıldığında, KoopK m. 98 atfıyla uygulanması gereken ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan TTK m. 449 gereği, alınan kararların yürütülmesinin geri bırakılmasının tedbiren talep edilmesinin mümkün olduğu..." belirtmiştir.

¹⁰² ÇEVİK, s. 602.

Hüküm TTK’da yer alan birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerin ihlali halinde bu davanın açılabilceğini öngörmüştür. Bu hükümlerin ihlali dışındaki hallerde kanımızca ancak genel kurul kararlarının genel iptali yoluna başvurulabilir.

Söz konusu işlemlerde herhangi bir eksikliğin varlığı hâlinde, mahkeme taraflara bunun giderilmesi için süre verir. Hukuki sakatlık, verilen süre içinde giderilemiyorsa veya giderilememişse mahkeme kararı iptal eder ve gerekli önlemleri alır.

f. Yönetim Kurulu Kararlarının İptal Edilebilirliği

Yönetim kurulu kararlarının iptali konusu doktrinde tartışılan konular arasında yer almaktadır. Doktrinde ve Y. 11.HD’nin kararlarında genel olarak yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmayacağı kabul edilmekle birlikte¹⁰³, ilgili dairenin kişisel hakları ihlal eden yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilceği doğrultusunda kararı da mevcuttur¹⁰⁴.

Bunun yanında, Y. 11.HD’nin 17.09.2002 tarihli, 2002/7111 E. ve 2002/7779 K. sayılı kararında da; KoopK’da, ortağın ortaklıktan çıkarılma kararı dışındaki yönetim kurulu kararlarının iptalinin düzenlenmemiş olmasının, yönetim kurulunun almış olduğu diğer kararlarına karşı da, doğrudan doğruya zarara uğrayan ortak tarafından iptal davası açılmayacağı şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Bunun aksine görüş benimsenmesinin, doğrudan doğruya zarara uğrayan ortağın sorununun genel kurula taşınması hâlinde, diğer ortakları doğrudan ilgilendiren bir durum olmadığından hakkaniyete uygun olmayan bir kararın çıkmasının muhtemel olduğu düşüncesi üzerinde durulmuştur¹⁰⁵.

¹⁰³ PULAŞLI, **Şirketler**, s. 1348vd, MOROĞLU, s. 191, Y.11.HD 26.02.1989 tarihli, E.1989/3414 ve K.1989/260 sayılı kararı, ERİŞ, **Şirketler**, s. 268.

¹⁰⁴ “...yönetim kurulunun aldığı karar bir şahsı doğrudan doğruya ilgilendirir veya onun haklarını ortadan kaldırır nitelikte ise bu tür yönetim kurulu kararları aleyhine dava açılması mümkündür...” diyen Y. 11.HD. 18.03.2010 tarihli, 20101/2477 E. ve 2010/2990 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com. Söz konusu kararda davalı kooperatifin ortağı olan A.S.’nin ortaklık hissesini devir sözleşmesi ile satın alan kişi davalı kooperatife başvuruda bulunarak üyelik işlemlerinin yapılmasını istemiş, ancak kooperatif önceki hisse sahibi hakkında dava bulunması nedeniyle hisseye düşen paranın ve tapunun verilmemesi konusunda karar alındığından bahisle dava sonuna kadar müvekkilinin üyeliği hakkında işlem yapılmayacağı yönünde karar almıştır.

¹⁰⁵ Bir ortağın şahsi haklarının, ihlal edildiği gerekçesiyle mahkemeden ilgili yönetim kurulu kararının iptalinin istenmesi halinde, ortağın söz konusu yönetim kurulu kararının haklarını ne şekilde ihlal ettiğini ispatlaması, gerekli bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması gerekecektir.

Yargıtay bir başka kararında da, kooperatifin bir temsilcisini veya ortağını doğrudan doğruya ilgilendiren veya bu kişilerin haklarını ortadan kaldıran yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davasının açılabileceğini kabul etmiştir¹⁰⁶.

Yine buna benzer olarak, Y. 11.HD; ortağa arsa payı ile orantısız bir şekilde daha az sayıda daire verilmesine¹⁰⁷, yönetim kurulunun konutların inşası bittikten sonra kura çekilmesini öngören ana sözleşmenin ilgili maddesine aykırı olarak inşaatlara başlanmadan kura çekimi kararı almasına¹⁰⁸, kura çekim tutanağının ve dayanağı olan yönetim kurulu kararının hukuka aykırı olmasına¹⁰⁹, yapımına karar verilen tesislerin plan ve projeye aykırı olarak davacı konutlarının önünü kapatacak şekilde inşa edilmesine¹¹⁰ kooperatifçe yapılan ihale ile satılan işyerlerinin devrinin yönetim kurulu kararı ile iptal edilmesine¹¹¹, ortağa teslim edilen konutun ayıplı olması ve tazminat talebinin kabul edilmemesine¹¹², yönetim kurulunun bir yönetim kurulu üyesini görevinden almasına¹¹³, tarım kredi kooperatifi temsilcisinin bölge birlik görevinin yönetim kurulu kararıyla sona erdirilmesine¹¹⁴ ilişkin kararlarında, ortağın şahsi haklarının ihlal edildiğine ve ortakların doğrudan yönetim kurulu kararlarının iptali davası açabileceklerine karar vermiştir.

KoopK m. 46/3'de de, "... genel kurulun yeni bir toplantıya çağırılması ve kanun, anasözleşme ve iyiniyet esasları ile genel kurul kararlarına aykırı olduğu ileri sürülen yönetim kurulu kararlarının iptali, ..." hükmü bulunmaktadır. Bu husus gündemde bulunmasa bile genel kurulda görüşülebilecektir. Ko-

¹⁰⁶ Y. 11. HD. 16.09.2004 tarihli, 2004/13813 E. ve 2004/8319 K. sayılı kararı, www.kazanci.com

¹⁰⁷ Y. 11. HD. 21.01.2002 tarihli, 2001/8094 E. ve 2002/345 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

¹⁰⁸ Y. 11. HD. 17.02.2003 tarihli, 2002/8771 E. ve 2003/1183 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

¹⁰⁹ Y. 11. HD. 07.02.2005 tarihli, 2004/4188 E. ve 2005/744 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

¹¹⁰ Y. 11. HD. 17.09.2002 tarihli, 2002/7111 E. ve 2002/7779 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

¹¹¹ Y. 11. HD. 09.07.2007 tarihli, 2006/7467 E. ve 2007/10413 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

¹¹² Y. 11. HD. 15.04.2004 tarihli, 2003/9125 E. ve 2004/4045 K. sayılı kararında, www.kazanci.com.

¹¹³ Y. 11. HD. 03.05.2004 tarihli, 2003/10996 E. ve 2004/4850 K. sayılı ve 16.09.2004 tarihli, 2003/13813 E. ve 2004/8319 K. sayılı, 28.01.1999 tarihli, 1998/8236 E. ve 1999/201 K. sayılı kararları, www.kazanci.com.

¹¹⁴ Y.11. HD. 17.09.2001 tarihli, 2001/4164 E. ve 2001/6822 K. sayılı ve 13.02.2006 tarihli, 2005/1669 E. ve 2006/1321 K. sayılı kararları, www.kazanci.com.

nunun görüşülüp karar alınabilmesine ilişkin şartlar, kooperatife kayıtlı ortakların en az 1/10'nun, gündem maddelerinin görüşülmesine geçilmeden evvel yazılı teklifte bulunmalarıdır.

Kooperatif ortağının, kanun veya ana sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği ve ortak amacı tehlikeye soktuğu durumlarda, kooperatiften çıkarılmasına kanunen imkân tanınmıştır. Kooperatiflerde ortağın çıkarılma kararı, çıkarmaya yetkili organ ayrımına göre ayrı ayrı ele alınabilir. Zira KoopK m. 16/2'de belirtildiği üzere ortaklıktan çıkarılmaya yönetim kurulunun teklifi ile genel kurul tarafından karar verilir. Ana sözleşme, çıkarılanın genel kurula başvurma hakkı saklı kalmak üzere, bu hususta yönetim kurulunu da yetkili kılabilir.

KoopK m. 16/3 uyarınca genel kurul tarafından verilecek çıkarma kararlarına karşı mahkemede açılacak bir iptal davası dışında, kararın yönetim kurulu tarafından verilmesi hâlinde, ya yetkili üst organ olarak genel kurula itirazda bulunularak çıkarma kararının kaldırılmasını istemek ya da mahkemeye başvurarak yönetim kurulunca alınacak çıkarma kararının iptalini¹¹⁵ sağlamak mümkündür.

Yönetim kurulu tarafından çıkarılma kararı verilmiş ise yönetim kurulu karar defterine, gerekçeli olarak yazılacaktır. Yetkili kişiler tarafından imzalanan karar, hakkında çıkarılma kararı verilen ortağa tebliğ edilmek üzere on gün içinde notere verilir. Ortaklıktan çıkarılma kararı hangi organ tarafından verilmiş ise, hakkında çıkarılma kararı verilen ortak, ona göre başvuru yolunu seçecektir.

Çıkarma kararının yönetim kurulu tarafından alındığı hâllerde, çıkarılan ortağın, yönetim kurulunun çıkarma kararına karşı genel kurula itiraz edip kararın kaldırılmasını talep etmesinin mümkün olduğunu söylemiştik. Bu itirazın konusu, çıkarma kararının, kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kuralına uymaması sebebiyle kaldırılmasıdır.

Kanun koyucu, bu kuralı koyarken kooperatif ortaklığından keyfi, öznel ve herhangi benzeri bir düşünce ile ortağın çıkarılmasına engel olmak amacını taşımaktadır. Dolayısıyla, kooperatif ana sözleşmesinde belirtilen ortaklıktan çıkarılma sebepleri, hukuka uygun ve somut olmalıdır.

¹¹⁵ Bu konuda, KURT Kudret; "Kooperatif Ortaklığından Çıkarılma İtiraz ve Davaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1992/4, s. 528.

Bu anlamda genel hukuk kurallarına aykırı çıkarma sebepleri, kooperatif ortaklığından çıkarılma sebepleri olarak ana sözleşmede yer alamaz. Genel hukuk kurallarına aykırı çıkarma sebepleri ana sözleşmeye yazılmış olması hâlinde, yazılan sebeplere dayanılarak ortaklıktan çıkarma işlemi de yapılamaz. Yine kooperatif ana sözleşmesinde yer verilen soyut ve belirsiz kavramlara dayanılarak da ortak çıkarılamaz.

Nitekim KoopK m. 16/1'deki, "*ortaklar ana sözleşmede açıkça gösterilmeyen sebeplerle ortaklıktan çıkarılamazlar*" hükmü gereği, ana sözleşmede açıkça gösterilmeyen sebep veya sebeplerle bir kooperatif ortağının, çıkarılması mümkün değildir. Buna göre, ana sözleşmede çıkarmaya dair sebepler sayılı ve sınırlıdır¹¹⁶. Genel kurul veya yönetim kurulu, ortaklıktan çıkarılma sebeplerini uygularken, TMK m. 2'yi her durumda göz önünde bulundurmalıdır¹¹⁷.

Aksi durumlarda, ana sözleşmedeki buna ilişkin hükümler veya bu hükümlere dayalı çıkarılma işlemleri geçersiz olacaktır. Buradaki geçersizlik de kanuna ve temel olarak emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturduğundan butlan yaptırımına tabidir¹¹⁸.

KoopK m. 16/3, ortak tarafından itirazın yapılma şeklini şarta bağlamıştır. İtiraz ilk toplanacak genel kurula sunulmak üzere noter aracılığıyla yönetim kuruluna gönderilecektir. Yönetim kurulu yalnızca, yapılan itirazı genel kurula bildirmekle yükümlüdür. İtirazın, yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulacağı Kanun'da da ifade edilmiştir. Genel kurula itiraz edildikten sonra, çıkarılan ortağın, aynı zamanda bir de mahkemeye çıkarmanın iptali davası açamayaacağı, kanunda açıkça ifade edilmiştir¹¹⁹.

İtiraz üzerine henüz bir karar çıkmadan, mahkemede iptal davası açma hakkı doğmayacaktır. Genel kurula yapılan itirazın ardından, genel kurul tarafından verilen karara karşı ise itiraz davası açılabilecektir. Burada söz konusu

¹¹⁶ Kooperatifin iş ve faaliyetlerine ilişkin, kooperatifin ve kooperatif yöneticilerinin itibarını zedeleme kastıyla ya da kooperatifin zararına hareket edilmesi, kooperatif ortaklığına kabul şartlarının kaybedilmesi veya kooperatife girişte ortaklık şartlarını taşımadığının sonradan tespit edilmesi gibi hallerin, çıkarılma sebebi olarak ana sözleşmelere konulduğu görülmektedir.

¹¹⁷ KURT, s. 516.

¹¹⁸ KURT, s. 516.

¹¹⁹ KoopK m. 16/3'de yer alan hükme göre, "...Genel kurula itiraz edildiği takdirde, yönetim kurulunun çıkarma kararı aleyhine itiraz davası açılmaz. İtiraz üzerine genel kurulca verilecek karara karşı itiraz davası hakkı saklıdır...".

olan itiraz davası, genel kurulun, yönetim kurulunun çıkarma kararını onaylamasına karşı açılan bir davadır.

Karar genel kurul tarafından verildiği takdirde, ortak tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz davası açabilecektir. Ancak tebliğ edilen karar, yönetim kurulu tarafından verilmiş ise ortak, üç aylık süre içinde ya genel kurula itiraz edecek ya da itiraz davası açacaktır. Üç aylık itiraz süresi içinde dava açılmaz veya itiraz edilmez ise verilen çıkarılma kararı kesinleşecektir. Meğerki genel kurul veya yönetim kurulu tarafından verilen çıkarılma kararı batıl olsun. Bu halde itiraz herhangi bir süreye tabi olmayacaktır.

Yönetim kurulunun verdiği ortaklıktan çıkarma kararına karşı genel kurula yapılan itiraz, ilk toplanacak genel kurula sunulmak üzere, yönetim kuruluna noter aracılığı ile tebliğ ettirilecek bir yazı ile yapılacaktır. Genel kurula itiraz edildiği takdirde, yönetim kurulunun çıkarma kararı aleyhine itiraz davası açılmayacaktır. İtiraz üzerine genel kurulun verdiği karara karşı itiraz davası hakkı saklıdır.

KoopK m. 16 hükmüne göre, yönetim kurulunun ortaklıktan çıkarma kararına karşı da tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz davası açılabilmesi mümkün kılınmıştır. İtiraz davası olarak adlandırılan bu dava, Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere, niteliği bakımından, genel kurul ya da yönetim kurulu kararının ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir iptal davasıdır¹²⁰. Nitekim bu dava uygulamada ihraç kararının iptali olarak da anılmaktadır.

İtiraz davası sonucunda, hukuka aykırı olarak alınan çıkarma kararının iptaline karar verilmekte ve çıkarma kararı sanki hiç alınmamış gibi ortaklık ilişkisi aynen devam etmektedir.

Burada ele aldığımız, yönetim kurulunda alınan çıkarma kararının iptalinin temel hususları şunlardır:

KoopK m. 16'da sadece çıkarma kararlarına karşı açılabilen bir dava türüdür. Bu itiraz davasında çıkarma kararının KoopK'nın 16 ve 27. maddelerine uygunluğu değerlendirilmektedir. Yönetim kurulunca alınan çıkarma kararına karşı dava açma süresi, tebliğ tarihinden itibaren 3 ay olarak kabul edilmiştir. KoopK'nın 16. maddesine göre sadece çıkarılan ortağın, çıkarma kararına karşı dava açma hakkı vardır.

¹²⁰ Y. HGK. 23.10.2002 tarihli, 11-633 E. ve 847 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.

Kooperatif yönetim kurulu kararlarının iptali açısından son olarak değineceğimiz iptal hakkı, kooperatiflerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesine bağlı yönetim kurulunda alınan karara ilişkindir. Bu durum ancak kooperatif ana sözleşmesinde böyle bir yetkinin yönetim kuruluna verilmesi hâlinde geçerli olur.

TTK m. 192/2'ye göre birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerde kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi hâlinde de iptal davası açılacaktır¹²¹. Yönetim kurulu tarafından birleşmeye karar verildiğinde, ortaklar kurulda oy kullanmamışlarsa bile, iptal davası açma hakkını elde etmişlerdir. İlgili kararın iptali davası, genel kurulun benzer şekilde aldığı birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının TTK m. 134 ile m. 190 hükümlerine aykırı olması sebebiyle açılabilir.

Söz konusu dava TTK m. 192/1 uyarınca, kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde açılabilir. Ancak bu davada TTK m. 192/3 uyarınca, işlemlerde herhangi bir eksikliğin varlığı hâlinde, mahkeme taraflara bunun giderilmesi için süre verilir. Hukuki sakatlık, verilen süre içinde giderilemiyorsa veya giderilememişse mahkeme kararı iptal eder ve gerekli önlemleri alır.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., NARBAY Şafak/ KESİCİ Buğra; "Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine "Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015/1, 107-160, s. 122-125.

SONUÇ

Kooperatif organları ve organ kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin kuralların, bu kuralların yargı kararlarında ne şekilde yorumlandığı, anonim şirkete ilişkin hükümlerin kooperatiflere doğrudan ve dolaylı olarak hangi hallerde uygulandığının birlikte değerlendirilmesi yapılmıştır.

Kooperatif organları kararlarının hükümsüzlüğü, genel kurul ve yönetim kurulu açısından; yokluk, butlan ve iptal edilebilirliktir.

Kanunen belirlenmiş olan kurucu şekli unsur ve şartların bulunmadığı hukukî işlemin varlık kazanmadığı durumlarda, hukukî işlem yok hükmünde kabul edilecektir. Bu bakımdan ister genel kurul ister yönetim kurulu kararı olsun, bir kararın oluşması için iki unsurun varlığı aranır. Bunlar toplantının yapılması ve kararın alınmış olmasıdır. Bunlar yoksa alınan karar da yoktur.

Kooperatif organ kararlarının butlanında ise TBK m. 27 hükmü dışında KoopK m. 98 atfıyla, TTK m. 447 kooperatif genel kurul kararlarında da örnek kabilinden sayılanlar olarak uygulanır. Yine aynı şekilde TTK m. 391 hükmü ile yönetim kurulu kararlarının butlanında da burada sayılanlar butlan yaptırımını için ele alınır.

Kooperatif organ kararlarının iptalinin gündeme gelebilmesi için öncelikle bir kararın varlığı ve var olan kararın geçerli olması gerekir. Ancak kurucu ve geçerlilik unsurları mevcut olan bir organ kararının iptal edilebilirliğinden söz edilebilecektir.

KoopK m. 53, genel kurul kararlarının iptali ve buna ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Genel kurul kararının iptali kanuna, kooperatif ana sözleşmesine veya iyiniyet kuralına aykırılığı nedeniyle iptal edilebilir niteliktedir. Genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği, itiraz veya def'i şeklinde ileri sürülemeyecek, yokluk ve butlan gibi mahkeme tarafından re'sen nazara alınamayacaktır.

Kooperatiflerde yönetim kurulunun, ortaklıktan çıkarma kararları dışındaki kararları aleyhine kural olarak iptal davası açılmaz ise de, Yargıtay'a göre, yönetim kurulu kararlarının icra edilmesi sonucu bir ortak kişisel olarak doğrudan doğruya zarar görürse, yönetim kurulu kararının iptali için yargıya başvurulabilir. Bu nitelikte olmayan kararlar için ise iptal davası açılmaz.

Ancak yönetim kurulu kararlarının iptali açısından belirtilebilecek bir diğer dava, yönetim kurulunun aldığı ortağın çıkarılması kararıdır. Bu karara karşı genel kurula itiraz yapılabileceği gibi, direkt olarak iptal davası da açılabilir.

lır. Bu davanın süresi kararın tebliğinden itibaren üç aydır. Aynı husus, karara karşı genel kurula itiraz edilmesi ve bu itirazın reddedilmesi hâlinde de söz konusudur. Hâlbuki genel kurul kararlarının iptali davası için Kanun'da tanınan süre, toplantıyı takip eden günden başlamak üzere bir ay olarak belirlenmiştir. Yapılan itiraz üzerine genel kurulun vereceği kararlara ilişkin olarak, koşulları sağlandığı takdirde, üç aylık süre içinde iptal davası açılabilecektir.

KoopK'da olmayan ve 98. madde atfının da söz konusu olmadığı bir başka iptal davası ise kooperatiflerde yapısal değişikliklere ilişkin TTK m. 192'de düzenlenmiş iptal davasıdır. Bu dava sadece TTK'nın yapısal değişikliklere ilişkin hükümlerinin ihlali halinde ilgili organ kararlarına karşı, kararın sicile tescilinden sonraki iki ay içinde açılabilen bir davadır. Bu dava sonucunda alınan yapısal değişiklik kararı iptal edilebilir. Ancak Kanun, eksikliklerin tamamlanması için organa süre verilebileceğini, bu süre içinde eksiklik ortadan kaldırılamazsa, kararın iptal edilebileceğini öngörmüştür.

Kooperatif organ kararlarının hükümsüzlüğünde, en çok karşılaşılan sorun, hükümsüzlük yaptırımının hangi türe girdiğinin doktrin ve yargıda farklı farklı ele alınmasıdır. Bir hükümsüzlük türüne girmek ya da girmemek, yaptırımın türü, alınan kararın tamir edilip edilemeyeceği ve bu kararın hangi süre içinde o yaptırım için dava yoluna başvurulacağına önem taşır. Bu konuda yargı kararları belli bir zemine oturmuşsa da, zaman zaman çelişkili kararlar görülmektedir. Doktrinde de aynı durumun varlığı, çelişkilerin devam etmesine yol açmaktadır. Bu bakımdan yine uygulamanın ana hatları içeren istikrarlı kararlar vermesi şarttır. Özellikle kooperatiflerde KoopK hükümlerinin muğlak ve çelişkili oluşu, uygulamadaki yorumlamaya daha çok ihtiyaç göstermektedir.

Bu bakımdan bilhassa kooperatif organ kararlarının hükümsüzlüğü için istikrar kazanmış, belli bir temele oturmuş kararlar birlikteliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Bunu sağlamada, hem doktrin hem de geçmiş yargı kararları üzerinden yaptığımız incelemenin bir yol göstermesini umuyoruz.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY Necla: “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, *GÜHFD*, C. XVIII, S. 3-4, 2014.

AKSOY Mehmet Ali: “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, *GÜHFD*, C. XVII, S. 1-2, 2013, 45-76.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz: **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında “Yokluk” Ya Da “Yok İşlem”**, *TBB Dergisi*, S.81, 2009.

ANTALYA Gökhan: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul, 2018.

ARSLANLI Halil: **Anonim Şirketler**, İstanbul, 1960.

ARSLANLI Halil: **Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, 1960.

BAHAR SAYIN Hediye: **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2.Baskı, İstanbul, 2017.

BAHTİYAR Mehmet: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Mart 2008.

BAHTİYAR Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13.Bası, İstanbul, 2019 (Ortaklıklar).

BİNGÖL Adil: **Türk Hukuku’nda Kooperatif Genel Kurulu**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2010. (*Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*)

ÇAMOĞLU Ersin: **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu**, 3.Bası, İstanbul, 2010.

ÇEVİK Orhan Nuri: **Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat**, 5. Baskı, Ankara, 1999.

DOMANIÇ Hayri: **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, C.II, İstanbul, 1988.

EMİNOĞLU Cafer: “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, *TFM*, C. 1, S. 1, 2015, 79-88.

ERCOŞKUN ŞENOL Kübra: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantılar”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Özel Sayı, *MÜHAD*, C.19, S. 2, 2013, 1693-1726.

ERİŞ Gönen: **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 1995 (Şirketler).

ERİŞ Gönen: **Uygulamalı Kooperatifler Hukuku**, Ankara, 2001.

HATEMİ Hüseyin: **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1999.

HELVACI Mehmet; **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, 2001.

İMREGÜN Oğuz: “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları”, *İUHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984 (Yetersayıları).

İMREGÜN Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, 4. Baskı, İstanbul, 1989 (Ortaklıklar).

İMREGÜN Oğuz: **Anonim Şirketlerde Münferit Pay Sahibinin Umumi Heyet Kararları Aleyhine İptal Davası Açmak Hakkı**, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 2, 149-175.

İMREGÜN Oğuz: “Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, 277-292.

KARA Etem: **Kooperatif Genel Kurul Kararlarının İptali**, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 15, 2018, 45-86.

KARASU Rauf: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.I, Ankara, 2010 (Genel Kurul).

KARASU Rauf: **Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *TFM*, 2015/1 (Emredici Hükümler).

KAYAR İsmail: **AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri**, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.2, 2008, 251-262.

KENDİGELEN Abuzer: **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3.Bası, İstanbul, 2016.

KIRCA İsmail/ ŞEHRİALİ ÇELİK Hayal/ MANAVGAT Çağla: **Anonim Şirketler Hukuku**, C.1/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, BTHE, Ankara, 2013 (C. 1/2).

KIRCA İsmail/ ŞEHRİALİ ÇELİK Hayal/ MANAVGAT Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku**, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, BTHE, Ankara, 2017 /(C. 2/2).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.1, 7. Baskı, İstanbul, 2017.

KORKUT Ömer: **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, 1. Baskı, Adana, 2012.

MOROĞLU Erdoğan: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler**, 4.Bası, Ankara, 2006.

MOROĞLU Erdoğan: **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2017.

NARBAY Şafak/KESİCİ Buğra: **Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015/1, 107-160.

NOMER ERTAN Nedret Füsün: “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 469-490.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018.

ÖZTAN Bilge; **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 1970.

PASLI Ali: Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan Oyun Hukuki Niteliği, İÜHFM, S. 1-2, İstanbul, 2009.

PLESSIS Jean du, LUTTERMANN Claus: “Corporate Governance in the EU, the OECD Principles Of Corporate Governance and Corporate Governance in Selected Other Jurisdictions”, *German Corporate Governance in International and European Context*, Springer, 2007, 215-256.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; **Ortaklıklar Hukuku**, C. I, 14. Baskı, İstanbul, 2019.

PULAŞLI Hasan: **Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi**, *GÜHFD*, 2013, C.17, S. 1-2.

PULAŞLI Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, 2018.

SAKA Zafer: **Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul**, 1.Baskı, İstanbul, 2004.

TANÖR Reha: “Kurumsal Yönetim Arayışları Doğrultusunda Banka Yönetim Kurulunda Bağımsız Üyelik”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ankara, 2005.

TEOMAN Ömer: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, 1. Baskı, Ankara, 1983.

TEOMAN Ömer: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, *Batider* C. 26, S. 3, Eylül 2010.

TURANLI Hüsnü: **Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü**, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, 2013, S.1-2.

ÜÇİŞİK H. Güzin: “Türk Hukuku’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C. 3, S. 5, 2011, 57-65.

ÜÇİŞİK H. Güzin/ÇELİK Aydın: **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, 2013.

YANLI Veliye: “Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, C. 2, İstanbul, 2007.

YILDIZ Şükrü: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara, 2004.

YİĞİT İlhan: **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, İstanbul, 2004.

YÖRÜK ATİLA Pelin/ YÖRÜK Atılğan Barış: **Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarında Yokluk ve Butlan**, *İKÜHFD*, 16(2), 2017, 207-233.

YÜCE Aydın Alber: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2018.

DÜĞÜNDE TAKILAN ZİYNET EŞYASININ İADESİ

The Restitution of Jewelry During The Wedding Ceremony

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akçaal*

ÖZET

Türk toplumunda genellikle evlenme sırasında düğün merasimi yapılmaktadır. Evlenen eşler bahse konu merasim sırasında birbirlerine ziynet eşyası hediye ettiği gibi, yakınları ve misafirleri tarafından da çeşitli takılar verilmektedir. Ancak, daha sonra taraflar çeşitli sebeplerle birbirlerinden düğünde takılan bu ziynetlerin iadesini talep edebilmektedirler. Yargıtay'a göre, böyle bir durumda ziynet eşyası kim tarafından kime takılmış olursa olsun, kadına bağışlanmış sayılır ve onun kişisel malıdır. Ancak, bahse konu yerleşik içtihat eleştiriye açıktır. Bu çalışma kapsamında öncelikle ziynet eşyası kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmiştir. Daha sonra, ziynet eşyasının hukukî niteliği incelenmiştir. Son olarak ise, ziynet alacağı davası hakkında açıklamada bulunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Ziynet eşyası, Takı, Düğün merasimi, Kişisel mal, Bağışlama sözleşmesi.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Dr. Öğretim Üyesi. E-mail: mehmetakcaal@hotmail.com, (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3228-8486>).

Makale Geliş Tarihi: 24.09.2019

Makale Kabul Tarihi: 15.10.2019

ABSTRACT

In Turkish society, wedding ceremony is usually held during marriage. Married spouses give each other jewelry during the ceremony. Relatives and guests give various jewelry to the spouses, too. However, the parties may then request the return of this jewelry from each other. According to the Court of Appeal, in such a case, it does not matter who attached the jewelry. It is deemed to be donated to the woman and is her personal property. However, the established case-law is open to criticism. In this study, first of all, what should be understood from the concept of jewelry is determined. Then, the legal nature of the jewelry was examined. Finally, an explanation was given about the case for the restitution of jewelry.

Key words: Jewelry, Nick nack, Wedding ceremony, Personal property, Donation.

I. GİRİŞ

Düğün merasimi, evlenmenin şartlarından biri değildir¹. Ancak, Türk toplumunda evlenmeyle birlikte bir düğün merasiminin yapılması oldukça yaygındır. Bu husus, Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir². Böylece, davetliler tarafından eşlerin daha mutlu bir yuva kurmaları için birtakım ziynet eşyası da hediye edilmektedir. İşte, inceleme konumuz düğün merasimiyle birlikte takılan ziynet eşyasına yönelik sonradan ortaya çıkan iade talepleridir. Çalışmada öncelikle ziynet eşyası kavramı açıklanmıştır. Daha sonra ziynet eşyasının hukukî niteliği incelenmiştir. Nihayet, ziynet eşyasının iadesine yönelik olarak ziynet alacağı davası hakkında değerlendirmede bulunulmuştur. Bu kapsamda, ziynet alacağı davasının şartları, tarafları, süresi, bu davada görevli ve yetkili mahkeme ile mahkeme hükmü açıklanmıştır.

¹ Aynı şekilde, nikahtan sonra düğün yapılmamış olmasının tek başına boşanma sebebi olmadığına ilişkin karar için bkz. 2. HD. T. 17.12.1985, E. 1985/10502 K. 1985/10806 (KBİBB., 743/134).

² HGK. T. 21.3.2019, E. 2017/2-1931 K. 2019/340 "...Bilindiği üzere, evlenmenin yasal şartı olmamakla birlikte düğün merasimi, Türk kültüründe bir nevi evliliğin ilanı niteliği taşıyan, ailelerin ekonomik durumları, toplumsal kökeni, eğitim düzeyi ve yaşadığı yere göre farklılık gösteren bir gelenek olup..." (KBİBB., 4721/m.166).

II. ZİYNET EŞYASI KAVRAMI

Ziyet, kelime anlamı olarak süs ve bezek demektir³. Bir tanıma göre, ziyet eşyası, altın, gümüş gibi kıymetli madenlerden yapılan ve insanlar tarafından takılan süs eşyasıdır⁴. Başka bir tanıma göre, genellikle kadınlar tarafından takılan altın, gümüş türünden süs eşyasına ziyet eşyası denir⁵. Bahse konu tanımlara göre, ziyet eşyasının iki unsuru vardır. Bunlar, ziyet eşyasının kıymetli maden türleri kullanılarak yapılmış olması ve insanlar tarafından takılıp süs şeklinde kullanılmasıdır.

Ziyet eşyası denince akla ilk olarak altın gelmektedir. Ancak, yukarıdaki tanımlardan da anlaşıldığı üzere, ziyet eşyası bununla sınırlı değildir. Gümüş, elmas, yakut, inci gibi takı olarak tasarlanan kıymetli madenler de bu kapsamdadır⁶. Bahse konu kıymetli madenler kullanılarak oldukça çeşitli ziyet eşyası yapılabilir. Bu kapsamda, bilezik, küpe, yüzük, halhal, kolye, iğne (broş), taç ve gerdanlık misal gösterilebilir⁷. Uygulamada bu tür ziyet eşyasını ifade etmek üzere Trabzon set, makarna burgu bilezik, kelepçeli künye gibi oldukça çeşitli deyimler kullanılmaktadır⁸. Çeyrek, yarım veya tam altın gibi bazı takılar ise, aslında insan tarafından takılıp süs olarak kullanılmadığı için ziyet eşyası kapsamında değildir. Ancak, Yargıtay tarafından ziyet eşyası kavramı geniş olarak anlaşılmakta ve bu tür eşyaya ilişkin talepler de ziyet alacağı davasına konu olmaktadır⁹. Keza, ülke parası veya yabancı para da ziyet eşyası değildir. Ancak, açıkça talep edilmek kaydıyla, uygulamada ziyet alacağı davasında

³ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.09.2019).

⁴ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 1529; Kulaklı, Emrah, Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, MÜHFHAD., C. 25, S. 1, 2019, s. 269.

⁵ Gençcan, Ömer Uğur, Ziyet ve Eşya Alacağı Davaları, Ankara 2019, s. 55.

⁶ Sağiroğlu, Mehmet Şerif, Ziyet Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 1.

⁷ Bkz. <https://circlelove.co/degerli-madenler-mucevher-turleri/> (Erişim Tarihi: 13.09.2019).

⁸ 2. HD. T. 14.6.2011, E. 2011/10212 K. 2011/10499 (KBİBB., 1086/m.1).

⁹ 2. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/27096 K. 2015/100 "...Düğünde kadına takılan ziyetler, bağış hükmündedir ve kadının kişisel malıdır...Davalı da, 70 çeyrek altını, babasının kadına (geline) takılmak üzere alınan 5 bileziğin karşılığı olarak kuyumcuya verildiğini kabul ettiğine göre, bu altınlar yönünden davacı kadının talebinin kabulü gerekir..." (KBİBB., 4721/m.6).

para iadesi hakkında da karar verilmektedir¹⁰. Dolayısıyla, çalışma kapsamında yapılan açıklamalarda para da dikkate alınmıştır.

Yargıtay tarafından bazı kararlarda ziynet eşyasının yerine takı deyimi esas alınmaktadır¹¹. Takı kelime anlamı itibariyle, ziynet eşyası, asım takım demektir. Başka bir tanıma göre, takı çoğunlukla evlenen veya nişanlanan taraflardan birine armağan olarak verilen küpe, bilezik, yüzük, zincir gibi şeylerin tümünü ifade etmektedir¹². Kanaatimizce ise, takı, gram altın gibi şeyleri de kapsamakta olup, ziynet eşyasına nazaran daha geniş kapsamlı bir deyimdir. Bununla birlikte, aşağıdaki açıklamalarda uygulama da dikkate alınarak her iki deyim eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

III. ZİYNET EŞYASININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Eşya Olması

Ziynet eşyası, her şeyden önce hukukî niteliği itibariyle eşyadır. Eşyadan maksat, ekonomik değeri bulunsun veya bulunmasın, üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli olan, kişisel nitelik taşımayan sınırları belirli maddî (cismanî) varlıklardır. Bu anlamdaki eşya aynî hak konusudur¹³. Dolayısıyla, ziynet eşyası da aynî hakkın konusunu oluşturur.

¹⁰ 2. HD. T. 3.12.2014, E. 2014/11250 K. 2014/24612 (KBİBB., 4721/m.220); 3. HD. T. 01.10.2018, E. 2016/22463 K. 2018/9328 "... Davacı dava dilekçesinde; düğünde davacıya takılan 2.770 TL. para(nın) ... aynen iadesini, mümkün olmaması halinde bedelini talep etmiş olmasına rağmen, mahkemece ziynetler ve evlilik birliği içinde verilen 700 TL. yönünden karar verilmiş olduğu, davacının düğünde takılan 2.770 TL. para talebine yönelik ise olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulmadığı anlaşılmıştır. O halde mahkemece, düğünde takılan 2770 TL.ye yönelik, mevcut olup olmadığının dosyadaki fotoğraf ve tanık beyanlarına göre tespit edilerek, olumlu veya olumsuz hüküm kurmak gerekirken, belirtilen hususlar dikkate alınmadan hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir..." (Gençcan, Ziynet, 56); 2. HD. T. 17.9.2013, E. 2013/8174 K. 2013/21102 "...Yargılama devam ederken tarihinde ziynet talebini ıslah ederken davaya konu yapmadığı düğünde takılan parayı da istemiş, ıslahla yeni bir talepte bulunmuştur. Islahla talep değiştirilebilir, fakat yeni bir talep eklenemez. Kaldı ki; bu konuda yargılama harcı da alınmamıştır. Davacının düğünde takılan paraya dair talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir..." (KBİBB., 4721/m.220).

¹¹ 2. HD. T. 4.3.2014, E. 2013/21794 K. 2014/4625 (KBİBB., 818/m.244).

¹² Bahse konu tanımlar için bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.08.2019).

¹³ Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 6-7; Tekinay, Selâhattin S., Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 16-17; Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 18 vd.; Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 25 vd.; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir

Ziyet eşyası, taşınır eşya niteliğindedir. Zira, taşınır eşyanın özüne zarar gelmeksizin bir yerden diğerine taşınması mümkündür¹⁴. Taşınırlarda aynı haklara aleniyet sağlayıp, onların varlığına karine oluşturan ise zilyetlik (TMK. m. 985-986). Zilyetlik, bir eşya üzerinde fiilî hâkimiyetin iradî olarak ele geçirilmesiyle birlikte başlayıp, onun kaybına kadar süren fiilî ve hukukî bir durumdur¹⁵. Ziyet eşyası üzerinde de fiilî hâkimiyeti iradî olarak ele geçiren eş zilyet sayılır.

B. Kişisel Mal Sayılması

Edinilmiş mal – kişisel mal ayırımı, kanunî mal rejimi niteliğindeki edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından bahse konudur (TMK. m. 202/I, m. 218 vd.). Gerçekten de, kanunî mal rejimi gereğince, karı da koca da ayrı ayrı hem edinilmiş hem de kişisel mallara sahiptir. Edinilmiş maldan maksat, her eşin edinilmiş mallara katılma rejimi sırasında karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir (TMK. m. 219/I). Edinilmiş mallar, TMK. m. 219/II hükmünde misaller halinde sayılmaktadır. Nitekim, eşlerin çalışmasının karşılığı olan edinimler bu kapsamdadır (TMK. m. 219/II, b. 1)¹⁶.

Edinilmiş mal kavramının aksine, kişisel mal kavramı kanunkoyucu tarafından tanımlanmamıştır. Ancak, kişisel mallardan anlaşılması gereken, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi halinde yapılan tasfiyeye dahil olmayan ve her bir eşin mülkiyetine dahil bulunan değerlerdir. Kanun gereğince kişisel mal sayılan değerler, TMK. m. 220 hükmünde dört bent halinde ve sınırlayıcı şekilde sayılmaktadır. Bunlardan ilki, eşlerden birinin sadece kişisel kul-

2012, s. 5 vd.; Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel, Şekî Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 27-28; Esener, Turhan / Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 37 vd.; Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 5 vd.; Aksoy Dursun, Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s. 5 vd.

¹⁴ Saymen / Elbir, 7; Tekinay, 19 vd.; Gürsoy / Eren / Cansel, 27; Akipek / Akıntürk, 32; Ertaş, 8; Ünal / Başpınar, 30-31; Esener / Güven, 39; Sirmen, 13-14.

¹⁵ Saymen / Elbir, 27 vd.; Tekinay, 36 vd.; Gürsoy / Eren / Cansel, 71 vd.; Homberger, A., Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950, s. 8 vd.; Akipek / Akıntürk, 107 vd.; Ertaş, 28 vd.; Ünal / Başpınar, 95, 109; Esener / Güven, 55 vd.; Sirmen, 46 vd.

¹⁶ Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Medenî Hukuk, 18. Baskı, İstanbul 2013, s. 259; Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 204 vd.; Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 104-105; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 270 vd.; Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer, Türk Medenî Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 172 vd.; Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018, s. 269 vd.; Yıldırım, Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, s. 99 vd.

lanımına yarayan eşyadır (TMK. m. 220, b. 1). Bu kapsamdaki bir eşyanın kişisel eşya sayılması bakımından kim tarafından karşılığının ödendiği değil, kullanım amacı dikkate alınır. Meselâ, bir eşin giysileri, spor malzemesi ve takıları buraya dahildir¹⁷.

Kanunî kişisel malların ikinci türüne ilişkin TMK. m. 220, b. 2 hükmünde üç farklı durum sayılmaktadır. Bunlardan ilki, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan değerlerdir. Meselâ, erkeğin evlenme tarihi itibarıyla banka kasasında saklı tuttuğu bir miktar altını varsa durum böyledir¹⁸. Aynı şekilde, her ne kadar düğün takısı maksadıyla da olsa evlenme tarihinden önce kadın veya yakınları tarafından kendisine hediye edilen ziynet eşyası da erkeğin kişisel malıdır. Uygulamada da tarafların bu şekilde evlenmeden önce birbirlerine ziynet eşyası bağışladıkları görülmektedir¹⁹. İkinci olarak, bir eşin sonradan miras yoluyla karşılıksız olarak kazandığı malvarlığı değerleri de kişisel mal sayılır. Nihayet, bir eşin mal rejimi devam ettiği sırada diğer bir şekilde karşılıksız olarak elde ettiği malvarlığı değerleri de bu kapsamdadır. Meselâ, bağışlama ve sahiplenme (TMK. m. 767) bakımından durum böyledir²⁰.

Kanunî kişisel malların üçüncü türü, manevî tazminat alacaklarıdır. Dördüncü tür ise, kişisel malların yerine geçen (kaim) değerlerdir. Meselâ, kişisel mal niteliğindeki bir arabanın pert olması sebebiyle sigorta şirketi tarafından ödenen sigorta tazminatı böyledir (TMK. m. 220/b. 3-4). Yine, kişisel mal nite-

¹⁷ Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Türk Medenî Hukuku, C. 2, Aile Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2011, s. 158-159; Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe, Gürpınar / Damla, Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 271; Dural / Öğüz / Gümüş, 207-208; Hatemi, 105; Kılıçoğlu, Aile, s. 278-279; Erdem, 269-270; Yıldırım, 101; 8.HD. T. 17.12.2009, E. 2009/2348 K. 2009/6173 "...Gelinlik, traş makinesi ve damatlık gibi benzeri eşyaların niteliği ve özelliği itibarıyla münhasıran ait olduğu kişi tarafından kullanılan eşyalar olması nedeniyle bir eşin diğerine bağışladığı varsayılır. Bu ilke kadın-koca ayrımını yapılmaksızın açıklanan özel nitelikli tüm eşyalar için geçerli olup hüküm kurulurken göz önünde tutulmalıdır..." (KBİBB., 4721/m.6).

¹⁸ Hatemi, 105; Kılıçoğlu, Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 46; Dural / Öğüz / Gümüş, 208; Erdem, 271; Yıldırım, 102.

¹⁹ 3. HD. T. 6.11.2017, E. 2016/4230 K. 2017/15289 "...Davalı asıl dava cevabında; ... davacı ile 2012 yılı Ağustos ayında sözlendiklerini ve evlilik tarihinden bir yıl öncesinden düğünde takılacak olan altınların davacıya takıldığını savunarak ... davanın reddini istemiştir..." (KBİBB., 4721/m.6).

²⁰ Yıldız, Mustafa Batuhan, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 32 vd.; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 450-451; Hatemi, 105; Kılıçoğlu, Aile, 279; Erdem, 271; Yıldırım, 102.

liğindeki ziyet eşyasının bozdurulmasının karşılığı olan para da bu kapsamdadır²¹.

Görüldüğü üzere, TMK. m. 220 hükmünde nelerin kanun gereğince kişisel mal sayıldığı hususu esas itibarıyla emredici bir şekilde düzenlenmektedir²². Bunların haricinde, eşler mal rejimi sözleşmesiyle bazı değerlerin de kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. İlk olarak, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil bulunması gereken değerler bu kapsamdadır. Yine, kişisel malların gelirlerinin kişisel mallara dahil olacağı da kararlaştırılabilir (TMK. m. 221). Kanunî veya akdî kişisel malların dışında kalan malvarlığı değerleri ise buraya dahil edilemez. Hâlbuki, Yargıtay tarafından, böyle bir değerlendirmede bulunulmaksızın düğünde takılan ziyet eşyasının tamamı, kadının kişisel malı sayılmaktadır²³. Somut olaydaki ziyet eşyasının kişisel mal kategorisine dahil olup olmadığına bakılmamaktadır. Bu bakımdan, ziyet eşyasının kim tarafından takıldığına da önemi yoktur²⁴. Meselâ, takılar erkeğin yakınları tarafından da takılmış olsa sonuç değişmemektedir. Aynı şekilde, ziyet eşyasının düğünde kadına mı yoksa erkeğe mi takıldığı bakımından da genellikle bir ayırım yapılmamaktadır²⁵. Başka bir deyişle, düğün sırasında takılar kim tarafından kime takılırsa takılsın kadının kişisel malı sayılmaktadır²⁶. Yargıtay kararları incelendiğinde, kişisel mal şeklindeki bahse konu değerlendirmenin TMK. m. 220 hükmünün hangi bendine istinaden yapıl-

²¹ 8. HD. T. 17.12.2009, E. 2009/2348 K. 2009/6173 (KBİBB., 4721/m.6); Hatemi, 105; Öztan, 452; Kılıçoğlu, Aile, 279-280; Erdem, 271-272; Yıldırım, 102.

²² Hatemi, 105; Öztan, 447; Kılıçoğlu, Aile, 278; Erdem, 272.

²³ 2. HD. T. 10.10.2016, E. 2016/11949 K. 2016/13666 "...Düğünde kadına hediye edilen ziyetler kadının kişisel malı olup..." (KBİBB., 4721/m.174).

²⁴ 2. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/27096 K. 2015/100 (KBİBB., 4721/m.6).

²⁵ 3. HD. T. 5.11.2015, E. 2014/21125 K. 2015/17417 "...Kural olarak düğün sırasında takılan ziyet eşyaları, kim tarafından, kime takılırsa takılsın, kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı sayılır. Ne var ki mahkemece; tarafların düğünlerinde damada takılan altınların damada ait olduğunu kabul ederek sadece kadına takılan altınlar yönünden kabul kararı verilmiştir. Mahkemece; hükme esas alınan bilirkişi raporunda, düğün sırasında geline ve damada takıldığı tespit edilen tüm takılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekir..." (KBİBB., 4721/m.266). Ancak, uygulamaya göre, erkeğe takılıp, sonra kadına verilmeyen (bağışlanmayan) ziyet eşyası erkeğe ait sayılmaktadır. Bkz. 2. HD. T. 28.12.2006, E. 10209 K. 18598 "...Toplanan delillerden dava konusu yapılan ziyetlerin düğün sırasında kocaya hediye olarak takıldığı anlaşılmaktadır. Bu ziyetlerin kadına bağışlandığı da kanıtlanamamıştır. Şu halde kadın tarafından açılan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir..." (Gençan, Ziyet, 84).

²⁶ 3. HD. T. 17.1.2019, E. 2018/3983 K. 2019/302 (KBİBB., 4721/m.6).

dığı ise belirtilmemektedir²⁷. Aynı konuya ilişkin kararlarda genellikle sadece “*düğün sırasında takılan ziynet eşyaları ... kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı sayılır...*” şeklinde hüküm kurulmaktadır²⁸. Ancak, kişisel mal türlerine ilişkin yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında böyle mutlak bir anlayış isabetli olmayıp, bunun gerekçeleri aşağıda açıklanmıştır.

İlk olarak, sadece erkeğin kişisel kullanımına yarayan ziynet eşyasının takılmış olması mümkündür. Meselâ, düğünde erkek künyesi takılmış olabilir. Böyle bir durumda bile, takıların tamamının kadına ait olduğuna yönelik top-tancı bir yaklaşım hukukî dayanaktan yoksundur. Zira, TMK. m. 220, b. 1 gereğince, her şeyden önce bu tarz erkeğe özgü takıların onun kişisel malı sayılarak mülkiyetinde bulunduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, Yargıtay’ın bu görüşte olduğu bir kararı da mevcuttur²⁹.

İkinci olarak, bazı ziynet eşyasının TMK. m. 220, b. 1 hükmünden hareketle kişisel mal niteliğinden dahi bahsedilemez. Meselâ, düğünde takılan çeyrek, yarım, tam altın gibi takılar bakımından durum böyledir. Böyle şeylerin ne kadının ne de erkeğin kişisel kullanımına özgü olduğundan bahsedilebilir. Bunlar, günümüzde daha ziyade ziynet olarak değil, aksine birer yatırım aracı olarak kullanılmaktadır³⁰. Hâlbuki, Yargıtay, bu gibi değerleri de kişisel mal saymakta ve böylece kadına iade edilmesine karar vermektedir³¹. Aynı şekilde, para da bu anlamda kişisel mallara dahil değildir³². Ancak, uygulamada düğünde takılan para da kişisel mal olarak kabul edilmektedir³³.

TMK. m. 220, b. 2 hükmünden hareketle de düğünde takılan ziynet eşyasının tamamının kadının kişisel mal olduğu sonucuna varılamaz. Nitekim, bir görüşe göre, müstakbel karı-kocaya evlenmeden önce verilen hediyeler hangi

²⁷ 3. HD. T. 5.11.2015, E. 2014/21125 K. 2015/17417 (KBİBB., 4721/m.266).

²⁸ 2. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/27096 K. 2015/100 (4721/m.6).

²⁹ 2. T. 22.01.2007, E. 2006/21021 K. 2007/101 “Davalı kocaya ait olması gereken 1 adet erkek künyesi dışındaki dava konusu altınlar ve para yönünden davanın kabulü gerekirken dosya kapsamına uymayan yanlış gerekçeyle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır...” (KBİBB., 4721/m.220).

³⁰ Erdem, 269-270.

³¹ 3. HD. T. 5.11.2015 E. 2014/21125 K. 2015/17417 (KBİBB., 4721/m.266).

³² Öztan, 448; Kılıçoğlu, Aile, 278-279; Erdem, 269-270.

³³ 3. HD. T. 01.10.2018, E. 2016/22463 K. 2018/9328 (Gençcan, Ziyinet, 56).

tarafa verilmişse o kişinin kişisel malıdır³⁴. Aynı şekilde, evlenme sözleşmesinden sonra verilen hediyeler de hangi eşe verilmişse onun kişisel malı olur. Ancak, eşlerden birine verilmekle beraber, hediyein hangi eşe verildiği açıkça belirtilmemişse veya her ikisine birlikte bağışlanma amacı bahse konu ise, eşler bağışlama konusu üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahip olurlar (TMK. m. 222/II)³⁵. Gerçekten de, b. 2'deki ilk ihtimalin aksine, düğün evlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılmış olabilir. Böyle bir durumda ise, mal rejiminin başlangıcında, yani evlenmenin kurulduğu anda kadının mülkiyetine geçmiş bir malvarlığı değerinden bahsedilemez. Aynı hükmün devamında, bir eşin evlenme sözleşmesinden sonra herhangi bir şekilde karşılıksız şekilde kazandığı değerler de kişisel mal olarak sayılmaktadır. Ancak, bu hüküm de kadının her durumda ziyet eşyasını kişisel mal olarak kazanmasını sağlamaz. Zira, bu hükmün uygulanması için kadına ziyet eşyasının bağışlanmış olması gerekir. Hâlbuki, erkek tarafının bağışlama kastı (animus donandi), genellikle kadına değil, erkeğe yöneliktir. Buna rağmen, ziyet eşyasının kadına bağışlandığı şeklinde bir sonuç çıkarılamaz. Bunun yerine, ziyet eşyasının evlenme sözleşmesinden önce mi yoksa sonra mı bağışlandığı ve kime bağışlanmak istediği hususları belirlenerek hüküm kurulması gerekir³⁶. Bununla birlikte, ziyet eşyasının eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilememiş olabilir. Meselâ, düğün sırasında ziyet eşyası takı (gelin) kesesinde ortak bir biçimde toplanmış olabilir. Böyle bir durumda ise, bahse konu mallar eşlerin paylı mülkiyetinde sayılmalıdır (TMK. m. 222/II; 688/II)³⁷.

C. Bağışlanan Bir Mal Sayılması

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sonuçlarını sağlığında doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak kazandırmada bulunmayı üstlendiği sözleşmedir. Görüldüğü üzere, her sözleşmede olduğu gibi bağışlama sözleşmesinin de iki tarafı vardır. Malvarlığından karşılıksız olarak bir kazan-

³⁴ Öztan, 451; Kulaklı, 266.

³⁵ Akbulut, Pakize Ezgi, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar İle Kişisel Mallar Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 85; Öztan, 451; 8. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3007 K. 2010/4382 "...Meskenin bedelinin ödenmesinde kullanılan ve düğünde takılan altınların taraflara mı yoksa sadece birine mi ait olduğu tam olarak belirlenemediğine göre, ortak olduğu kabul edilmelidir..." (KBİBB., 743/m.152).

³⁶ Düğünde yapılan kazandırmaların bağışlama niteliğinde olmadığı görüşü için bkz. Kulaklı, 268-269. Zira, yazara göre, burada edimin amacı causa donandi değil, causa credendi şeklindedir.

³⁷ Kulaklı, 270.

dırmada bulunmayı üstlenen kimseye bağışlayan; kendisine böyle bir kazandırma bulunulan kimseye ise bağışlanan denir³⁸.

Bağışlamadan bahsedebilmek için bağışlanan bir mal ve anlaşmanın varlığı aranır. Her türlü malvarlığı değeri mal ve hak bağışlama konusu olabileceği için ziynet eşyasının da bağışlanması mümkündür. Anlaşmadan bahsedebilmek için ise, bağışlama konusu malvarlığı değerinin bağışlayanın malvarlığından karşılıksız olarak bağışlanana geçirileceği konusunda tarafların irade açıklamaları karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Bu uygunluk, özellikle bağışlama sebebi üzerinde sağlanmalıdır. Gerçekten de, bağışlayanın bağışlama kastına sahip olması ve bağışlananın da karşı tarafın bağışlama kastını bilmesi şarttır. Görüldüğü üzere, düğünde kendisine ziynet eşyası takılan ve bunu gerçekleştiren taraflar arasında, bağışlama sebebi ve kastı üzerinde anlaşma bulunmalıdır³⁹. Böyle bir anlaşma ise, ancak bağışlayan ile kendisine ziynet eşyası bağışlanan kimse arasında kurulabilir. Meselâ, düğünde erkeğe kayınpederi tarafından ziynet eşyası takılmışsa, elden bağışlama kurulmuş olur (TBK. m. 289). Düğünde takılan ziynet eşyasının tamamının kadına ait olacağına ilişkin erkek ile yapılan yazılı bir sözleşmenin varlığı halinde ise bağışlama sözü verme bahse konudur (TBK. m. 288).

Yukarıdaki açıklamanın aksine, Yargıtay'a göre ise, düğün sırasında takılan ziynet eşyaları, kim tarafından, kime takılırsa takılsın, kadına bağışlanmış sayılır⁴⁰. Buradan hareketle, ziynet eşyasının tamamı kadının kişisel malı sayılmaktadır. Ancak, meselâ, erkeğin arkadaşlarının düğünde ziynet eşyası takmaları halinde, onların bağışlama kastı, kadına değil, damada yöneliktir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın belirttiği şekilde genel bir varsayım yerine, somut olayda bağışlama sözleşmesinin hangi taraflar arasında kurulduğunun tespit edilmesi gerekir.

³⁸ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 379 vd.; Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 341-342; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Hususî Kısım, Akdın Muhtelif Nevileri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1970, s. 237; Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 163-164; Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 173; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 245 Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 189; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 277; Türkmen, Ahmet, Bağışlamanın Geri Alınması, Ankara 2019, s. 5 vd.

³⁹ Tunçomağ, 384-385; Feyzioğlu, 239; Tandoğan, 342 vd.; Zevkliler / Gökyayla, 176; Yavuz / Acar / Özen, 165; Eren, 282; Aral / Ayrancı, 190 vd.; Gümüş, 245-246.

⁴⁰ 3. HD. T. 5.11.2015 E. 2014/21125 K. 2015/17417 (KBİBB., 4721/m.266).

Buna göre, ilk olarak, bağışlama sözleşmesinin bağışlanan tarafında kadın yer alabilir. İşte, böyle bir durumda, ziyet eşyası kadına bağışlanmış olup, onun kişisel malı sayılır (TMK. m. 220, b. 2). İkinci olarak ise, bağışlanan tarafta erkek bulunabilir. Meselâ, kadının ana ve babası tarafından düğünde damada ziyet eşyası takılmış olabilir. Böyle bir durumda ise, ziyet eşyasının kadına bağışlandığı varsayımından hareketle bir sonuca varılamaz. Aksine, bu takdirde, ziyet eşyası erkeğe bağışlanmış olup, onun kişisel malı sayılmalıdır (TMK. m. 220/b. 2)⁴¹. Bunun istisnası ise, önceden yapılmış bulunan ve erkeğe takılan ziyet eşyasının kadına bağışlanmasına yönelik geçerli bir bağışlama sözü verme sözleşmesinin varlığıdır.

Yargıtay'a göre, ziyet eşyası kadının kişisel malı sayılmakla beraber, bağışlamayı geri almanın şartları somut olayda mevcutsa, takıların erkeğe iadesi gerekir. Bağışlamanın geri alınmasından maksat, bağışlama sözleşmesinin ortadan kalkmasına yol açan, yenilik doğurucu ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bağışlayan bu hakkı geri alma sebeplerinden biri gerçekleştirdiği takdirde tek taraflı irade açıklamasıyla kullanabilir⁴². Bahse konu hak, bağışlayan yerine başka bir kimse tarafından kullanılamaz. Meselâ, kadının kayınpederi tarafından takılan ziyet eşyasına ilişkin geri alma açıklaması sadece onun tarafından yapılabilir.

Boşanma, tek başına bağışlamanın ortadan kalkmasına sebep oluşturmaz. Bağışlamanın geri alınma sebeplerinin neler olduğu hususu, elden bağışlama ile yerine getirilmiş bağışlama sözüne ilişkin olarak TBK. m. 295 hükmünde öngörülmektedir. Buna göre, geri alma sebeplerinden ilki, bağışlananın, bağışlayan veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesidir. İkincisi, bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden birine karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmasıdır⁴³. Meselâ, bağışlanan eş

⁴¹ Kulaklı, 269.

⁴² Tunçomağ, 418 vd.; Feyzioğlu, 289; Tandoğan, 376-377; Eren, 301; Zevkliler / Gökyayla, 187; Yavuz / Acar / Özen, 173; Aral / Ayrancı, 204; Gümüş, 264.

⁴³ 6. HD. T. 12.5.2014, E. 2014/3491 K. 2014/6080 "...Davalı koca tarafından davacı aleyhine, eşinin telefonuna cinsel içerikli mesajlar geldiği, eşine karşı güveninin sarsıldığı belirtilerek boşanma davası açılmış ve davalının kusurlu davranışları sonucu evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı gerekçesiyle tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davadaki uyuşmazlık, düğünde davacıya bağışlanan ziynetlere dair olarak bağıştan rücu koşullarının oluşup oluşmadığı noktasındadır. TBK. m. 295/2'de bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde bağışlayanın bağışlama sözünü geri alabileceği ve bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Mahkemece kesinleşen boşanma davası dikkate alınarak bağış-

zina yapar veya haysiyetsiz hayat sürer ise, bağışlama geri alınabilir. Çünkü, zina ve haysiyetsiz hayat sürme eşin kanunî aile yükümlülüğüne önemli ölçüde aykırıdır. Nihayet, bağışlayanın, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesi de geri alma sebebidir. Görüldüğü üzere, ancak bahse konu sebeplerden biri gerçekleştiği takdirde ve sadece bağışlayan böyle bir bağışlamayı geri alabilir. Bu durumda, bağışlayan, bağışlanandan talep tarihindeki zenginleşme ölçüsünde bağışlama konusunu geri vermesini isteyebilir⁴⁴.

Henüz yerine getirilmemiş bağışlama sözünün geri alınması, TBK. m. 296/I hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, ilk geri alma sebebi, elden bağışlamayı veya yerine getirilmiş bağışlama sözünü geri almayı gerektiren sebeplerden (TBK. m. 295) birinin mevcut olmasıdır. Bağışlayanın malî durumunun sonradan, sözünün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmiş olması diğer geri alma sebebidir. Meselâ, ziynet eşyası bağışlama sözü veren kocanın daha sonra sakatlanması sebebiyle çalışma gücünü tamamen kaybetmesi halinde durum böyledir. Son geri alma sebebi ise, bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülüklerinin doğmuş veya bu yükümlülüklerin önemli ölçüde ağırlaşmış olmasıdır. Bahsedilen sebeplerden birinin varlığı halinde, bağışlama sözü ortadan kalkar; dolayısıyla, bağışlayan edimi ifadan kaçınabilir. Bu takdirde de geri alma yenilik doğuran bir hak niteliğindedir⁴⁵.

IV. ZİYNET ALACAĞI DAVASI

A. Ziynet Eşyasını İade Kavramı ve Hukukî Dayanak

Ziynet eşyasının iadesinden maksat, evlenmeden önce veya bu esnada ya da daha sonra eşlerin yahut da yakınlarının diğer eşe düğün vesilesiyle hediye etmiş olduğu değerlerin geri verilmesine yönelik taleptir. Ancak, uygulamada ziynet eşyasının iadesi denilince bundan genellikle kocaya yönelik düğün

lamanın geri alınması koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerekir...” (KBİBB., 6098/m.285).

⁴⁴ Tunçomağ, 418 vd.; Feyzioğlu, 277 vd.; Tandoğan, 378 vd.; Eren, 297 vd.; Zevkliler / Gökyayla, 188-189; Yavuz / Acar / Özen, 174; Aral / Ayrancı, 204-205; Gümüş, 265-266; Türkmen, 161 vd.

⁴⁵ Tunçomağ, 434; Feyzioğlu, 280-281; Tandoğan, 381-382; Eren, 303-304; Zevkliler / Gökyayla, 189-190; Yavuz / Acar / Özen, 174; Aral / Ayrancı, 205; Gümüş, 267-268; Türkmen, 221 vd.

takılarına ilişkin talepler anlaşılmaktadır. Hâlbuki, kadının yakınları da düğünde hediye olarak ziyet eşyası sunmuş olabilir. Ancak, ziyet eşyası kadının kişisel malı sayıldığı için bahse konu iade taleplerinin bu yönü ihmal edilmektedir.

Ziyet eşyasının iadesine yönelik açılan dava için, doktrinde ziyet alacağı davası denmektedir⁴⁶. Yargıtay ise, eşya davası⁴⁷, eşya iadesi davası⁴⁸, eşya alacağı davası⁴⁹ ve ziyet alacağı davası⁵⁰ gibi çeşitli deyimler kullanmaktadır.

Maddî tazminat, boşanmanın eşlerle ilgili malî sonuçlarından biri olup, TMK. m. 174/I hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, kusursuz veya daha az kusurlu taraf, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelendiği takdirde kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir⁵¹. Ancak, ziyet eşyasını iade talebinin hukukî dayanağı, TMK. m. 174/I hükmü değildir. Zira, ziyet eşyasını iadesine ilişkin talep, boşanmanın eki (fer'isi) değil, aslî bir talep niteliğindedir. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir⁵².

Ziyet eşyasını iade talebinin boşanmanın eki niteliğinde olmamasının özellikle usul hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Meselâ, boşanma davasının kesinleşmiş olan hükmü, ziyet alacağı davasında kesin hüküm oluşturmaz. Dolayısıyla, boşanma davası reddedilmiş olsa bile, bu durum ziyet eşyasının tazmini için dava açılmasına engel değildir⁵³. Yine, ziyet eşyasının iadesine ilişkin talep, ayrıca nispi harca tâbidir (HK. m. 30-32)⁵⁴. Bu

⁴⁶ Gençcan, Ziyet, 55.

⁴⁷ 2. HD. T. 14.02.2002 E. 975 K. 1953 (Gençcan, Ziyet, 59).

⁴⁸ 2. HD. T. 22.1.2007, E. 2006/21021 K. 2007/101 (KBİBB., 4721/m.220).

⁴⁹ 3. HD. T. 25.12.2018, E. 2018/6612 K. 2018/13276 (KBİBB., 6100/m.137).

⁵⁰ 2. HD. T. 22.12.2014, E. 2014/26823 K. 2014/26223 (KBİBB., 4721/m.221).

⁵¹ Dural / Ögüz / Gümüş, 145 vd.; Kılıçoğlu, Aile, 127 vd.

⁵² 2. HD. T. 23.9.2014, E. 2014/18949 K. 2014/18161 (KBİBB., 4721/m.174).

⁵³ 3. HD. T. 07.02.2019 E. 2017/159 K. 2019/864 “Ziyet ve çeyiz eşyalarının tahsiline ilişkin bu dava, incelenen boşanma davasının eki niteliğinde olmayıp kesinleşen boşanma kararı bu davada kesin hüküm oluşturmadığından, ziyet ve çeyiz eşyalarının tazmini için dava açılmasına engel teşkil etmemektedir. Açıklanan bu maddî ve hukukî olgu karşısında davanın açılmasında bir usulsüzlük bulunmadığından Mahkemece işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir... Söz konusu boşanma davasının ret ile sonuçlanıp kesinleşmesinin iş bu dava ile ilgisi bulunmamaktadır...” (Gençcan, Ziyet, 57).

⁵⁴ 2. HD. T. 28.12.2006 E. 12017 K. 18605 “...Davacı; altınlar ve elbise bedeli olarak toplam 14.000 YTL tazminat istemiştir. Bu istek TMK. m. 174/I anlamında boşanmanın eki niteliğinde olmadığından ayrıca harca tâbidir (Harçlar K. m. 30-32). Başvurma hacri yatırılmıştır.

sebeple, ziynet eşyası yönünden harcı verilerek açılmış bir dava veya karşı dava bulunmadığı takdirde, davanın reddine değil, hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekir⁵⁵. Üstelik, harç yatırılmış olsa bile, hâkim somut olayın şartlarına göre ziynet alacağı davası ile boşanma davasının ayrılmasına karar verebilir (HMK. m. 167)⁵⁶.

Yargıtay'ın mutlak kişisel mal şeklindeki görüşünün hukukî dayanağı çoğu kararda belirtilmemektedir. Bazı kararlarda ise, açıkça hukukî dayanak olarak örf ve âdetten bahsedilmektedir⁵⁷. Buna göre, düğünde kim tarafından hediye edilirse edilsin, takılan ziynet eşyasının kadına ait olduğunu kabule elverişli örf ve âdet varsa, bunun göz önüne alınması gerekir. Çünkü, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması gereğince, evlenme sebebiyle gerek aileler gerekse yakınlar tarafından takılan ziynet eşyaları örf ve adet, ülke gerçekleri ile yöresel gelenek-

Peşin nispi harç ikmal ettirilerek bu talep yönünden de olumlu ya da olumsuz hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir...” (Gençcan, Ziyet, 58).

⁵⁵ 2. HD. T. 2.3.2004, E. 2004/1746 K. 2004/2580 “...Davacının dava dilekçesinde ziynetlerle ilgili bir talebi olmamıştır. Davacının 26.07.2002 tarihli dilekçesi ile ziynet eşyası yönünden istekte bulunması iddianın genişletilmesi niteliğinde olup, davalı da bu durumu kabul etmediğini bildirmiştir. Kaldı ki davacının ziynet eşyası ile ilgili talebi boşanmanın eki niteliğinde olmayıp nispi harca tabidir. Ziynetler yönünden harcı verilerek açılmış bir davanın bulunmadığı nazara alınarak ‘hüküm kurulmasına yer olmadığına’ şeklinde karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenip yazılı olduğu gibi kabul kararı verilmesi doğru değildir...” (KBİBB., 4721/m.174); 2. HD. T. 30.09.2004 E. 9522 K. 10963 “...Davalıdan isteklerinin miktarlarının ayrı ayrı belirtilmesinin istenmesi ve TMK. m. 174/1 kapsamı dışında kalan miktarlarla ilgili olarak, harcı yatırılarak usulüne uygun bir dava ya da karşı dava bulunmadığından, karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, kesin hüküm oluşturacak şekilde bunlarla ilgili olarak da ret hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir...” (Gençcan, Ziyet, 57); 2. HD. T. 24.05.2004, E. 5768 K. 6604 (Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2013, s. 975); 2. HD. T. 2.3.2004, E. 2004/1746 K. 2004/2580 (743/m.134).

⁵⁶ 2. HD. T. 08.03.2006 E. 18591 K. 3020 “...Taraflar delillerini bildirdikten sonra davacı 4.4.2005’te bilezikleri ile bazı ziynet eşyaları hakkında ayrı bir dava açmış, gerekli harçları ikmal etmiştir. Bu istek boşanmanın eki niteliğini taşımamaktadır. 4.4.2005 günlü dilekçe davanın ıslahı olarak da değerlendirilemez (HUMK. m. 83-90). Ziynetlerle ilgili delillerin ayrıca toplanıp değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece bu davanın tefrikine karar verilip, deliller toplanıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir...” (Gençcan, Ziyet, 58).

⁵⁷ 2. HD. T. 26.10.1995, E. 1995/10121 K. 1995/11061 “...Medenî Kanununun 1. maddesi gereği Hâkim Kanunda hüküm bulunmayan hallerde örf ve adet gereğince karar verme yetkisine sahiptir. Taraflar zilyetlik karinesinin aksini her türlü delil ile ispatlayabileceklerine göre, burada örf ve âdetin tespiti önem taşımaktadır. Tarafların oturdukları bölgede, düğünde kim tarafından hediye edilmiş olursa olsun, takılan ziynet eşyasının geline ait olduğunu kabule elverişli istisnasız herkes tarafından uyulan, istikrar kazanmış örf ve adet varsa, kadını hukuki hamil kabul etmek gerekir. Bu yön gözetilmeden örf ve adet araştırılmadan, eksik tahkikatla düğün sırasında kocanın üzerine takılan eşyanın kocaya ait kabulü ile kadından istirdada karar verilmesi doğru değildir...” (KBİBB., 743/m.1); 3. HD. T. 3.4.2014, E. 2013/20524 K. 2014/5390 (KBİBB., 4721/m.220).

lere göre kadının geleceğinin güvencesi sayılır⁵⁸. Ne var ki, örf ve âdet hukuku ancak kanun boşluğunun varlığı halinde hükme esas alınabilir. Gerçekten de, somut olayda kanun boşluğuyla karşılaşan hâkim, bunu örf ve âdet hukukuna başvurarak doldurur (TMK. m. 1/II). Hâlbuki, düğünde takılan takıların kime ait olduğu meselesi kanunî dayanaktan yoksun olmayıp, örf ve âdet hukukuna başvurulamaz⁵⁹. Örf ve âdet için doktrinde⁶⁰ aranan şartların somut olayda varlığı da bu sonucu değiştirmez. Yani, düğünde takılan ziyet eşyasının kadına ait olduğuna yönelik sürekli uygulama ve genel inanç şartları gerçekleşse de aynı durum geçerlidir.

Bunun haricinde, kararlarda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte Yargıtay'ın bahse konu görüşünün temelinde İslam Hukuku'ndaki mehir⁶¹ müesses-

⁵⁸ 8. HD. T. 17.12.2009, E. 2009/2348 K. 2009/6173 (KBİBB., 4721/m.6); Efedayioğlu, Kübra Kamelya, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 72-73.

⁵⁹ Burada örf ve âdet hukukuna başvurulmasa da, bu konudaki örf ve âdetlerin göz önünde bulundurulması gerektiğine yönelik görüş için ise bkz. Kulaklı, 273-274.

⁶⁰ Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2011, s. 105-106; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Gürpınar, 16 vd.

⁶¹ İslam Hukuku'na göre mehir, koca tarafından kadına evlendikleri anda veya daha sonra, bazen de evliliğin sona ermesi halinde verilmesi gereken para, mal veya başkaca ekonomik değeri olan şeydir. Satışı veya kullanılması yasak olmayan ve ekonomik değeri olan her şey mehir olarak kararlaştırılabilir. Dolayısıyla, ziyet eşyasının mehir olarak belirlenmesi mümkündür. Mehir, mutlak olarak kadının malıdır. Kadın, reşitse kimsenin rızasına ihtiyaç olmaksızın mehir üzerinde dilediği şekilde hukukî ve fiilî tasarrufta bulunabilir. Bu husus, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 89'uncu maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, "Mehir menkuhenin malı olup, onunla cihaz yapmaya cebr olunamaz". Şu durumda mehir, kadının rızası olmadıkça elinden alınamaz. Hatta Osmanlı uygulamasında olduğu gibi mehir alacağı kadının ölümü hâlinde mirasçılara geçer ve kadının mirasçıları borçlu kocadan mehir alacağı için talepte bulunabilirler. Türk Medeni Kanunu'nda ise, evlenmede mehir müessesesine yer verilmemiştir. Ancak, Yargıtay ise içtihadı birleştirme kararıyla mehirden kaynaklanan alacakların kadın tarafından talep edilebilmesini kabul etmektedir. Bkz. YİBK. T. 2.12.1959 E. 14 K. 30 (RG. T. 24.02.1960, S. 10440). Mehir, ödenme zamanından hareketle iki türlüdür. Bunlar, mehr-i müeccel ve mehr-i muacceldir. Mehri muaccel nişanlanınca veya sözleşme anında peşin ödenen mehirdir. Mehri müeccel ise, ödenmesi kısmen veya tamamen belirli bir vadeye bağlanmış veya daha sonraya bırakılmış mehirdir. Günümüzde, mehir senedine dayanılarak açılan davalar mehri müeccel işaret eder. Yargıtay'a göre, mehri müeccel hukuki niteliği itibarıyla, bağışlama sözü vermedir; dolayısıyla, bunun geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bkz. 1. HD. T. 3.4.2014, E. 2014/4841 K. 2014/7106 (KBİBB., 6098/m.288). Mehir adı altında verilmiş olan bağışlamanın iadesine ilişkin davalar ise mehri muacceli hatırlatmaktadır (Kılınç, Ayşe Nur / Kılınç, Ahmet, Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği, İnÜHFD., Y. 2019, C. 10, S. 1, s. 105; Çakırca, Seda İrem, Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, BÜHFD., Y. 2014, C. 9, S. 121-122, s. 89 vd.; Okur Gümrükçüoğlu, Saliha, İslam Aile Hukukunda Kadının Mehri Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme, GÜHFD., 2013, C. 17, S. 4, s. 227 vd.).

sesinin yer aldığı da düşünülebilir. Nitekim, ziynet eşyasının iadesine ilişkin davalardan bazılarının mehir senedine dayalı olarak açılıp çözüme bağlandığı görülmektedir⁶². Gerçekten de, ziynet eşyası mehir olarak kararlaştırılabilir. Mehir ise, mutlak biçimde kadının malı sayılır. Yargıtay da mehiri bağışlama olarak kabul etmektedir⁶³. Ancak, böyle bir hukukî dayanak da düğünde takılan ziynet eşyasının iadesi bakımından yetersizdir. Zira, ziynet eşyası koca haricinde üçüncü kişiler tarafından da kadına verilmiş olabilir. Bunun gibi, kocaya takılan ziynet eşyasının da mehir olduğu söylenemez.

Yine kararlarda açıkça belirtilmemekle beraber, bir görüş olarak Yargıtay'ın yaklaşımı sayesinde boşanan kadının maddî anlamda korunmasının hedeflendiği de ileri sürülebilir. Ancak, öncelikle düğünde takılan takıları iade talebi boşanmaya bağlı bir sonuç değildir⁶⁴. Üstelik, böyle bir yaklaşımın kadının korunmasını sağlamadığı kadına yönelik şiddet olaylarının sayısındaki artıştan da anlaşılmaktadır⁶⁵. Hatta, tam tersine bu yaklaşımın kadının şiddete maruz kalmasını kolaylaştırdığı da iddia edilebilir. Zira, uygulamada düğünde takılan takıların iade konusu olmasından kaynaklanan ceza davalarıyla da sıklıkla karşılaşılmaktadır⁶⁶.

Yargıtay tarafından hukukî dayanak olarak bazı kararlarda TMK. m. 226/I hükmü gösterilmektedir⁶⁷. Buna göre, her eş diğer eşte bulunan kişisel mallarını geri alabilir. Ancak, bahse konu hüküm sadece kadının değil, erkeğin de iade talebinde bulunabileceğini öngörmektedir. AY. m. 10 hükmünde öngö-

⁶² HGK T. 18.11.2015, E. 2014/6-426 K. 2015/2623 "...O halde, mehir senedinde yazılı ziynet ve çeyiz eşyalarına ilişkin taahhüdün yerine getirildiği hususu davalılar tarafından yazılı delille ispatlanamadığından, davacının ziynet ve çeyiz eşyalarının aynen iadesi mümkün olmadığı takdirde bedellerinin tahsiline yönelik davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (<https://www.hukukihaber.net/kararlar/mehir-senedi-ziynet-esyalari-h75973.html>).

⁶³ 1. HD. T. 3.4.2014, E. 2014/4841 K. 2014/7106 (KBİBB., 6098/m.288).

⁶⁴ 2. HD. T. 23.9.2014, E. 2014/18949 K. 2014/18161 (KBİBB., 4721/m.174).

⁶⁵ Kulaklı, 273. Bkz. <http://www.sivilsayfalar.org/2018/11/25/verilerle-turkiyede-kadina-siddetin-anatomisi/> (Erişim Tarihi: 15.08.2019).

⁶⁶ Nitekim, böyle bir ceza dosyasından başka bir hukuk davasında bahsedilmektedir. Bkz. 3. HD. T. 17.2.2016 E. 2016/1059 K. 2016/2017 (KBİBB., 4721/m.6).

⁶⁷ 8. HD. T. 17.12.2009, E. 2009/2348 K. 2009/6173 "...Yani yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde her eş diğer eş'in zilyetliğinde bulunan mallarını aynen ya da parasal karşılıklarını geri isteyebilir..." (KBİBB., 4721/m.6); 6. HD. T. 3.2.2009, E. 2008/11514 K. 2009/855 (KBİBB., 1086/m.7).

rülen eşitlik ilkesine aykırı olarak sadece kadın bakımından bahse konu hükmün işletilmesi isabetli değildir⁶⁸.

Başka bir kararda, kadının iade talebi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK. m. 78/I (BK. m. 62) hükmünden hareketle reddedilmektedir⁶⁹. Bahse konu hükme göre, borçlu olmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat etmedikçe bunu geri isteyemez.

Kanaatimizce, iade talebinin hukukî dayanağı somut olaya göre ya TMK. m. 226/I hükmü ya da bağışlama sözleşmesi olabilir. Meselâ, evlenme sözleşmesinden önce kadına erkek tarafından bağışlanan ziyet eşyası onun kişisel malı sayılır ve bunun iadesi talep edilebilir (TMK. m. 226/I). Böyle bir durumda, kadın malik olarak talepte bulunduğu takdirde, aslında hukukî dayanak TMK. m. 683/II hükmüdür. Gerçekten de, aynen iade talep edildiği takdirde, ziyet alacağı davası aynı bir dava olan istihkak davasının bir görünüm şeklidir. Ancak, düğünde takılan ziyet eşyasının tamamının kadına ait olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, bahse konu talep her durumda istihkak davası olarak değerlendirilemez; yani her zaman açılmaz. Ziyet alacağı davası ancak kadına bağışlanan ziyet eşyası bakımından istihkak davası niteliğindedir.

Erkeğin babası tarafından kadına ziyet eşyası hediye edildiği takdirde de, TMK. m. 226/II hükmünden hareketle bir sonuca varılamaz. Zira, bahse konu hüküm, sadece eşler arasındaki kişisel mallara ilişkin iade talepleri hakkındadır. Bu takdirde, bağışlamayı geri almanın (TBK. m. 295) şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

B. Şartları

Ziyet alacağı davasının kabulü için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, iade talebinin varlığı, ziyet eşyasının varlığının ispat edilmesi ve ziyet eşyasının davacıda kalmadığının ispat edilmesidir. Görüldüğü üzere, son

⁶⁸ Kulaklı, 268.

⁶⁹ 2. HD. T. 15.3.2007, E. 2006/15844 K. 2007/4089 "...Davalı, fiilen ayrılmalarından sonra ziyetlerinin başkısı ile geri verdiğini ileri sürmüş ise de dosyada bu yönde bir delil bulunmamaktadır. Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe onu istirdat edemez. Davalı, düğünde kendisine takılan takıları, evi terk etmesinden sonra rızasıyla davacıya geri verdiğine göre bunları isteyemez. Bu bakımdan davalı-karşı davacı kadının ziyetlerle ilgili talebinin reddi gerekir..." (KBİBB., 818/m.62).

iki şart ispat meselesine ilişkin olup, bu konu aşağıda⁷⁰ açıklanmıştır. Burada ise, talep şartı incelenmiştir.

Davacı eş, ziynet eşyasına ilişkin olarak mal rejimine bağlı olmaksızın talepte bulunabilir. Bu maksatla, ziynet alacağı, usulüne uygun şekilde açılmış bağımsız bir dava ile istenebileceği gibi, karşı dava yoluyla da ileri sürülebilir (HMK. m. 132 vd.). Aynı şekilde, ziynet alacağı, boşanma davasına ilişkin dava dilekçesinde de talep edilebilir⁷¹.

Ziynet alacaklısının ziynet alacağı için usulüne uygun bir talebi yoksa, bu konuda karar verilemez. Zira, ziynet eşyasının iadesine ilişkin talep boşanma davası bakımından iddianın genişletilmesi niteliğindedir⁷². Dolayısıyla, dilekçeler aşamasından sonraki aşamada davalının açık muvafakati veya davacının ıslah talebi yoksa, ziynet eşyasının iadesi talep edilemez. Aksi takdirde, ziynet eşyası bakımından kesin hüküm oluşturacak şekilde ret kararı verilemez. Bunun yerine, bahse konu talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir⁷³.

Yargıtay tarafından ziynet alacağına ilişkin talebin müphem olmaması da aranmaktadır⁷⁴. Yani, talep edilen ziynet eşyalarının cins, nitelik ve kıymetle-

⁷⁰ Bkz. IV, E.

⁷¹ 2. HD. T. 1.12.2014, E. 2014/14206 K. 2014/24257 (KBİBB., 4721/m.174); 2. HD. T. 03.04.2007, E. 17183 K. 5490 (Gençcan, Ziyet, 66).

⁷² İddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, kural olarak davanın başlangıcındaki dilekçeler aşamasından sonra başlar (HMK. m. 141/I). Bahse konu yasağın istisnaları ise davalının açık muvafakati ve ıslahıdır (HMK. m. 141/II). Bkz. Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 293 vd.

⁷³ 2. HD. T. 13.12.2004, E. 13180 K. 14950 (Gençcan, Ziyet, 59); 2. HD. T. 14.02.2002, E. 975 K. 1953 (Gençcan, Ziyet, 59); 2. HD. T. 20.12.2004, E. 13190 K. 15378 (Gençcan, Ziyet, 59); 2. HD. T. 28.09.2001 E. 11309 K. 12809 (Gençcan, Ziyet, 60); 2. HD. T. 14.03.2005, E. 3087 K. 3903 (Gençcan, Ziyet, 60); 2. HD. T. 28.09.2004, E. 9694 K. 10823 (Gençcan, Ziyet, 60); 2. HD. 24.05.2004, E. 5768 K. 6604 (Gençcan, Ziyet, 60).

⁷⁴ 3. HD. T. 02.07.2018, E. 2018/3967 K. 2018/7424 "...Buna göre, bilirkişiden yeniden bu bileziklerin cins, nitelik, miktar (ayar ve gram) ve değerlerinin açık açık gösterilmesi suretiyle rapor alınması, hasil olacak sonuca göre de hüküm altına alınan ziynet eşyalarının cins, nitelik, miktar ve değerlerinin ayrı ayrı gösterilmesi ve taraflara yüklenen borç ile tanınan hakkın infazda güçlük çıkarmayacak biçimde belirtilmesi gerekir..." (KBİBB., 6100/m.31).

ri konusunda herhangi bir belirsizlik bulunmalıdır. Aksi takdirde, hâkim tarafından taraflara açıklama yaptırılabilir (HMK. m. 31)⁷⁵.

C. Tarafları

1. Davacı

Ziyet alacağı davası, kural olarak ziyet eşyası elinden rızası dışında alınan kimse tarafından açılabilir. Meselâ, eşinin fizikî şiddetine maruz kalıp evden ayrılan, hastaneye gittikten sonra ortak konuta dönemeyen, böylece evlilik birliği sırasında altınları bozdurulan ya da kayın hısımları tarafından ziyeti elinden alınan eş bu davayı açabilir. Ziyet alacağı davası kadın gibi erkek tarafından da açılabilir; ama uygulamada genellikle kadın tarafından açılmaktadır⁷⁶. Bahse konu davanın açılması için, tarafların eş statüsünde olmaları ise gerekmez.

Ziyet alacağı davası kısıtlı adına kanunî temsilci tarafından açılabilir. Bunun için, vasiye sulh hukuk mahkemesi tarafından izin verilmiş olması gerekir (TMK. m. 462/b. 8)⁷⁷. Yasal danışmanın ise davacı eşi temsil yetkisi yoktur⁷⁸.

Dava devam ederken davacının ölmesi muhtemeldir. Bu durumda, sayıları birden fazla ise davaya ölen tarafın bütün mirasçılarının katılımının sağlanması gerekir (HMK. m. 59-60).

⁷⁵ 2. HD. T. 25.10.2016, E. 2016/3299 K. 2016/14079 "...Davacı kadın ziyet ve çeyiz eşyasının aynen olmadığına toplam bedeli 30.000 TL'nin tarafına verilmesini talep etmiştir. Talep edilen bu bedelin ne kadarının ziyet-çeyiz için istenildiği ve ziyet, çeyiz, ev eşyalarının cins, nevi, miktarı açıklanılmadan (HMK. m. 31), bu taleplere yönelik diğer deliller de toplanılıp değerlendirilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir..." (Gençcan, Ziyet, 61); 2. HD. T. 06.07.2005, E. 8264 K. 10640 (Gençcan, Ziyet, 62).

⁷⁶ 2. HD. T. 06.07.2005, E. 8264 K. 10640 (Gençcan, Ziyet, 62).

⁷⁷ 2. HD. T. 8.6.2006, E. 2006/2533 K. 2006/9146 "...Vesayet altındaki kişi adına dava açılması için vesayet makamınca vasiye izin verilmesi zorunludur. Vesayet makamınca vasiye dava açması konusunda yetki verilip verilmediği araştırılmadan davaya devam olunarak işin esası hakkında hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." (KBİBB., 4721/m.462); 2. HD. T. 25.04.2007, E. 18379 K. 6784 (Gençcan, Ziyet, 64).

⁷⁸ 2. HD. T. 09.07.1998, E. 7321 K. 8658 (Gençcan, Ziyet, 64).

2. Davalı

Davalı, ziynet eşyasını iade etmesi kendisinden talep edilen kimsedir. Davalı eş vesayet altında ise, davada temsili için sulh hukuk mahkemesi tarafından vasiye izin verilmesine gerek yoktur⁷⁹.

Davalı ölmüşse, ölen alacaklının mirasçılarına karşı da bahse konu dava açılabilir; keza, devam eden dava onlara karşı da sürdürülebilir (HMK. m. 59-60).

Ziynet alacağı davası, genellikle diğer eş aleyhine açılır. Ancak, şartları varsa davalı eş haricindeki üçüncü bir kişi de olabilir. Meselâ, kayınpeder aleyhine de böyle bir dava açılabilir⁸⁰. Bunun için, Yargıtay tarafından üç şartın varlığı aranmaktadır. İlk olarak, kural itibarıyla üçüncü kişinin karı-koca ile birlikte oturması aranmaktadır⁸¹. İkinci olarak, üçüncü kişi dava konusu ziynet eşyaları hakkında muaraza (kavga) çıkarmalıdır⁸². Nihayet, üçüncü kişinin sorumlu bulunduğu ispatlanmalıdır⁸³. Üçüncü kişinin ölümü halinde ise, husumetin onun mirasçılarına yöneltmesi gerekir⁸⁴.

Davalı eş ile üçüncü kişi arasında işbirliği varsa, bahse konu dava her ikisi aleyhine de açılabilir⁸⁵. Ancak, uygulamada ıslah yoluyla başka bir davalı-

⁷⁹ 2. HD. T. 15.05.2006, E. 1061 K. 7473 (Gençcan, Ziyinet, 317).

⁸⁰ 8. HD. T. 27.01.2016, E. 2016/70 K. 2016/1365 (Gençcan, Ziyinet, 255); 4. HD. T. 29.4.2004 E. 2003/16081 K. 2004/5724 "...Mahkemece davacıya tamamlayıcı yemin yaptırılmış ve davacı, dava konusu ettiği iki yarımlik altını dava dışı kayınpederinin aldığı söylemiştir. Davacının bu açıklamasında iki adet yarımlik olarak tanımlanan altının davalılara verilmediği anlaşıldığına göre bunlardan da davalıların sorumlu tutulmuş olmaları doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir..." (KBİBB., 1086/m.362).

⁸¹ 2. HD. T. 10.12.2001, E. 17017 K. 17462 (Gençcan, Ziyinet, 318); 2. HD. T. 26.2.2001, E. 1530 K. 3177 (Gençcan, Ziyinet, 319).

⁸² 2. HD. T. 14.12.2000, E. 15385 K. 15877 (Gençcan, Ziyinet, 320); 2. HD. T. 1.12.1995, E. 12254 K. 13097 (Gençcan, Ziyinet, 320).

⁸³ 3. HD. T. 09.04.2018, E. 2016/16516 K. 2018/3675 (Gençcan, Ziyinet, 321); 3. HD. T. 02.04.2018, E. 2016/15397 K. 2018/3318 (Gençcan, Ziyinet, 320).

⁸⁴ 6. HD. 20.4.2009, E. 2077 K. 3423 (Gençcan, Ziyinet, 318).

⁸⁵ 2. HD. T. 24.5.2001, E. 6454 K. 8083 "...Davacının kayınpedere ilişkin sözlerinden koca ile kayınpederin el ve işbirliği içinde, davacının ziynetlerini almış olduklarını ve bu nedenle zincirleme ve ortaklaşa sorumludurlar..." (Gençcan, Ziyinet, 318).

nın davaya dahil edilmesi kabul edilmemektedir. Bunun gerekçesi ise, bu tür davalarda davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunmamasıdır⁸⁶.

D. Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Görevli Mahkeme

Ziyet alacağı davasında görevli mahkeme uygulama gereğince evliliğin devam edip etmediği hususuna göre değişmektedir. İlk olarak, evlilik devam etmekte ise ziyet alacağı davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir⁸⁷. Zira, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre, Türk Medenî Kanunu'nun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabına göre aile hukukundan doğan dava ve işler aile mahkemesinde görülür. Böylece, TMK. m. 118-395 hükümleri bakımından aile mahkemesi görevlidir⁸⁸. Yargıtay tarafından buna dayanak olarak TMK. m. 222/I hükmü gösterilmektedir⁸⁹. Buna göre, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. 4787 sayılı Kanun m. 2/II hükmüne göre, aile mahkemesi kurulamayan yerlerde ise, TMK. m. 118-395 hükümleri kapsamındaki dava ve işlere aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılır⁹⁰. Eş dışındaki kişilere karşı açılan ziyet alacağı davasında ise durum değişir. Bu takdirde, bahse konu davada asliye hukuk mahkemesi görevlidir⁹¹.

⁸⁶ 2. HD. T. 27.02.2007, E. 12334 K. 2887 (Gençcan, Ziyet, 318).

⁸⁷ Evlenme sözleşmesi kurulmamış olmasına rağmen, düğün merasiminin yapılması durumunda ziyet eşyasının iade talebi hakkında asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu hakkında bkz. 3. HD. T. 13.2.2013, E. 2013/322 K. 2013/2228 (4787/m.4).

⁸⁸ 2. HD. T. 21.04.2005, E. 4483 K. 6500 (Gençcan, Ziyet, 254); 2. HD. T. 14.02.2005, E. 16068 K. 1973 (Gençcan, Ziyet, 254); 2. HD. T. 28.02.2005, E. 783 K. 2952 (Gençcan, Ziyet, 254).

⁸⁹ 6. HD. T. 14.06.2007, E. 2441 K. 7610 (Gençcan, Ziyet, 253).

⁹⁰ 6. HD. T. 10.11.2009, E. 5603 K. 9705 (Gençcan, Ziyet, 253); 2. HD. T. 23.05.2006, E. 19942 K. 8158 (Gençcan, Ziyet, 254); 2. HD. T. 05.07.2006, E. 4121 K. 10784 "...Davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (Gençcan, Ziyet, 254-255).

⁹¹ 8. HD. T. 27.01.2016, E. 2016/70 K. 2016/1365 "... Davacının kayınpederine karşı açtığı ziyet eşyasının aynen iadesi veya olmadığı takdirde bedelinin tahsili davası, aile hukukundan kaynaklanan eşler arasındaki kişisel mal iadesi kapsamında bir talep niteliğinde olmayıp; genel hükümlere dayalı adi istihkak talebi (TMK. m. 683 vd.) niteliğindedir. Bu talep yönünden görev asliye hukuk mahkemesine ait olmakla, bu talebe ilişkin davaya asliye hukuku

İkinci olarak, taraflar arasındaki evlilik sona ermiş olabilir. Böyle bir durumda ise, Türk Medenî Kanunu'nun yürürlük tarihine (01.01.2002) göre uygulamada ikili bir ayırım yapılmaktadır⁹². Buna göre, evlilik Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce sona ermişse, ziynet alacağı davasında asliye hukuk mahkemesi görevlidir⁹³. Zira, bahse konu Kanun döneminde kanunî mal rejimi mal ayrılığıdır (eMK. m. 170). Evliliğin bahsedilen Kanun'un yürürlük tarihinden sonra sona ermesi halinde ise, ziynet alacağı davasında aile mahkemesi görevlidir⁹⁴. Hatta, ziynet eşyaları 743 sayılı Medenî Kanun döneminde alınmış olmakla beraber, evlilik daha sonra ortadan kalkmışsa da aynı sonuç geçerlidir⁹⁵. Yine, aile mahkemesi kurulmayan yerlerde ziynet alacağı davasına aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılması gerekir⁹⁶.

Görüldüğü üzere, ziynet alacağı davası kadın tarafından açıldığı takdirde, görevli mahkeme esas itibarıyla aile mahkemesidir. Bazı uyuşmazlıklarda ise, davacı koca tarafından TBK. m. 295 gereğince başışlamanın geri alındığına dayanılarak ziynet eşyasının iadesi talep edilmektedir. Yargıtay'a göre, böyle durumlarda görevli mahkeme, aile mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesidir⁹⁷. Ancak, ziynet alacağı davasında hukukî dayanak gerekçesinden hareketle

mahkemesi olarak bakılması gerekirken; hatalı nitelme ve değerlendirme sonucu davanın aile mahkemesi sıfatıyla bakılarak karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir..." (Gençcan, Ziyet, 255).

⁹² Farklı bir karar için ise bkz. 6. HD. T. 3.2.2009, E. 2008/11514 K. 2009/855 "...Kişisel eşyaların iadesi talebine ilişkin davaların, 4721 SK'nın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra açılmasına bakılmaksızın aile mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir..." (KBİBB., 1086/m.7).

⁹³ 8. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3007 K. 2010/4382 "...Bu tarihler 743 sayılı TKM'nın 170. maddesine göre eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin bulunduğu göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir..." (KBİBB., 743/m.152); 2. HD. T. 10.04.2006, E. 20073 K. 5066 "...Taraflar 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girmeden önce 1989 yılında boşanmışlardır. Boşanma tarihinde taraflar arasında mal ayrılığı rejimi geçerlidir. Dava Borçlar Kanunu'na dayalı ziynet alacağına ilişkin olup, davaya bakma görevi asliye hukuk mahkemesine aittir. Bu yön gözetilmeden görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır..." (Gençcan, Ziyet, 255).

⁹⁴ 8. HD. T. 24.01.2013, E. 2012/5409 K. 2013/777 (Gençcan, Ziyet, 256); 2. HD. T. 03.04.2007, E. 13913 K. 5472 (Gençcan, Ziyet, 256).

⁹⁵ 2. HD. T. 23.05.2005, E. 1218 K. 4529 (Gençcan, Ziyet, 256).

⁹⁶ 2. HD. T. 23.05.2006, E. 19942 K. 8158 (Gençcan, Ziyet, 257); 2. HD. T. 05.07.2006, E. 4121 K. 10784 (Gençcan, Ziyet, 257).

⁹⁷ 2. HD. T. 10.3.2014, E. 2013/20692 K. 2014/5006 "...Davacıların, çeyiz ve ziynet eşyalarının iadesine ilişkin isteği, başışlamanın geri alınması (bağıştan rücu) niteliğinde olup, Borç-

de olsa, davacı kadın olduğu takdirde aile mahkemesinin, koca olduğu takdirde ise asliye hukuk mahkemesinin kabul edilmesi tutarlı değildir. Kanaatimizce, genellikle aslî talep niteliğinde olan aynen iadenin esas dayanağı mülkiyet hakkıdır. İstihkak davasında ise görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2). Böylece, dava kim tarafından açılmış olursa olsun aynı mahkeme görevli kabul edilmelidir.

Görev, kamu düzenine ilişkin (HMK. m. 1) olup, dava şartlarından biridir (HMK. m. 114/I, b. c). Bu sebeple, mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını re'sen inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa, yine re'sen görevsizlik kararı verir. Taraflar da davanın her safhasında mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebilirler. Aynı şekilde, tarafların sözleşme ile görevli mahkemeyi değiştirmeleri de mümkün değildir⁹⁸.

2. Yetkili Mahkeme

Ziyet alacağı davası bakımından yetkili mahkeme özel olarak belirtilmemiş olup, yetkiye ilişkin genel esaslar geçerlidir. Keza, Yargıtay da aynı görüştedir⁹⁹. Başka bir deyişle, bu tür davalar hakkında genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin (alacaklının) davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK. m. 6/I). Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir (HMK. m. 7/I). Ayrıca, taraflar,

lar Kanununa dayanmaktadır. Aile Mahkemeleri, Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü kısmı hariç ikinci kitabında (m. 118-395) yer alan "aile hukukundan" doğan dava ve işlerde görevlidir. Bağışlamanın geri alınmasına ilişkin davalarda genel mahkemeler görevlidir..." (KBİBB., 4787/m.4); 2. HD. T. 4.3.2014, E. 2013/21794 K. 2014/4625 "...Davalı-davacı koca, kadına düğünde takılan 200 gr 22 ayar takının 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 244. maddesi (TBK. m. 295) gereğince "bağıştan rücu" sebebine dayalı olarak kendisine verilmesini istemiştir. Davacının bu açıklaması karşısında; talep Türk Medeni Kanunu'nun 220. maddesine dayalı kişisel malın (eşyanın) iadesine dair olmayıp; bağıştan rücu olarak Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanmakta olup, görev genel mahkemeye aittir..." (KBİBB., 818/m.244).

⁹⁸ YİBK. T. 04.06.1958, E. 1958/15 K. 1958/6 (KBİBB., 818/m.414); 2. HD. T. 31.10.2011, E. 2010/11538 K. 2011/17435 (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 05.07.2006, E. 4121 K. 10784 (Gençcan, Ziyet, 257); Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 129-130; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 15-16.

⁹⁹ 2. HD. T. 03.05.2002, E. 4776 K. 5886 (Gençcan, Ziyet, 275); 6. HD. T. 18.3.2008, E. 45 K. 3229 (Gençcan, Ziyet, 276); 2. HD. T. 20.11.2006, E. 8364 K. 15957 (Gençcan, Ziyet, 276); 2. HD. T. 15.10.2001, E. 12725 K. 13883 (Gençcan, Ziyet, 276); 2. HD. T. 12.3.1998, E. 1282 K. 3039 (Gençcan, Ziyet, 276).

açık (HMK. m. 17) veya örtülü (HMK. m. 19/IV) bir anlaşma ile yetkisiz mahkemeyi de yetkili kılabilirler¹⁰⁰.

Ziyinet alacağı davasında yetki kamu düzenine ilişkin olmayıp, kesin yetki bahse konu değildir. Burada yetki itirazı ilk itiraz niteliğindedir (HMK. m. 116/I, b. a)¹⁰¹.

E. İspat

Ziyinet alacağı davasında iki hususun ispatı önem arz eder. Bunlar, ziyinet eşyasının varlığı ile kimden kaldığının ispatıdır. İlk olarak, ziyinet eşyasının varlığı ispat edilmelidir¹⁰². Kural olarak, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmek zorundadır (TMK. m. 6). Dolayısıyla, uygulamaya göre bu konudaki ispat yükü genellikle iadeyi talep eden taraf durumundaki davacı kadına aittir. Bunun için düğün fotoğraflarından yararlanılabilir¹⁰³. Uygulama gereğince bu konuda video kasetinin varlığı ise tek başına yeterli sayılmamaktadır¹⁰⁴.

İkinci olarak, Yargıtay'a göre, ziyinet alacağı davasında davacının ziyinet eşyasının varlığını ispat etmesi yeterli değildir; ayrıca, bunların kendisinde

¹⁰⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, 152 vd. Aynı ev açma imkânı bulunmayan kadının baba evinin bulunduğu yerde dava açılıp açılmayacağı hususu ise bir boşanma davasında Yargıtay tarafından tartışılmıştır. Sonuç itibarıyla, Hukuk Genel Kurulu'na göre, baba evine sığınan kadının yerleşim yeri, buranın bulunduğu yer mahkemesidir. Bkz. HGK. T. 6.6.2007, E. 331 K. 332 (Gençcan, Ziyinet, 280-281). 2. Hukuku Dairesi tarafından da aynı görüş kabul edilerek içtihat aynı şekilde değiştirilmiştir. Bkz. 2. HD. T. 28.05.2012, E. 2011/18097 K. 2012/14188 (Gençcan, Ziyinet, 281).

¹⁰¹ 2. HD. T. 5.6.1997, E. 5261 K. 6503 (Gençcan, Ziyinet, 273); HGK. T. 22.4.1998, E. 276 K. 297 (Gençcan, Ziyinet, 273).

¹⁰² 6. HD. T. 6.2.2012, E. 2011/12866 K. 2012/1476 (KBİBB., 4721/m.220).

¹⁰³ 2. HD. T. 17.9.2013, E. 2013/8174 K. 2013/21102 (KBİBB., 4721/m.220); 3. HD. T. 8.10.2018, E. 2016/22643 K. 2018/9691 "...Davacının delil olarak bildirdiği ve tefrik edilen boşanma dava dosyası içerisinde bulunan düğün merasimi görüntülerini içerir CD ve fotoğrafların, getirilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması ve takılan altınların sayı ve niteliğinin belirlenerek karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..." (KBİBB., 4721/m.6).

¹⁰⁴ 2. HD. T. 23.2.1993, E. 274 K. 1697 "Davada ispat yükü davacıya aittir. Davacı, dava konusunu oluşturan ziyinet eşyalarının evlenme sırasında kendisine hediye olarak takıldığını ispat edememiştir. İbraz olunan 7.2.1988 günlü senedin de dava ile alakası bulunmamaktadır. Video kaseti de tek başına davanın kabulü için yeterli değildir..." (Gençcani Ziyinet, 72).

bulunmadığını da ispat etmesi gerekir¹⁰⁵. Çünkü, doktrinde¹⁰⁶ ve uygulamada¹⁰⁷ kabul edildiği üzere, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu ileri süren kimseye düşer. Üstelik, ileri sürdüğü bir olaydan kendi menfaatine sonuç elde etmek isteyen kimsenin bunu ispat etmesi gerekir (HMK. m. 190/I). Meselâ, davacı kadın dava konusu ziyet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüştü; davalı koca ise onun tarafından götürüldüğü savunmasında bulunmuş olsun. Yargıtay'a göre, hayat tecrübesi gereğince böyle bir durumda olağan olan durum, ziyet eşyasının kadının üzerinde olması (beraberinde götürmesi) veya onun tarafından gizlenmesi ya da muhafaza edilmesidir¹⁰⁸. Yani, bunların davalı kocanın zilyetlik ve korumasına terk edilmesi hayatın olağan akışıyla bağdaşmaz. Ayrıca, ziyet eşyası, esas itibarıyla kolaylıkla taşınabilir niteliktedir¹⁰⁹. Sonuç olarak, Yargıtay'a göre, normal şartlarda ziyet eşyasının kadının üzerinde olduğu kabul edilmektedir¹¹⁰. Dolayısıyla, davacı, ziyet eşyasının varlığını ve evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını; yani götürülmesine engel olunup evde kaldığını ispat yükü altındadır¹¹¹. Aynı şekilde, davacı kadın, ziyet eşyasının davalı kocası tarafından elinden alınıp satıldığını veya şahsî mal alımı gibi harcamalarda kullanıldığını ya da kendi banka hesabına yatırıldığını ispatlayabi-

¹⁰⁵ 6. HD. T. 6.2.2012, E. 2011/12866 K. 2012/1476 (KBİBB., 4721/m.220); 6. HD. T. 11.05.2009, E. 3334 K. 4327 (Gençcan, Ziyet, 74).

¹⁰⁶ Postacıoğlu, İlhan, Medenî Yargılama Usulü, İstanbul 1967, s. 449; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, s. 248-249.

¹⁰⁷ 6. HD. T. 6.2.2012, E. 2011/12866 K. 2012/1476 (KBİBB., 4721/m.220); 3. HD. T. 6.11.2017, E. 2016/4230 K. 2017/15289 (KBİBB., 4721/m.6); HGK. T. 19.7.1967, E. 239 K. 340 (Gençcan, Ziyet, 85); HGK. T. 7.6.1974, E. 1972 K. 84 (Gençcan, Ziyet, 85); 2. HD. T. 6.6.1983, E. 4936 K. 5076 (Gençcan, Ziyet, 85).

¹⁰⁸ 6. HD. T. 6.2.2012, E. 2011/12866 K. 2012/1476 (KBİBB., 4721/m.220); 2. HD. T. 30.01.2006, E. 16086 K. 510 (Gençcan, Ziyet, 85-86).

¹⁰⁹ 6. HD. T. 6.2.2012, E. 2011/12866 K. 2012/1476 (KBİBB., 4721/m.220); 6. HD. T. 11.05.2009, E. 3334 K. 4327 (Gençcan, Ziyet, 74). Bununla birlikte, Yargıtay'a göre, taşınması olağan olmayan miktardaki ziyet eşyası bakımından ispat yüküne ilişkin bir istisna bahse konudur. Bkz. 2. HD. T. 16.11.2006, E. 7791 K. 15838 "...1 (bir) kg altının davacıya ait olduğu 27.08.2000 tarihli senetle sabittir. Davalı vekili 29.09.2003 havale tarihli cevap dilekçesinde ziyet eşyalarını (altınlar-gerdanlık-bilezikler) davacının kendi üzerinde götürdüğünü savunmuştur. Tanıklar kolye, yüzük ve gerdanlığı davacının üzerinde gördüklerini beyan etmişlerdir. Bir kilogram altının davacı tarafından üzerinde taşındığını kabul etmek hayatın doğal akışına aykırıdır. Şu halde kolye, yüzük ve gerdanlık hakkında davanın reddi, bunlar dışındaki ziyetler yönünden ise davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (KBİBB., 4721/m.174).

¹¹⁰ 6. HD. T. 15.10.2009, E. 8887 K. 8396 (Gençcan, Ziyet, 86).

¹¹¹ 2. HD. T. 26.2.2001, E. 1588 K. 3114 (Gençcan, Ziyet, 86); 6. HD. T. 8.4.2008, E. 1374 K. 4392 (Gençcan, Ziyet, 77); 8. HD. T. 13.07.2009, E. 1743 K. 3868 (Gençcan, Ziyet, 89).

lir¹¹². Bu hususlar, tanık dahil her tür delille ispat edilebilir¹¹³. Ancak, ziynet eşyasının kadın tarafından götürüldüğü varsayımından hareketle ispat yükünün ona ait olduğunun kabul edilmesi isabetsizdir. Kanaatimizce, hayatın olağan akışından hareketle kadını olağan şüpheli haline getiren böyle bir sonuca varılması uygun değildir. Üstelik, ziynet eşyasının taşınabilir mal olması da bunların mutlak surette kadın tarafından götürüldüğü anlamına gelmez.

Yargıtay'a göre, bazı hallerde kadının ziynet eşyasını beraberinde götürmesi hayatın olağan akışına aykırı olup, ziynet alacağı davası kabul edilmelidir. Meselâ, fizikî şiddete uğrayarak¹¹⁴ veya kovularak¹¹⁵ evden ayrıldığını ispatlayan kadın bakımından durum böyledir. Bu takdirde, davacı kadının evden ayrılırken altınları da beraberinde götürdüğüne ilişkin ispat külfeti davalıya aittir. Aynı şekilde, ziynet eşyası kasada olan; ama, bunun anahtarı kendisinde bulunmayan kadının durumu da böyledir¹¹⁶. Yine, düğünde takılan ziynet eşyası koca tarafından sonradan bozdurulup çeşitli amaçlarla kullanılmış olabilir. Böyle bir durumda, Yargıtay'a göre, davalı (koca), bozdurulan ziynet eşyasının karşılığını nakdî olarak davacıya (karısına) iade etmek zorundadır. Meselâ, düğün borçları¹¹⁷, araç¹¹⁸ veya taşınmaz alımı¹¹⁹, kocanın şahsî borçları¹²⁰, kayın

¹¹² 2. HD. T. 30.3.2017, E. 2016/25362 K. 2017/3611 "...Davalı erkek tarafından kendi adına açılan altın hesabına 23.12.2013 tarihinde 173,27 gram altın yatırıldığı ve 30.12.2013 tarihinde 173,09 gram altının hesaptan çekildiği tespit edilmiştir. Bu durumda davacı kadın, davalı erkek tarafından 8 adet bileziğin banka hesabına yatırıldığını ispat etmiştir..." (KBİBB., 4721/m.220); 8. HD. T. 11.05.2009, E. 1617 K. 2374 (Gençcan, Ziyet, 77).

¹¹³ 3. HD. T. 29.1.2014, E. 2013/19860 K. 2014/1165 (KBİBB., 4721/m.6); 2. HD. T. 1.2.2001, E. 16042 K. 1518 "...Davacı tanıklarının buna ilişkin beyanları davacıdan duyduklarına dayanmaktadır. O halde altınlarla ilgili talebin reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır..." (Gençcan, Ziyet, 78); 6. HD. T. 15.6.2009, E. 1555 K. 5603 (Gençcan, Ziyet, 75); 2. HD. T. 28.1.2014, E. 2013/26686 K. 2014/1533 "...Bu durumda, kanıtlanamayan ziynet bedeli yönünden davacı-karşı davalının (kadının) yemin deliline dayandığı gözetilerek Hukuk Muhakemeleri Kanununun 223 vd. maddeleri uyarınca yemin teklif etme hakkının hatırlatılması, davacı-karşı davalı yemin işlemiyle davasını kanıtladığı takdirde buna göre karar verilmesi gerekir..." (KBİBB., 6100/m.223).

¹¹⁴ 3. HD. T. 17.2.2016, E. 2016/1059 K. 2016/2017 (KBİBB., 4721/m.6); 3. HD. T. 20.05.2015, E. 2014/14080 K. 2015/9093 (Gençcan, Ziyet, 95); 2. HD. T. 14.06.2007, E. 16005 K. 10162 (Gençcan, Ziyet, 96).

¹¹⁵ 3. HD. T. 26.05.2015, E. 2014/22298 K. 2015/9536 (Gençcan, Ziyet, 103-104).

¹¹⁶ 3. HD. T. 19.10.2015, E. 2014/20305 K. 2015/16103 (Gençcan, Ziyet, 140).

¹¹⁷ 2. HD. T. 22.12.2014, E. 2014/26823 K. 2014/26223 (KBİBB., 4721/m.221); 2. HD. T. 1.12.2014, E. 2014/14206 K. 2014/24257 (KBİBB., 4721/m.174); 2. HD. T. 29.6.2016, E. 2015/18566 K. 2016/12666 (KBİBB., 4721/m.166); 2. HD. T. 1.5.2006, E. 2006/40 K. 2006/6594 "...Bir kısım ziynet eşyalarının düğün masraflarının karşılanması için koca tarafından bozdurulduğu anlaşılmıştır. Bozdurulan bu ziynet eşyaları yönünden davanın kabulü

hısımlarının borçları¹²¹, kira borçları¹²², evin ihtiyaçları¹²³, işyeri açmak¹²⁴, sağlık giderleri¹²⁵, balayı¹²⁶ ve evlilik birliğinin borçları¹²⁷ için bozdurma bu kapsamdadır. Bu durumun istisnası ise, davalı koca tarafından ziyet eşyasının geri

gerekir...” (KBİBB., 4721/m.220); 6. HD. T. 16.07.2007, E. 1672 K. 9079 (Gençcan, Ziyet, 105-106).

¹¹⁸ 3. HD. T. 19.04.2018, E. 2016/12233 K. 2018/4285 (Gençcan, Ziyet, 108-109); HGK. T. 10.11.1993, E. 2-497 K. 713 “...Ancak, hemen belirtmek gerekir ki yazılı belgenin içeriği itibarıyla de, arabanın mülkiyetinin kocaya bırakılmış olması dolayısıyla kadının, kocasına ödünç olarak verdiğini ileri sürdüğü ziyet eşyaları üzerindeki hakkından vazgeçtiğinin kabulü mümkün değildir...” (KBİBB., 743/m.146); 8. HD. T. 17.12.2009, E. 2009/2348 K. 2009/6173 “...Davacı kadın, ziyetlerini bozdurup elde ettiği 12.500 TL ile babasından aldığı 10.000 TL olmak üzere toplam 22.500 TL'yi aracın alınması için davalı-karşı davacı eşine verdiğini ileri sürdüğüne göre bu yöndeki isteği kişisel maldan edinilmiş mala yaptığı katkı nedeniyle doğan değer artış payına ilişkindir...” (KBİBB., 4721/m.6); 2. HD. T. 22.1.2007, E. 2006/21021 K. 2007/101 (KBİBB., 4721/m.220). Betül Aldemir, İ., Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi. İstanbul 2018, s. 112.

¹¹⁹ 8. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3007 K. 2010/4382 (KBİBB., 743/m.152); 3. HD. T. 17.01.2019, E. 108/4945 K. 2019/235 (Gençcan, Ziyet, 132).

¹²⁰ Davalı kocanın kredi kartı borcuna ilişkin karar için bkz. 6. HD. T. 28.12.2009, E. 6921 K. 11809. Davalı kocanın ödemek zorunda kaldığı tazminat borcuna ilişkin karar için bkz. 3. HD. T. 09.04.2018, E. 2017/14028 K. 2018/3703 (Gençcan, 115 vd.).

¹²¹ 2. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/27096 K. 2015/100 “...Olayımızda davacı kadının düğünde kendisine hediye edilmiş olan 70 adet küçük altının ve kadına kocanın ailesi tarafından takılmış olan 5 adet bileziğin, koca ve babası tarafından, borcunun karşılığı olarak kuyumcuya verildiği toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Davacı kadının 70 adet çeyrek altını eşine hibe etmediği gibi, kocanın bu altınları babasının kişisel borcu için harcama yetkisi de yoktur...” (KBİBB., 4721/m.6); 2. HD. T. 19.01.2009, E. 19619 K. 174 (Gençcan, Ziyet, 120).

¹²² 2. HD. T. 28.12.2004, E. 14449 K. 15902 (Gençcan, Ziyet, 121).

¹²³ 4. HD. T. 7.2.2005, E. 2004/7026 K. 2005/772 “...Altınların evin ortak ihtiyaçları için harcandığı anlaşılmıştır. Oysa Eski Medenî Kanun'un 152. maddesi gereğince evin iaşesi kocaya aittir. Üstelik altınların sonradan geri istenmemek üzere davalı eşe verildiğini gösteren bir delil de bulunmadığına göre bunların davacıya iadesi gerekir...” (KBİBB., 743/m.152); 2. HD. T. 20.06.2017, E. 2016/2502 K. 2017/7817 (Gençcan, Ziyet, 122).

¹²⁴ 2. HD. T. 06.03.2007, E. 15557 K. 3400 (Gençcan, Ziyet, 129).

¹²⁵ 2. HD. T. 18.10.2001, E. 12162 K. 14080 /Gençcan, Ziyet, 131).

¹²⁶ 3. HD. T. 18.02.2019 E. 2017/10312 K. 2019/1232 (Gençcan, Ziyet, 134).

¹²⁷ HGK. T. 28.01.2004, E. 2004/13-73 K. 2004/29 (Gençcan, Ziyet, 135-136). Ayrıca bkz. 2. HD. T. 10.11.2014, E. 2014/11692 K. 2014/22275 “...Davacı-karşı davalı koca cevabında; ziyetlerin kadının rızası ile satılıp, evin ihtiyaçları için kullanıldığını savunmuştur. Davacı-karşı davalı koca bu cevabıyla ziyetlerle ilgili ispat yükünü üzerine almıştır. Koca, ziyetlerin kadın tarafından iade edilmemek üzere verilip, kadının rızası ile evin ihtiyaçları için bozdurulduğunu kanıtlayamamıştır...” (KBİBB., 4721/m.6). Ancak, bahse konu karardaki karşı oy yazısına göre, “...Evlilik birliği içerisinde bozdurulup birlik giderleri için harcanan ziyet eşyalarının davacı kadının rızası ile bozdurulduğunun kabul edilmesi gerekir...”.

istenmemek üzere kendisine verilmiş olduğunu ispatlanmasıdır¹²⁸. Ziynet alacağı davasının kabul edildiği diğer bir hal, evlenmeden sonra kadının kayın hısımları tarafından takılara el konulduğunun, sadece özel günlerde kendisine verilip elinden alındığının ispatlanmasıdır¹²⁹. Hatta, ziynet eşyasının kiralanmak suretiyle düğünde davacı kadına takılmış olduğunun ispat edilmesi bile davalıyı tazmin borcundan kurtarmaz¹³⁰.

Yukarıda bahsedildiği gibi, davalı ziynet eşyasının iade edilmemek üzere kendisine verildiği savunmasında bulunabilir. Bu takdirde, bahse konu ziynet eşyasının iade edilmemek üzere verildiğini, kadının rızası ile bozdurulup ev ihtiyaçları için harcılandığını ispat yükü davalı kocaya aittir¹³¹.

F. Süre

Ziynet alacağı davası boşanmanın eki niteliğinde olmadığı için, böyle bir dava bakımından mal rejiminin sona ermiş olması ön şart değildir¹³². Dolarısıyla, bahse konu dava mal rejiminin sona ermesinden sonra açılabilceği

¹²⁸ 3. HD. T. 17.1.2019, E. 2018/3983 K. 2019/302 "...Bu eşyaların iade edilmemek üzere kocaya verildiği, kadının isteği ve onayı ile bozdurulup müşterek ihtiyaçlar için harcılandığı hususu davalı tarafça kanıtlandığı takdirde, koca bu eşyaları iadede kurtulur..." (KBİBB., 4721/m.6); 6. HD. T. 21.6.2011, E. 2011/2160 K. 2011/6813 (KBİBB., 4721/m.220); 2. HD. T. 10.10.2016, E. 2016/11949 K. 2016/13666 (KBİBB., 4721/m.174)..

¹²⁹ HGK. T. 8.11.1995, E. 2-689 K. 931 (Gençcan, Ziynet, 137); 2. HD. T. 29.2.2000, E. 257 K. 2565 (Gençcan, Ziynet, 136-137).

¹³⁰ 3. HD. T. 01.10.2018, E. 2016/21311 K. 2018/9312 (Gençcan, Ziynet, 139). Keza, ziynet eşyasının davacı dışında üçüncü bir kişiye teslim edilmiş olması da davalının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bkz. 4. HD. T. 19.10.2005, E. 2004/14802 K. 2005/11157 (KBİBB.,).

¹³¹ Demirel Hazan, Hilal, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 44; 2. HD. T. 4.3.2019, E. 2018/3222 K. 2019/2070 "...Toplanan delillerle düğünde takılan ziynet eşyalarının bozdurularak davacı-davalı erkek adına bankada hesaba yatırıldığı anlaşılmaktadır. Düğünde takılan ziynetler kadına aittir. Davalı-davacı kadının ziynet eşyalarını geri istememek üzere davacı-davalı erkeğe verdiği erkek tarafından ispatlanamamıştır..." (KBİBB., 4721/m.166); 3. HD. T. 17.2.2016, E. 2016/1059 K. 2016/2017 "...Böylelikle davalının altınları aldığını ikrar ettiği, her ne kadar tanık beyanlarına göre bu tarihten sonra bir süre daha birlikte yaşadıkları belirtilmiş ise de bu süre içerisinde ziynet eşyalarının davalı tarafından davacıya iade edildiği ispatlanamamıştır..." (KBİBB., 4721&m.6); 3. HD. T. 3.4.2014, E. 2013/20524 K. 2014/5390 (KBİBB., 4721m.220); 2. HD. T. 29.6.2016, E. 2015/18566 K. 2016/12666 (KBİBB., 4721/m.166); 6. HD. T. 16.11.2009, E. 5742 K. 9909 (Gençcan, Ziynet, 146).

¹³² Kişisel mal bakımından aynı görüş için bkz. Kılıçoğlu, Aile, 278.

gibi, önce de bu mümkündür¹³³. Görüldüğü üzere, ziyet alacağı davası için boşanma davasının açılmış olması veya kesinleşmiş olması aranmamaktadır.

Yargıtay tarafından ziyet alacağı davasının süresi bakımından eşyanın bulunup bulunmamasına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ilk olarak ziyet alacağı davasına konu eşyaların mevcut bulunduğu tespit edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, Yargıtay'a göre, uyuşmazlık aynî hakka, daha doğrusu mülkiyet hakkına dayanmaktadır¹³⁴, dolayısıyla, zamanaşımından bahsedilemez. Başka bir deyişle, böyle bir dava her zaman açılabilir¹³⁵.

Ziyet alacağı davasına konu eşyaların mevcut olmadığının belirlenmesi de mümkündür. Böyle bir durumda ise, nakden iade talep edilmekte olup, uyuşmazlık mülkiyet hakkına dayanmadığı için zamanaşımı süresi bahse konudur. Bu konuda Yargıtay'a göre genel zamanaşımı süresi olan on yıl geçerlidir¹³⁶. Bu takdirde, zamanaşımı süresi ise, boşanma kararının kesinleşme tarihinden itibaren işlemeye başlar¹³⁷. Ancak, karı-koca arasındaki davalarda TBK. m. 132 hükmünün de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kanaatimizce ise, kadının kişisel malı niteliğindeki ziyet eşyasının karşılığı olan paranın talep edilmesi bakımından sebepsiz zenginleşmeden bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla, zamanaşımı süresi iki ve on yıl olarak dikkate alınmalıdır (TBK. m. 82).

G. Hüküm

Hâkim, ziyet alacağı davasında tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; daha fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK. m. 26/I, c. 1). Meselâ,

¹³³ Gülcan, Gül, Edinilmiş mallara katılma rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırık-kale 2018, s. 96; 8. HD. T. 17.12.2009, E. 2348 K. 6173 "...Her zaman mal rejiminin sona ermesinden önce ya da sonra açılmaları mümkündür. Yani mal rejiminin sona ermesi bu davalar için bir ön koşul oluşturmamaktadır..." (KBİBB., 4721/m.6).

¹³⁴ 4. HD. T. 24.1.2005, E. 2004/6794 K. 2005/157 "...Davacıya düğünde takılan altın ile para bağış niteliğindedir ve davacının mülkiyetine geçmiştir..." (KBİBB., 743/m.152).

¹³⁵ 2. HD. T. 25.1.1999, E. 13774 K. 50 (Gençcan, Ziyet, 738).

¹³⁶ 2. HD. T. 8.3.1999, E. 14412 K. 1985 (Gençcan, Ziyet, 744); 6. HD. T. 25.1.2010, E. 7726 K. 449 (Gençcan, Ziyet, 744).

¹³⁷ 3. HD. T. 17.01.2018 E. 2016/9368 K. 2018/233 (Gençcan, Ziyet, 745).

kadının talebi aşılarak fazladan dört adet burma bilezik hüküm altına alınmaz¹³⁸.

Ziynet alacağı davasında davacı seçimlik hakka sahiptir. O, ziynet eşyasının dilerse aynen¹³⁹ dilerse nakden iadesini isteyebilir. Hatta, her ikisi arasında terdit kurmak suretiyle talepte bulunmak da mümkündür (HMK. m. 111). Bu takdirde, aynen iade mümkün değilse, dava tarihindeki bedel dikkate alınmak suretiyle hüküm kurulması gerekir¹⁴⁰. Keza, davacı ziynet eşyasının aynen, yoksa fiilî ödeme tarihindeki bedelinin iadesini de isteyebilir¹⁴¹. Ancak, sadece aynen veya nakden iade istendiği takdirde, talebi aşar şekilde nakden iadeye ya da tam tersine karar verilemez¹⁴². Keza, ziynet eşyasından elde edilen para ile alınan ikame eşya da talep edilemez. Bu takdirde, sadece bozdurulan ziynet eşyasının bedeli istenebilir¹⁴³.

Ziynet alacağı davasında faiz de talep edilebilir. Talep edilen faizin başlangıcı dava dilekçesinde gösterilmemişse, dava tarihinden itibaren işleyecek kanunî faize hükmedilmelidir¹⁴⁴. Bu takdirde, ticarî faiz ise işletilemez¹⁴⁵.

Ziynet alacağı davası, hukukî niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Dolayısıyla, böyle bir davanın kabulü halinde verilen hüküm, ilâmların icrası yolu ile yerine getirilebilir (İİK. m. 24 vd.)¹⁴⁶. Bu durumda, davayı açmakta hukuken

¹³⁸ 2. HD. T. 5.3.2012, E. 2012/3138 K. 2012/4705 "...Davalı-davacı takıların toplam tutarının (3000 TL.) olduğunu bildirdiğine ve aynen iade mümkün olmazsa bu miktarın tahsilini istediğine göre, bedel olarak isteğin aşılması hukuka aykırıdır..." (KBİBB., 6100/m.26); 2. HD. T. 16.01.2017, E. 2016/25299 K. 2017/434 (Gençcan, Ziynet, 149).

¹³⁹ Aynen iade talebinin mislen iade talebini de ihtivâ ettiği şeklindeki karar için bkz. 2. HD. T. 5.7.2000, E. 7607 K. 9240 (Gençcan, Ziynet, 158-159).

¹⁴⁰ 6. HD. T. 11.02.2008, E. 13186 K. 1264 (Gençcan, Ziynet, 156).

¹⁴¹ 6. HD. T. 16.5.2011, E. 2010/13692 K. 2011/6412 "...Dava, düğün sırasında davacıya hediye edilen altınların aynen iadesi olmadığı takdirde fiilî ödeme günündeki bedellerinin tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece altınların fiilî ödeme günündeki değerinin tahsiline karar verilmesi gerekir..." (KBİBB., 4721/m.220); 6. HD. T. 29.06.2009, E. 3860 K. 6243 (Gençcan, Ziynet, 157).

¹⁴² 3. HD. T. 08.10.2018, E. 2018/556 K. 2018/9664 (Gençcan, Ziynet, 154); 3. HD. T. 19.02.2018, E. 2016/13288 K. 2018/1261 (Gençcan, Ziynet, 155).

¹⁴³ 6. HD. T. 23.6.2008, E. 5147 K. 8106 (Gençcan, Ziynet, 154-155).

¹⁴⁴ Gençcan, Ziynet, 604.

¹⁴⁵ 2. HD. T. 18.04.2006, E. 18116 K. 5693 (Gençcan, Ziynet, 607).

¹⁴⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, 258.

korunmaya değer güncel bir yarar bulunması gerektiği için mülkiyetin kime ait olduğuna ilişkin bir tespit davası ise açılmaz (HMK. m. 106/II)¹⁴⁷.

SONUÇ

Düğünde takılan ziyet eşyasının iadesi için ziyet alacağı davası açılabilir. Yargıtay'a göre, böyle bir davada ziyet eşyası kim tarafından kime takılmış olursa olsun kadına bağışlanmış sayılır ve onun kişisel malıdır. Ancak, düğünde takılan ziyet eşyasının tamamı bakımından böyle bir yaklaşım eleştiriye açıktır. Bunun yerine, ziyet eşyasının kim tarafından kime bağışlanmak istendiği belirlenmelidir. Böylece, kadına bağışlanan şeyler onun kişisel malı sayılır ve iadesi talep edilebilir. Aynı şekilde, kocaya bağışlanan ziyet de, onun tarafından kadına bağışlanmadıkça kendi kişisel malı sayılmalıdır. Dolayısıyla, aksine bir anlaşmanın varlığı ispat edilmedikçe kocaya bağışlanan ziyet eşyası bakımından bahse konu davanın reddi gerekir. Kime ait olduğu ispatlanamayan ziyet eşyası üzerinde ise paylı mülkiyetin varlığı kabul edilmelidir.

İspat konusunda, esas itibariyle evden ayrılan kadının ziyet eşyasını yanında götürmesi gerektiğinden hareket edilmektedir. Böylece, ziyet eşyasının varlığını ve buna el konulduğunu onun ispatlaması beklenmektedir. Hâlbuki, hayatın olağan akışından hareketle kadının ziyet eşyasını beraberinde götürdüğüne ilişkin yaklaşım her zaman isabetli olmayabilir. Bunun yerine, ispat yükünün kime ait olduğu belirlenirken, daha ziyade HMK. m. 190 hükmünden hareketle sonuca ulaşılmalıdır. Bahse konu hüküm gereğince, ispat yükü, iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.

Uygulamaya göre, ziyet alacağı davası kadın tarafından açıldığı takdirde aile mahkemesi; koca tarafından açılması halinde ise asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Sonuç itibariyle, aynı dava konusu hakkında iki farklı mahkemenin görevli kabul edilmesi tutarlı değildir. Ziyet alacağı davası mülkiyet hakkına dayandığı takdirde de asliye hukuk mahkemesi görevli kabul edilmelidir.

¹⁴⁷ 4. HD. T. 23.6.2005, E. 2004/12157 K. 2005/6978 "...Tespit davası açılabilmesi için davacının bir hakkı veya hukuki durumu halihazır bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı, bu tehdit nedeniyle hukuki durumu tereddüt içinde olmalı, bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı ve tespit kararı bu tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Talep, düğünde takılan ziyetlerin bozurulması suretiyle alınan malların mülkiyetinin tespitine ilişkindir. Açıklanan koşullar oluşmadığı halde davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır...." (KBİBB., 4721/m.6).

BİBLİYOGRAFYA

- Akbulut, Pakize Ezgi : Edinilmiş Mallara Katılma
Rejiminde Edinilmiş Mallar İle Kişisel
Mallar Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- Akıntürk, Turgut /
Ateş Karaman, Derya : Medenî Hukuk, 18. Baskı, İstanbul
2013 (Kısaltılmışı: Akıntürk / Ateş Kara-
man, Medenî).
- : Türk Medenî Hukuku, C. 2, Aile
Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2011 (Kısal-
tılmışı: Akıntürk / Ateş Karaman, Aile).
- Akipek, Jale G. /
Akıntürk, Turgut : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Aksoy Dursun, Sanem : Eşya Kavramı, İstanbul 2012.
- Aldemir, İpek Betül : Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde
Taraf İradelerinin Etkisi, İstanbul 2018.
- Ansay, Sabri Şakir : Hukuk Muhakemeleri Usulü,
Ankara 1957.
- Aral, Fahrettin /
Ayrancı, Hasan : Borçlar Hukuku, Özel Borç
İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Çakırca, Seda İrem : Mehir Sözleşmesinin Hukuki

- Niteliği, BÜHFD., Y. 2014, C. 9, S. 121-122, s. 89-116.
- Demirel Hazan, Hilal : Edinilmiş Mallara Katılma
Rejiminin Tasfiyesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan /
- Gümüş, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile
Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015.
- Efedayioğlu, Kübra Kamelya : Edinilmiş Mallara Katılma
Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Erdem, Mehmet : Aile Hukuku, Ankara 2018.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.
Baskı, Ankara 2018.
- Ertaş, Şeref : Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir
2012.
- Esener, Turhan /
- Güven, Kudret : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara
2012.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku, Hususî Kısım,
Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 2. Baskı,
İstanbul 1970.

- Gençcan, Ömer Uğur : Ziyet ve Eşya Alacağı Davaları,
Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Gençcan, Ziy-
net).
- : Boşanma, Tazminat ve Nafaka
Hukuku, Ankara 2013 (Kısaltılmışı: Genç-
can, Boşanma).
- Gülcan, Gül : Edinilmiş mallara katılma rejimi,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kır-
rıkale 2018.
- Gümüş, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.
1, İstanbul 2012.
- Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret /
- Cansel, Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Hatemi, Hüseyin : Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul
2019.
- Homberger, A. : Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Çev. Suat
Bertan), Ankara 1950.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017
(Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Aile).
- : Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi,
2. Baskı, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: Kılı-
çoğlu, Mal Rejimi).
- Kılınç, Ayşe Nur /

- Kılınç, Ahmet : Mehrin Türk Pozitif Hukuku
Açısından Yeniden
Gerekliliği, İnÜHFD., Y. 2019, C. 10, S. 1,
s. 103-118.
- Kulaklı, Emrah : Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların
Yargıtay Kararları Işığında Değerlendiril-
mesi, MÜHFHAD., C. 25, S. 1, 2019, s.
262-276.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan /
Yılmaz, Ejder : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı,
24. Baskı, Ankara 2013.
- Oğuzman, M. Kemal /
Barlas, Nami : Medenî Hukuk, 17. Baskı, İstanbul
2011.
- Okur Gümrükçüoğlu, Saliha : İslam Aile Hukukunda Kadının
Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı
Üzerine Bir Değerlendirme, GÜHFD.,
2013, C. 17, S. 4, s. 223-256.
- Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara
2015.
- Pekcanitez, Hakan /
Atalay, Oğuz /
Özekes, Muhammet : Medenî Usul Hukuku, 13. Baskı,

- Ankara 2012.
- Postacıoğlu, İlhan : Medenî Yargılama Usulü, İstanbul
1967.
- Sağıroğlu, Mehmet Şerif : Ziyet Davaları, 2. Baskı, İstanbul
2016.
- Saymen, Ferit H. /
- Elbir, Halid K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- Sirmen, A. Lâle : Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Tandoğan, Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç
İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008.
- Tekinay, Selâhattin S. : Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978.
- Tunçomağ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç
İlişkileri, C. 2, 3. Baskı,
İstanbul 1977.
- Türkmen, Ahmet : Bağışlamanın Geri Alınması, Ankara 2019.
- Umar, Bilge : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, An-
kara 2011.
- Ünal, Mehmet /
- Başpınar, Veysel : Şeklî Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk /
- Özen, Burak : Borçlar Hukuku Dersleri Özel
Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

- Yıldırım, Abdülkerim : Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.
- Yıldız, Mustafa Batuhan : Edinilmiş Mallara Katılma
Rejiminin Tasfiyesi,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- Yılmaz, Ejder : Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Zevkliler, Aydın /
- Gökyayla, K. Emre : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Zevkliler, Aydın /
- Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe /
- Gürpınar, Damla : Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012.
- Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer : Türk Medenî Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.

**SÖZLEŞMEYE DAYALI GEÇİT İRTİFAKINDA
HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER**

Prerogatives and Obligations in Passage Easement Based on Contract

Dr. Orhan EROĞLU*
M. Nazlı KÖSLÜOĞLU**

ÖZET

Geçit irtifakı, yüklü taşınmaz malikinin iradesi ile kurulan bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır. Yüklü taşınmaz üzerinde belirlenmiş bir yeri, geçit yolu olarak kullanma yetkisi sağlayan irtifak hakkıdır. Taraflar aralarındaki ilişkiyi irtifak sözleşmesi ile düzenleyebilir. Geçit irtifakının şartları, yararlanan taşınmaz maliki açısından ve yüklü taşınmaz açısından farklılık göstermektedir. Bu çalışmanın amacı, tüm özellikleri ile geçit irtifakını tanımaktır. Bu kapsamda çalışmada geçit irtifakı kavramı, kapsamı, malikler açısından hükümleri öğretide yer alan görüşler ve içtihatlar ışığında ortaya konulmuştur. Çalışma ile zorunlu geçit hakkının kullanılmasında tarafların karşı karşıya kalabileceği bazı sorulara ilişkin açıklamalar Medenî Hukukun Eşya Hukukuna ilişkin hükümleri ışığında ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İrtifak, Geçit İrtifakı, Yararlanan Taşınmaz, Yüklü Taşınmaz, Diğer İrtifak Hakları.

* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD Öğretim Üyesi, oeroglu@dogus.edu.tr, (ORCID-ID: 0000-0002-8279-9383).

** Çankaya Üniversitesi Ö. H. Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, memazkos@hotmail.com, (ORCID ID: 0000-0002-4192-2103).

Makale Geliş Tarihi: 05.07.2019

Makale Kabul Tarihi:10.09.2019

ABSTRACT

The passage easement is a kind of easement which is based on the will of the owner of the encumbered immovable property. So that the entitled party has the right to use the encumbered property as a gate way. The parties can give a shape to the easement according to their will. The terms of the passage easement differs based on the owner and the servient estate. The aim of this study to recognize the passage easement with all its features. Our work, with the help of theory, examines the passage easement, its content and its terms regarding the owner. This study, in the light of articles of Turkish Civil Law related to Law of Property, sets forth some explanations and use for certain questions that the parties may come across during the exercise of the right of passage.

Keywords: Easement, Passage Easement, Dominant Estate, Servient Estate, Other Easements.

I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu m. 838’de “ *Diğer irtifak hakları* ” kenar başlığı altında düzenleme altına alınan geçit irtifakı, taraf iradesine dayalı olarak kurulan bir irtifaktır. Kanunkoyucu Türk Medeni Kanunu m. 838’den başka bir de Türk Medeni Kanunu m. 747’de geçit hakkına yer vermiştir. Zorunlu geçit irtifakı, ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek mahiyette geniş kapsamlıdır. Bu nedenle bu çalışmanın temeli genel olarak sözleşmeden doğan geçit irtifakı üzerine kurulmuştur.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; geçit irtifakı kavramına, kapsamına ve konusuna yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise geçit irtifakının hükümlerine yer verilmiştir. Geçit irtifakının hükümleri yükümlü taşınmaz maliki açısından ve yararlanan taşınmaz maliki açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu bölümde genel itibari ile Türk Medeni Kanunu’nda irtifak haklarına ilişkin yer alan hükümler esas alınmış ve kanunun sistematigi ile paralel olarak değerlendirmeler yapılmıştır. Bu kapsamda, geçit irtifakı hakkı sahibinin alabileceği önlemlere, yüklü taşınmaz malikinin hakkın kullanılmasına ilişkin borçlarına, yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişikliğe, geçit irtifakına konu geçidin bakımına ve bakımına ilişkin masrafların kimin üzerinde olduğuna, irtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesine, yararlanan ve yüklü taşınmazın bölünmesine yer verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun sözleşmesel geçit irtifakına ilişkin hükümleri yetersizdir. Öğretide, Türk Medeni Kanunu m. 838'de yapılan yollama ve geçit irtifakına uygulanacak hükümler hakkında görüş ayrılığı yaşanmıştır. Çalışmanın konusunu teşkil eden geçit irtifakının da aralarında bulunduğu diğer irtifak haklarına, taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmelidir. Kanunkoyucu Türk Medeni Kanunu m. 838/3'de açık bir biçimde belirtmemiş ise de taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler “ niteliğine uygun düştüğü ölçüde ” diğer irtifak haklarına uygulanmaktadır. Ancak, gerek öğretide gerekse de yargı içtihatlarında geçit irtifakına uygulanacak hükümler açısından görüş ayrılıkları ve bazı konularda boşluklar vardır. Bu açıdan bakıldığında, hangi hükümlerin geçit irtifakında uygulama alanı bulacağına tespit edilmesi; uygulanabilecek hükümler ışığında taşınmaz maliklerinin hak ve yetkilerinin sınırlarının, kesin bir biçimde olmasa da, çizilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle meydana getirilen çalışmanın sonuç bölümünde varılan tespitler ve bu tespitler ışığında öneriler ortaya konulmuştur.

II. GEÇİT İRTİFAKI KAVRAMI VE KAPSAMI

A. Geçit İrtifakı Kavramı

İrtifak hakkı niteliği itibari ile sınırlı bir ayni haktır¹. Yararlanma yetkisinin şekli açısından irtifak haklarını olumlu ve olumsuz irtifaklar olarak ikiye ayırmak mümkündür². Geçit irtifakı ise olumlu³ bir irtifaktır⁴. Bir taşınmazda

¹ **KÖPRÜLÜ**, Bülent / **KANETİ**, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 - 1983, s. 6; **AYİTER**, Nuşin, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1987, s. 157; **ÜNAL**, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, (ÜNAL, Üst Hakkı), s. 88 - 93; **ÜNAL**, Mehmet, Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1994, (ÜNAL, Şekli Eşya Hukuku), s. 44; **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 29; **ERTAŞ**, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2006, s. 465; **GENÇCAN**, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 531 - 1030, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 4281; **AYBAY**, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 248; **OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY - ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 16. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2013, s. 23; **ERMAN**, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 150; **ESENER**, Turhan / **GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 367; **SİRMEN**, A. Lale, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 29, 30; **NOMER**, Haluk Nami / **ERGÜNE**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 3.

² **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı V., Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963, s. 749; **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s. 41; **AYİTER**, s. 158, 159; **ÜNAL**, Şekli Eşya Hukuku, s. 45; **ERMAN**, s. 150; **SİRMEN**, s. 509. **ESENER** / **GÜVEN**, irtifak haklarını kullanma ve yararlanma yetkilerinin dağılımı bakımından sadece kullanma veya yararlanma yahut her iki yetkiyi vermesine göre ikili bir ayrıma tâbi tutmuştur. Örneğin, geçit hakkı bir taşınmazdan geçmek suretiyle onu kullanma yetkisi vermektedir (**ESENER** / **GÜVEN**, s. 369). Ayrıca, devir ve

bulunan geçitten yararlanma yetkisi (*geçme suretiyle yararlanma*), irtifak hakkı sahibine tanınır ve malik de sınırlı aynı hak sahibinin bu yararlanmasına katlanır⁵. Hak sahibinin tayin edilmesi açısından irtifak hakları ise kişiye bağlı⁶ ve eşyaya bağlı irtifaklar⁷ olarak ikiye ayrılmaktadır⁸. Türk Medeni Kanunu m.

intikal edilebilir olma özelliğine göre irtifak haklarını; aksi kararlaştırılmadıkça devir ve intikali mümkün olan irtifaklar (üst hakkı ve kaynak hakkı); aksi kararlaştırılmadıkça devir ve intikali mümkün olmayan irtifaklar (diğer irtifak hakları); devir ve intikalleri imkânsız olan irtifaklar (oturma hakkı) olmak üzere üçe ayırmıştır (ESENER / GÜVEN, s. 370). Yapılan bu ayırmda geçit hakkı, aksi kararlaştırılmadıkça devir ve intikali mümkün olmayan irtifaklardandır.

³ Olumlu irtifaklarda taşınmazdan yararlanma yetkisi aktif rol oynamaktadır. Bkz., **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 42; **GÜRSOY**, Kemal Tahir / **EREN**, Fikret / **CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 738; **ÜNAL**, Şekli Eşya Hukuku, s. 45; **AYAN**, s. 38; **ÜNAL**, Mehmet / **BAŞPINAR**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 97; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 778; **ERMAN**, s. 150; **ESENER / GÜVEN**, s. 371; **SİRMEN**, s. 509.

⁴ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 42; **GÜRSOY / EREN / CANSEL**, s. 738; **ÜNAL**, Şekli Eşya Hukuku, s. 45; **ERTAŞ**, s. 468; **SİRMEN**, s. 509. ESENER / GÜVEN, diğer irtifak haklarının tamamına ilişkin bir genelleme yaparak, diğer irtifak haklarını olumsuz irtifak hakkı olarak değerlendirmiştir (ESENER / GÜVEN, s. 371). Oysa, diğer irtifak hakları arasında yer alan geçit irtifakı, yararlanan taşınmaz malikine geçme sureti ile yararlanma yetkisi tanıdığı ve yüklü taşınmaz malikine yararlanmaya katlanma yükümlülüğü yüklediği için olumlu bir irtifaktır.

⁵ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 42; **ÜNAL**, Şekli Eşya Hukuku, s. 45; **AYAN**, s. 38; **GENÇCAN**, s. 4368; **ERTAŞ**, s. 468; **AYBAY / HATEMİ**, s. 255; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 778; **ERMAN**, s. 150; **ESENER / GÜVEN**, s. 371; **SİRMEN**, s. 509.

⁶ Kişiyeye bağlı irtifaklarda irtifak hakkı belirli bir kişiyeye tanınmıştır. Bkz., **VELİDEDEOĞLU**, s. 747; **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 44; **AYİTER**, s. 160; **AYAN**, s. 44; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 780; **ERMAN**, s. 154; **CANARSLAN**, Gökçe, Eşyaya Bağlı İrtifak Haklarında İrtifakın Yerinin Değiştirilmesini Talep Hakkı, Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 154, 2015, s.167-192, s. 169. Kişiyeye bağlı irtifak deyiminin kullanılmasının uygun olmadığına ilişkin bkz., **GÜRZÜMAR**, Osman B., Üst Hakkı, İstanbul 1998, s. 36. Hak tanınan kişi bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi veya topluluk da olabilir. Kamu tüzel kişisi lehine kurulan irtifaklar da şahsa bağlı hak niteliğindedir (ESENER / GÜVEN, s. 369). ESENER / GÜVEN, tüzel kişinin hakları ve borçları ile bir başka şirket ile birleşmesi veya şeklinin değiştirilmesi halinde, yeni kişilik eski şirketin devamı mahiyetinde olduğu için irtifak hakkının da yeni tüzel kişiyeye ait olacağı görüşündedir (ESENER / GÜVEN, s. 369). Oysa, böyle bir genelleme yapmak mümkün değildir. Çünkü ticari işletmelerin birleşmesi devralma şeklinde birleşme (*absorbition*) ya da yeni kuruluş şeklinde birleşme (*kombination*) şeklinde olabilir. Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, devralan şirket tüzel kişiliğini birleşme ile kazanacaktır. Başka bir ifade ile tüzel kişiliğin devamı söz konusu değildir. Bu nedenle irtifak hakkının yeni şirkete geçmeyeceği ifade edilmelidir. Detaylı bilgi için bkz., **GÖKTÜRK**, Kürşat, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 1 - 2, 2013, s.631 - 662.

⁷ Eşyaya bağlı irtifaklar yüklü taşınmaz üzerinde yararlanan taşınmaz lehine kurulmaktadır. Eşyaya bağlı irtifakta hak sahibi belirli bir kişi olarak belirlenmez. Burada hak sahibi yararlanan taşınmazın mülkiyetine sahip olan kişidir. Bkz., **VELİDEDEOĞLU**, s. 747; **AYİTER**, s. 158; **ESENER / GÜVEN**, s. 368; **SİRMEN**, s. 512.

838’de düzenlenen ve içerisinde geçit irtifakının da yer aldığı diğer irtifak hakları da düzensiz kişiye bağlı irtifak hakkıdır⁹. Diğer irtifak hakları kural olarak, başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Ancak, diğer irtifak haklarının, düzenli kişiye bağlı irtifak haklardan farkı; başkasına devredilemeyeceğinin veya mirasçılara geçmeyeceğinin aksinin taraflarca kararlaştırılabilmesidir¹⁰. Taraflar anlaşmak sureti ile diğer irtifak haklarını devredebilir yahut mirasçılara geçmesini kararlaştırabilir¹¹. Diğer irtifak haklarının eşyaya bağlı olarak kurulması da mümkündür¹².

Türk Medeni Kanunu’nda geçit hakkının doğrudan bir tanımı yapılmakla birlikte öğretide geçit hakkının birçok tanımı yapılmıştır¹³. Yapılan bir

⁸ **ŞAHİNİZ**, Salih, Gayrimenkul Mülkiyetinin – Komşuluk Hukukuna İlişkin- Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s.633-690, s. 653. **AYAN**, hak sahibinin tayin edilmesi açısından irtifak hakkını ikili değil, taşınmaz lehine kurulabilen irtifak hakları, şahıs lehine kurulabilen irtifak hakları ve hem taşınmaz hem şahıs lehine kurulabilen irtifak hakları olarak üç kategoriye ayırmıştır (**AYAN**, s. 43). **SAYMEN / ELBİR**, şahsi irtifak, aynı irtifak ve muhtelit irtifak olmak üzere üçlü bir ayırım yapmıştır (**SAYMEN**, Ferit /**ELBİR**, Halit, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963, s. 440-442). **OĞUZMAN**, eşyaya bağlı haklar yerine sübjektif aynı hak kavramının kullanılmasını, eşya hakkın süjesi olmadığı ve sadece hak sahibini belirlemede vasıtalık ettiği için eleştirmiştir (**OĞUZMAN**, M. Kemal, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İÜHF, C. XXXI, S. 1 - 4, 1965, s.209-219, s. 213). Aynı görüşte bkz., **EREL**, Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 60, 61.

⁹ İrtifak hakları arasında intifa ve oturma hakkı sadece kişiye bağlı irtifak şeklinde kurulabilir. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlıdır ve başkalarına devredilemez, mirasçılara da geçmez. Bkz., **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 44; **AYAN**, s. 44; **AYBAY / HATEMİ**, s. 262. Bu tür haklara *düzenli kişiye bağlı irtifak hakkı* denir. Bkz., **SİRMEN**, s. 510; **REIMER**, Hans Michael, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II, 2. Auflage, Bern 2000, s. 48. İntifa ve oturma hakkı dışındaki kişiye bağlı irtifak hakları *düzensiz kişiye bağlı irtifak hakkıdır*. Bkz., **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 45; **REIMER**, s. 48; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 781; **SİRMEN**, s. 510.

¹⁰ **VELİDEDEOĞLU**, s. 767; **AYİTER**, s. 166.

¹¹ **VELİDEDEOĞLU**, s. 767; **AYİTER**, s. 166; **AYAN**, s. 44; **AYBAY / HATEMİ**, s. 272; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 781; **ESENER / GÜVEN**, s. 370; **SİRMEN**, s. 511.

¹² **AYBAY / HATEMİ**, s. 268; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 781; **ESENER / GÜVEN**, s. 368; **SİRMEN**, s. 511.

¹³ **ÖZSUNAY**’ın yapmış olduğu tanıma göre geçit hakkı; “Genel yol ağlarına ulaşmak için hiç yolu bulunmayan veya mevcut geçit bağı yetersiz durumda olan taşınmaz malikine, komşu malike ödeyeceği tam bir tazminat karşılığında, taşınmazını genel yola birleştirecek bir geçit bağı sağlamak imkânı veren bir zaruret hakkıdır” (**ÖZSUNAY**, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s. 1). Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamasını esas alan **AYAN**’a göre geçit hakkı; “Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir.” (**AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı,

tanımda, komşuluk ilişkisinden kaynaklanan katlanma borcu esas alınmıştır¹⁴. Yapılan tanımlar açısından genel bir değerlendirme yapıldığında geçit hakkını; taşınmaz üzerinde belirlenmiş olan bir yolu, yararlanan taşınmaz açısından geçit olarak kullanma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır, şeklinde tanımlamak mümkündür¹⁵.

Geçit irtifakına ilişkin temel düzenleme, Türk Medeni Kanunu m. 838'dir. Söz konusu madde ile düzenlenmiş olan geçit irtifakı, sözleşmeye dayalı geçit irtifakıdır. Burada, iradi olarak kurulan bir geçit hakkı söz konusudur¹⁶.

Diğer irtifak hakları başlığını taşıyan Türk Medeni Kanunu m. 838/3'de; "*Taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler, bu tür irtifak haklarına da uygulanır.*" demektedir. Yapılan bu yollama ile ilgili öğretilerde görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre, kanunkoyucu mülkiyete ilişkin düzenlemelerden ayrı bir yöntem izleyerek irtifak hakları için genel bir hüküm koymamış; taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlerin diğer kişisel irtifaklara da uygulanaca-

Seçkin Yayınları, Ankara 2016, (AYAN, Mülkiyet), s. 368). AKİPEK'e göre geçit hakkı; "*Umumî yola çıkmak için kâfi yolu bulunmayan bir gayrimenkul maliki, komşu gayrimenkul malikinden gayrimenkulunun münasip bir yerinden kendisine bir geçit hakkının tanınmasını talep edebilir.*" (AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası 1972, (AKİPEK, Zilyetlik ve Tapu Sicili), s. 413). Öğretilerde yer alan diğer tanımlar için bkz., **ESENER / GÜVEN**, s. 270; **BÜK**, Alaattin, Zorunlu Geçit Davalarında Görev Sorunu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Serdar Özgüldür Armağanı, S. 7, Ankara 2016, s.267-286, s. 271; **GÜNEŞ**, Yusuf, Koruma İrtifakı Kavramı (ConservationEasement) ve Çevre Korumada Uygulanması, İÜHF, C. LX7/, S. 1 - 2, 2004, s.123-163, s. 139; **DEMİR**, Mehmet, Zorunlu Geçit Hakkı Kurulmasının Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi Sorunu, AÜHFD, C. 52, S. 4, 2003, s.187-210, s. 191, 192; **SURLU**, Handan / **ÖZTÜRK**, Gülay, Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003, s. 21.

¹⁴ Komşuluk ilişkisinden yola çıkarak yapılan tanıma göre geçit hakkı; komşuluk ilişkisinin bir yükümlülüğü olan katlanma borcuna dayanan ve yararlanan taşınmazın sahibine, kendi mülkiyet hakkının dışında kalan komşu taşınmazın üzerinde zorunluluk halinin devamı boyunca tasarrufta bulunma imkânı sağlayan hukuki bir müessesedir. Bkz., **TIRPAN**, Sabri, Medeni Kanuna Göre Lüzumlu Geçit Hakkı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s. 243 - 267; **KILIÇ**, Billur, Zorunlu Geçit Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul 2010, [https:// tez.yok.gov.tr / UlusalTezMerkezi / tezSorguSonucYeni.jsp](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp), s. 12, (Erişim Tarihi: 10.09.2019).

¹⁵ Y.14.HD., 28.01.2016, E. 2015/14675, K. 2016/1090; "...Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır..."(www.yargitay.gov.tr – Erişim Tarihi: 23.03.2019).

¹⁶ **ÖZAKMAN**, Cumhur, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 35; **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 47; **SURLU / ÖZTÜRK**, s. 55; **ŞAHİNİZ**, s. 634.

ğını bildirmiştir¹⁷. Bu kapsamda, Türk Medeni Kanunu m. 779-793’de yer alan hükümler tüm irtifak hakları açısından doğrudan yahut kıyas yolu ile uygulanabilir. Yargıtay da Türk Medeni Kanunu m. 838/3’de yer alan yollama sebebi ile eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlerin, diğer kişisel irtifaklara da uygulanacağı görüşündedir¹⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, Türk Medeni Kanunu m. 838/3’te yapılan yollamaya dayalı olarak eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin düzenlemeler, kişiye bağlı irtifaklar açısından uygulanamaz. Türk Medeni Kanunu m. 838/3 yalnızca diğer irtifak haklarını kapsar¹⁹. Türk Medeni Kanunu m. 838/3’de yer alan yollamanın sadece diğer irtifak haklarına ilişkin olduğu yönündeki görüş daha isabetlidir. Burada kanunun sistematigi açısından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda “*İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü*” başlıklı birinci bölüm; birinci olarak taşınmaz lehine irtifak hakkı, ikinci olarak intifa hakkı ve diğer irtifak hakları, üçüncü olarak ise taşınmaz yükü olarak ayrıma tâbi tutulmuştur. Türk Medeni Kanunu m. 838/3’te yer alan yollamanın diğer kişisel irtifak haklarına yapıldığını ileri süren birinci görüş, Türk Medeni Kanunu m. 838’de düzenlenen diğer irtifak haklarını kişisel irtifak hakkı olarak

¹⁷ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 187; **GÜRSOY / EREN / CANSEL**, s. 750; **AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 636; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 868; **SİRMEN**, s. 553. “*Bu sebeple bu nevi irtifak hakları dahi karma bir mahiyet taşırlar ve 753 üncü maddenin zikretmediği hususlarda, arzî irtifak haklarına ait olan hükümlere tabi olurlar*” (Naklen: **VELİDEDEOĞLU**, s. 767). AYİTER’e göre de arzî irtifaklara ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, diğer kişisel irtifakların özelliklerinin de gözetilmesi gerekir (**AYİTER**, s. 166, 167).

¹⁸ Y.H.G.K., 22.12.2010, E. 2010/3-654, K. 2010/692; “...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)□nun 779. ve devamı maddelerinde irtifak türleri; taşınmaz lehine irtifak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar olarak belirlenmiş; mülkiyetten farklı olarak irtifaklar için kanun, genel hüküm koymamıştır. Buna karşılık, eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlerin (TMK. m. 779-793), diğer kişisel irtifaklarda da uygulanacağı Türk Medeni Kanunu□nun 838/son maddesinde belirtilmiştir...”; Y.H.G.K., 16.04.2008, E. 2008/18-317, K. 2008/332; “...Türk Medeni Kanunu’nun 779 ve devamı maddelerinde irtifak türleri, taşınmaz lehine irtifak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar olarak belirlenmiş; mülkiyetten farklı olarak irtifaklar için kanun, genel hüküm koymamıştır. Buna karşılık, eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlerin (MK m.779-793), diğer kişisel irtifaklarda uygulanacağı Türk Medeni Kanunu’nun 838/son maddesinde belirtilmiştir...” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 24.03.2019). İsviçre Federal Mahkemesi de bu esasın diğer kişisel irtifaklarda da geçerli olacağını ifade etmiştir. Bkz., BGE 88II 332=jdT 1963T 283 (**OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 783).

¹⁹ **AYAN**, s. 44; **KOCABAŞ**, Gediz, Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, [https:// tez.yok.gov.tr / UlusalTezMerkezi / tezSorguSonucYeni.jsp_s. 39](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp_s.39), (Erişim Tarihi: 10.09.2019).

kabul etmekte ve Türk Medeni Kanunu m. 838/3'ün ikinci kısımda yer alan tüm irtifak haklarına da uygulanmasını önermektedir.

Diğer irtifak hakları, her ne kadar intifa hakkı ile birlikte düzenlenmiş ise de burada kanunkoyucunun birinci ayırmada taşınmaz lehine irtifak haklarını, ikinci ayırmada ise kişisel irtifak haklarını düzenlemediği savunulabilir. Sırf intifa hakkı ile birlikte düzenlendi diye diğer irtifak haklarının kişisel irtifak hakkı kabul edilerek, Türk Medeni Kanunu m. 838/3'ü kişisel irtifak haklarının tümüne (intifa ve oturma hakkına) yaymanın doğru bir yöntem olmadığı belir- tilmelidir. Türk Medeni Kanunu m. 838'de düzenlenen ve aynı zamanda çalış- manın konusunu teşkil eden geçit irtifakı yukarıda da açıklandığı üzere yarar- lanma yetkisinin şekli açısından olumlu; hak sahibinin tayin edilmesi açısından ise eğer kişiye bağlı irtifak şeklinde kuruldu ise düzensiz kişiye bağlı irtifaktır²⁰. Aynı zamanda geçit irtifakının eşyaya bağlı olarak kurulması da mümkündür. Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu m. 838'deki yollamanın kişisel irtifak olan intifa ve oturma hakkına sirayet ettirmenin mümkün olmayacağı ifade edilmeli- dir. Geçit irtifakının bir kişi lehine veya eşyaya bağlı olarak kurulmasında uygu- lanacak hükümlerde bir değişiklik olmayacaktır. Devredilebileceği veya miras- çılara geçebileceği kararlaştırılmış olan kişi lehine geçit irtifakına da taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler uygulanacaktır²¹.

B. Geçit İrtifakının Kapsamı

Geçit irtifakının kapsamı, Türk Medeni Kanunu m. 838/3'ün yollaması ile Türk Medeni Kanunu m. 779'a istinaden belirlenmektedir. Türk Medeni Kanunu m. 779 geçit irtifakının kapsamını genel hatları ile ortaya koymaktadır. Geçit hakkının içeriğini ise taraflar serbest iradesi ile belirleyecektir²². Türk Medeni Kanunu m. 779/1'e göre geçit irtifakında iki taşınmaz söz konusudur. Bu taşınmazlardan biri üzerine bir yük kurulmuştur. Uygulamada bu taşınmaza, “*yüklü taşınmaz*” denir²³. Birinci taşınmaza kurulan yükten yararlanan diğer

²⁰ AYAN, s. 101, 102; CANARSLAN, s. 169; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDE- MİR, s. 781, dn. 68; ESENER / GÜVEN, s. 368; SİRMEN, s. 511.

²¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 868.

²² ERMAN, s. 148; AYBAY / HATEMİ, s. 269. AYİTER'e göre diğer irtifakların içeriğini belirleme bakımından hak sahibinin ihtiyaçları göz önünde bulundurulmalıdır (AYİTER, s. 167).

bir taşınmaz daha vardır ki bu taşınmaza da uygulamada “ yararlanan taşınmaz ” denir²⁴.

Üzerine yük kurulan taşınmazın maliki, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma ve geçit hakkı sahibinin kullanmasına katlanma yükümlülüğü altındadır²⁵. Bu yüklü taşınmaz malikinin asli yükümlülüğüdür ve malik her zaman pasif durumdadır²⁶. Geçit irtifakının asli içeriği sadece katlanma veya kaçınma olabilir. Çünkü, malikin olumlu davranışından yararlanmak irtifak hakkının değil, taşınmaz yükünün konusunu teşkil edebilir²⁷.

Kanunkoyucu taşınmaz lehine irtifaklarda, olumlu edimlerin yalnızca yan edim olabileceğini düzenlemiştir (Türk Medeni Kanunu m. 779/2). Bu kapsamda geçit hakkının asli içeriği katlanma veya kaçınma olmak üzere olumsuz bir edimdir²⁸ ancak taraflar yan edim olarak olumlu bir davranış belirleyebilir. Geçit irtifakında Türk Medeni Kanunu m. 779/2’ye istinaden taraflar, geçit irtifakının kurulduğu yolun temizlenmesi, bakımı, güvenliği gibi konuları yan edim olarak kararlaştırabilir.

²³ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 49; **AYİTER**, s. 158; **SAYMEN / ELBİR**, s. 479; **AYAN**, s. 48; **GENÇCAN**, s. 4281; **ERTAŞ**, s. 470; **AYBAY / HATEMİ**, s. 255; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 785; **ERMAN**, s. 150; **CANARSLAN**, s. 169; **ESENER / GÜVEN**, s. 373; **SİRMEN**, s. 510.

²⁴ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 49; **AYİTER**, s. 158; **AYAN**, s. 48; **ERTAŞ**, s. 470; **AYBAY / HATEMİ**, s. 256; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 785.

²⁵ Y.14.HD., 10.12.2018, E. 2016/9950, K. 2018/8800; “...Türk Medeni Kanununun 779. maddesi hükmünce irtifak hakkı bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini yasanın 683. maddesinde anılan mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkiler kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanmasına katlanmaya zorunlu kılar...” (www.sinerjimevzuat.com.tr - Erişim tarihi: 24.03.2019).

²⁶ **AKİPEK**, Jale G., Türk Eşya Hukuku, II. Kitap Mülkiyet, Ankara 1971, (AKİPEK, Mülkiyet), s. 206; **ŞAHİNİZ**, s. 637.

²⁷ **AYBAY / HATEMİ**, s. 256; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 786; **ERMAN**, s. 150, 151; **ESENER / GÜVEN**, s. 375; **SİRMEN**, s. 512.

²⁸ Y.14.HD., 14.03.2005, E. 2004/7861, K. 2005/1852; “...İrtifak hakkı bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmaz yararına yüklenmiş bir yük olup, yük yüklenilen taşınmazın maliki irtifak hakkına sahip olan kimsenin o yeri kullanmasına ve başka bazı tasarruflarda bulunmasına rıza göstermesini veya mülkiyet hakkını kullanmaktan çekinmesini mecbur kılar. İrtifak hakkına ilişkin düzenlemeler Türk Medeni Kanunun 779 ve devamı maddelerinde yer almıştır...” (www.sinerjimevzyat.com.tr - Erişim tarihi: 24.03.2019).

Her hâlükârda, eşya hukukunda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi geçerlidir²⁹. Bu nedenle, olumlu bir davranışın asli edim olduğu bir geçit irtifakının, sözleşme yahut başka bir şekilde meydana getirilmesi mümkün değildir. Olumlu bir davranışın asli edim olarak belirlenmesi halinde ise, bu belirleme, Türk Medeni Kanunu m. 779'a aykırılık sebebi ile kesin hükümsüz olacaktır³⁰.

Geçit irtifakının kapsamını belirlemede yol gösterici düzenleme Türk Medeni Kanunu m. 787'dir. Türk Medeni Kanunu m. 787'ye göre; “*İrtifaktan doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur*”. Geçit irtifakı, Türk Medeni Kanunu m. 780 hükmü gereğince tapu kütüğüne tescil ile kurulmaktadır. Burada düzenlenen tescil kurucudur³¹. Yapılan tescil ile birlikte geçit hakkının mevcudiyeti ve içeriği üçüncü kişiler açısından alenileşmektedir. Ancak, bazı durumlarda tescilin içeriği açık olmayabilir. Böyle bir durumda ise Türk Medeni Kanunu m. 787/2'ye istinaden kapsam, irtifak hakkının kazanılma sebebine yahut kullanım biçimine göre belirlenmektedir. Kanunkoyucu geçit irtifakının içeriğini belirlerken öncelikle tescile bakılmasını, tescilin açık olmaması halinde taraflar arasındaki anlaşmaya veya kullanım biçimine bakılmasını bildirmiştir. Maddenin lafzı incelendiğinde kazanım sebebi ve kullanım biçimi arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurulmamıştır. Bu nedenle içerik belirlenirken öncelikle tescile, tescilde

²⁹ Y.H.G.K., 22.11.2018, E. 2017/999, K. 2018/1757; “...Ne var ki ölüme bağlı tasarruflar da kendilerine özgü şekillere tâbidir. Kanunda vasiyetname ve miras sözleşmesi dışında başka bir ölüme bağlı tasarruf şekli veya tipi düzenlenmemiştir. Burada da aynı haklarda olduğu gibi sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir...” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:24.03.2019).

³⁰ **SAYMEN / ELBİR**, s. 449. Kesin hükümsüzlük ile ilgili geniş bilgi için bkz., **VON Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, s. 220, 221; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip / **ARPAÇI**, Abdulkadir / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 581; **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 146; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2015, s. 107; **OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, II, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 180, 181; **TERCIER**, Pierre / **PICHONNAZ**, Pascal / **DEVELİOĞLU**, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 154, 155. **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**'e göre irtifak olarak hükümsüz bir olumlu davranışın belirlenmesi halinde bu, adi bir borç ilişkisi olarak geçerli sayılabilmektedir. Bu yönde bkz., BGE 93II 290=jdT 1968 I 565 (**OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 786). İrtifaklar özel mülkiyete konu olan eşyalar üzerinde kurulabilir. Kamu malları ise herhangi bir sınırlı ayni hak ile sınırlandırılmaz. Örneğin, mera üzerinde geçit hakkı kurulması mümkün değildir. Böyle bir irtifak hakkının kurulması halinde de irtifak geçerli olarak kurulmuş olmayacaktır (**ESENER / GÜVEN**, s. 376).

³¹ **AYİTER**, s. 159; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 512.

bir açıklık bulunmaması halinde ise kazanım sebebine yahut kullanım biçimine bakmak gerekmektedir³².

Geçit irtifakının içeriği; tescilden, kazanım sebebinden veya kullanım biçiminden anlaşılmıyor ise Türk Medeni Kanunu m. 789 hükmü uygulanır. Sonuç olarak; geçit irtifakının kapsamının belirlenmesinde başvurulacak ilk kaynak tescildir. Tescilden sonuca ulaşılamaması halinde kazanım sebebine ve kullanım biçimine bakılır. Başvurulacak son yol yerel âdetlerdir.

III. GEÇİT İRTİFAKININ YARARLANAN VE YÜKÜMLÜ TAŞINMAZ MALİKLERİ AÇISINDAN HÜKÜMLERİ

A. Geçit İrtifakının Hükümleri

Türk Medeni Kanunu'nun sistematigi incelendiğinde de görüleceği üzere, kanunkoyucu eşyaya bağlı irtifak haklarını açıkça belirlememiş, bunun yerine eşyaya bağlı irtifak haklarının vücut bulabilmesi için asgari belli başlı bazı düzenlemeler getirmiştir. Bu kapsamda, eşyaya bağlı olarak kurulan geçit irtifakında yetkilerin ve yükümlülüklerin ne olduğu hususunda geçit irtifakı sözleşmesinde yer alan düzenlemeler önem kazanmaktadır.

Geçit irtifakı sözleşmesinde; üzerinde geçit bulunan yüklü taşınmaz ve geçitten yararlanacak olan taşınmaz şüpheye mahal vermeyecek bir biçimde belirtmeli ve tarafların irtifak kurma iradesi açıklanmalıdır. Bu hususlardan başka; geçit irtifakının içeriği, sınırları, ivazlı olup olmadığı hususu, kullanılma biçimi, Türk Medeni Kanunu m. 779/2'ye istinaden yan edimlerin tescilde belirtilmesi gerekmektedir. Ancak, uygulamada, tapu kütüğüne yapılacak olan tescilde bu ayrıntıların hepsinin gösterilmesi pek mümkün olmamaktadır³³. Bu nedenle taraflar arasında yapılmış olan sözleşmeye bakmak gerekecektir.

Türk Medeni Kanunu m. 838/2'ye istinaden geçit irtifakının kapsamı, hak sahibinin olağan ihtiyaçlarına göre belirlenmektedir. Yüklü taşınmaz ve

³² **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 74; **AYBAY / HATEMİ**, s. 259, 260; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 803; **ERMAN**, s. 152; **ESENER / GÜVEN**, s. 382, 383; **SİRMEN**, s. 519. Y.H.G.K., 16.10.1968, E. 1 - 461, K. 688 (Resmî Kararlar Dergisi, 1969, II / 1, s. 322). **AYİTER**, irtifak hakkının kapsamının tapu kayıtlarından saptanacağını, eğer kayıt yeterli değilse hakkın niteliğine, iktisap sebebine bakılması gerektiğini; hak uzun bir süre iyi niyet ile kullanılıyorsa kullanım tarzına bakılması gerektiğini ifade etmiştir (**AYİTER**, s. 159).

³³ **AYAN**, s. 103; **AYBAY / HATEMİ**, s. 260; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 803; **SİRMEN**, s. 519.

yararlanan taşınmaz maliki yapmış olduğu sözleşmede geçit irtifakının kullanılma şeklini belirleyebilir, geçitten yararlanmanın nasıl olacağını sınırlarını çizebilir. Bu kapsamda, geçitten yayaların mı hayvanların mı yoksa araçların mı geçeceğini kararlaştırabilirler. Ayrıca, taraflar, geçidin bakımı, temizliği, korunması gibi hususlarda yan edim yükümlülükleri belirleyebilirler.

1. Geçit İrtifakının Yararlanan Taşınmaz Maliki Açısından Hükümleri

a. Yararlanan Taşınmaz Malikinin Hakları

Geçit irtifakının kurulması ile yararlanan taşınmaz malikine tanınmış olan temel yetki taşınmazı geçit yolu olarak kullanmaktır. Yararlanan taşınmaz malikine sağlanan diğer yetkiler ise bu temel yetkiye hizmet etmektedir. Geçit yolunun yaptırılması ve buna ilişkin masraflar yararlanan taşınmaz malikine aittir. Kanunda, buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sonuca, Türk Medeni Kanunu m. 786'dan ulaşılabılır. Söz konusu maddede hakkın kullanılması için gerekli önlemleri yararlanan taşınmaz malikinın alacağı düzenlenmiştir. Geçit yolunun yaptırılması, hakkın kullanılması amacına hizmet etmektedir. Ayrıca işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda da geçit yolunun haktan yararlanacak kişi tarafından yaptırılması gerektiği sonucuna ulaşılabılır³⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 750, giderlerin yararlanan taşınmaz maliki tarafından yapılacağını dolaylı olarak bildirmektedir. Masrafları diğer taşınmaz maliki yapacak, yararlanılma durumunun mevcut olması halinde ise masraflara katılma yükümlülüğü doğacaktır³⁵. Ancak, sözleşme serbestisi kapsamında taraflar, geçit yolunun yüklü taşınmaz maliki tarafından da yaptırılabilmesine karar verebilir. Bunu engelleyen bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Türk Medeni Kanunu m. 786/1'e göre, geçit irtifakı sahibi, taşınmazı geçit yolu olarak kullanma hakkının korunması ve kullanımı için gerekli olan önlemleri alabilir. Bu kapsamda geçitte bulunan atık, dallar, bitkiler gibi engel-

³⁴ ÖZAKMAN, s. 98; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Medeni Hukuku Eşya Hukuku, C. II, Ankara 1977, s. 104; AYBAY / HATEMİ, s. 260; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 808; ESENER / GÜVEN, s. 391; SİRMEN, s. 522.

³⁵ AYİTER, s. 160.

leri kaldırabilir³⁶. Ancak, yararlanan taşınmaz malikinin bu yetkisini kullanabilmesinin sınırı, yüklü taşınmaz malikinin menfaatidir.

b. Yararlanan Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri

Türk Medeni Kanunu m. 786/1'e göre yararlanan taşınmaz maliki, hakkını korurken ve kullanırken yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek yöntemi seçmelidir. Örneğin, yararlanan taşınmaz maliki geçitte bulunan otların kurutulması için bir ilaç dökerken, yüklü taşınmazın geçit dışında kalan kısımlarındaki otların da kurumaması için gerekli tedbirleri almalıdır ya da geçitte bulunan ve geçit hakkının kullanılmasını engelleyen bir duvar yıkılırken, yüklü taşınmaza en az zarar verecek yöntem benimsenmelidir. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, geçit yolunun iki tarafına da duvar yapılmak sureti ile yüklü taşınmaz malikinin geçit yoluna girmesinin engellenemeyeceğini bildirmiştir³⁷.

Geçit irtifakının kullanılması için bazı tesislerin yapılması muhtemeldir. Bu tesislerin bakımının kimin tarafından yapılacağı hususu Türk Medeni Kanunu m. 790'da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre geçit irtifakının kullanılması için gerekli tesislerin bakımını yararlanan taşınmaz maliki yapacaktır. Ancak, tesislerden yüklü taşınmaz maliki de yararlanıyor ise yüklü taşınmaz maliki bakım giderlerine yararı oranında katılacaktır.

Geçit irtifakının kullanılması için kapsamlı ve masraflı tesisler yapılması uygulamada çok karşılaşılabilecek bir durum değildir. Ancak, geçit hakkı sahibi,

³⁶ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 81; **GÜRSOY / EREN / CANSAL**, s. 798, 799; **GENÇCAN**, s. 4291; **AYBAY / HATEMİ**, s. 260; **ERMAN**, s. 153; **ESENER / GÜVEN**, s. 391; **SİR-MEN**, s. 520. İrtifak hakkı sahibi, tecavüz hallerinde hakkını korumak için hakka dayalı fer'i zilyet sıfatı ile defedilmesine ilişkin yollara başvurabilir. İrtifak hakkı sahibinin başvurabileceği yollar; TMK m. 981; "Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanılarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınmazlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır."; TMK m. 982; "Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür. Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur."; TMK m. 983; "Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliği saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir. Dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur". İrtifak hakkı sahibi TMK m. 786/2'ye istinaden korumaya ilişkin hükümlere yüklü taşınmaz maliki aleyhine de başvurabilir. Bkz., **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 808.

³⁷ Y.14.HD., 02.05.2000, E. 2000/2777, K. 2000/3063 (**SURLU / ÖZTÜRK**, s. 572).

hakkını kullanabilmek için; köprüye, yola yahut tahsis amacına hizmet eden aydınlatmalara, güvenlik tesisatlarına, istinat duvarlarına, kanallara ihtiyaç duyulabilir. Bir görüşe göre, bu tesislerin mülkiyeti irtifak hakkı sahibine aittir³⁸. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, geçit irtifakında yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkilerden kaçınma ve geçit irtifakı sahibinin kullanımına katlanma yükümlülüğü altındadır. Bu geçit irtifakının asli içeriğidir. Yararlanan taşınmaz maliki ise taşınmazı geçit yolu olarak kullanma hakkını elde eder. Bu geçit irtifakının temel özelliklerinin bir sonucudur. Yapılan geçit irtifakı sözleşmesi dayanak gösterilmek sureti ile yüklü taşınmazda yer alan bir tesisin mülkiyetinin yararlanan taşınmaz malikine ait olması, geçit irtifakının özüne aykırıdır. Çünkü böyle bir durumda yararlanan taşınmaz maliki hem yararlanma hakkını hem de mülkiyet hakkını elde edecektir.

Mülkiyet hakkının hangi taşınmaz malikine ait olduğunun tayininde yapılan tesisin bütünleyici parça niteliği kazanıp kazanmadığına bakılması gerektiği belirtilmelidir. Bu kapsamda, yüklü taşınmaz ile yapılan tesis arasında dışarıdan bakıldığında kolayca görülmesi mümkün bir fiziki yakınlık mevcutsa (*dış bağıllık unsuru*), tesis olmadığı takdirde yüklü taşınmaz kendisinden beklenen fonksiyonu gerçekleştiriyorsa (*iç bağıllık unsuru*) ve yerel âdetlere uygunluk mevcut ise yapılan tesis, yüklü taşınmazın bütünleyici parçası haline gelecektir³⁹. Buna karşın, yüklü taşınmaz üzerine yapılan tesis asıl eşya yok edilmeksizin, zarara uğratılmaksızın yahut yapısı değiştirilmeksizin sökülüp kaldırılabilir yahut yapılan tesis bütünleyici parça olmayacaktır. Bütünleyici parça olmayan tesisin durum ve şartlara göre TMK m. 728'de düzenleme altına alınan taşınmaz yapı olduğu kabul edilebilir.

Bütünleyici parça ile ilgili yapmış olduğumuz değerlendirmeyi bir örnek ile açıklamak gerekirse; geçit üzerine yapılmış ve geçidin temizliği ve bakımına ilişkin eşyaların saklanması için kullanılan bir baraka bağıllığın sürekli olmaması sebebi ile bütünleyici parça değildir. Gerçekten, bütünleyici parçalar, asıl eşyadan bağımsız olarak sınırlı aynı hakka konu teşkil etmezler⁴⁰. Bütünleyici parça üzerinde bağımsız, ayrı mülkiyet hakkı kurulması da mümkün değildir⁴¹. Ancak, bütünleyici parçanın istisnasını teşkil eden durumlara ilişkin hü-

³⁸ KOCABAŞ, s. 111.

³⁹ AYİTER, s. 82, 83; VELİDEDEOĞLU, s. 702; NOMER / ERGÜNE, s. 198 - 201.

⁴⁰ AYAN, s. 28; AYBAY / HATEMİ, s. 18; SİRMEN, s. 261.

⁴¹ AYAN, s. 28; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 383; AYBAY / HATEMİ, s. 18; SİRMEN, s. 261.

kümler saklıdır. Bu kapsamda, eğer yapılan tesis, sayılan şartları sağlıyorsa ve bütünleyici parça niteliğinde ise üzerinde bağımsız mülkiyet kurulması mümkün olmayacaktır ve tesisin mülkiyeti yüklü taşınmaz malikine ait olacaktır. Tesis, bütünleyici parça niteliğinde değil ise üzerinde bağımsız mülkiyet kurulması söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda durum ve koşullara göre taşınır yapı kabul edilebilecektir⁴² ve taşınır yapının mülkiyeti yararlanan taşınmaz malikine ait olacaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 788'e göre yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarında değişikliğin meydana gelmesi halinde, yararlanan taşınmaz maliki, yüklü taşınmazın geçit irtifakından doğan yükünü ağırlaştıramaz. Taraflar meydana gelen ihtiyaç değişiklikleri kapsamında kurulan irtifakın amacını değiştiremez ve bu suretle yüklü taşınmaz malikinin yükü ağırlaştırılamaz⁴³. Bir örnek ile açıklamak gerekir ise, yayaların geçmesi için kurulan bir geçit irtifakının, zamanla hayvanların geçmesi için de kullanılması durumunda yüklü taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü ağırlaştırılmaktadır⁴⁴.

c. Yararlanan Taşınmazın Bölünmesi

Yararlanan taşınmazın bölünmesi hususu Türk Medeni Kanunu m. 792'de düzenlenmiştir. Maddede yer alan parsel ibaresi sadece kadastro görmüş bir taşınmazı işaret etmemektedir. Henüz kadastrosu tamamlanmamış yerlerde de bölünmeler neticesinde meydana gelen parçaları da kapsamaktadır⁴⁵. Lehine geçit irtifakı kurulmuş bir taşınmazın bölünmesi halinde kural, geçit irtifakına

⁴² NOMER / ERGÜNE, eşyaya bağlanan şeyin bütünleyici parça niteliğini kaybetmesi halinde niteliğini kaybeden eşyayı "bağımsız eşya" olarak nitelendirmiştir (NOMER / ERGÜNE, s. 203).

⁴³ Yükümlü taşınmazın yükünün ağırlaşp ağırlaşmadığını irtifak hakkının kuruluş amacı, hukuki sebepteki kayıtlar ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde hâkim tarafından belirlenmektedir. Bkz., AYAN, s. 57; KOCABAŞ, s. 116; ERMAN, s. 153; ESENER / GÜVEN, s. 387.

⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda; geçit irtifakının kurulduğu dönemde sadece tarımsal işler için yol olarak kullanılmasına rağmen, davanın açıldığı zamanda bölgenin sayfiye evleri arasında kalması ve taşıt araçlarının yaygınlaşması sebebiyle geçit hakkının sadece taşınmazdaki tarım araçlarının değil, motorlu taşıtlarına da tanınmasına karar verilmiştir. Bu kararda taşınmazdan rasyonel yararlanma için motorlu taşıtlara geçit hakkı tanınmasının, durumların değişmesine eğer bu değişim objektif nedenlere dayanıyorsa, geçit irtifakı sahibinin kusuru olmaksızın doğduğu kabul edilmiştir (Karar için bkz., ÖZSUNAY, Ergun, Rasyonel Yararlanma Kavramı Bir Taşınmazdan Yararlanma Biçiminin Değişmesi Halinde Geçit Zaruretinin Doğumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, s.653-672, (ÖZSUNAY, Geçit Zaruretinin Doğumu), s. 653 vd.).

⁴⁵ DİNÇ, Mutlu / PALA - KAYA, Dilek, Türk Medeni Kanunu, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 249, bilgi notu.

ilişkin hakkın her taşınmaz yararına devam etmesidir (Tapu Sicil Tüzüğü m. 58). Bölünme neticesinde yararlanan taşınmazın açılacak her yeni sayfasına geçit irtifakı tescil edilir⁴⁶.

Yararlanan taşınmazın (*parsellere*) bölünmesi halinde irtifak hakkının her parsel yararına devam edeceği kanunkoyucu tarafından bir kural olarak belirlenmiştir. “Kural” ibaresi ise bu kuralın istisnasının olabileceği sonucuna ulaştırmaktadır. Türk Medeni Kanunu m. 792/2 hükmü gereğince somut olayın özelliğine göre geçit irtifakı bir parsel için kullanılabilir ise yüklü taşınmaz maliki geri kalan diğer parseller için irtifak hakkının terkinini isteyebilir⁴⁷. Madde içerisinde bir parsel için kullanılma durumu hükme bağlanmıştır. Ancak, durum ve koşullara göre birden fazla parselin geçit irtifakını kullanmasının mümkün olduğu ifade edilmelidir. Zira, yararlanan taşınmazın bölünmesi neticesinde geçit irtifakından bir değil de birden fazla parsel faydalanmakta ve bunun dışında kalan parseller faydalanamamakta ise hükümde sadece bir parsel ibaresi mevcut diye diğer yararlanan ikinci bir parselin terkininin talep edilebilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 1014’e göre; “*Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir*”. Kanunkoyucu söz konusu maddeyi genel kural olarak belirlemiştir. Türk Medeni Kanunu m. 792/2 ise, Türk Medeni Kanunu m. 1014’e göre özel bir hükümdür. Bu nedenle, burada Türk Medeni Kanunu m. 1014 hükmü değil, Türk Medeni Kanunu m. 792/2 hükmü uygulanacaktır. Yüklü taşınmaz malikinin terkin talebini yazılı veya sözlü olarak yapabileceği belirtilmelidir⁴⁸. Terkin talebini alan tapu sicil memuru, bu talebi geçit irtifakı sahibine bildirir. Geçit irtifakı sahibinin bildirimden itibaren bir ay içerisinde itiraz hakkı vardır. Bir ayın itirazsız olarak geçirilmesi halinde geçit irtifakı hakkı terkin edilir. Türk Medeni Kanunu m. 1018 hükmü gereğince terkin hem yüklü hem de yararlanan taşınmazın sayfalarına kaydedilir.

⁴⁶ **ESENER / GÜVEN**, s. 390; **SİRMEN**, s. 524. Öğretide buna, “*irtifak hakkının çoğalması*” denir. Bkz., **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 90; **KOCABAŞ**, s. 136.

⁴⁷ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 91; **AYAN**, s. 62; **GENÇCAN**, s. 4298; **AYBAY / HATEMİ**, s. 261; **ERMAN**, s. 153; **ESENER / GÜVEN**, s. 390; **SİRMEN**, s. 524.

⁴⁸ **SİRMEN**, terkin istemi için hak sahibinin feragat arzusunu açıklamasının yeterli olduğu, bu kapsamda yararlanan taşınmazın malikinin terkin talebinde bulunmaya yetkili olduğu görülmüştür (**SİRMEN**, s. 188).

2. Geçit İrtifakının Yükümlü Taşınmaz Maliki Açısından Hükümleri

a. Yükümlü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri

Türk Medeni Kanunu m. 786/2'ye göre yüklü taşınmazın malikinin temel yükümlülüğü taşınmazın bir kısmının geçit olarak kullanılmasına “*katlanmaktır*”. Üzerinde geçit irtifakının kurulduğu taşınmaz maliki, taşınmazın geçit yolu olarak kullanılmasına katlanmaktadır. Ayrıca, yüklü taşınmaz maliki, geçit irtifakının kullanılmasını engelleyecek yahut zorlaştıracak davranışlardan kaçınmak ile yükümlüdür⁴⁹.

Kural olarak, geçit irtifakının kullanılması için gerekli tesislerin bakımını yararlanan taşınmaz maliki yapacaktır. Ancak, tesislerden yüklü taşınmazın da yararlanması halinde yüklü taşınmaz maliki bakım giderine yararı oranında katılmakla yükümlüdür. Türk Medeni Kanunu m. 790/2 ile yüklü taşınmaz malikine giderlere katılmanın yanında tesislerin de bakımı yükümlülüğü borcunun yüklenip yüklenemeyeceği sorusu akla gelebilir⁵⁰. Buna verilecek cevap ise olumsuzdur. Türk Medeni Kanunu m. 790/2’de açıkça “*bakım giderlerinden*” bahsedilmiştir. Kanunkoyucu, yüklü taşınmaz malikinin bakım giderleri yanında tesislerin bakımına da katılmasını istese idi bunu açıkça belirtirdi. Bu nedenle, aksi kararlaştırılmadıkça yüklü taşınmaz maliki bakım giderlerine katılmak ile yükümlü olsa da tesislerin bakımına katılma yükümlülüğü altında değildir⁵¹.

b. Yükümlü Taşınmaz Malikinin Hakları

Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarında meydana gelen değişiklik sebebi ile yüklü taşınmaz malikinin irtifaktan doğan yükü ağırlaşıyor ise yüklü taşınmaz malikinin buna karşı koyma hakkı vardır. Böyle bir durumda yüklü taşınmaz maliki kaçınma veya eski duruma getirme davası açabilir⁵². Açılan davada

⁴⁹ VELİDEDEOĞLU, s. 748, 749; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 813.

⁵⁰ Bu konudaki görüşler için bkz., KOCABAŞ, s. 110.

⁵¹ Benzer görüşte olan yazarlar için bkz., AYAN, s. 58; GENÇCAN, s. 4295; SİRMEN, s. 522. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, tesisatın bakımından yararlanan kim ise bakım yapmakla da o kişinin yükümlü olduğu görüşündedir (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 808, 809).

⁵² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 815; SİRMEN, s. 521. ESENER / GÜVEN, konunun bu şekilde değerlendirilmesinin hukuki bir dayanağı olmadığı kanaatindedir; “*Tersine iki temel hukuk prensibinin devreye sokulması suretiyle irtifakın yeni şartlara uyandırılması tıpkı MK 761/III fıkrada olduğu gibi mümkün görülmelidir. Birincisi değişikliği meş-*

hâkim, somut olayın özelliklerine göre uygun tedbirler alabilir. Bu kapsamda, geçit irtifakının kullanılması askıya alınabileceği gibi⁵³; geçit irtifakının kullanma şekli eski hale getirilemeyecek ise başka bir ifade ile yüklü taşınmaz malikinin irtifaktan doğan yükü malikin katlanabileceği şekilde hafifletilemeyecek ise Türk Medeni Kanunu m. 785'e göre yüklü taşınmaz maliki geçit irtifakının terkinini talep edebilir⁵⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 791/1'e göre; "İrtifak hakkı yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmının kullanılması koşuluyla kurulmuşsa, bu taşınmazın maliki, menfaatini ispat etmek ve giderleri üstlenmek kaydıyla; irtifakın, hakkın kullanılmasını güçleştirmeyecek biçimde taşınmazın başka bir yerine naklini isteyebilir"⁵⁵. Geçit irtifakı niteliği itibari ile yüklü taşınmazın sadece belirli bir

ru gösteren clausula rebus sic stantibus diğeri ise yükümlü taşınmaz malikini koruyan fedakârlığın denkleştirilmesi kuramlarıdır. Kanımızca yükümlü taşınmaz malikin katlanması veya kaçınması MK 2. Madde çerçevesinde beklenmeyecek kadar ağırlaşmış olan irtifak karşısında onun bu fiili şartlara bağlı kalması düşünülemez. Doktrinde eğer yararlanan taşınmazın ihtiyaçları irtifakın kuruluşundaki kapsamı ile kullanılmasına imkan vermeyecek ölçüde ise irtifakın askıya alınabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre irtifak sona ermez ancak yükü ağırlaştran durum sürdüğü müddetçe irtifak kullanılamaz. Kanımızca bu görüş MK 788. Madde ile aranılan unsurlar bakımından uygulanabilecek nitelikte değildir. Bir kere burada kastedilen yükün geçici olarak ağırlaştırılması durumu ise zaten irtifakın şartlarının değiştirilmesine gerek duyulmaz. Zira yeni ihtiyaçtan maksat kalıcı devamlı ihtiyaç artışlarının ortaya çıkmış olmasıdır" (ESENER / GÜVEN, s. 388).

⁵³ **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 84, 85; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 816. ESENER / GÜVEN'e göre verilen örneklere göre lehine geçit irtifakı verilen taşınmazda sinemanın yapılması, binanın otel veya pansiyon olarak kullanılması halinde irtifakın, bu binaların yıkılmasına kadar askıya alınması pratikte imkânsızdır ve bu halde fedakârlığın denkleştirilmesi ile irtifak yeniden düzenlenen şartlar ile devam etmelidir (ESENER / GÜVEN, s. 388).

⁵⁴ **AYAN**, s. 57, 58; **GENÇCAN**, s. 4289; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 795; **ERMAN**, s. 152; **ESENER / GÜVEN**, s. 395; **SİRMEN**, s. 519. TMK m. 1026'da düzenlenen dava niteliği itibari ile bir tespit davasıdır. TMK m. 785'de talep edilen terkinin niteliği ise öğretilerde tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz., **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 801.

⁵⁵ Yer değiştirme talebinden önceden vazgeçmenin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre yer değiştirme yetkisi, ekonomik anlamda bir taşınmazdan en çok yararı elde edebilmek ve malikin mülkiyeti kullanırken gereksiz sınırlamalara tâbi tutulmadan kullanılabileceği bir kamu yararı düşüncesi ile kabul edilmiştir ve tapu siciline kaydedilse dahi yine de kullanılabileceği için önceden vazgeçilemeyecektir (**BERTAN**, Suad, Aynı Haklar, Medeni Kanununun 618 - 764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 2, Ankara, 1976, s. 1306). Diğer bir görüşe göre ise, MK m. 791 emredici bir hüküm değildir. En önemli kanıt ise değiştirme talebinin irtifak hakkı sahibinin rızasıyla sonuç doğurması sebebiyle, değişiklik talebine bağlanan hukuki sonucun, hak sahibinin kabulüyle doğacağı gösterilmektedir. Bu kapsamda yer değiştirme talebinden önceden vazgeçmek mümkündür (**CANARSLAN**, s. 173, dn. 15).

kısımının kullanılmasına ilişkin kurulur⁵⁶. Bu kapsamda geçit irtifakı kurulduktan sonra yüklü taşınmaz maliki, geçit yolunun taşınmazın başka bir kısmına taşınmasını talep edebilir⁵⁷. İrtifaka konu geçit yolunun kullanılacağı yer tapu kütüğünde belirtilmiş olsa bile yüklü taşınmaz maliki geçit irtifakının yerinin değiştirilmesini talep edebilir⁵⁸.

Yüklü taşınmaz malikinin böyle bir talepte bulunması ise her durum ve koşulda mümkün değildir. Başka bir deyişle geçit irtifakının başka bir yere taşınmasına ilişkin talep bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan birincisi, fiili olarak irtifak hakkının taşınmazın belirli bir kısmında kullanılmasındır⁵⁹. Geçit irtifakının doğası gereği yüklü taşınmazın bir kısmı kullanılmaktadır. Bu kapsamda, uygulamada geçit irtifakları taşınmazın bir kısmını kullanma şartını mahiyeti gereğince sağlamaktadır.

İkinci şart ise yüklü taşınmaz malikinin geçit irtifakının yerinin değiştirilmesinde menfaatinin olması ve bu menfaatini ispat etmesidir⁶⁰. Bu menfaat ekonomik olabileceği gibi, genel görünüm açısından da söz konusu olabilir⁶¹.

⁵⁶ ESENER / GÜVEN'e göre irtifak hakkı taşınmazın bir kısmının ihtiyaçları için de kurulsa taşınmazın tamamı açısından kurulmuş sayılır (ESENER / GÜVEN, s. 373). Aynı görüşte bkz., KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 51. İrtifak hakkının hangi kısma ilişkin kuruldu ise böyle devamlılığın sağlanmasının ahde vefa prensibinin gereği olduğu yönünde ise bkz., CANARSLAN, s. 170.

⁵⁷ GENÇCAN, s. 4296; AYBAY / HATEMİ, s. 261; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 809; ERMAN, s. 153; ESENER / GÜVEN, s. 385; SİRMEN, s. 522, 523. CANARSLAN, yüklü taşınmaz malikine tanınan yer değiştirme yetkisinin, irtifak hakkının yüklü taşınmaza en az zarar verecek şekilde kullanımına ilişkin genel kuralın özel bir görünümünü oluşturduğunu söylemektedir (CANARSLAN, s. 170). Aynı yönde bkz., BERTAN, s. 1302.

⁵⁸ Yer değiştirme talebinden önceden vazgeçmenin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. KÖPRÜLÜ / KANETİ, irtifak hakkının yerinin değiştirilmesi talebinden vazgeçilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre TMK m. 791 kamu yararını temel aldığı için emredici mahiyettedir ve taraflar sözleşme yapmak sureti ile aksini kararlaştıramaz (KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 59). ESENER / GÜVEN'e göre ise TMK m. 791 emredici mahiyette değildir ve yer değiştirme talebinden önceden vazgeçmek mümkündür (ESENER / GÜVEN, s. 365).

⁵⁹ SAYMEN / ELBİR, s. 594; AYAN, s. 59; GENÇCAN, s. 4296; AYBAY / HATEMİ, s. 261; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 810; ERMAN, s. 153; CANARSLAN, s. 176; ESENER / GÜVEN, s. 385; SİRMEN, s. 522, 523. Sicilde kısmi kullanım yönünde bir kayıt olmasa da fiili olarak bir kısmi kullanım söz konusu ise de madde uygulanır (CANARSLAN, s. 176, 177). GÜRSOY / EREN / CANSEL'e göre ise irtifak yerinin fiili kullanma ile belirtilmesi halinde, yüklü taşınmaz maliki izinsiz yer değişimi yapabilir (GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 855).

⁶⁰ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 87; AYAN, s. 59; GENÇCAN, s. 4296; AYBAY / HATEMİ, s. 261; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 810; ERMAN, s. 153; CANARSLAN, s. 176; ESENER / GÜVEN, s. 385; SİRMEN, s. 522, 523.

Üçüncü şart geçit yolunun yerinin değiştirilmesi, yararlanan taşınmazın geçitten yararlanmasını güçleştirmemelidir⁶². Burada menfaat dengesinin sağlanması gerekmektedir.

LAN, s. 178; **ESENER / GÜVEN**, s. 385; **SİRMEN**, s. 522, 523. Yüklü taşınmaz malikinin başlangıçta katlandığı ve önemsemediği hakkını sınırlayan bir hususun sonradan yararının bulunmadığı iddiası ile ileri sürülmesi ve bu nedenle değişiklik talebinde bulunulması halinde talep dürüstlük kuralına aykırı bir talep olacağından dolayı reddedilecektir (**CANARSLAN**, s. 178). Y.14.HD., 26.06.2007, E. 2007/6715, K. 2007/8327; "...Yalnızca yüklü taşınmaz malikine tanınan bu hakkın temelinde malikin mülkiyetini iktisadi amaca uygun olarak kullanmasının gereksiz sınırlamalara tabi tutulmamasını sağlamak ve kamu yararı düşünceleri yatmaktadır. Diğer yandan, yararına irtifak tesis edilen kişinin de irtifakın yerinin değiştirilmesini istemesi halinde bunda yararı var ise, yüklü taşınmaz malikinin buna karşı çıkmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği durumlarda kabul edilmektedir. Böylece, irtifak haklarının tesisinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ve buna bağlı olarak taraf yararlarının gözetilmesi temelinden hareketle değişen koşullara göre, irtifakların değiştirilemez, düzeltilemez ve mutlak nitelikte tesis edilmediği, irtifakın ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi yasal düzenlemeler, doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, Eysel Hukuku, İstanbul 2006, s. 634). Yüklü taşınmaz maliki bu hakkını kullanırken irtifak hakkının taşınmazın üzerinde başka bir yere taşınmasını istemekte, koşulların gerçekleşmesi halinde de mevcut irtifak hakkı sona ermekte ve yeniden değişikliğe uygun irtifak hakkı tesis edilmektedir..." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 26.03.2019).

⁶¹ Estetik faydaya CANARSLAN, bir göl kıyısında manzarası için satın alınan bir evin önünde, içinde bulunduğu site yararına kurulmuş ve geçit hakkını da kapsayan bir depolama alanı irtifakının, sonradan yeni kullanım alanları açılması ve yapılar eklenmesi sebebi ile evin görünüşünü bozduğu için yerinin değiştirilmesini örnek olarak göstermiştir (**CANARSLAN**, s. 178). Bkz., **KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 87; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 810; **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ**, s. 660.

⁶² **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1994, s. 38; **GENÇCAN**, s. 4296; **AYBAY / HATEMİ**, s. 261; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR**, s. 810; **ERMAN**, s. 153; **CANARSLAN**, s. 180; **ESENER / GÜVEN**, s. 385; **SİRMEN**, s. 522, 523. Burada, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ışığında menfaat ve zarar dengesi tespit edilmelidir. İrtifak hakkı sahibinin kişisel olan kaygıları bu kapsamda örneğin, daha fazla yol gitmesi gibi dikkate alınmamalıdır; Aynı görüşte bkz., **CANARSLAN**, s. 181; Y.14.HD., 03.07.2012, E. 2012/8180, K. 2012/9151; "...Geçit hakkı mülkiyet hakkını sınırlandıran bir irtifak hakkı olduğundan, geçit hakkı kurulurken davacının subjektif arzularına göre değil, objektif esaslara göre belirlenmeli ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gözden kaçırılmamalıdır. Geçit güzergâhının büyük bir kısmının davalıya ait 580 parsel sayılı taşınmazdan geçmesi davacının menfaatine daha uygun ise de, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine aykırıdır. Eldeki davada, davacının 614 parsel sayılı taşınmazın güneyinde bulunan 651 sayılı parselin de maliki olduğu dosya içindeki tapu kayıtlarından anlaşılmaktadır. Dosya kapsamına, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre davacıya ait 651 parsel sayılı taşınmazdan ve devamla 652 ve 580 sayılı parsellerin güney sınırını takip etmek suretiyle genel yola ulaşacak güzergâh fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine daha uygun olacağından teknik bilirkişiler aracılığı ile açıklanan bu seçenek incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemece, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmektedir..." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 26.03.2019).

Geçit yolunun değiştirilmesi ile ilgili yapılacak olan değerlendirmede, hem Türk Medeni Kanunu m. 786/2 göz önünde bulundurulmalı ve yararlanan taşınmaz malikinin hakkının kullanılması engellenmemeli yahut zorlaştırılmamalı hem de yüklü taşınmaz maliki geçit yolunun yerinin değiştirilmemesi sebebi ile büyük bir zarara uğramamalıdır.

Dördüncü şart ise, yüklü taşınmaz malikinin nakle ilişkin masrafları karşılamaıdır⁶³. Bu masraflar yalnızca fiili değişiklik ile ilgili değil, tapu sicilinde yapılacak olan değişiklikler için ödenecek olan harç ve masrafları ayrıca arazinin ölçümü gibi giderleri de kapsamaktadır⁶⁴.

Kanunun açık hükmü karşısında irtifak hakkının kurulduğu yerin değiştirilmesi talebi yüklü taşınmaz malikine aittir. Hâkim görüşe göre yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkının kurulmuş olduğu yerin değiştirilmesi talebinde bulunamaz⁶⁵. Ancak, yararlanan taşınmaz maliki de irtifak hakkının kurulmuş olduğu yerin değiştirilmesini yüklü taşınmaz malikinden talep edebilmelidir. Yararlanan taşınmaz malikinin talepte bulunabilmesi için irtifak hakkının kurulduğu yer, yararlanan taşınmaz malikine beklediği faydayı sağlamamalıdır. Beklenen fayda irtifak hakkının taşınmazın başka bir kısmında bulunması halinde sağlanmalıdır⁶⁶. Yüklü taşınmaz malikinin söz konusu talebi olumsuz

⁶³ GENÇCAN, s. 4296; AYBAY / HATEMİ, s. 261; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 811; ERMAN, s. 153; CANARSLAN, s. 182; ESENER / GÜVEN, s. 387; SİRMEN, s. 523. Burada tesislerin bakım giderine hem yararlanan hem de yüklü taşınmaz malikinin katlanmasına ilişkin TMK m. 790/2'nin kıyasen uygulanamayacağına ilişkin bkz., SAYMEN / ELBİR, s. 496.

⁶⁴ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 60; CANARSLAN, s. 182.

⁶⁵ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 61; AKİPEK / AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 660; AYBAY / HATEMİ, s. 260, 261; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 811; CANARSLAN, s. 173; SİRMEN, s. 523.

⁶⁶ Aynı görüşte bkz., ESENER / GÜVEN, s. 386. CANARSLAN, örneğin anayola çıkmak üzere bir geçit irtifakı kurulup, daha sonra geçitte erozyon sebebiyle bataklık oluşması durumunda, bu geçidin yerini değiştirmek isteyen hak sahibi, dürüstlük kuralına göre katlanamayacak hale gelmesi sebebiyle MK m. 791'e başvurması gerekmeksizin, MK m. 747'de kendisine tanınan "zorunlu geçit hakkını" kullanarak amacına çok daha kolay ve doğrudan ulaşabileceğini ve bu nedenle yer değiştirme talebinin sadece yüklü taşınmaz malikine tanınan bir yetki olduğu görüşündedir ve bu görüşü eleştirmiştir (CANARSLAN, s. 175). Ancak, hak sahibinin zorunlu geçit hakkını kullanarak amacına kolay ve doğrudan ulaşabilmesi mümkün ise de hak sahibine tanınan bu hakkın kullanılması zorunlu hale getirilmektedir. Hak, sahibinin istediği zamanda ve istediği durumda kullanabildiği durumlarda tam olarak bir haktır. Aksi takdirde bu hakkın kullanılması bir dayatmadan öteye gidemeyecektir. Bu nedenle verilen örnek üzerinden bir değerlendirme yapıldığında zorunlu geçit irtifakına ya da irtifakın yerinin değiştirilmesinde hak sahibine seçimsel bir hak tanınması gerektiği ifade edilebilir.

karşılması halinde tarafların zaten Türk Medeni Kanunu m. 785/2 hükmü gereğince terkin isteyebilme hakkı vardır.

Yüklü taşınmaz maliki, değiştirme talebini yararlanan taşınmaz malikine yöneltebilir ve tarafların anlaşması üzerine değiştirme işlemi yapılabilir⁶⁷. Yararlanan taşınmaz malikin talebe olumsuz cevap vermesi halinde yüklü taşınmaz maliki doğrudan dava yoluna da gidebilir⁶⁸. Öğretide, irtifak hakkının yerinin değiştirilmesi neticesinde yüklü taşınmaz malikin sağlayacağı fayda, yararlanan taşınmaz malikin değişikliğin neticesinde uğrayacağı zarara kıyasla önemsiz kalıyorsa; bu zararın giderilmesi şartı ile değişiklik talebinin kabul edileceği savunulmaktadır⁶⁹.

Öğretide, tartışılan bir diğer konu ise, irtifak hakkının ilişkin olduğu yerin yüklü taşınmaz dışında yüklü taşınmaz malikin başka bir taşınmazına nakledilip nakledilemeyeceği hususundadır⁷⁰. Bu hususta, irtifak hakkının kurulmuş olduğu yerin, taşınmaz malikin başka bir taşınmazına nakledilmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir. Çünkü, Türk Medeni Kanunu m. 791’de açıkça “taşınmazın başka bir yerine” ibaresi söz konusudur. Maddenin kapsamını bu şekilde genişletmek yerinde bir uygulama olmayacaktır. Kaldı ki irtifak hakkının başka bir taşınmaza nakli başlı başına yeni bir irtifak sözleşmesinin konusudur. Böyle bir naklin yapılabilmesi için mevcut irtifak sözleşmesinin sona erdi-

⁶⁷ CANARSLAN, s. 186; ESENER / GÜVEN, s. 386; SİRMEN, s. 522, 523.

⁶⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 811; ESENER / GÜVEN, s. 386. Uygulamada irtifak hakkı sahibini değişikliğe zorlamak amacı ile ifa davası açıldığına rastlanmaktadır. Bkz., GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 861; CANARSLAN, s. 186.

⁶⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 810; KOCABAŞ, s. 126; SİRMEN, s. 523. Bu değerlendirmenin ölçülülük ilkesi kapsamında yapılması gerektiğine ilişkin bkz., CANARSLAN, s. 180, 181.

⁷⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, TMK m. 791’in, irtifakın yüklü taşınmaz malikin menfaati göz önüne alınarak, ona en az zarar verecek biçimde kullanılması kuralının özel bir uygulama hali olduğu, TMK m. 791’in kıyasen uygulanarak irtifakın aynı malike ait bir diğer taşınmaza naklinin mümkün olduğu görüşündedir (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 812). Aynı görüşte bkz., KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 89; SURLU / ÖZTÜRK, s. 562, 569; SİRMEN, irtifakın aynı taşınmaz içinde yer değiştirmesinin zorunlu olmadığı ve irtifakın yükümlü taşınmaz malikin mülkiyetinde bulunan başka bir taşınmaza taşınabileceği görüşündedir (SİRMEN, s. 524). “İsviçre Federal Mahkemesi BGE 88 II 50, 18.05.1962 T. Lucerne Mahkemesi, 577 ve 579. Parsellere sahip olan La Societte Catholique de Lucerne’nin, 578. Parsel sahibinin lehine geçit irtifakının olduğu 579. Parselden, 577. Parselle aktararak irtifakın yerinin değiştirilmesi istemini reddetmiştir. Federal Mahkeme bu kararı bozarak, diğer şartların uygun olması halinde maliki aynı kişi olan bir başka taşınmaza irtifak hakkının aktarılabilmesine karar vermiştir.” (CANARSLAN, s. 186).

rilmesi ve başka bir taşınmazın üzerinde yeniden kurulması gerekmektedir⁷¹. Bu ise bir nakil değil, yeni bir irtifak sözleşmesidir.

İrtifak hakkının kurulmuş olduğu yerin irtifak sözleşmesinde ve tapu sicilinde gösterilmiş olması halinde irtifak hakkının yerinin değiştirilmesine ilişkin kararın sicile yansıtılması gerekmektedir⁷². Çünkü, yapılan tescilin amacı geçit irtifakının üçüncü kişiler açısından alenileşmesinin sağlanmasıdır.

Yüklü taşınmaz malikinin bir diğer yetkisi ise, terkin isteyebilmesidir. Türk Medeni Kanunu m. 785/1'e göre yararlanan taşınmaz açısından geçit irtifakının sağladığı hiçbir yarar kalmadı ise yüklü taşınmaz maliki geçit irtifakının terkinini isteyebilir.

c. Yüklü Taşınmazın Bölünmesi

Türk Medeni Kanunu m. 793'de yüklü taşınmazın bölünmesi düzenlenmiştir. Yüklü taşınmazın bölünmesi halinde kural, geçit irtifakının her parsel üzerinde devam etmesidir⁷³. Geçit irtifakında da irtifakın kurulduğu yüklü taşınmazın bölünmesi halinde Türk Medeni Kanunu m. 793/1'e göre irtifak hakkı her parsel üzerinde devam eder. Ancak, geçit irtifakı mahiyeti itibarıyla yüklü taşınmazın belirli bir kısmı üzerinde kurulmaktadır. Yüklü taşınmazın bölünmesi halinde geçit irtifakının ilişkili olduğu yerin dışında kalan kısımlar üzerinde geçit irtifakının devam etmesinde hukuki yarar mevcut değildir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu m. 793/2'ye göre geçit irtifakının kullanılmadığı parsel maliklerinden her biri kendi taşınmazı üzerindeki geçit irtifakının terkinini talep edebilir. Yararlanan taşınmazın bölünmesinde yapılmış olan açıklamalar, yüklü taşınmazın bölünmesi açısından da geçerlidir.

Yararlanan taşınmazın bölünmesinden farklı olarak yüklü taşınmazın bölünmesi halinde birden fazla malik söz konusu olabilir. Birden fazla malikin terkin talebinde bulunması halinde yararlanan taşınmaz malikinin bir ay içerisinde itiraz etmesi halinde birden fazla malikin tek bir dava açmasının mümkün

⁷¹ SAYMEN / ELBİR, s. 497; CANARSLAN, s. 186, 187; ESENER / GÜVEN, s. 385.

⁷² KOCABAŞ, s. 126; SAYMEN / ELBİR, s. 497; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 61; ESENER / GÜVEN, s. 387.

⁷³ AYİTER, s. 160; SAYMEN / ELBİR, s. 457; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 92; AYAN, s. 62; GENÇCAN, s. 4299; AYBAY / HATEMİ, s. 261; ESENER / GÜVEN, s. 389; SİRMEN, s. 524.

olduğu belirtilmelidir. Çünkü, birden fazla malik arasında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷⁴ m. 57'ye göre bir ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur.

IV. SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m. 838'de düzenleme altına alınan geçit irtifakı, iradi olarak kurulan geçit irtifakıdır. Türk Medeni Kanunu m. 838/3'de yapılan yollamanın kişisel irtifakların tümü açısından kabul etmenin isabetli olmadığı belirtilmelidir. Türk Medeni Kanunu m. 838/3'de yapılan yollama sadece diğer irtifak hakları açısından yapılmıştır ve taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler diğer irtifak haklarına da uygulanır.

Geçit irtifakında, yüklü taşınmaz ve yararlanan taşınmaz olmak üzere iki taşınmaz söz konusudur. Geçit irtifakının asli içeriği sadece olumsuz bir edim (*katlanma veya kaçınma*) olabilir. Olumlu bir edim geçit irtifakının asli edimi olarak kararlaştırılmaz. Ancak, olumlu edimin, yan edim olarak belirlenmesi mümkündür⁷⁵. Geçit irtifakının içeriğini taraflar serbestçe belirleyebilir. TMK m. 787/2'de kazanım sebebi ve kullanım biçimi arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurulmadığından dolayı; ihtilaf halinde geçit irtifakının içeriğini belirlemek için öncelikle tescili, tescilde bir açıklık bulunmaması halinde ise tercihe göre kazanım sebebini yahut kullanım biçimini esas almak gerekir.

İrtifak hakkı sahibinin hak ve yükümlülükleri, yükümlü taşınmaz malikinin hak ve yükümlülüklerinden farklıdır. Yararlanan taşınmaz malikine tanınmış temel hak, taşınmazı geçit yolu olarak kullanmaktır. Geçit yolunun yaptırılması ve buna ilişkin masraflar yararlanan taşınmaz malikine aittir. Ancak, kanun açık bir biçimde yasaklamadığı için sözleşme serbestisi kapsamında yüklü taşınmaz malikinin de geçit yolunu yaptırabilmesi mümkündür. Geçit irtifakı sahibi, taşınmazı geçit yolu olarak kullanma hakkının korunması ve kullanımı için gerekli olan önlemleri alabilir. Geçit irtifakının kullanılması için tesislerin yapılması halinde, masraflara yararlanan taşınmaz sahibi katlanır. Tesislerin mülkiyetinin kime ait olduğu ise tesisin, bütünleyici parça olup olmasına göre değişiklik gösterir. Tesis bütünleyici parça niteliğinde ise üzerinde bağımsız bir mülkiyet hakkı kurulamayacaktır. Tesisin bütünleyici parça olmaması halinde ise bağımsız mülkiyet hakkının kurulması mümkün olduğundan, tesisin mülkiyeti yararlanan taşınmaz malikine ait olacaktır.

⁷⁴ RG, 4.2.2011, S. 27836.

⁷⁵ ERTAŞ, s. 468.

Taraflar meydana gelen ihtiyaç değişiklikleri kapsamında kurulan irtifakın amacını değiştiremez ve bu suretle yüklü taşınmaz malikinin yükü ağırlaştırılamaz. Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde ise, kural olarak irtifak hakkı her parsel yararına devam edecektir. Geçit irtifakı bir parsel için kullanılabilir ise yüklü taşınmaz maliki geri kalan diğer parseller için irtifak hakkının terkinini isteyebilir.

Yüklü taşınmaz malikinin temel yükümlülüğü ise taşınmazın geçit yolu olarak kullanılmasına katlanmaktadır. Ayrıca, geçit irtifakında yer alan tesislerden yüklü taşınmazın da yararlanması halinde, yüklü taşınmaz maliki bakım giderine yararı oranında katılmakla yükümlüdür. Türk Medeni Kanunu m. 790/2'de bakım giderleri düzenleme altına alındığından dolayı, taraflar aksini kararlaştırmadıkça tesislerin bakımı yükümlülük kapsamında değildir. Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarında meydana gelen değişiklik sebebi ile yüklü taşınmaz malikinin irtifaktan doğan yükü ağırlaşıyor ise yüklü taşınmaz malikinin buna karşı koyma hakkı vardır.

Türk Medeni Kanunu m. 791/1'deki şartların sağlanması halinde yüklü taşınmaz maliki irtifakın taşınmazın başka bir yerine naklini isteyebilir. Ancak, şartların sağlanması halinde yararlanan taşınmaz malikinin de yüklü taşınmaz malikinden değiştirme talebinde bulunabileceği belirtilmelidir. Bu hak taşınmazın başka bir yerine nakli için geçerlidir. İrtifak hakkının kurulmuş olduğu yerin taşınmaz malikinin başka bir taşınmazına nakledilmesi, yeni bir irtifak sözleşmesinin konusudur. Bu nedenle de mümkün değildir.

KAYNAKÇA *

AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, II. Kitap Mülkiyet, Ankara 1971, (AKİPEK, Mülkiyet).

AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası 1972, (AKİPEK, Zilyetlik ve Tapu Sicili).

AKİPEK, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018.

* Aynı yazarın birden fazla eserinin ayırt edilebilmesi için kullanılan kısaltmalar, künye bilgisinin sonunda parantez içerisinde gösterilmiştir.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, (AYAN, Mülkiyet).

AYBAY, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.

AYİTER, Nuşin: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1987.

BERTAN, Suad: Ayni haklar, Medeni Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 2, Ankara, 1976.

BÜK, Alaattin: Zorunlu Geçit Davalarında Görev Sorunu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Serdar Özgüldür Armağanı, S. 7, Ankara 2016, s.267-286.

CANARSLAN, Gökçe: Eşyaya Bağlı İrtifak Haklarında İrtifakın Yerinin Değiştirilmesini Talep Hakkı, Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 154, 2015, s.167-192.

DEMİR, Mehmet: Zorunlu Geçit Hakkı Kurulmasının Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi Sorunu, AÜHFD, C. 52, S. 4, 2003, s.187-210.

DİNÇ, Mutlu / **PALA - KAYA**, Dilek: Türk Medeni Kanunu, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2013.

EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2006.

ESENER, Turhan / **GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.

GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 531 - 1030, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007.

GÖKTÜRK, Kürşat: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, s.631-662.

GÜNEŞ, Yusuf: Koruma İrtifakı Kavramı (ConservationEasement) ve Çevre Korumada Uygulanması, İÜHFİM, C. LX7/, S. 1-2, 2004, s.123-163.

GÜRSOY, Kemal Tahir / **EREN**, Fikret / **CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.

GÜRZÜMAR, Osman B.: Üst Hakkı, İstanbul 1998.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Medeni Hukuku Eşya Hukuku, C. II, Ankara 1977.

KILIÇ, Billur: Zorunlu Geçit Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 10.09.2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2015.

KOCABAŞ, Gediz: Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 10.09.2019.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / **ARPACI**, Abdulkadir / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2014.

KÖPRÜLÜ, Bülent / **KANETİ**, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 - 1983.

NOMER, Haluk Nami / **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2019.

OĞUZMAN, M. Kemal: Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İÜHFİM, C. XXXI, S. 1 - 4, 1965, s.209-219.

ÖĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, II, 12. Baskı, İstanbul, 2016.

ÖĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY - ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 16. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2013.

ÖZAKMAN, Cumhur: Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978.

ÖZSUNAY, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968.

ÖZSUNAY, Ergun: Rasyonel Yararlanma Kavramı Bir Taşınmazdan Yararlanma Biçiminin Değişmesi Halinde Geçit Zaruretinin Doğumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, s.653-672, (ÖZSUNAY, Geçit Zaruretinin Doğumu).

REIMER, Hans Michael: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II, 2. Auflage, Bern 2000.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.

SAYMEN, Ferit / ELBİR, Halit: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963.

SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.

SURLU, Handan / ÖZTÜRK, Gülay: Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003.

ŞAHİNİZ, Salih: Gayrimenkul Mülkiyetinin – Komşuluk Hukukuna İlişkin-Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s.633-690.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1994.

TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

TIRPAN, Sabri: Medeni Kanuna Göre Lüzumlu Geçit Hakkı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970.

ÜNAL, Mehmet: Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, (ÜNAL, Üst Hakkı).

ÜNAL, Mehmet: Şekli Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1994, (ÜNAL, Şekli Eşya Hukuku).

ÜNAL, Mehmet / **BAŞPINAR**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2008.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963.

VON Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku, Ankara, 1983.

**İSVİÇRE’DEKİ MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN REVİZYON
ÇALIŞMALARI VE TÜRK HUKUKUNA OLASI
YANSIMALARI**

*Revision Efforts on Inheritance Law in Switzerland and Possible Effects on
Turkish Law*

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR*

Özet

Miras hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler, düzenlemenin yapıldığı dönemdeki toplumun ihtiyaç ve beklentilerini karşılama amacını taşırlar. Toplumsal yaşamda zaman içinde meydana gelen değişiklikler, miras hukukuna ilişkin hükümlerin de toplumun ihtiyaç ve beklentilerine uygun hale getirilmesini zorunlu kılmaktadır. İsviçre’de aile bağlarının zayıflaması, boşanma oranlarının artması, aile yaşam formlarının daha çeşitli hale gelmesi ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletmeye yönelik eğilim yeni bir miras hukuku revizyonunu gündeme getirmiştir. 2010 yılında “Modern bir miras hukuku” adıyla başlatılan değişiklik önerilerinin yakın bir zaman içinde yasalaşması beklenmektedir. Söz konusu revizyon çalışmaları kapsamında hazırlanan tasarı, İsviçre miras hukuku sistemi bakımından köklü değişiklikleri içermektedir. İsviçre Medeni Kanunu’nun Türk miras hukuku sisteminin şekillenmesinde önemli bir yeri bulunmaktadır. Yapılacak değişikliklerin ülkemiz açısından, miras hukuku kurallarının uygulanmasında, mevcut yorum farklılıklarının giderilmesinde ve muhtemel kanun değişikliklerinin yapılmasında belirleyici bir rolü olacaktır.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (ORCID- ID: 0000-0002-2218-1397), e – posta: ahanar@gmail.com.

Makale Geliş Tarihi:05.08.2019

Makale Kabul Tarihi: 01.10.2019

Anahtar kelimeler: Yasal mirasçı, saklı pay, fiili hayat ortaklığı, katılma alacağı, tenkis.

Abstract

The legislation on inheritance law aims to meet the needs and expectations of society at the time of regulation. Changes in social life over time make it necessary to adapt the provisions of inheritance law to the needs and expectations of the society. The weakening of family ties in Switzerland, the increase in divorce rates, the diversification of family life forms, and the tendency to expand the heir's freedom of transaction have brought about a new revision of inheritance law. The amendment proposals initiated in 2010 under the name of "a modern law of inheritance" are expected to be enacted soon. The draft, which was prepared within the scope of the revision proposals, includes fundamental changes in the Swiss inheritance law system. The Swiss Civil Code has an important role in shaping the Turkish inheritance law system. The amendments will have a decisive role for our country in the implementation of the inheritance law rules, in the elimination of the existing interpretation differences and in making possible changes in the law.

Key words: Statutory heir, reserved portion, civil partnership, participation claim, reduction in inheritance law.

GİRİŞ

İsviçre miras hukukuna ilişkin hükümler, İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 457-640. maddeleri arasında düzenlenmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana, miras hukukuna ilişkin hükümler genel olarak değişikliğe uğramamıştır. Farklı tarihlerde yapılan bazı değişikliklerle evlilik dışı çocukların miras hakları evlilik içi çocuklarla eşitlenmiş, sağ kalan eşin mirasçılık durumu iyileştirilmiş ve kayıtlı hayat ortaklarının durumu dikkate alınmıştır. Bu değişikliklere rağmen, İsviçre miras hukukunun temel özelliklerinin yüz yıldan uzun süredir değişmeden kaldığı söylenebilir. Buna karşın, miras hukukuna ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde esas alınan İsviçre Medeni Kanunu'nun aile hukuku hükümleri 1970'lerden beri kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmiş ve temel esasları önemli ölçüde değiştirilmiştir.

Kanun'un yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen süre içinde miras hukukunun dayandığı sosyal ve ekonomik gerçekler önemli ölçüde değişmiştir. Bu süreç içerisinde özellikle, aile bağlarının zayıflaması, boşanma oranlarının artması, aile yaşam formlarının daha çeşitli hale gelmesi ve mirasbırakanın tasar-

ruf özgürlüğünü artırmaya yönelik eğilim kendini göstermiştir. Bu alanlardaki gelişmeler, kanunkoyucuyu miras hukuku hükümleri ve müesseselerini yeniden gözden geçirmeye sevk etmiştir.

Türk hukuk uygulaması bakımından, kanun değişikliklerinin yapılmasında ve mevcut yorum farklılıklarının giderilmesinde karşılaştırmalı hukuk ve özellikle de İsviçre hukuku belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu amaçla, çalışmamızda, İsviçre miras hukukunda yapılması planlanan değişikliklerden bazıları ana hatları ile incelenmiştir.

I. REVİZYON ÇALIŞMALARINA İLİŞKİN SÜRECİN GELİŞİMİ

İsviçre miras hukukunda yapılacak değişikliklere ilişkin süreç 17 Haziran 2010 tarihinde devlet konseyi üyesi Felix Gutzwiller'in sunduğu “*çağdaş bir miras yasası*” teklifi ile başlamıştır. Bu teklif üzerine, Federal Konsey 2011 yılında bazı değişikliklerle revizyon çalışmalarına başlanması yönünde karar aldı. Federal Adalet Ofisi, miras hukukundaki revizyon ihtiyacı ve revizyon kapsamında yer alacak konular hakkında rapor hazırlaması için üç uzman görevlendirdi. 2014 yılında Peter Breitschmid, Michelle Cottier ve Denis Piotet görüşlerini Federal Adalet Ofisi'ne sundular. 4 Mart 2016 tarihinde değişiklikleri içeren ön tasarı¹ açıklayıcı bir raporla² birlikte yayınlandı. Ön tasarıdaki yer alan konuların sayısının fazlalığını ve karmaşıklığını göz önünde bulunduran Federal Konsey (10.05.2017 tarihinde) revizyonun aşama aşama değerlendirilmesi yönünde karar aldı. Ön tasarı üzerinde yapılan değerlendirmeler sonucunda, 29 Ağustos 2018 tarihinde ön tasarıdaki değişiklik önerilerini de kısmen karşılayan daraltılmış bir tasarı³ ve tasarının açıklayıcı raporu⁴ yayınlandı⁵.

¹ Ön tasarı metni için bkz. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf>.

² Ön tasarı metni için bkz. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>.

³ Tasarı metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5905.pdf>.

⁴ Tasarının açıklayıcı rapor için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5813.pdf>.

⁵ Tasarı aşamasına kadar yapılan yorum ve eleştirileri içeren bazı çalışmalar için bkz. Thomas **Sutter-Somm**/Dario **Ammann**, Die Revision des Erbrechts, Schulthess Verlag, Zürich 2016; Paul **Eitel**, Für ein zeitgemässes Erbrecht – wie weiter?, Successio, Heft 1, 2016, s. 85-88; Paul **Eitel**, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht?, Successio, Heft 2, 2016, s. 183-185; Margareta **Baddeley**, De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016: aperçu sommaire de la proposition de réforme, FamPra.ch, Heft 3, 2016, s. 569-597; Felix **Horat**, Die Revision des Erbrechts/Motion Gutzwiller, Blätter für Agrarrecht (BIAR), Heft 3, 2017, s. 239-246; Alexandra **Jungo**, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, Successio, Heft 1, 2016, s. 5-26; Alexandra **Geiger**, Kurz und bündig: Ver-

II. REVİZYON ÇALIŞMALARI KAPSAMINDAKİ HÜKÜMLER

A. Yasal Mirasçılar ve Miras Payları

Revizyon çalışmaları kapsamında, mirasbırakanın ölümünden sonra terekesi üzerinde hak sahibi olacak yasal mirasçıların sayısında ve elde edecekleri miras paylarının belirlenmesinde bir değişiklik öngörülmemektedir⁶. Mevcut düzenlemede olduğu gibi, birinci, ikinci ve üçüncü zümre mirasçıları ile mirasbırakanın eşi veya kayıtlı hayat ortağı yasal mirasçı sıfatını korumaktadır (ZGB Art.457-465)⁷.

Bilindiği üzere, 18 Haziran 2004 tarihinde kabul edilen “Eşçinsel Çiftlerin Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Federal Kanun (*Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare*) 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte, İsviçre’de sağ kalan eşin yanı sıra Kanun kapsamında yer alan sağ kalan kayıtlı hayat ortağına da yasal miras hakkı tanınmıştır⁸. Kanun’un uygulama alanı, sadece tescil edilmiş eşçinsel hayat ortaklıklarına ilişkindir. Tescil edilmemiş eşçinsel hayat ortaklıkları Kanun’un kapsamı dışında kaldığı gibi, farklı cinsiyetten kişilerin evlilik dışı birliktelikleri de kapsam dışında kalmaktadırlar. Yasal mirasçılık bakımından, İsviçre’de özellikle tartışılan konu, tescil edilmemiş eşçinsel hayat ortaklarına ve farklı cinsiyetten kişilerin evlilik dışı birlikte yaşadığı kişiye (her iki durum fiili hayat ortağı olarak adlandırılmaktadır) de yasal mirasçı sıfatı tanınıp tanınmayacağıdır⁹. Fiili hayat ortaklarının durumunun iyileştirilmesi, hatta yasal mirasçı sıfatı tanınması revizyon çalışmalarının temel hedeflerden

nehmlassung des Vereins Successio zum Vorentwurf der Erbrechtsreform, Successio, Heft 4, 2016, s. 324-328; Daniela **Klöti**, Freiteil – eine filigrane Perfektionierung des Pflichtteilsrechts, successio, Heft 1, 2017, s. 92-103; Denis **Piotet**, Où porter le débat sur l’avant-projet de révision du droit des successions? Successio, Heft 4, 2016, s. 329-334

⁶ Felix **Horat**, Die Revision des Erbrechts/Motion Gutzwiller, Blätter für Agrarrecht (BIAR), Heft 3, 2017, s. 240-241.

⁷ **Horat**, s. 240-241.

⁸ Kanun hakkında geniş bilgi için bkz. Mustafa **Dural**, İsviçre’de Eşçinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8 (Özel Sayı), s. 927-936.

⁹ Açıklayıcı raporda fiili hayat ortaklığının manevi, fiziksel ve ekonomik bir karaktere sahip olduğu ve belirli bir zaman dilimi içinde tanımlanabilen özel bir ilişki olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, fiili hayat ortaklığı mirasbırakanla birlikte yaşamayan ancak onunla sevgi dostluk ilişkisi bulunan kişileri kapsamadığı gibi, manevi, fiziksel ve ekonomik bir ilgi olmadan onunla aynı evde yaşayan kişileri de kapsamamaktadır (Açıklayıcı rapor, s. 5888). Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE** 118 II 235 E. 3b (16.01.1992). Fiili hayat ortaklığı hakkında bkz. Evelyn **Gallmetzer**/Bettina **Spichiger**/Stephan **Wolf**, Die Lebensgemeinschaften in Italien und der Schweiz, AJP, Heft 5, 2018, s. 580-599.

birini oluşturmaktadır¹⁰. Doktrinde eşlerin ve kayıtlı hayat ortaklarının sahip olduğu miras hukukundan kaynaklanan haklara fiili hayat ortaklarının da sahip olması gerektiği savunulmaktadır¹¹. Bu düşüncede olanlar, görüşlerini iki temel gerekçeye dayandırmaktadırlar. İlk gerekçe, belirli bir süre devam eden fiili ortaklıkta, ortaklar birbirlerini maddi ve manevi olarak destekliyorsa eşler ve kayıtlı ortaklar gibi benzer hak ve yükümlülüklerle sahip olmalıdır. Bu nedenle, fiili hayat ortaklarının eşler ve kayıtlı hayat ortaklarıyla eşit muamele görmesi gerekmektedir. İkinci gerekçe, fiili hayat ortağının çocuklara ve aile üyelerine bakması halinde sağladığı bu hizmetler için elde edeceği tazminatın ancak bir yasal miras hakkı ile sağlanabileceğidir. Fiili hayat ortaklarına yasal miras hakkı tanınmasına karşı gelenler ise, fiili ortakların hayat ortağı ile evlenmemeyi veya kayıtlı bir ortaklığa sahip olmamayı isteyerek seçtiğini, eşit muamele yapmanın onların iradelerine aykırı olacağını düşünmektedirler. Ayrıca yasal miras hakkının tanınacağı fiili hayat ortaklıklarının genel - soyut bir tanımının yapılmasının zor olduğunu da savunmaktadırlar¹².

Yasal mirasçılarının çevresinin belirlenmesine ilişkin değerlendirmeler sonucunda fiili hayat ortaklarına yasal mirasçı sıfatı tanınmamıştır. Fiili hayat ortağına yasal mirasçı sıfatı tanınmamakla birlikte, terekeden belirli şartlarla yararlanmasının önü açılmıştır¹³. Ön tasarıda fiili hayat ortağının mirasbırakanın terekесinden yararlanmasının “*bakım mirası*” yoluyla sağlanması yönünde görüş ortaya konulmuştur. Tasarıda ise, ön tasarıdaki “*bakım mirası*” yerine “*destek talebi*” müessesesi oluşturulmuş ve fiili hayat ortaklarının destek talebinin şartlarının oluşması durumunda terekeden yararlanmalarına imkân tanınmıştır¹⁴.

¹⁰ Roland **Fankhauser**/Alexandra **Jungo**, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick, recht, Heft 1, 2019, s. 9.

¹¹ Margareta **Baddeley**, La réserve héréditaire: quo vadis?, successio Heft 4, 2014, s. 284-286. “Çocuksuz ortaklar ve münhasıran ortak çocuklara sahip yaşam partnerleri için yasal bir miras hakkı (saklı paylar olmaksızın) getirilmelidir” (**Jungo**, Faktische Lebenspartner, s. 26).

¹² Geniş bilgi için bkz. Cordula **Lötscher**, (K)ein gesetzliches Erbrecht für faktische Lebenspartner?, successio, Heft 2, 2018, s. 195-209; Stephan **Wolf**, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV Heft 5, 2007, s. 310-311.

¹³ Paul **Eitel**, Was ist zeitgemässes Intestaterbrecht?, Successio, Heft 3, 2017, s. 264.

¹⁴ Daniel A. **Wyss**, Eugen Huber und die Erbrechtsrevision, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV), Heft 12, 2018, s. 840.

Söz konusu düzenlemenin mevcut hali ile yasalaşması durumunda, fiili hayat ortakları mirasçı sıfatına sahip olmayacak, yasal mirasçıların sayısında ve elde edecekleri pay oranlarında bir değişiklik meydana gelmeyecektir¹⁵.

B. Saklı Paylı Mirasçılar ve Saklı Pay Oranları

1. Mevcut Düzenleme ve Değişiklikler

Mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sınırını oluşturan ve bu sınırın aşılmasına karşı özel olarak korunan miras paylarına “*saklı pay*”, kendisine saklı pay tanınan mirasçılara da “*saklı paylı mirasçı*” denilmektedir¹⁶. İsviçre hukukunda saklı paylı mirasçıların kimler olduğu ZGB Art.470’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, mirasbırakanın altsoyu, ana - babası, eşi ve kayıtlı hayat ortağı saklı paya sahiptir. Saklı paya sahip olan mirasçıların saklı pay oranları ise, altsoyun saklı payı yasal miras payının dörtte üçü, ana - babanın, sağ kalan eşin ve kayıtlı hayat ortağının saklı payı ise yasal miras paylarının yarısıdır (ZGB Art. 471).

İsviçre hukukunda mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf serbestisinin artırılmasına yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Bu husus revizyon çalışmalarının esas noktalarından birini oluşturmaktadır¹⁷. Doktrinde, tasarruf serbestisinin nasıl artırılacağına ilişkin değişik alternatifler ortaya konulmakla birlikte, saklı paylı mirasçıların sayısının ve saklı pay oranlarının azaltılması yöntemi benimsenmiştir¹⁸. Revizyon çalışmaları kapsamında hazırlanan ön tasarıya göre,

¹⁵ Klöti, Pflichtteilsrechts, s. 95; Wyss, s. 840. Bu durum, fiili hayat ortaklarının ancak mirasbırakan isterse terekeden yararlanabilmesi anlamına gelir. Saklı payların azaltılması ile mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü daha büyük olacaktır. Sonuç olarak, mirasbırakan fiili hayat ortağına terekeden daha fazla yararlanma imkânı sağlayabilir. Bkz. Açıklayıcı rapor, s. 5831; Wyss, s. 841.

¹⁶ Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13 Auflage, Schulthess, Zürich 2010, s. 648-649; Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1978, s. 351; Mehmet Ayan, Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, Y. 2002, s. 8; O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 277; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Miras Hukuku, İzmir 2012, s. 297; Cem Baygın, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005, s. 154; Zahit İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, 3. Baskı, 1995, s. 231; Aydın Aybay, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, s. 60; Hasan Pe-tek, Saklı Pay Kurallarının Mirasın Paylaştırılmasında Uygulanması, İBD, C. 85, S. 4, Y. 2011, s. 60.

¹⁷ Açıklayıcı rapor, s. 5814.

¹⁸ Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılmasına ilişkin alternatifler hakkında bkz. Rona Serozan, Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etki-

mirasbırakanın altsoyu, eşi ve kayıtlı hayat ortağı saklı paylı mirasçı sıfatını korurken, ana – babanın saklı paylı mirasçı sıfatına son verilmektedir¹⁹. Ön tasarıya göre, yasal mirasçı sıfatına sahip olan ana – babanın saklı payı bulunmamaktadır. Ön tasarıda saklı paylı mirasçı sayısı azaltıldığı gibi, saklı paylı mirasçı sıfatını koruyan mirasçıların saklı pay oranları da esaslı bir şekilde azaltılmıştır. Bu kapsamda, mirasçıların saklı pay oranlarını düzenleyen ZGB Art.471'de değişiklik yapılması düşünülmektedir. Söz konusu değişiklikle, altsoyun saklı payı yasal miras payının 3/4'ünden 1/2'sine, eşin veya kayıtlı hayat ortağının saklı payı ise yasal miras payının 1/2'sinden 1/4'üne indirilmektedir²⁰.

Tasarıda da, ön tasarıda olduğu gibi ZGB. Art.470 Abs.1'de değişiklik yapılarak saklı paylı mirasçıların sayısının azaltılmasına ve ana - babanın saklı payının kaldırılmasına yönelik görüş benimsenmiştir²¹. Bu konuda ön tasarı ile tasarı arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak tasarıdaki saklı pay oranları, ön tasarıdaki düzenlemeden farklılık arz etmektedir. Tasarıda, her bir saklı paylı mirasçı bakımından ayrı ayrı belirlenen saklı pay oranları terk edilmektedir. Tasarıya göre, saklı paylı mirasçıların saklı payları yasal miras paylarının yarısıdır (eZGB²² Art.471). Tasarıda, eşlerin ve kayıtlı hayat ortaklarının saklı paylarının mevcut yasal düzenlemeyle aynı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla saklı payların yeniden belirlenmesine ilişkin düzenleme eşler ve kayıtlı ortaklar bakımından bir değişiklik ortaya çıkarmayacaktır²³. Alt soyun saklı payı ise ön

leri, IÜHF C. LXXIII, S. 1, Y. 2015, s. 537-539. Tasarıda saklı paylı mirasçı sayısının ve saklı pay oranlarının azaltılmasına yönelik eleştiriler için bkz. **Klöti**, Pflichtteilsrechts, s. 92-103.

¹⁹ **Horat**, s. 241.

²⁰ **Horat**, s. 241.

²¹ Paul **Eitel**, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem (vor allem politisch) zeitgemässen Erbrecht (?): Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, Successio, Heft 4, 2018, s. 339; **Wyss**, s. 835. Açıklayıcı raporda ana - babanın saklı payının kaldırılmasının gerekçesi şöyle açıklanmaktadır: “Ana babaya saklı pay tanınması aile ve kuşaklar arasındaki dayanışma fikrine dayanmaktadır. Bu dayanışma son yıllarda önemli ölçüde azalmıştır. Ana babanın saklı payının kaldırılmasıyla, mirasbırakan daha geniş bir tasarruf serbestisine sahip olacak ve terkesi üzerinde fiili hayat ortağı lehine daha fazla hak sağlayabilecektir. Birçok durumda, ölen kişinin fiili hayat ortağı, ana babaya göre ölen kişiye daha yakındır. Bu nedenle, İsviçre birçok yabancı sistemde olduğu gibi ana babanın saklı paya sahip olmadığı uluslararası bir eğilimi takip etmektedir (Açıklayıcı rapor, s. 5831-5832).

²² İsviçre Medeni Kanunu'nda değişiklik öngören tasarıya yapılan göndermelerin kısaltılması “eZGB” şeklinde belirtilmiştir.

²³ Barbara **Haidmayer**, Die Revision des Erbrechts, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Heft 12, 2018, s. 1546; **Wyss**, s. 835; **Eitel**, Entwurf 2018, s. 340.

tasarıda olduğu gibi, onların yasal miras payının yarısıdır. Böylece, alt soyun saklı payı yasal miras payının 3/4'ünden 1/2'sine indirilmektedir.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Ön tasarı ve tasarı birlikte değerlendirildiğinde, ana - babanın saklı paylı mirasçı sıfatı sonlandırılmış ve altsoyun saklı payı ise yasal miras payının yarısına indirilmiştir. Saklı paylı mirasçıları ve saklı pay oranlarını düzenleyen ZGB Art.470 ve 471'de yapılacak değişikliklerle mirasbırakana daha geniş bir tasarruf özgürlüğü alanı sağlanmış olacaktır. Esasen bu durum, günümüzde mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi yönündeki eğilime de uygun düşmektedir²⁴. Türk-İsviçre miras hukukunda mirasbırakanın ve mirasçıların menfaatlerini dengeleyen karma sistem kabul edilmektedir²⁵. Ancak bu sisteme yasal mirasçılığın mı yoksa tasarruf özgürlüğünün mü hâkim olduğu tartışmalıdır. Yapılması planlanan bu değişikliklerle, İsviçre'de mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırları olabildiğince genişletilmekte ve karma sistemde tasarruf özgürlüğünün asıl olduğu yönündeki görüş benimsenmektedir²⁶.

Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi ve saklı payların azaltılması yöndeki eğilimin etkisi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da açıkça görülmektedir. Zira 743 sayılı Kanun'a nazaran saklı paylı mirasçıların

²⁴ **Haidmayer**, s. 1545. Düzenlemenin getirdiği büyük tasarruf serbestisi sayesinde mirasbırakan fiili hayat ortaklarını daha güçlü bir şekilde destekleyebilir (**Wyss**, s. 835-836).

²⁵ **Weimar**, BernerKomm., Art. 470, N. 1; Tahir **Çağa**, Türk – İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, İstanbul 1950, s. 64; Ahmet **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 11; Yaşar **Karayalçın**, “16.3.1990 Tarih ve K. 1990/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı” “Saklı Payı İhlal Edilmemiş Mirasçı Nedeniyle Dava Açabilir” Görüşü ve Diğer Problemler, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 214; Hakan **Albaş**, Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i, MÜHF-HAD, Y. 2012, C. 18, S. 3, s. 144; Mehmet Serkan **Ergüne**, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011, s. 16; K. Nuri **Turanboy**, Miras Bırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, Ankara 2010, s. 45; Kürşat **Yağcı**, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, İstanbul 2013, s. 15. Karma sistem, mutlak tasarruf serbestisi ilkesinin esas alındığı “*iradi mirasçılık*” ile mutlak bağlılık ilkesinin esas alındığı “*yasal mirasçılık*” kavramlarına birlikte yer vermektedir. Yasal mirasçılık ve tasarruf özgürlüğü arasındaki dengeyi sağlamak için ise, kural olarak, mirasbırakan tarafından ortadan kaldırılamayan “*saklı pay*”lar öngörülmüştür. Kanunun sistemine göre, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmekte, ancak tasarruf özgürlüğü saklı paylı mirasçıların saklı payları toplamı ile sınırlanmaktadır.

²⁶ Kanun'da yapılması planlanan diğer değişiklik önerilerinden, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin bazı durumlarda saklı payını talep edememesi, mirasbırakanın iradesinden bağımsız olarak terekede hak sahibi olanların terekeden elde ettikleri değerlerin tenkise tabi tutulması ve sıra itibarıyla öncelikle tenkis edilmesi de tasarruf özgürlüğünün asıl olduğu yönündeki görüşün benimsendiğini desteklemektedir.

saklı pay oranları esaslı bir şekilde azaltılmıştır²⁷. Aynı şekilde 2007 yılında kardeşlerin saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmasıyla mirasbırakana daha geniş bir tasarruf özgürlüğü alanı sağlanmıştır²⁸. İsviçre miras hukukunda yapılması planlanan değişikliklerle ana babanın saklı paylı mirasçı sıfatına son verilmektedir. Bu düzenlemenin, yakın bir zaman içinde olmasa da, Türk miras hukukunu da etkileyeceği kuşkusuzdur. Zira İsviçre hukukundaki zümre sayılarının azaltılması ve kardeşlerin saklı paylarının kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler belirli bir süre sonra Türk hukuku bakımından da benimsenmiştir. Esasen bu durum miras hakkına ve saklı paya yönelik bakış açısının tarihsel değişiminden kaynaklanmaktadır. Mirasbırakanın belirli nitelikteki yakınlarına, miras hakkı ve saklı pay tanınmasının temelinde yatan düşüncelerin zaman içinde öneminin azalması bu sonucu beraberinde getirmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk toplumunda aileye verilen değer önemi koruduğu ve geçmiş dönemlerdeki kadar olmasa da aile bağlarının kuvvetli olduğu bilinmektedir. Bu sebeple, ana babanın saklı payının kaldırılmasına yönelik bir düzenleme Türk hukuku bakımından yerinde olmayacaktır.

C. Fiili Hayat Ortakları İçin Bakım Mirası/Destek Talebi

Fiili hayat ortaklarına yasal mirasçı sıfatı tanınması, revizyon çalışmaları sırasındaki eleştiriler sonucunda sosyo-politik sebeplerle kabul görmemiştir. Bununla birlikte, sağ kalan fiili hayat ortağının ölen ortağın terekesi üzerinde yasal mirasçı sıfatı bulunmaksızın hak sahibi olması düşüncesi kabul görmüştür²⁹. Ancak, iki kişinin fiili ortak olarak birlikte yaşaması mirasbırakan sıfatına sahip olan ortağın ölmesinden sonra hak iddia etmesi için tek başına yeterli olmayacaktır. Birlikte yaşama olgusunun yanı sıra, bazı koşulların da birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Ön tasarıda fiili hayat ortağının mirasbırakanın terekesinden yararlanmasının “bakım mirası” yoluyla sağlanması yönünde görüş ortaya konulmuştur. Tasarıda ise, ön tasarıdaki “bakım mirası” yerine, “destek talebi” müessesesi oluşturulmuş ve fiili hayat ortaklarına destek talebinin şartlarının oluşması durumunda terekeden yararlanma imkânı tanınmıştır. Des-

²⁷ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 453. maddesine göre, altsoyun saklı payı yasal miras payının dörtte üçü, ana – babanın saklı payı yasal miras paylarının yarısı, kardeşlerin saklı payı yasal miras paylarının dörtte biri ve sağ kalan eşin saklı payı ise altsoy ile birlikte mirasçı olması durumunda yasal miras payının tamamı, diğer hallerde yasal miras payının yarısıdır.

²⁸ Kardeşlerin saklı paylı mirasçı sıfatına 04.05.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile son verilmiştir (RG. S. 26518, T. 10.05.2007).

²⁹ Horat, s. 241.

tek talebine ilişkin düzenlemenin gelişim sürecinin değerlendirilebilmesi için, aşağıda ön tasarıdaki bakım mirası hakkında kısaca bilgilendirme yapıldıktan sonra destek talebi ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

1. Ön Tasarıdaki Bakım Mirası

Ön tasarıda yer alan ve İsviçre Medeni Kanunu'na eklenmesi öngörülen 484a maddesine göre, yasal mirasçı sıfatı bulunmayan fiili hayat ortaklarının belirli şartlarla “*bakım mirası*” adı altında terekede hak iddia etmeleri mümkün olacaktır. Ön tasarı hükmüne göre, bakım mirası talep edilebilmesi için, fiili ortaklığın en az üç yıl sürmüş olması ve fiili ortağın mirasbırakan lehine önemli hizmetlerde bulunmuş olması gerekir (ön tasarı ZGB Art.484a/Abs 1).

Ön tasarıya göre, fiili hayat ortakları dışındaki kişilerin de bakım mirası talebinde bulunabilmesi mümkündür. Ön tasarıdaki söz konusu hükmün düzenleme amacı, özellikle mirasbırakanın üvey çocuklarının da mirastan yararlanmasını sağlamaktır³⁰. Hükmün düzenleme amacı üvey çocuklara ilişkin olmakla birlikte, hükümde bir sınırlama olmadığı için zümre sisteminin ilkeleri gereği somut olayda mirasçı sıfatı kazanamayan mirasbırakanın torunlarının da bakım mirası talebinde bulunması mümkündür³¹. Bu kişilerin bakım mirasını talep edebilmesi için öngörülen koşullar ise aynı maddenin birinci fıkrasının ikinci bendinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, bu kişilerin ergin olmadan önce en az beş yıl boyunca mirasbırakanla birlikte aynı evde yaşamaları, ölmeye önce mirasbırakandan maddi destek almaları ve ölmeyince bu maddi desteğin devam edecek olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir (ön tasarı ZGB Art.484a/Abs 1).

Bakım mirası, yasal mirasçıların haklarının aksine mirasbırakanın ölümü ve öngörülen şartların oluşmasıyla kendiliğinden ortaya çıkmamaktadır. Bakım mirasına hükmedilmesi için, hak sahiplerinin hâkimden bu yönde bir talepte bulunmaları gerekmektedir (ön tasarı ZGB Art.484a/Abs 3)³². Öngörülen düzenlemede belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, hâkimin bakım mirasına karar verebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla hâkime, bakım mirasına hükmedip etmeme ve miktarını belirleme konusunda bir takdir yetkisi verilmiş-

³⁰ **Baddeley**, Réforme, s. 574; **Horat**, s. 241; **Wyss**, s. 844; **Haidmayer**, s. 1550; **Lötscher**, s. 197.

³¹ **Lötscher**, s. 197; **Baddeley**, Réforme, s. 574.

³² **Horat**, s. 242; **Wyss**, s. 844. Bakım mirası, miras hukukundan doğan yasal bir talep hakkıdır. Mirasbırakanın iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır (**Baddeley**, Réforme, s. 574).

tir³³. Hâkim bu konularda takdir yetkisini kullanırken, özellikle mirasçılarının ekonomik durumlarını ve mirasın miktar itibarıyla büyüklüğünü dikkate alacaktır (ön tasarı ZGB Art.484a/Abs 2). Ayrıca bakım mirası fiili hayat ortağı lehine hükmedilecekse miktarının belirlenmesinde, fiili hayat ortağının mirasbırakan lehine sunduğu hizmetin/katkının önem derecesi de göz önünde bulundurulacaktır. Dikkate alınacak kriterler çerçevesinde, hâkim mirasçılar için makul olarak değerlendirilecek bir bakım mirasına hükmedecektir³⁴. Hâkimin takdir edeceği miktarın üst sınırını, talepte bulunan kişilerin mirasbırakanın ölümünden önceki yaşam standardı oluşturacaktır³⁵.

Bakım mirası talebinde bulunabilmek için açılacak davanın tabii olduğu süreye de düzenlemede yer verilmiştir. Talep hakkına sahip olanlar, bakım mirasını mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri tarihten itibaren üç ay içinde ileri sürebileceklerdir (ön tasarı ZGB Art.484a/Abs 3).

2. Tasarıdaki Destek Talebi

Fiili hayat ortakları ve üvey çocuklar için ön tasarıda yer verilen “*bakım mirası*” doktrinde farklı açılardan ağır eleştirilere maruz kalmıştır³⁶. Eleştirilerin temelinde, uygulamanın karmaşık olması ve dava sayılarında çok fazla artışa yol açacağı düşüncesi yer almaktadır³⁷. Bu eleştiriler dolayısıyla, tasarıda bakım mirasına yer verilmemiştir. Bakım mirasına yönelik eleştiriler ve uzmanların da görüşleri dikkate alınarak tasarıda yeni bir müessese önerilmiştir. Bu yeni müesseseye, tasarıda “*destek talebi*” adı verilmiştir. Bu müesseseye göre, fiili hayat ortağı (aynı ya da farklı cinsten) belli koşullar altında mirasbırakanın terekesinden kendisine destek talebi adı altında bir hak sağlanmasını talep edebilmektedir³⁸. Destek talebinden doğan borç, tereke için yeni bir yükümlülük oluştur-

³³ Horat, s. 242. Lötcher, s. 197.

³⁴ Lötcher, s. 197. Hâkim bakım mirasının toptan sermaye şeklinde ödenmesine karar verebileceği gibi, aylık veya yıllık belirli bir miktar şeklinde ödenmesine de karar verebilir. Bkz. Baddeley, Réforme, s. 574.

³⁵ Horat, s. 242.

³⁶ Eleştiriler için bkz. Baddeley, Réforme, s. 575-576; Fankhauser/Jungo, s. 10; Geiger, s. 326; Stephan Wolf, Sibylle Hofer, Stephanie Hrubesch-Millauer, Regina Aebi-Müller, Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorentwurf des EJPD, AJP Hrft 2, 2016, s. 1423-1425; “Bakım mirası, aynı hükümde üç farklı durumu düzenlemeye çalışmakta ve yetersiz kalmaktadır” (Lötcher, s. 198 vd).

³⁷ Haidmayer, s. 1550.

³⁸ Tasarıda, “destek talebi”nde bulunabilecek kişiler arasında üvey çocuklara yer verilmemiştir (Wyss, s. 844).

maktadır. Mirasçılar bu borçtan diğer tereke borçları gibi, şahsen ve müteselsil olarak sorumludurlar. Dolayısıyla, bu borç da terekenin hesaplanmasında terekeden indirilecek değerler arasında yer almaktadır (eZGB Art.474/Abs.2). Bu nedenle, saklı paya sahip mirasçıların saklı pay miktarları da destek talebinden doğan borç indirildikten sonra hesaplanmaktadır. Destek talebinin mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile engellenmesi de mümkün değildir³⁹.

Destek talebi, eZGB Art.606a-606d arasında düzenlenmiştir. Bakım mirasında olduğu gibi, destek talebinde bulunabilmek için de bazı koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Fiil hayat ortağının destek talebinde bulunabilmesi için, mirasbırakanla en az beş yıl süreyle⁴⁰ fiili ortaklık içinde birlikte yaşaması ve mirasbırakanın ölümü dolayısıyla geçimini sağlamakta sıkıntıya düşmesi gerekmektedir (eZGB Art.606a/Abs.1). Söz konusu şartlar birlikte gerçekleşirse, fiili hayat ortağı destek talebinde bulunabilir⁴¹. Ön tasarıda öngörülen bakım mirasından farklı olarak, destek talebinde bulunabilmek için fiili hayat ortağının mirasbırakanın çıkarına özel bir katkı/hizmet yapması aranmaktadır⁴².

Destek tutarı, sermaye şeklinde değil, irad olarak ödenecektir (eZGB Art.606a/Abs.2). Ödenecek iradların toplam tutarı iki bakımdan sınırlanmıştır. Toplam tutar, fiili hayat ortağının 100 yaşına kadar alacağı sosyal yardım aylıklarının toplamını veya mirasbırakanın ölümü anındaki net terekesinin dörtte birini aşmamaktadır (eZGB Art.606a/Abs.2)⁴³. Sağ kalan fiili hayat ortağının geçimini karşılayacak miktarın, net terekenin dörtte birinden daha az olması durumunda, destek talebi fiili hayat ortağının geçimini sağlayacak miktarla sınırlıdır. Diğer taraftan, geçimini sağlayacak miktarın net terekenin dörtte birin-

³⁹ Bununla birlikte, hayat ortakları bakım mirası/destek talebinin kendileri bakımından uygulanmaması konusunda anlaşma yapmışlarsa, destek tazminatına karar verilmemelidir (Lötsher, s. 199).

⁴⁰ Bakım mirası için ön tasarıda belirlenen üç yıllık süre, tasarıda beş yıla çıkarılmıştır. Açıklayıcı raporda, destek taleplerinin olabildiğince azaltılması ve mirasçıların haklarına fazla müdahale edilmek istenmemesi sürenin artırılmasına gerekçe olarak gösterilmiştir (Açıklayıcı rapor, s. 5888).

⁴¹ Fankhauser/Jungo, s. 10.

⁴² Açıklayıcı rapor, s. 5887.

⁴³ Destek talebinin toplam miktarının mirasın net değerinin dörtte birini aşmaması, yasal mirasçıların haklarına aşırı derecede müdahale edilmesini önlemek için bir üst sınır oluşturur (Açıklayıcı rapor, s. 5890).

den daha yüksek olması durumunda, destek talebi, net terekenin dörtte biri ile sınırlı kalmaktadır⁴⁴.

Aylık bakım desteğinin ödenmesi için mirasçılar yeterli güvence göstermek zorundadır (eZGB Art.606a/Abs.3). Taraflar güvencenin türünü (aynı veya şahsi) serbestçe kararlaştırabilirler. Güvencenin türü üzerinde anlaşamazlarsa, mahkeme güvencenin türünü belirler⁴⁵.

Destek talebi, aile hukukunda ZGB Art.328'te düzenlenen yardım nafakası ile de örtüştüğü için, bu iki talep arasındaki öncelik ilişkisi de tasarıda düzenlenmiştir. Tasarıya göre, destek talebi, yardım nafakasından önce gelmektedir (eZGB Art.606a/Abs.4). Dolayısıyla, fiili hayat ortağı öncelikle destek talebinde bulunacak, buna rağmen yoksulluktan kurtulamazsa ilgililerden yardım nafakası talep edebilecektir.

Destek talebi, mirasbırakanın terekesini ve mirasın paylaşılmasını önemli ölçüde etkilemektedir. Bu sebeple, fiili hayat ortağının destek talebinde bulunup bulunmayacağına kısa bir süre içinde belirlenmesi gerekir⁴⁶. Fiili hayat ortağı, talep ettiği meblağı veya mirasçıların isimlerini detaylı olarak belirtmek zorunda kalmaksızın mirasbırakanın ölümünden sonraki üç ay için yetkili makamlara yazılı olarak başvurmalıdır (eZGB Art.606b/Abs.1)⁴⁷. Başvuru için öngörülen süre, hak düşürücü niteliktedir. Destek talebi için yazılı olarak başvuru yapılmış ancak destek miktarı hakkında mirasçılarla anlaşmaya varılamamışsa, destek miktarının belirlenmesi için fiili hayat ortağının mirasbırakanın ölümünden itibaren bir yıl içinde dava açması gerekmektedir (ZGB Art.606b/Abs.2). Fiili

⁴⁴ Açıklayıcı rapor, s. 5890. Örneğin, 4.000.000 Frank net terekesi bulunan mirasbırakanın fiili hayat ortağı ölümünde 70 yaşındadır. Aylık geçim gideri 2.700 Frank, aylık düzenli geliri ise 1.300 Franktır. Buna göre, gelir ve gideri arasındaki fark 1.400 Frank, en fazla 100 yaşına kadar ödeme yapılacağı için ödeme süresi 30 yıldır. Bu süre boyunca yapılacak ödeme toplamı $1.400 \text{ Frank} \times (12 \text{ ay} \times 30) = 504.000 \text{ Franktır}$. Toplam miktar mirasbırakanın net terekesinin dörtte birinden (1.000.000 Franktan) düşük olduğu için sağ kalan fiili hayat ortağına tam olarak ödenir. Aynı örnekte mirasbırakanın net terekesinin 800.000 frank olduğu varsayılırsa, net terekenin dörtte biri 200.000 Frank olacağı için ödenecek destek miktarı en fazla 200.000 Frank olacaktır. 504.000 Frankın tamamının ödenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, fiili hayat ortağına yaklaşık 12 yıl destek ödemesi yapılacaktır (Açıklayıcı rapor, s. 5866-5867).

⁴⁵ Açıklayıcı rapor, s. 5890. Destek talebine ilişkin mirasçılar tarafından sağlanacak güvencenin türü ve içeriği belirtilmemiştir. Hükümdeki güvence kavramının içeriğini ve türünü Medeni Kanun'un diğer hükümlerinde olduğu gibi hâkim belirleyecektir. Örneğin, gaibin mirasının mirasçılara teslimindeki güvence gösterme yükümlülüğünde olduğu gibi.

⁴⁶ Açıklayıcı rapor, s. 5892; **Haidmayer**, s. 1552.

⁴⁷ Açıklayıcı rapor, s. 5892.

hayat ortağı, yazılı beyanda bulunmak yerine üç aylık süre içinde destek talebi için doğrudan dava açma hakkına da sahiptir⁴⁸. Destek talebi sonucunda ödenecek miktardan mirasçılarının müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sebeple, davanın bir veya birkaç mirasçıya karşı açılması mümkündür⁴⁹.

Mahkeme başvuru üzerine, destek talebinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, aylık ödenecek destek miktarını, toplam azami destek miktarını ve mirasçılarının sağlayacakları güvenceyi belirler (eZGB Art.606c). Destek talebinin miktarının belirlenebilmesi için, öncelikle, talepte bulunan fiili hayat ortağının aylık ihtiyaçlarını karşılaması için gerekli tutarın hesaplanması ve destek süresinin belirlenmesi gerekir. Destek miktarının ve süresinin belirlenmesinde, özellikle fiili hayat ortağının yaşı, gelirleri veya malvarlığı, iş bulma olasılığı, yaşlılık ve ölüm sigortasına ilişkin hakları da dikkate alınmalıdır⁵⁰. Fiili hayat ortağı lehine belirlenecek aylık destek miktarının üst sınırını ise, ihtiyaçları ile geliri arasındaki fark oluşturmaktadır. Dolayısıyla, ödenecek toplam miktardan, fiili hayat ortağının elde ettiği veya elde edebileceği gelir düşülecektir⁵¹. Ayrıca, sağ kalan fiili hayat ortağı, mirasbırakan tarafından mirasçı olarak atanmışsa veya lehine başkaca bir ölüme bağlı kazandırma yapmışsa bunun da dikkate alınması gerekir. Hatta lehine yapılan ölüme bağlı kazandırma geçim sıkıntısını ortadan kaldıracak nitelikteyse destek talebinde bulunması da mümkün olmayacaktır⁵². Fiili hayat ortağının destek talebi, mirasbırakanın ölümünden sonra geçimini sağlamakta sıkıntıya düşmesini önleme düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle, fiili hayat ortağının mali koşullarında önemli ve kalıcı değişikliklerin olması durumunda, hâkim kararı ile destek miktarı azaltılabilir veya kaldırılabilir (eZGB Art.606d).

3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk hukukunda yasal mirasçılarının çevresi, İsviçre hukukuna paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak kayıtlı hayat ortaklığına hukuk sistemimizde yer verilmemiştir. Miras hukuku sistemimizde, sağ kalan eş dışındaki, aynı veya farklı cinsiyetten hayat ortaklarına yasal mirasçı sıfatı tanınmamıştır. Mirasbırakanın bu kişiler lehine tasarruf serbestisi içinde ölüme bağlı tasarrufta bulunma-

⁴⁸ Açıklayıcı rapor, s. 5892.

⁴⁹ Açıklayıcı rapor, s. 5893.

⁵⁰ Açıklayıcı rapor, s. 5863-5864.

⁵¹ Açıklayıcı rapor, s. 5889.

⁵² Açıklayıcı rapor, s. 5889.

sının önünde ise yasal bir engel bulunmamaktadır. Türk hukuku bakımından, özellikle, farklı cinsiyetten kişilerin evlilik dışı birliktelik yaşadığı kişinin terekinden “*destek talebi*” benzeri bir talepte bulunup bulamayacağı değerlendirilebilir⁵³. Evlilik dışı birliktelik yaşayan kişilerin her ikisinin de başkaca bir kişi ile evli olmaması (diğer bir ifade ile her ikisinin de bekâr olması) ve ortak çocuklarının bulunması hali dikkate alınarak bir yasal düzenleme yapılmasının tartışılması başlangıç noktası olabilir. Esasen, bu yöndeki talepler hukuk sistemimize yabancı da değildir. Zira evlilik dışı birliktelik yaşayan kişilerin, geçim giderinin terekeden karşılanmasını (TMK.m.645) veya destekten yoksun kalma tazminatı (TBK.m.53) ödenmesini talep etmesi mümkündür. Her iki halde de, talepte bulunacak kişilerin mirasçı sıfatına sahip olması gerekmemektedir⁵⁴. Bu yöndeki bir düzenleme, özellikle uzun süre fiili birliktelik yaşayıp çocuk sahibi olan kadınların, birliktelik yaşadığı erkeğin ölümünden sonra ekonomik yönden zor durumda kalmasının önüne geçilmesinde faydalı sonuçlar ortaya çıkarabilir.

⁵³ Ancak bu değerlendirme yapılırken dahi bir takım hukuki, sosyal, ideolojik ve dini kaygıların ortaya çıkacağı kuşkusuzdur. Zira, hukuki açıdan evlilik dışı birliktelikler tanınmamakta, yasal bir çerçevesi ve tanımı bulunmamaktadır. Sosyal açıdan, evlilik dışı birlikteliklerin aile kurumunu zayıflattığı ve sosyal düzenin bozulmasına sebep olduğu düşünülmektedir. İdeolojik açıdan bakıldığında, evlilik dışı birlikteliklerin çoğunlukla “imam nikahı” diye adlandırılan durumlarda söz konusu olduğu ve yapılacak düzenlemenin bu durumun yasallaşması anlamına geleceği belirtilecektir. Dini açıdan bakıldığında ise, dini kurallara uyulmadan evlilik dışı birlikte yaşamının din kurallarına aykırı olacağı ve düzenlemenin bu aykırılığı artıracığı kaygısı kendini gösterecektir. Söz konusu kaygılar anlaşılabilir ve kabul edilebilir olmakla birlikte, evlilik dışı birlikteliklerin bulunduğu ve her geçen gün sayısının arttığı sosyal bir gerçekliktir. Kanunkoyucunun görevi, bu tür kaygıları da dikkate alarak en uygun çözümü üretmektir.

⁵⁴ Geçim giderinin terekeden karşılanması talebinde bulunacak kişilerin mirasçı sıfatına sahip olmasının zorunlu olmadığı hususunda bkz. **Couchepin/Maire**, CS., Art.606, N. 6; **Oğuzman**, s. 220; Cem **Baygın**, Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması, EÜHFD., C. XII, S. 3-4, Y. 2008, s. 148. Eski Medeni Kanun döneminde geçim giderlerini talep etme hakkının sadece mirasçılara tanındığı kabul edilmekteydi. Zira TMK.m.645'e karşılık gelen EMK.m.585'te talep hakkına sahip olan kişileri belirtmek için “müteveffanın vefatı zamanında yanında bulunup onun tarafından beslenen mirasçılar” kavramı kullanılmaktaydı. Bu yönde görüş için bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1987, s. 376; Bülent **Köprülü**, Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1985, s. 297. Evlilik birliği olmadan birlikte yaşayan kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği hususunda bkz. Kemal Tahir Gürsoy, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, AÜHFD, C. 29, S. 1, Y. 1972, s. 151-152; Yarg. 7. HD., T. 30.03.2015, E. 2014/10266, K. 2015/5025 (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**).

D. Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölümünün Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Etkisi

1. Mevcut Düzenleme ve Değişiklikler

Sağ kalan eşin, eş sıfatıyla mirasçı olması için mirasbırakanın ölümü anında devam eden bir evlilik birliğinin bulunması gerekmektedir. Evlilik birliğinin kesinleşen boşanma kararı ile sona ermesi, eşlerin yasal veya iradi mirasçılığını engellemektedir. Türk – İsviçre hukukunda, boşanma kararının kesinleşmesiyle eşlerin birbirine eş sıfatıyla yasal mirasçı olamayacakları ve birinin diğerinin lehine boşanmadan önce yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların da, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, hükümsüz hale geleceği düzenlenmiştir (TMK.m.181/f.1, ZGB Art.120/Abs.2). İsviçre hukukunda boşanma kararının kesinleşmesinin eşlerin mirasçı sıfatına etkisi düzenlenmiş olmasına rağmen, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığını etkileyip etkilemediği düzenlenmemiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına benzer bir hüküm İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almamaktadır^{55, 56}.

Devam eden boşanma davasının eşin miras hakkına etkisi düzenlenmemiş ancak evliliğin butlanı davasının açılmasıyla birlikte, sağ kalan eşin miras hukukundan doğan bütün haklarını kaybedeceği ZGB Art.109/Abs.1'de açıkça belirtilmiştir⁵⁷. Söz konusu hüküm, gerek evliliğin butlanına karar verilmesi

⁵⁵ TMK.m.181 “Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler (f.1). Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılardan birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır (f.2).”

⁵⁶ Seçkin **Topuz**, Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK.m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi, İÜHFMD C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 224; Aytuğ Ceyhun **Çakır**, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, İstanbul 2018, s. 101.

⁵⁷ Türk hukukunda butlan davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi İsviçre hukukundan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. TMK.m.159'a göre “Evlenmenin butlanını dava etme hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar açılmış olan davayı sürdürebilirler. Dava sonucunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder”. Türk hukukunda sadece butlan davasının açılmış olması sağ kalan eşin mirasçı sıfatını kaybetmesi için yeterli değildir. Sağ kalan eşin miras hukukundan kaynaklanan haklarını kaybetmesi için, ölen eşin mirasçılarının açılmış olan davaya devam etmeleri ve sağ kalan eşin iyiniyetli olmadığını (butlan sebebini bildiğini ya da bilmesi gerektiğini) ispat etmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla mirasçılar davaya devam etmez ya da devam ettikleri butlan davasında sağ kalan eşin iyiniyetli olmadığını ispat edemez-

gerekse butlan davası devam ederken eşlerden birinin hayatını kaybetmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır⁵⁸. Bu nedenle, butlan davası devam ederken eşlerden biri hayatını kaybetmişse, sağ kalan eş yasal mirasçı olamayacağı gibi, lehine yapılmış ölüme bağlı tasarruflar da hükümsüz hale gelmektedir⁵⁹.

Evliliğin butlanına benzer bir düzenlemenin boşanma davası açısından öngörülmemesi, devam eden boşanma davası bakımından kanunkoyucunun bilinçli olarak susmayı tercih ettiği şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁰. Bu sebeple, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde sağ kalan eşin miras hukukundan kaynaklanan haklarını ileri sürebileceği kabul edilmektedir⁶¹. Diğer bir ifade ile, böyle bir durumda eşler arasındaki evlilik ölümle sona erdiği için sağ kalan eş ölen eşe yasal mirasçı olmaya devam edebileceği gibi, lehine yapılmış ölüme bağlı tasarruflardan kaynaklanan haklarını da talep edebilecektir⁶².

lerse, evlilik ölüm sebebiyle sona ermiş olacak ve butlan davasının tarafı olan eş mirasçı sıfatına sahip olacaktır. Bkz. **Antalya/Sağlam**, s. 95-96; Rona **Serozan/Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 190-191; Mustafa **Dural/Turgut Öz**, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 46.

⁵⁸ Andrea Lanz **Müller**, Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016, ZGB Art. 109, N. 2; Stefan **Keller**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen - und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich 2016, ZGB. Art 109, N. 1.

⁵⁹ İsviçre hukukunda evliliğin butlanı davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde, diğer eşin miras hukukundan doğan haklarını kaybetmesinde onun iyiniyetli olup olmamasının bir etkisi bulunmamaktadır. İyi niyetli olan eş dahi, sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olamamaktadır. Bkz. **Brazerol**, ZGB Komm, ZGB Art 462, N. 3; **Weimar, BernerKomm.**, Art. 462, N. 5.

⁶⁰ “Boşanma davası devam ederken, eşlerden birinin ölümünün, diğer eşin mirasçılığına ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufa etkisinin ne olacağına ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Bu durumda nasıl bir sonuca varılması gerektiğine evlenmenin iptali (butlanı) davasının sonuçlarını düzenleyen ZGB Art. 109’un hükmüyle varmak gerekir. Söz konusu hükme göre, iptal davasının açılmasıyla birlikte sağ kalan eş, miras hukukundan doğan tüm haklarını kaybetmektedir. Bundan da anlaşılacağı gibi, kanunkoyucunun, evliliğin iptali davasında, bu hususların çözümünü getirirken, boşanma davasındaki aynı duruma bir çözüm getirmemiş olmasının anlamı, boşanma davası için *bilinçli susmayı* tercih ettiğidir” (**Dural/Öz**, s. 44); **Çakır**, s. 101.

⁶¹ Denis **Piotet**, Rapport adressé à l’Office fédéral de la justice, successio - not@lex 2014, s. 74-75; **Weimar, BernerKomm.**, Art. 462, N. 5; **Schwander**, ZGB Komm, ZGB Art 120, N. 4.

⁶² Açıklayıcı rapor, s. 5838; Hülya Taş **Korkmaz**, Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan, Özel Sayı 2014, s. 1427; **Çakır**, s. 101.

Tasarıda boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi iki farklı hükümde (eZGB Art 120 ve 472’de) düzenlenmiştir. eZGB Art.120/Abs.2’de boşanmış eşlerin yasal miras hakkının bulunmadığı, Abs.3’te ise, eşler aksine bir anlaşma yapmamışsa, saklı payı ortadan kaldıracı nitelikteki sebeplere dayanan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin saklı paydan kaynaklanan haklarını sona erdireceği belirtilmektedir⁶³. eZGB Art.120’nin, boşanma davasının eşin saklı payına etkisini düzenleyen eZGB Art.472/Abs.1/Ziff.2 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu hükme göre, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, boşanma davası ortak bir talep üzerine açılmışsa veya eşlerden birinin açtığı davada diğeri de boşanmayı kabul etmişse veya hut da eşler ölümden önce en az iki yıldan beri ayrı yaşıyorlarsa sağ kalan eş saklı payını talep etme hakkını kaybetmektedir⁶⁴. Her iki hüküm bir arada değerlendirildiği takdirde, eZGB Art.120/Abs.2 gereği sağ kalan eşin saklı payını kaybetmesi, eZGB Art 472’de belirtilen şartları taşıyan bir boşanma davasının bulunduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. eZGB Art 472’de belirtilen özellikleri göstermeyen boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü, sağ kalan eşin mirasçılığına etki etmemektedir⁶⁵. Örneğin, eşlerin ortak taleple (anlaşmalı) boşanma davası açması halinde, eşlerden birinin ölümü diğerrinin saklı paydan doğan haklarının kaybına yol açmaktadır. Ancak eşler evlilik birliğinin temelinden sarsılması dolayısıyla boşanma davası açmışlarsa, dava devam ederken eşlerden biri ölmüşse ve iki yıldan beri ayrı yaşamıyorlarsa boşanma davasının varlığı diğerrinin saklı paylı mirasçı sıfatına etki etmemektedir.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk hukukunda boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi TMK.m.181/f.2’de düzenlenmiştir. Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde, kural olarak, evlilik ölümle sona ermekte ve sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olmaktadır. Bu kuralın istisnasını, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam edip sağ kalan eşin

⁶³ Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalanın veya ölenin mirasçılarının davaya devam etmesi mümkün değildir (Açıklayıcı rapor, s. 5878).

⁶⁴ Sağ kalan eşin saklı payının kaybına sebep olan boşanma davasının şartları 2016 tarihli ön tasarıda farklı şekilde düzenlenmişti. 2016 tarihli ön tasarıda “*ayrı yaşama*” olgusunun yerine “*boşanma davasının devam ettiği süre*” esas alınmıştı. Söz konusu ön tasarıya göre, boşanma davası, mirasbırakanın ölümü tarihi itibarıyla iki yıldan daha fazla süredir devam ediyorsa, sağ kalan eş saklı payını kaybetmekteydi.

⁶⁵ Açıklayıcı rapor, s. 5878.

kusurunu ispatlaması oluşturmaktadır. Mirasçılar tarafından devam edilen davada, sağ kalan eşin kusurlu olduğunun ispatı halinde, eşin mirasçı sıfatı sona ermektedir.

Boşanma davasının, sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi bakımından İsviçre'deki yapılması planlanan düzenleme ile TMK.m.181/f.2 arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, TMK.m.181/f.2'nin boşanma sebebine ve eşlerin boşanma sürecinde ayrı yaşayıp yaşamadığına bakılmaksızın uygulanması mümkündür. eZGB Art.120/Abs.3'ün uygulanabilmesi için ise, boşanma davasının ortak bir talep üzerine açılması veya eşlerden birinin açtığı davada diğerinin de boşanmayı kabul etmesi veyahut da eşlerin ölümden önce en az iki yıldan beri ayrı yaşamaları gerekir. Dolayısıyla, eşlerin boşanmaya yönelik ortak bir iradesinin bulunmadığı veya ayrı yaşama olgusunun gerçekleşmediği durumlarda, eşin ölümünün, sağ kalan diğer eşin mirasçılığına herhangi bir etkisi olmayacaktır. İkinci fark, boşanma davası devam ederken eşin ölümünün sağ kalan eşin miras hukukundan kaynaklanan haklarını kendiliğinden sona erdirmesi bakımındandır. Türk hukuku bakımından, bu hukuki etki kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Sağ kalan eşin mirasçılığını önleyebilmek için, ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurlu olduğunu ispat etmeleri gerekir. Mirasçıların davaya devam etmediği veya devam etmesine rağmen sağ kalan eşin kusurunu ispatlayamadığı olasılıklarda, sağ kalan eş mirasçı sıfatını koruyacaktır. İsviçre hukuku bakımından ise, eZGB Art.472'de belirtilen nitelikleri taşıyan bir boşanma davasının açılması halinde, beklenen hukuki etki kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Mirasçıların davaya devam etmesi mümkün olmadığı gibi, sağ kalan eşin kusurlu olup olmaması da önem arz etmemektedir⁶⁶. Son fark ise, davanın sağ kalan eşin mirasçılığına etkisinin kapsamı bakımındandır. Zira TMK.m.181/f.2'nin şartları ve gerekleri yerine getirildiği takdirde, sağ kalan eşin mirasçı sıfatı sona ermekte ve yasal miras payının tamamını kaybetmektedir. Buna karşılık, eZGB Art.120 ve eZGB Art.472 birlikte değerlendirildiğinde, eşin yasal mirasçı sıfatını koruduğunu, ancak saklı payını talep etme hakkını kaybettiği görülmektedir⁶⁷. Dolayısıyla, belirtilen nitelikleri taşıyan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü, sağ kalan eşin saklı payını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda mirasbırakanın tasarruf serbestisini genişletmektedir. Esasen bu düzenleme, İsviçre kanunkoyucusunun miras hukuku yaklaşımı bakımından da tutarlıdır. Zira bu düzenlemede de eşin

⁶⁶ Açıklayıcı rapor, s. 5878.

⁶⁷ **Fankhauser/Jungo**, s. 4; Açıklayıcı rapor, s. 5839.

mirasçılığının olabildiğince diğer mirasçılara karşı üstün tutulması ve mirasbırakanın tasarruf serbestisinin artırılması kendisini göstermektedir. Yapılması planlanan değişiklikle, Türk hukukunun aksine açılan boşanma davasına rağmen sağ kalan eş mirasçı sıfatını korumakta, miras payını talep edebilmektedir. Saklı payının kaldırılması ile de mirasbırakanın serbestçe tasarruf edebileceği miktar arttırılmaktadır.

Türk hukuku bakımından TMK.m.181/f.2'nin düzenlenme biçimi yoğun bir şekilde eleştirilmekte ve farklı değişiklik önerileri ortaya konulmaktadır⁶⁸. Bu kapsamda, İsviçre'de getirilmesi düşünülen düzenleme de bu tartışmalara katkı sağlayacak niteliktedir. Zira, TMK.m.181/f.2'ye yönelik eleştiriler esas olarak, mirasçıların davaya devam etmeleri ve devam ettikleri davada sağ kalan eşin kusurunu ispat etmek zorunda kalmaları noktasında yoğunlaşmaktadır. Kanaatimizce de, sağ kalan eşin mirasçılığını diğer mirasçıların iradesine ve hâkimin takdirine bırakan bu sistemin değişmesi gerekmektedir. Bu konuda, boşanma sebeplerinin ve eşin kusurunun esas alınması yerine, eşler arasındaki duygusal bağın kopması unsurunun dikkate alınarak düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bu sebeple, eşler arasındaki duygusal bağın ortadan kalktığından eşlerden her ikisi tarafından kabul edildiği anlaşmalı boşanma davalarında, dava devam ederken eşlerden birinin ölümü sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmelidir. Diğer boşanma sebepleri bakımından ise, davanın devam etme süresi veya eşlerin dava sürecindeki ayrı yaşama süreleri dikkate alınarak düzenleme yapılmalıdır. Her iki durumda da, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi kendiliğinden gerçekleşmelidir. Mirasçıların davaya devam etmesi mümkün olmamalıdır. Bu sistemde hâkimin rolü sadece, söz konusu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespitten ibaret olmalıdır. Bu yönde yapılacak bir düzenleme, doktrindeki eleştirileri karşılayacaktır.

⁶⁸ Hükme ilişkin eleştiriler ve değişiklik önerileri hakkında geniş bilgi için bkz. Seçkin **Topuz**, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2012; Cem **Baygın**, 21.01.2010 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Boşanma Davasında Davalının Ölümünün Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Etkisi, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 77-78, Ocak-Şubat 2011, s. 30-48; Haluk **Burcuoğlu**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 381-391; Mustafa **Aksu**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin İkinci Fıkrası İle Alman Medeni Kanunu'nun 1933. Paragrafının Birinci Fıkrasının Bazı Açılardan Karşılaştırılması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 3, Ankara 2009, s. 69-94; **Korkmaz**, s. 1413-1481; Gökçen **Topuz**, Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı:10 (Temmuz-2012), s. 69-94.

E. Artık Değere Katılma Oranına İlişkin Yapılan Anlaşmanın Saklı Payların Hesaplanmasına Etkisi

1. Mevcut Düzenleme ve Değişiklikler

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, her eş veya mirasçılar diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olmaktadır. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmada başka bir esas kabul edebilirler (ZGB Art.216/Abs.1). Mal rejiminin ölümle sona ermesi olasılığında artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar, eşlerden birinin terekesinin azalmasına ve mirasçılarının haklarının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Bu nedenle, kanunkoyucu, ZGB Art.216/Abs.1 hükmü ile bazı mirasçıların saklı paylarını eşlerin yapacağı bu anlaşmalara karşı korumaktadır⁶⁹. Yasanın mevcut halinde söz konusu anlaşmanın eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını zedeleyemeyeceği belirtilmiştir (ZGB Art.216/Abs.1). Bu istisnai durum hariç, sağ kalan eş lehine artık değere katılma oranının daha yüksek belirlenmesi sebebiyle ortaya çıkan artış, saklı payların hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır⁷⁰. Diğer bir ifade ile, söz konusu anlaşma dolayısıyla ortak olan çocukların rakamsal olarak elde edecekleri saklı payının azaltılmasına yasa imkan tanımaktadır⁷¹.

Yapılması planlanan değişiklikle, ZGB Art. 216'ya iki yeni fıkra eklenmektedir. eZGB Art.216/Abs.2'ye göre, eşlerin artık değere katılma oranına ilişkin yaptıkları anlaşma sağ kalan eş lehine bir artış sağlarsa, söz konusu artış saklı payların hesaplanmasında dikkate alınmaktadır⁷². Mal rejiminin ölümle

⁶⁹ Türk hukukunda ZGB Art.216/Abs.1'e karşılık gelen hüküm TMK.m.237/f.2'dir. TMK.m.237/f.2'nin madde gerekçesi şu şekildedir: "Edinilmiş malların önemli bir bölümünü eşlerden birisinin malvarlığındaki artışın oluşturması ve mal rejimi sözleşmesiyle bunun tamamının sağ kalan eşe kalmasının öngörülmesi hâlinde, ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekları tabiidir. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükümle eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, ortak olmayan çocukların saklı paylarını ihlâl edecek çözümler getirmeleri önlenmek istenmiştir".

⁷⁰ Jungo, HandKomm., Art. 216-217, N. 9; Steck/Fankhauser, FamKOMM, Art. 216, N. 16; Sutter-Somm/Ammann, s. 35.

⁷¹ Steck/Fankhauser, FamKOMM, Art. 216, N. 16; Piotet, Rapport, s. 85.

⁷² eZGB Art 216/Abs.2'ye göre saklı payların hesaplanması için terekeye eklenmesi gereken değer, eşin elde ettiği katılma alacağının tamamı olmayıp, sadece artık değere katılma oranına ilişkin yapılan anlaşma dolayısıyla katılma alacağında gerçekleşen artıştır. Ayrıca eşlerin ZGB Art.181, Art.199 ve Art.206 kapsamında yapacakları anlaşmalardan kaynaklanacak artışlar terekenin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı gibi tenkise de konu olmamaktadır Bkz. Açıklayıcı rapor, s. 5886.

sona ermesi olasılığında artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar, eşlerden birinin terekesinin azalmasına ve mirasçılarının haklarının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Katılma alacağına meydana gelen artış dolayısıyla, saklı payı ihlal edilen mirasçılarının, anlaşmadan kaynaklanan bu artışa itiraz etmeleri mümkündür. Tasarıya göre, eşler dışında sadece alt soyun saklı payı bulunduğu için tenkis talebinde bulunma hakkı da onlara aittir⁷³.

Tasarıda, tenkis talebinde bulunacak altsoy bakımından da ikili bir ayırma gidilmiştir. eZGB Art.216/Abs.3'te, mevcut düzenlemede (ZGB Art.216/Abs.2) olduğu gibi bu tür anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla katılma alacağına meydana gelen artış sebebiyle, saklı payları ihlal edilen eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları *mirasbırakanın ölümüyle birlikte*, bu artışa karşı tenkis talebinde bulunabileceklerdir⁷⁴. Mevcut düzenlemede, eşlerin ortak çocuklarına ve onların altsoylarına katılma alacağı artışına karşı tenkis talebinde bulunma hakkı tanınmamıştır. Tasarıda, eşlerin ortak altsoylarına da bazı durumlarda tenkis talebinde bulunma imkânı sağlanmaktadır (eZGB Art.216/Abs.4). Bu kişiler, mirasbırakanın ölümüyle birlikte katılma alacağı artışına karşı tenkis talebinde bulunamamaktadırlar. Ancak sağ kalan eşin *yeniden evlenmesi halinde*, katılma alacağı artışı dolayısıyla saklı paylarında meydana gelen ihlalin giderilmesi için tenkis talebinde bulunabilmektedirler⁷⁵. Böylece, ortak olan çocukların ve onların alt soylarının tasarı ile azaltılmış olan saklı paylarının ayrıca eşlerin yapacakları anlaşmalarla da azaltması kısmen önlenmiş olacaktır⁷⁶.

eZGB Art.216 kapsamında yapılan anlaşmadan dolayı ortaya çıkacak katılma alacağı artışı, alt soyun saklı payını ihlal ederse tenkise tabi tutulur. Katılma alacağına meydana gelen artışın saklı payları ihlal etmesi halinde tenkis-

⁷³ eZGB Art. 470'e göre saklı paylı mirasçılarının sayısı azaltılmakta, sadece sağ kalan eş ve altsoy saklı paylı mirasçı olarak kabul edilmektedir. Ana babanın saklı paylı mirasçı sıfatına son verilmektedir.

⁷⁴ Saklı payın yapılan bu anlaşma ile ihlal edilmesi halinde, anlaşmaya hangi yaptırımın uygulanacağı kanunda açık olarak düzenlenmemiştir. Doktrin, saklı payın korunmasının tenkis davasına ilişkin hükümlerin uygulanması ile sağlanabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Hausheer/Reusser/Geiser, BernerKomm**, Art. 216, N. 43; **Fankhauser**, HandKomm., Art. 522, N. 2; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 666; Christian **Brückner**/ Thomas **Weibel**, Die Erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2012, N. 60a; **Ryffel**, ZGB Komm. Art. 216, N. 5; Zarife **Şenocak**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, AÜHFD., C. 58, S. 2, 2009, s. 403.

⁷⁵ **Fankhauser/Jungo**, s. 6; Açıklayıcı rapor, s. 5848.

⁷⁶ Açıklayıcı rapor, s. 5848.

teki sırası ise eZGB Art.532 düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, katılma alacağına meydana gelen artış sağlararası kazandırma olarak değerlendirilecek ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk olarak tenkis edilecektir (eZGB Art.532/Abs.2/Ziff.1)⁷⁷. Ayrıca söz konusu sağlararası kazandırma, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufları düzenleyen ZGB Art. 494/Abs.3'nin uygulanması bakımından da dikkate alınacaktır⁷⁸.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk hukukunda ZGB Art.216'e karşılık gelen hüküm TMK.m.237'dir. Söz konusu hükümlerin mevcut halleri birbirinin aynısıdır. Mevcut düzenleme, ortak olan çocukların ve onların alt soylarının tenkis talebinde bulunmasını engellediği için eleştirilmektedir. Ayrıca, katılma alacağı artışının hangi tür kazandırmalarla ve hangi sırada tenkis edileceği yönüyle de tartışma yaratmaktadır⁷⁹. İsviçre'de yapılacak değişiklik gerek maddeye yönelik eleştiriyi gerekse tartışmaları sonlandıracak niteliktedir. Zira ortak olan çocuklara ve onların alt soylarına belirli şartlarla tenkis talebinde bulunma imkânı sağlanmakla eleştiri-

⁷⁷ Doktrinde anlaşma dolayısıyla ortaya çıkan artışın, sağ kalan eş lehine yapılmış ölüme bağlı kazandırma mı yoksa sağlararası kazandırma mı olarak nitelendirileceği mal rejiminin sona erme şekline göre değerlendirilmektedir. Mal rejiminin ölüm dışında bir sebeple sona ermesi halinde iki oran arasındaki farkın sağlararası karşılıksız kazandırma niteliğini taşıyacağını savunanlar için bkz. **Steck/Fankhauser**, FamKOMM, Art. 216, N. 15; Pascal **Montavon**, Abrégé de droit civil. Art. 1er à 640 CC/LPart, 3e édition, Zürich 2013, s. 551; **Weimar**, BernerKomm., Art. 474, N. 32; Zafer **Zeytin**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 228; Suat **Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 239. Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü dolayısıyla sona ermesi halinde ölümüne bağlı kazandırma niteliğini taşıyacağını savunanlar için bkz. **Hausheer/Reusser/Geiser**, BernerKomm., Art. 216, N. 39; **Sarı**, s. 240; **Zeytin**, s. 227; Şükran **Şıpka**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011, s. 281. Mal rejiminin sona erme şekline bakılmaksızın sağlararası kazandırma sayılacağına yönelik görüş için bkz. Paul **Eitel**, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten – ausgewählte Fragestellungen, Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge - Güterrecht – Unterhalt 8. Symposium zum Familienrecht 2015 Universität Freiburg, 2016, s. 11; Alexandra **Rumo-Jungo**, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, Successio Heft 3, 2007, s. 166; **Şenocak**, s. 403. Açıklayıcı raporda, artık değere katılma oranına ilişkin yapılan anlaşma dolayısıyla ortaya çıkan artışın sağ kalan eş lehine yapılmış sağlararası bir kazandırma niteliği taşıdığı ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk olarak tenkise tabi tutulacağı vurgulanmıştır. Bkz. Açıklayıcı rapor, s. 5847 ve 5860.

⁷⁸ Açıklayıcı rapor, s. 5884.

⁷⁹ Şükran **Şıpka**/Hasan Ali **Kaplan**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 272-273; **Şenocak**, s. 396-409.

ler dikkate alınmıştır. Katılma alacağında meydana gelen artışın sağlararası bir kazandırma olduğu ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk olarak tenkise tabi tutulacağı belirtilmiştir (eZGB Art.532/Abs.2/Ziff.1). Böylece, hükmün uygulanması bakımından ortaya çıkan tereddütler giderilmektedir.

Yapılacak değişikliğin, miras hukuku uygulamamız bakımından kuşkusuz etkisi olacaktır. Bu etkinin ortaya çıkması için ise, yasal bir düzenleme yapılması dahi gerekmeyecektir. Bilindiği üzere, Türk hukukunda da katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eş lehine yapılmış ölüme bağlı kazandırma mı yoksa sağlararası kazandırma olarak mı nitelendirileceği tartışmalıdır. İsviçre’de yapılacak değişiklik, katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eş lehine yapılmış bir sağlararası kazandırma niteliği taşıdığına dair görüşün üstün tutulmasını gerektirecektir. Zira bu nitelikte yorum farklılıklarının giderilmesinde, karşılaştırmalı hukuk ve özellikle de İsviçre hukuku belirleyici bir rol oynamaktadır. Aynı değerlendirmeler, katılma alacağında meydana gelen artışın tenkise tabi kazandırmalar arasındaki sırasının belirlenmesi bakımından da yapılabilir. Ancak, açık bir düzenleme yapılmadığı takdirde tenkiste sıra madde kenar başlıklı TMK.m.570’in bu yöndeki değerlendirmelere imkân vermediğini de dikkate almak gerekir. Söz konusu hüküm, sağlararası kazandırmaların tarih esaslı tenkise tabi tutulacağına dair emredici nitelikte bir kuraldır⁸⁰. Dolayısıyla, katılma alacağında meydana gelen artışın diğer kazandırmalardan daha önce tenkis edilebilmesi için yasal bir düzenleme yapılması zorunludur. Böyle bir düzenleme yapılmadığı takdirde, katılma alacağına ilişkin kazandırmanın tenkise tabi sağlararası kazandırma niteliği taşıdığı kabul edilse dahi tenkisteki sırası genel kurala uygun şekilde belirlenecektir.

Türk hukukunda da ortak çocukların ve onların altsoyunun katılma alacağı artışına karşı tenkis davası açma hakları bulunmamaktadır. Bu durum, ortak çocukların her iki eşe de mirasçı olacağı ve eşler arasındaki anlaşmanın onların haklarını önemli ölçüde etkilemeyeceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁸¹. Ancak, lehine katılma alacağı artışı sağlanan eşin yeniden evlenmesi halinde, meydana gelen artışın ortak çocukların menfaatlerini etkilemesi olasıdır. Örneğin, eşinin ölümünden sonra başka birisi ile evlenen kadının evliliği de kendisinin ölümü dolayısıyla sona ererse, kendi terekesinde yer alacak katılma alacağı artışından kocası da sağ kalan eş sıfatıyla 1/4 oranında yararlanacaktır.

⁸⁰ Fankhauser, HandKomm., Art. 532, N. 3; Eigenmann, CS., Art.532, N. 11; Oğuzman, s. 236; Antalya/Sağlam, s. 304; Fikret Eren, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973, s. 163; Serozan/Engin, s. 244; Dural/Öz, s. 281.

⁸¹ Acar, Mal Rejimleri, s. 105; Şenocak, s. 396; Sarı, s. 241.

Sağ kalan eşin yeniden evlenmesinin ortaya çıkardığı böyle bir olasılık ise, ortak çocukların aleyhine sonuç doğuracaktır. Bu nedenle, ortak olan çocukların ve onların alt soylarının tenkis talebine ilişkin benzer bir düzenlemenin bizim hukuk sistemimiz açısından da yapılması yerinde olacaktır.

F. Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmayan Tasarruflara İtiraz

1. Mevcut Düzenleme ve Değişiklikler

Miras sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem olup, kural olarak, tek taraflı dönülmesi mümkün değildir. Mirasbırakan, miras sözleşmesini ancak Kanun'da öngörülen hallerde sona erdirebilir⁸². Bununla birlikte, mirasbırakan, miras sözleşmesine konu olan malvarlığı değerleri üzerinde gerek sağlararası gerekse ölüme bağlı tasarrufları ile serbestçe tasarruf edebilmektedir (TMK.m.527/f.2, ZGB Art.494/Abs.2)⁸³. Miras sözleşmesine konu olan malvarlığı değerleri üzerinde mirasbırakanın tasarruf yetkisine sahip olmasının sözleşmenin karşı tarafının haklarını tehlikeye düşürmesi olasıdır. Bu nedenle Kanun, mirasbırakanın tasarruf yetkisine karşı, sözleşmenin diğer tarafına mirasbırakanın ölümünden sonra ileri sürülebilecek hukuki bir imkân sağlamıştır (TMK.m.527/f.2, ZGB Art.494/Abs.3). Hükme göre, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilmesi (tenkis davası açılması) mümkündür⁸⁴.

⁸² Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı kavramı, Kanun'daki istisnai durumlar hariç olmak kaydıyla, sözleşmenin taraflarının hiçbir gerekçe olmaksızın tek taraflı bir irade beyanıyla bu sözleşmeyi sona erdirememeleri, ortadan kaldıramamaları ve içeriğini değiştirememelerini ifade etmektedir. Bkz. **Weimar**, BernerKomm., Art. 494, N. 4; Mustafa **Dural**, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, s. 146 vd.; Serkan **Ayan**, Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun'un 527/II Hükümünün Anlamı, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 15.

⁸³ **Brückner/Weibel**, N. 99a; **Montavon**, s. 551; **Wildisen**, HandKomm., Art. 494, N. 10; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 256; **İmre**, s. 283. Miras sözleşmesinin akdedilmiş olması terekesi üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin tasarruf yetkisini borçlar hukuku ve eşya hukuku anlamında kısıtlamaz. Bu nedenle, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine aykırı olsa da, sözleşmeye konu olan malvarlığı değerlerine ilişkin yapılan sağlararası ve ölüme bağlı tasarruflar hukuken geçerlidir (**Weimar**, **BernerKomm.**, Art. 494, N. 31). **BGE** 140 III 196.

⁸⁴ Kanun'da söz konusu tasarruflara "itiraz" (İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığına göre "iptal") edilebileceği düzenlenmiş, ancak itirazın nasıl gerçekleşeceği ortaya konulmamıştır. Miras sözleşmesi ile bağdaşmayan tasarruflara "itiraz"ın hukuki nitelik itibarı ile tenkis iste mi benzeri bir durum olduğu yönünde bkz. **Brückner/Weibel**, N. 99b; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 701; **Montavon**, s. 551; **Weimar**, BernerKomm., Art. 494, N. 31; **Hrubesch-Millauer**, HandKomm., Art. 494, N. 11; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 257; **S. Ayan**, s. 28; **BGE** 101 II 305; **BGE** 73 II 10. İtiraza tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği hakkında bkz. **Forni/Piatti**, BaslerKomm., Art. 522-523,

Tasarıda, mevcut 494. maddenin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılması öngörülmektedir. eZGB Art.494/Abs.3 ile mevcut üçüncü fıkra arasında üç temel farklılık bulunmaktadır. Birinci fark, fıkrada yer alan “*bağışlamalar*” kavramının terk edilmesi ve yerine “*sağlararası karşılıksız kazandırma*” kavramı kullanılmasıdır. Sağlararası kazandırma kavramı, bağışlama kavramına göre daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Bu yönüyle, miras sözleşmesinin diğer tarafına bağışlama niteliği göstermeyen karşılıksız kazandırmalara karşı da itiraz etme imkânı tanınmaktadır⁸⁵. Açıklayıcı raporda, bu kavram değişikliğinin sebebinin artık değere katılma oranına ilişkin yapılan anlaşma dolayısıyla ortaya çıkan katılma alacağı artışına da itiraz edilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir⁸⁶. Bu sebeple, miras sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, eşler arasında yapılan mal rejimi anlaşması dolayısıyla diğer eşin katılma alacağı artış meydana gelmişse, miras sözleşmesi ile lehine kazandırmada bulunan kişinin bu artışa itiraz etmesi mümkün olacaktır.

İkinci fark, “*âdet üzere verilen hediyeler*”in hükmün kapsamı dışında tutulmasıdır. eZGB Art.494/Abs.3’te, alışılmışın dışındaki hediyeler hariç olmak üzere, miras sözleşmesindeki yükümlülüklerle bağdaşmayan ölüme bağlı veya sağlararası karşılıksız kazandırmalara itiraz edilebileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, alışılmış (olağan, mutad, âdet üzerine verilen) hediyeler, miras sözleşmesiyle bağdaşmasa dahi itiraza (tenkise) konu olmayacaktır. Yapılacak bu düzenleme ile ZGB Art.527 ile 494 arasında bir paralellik sağlanmış olacaktır. Zira ZGB Art.527’de de mirasbırakanın bağışlamalarının tenkise tabi tutulması, bağışlamanın “*âdet üzere verilen hediyeler*” dışında bir bağışlama olması ön koşuluna bağlıdır⁸⁷. Alışılmışın dışındaki hediyelerin hükmün kapsamı dışında

N. 3; Stephanie **Hrubesch-Millauer**, Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag, Successio Heft 1, 2015, s. 59; **Studhalter**, ZGB Komm., Art. 494, N. 10; **Wildisen**, HandKomm., Art. 494, N. 11; **Brückner/Weibel**, N. 99b; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 250; **Serozan/Engin**, s. 375; **Dural/Öz**, s. 127; **S. Ayan**, İtiraz, s. 28; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 257; Ömer **Çınar**, Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 226; Mehmet **Demir**, Olumlu Miras Sözleşmeleri, YD., C. 20, S. 3, Y. 1994, s. 289. TMK.m.527’nin madde gerekçesinde de tenkis hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

⁸⁵ Örneğin, taşınmazın satım bedeli mirasbırakan tarafından bizzat ödenmesine rağmen, taşınmazın mülkiyeti doğrudan çocuğu adına tescil edilmişse, söz konusu işlem çocuk lehine karşılıksız kazandırma niteliği taşıyacak ve itiraza konu olabilecektir.

⁸⁶ Açıklayıcı rapor, s. 5884. **Fankhauser/Jungo**, s. 8.

⁸⁷ Bu paralellik dolayısıyla, ZGB Art.527’de yer alan “*âdet üzere verilen hediye*” kavramının tanımı ve kapsamı için yapılan açıklamalar, eZGB Art.494/Abs.3’te yer verilen “*âdet üzere verilen hediyeler*” kavramı bakımından da geçerli olmalıdır. Bu sebeple, *âdet üzere verilen*

kaldığı belirtilmekle, sağlararası kazandırmalardan hangi nitelikte olanlara itiraz edilebileceği açıkça vurgulanmıřtır⁸⁸. Zira, bağışlamalara hangi koşullar altında itiraz edilebileceği doktrinde tartıřmalıydı⁸⁹. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin bağışlamalara karşı itiraz edilebilmesi için bir takım ek koşullar aradığı da görölmektedir. Mahkemeye göre, mirasbırakanın yaptığı bağışlama açıkça miras sözleşmesinin içeriğini boşaltma kastı taşıyorsa ve hakkın kötüye kullanılması oluşturuyorsa itiraza konu olabilir⁹⁰. Bu tartışma, özellikle, miras sözleşmesi ile mirasçı atanması durumunda atanmış mirasçının bağışlamalara itiraz edip edemeyeceğine ilişkindir. Bu düzenleme ile, alışılmış hediyeeler dışındaki diğer karşılıksız kazandırmalara karşı itiraz edilebileceği açıkça belirtilmektedir.

Tasarıda bu konuda öngörölen diğer bir yenilik ise, söz konusu kazandırmalara itiraz edilebilmesi için miras sözleşmesinde aksine bir kararlaştırmanın bulunmaması gereğidir. Diğer bir ifade ile, miras sözleşmesinde, mirasbırakanın sözleşmeyle bağdaşmayan tasarruflar yapılabileceği belirtilmişse sonraki tasarruflara itiraz edilmesi mümkün olmayacaktır. Esasen bu durum sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Zira taraflar akdettikleri sözleşmenin içeriğini, hukuk düzeninin sınırları içinde serbestçe belirleyebilirler. Bu nedenle, söz konusu değişiklik önerisi, bağlayıcı nitelik taşıyan miras sözleşmesi bakımından mevcut yasal durumun (sözleşme serbestisinin) özel bir şekilde vurgulanmasından ibarettir.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Miras sözleşmesi ile bağdaşmayan tasarruflara itirazı düzenleyen ZGB Art.494'te yapılması planlanan değişikliklerin amacı, hükmün yorumlanmasında ve uygulanmasında yaşanan tereddütleri gidermektir. Söz konusu düzenle-

hediyeler, belirli vesilelerle verilen ve mirasbırakanın malvarlığına göre miktar itibariyle makul sayılabilecek olan kazandırmalar şeklinde tanımlayabiliriz. ZGB Art.527'de yer alan "ádet üzere verilen hediye" kavramının tanımı ve kapsamı için bkz. **Wildisen**, HandKomm., Art. 475, N. 4; **Ryffel**, ZGB Komm. Art. 527, N. 6; Kemal **Oğuzman**, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul 1995, s. 222; **İmre**, s. 416; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 343; **Serohan/Engin**, s. 238; **Baygın**, Tasarruf Nisabı, s. 166.

⁸⁸ Alışılmış ölçüler içinde kalan hediyelere itiraz edilemeyeceği doktrin tarafından da kabul edilmekteydi. Bkz. **Hrubesch-Millauer**, HandKomm., Art. 494, N. 12; **Weimar**, **Berner-Komm.**, Art. 494, N. 17

⁸⁹ Hangi özellikleri gösteren bağışlamalara karşı itiraz edilebileceğine dair tartışmalar için bkz. Stephanie **Hrubesch-Millauer**, Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag - eine methodische Betrachtung, successio, Heft 3, 2008, s. 208-211.

⁹⁰ **BGE** 140 III 193. Kararın eleştirisi ve değerlendirmesi için bkz. **Hrubesch-Millauer**, Erbvertrag, s. 55-62.

meler, TMK.m.527'nin yorumlanması ve uygulanması açısından da etkili olacaktır. Zira benzer tartışmalar Türk hukukunda TMK.m.527 bakımından da yapılmaktadır. Bu bağlamda, alışılmış ölçüler içinde kalan bağışlamalara itiraz edilemeyeceği ve bağışlamalara itiraz edilebilmesi için sözleşmenin karşı tarafına zarar vermeye yönelik özel bir bağışlama kastının aranmayacağına dair görüşler üstün tutulacaktır.

G. Tenkise Konu Kazandırmalar ve Tenkiste Sıra

1. Tenkise Konu Kazandırmalara İlişkin Mevcut Düzenleme ve Değişiklikler

Tenkis davasının genel olarak koşullarını düzenleyen ZGB Art.522'de saklı payının karşılığını alamayan mirasçılarının, mirasbırakanın tasarruf serbestisi sınırlarını aşan kazandırmalarının tenkisini talep edebileceği düzenlenmiştir. Hükümdeki kazandırma kavramı, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmalarını ifade etmektedir. Dolayısıyla, Kanun'da belirtilen özellikleri gösteren bu kazandırmalar dışındaki mirasbırakanın malvarlığından veya terekesinden herhangi bir şekilde elde edilen menfaatler/faydalar tenkis talebine konu olmamaktadır. Örneğin, ZGB Art.527 ve 529'da belirtilen özellikleri göstermeyen sağlararası bir kazandırma tenkise konu olmadığı gibi, mirasçılarının yasal miras paylarının karşılığı olarak terekeden elde ettikleri menfaatler/değerler de tenkise konu olmamaktadır⁹¹.

eZGB Art.522/Abs.1'de tenkisi talep edilebilecek kazandırma ve faydaların hangileri olduğu açıkça düzenlenmiştir. Tasarıya göre, mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin, mirasbırakanın ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmalarının tenkisinin talep edilebileceği düzenlenmiştir. İçerik itibarıyla eZGB Art.522/Abs.1 ile getirilen değişiklik mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin de tenkise konu olmalarıdır⁹². Böylece, tenkise konu kazandırmaların sadece mirasbırakanın iradesinin ürünü olan kazandırmalardan oluştuğuna dair görüşler de değerini kaybetmektedir⁹³. Zira bu yenilikle mirasbırakanın iradesinden ba-

⁹¹ Mirasçılarının yasal miras paylarının karşılığı olarak terekeden elde ettikleri menfaatlerin/değerlerin de tenkise konu olması hakkındaki açıklamalar için bkz. Felix **Kobel**/Roland **Fankhauser**, Zur Herabsetzbarkeit erbrechtlichen Intestaterwerbs - ein Diskussionsbeitrag, successio, Heft 3, 2007, s. 168-176.

⁹² Açıklayıcı rapor, s. 5884.

⁹³ Mevcut ZGB Art.522/Abs.1'e göre mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırını aşması halinde saklı payları ihlal edilen mirasçılarının tenkis davası açabileceği düzenlenmektedir. eZGB Art.

ğimsız olarak terekeden fayda elde eden yasal mirasçılarının elde ettikleri değerler de tenkise tabi tutulacaklardır⁹⁴. Mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin nasıl tenkis edileceği ise eZGB Art. 523'de düzenlenmiştir. Hükme göre, mirasçı aynı zamanda saklı paylı mirasçı ise terekeden elde ettiği değer saklı payını aşan kısmı tenkise konu olmaktadır⁹⁵. Mirasçının saklı paylı mirasçı sıfatı bulunmuyorsa, terekeden elde ettiği değer tamamı tenkise konu olacaktır⁹⁶. Birden fazla mirasçının terekeden elde ettiği değer kısmen tenkis edilmesi gerekiyorsa, tenkis orantılı olarak gerçekleştirilecektir (eZGB Art. 523). Mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla elde ettikleri değer/faydaların da tenkise tabi tutulması mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılmasını sağlamaya yönelik bir değişikliktir⁹⁷. Zira söz konusu değer veya faydalar mirasbırakanın iradesinden bağımsız olarak mirasçılara Kanun tarafından sağlanmaktadır. Mirasbırakanın iradesinin ürünü olmayan yasal miras payının karşılığı olarak elde edilen değerlerin tenkise konu olması mirasbırakana daha geniş bir tasarruf serbestisi sağlayacaktır.

Tenkise konu kazandırmalar bakımından tasarıda getirilen diğer bir yenilik, mirasbırakanın ölümü dolayısıyla özel emeklilik sistemi (3a sütununda yer

522/Abs.1'de mevcut düzenlemeden farklı olarak tenkis davasının açılması bakımından "mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü miktarını aşması" şartına yer verilmemiştir. Hükümdeki bu değişiklik önerisinin sebebi, mirasçılarının yasal miras paylarının karşılığı olarak terekeden elde ettikleri menfaatler/değerlerin de tenkise konu olmasıdır. Zira mirasçılarının yasal miras payının karşılığı olarak elde edilen değerler bakımından mirasbırakanın tasarrufta bulunması ve dolayısıyla tasarruf özgürlüğünü aşması söz konusu olmamaktadır. Bkz. Açıklayıcı rapor, s. 5859, 5885.

⁹⁴ Açıklayıcı rapor, s. 5860.

⁹⁵ Söz konusu durumu Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü miras paylarını ve saklı payları dikkate alarak şöyle bir örnekle açıklayabiliriz: Mirasbırakan (M) öldüğünde eşi (E) ve oğlu (A) hayattadır. Yasal mirasçıları (E) ve (A) lehine ölüme bağlı veya sağlararası kazandırması bulunmamaktadır. Net terekesi, 400.000 TL, tenkise esas terekesi ise 600.000 TL'dir. Böyle bir durumda (E)'nin saklı payı, 150.000 TL, (A)'nın saklı payı ise 225.000 TL'dir. (E)'nin net terekeden elde ettiği karşılık 100.000 TL, (A)'nın elde ettiği değer ise 300.000 TL'dir. (E) saklı payının 50.000 TL'lik kısmını net terekeden elde edememiştir. Saklı payı bu oranda ihlal edilmiştir. (A)'nın net terekeden elde ettiği yasal miras payı ise saklı payını 75.000 TL aşmıştır. Bu olasılıkta, (A)'nın saklı pay miktarını aşar şekilde yasal miras payı karşılığı elde ettiği 75.000 TL tenkise konu olacaktır.

⁹⁶ Yukarıda yer alan dipnottaki örnekte mirasbırakanın eşi (E) ve kardeşi (A)'nın yasal mirasçı olarak hayatta olduğu varsayımında, (E)'nin saklı payı 300.000 TL'dir. Kardeşi (A)'nın ise saklı payı bulunmamaktadır. (E)'nin net terekeden elde ettiği karşılık 200.000 TL, (A)'nın elde ettiği değer ise 200.000 TL'dir. (E) saklı payının 100.000 TL'lik kısmını net terekeden elde edememiştir. Saklı payı bu oranda ihlal edilmiştir. Bu olasılıkta (A)'nın yasal miras payı karşılığı elde ettiği değer tamamı (200.000 TL) tenkise konu olacaktır.

⁹⁷ Açıklayıcı rapor, s. 5859.

alan emeklilik sistemi) kapsamında yapılan ödemelerin de eZGB Art.476 gereği terekeye eklenmesi ve eZGB Art.529 gereği tenkise tabi olmasıdır⁹⁸. Mevcut düzenlemede, mirasbırakanın ölme ihtimaline karşı akdettiği hayat sigortasının lehdar lehine doğan satın alma değeri tenkise tâbi olmaktadır (ZGB Art.529). Yapılması planlanan değişiklikle, ölme ihtimaline karşı akdedilen hayat sigortasının satın alma değeriyle birlikte, mirasbırakanın dâhil olduğu özel emeklilik sistemi kapsamında, lehdara ödenen sigorta tazminatlarının satın alma değerleri de tenkise konu olmaktadır (eZGB Art.529)⁹⁹.

2. Tenkiste Sıraya İlişkin Mevcut Düzenleme ve Değişiklikler

Revizyon çalışmaları kapsamında, tenkise konu olacak yeni kazandırma ve değerler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, eşlerin yapmış oldukları anlaşmadan dolayı ortaya çıkacak katılma alacağı artışı (eZGB Art.216/Abs.2) ve mirasçılardan yasal miras paylarının karşılığı olarak terekeden elde ettikleri değerler (eZGB Art. 522/Abs.1) ve özel emeklilik sistemi dolayısıyla yapılan ödemeler de tenkise konu olmaktadır. Tenkise konu yeni kazandırma ve değerlerin ortaya çıkması, tenkiste sıranın da yeniden şekillendirilmesini zorunlu kılmıştır¹⁰⁰.

Mevcut düzenlemede mirasbırakanın ölüme bağlı kazandırmaları ile sağ-lararası kazandırmaları tenkise konu olmaktadır. Bu kazandırmalar arasındaki sıra düzeni ZGB Art.532'de düzenlenmiştir. Hükme göre, tasarruf oranının aşıldığı ve saklı payların ihlal edildiği bir durumda, saklı pay ihlalinin sonlandırılması için öncelikle ölüme bağlı kazandırmalar tenkise tâbi tutulur¹⁰¹. Ölüme bağlı kazandırma yapılmamışsa veya var olanların tenkise tâbi tutulmasıyla saklı pay ihlali tamamen giderilemiyorsa, ikinci olarak sağ-lararası kazandırma-

⁹⁸ İsviçre'de emeklilik sistemi Federal Anayasanın 111. maddesine göre üç sütundan oluşmaktadır. 1. ve 2. sütunda yer alan sigortalar dolayısıyla yapılan ödemeler hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır (Açıklayıcı rapor, s. 5856). Dolayısıyla bu sütunda yer alan sigortalardaki rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle hak sahiplerine yapılan ödemeler tenkise konu olmamaktadır. 3a sütununda yer alan emeklilik sisteminin yasal düzenlemesi için bkz. Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV 3), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19850278/200901010000/831461.3.pdf> (E.T. 29.12.2018).

⁹⁹ Açıklayıcı rapor, s. 5855-5856.

¹⁰⁰ Açıklayıcı rapor, s. 5859.

¹⁰¹ **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 665; **Ryffel**, ZGB Komm. Art. 532, N. 1; **Daniela Klöti**, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältniss, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014, N. 187; **Eigenmann**, CS., Art.532, N. 1; **Fankhauser**, HandKomm., Art. 532, N. 1; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 420; **Oğuzman**, s. 235; **İmre**, s. 438; **Köprülü**, s. 331-332.

lar tenkise tâbi olurlar¹⁰². Birden fazla ölüme bağlı kazandırmanın bulunması halinde, aksi tasarruftan anlaşılmadığı takdirde, tenkis kazandırmaların tamamından orantılı olarak gerçekleştirilir (ZGB Art.525). Birden fazla sağlararası kazandırmanın bulunması durumunda ise en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere tenkis gerçekleştirilir (ZGB Art.532)¹⁰³.

Tasarıdaki tenkiste sırayı düzenleyen eZGB Art.532/Abs.1'e göre, saklı pay ihlalinin ortadan kaldırılması için öncelikle mirasçılardan yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerler tenkise konu olurlar. Bunların tenkisine rağmen saklı pay ihlali giderilememişse ikinci olarak ölüme bağlı kazandırmalar tenkis edilir. Saklı pay ihlali devam ediyorsa, üçüncü olarak sağlararası kazandırmaların tenkisi gerçekleştirilir. Tenkise tabi kazandırma ve değerlerin sırasının belirlenmesi bakımından da kanunkoyucu mirasbırakanın iradesine üstünlük tanımakta ve tasarruf serbestisinin sınırlarını genişletmektedir. Zira mirasbırakanın iradesinden bağımsız olarak terekede hak sahibi olan mirasçılardan yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin ilkin tenkise tabi tutulması ilkesi kabul edilmiştir¹⁰⁴.

Tenkise konu aynı nitelikte birden fazla kazandırma veya değer bulunması halinde bunların kendi arasındaki tenkis düzeni de revizyon çalışmaları kapsamında yeniden belirlenmiştir. Birden fazla mirasçının bulunduğu olasılıktaki, mirasçılardan yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin kısmen tenkisinin yapılması gerekiyorsa, kazandırmalardan orantılı tenkis ilkesine göre tenkis gerçekleştirilecektir (eZGB Art.523)¹⁰⁵. Yasal mirasçılardan elde ettikleri değerlerin tenkisine rağmen saklı pay ihlali ortadan kaldırılamıyorsa, mirasbırakanın iradesinin ürünü olan ölüme bağlı kazandırmalar ve tenkise konu sağlararası kazandırmalar tenkis edilmektedir. Tenkis edilecek birden fazla ölüme bağlı kazandırmanın bulunduğu durumlarda kazandırmaların kısmen tenkis edilmesi gerekli ise, mevcut düzenlemede olduğu gibi kazandırmalar

¹⁰² **Eigenmann**, CS., Art.532, N. 1; **Forni/Piatti**, BaslerKomm., Art. 532, N. 1; **Ryffel**, ZGB Komm. Art. 532, N. 1; **Fankhauser**, HandKomm., Art. 532, N. 1; **Montavon**, s. 564; **Klöti**, Spannungsfeld, N. 184; **Köprülü**, s. 333; **Oğuzman**, s. 236; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 421; **Dural/Öz**, s. 285; **Ayan**, s. 182.

¹⁰³ **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 665; **Ryffel**, ZGB Komm. Art. 532, N. 2; **Fankhauser**, HandKomm., Art. 532, N. 2; **Köprülü**, s. 336; **Aybay**, s. 78; **Eren**, s. 162; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 423; **Serozan/Engin**, s. 247; **Oğuzman**, s. 238-239; **İmre**, s. 440; **Dural/Öz**, s. 290.

¹⁰⁴ Açıklayıcı rapor, s. 5886.

¹⁰⁵ Yasal mirasçı aynı zamanda saklı paylı mirasçı sıfatına da sahipse, saklı payını aşan kısmı dikkate alınacak ve tenkise konu olacaktır (eZGB Art.523).

orantılı olarak tenkis edilecektir¹⁰⁶. Sağlararası kazandırmaların kendi arasındaki sıra düzeni ise tamamen yeniden ele alınmıştır. eZGB Art.532/Abs.2'ye göre, sağlararası kazandırmaların tenkisinde uygulanan “*tarihe göre tenkis ilkesi*” uygulanmaya devam edilmektedir¹⁰⁷. Ancak hükümde bazı sağlararası kazandırmaların öncelikle tenkis edileceği öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, eşlerin eZGB Art.216/Abs.2 kapsamında yaptıkları anlaşmadan dolayı ortaya çıkacak katılma alacağı artışı, sağlararası kazandırma olarak öncelikle tenkis edilir. Katılma alacağı artışından sonra ise, ikinci olarak özel emeklilik sistemi dolayısıyla ödenen sigorta tazminatlarının satın alma değerleri ve mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar aynı oranda tenkis edilir. Belirtilen sağlararası kazandırmaların tenkisine rağmen saklı pay ihlali giderilemezse, diğer sağlararası kazandırmalar en yeni tarihlisinden en eski tarihli sine doğru gidilerek tenkis edilir¹⁰⁸.

3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk toplumunun sosyo-ekonomik durumu dikkate alındığında, yasal mirasçılığın önemini koruduğu görülmektedir. Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik bir eğilim bulunmakla birlikte, Türk hukukunda, iradi mirasçılıkla yasal mirasçılık arasındaki denge korunmaktadır. Bu bağlamda, Türk hukuku bakımından mirasçılardan yasal miras paylarının karşılığı olarak terekeden elde ettikleri menfaatlerin/değerlerin tenkise konu olması yakın bir zamanda olası görünmemektedir.

İsviçre hukukunda yapılacak değişikliklerle, özel emeklilik sistemi dolayısıyla lehdara yapılan ödemeler de tenkise konu olacaktır. Türk hukuku bakımından, özel emeklilik sistemini karşılayan müessesese bireysel emeklilik sistemidir. Türk Medeni Kanunu'nda hayat sigortalarının tenkisi düzenlenmekle birlikte, bireysel emeklilik sistemi kapsamında ödenen tutarların tenkisine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK.m.567'ye göre, mirasbırakanın primlerini bizzat ödediği ve ölme ihtimaline karşı yaptığı hayat sigortasının

¹⁰⁶ Lehine ölüme bağlı kazandırma yapılan kişi aynı zamanda saklı paylı mirasçı sıfatına da sahipse saklı payını aşan kısmı, dikkate alınacak ve bu kısım tenkise konu olacaktır (eZGB Art.523).

¹⁰⁷ “*Tarihe göre tenkis ilkesi*”, mirasbırakanın ölümünden önce en son yaptığı kazandırmadan başlanıp, en eski tarihli olana doğru gidilerek tenkisin yapılacağını ifade etmektedir Bkz. Klöti, Spannungsfeld, N. 187; Ryffel, ZGB Komm. Art. 532, N. 2; Eren, s. 162; Serozan/Engin, s. 247; Dural/Öz, s. 290.

¹⁰⁸ Tarih esaslı tenkisin gerçekleştirildiği durumlarda kazandırmaların kısmen tenkisi gerekiyorsa ve kazandırmalar aynı tarihli ise orantılı olarak tenkis edilirler (Açıklayıcı rapor, s. 5887).

lehdarı lehine doğan satın alma değeri tenkise tâbi olur. Zira hayat sigortasının primleri mirasbırakanın malvarlığından karşılanmasına rağmen, sigortadan beklenen menfaati karşılıksız olarak üçüncü kişi elde etmektedir. Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesinin 5. fıkrasına göre, “*Katılımcının vefat etmesi halinde birikimleri ve varsa devlet katkısı hesabındaki tutar, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla varsa emeklilik sözleşmesinde belirtilen lehdarlara veya kanunî mirasçılara ödenir*”. Yönetmelik hükümleri dikkate alındığı takdirde, katılımcının (mirasbırakan) ölümü halinde bireysel emeklilik sisteminde biriken tutarlar, belirlenmişse lehdara, lehdar belirlenmemişse mirasçılara ödenmektedir. Söz konusu düzenleme, hayat sigortasının satın alma değerinin lehdarlara ödenmesiyle benzerlik taşımaktadır. Bu kapsamda, sigorta ödemeleri ile aynı hukuki etkiyi ortaya çıkaran bireysel emeklilik sistemi ödemelerinin de tenkise konu olması gerekmektedir. Yönetmelik hükmünde, “*Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla*” lehdara ya da mirasçılara ödeme yapılacağı belirtilmektedir. Bu ifade, söz konusu kazandırmaların da tenkise konu olması bakımından yeterli değildir. Zira tenkise konu sağlararası kazandırmalar Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Yönetmelik hükmünün Kanun'un uygulama alanını genişletmesi mümkün değildir. Bu amaçla, TMK.m.567'e eklenecek yeni bir fıkra ile bireysel emeklilik sistemi kapsamında lehdara veya mirasçılara yapılan ödemelerin de tenkise konu olacağına düzenlenmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

İsviçre'deki miras hukukuna ilişkin revizyon çalışmalarının temel hedefi, “çağdaş bir miras hukuku” oluşturmaktadır. Toplumun sosyo-ekonomik durumundaki değişiklikler, aile hukuku alanındaki revizyonlar ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler miras hukukuna ilişkin hükümlerin yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Yapılması planlanan değişiklikler bütüncül olarak değerlendirildiği takdirde, revizyon çalışmalarının esas hedeflerinin mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf serbestisinin arttırılması, fiili hayat ortaklarının durumunun iyileştirilmesi ve değişik yorumlara açık olan hükümler bakımından uygulama birliğinin sağlanması olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, bazı hükümlerde içerik itibarıyla değişiklik yapılmış, yeni müesseseler oluşturulmuş ve uygulanmada ortaya çıkan görüş ayrılıklarının sonlandırılması için bazı hükümler yeniden kaleme alınmaktadır. Yapılması planlanan değişikliklerin ve oluşturulan yeni müesseselerin Türk miras hukuku sistemini de yakın bir zamanda etkileyeceği ve yeni tartışmaları da ortaya çıkaracağı kuşkusuzdur.

İsviçre'deki tasarıda yer alan düzenlemelerin özellikle bazılarının Türk kanunkoyucusu tarafından da dikkate alınması ve bu yönde değişiklik yapılması uygun olacaktır. İlk olarak, Türk hukukundaki haklı eleştirileri karşılması için, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığına etkisine ilişkin öngörülen düzenleme Türk hukuku bakımından da benimsenebilir. Bu yönde yapılacak değişikliklerle, sağ kalan eşin mirasçılığını diğer mirasçılarının iradesine ve hâkimin takdirine bırakan mevcut sistem terk edilmelidir. İkinci olarak, uzun süre fiili birliktelik yaşayıp çocuk sahibi olan kadınların, birliktelik yaşadığı erkeğin ölümünden sonra ekonomik yönden zor durumda kalmasının önüne geçilmesi için, "destek talebi"ne benzer bir müesseseye Türk miras hukuku sisteminde de yer verilmesi uygun olacaktır. Son olarak ise, mirasbırakanın ölme ihtimaline karşı akdedilen hayat sigortası ödemeleri ile aynı hukuki etkiyi ortaya çıkaran bireysel emeklilik sistemi ödemeleri, İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukuku bakımından da tenkise tabi kazançtır niteliği taşımaktadır.

KAYNAKÇA*

Antalya, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, İstanbul 2015.

Ayan, Mehmet, Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, Y. 2002, s. 7-18.

Ayan, Serkan, Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun'un 527/II Hükümünün Anlamı, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 14-33.

Aybay, Aydın, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2000.

Baddeley, Margareta, De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016: aperçu sommaire de la proposition de réforme, FamPra.ch, Heft 3, 2016, s. 569-597 (Kısaltma: **Baddeley**, Réforme).

Baddeley, Margareta, La réserve héréditaire: quo vadis?, successio Heft 4, 2014, s. 282-291.

Baygın, Cem, 21.01.2010 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Boşanma Davasında Davalının Ölümünün Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ka-

* Metin içerisinde birden fazla atıf yapılmış eserlere kaynakçada yer verilmiştir. Diğer eserlerin bilgilerine ilgili atıfta yer verilmiştir.

zancı Hukuk Dergisi, S. 77-78, Ocak-Şubat 2011, s. 30-48 (Kısaltma: **Baygın**, Eşin Mirasçılığı).

Baygın, Cem, Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması, EÜHFD., C. XII, S. 3-4, Y. 2008, s. 137-179. (Kısaltma: **Baygın**, Tasarruf Nisabı).

Baygın, Cem, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005 (Kısaltma: **Baygın**, Alacaklıların Korunması).

Breitschmid, Peter/ **Rumo-Jungo**, Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Erbrecht - Art. 457-640 ZGB, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2012 (Kısaltma: **Yazar adı**, HandKomm).

Çağa, Tahir, Türk – İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, İstanbul 1950.

Çakır, Aytuğ Ceyhun, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, İstanbul 2018.

Çınar, Ömer, Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s.219-230.

Demir, Mehmet, Olumlu Miras Sözleşmeleri, YD., C. 20, S. 3, Y. 1994, s. 279-294.

Dural, Mustafa, İsviçre'de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8 (Özel Sayı), s. 927-936 (Kısaltma: **Dural**, Hayat Ortaklığı).

Dural, Mustafa, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980.

Dural, Mustafa/**Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2016.

Eigenmann, Antoine/**Rouiller**, Nicolas (Hrsg.), Commentaire du droit des successions, (Art. 457-640 CC; Art. 11-24 LDFR), Stämpfli Verlag AG, Bern 2012 (Kısaltma: **Yazar adı**, CS.).

Eitel, Paul, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht?, Successio, Heft 2, 2016, s. 183-185.

Eitel, Paul, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem (vor allem politisch) zeitgemässen Erbrecht (?): Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, Successio, Heft 4, 2018, s. 336-349 (Kısaltma: **Eitel**, Entwurf 2018).

Eitel, Paul, Was ist zeitgemässes Intestaterbrecht?, *Successio*, Heft 3, 2017, s. 263-266 (Kisaltma: **Eitel**, Intestaterbrecht).

Eren, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.

Fankhauser, Roland/**Jungo**, Alexandra, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick, recht, Heft 1, 2019, s. 1-11.

Geiger, Alexandra, Kurz und bündig: Vernehmlassung des Vereins Successio zum Vorentwurf der Erbrechtsreform, *Successio*, Heft 4, 2016, s. 324-328.

Haidmayer, Barbara, Die Revision des Erbrechts, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Heft 12, 2018, s. 1544-1555.

Hausheer, Heinz/**Reusser**, Ruth/**Geiser**, Thomas, Berner Kommentar, Bd. II/1/3, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 181-220 ZGB, Bern 1992 (Kisaltma: **Hausheer/Reusser/Geiser**, BernerKomm.).

Horat, Felix, Die Revision des Erbrechts/Motion Gutzwiller, Blätter für Agrarrecht (BIAR), Heft 3, 2017, s. 239-246.

Hrubesch-Millauer, Stephanie, Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag - eine methodische Betrachtung, *successio*, Heft 3, 2008, s. 205-224.

Hrubesch-Millauer, Stephanie, Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag, Heft 1, 2015, s. 55-62 (Kisaltma: **Hrubesch-Millauer**, Erbvertrag).

İmre, Zahit, Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1978.

İnan, Ali Naim / **Ertaş**, Şeref /**Albaş**, Hakan, Miras Hukuku, İzmir 2012.

Jungo, Alexandra, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, *Successio*, Heft 1, 2016, s. 5-26.

Kılıçoğlu, Ahmet, Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.

Klöti, Daniela, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältniss, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014 (Kisaltma: **Klöti**, Spannungsfeld)

Klöti, Daniela, Freiteil – eine filigrane Perfektionierung des Pflichtteilsrechts, *successio*, Heft 1, 2017, s. 92-103 (Kisaltma: **Klöti**, Pflichtteilsrechts)

Kobel, Felix/Fankhauser, Roland, Zur Herabsetzbarkeit erbrechtlichen Intestaterwerbs - ein Diskussionsbeitrag, *successio*, Heft 3, 2007, s. 168-176.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan (Hrsg.), *ZGB Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2011 (Kısaltma: **Yazar adı**, ZGB Komm.).

Lötscher, Cordula, (K)ein gesetzliches Erbrecht für faktische Lebenspartner?, *successio*, Heft 2, 2018, s. 195-209.

Montavon, Pascal, *Abrégé de droit civil. Art. 1er à 640 CC/LPart*, 3e édition, Zürich 2013.

Ön tasarımın açıklayıcı raporu: https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzge_bung/erbrecht/vn-ber-d.pdf (Açıklayıcı rapor 2016).

Petek, Hasan, Saklı Pay Kurallarının Mirasın Paylaştırılmasında Uygulanması, *İBD*, C. 85, S. 4, Y. 2011, s. 59-79.

Piotet, Denis, Où porter le débat sur l'avant-projet de révision du droit des successions? *Successio*, Heft 4, 2016, s. 329-334.

Sarı, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

Schwenzer, Ingeborg (Hsrg), *Fam Kommentar, Scheidung*, Band I: ZGB, 2. Auflage, Bern 2011 (Kısaltma: **Yazar adı**, FamKOMM.).

Serozan, Rona, *Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri*, *İÜHFM C. LXXIII*, S. 1, y. 2015, s. 531-559.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2014.

Sutter-Somm, Thomas/Ammann, Dario, *Die Revision des Erbrechts*, Schulthess Verlag, Zürich 2016.

Şenocak, Zarife, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, *AÜHFD.*, C. 58, S. 2, 2009, s. 377-411.

Şıpka, Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011.

Şıpka, Şükran/Kaplan, Hasan Ali, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.263-274.

Tasarımın açıklayıcı raporu: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5813.pdf>. (Açıklayıcı rapor).

Taş Korkmaz, Hülya, Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekantez'e Armağan, Özel Sayı 2014, s. 1413 – 1482.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13 Auflage, Schulthess, Zürich 2010.

Weimar, Peter, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Ableitung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (Kısaltma: **Weimar**, BernerKomm.).

Wolf, Stephan, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV Heft 5, 2007, s. 301-316.

Wyss, Daniel A., Eugen Huber und die Erbrechtsrevision, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV), Heft 12, 2018, s. 833-846.

Zeytin, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara, 2008.

FİKRİ ÜRÜNE İLİŞKİN SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ

Brokerage Agreement on Intellectual Property

Dr. Öğr. Üy. Onur SARI*

Özet

Fikri mülkiyet hakları, günümüzün ticaret hayatının vazgeçilmez bir parçası olmuştur. Şirketler, fikri ürünlere yatırım yaparak, teknolojilerini geliştirmeyi ve marka değerlerini artırmayı hedeflemektedir. Ancak şirketler sadece fikri hakları kullanmak için yatırım yapmamaktadır. Bunun yanı sıra fikri hakları devrederek ve lisans vererek gelir elde etmeyi hedeflemektedirler. Şirketlerin bu yaklaşımı fikri ürün pazarını önemli bir pazar haline getirmiştir. Bununla birlikte doğru fikri ürünün, doğru şirketçe elde edilmesi oldukça meşakkatli ve masraflı bir süreç sonucunda mümkün olacaktır. Bu nedenle fikri ürün konusunda uzman aracılar ihtiyacı doğmuştur. Türk Hukuku nezdinde böyle bir faaliyet yürüten aracılar, simsarlık hükümleri uygulanabilir. Simsarlık genel olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, madde 520 ile 525 arasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre simsarlık aracılık faaliyeti yapacaktır. Aracılık faaliyeti neticesinde sözleşme kurulursa ücret hakkı elde edecektir. Bununla birlikte simsarlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin bir türüdür. Bu nedenle simsarlık sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Vekâlet sözleşmesi hükümleri gereği simsarın, sadakat borcu, özen borcu, iş sahibinin talimatlarına uyma borcu, sır saklama borcu, hesap verme borcu bulunmaktadır.

* İstanbul Kent Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Doktor Öğretim Üyesi, sari.onurrr@gmail.com, (ORCID ID: 0000-0002-9026-7600).

Makale Geliş Tarihi: 30.07.2019

Makale Kabul Tarihi: 28.10.2019

Anahtar Kelimeler: Simsarlık, Fikri Mülkiyet Hukuku, Eser, Sınai Hak, Ticaret Hukuku, Medeni Hukuk, Simsarlık Sözleşmesi, Patent, Tasarım, Vekalet Sözleşmesi

Abstract

Intellectual property rights have become an indispensable part of today's business life. Companies aim to improve their technologies and increase their brand values by investing in intellectual property rights. However, the companies are not just investing in the intellectual property right to utilize. In addition, they also aim to obtain income by transferring intellectual property rights and license. This approach of companies has made the intellectual property market an important market. However, it would be possible to obtain the right idea with the right company by a very difficult and costly process. Therefore, there was a need for expert intermediaries on intellectual property rights. Turkish law should be described as brokers who carry out such activities. Brokerage is generally regulated by the Turkish Code of Obligations No. 6098, articles 520 to 525. According to the related regulation, brokerage will do intermediary activities. If the contract is established as a result of intermediary activity, it will obtain the right to pay. Furthermore, the brokerage contract is a kind of proxy agreement. For this reason, the provisions on proxy agreement will be applied to the contract of brokerage. In accordance with the provisions of the proxy agreement, broker must loyal to contract parties, work diligently, obey the owner's instructions, keep the secrets and be accountable.

Keywords: Brokerage, Intellectual Property Law, Copyright, Industrial Right, Commercial Law, Civil Law, Brokerage Agreement, Patent, Design, Proxy Agreement

Giriş

Günümüzde patent, tasarım, eser, yeni bitki çeşitleri gibi fikri ürünler üzerinde birçok şirket ve üniversiteler çalışmalar yapmaktadır. Yapılan bu çalışmaların insanlığa, bilime ve ticarete katkısı yadsınamaz. Bu fikri ürünlerden ekonomik olarak yararlanmak ise sahibinin en doğal hakkıdır. Fikri ürün sahipleri inhisari olarak haklarından yararlanabilir. Bununla birlikte hak sahiplerinin, haklarından ekonomik olarak faydalanmak için, sadece bu hakkı kullanma hak-

kı yoktur. Lisans verme, devretme gibi bu haklardan ekonomik yararlanmayı sağlayacak başka opsiyonları da bulunmaktadır.¹

Geçmişte fikri ürün sahipleri, fikri hakları sadece kullanmak ve uygulamak amacıyla elde etmekteydi. Bu yaklaşım günümüzde değişmiştir. Günümüzde şirketler fikri ürünleri şirket içinde ürün geliştirmek amacıyla kullandığı gibi lisans veya kullanım hakkı tanıyarak ikincil marketlerde ticaret konusu haline de getirebilir.² Artık birçok kişi ve şirket fikri ürünleri bir gelir kapısı olarak görmektedir. Fikri ürünleri tıpkı ticari bir mal gibi tedavüle sokmakta ve piyasada değerlendirmek istemektedir. Dolayısıyla günümüzde şirketlerin elde ettikleri fikri ürünlerden kendileri faydalanabildikleri gibi ticarete konu ettikleri de görülmektedir.³

Fikri ürünlerin pazarlanması ise ayrı bir pazar oluşturmuştur. Başta patent olmak üzere fikri ürün pazarı günümüzde hızla büyümektedir. Bu büyümeyle birlikte fikri ürünlerde sıklıkla el değiştirmektedir. Bununla birlikte fikri ürün pazarının büyümesiyle birlikte fikri ürünlerin takip edilmesi de oldukça güçleşmektedir. Bu nedenle doğru fikri ürünün doğru alıcıya temin edilmesi konusunda bir hizmet ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca sadece ihtiyaç duyulan fikri ürünün bulunması da yeterli değildir. Fikri ürün hakkıyla ilgilenen, böyle bir hakkın hukukten korunup korunmadığını, sahibinin kim olduğunu, sahibinin bu hakkı lisans veya devir yoluyla değerlendirmek isteyip istemediğini öğrenmelidir.⁴ Aracıların rolü de burada başlamaktadır. Fikri ürün konusunda uzman aracılar, pazarı takip etmekte ve hizmet sunmuş olduğu firmaların ne gibi ihtiyaçları olduğunu bilmektedir.

Günümüzde mucitler ve küçük şirketler elde ettikleri fikri ürünlerin değerlendirilmesi sürecinde alıcı veya lisans alan bulmakta da zorlanmaktadır.⁵ Alıcı veya lisans alan bulunsa bile işleme konu fikri ürünün değerinin ve niteliklerinin bilinmemesi şeffaf olmayan ve riskli bir pazarlık sürecini başlatacak-

¹ **Bloch**, S. David, Edited by. **Hansen** C. Hugh, Monetization of Patent and Other IP Rights: An Introduction, *Intellectual Property Law and Policy*, vol. 12, Fordham Intellectual Property Law and Policy Annual, 2013, s.247 -251, s.248.

² **Benassi** Mario / **Di minin** Alberto, Playing in between: Patent Brokers in Markets for Technology, *R&D Management*, Vol. 39, Issue 1, 2009 s.68-86, s.68.

³ **Benassi** / **Di Minin**, s.68.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Benassi** / **Di Minin**, s.76.

⁵ **Hagiu** Andrei / **Yoffie** B. David, *Intermediaries for the IP Market*, Harvard Business School, 2011, (IP Market), s.4.

tır. Bunun önüne geçmek amacıyla sözleşmenin müzakereleri sürecinde bir rehber ihtiyacı vardır.⁶ Buradaki rehberliği ise simsar gerçekleştirebilir. Ayrıca fikri ürünlerin araştırılması ve bulunması da oldukça maliyetli bir süreçtir. Örneğin her ne kadar patent başvuruları ve patent belgeleri, Dünya'nın her yerindeki patent ofisleri tarafından duyurulsa da patent alıcıları için karmaşık ve hızla değişen patentleri takip etmek oldukça güçtür.⁷ Bununla birlikte enforsasyon devrimiyle birlikte fikri ürünler modern şirketlerin başarılı veya başarısız olması konusunda önemli bir role sahiptir.⁸ Günümüz şirketleri fikri ürünler sayesinde devamlılığını sağlayabilmektedir. Klasik yöntemlerle üretim veya ticari faaliyet yürütmek artık kârlı değildir. Bu nedenle şirketler, katma değeri yüksek üretim ve marka değeri için fikri ürünlere yatırım yapmaktadır.

İşte bu nedenlerle iş sahiplerine yardımcı olmak amacıyla fikri ürünler üzerinde uzman aracılar başvurmakta fayda vardır. Bu süreçte doğru fikri ürünün doğru kişiye satılması ve lisans verilmesi önem arz etmektedir. Nitekim fikri ürünler üzerinde yapılan alım satımlar ile lisans işlemleri maddi ürünlere göre çok daha çetrefillidir. Öncelikle fikri ürünün ne kadar faydalı olacağı belirsizdir. Elde edilen fikri üründen beklenen menfaat her zaman elde edilemeyebilir. Örneğin patentli buluş zamanla işlevsiz hale gelebilir. Yine bir marka, zamanla tanınır olma etkisini yitirebilir. Bu hakların varlığı da garanti edilmez. Hükümsüzlük davalarıyla bir sınai hak hükümsüz kılınabilir. Ayrıca teknoloji-deki hızlı dönüşüm dikkatte alındığında bu haklar rakip firmalarca hızlı bir şekilde edinilebilir.

Mukayeseli hukukta fikri ürünlerin değerlendirilmesinde çeşitli aracı kurumlar bulunmaktadır. Başlıcaları; simsarlar, fikri mülkiyet hakkına yönelik mezar şirketleri, fikri hak yönetim şirketleri ile fikri hak stok şirketleridir.⁹ Bunlardan özellikle fikri hak trollerinin ekonomik hayatta önemli bir rolü bulun-

⁶ Wang, W. Allen, Rise of the patent intermediaries. *Berkeley Tech. Law Journal*, 2010, v.25, s.159 – 200, s.184.

⁷ Hagi / Yoffie, IP Market, s.5.

⁸ Thurow, C. Lester, Needed: A New System of Intellectual Property Rights, Issue:75, *Harvard Business Review*, SEPTEMBER–OCTOBER 1997.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Millien Raymond / Laurie Ron, Established & emerging IP business models, *The Eighth Annual Sedona Conference*, Phoenix, AZ. 2007, (<http://www.concap.cc/wp-content/uploads/2012/03/IP-BusinessModels.pdf>), (E.T.:14.03.2019), s.3, Bloch, s.249, Hagi / Yoffie, IP Market, s.4 vd., Cotropia, A./ Christopher A. / Kesan P. Jay, / Schwartz L. David, Unpacking patent assertion entities (PAEs). *Minn. Law Review*. v.99, 2014, s.649 – 703, s.668.

maktadır. Fikri hak trolleri, fikri hakkı geliştirmek, uygulamak için değil ticari açıdan değerlendirmek için kurulan şirketlerdir. Bu tür şirketlerin konusu fikri hakların yönetimini sağlamaktır. Fikri hak trolleri başta patent olmak üzere fikri hakları geliştirmez, üzerinde çalışmaz, sadece edinir.¹⁰ Şirketin kârı ise yetkisiz bir şekilde fikri hakkı kullanan şirketlere karşı yürütülen hukuki süreçlerden kaynaklanmaktadır.¹¹ Sahip oldukları fikri hakları lisans vererek veya dava açarak gelir elde ederler.¹² Bu süreçte yetkisiz bir şekilde fikri hakkı kullanan şirkete karşı dava açar veya dava açma tehdidinde bulunur. Türk Hukuk'unda işletme konusu fikri hakları edinip bunlardan sadece ticari olarak yararlanma amacıyla kurulan bir şirket tespit edilememiştir. Kanımızca bu tür şirketlerin kurulmasıyla mümkündür. Bununla birlikte SMK. m.129/1-a bağlamında patentin belirli bir süre içerisinde kullanılmaması halinde zorunlu lisans talep edilebilecektir. Bu düzenleme fikri hak trollerinin elde ettikleri patent haklarını suiistimal etmelerini engelleyebilecektir. Ancak diğer fikri haklar için böyle bir zorunlu lisans düzenlemesi yapılmamıştır.

Fikri hakkı uygulamak için edinmeyip suiistimal eden şirketlere tepki olarak RPX, AST gibi fikri mülkiyet hakkı stok şirketleri¹³ kurulmuştur. Bu stok şirketleri fikri hakları edinmekte ve üyelerine bu hakkın kullanımını sağlamaktadır.¹⁴ Bunların fikri hak yönetim şirketlerinden farkı portfolyolarında bulunan fikri hakların olası haksız kullanımı halinde, ihlal davaları açmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁵ Edinmiş olduğu bir fikri hakkın ihlal edilmesi halinde ihlal edene lisans vermeyi veya hakkı devretmeyi önermektedir.¹⁶ Her iki tip

¹⁰ **Bessen James / Meurer J. Michael**, The Direct Costs from NPE Disputes, v. 99 *Cornell Law Rev.*, 2014, s. 387 – 424, s.388.

¹¹ **Hagiü Andrei / Yoffie B. David**, "The New Patent Intermediaries: Platforms, Defensive Aggregators and Super-Aggregators." *Journal of Economic Perspectives* 27, no.1/Winter-13, 2013, s.45–66, (Patent Intermediaries), s.51.

¹² **Wang**, s.166.

¹³ Mukayeseli hukukta bu tür şirketlere ve kuruluşlara "defensive patent acquisition services" denilmektedir. Bu tür şirketler fikri ürünleri stoklayıp üyelerine veya iş yaptıkları üçüncü kişilere fikri ürünün kullanımını sağladığı için fikri ürün stok şirketi olarak tanımlanması doğru olacaktır. Nitekim stokladığı fikri ürünleri uygun bedellerde kullanıma açmaktadır. IP trolleri gibi dava açarak veya baskı yaratarak gelir elde etmemektedir.

¹⁴ **Cosandier Charlene / Delcamp Henry / Leiponen Aija / Ménière Yann**, "Defensive and offensive acquisition services in the market for patents," 2014, ([http:// www.gtcenter.org](http://www.gtcenter.org), (E.T.04.04.2019), s.6.

¹⁵ **Hagiü / Yoffie**, IP Market, s.21.

¹⁶ Tüm tekliflere rağmen öneri yapılan şirket, teklifleri kabul etmezse son çare olarak hukuki yollara başvurulabilir.

şirkette fikri ürün üzerinde çalışmamaktadır. Ancak fikri ürünün kullanılması için bir tür aracılık yapmaktadır. Fakat yapmış oldukları aracılık bir simsarlık değildir. Bu şirketler üzerinde çalışma veya araştırma - geliştirme yapmadıkları fikri ürünleri edinmekte ve üçüncü kişilere devretmekte veya lisans vermektedir. Dolayısıyla fikri ürün sahiplerinin haklarını değerlendirmesi için bir fikri ürün portfolyosu hazırlamaktadırlar. Alıcılarda bu portfolyodan diledikleri hakları kullanabilir. Bir de mezat şirketleri bulunmaktadır. Mezat şirketleri yapı olarak simsarlığa benzerdir. Mezat şirketleri maddi varlığı olmayan fikri ürünlerin, tıpkı maddi mallar gibi, piyasada dolaşımını kolaylaştırmak ve pazar yaratmak amacıyla canlı müzayedeler düzenler.¹⁷ Fakat simsarlık gibi bir aracılık faaliyeti yürütmemektedir. Mezat şirketleri, önceden koşulları belirlenmiş olan fikri ürünü müzayedeye konu eder; karşılığında müzayede katılım ücreti ile alıcı ve satıcıdan komisyon elde eder.¹⁸ Fikri ürün simsarlığı ise fikri ürün pazarındaki en eski kurumlardan birisidir.¹⁹ Simsar, fikri ürün konusunda bir aracı gibi faaliyet göstererek, iş sahibiyle alıcı arasında bağlantı kurulmasını sağlamaya çalışmaktadır.²⁰ Böylelikle farklı alanlarda çalışan şirketler arasında bağlantılar kurularak ihtiyaç duyulan teknoloji transferine olanak sağlanmaktadır.²¹ Fikri ürün konusunda aracılık faaliyeti yürüten simsarların sadece birbirine ulaşamayan tarafları buluşturmak gibi bir işlevi de yoktur. Simsarın teknoloji pazarına önemli bir katkısı da vardır. Uzman bir simsar, iş sahibinin ihtiyacı olan teknoloji konusunda bilgi sahibidir. Bazen yeni bir fikri ürün, bilinen ürünler kullanılarak ortaya çıkarılabilir. Simsar böyle bir fikri ürünü bularak yeni ürünler veya yeni kombinasyonlar meydana getirilmesine katkı sağlar.²²

Türk Hukuku'ndaysa diğer gelişmiş ülkelerdeki gibi, geniş bir fikri ürün pazarı bulunmamaktadır. Ancak ülkemiz başta tasarım olmak üzere birçok alanda fikri ürün üreten ülkelerden biridir. İlerleyen dönemlerde yapılan çalışmalar neticesinde fikri ürün pazarının genişleyeceği de beklenmektedir. Bununla birlikte mevcut durum dikkate alındığında henüz ülkemizde fikri mülkiyet hakkına yönelik mezat şirketleri, fikri mülkiyet hakkı stok şirketleri ile fikri

¹⁷ **Millien / Laurie**, s.7.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Millien / Laurie**, s.7.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi ve diğer pazar oyuncuları için bakınız; **Bloch**, s.248.

²⁰ **Bloch**, s.248.

²¹ **Benassi Mario / D'angelo** Alfredo / **Geenen**, Guido, IP Intermediaries in Europe: A Web Content Analysis, *Industry and Innovation*, 19:4, 2012, s. 307-325, s.309.

²² **Hargadon** Andrew / **Sutton** Robert I. "Technology brokering and innovation in a product development firm" *Administrative science quarterly*, vol.42 1997, s.716-749, s.723.

hakkı uygulamak için değil ticari açıdan değerlendirmek için kullanan fikri hak yönetim şirketleri pek görülmemektedir. Fakat bir fikri hakkın üçüncü kişiye satılması veya lisans sözleşmesine konu edilmesi konusunda aracılık işlemleri sıklıkla yapılmaktadır. Mukayeseli hukukta bu tür bir aracılık işine “ip broker” denilmektedir.

Mukayeseli hukukta da görüldüğü üzere ip broker adlı kişiler, fikri ürünle ilgilenen potansiyel alıcılarla satıcılar arasında bağlantı kurulmasını sağlar ve aracılık faaliyeti yürütür.²³ Fakat bu kişiler ilgili hak konusunun sahibi değildir, kendileri fikri ürün üzerinde bir araştırma geliştirme çalışması yapmaz. Sadece bu fikri ürünlerin piyasada değerlendirilmesi konusunda aracılık faaliyeti yürütmektedir. Bu faaliyetin ülkemizdeki hukuki karşılığıysa kanımızca TBK’da düzenlenen sımsarlıktır.²⁴ Nitekim Türk Hukuku’nda sımsar da “fikri ürün brokeri” gibi aracılık faaliyeti yürütmektedir. Genellikle de aracılık faaliyeti neticesinde sözleşme kurulursa ücret hakkı elde etmektedir. Yine sımsar sahip olduğu bir hak veya eşya için aracılık yapmaz. Başkasına ait bir hak veya eşya için aracılık yapar.

I. Fikri Hak Kavramı

İnsanın zihni faaliyetleri neticesinde eserler, şiirler, patentler, tasarımlar, markalar gibi fikri ürünler ortaya çıkmaktadır. Bu fikri ürünlerin korunması gerekir. Fikri hukuk, yaratıcısının kendisinden doğmuş, kendi özelliklerini taşıyan fakat kendi dışındaki bir obje ile olan ilişkilerini düzenlemektedir.²⁵ Bu obje bir buluş, bir işaret, bir tasarım olabilir. Dolayısıyla fikri hukukla korunan ortaya çıkan ürün değildir. Ürünü meydana getiren fikir tasavvurudur.

Fikri mülkiyet hukukuyla, fikri bir çaba, emek, entelektüel bilimsel veya teknik bir birikim neticesinde ortaya çıkan fikri ürünlerin korunması amaçlanmıştır.²⁶ Fikri mülkiyet hukuku özel hukuk ve kamu hukuku dallarının birço-

²³ Wang, s.160.

²⁴ Mukayeseli ABD Hukuku’nda da sımsarlığa ilişkin hukuki düzenlemelerin fikri ürün sımsarlığına da uygulanabileceği belirtilmiştir. Böylelikle hem sımsarın sözleşmenin iki tarafına yönelik faaliyetleri denetlenebilecek hem de patent sistemi gibi fikri hakların koruma amaçları gerçekleştirilebilecektir. Bakınız; Wang, s.196 dnot. 157.

²⁵ Ayiter Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 1.Baskı, Ankara, 1981, s.6.

²⁶ Doktrinde Tekinalp, fikri mülkiyet hukukunun konusunun, yani fikir ve sanat eserlerinin, patentlerin, faydalı modellerin, endüstriyel tasarımların düzenlendikleri hukukların ve yarı iletken topografyalar ile dijital iletişimlere dair kuralların, ortak bir yanı olduğunu belirtmiş-

ğuyla sıkı bir bağlantı içindedir. Nitekim fikri mülkiyet hukukuyla bir yandan hak sahibinin korunması amacı güdülmekte, bir yandan da toplumun kültürel, teknolojik ve bilimsel gelişiminin sağlanması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte klasik sınıflandırma nazara alındığında fikri mülkiyet hukukuyla esas itibarıyla kişilerin yarattıkları veya iktisap ettikleri gayri maddi mallar üzerindeki yetkileri düzenlendiği için ağırlık merkezinin özel hukukta olduğu kabul edilebilir.²⁷

Fikri mülkiyet hukukunda fikri haklar düzenlenmiştir. Bununla birlikte doktrinde fikri haklar yerine fikri mülkiyet, fikri ve sınai mülkiyet gibi çeşitli kavramlarda kullanılmaktadır. Birden fazla kavramın kullanılmasıyla anlam karışıklıklarına neden olmaktadır. Yazarlarca da fikri hak, fikri ve sınai mülkiyet, fikri mülkiyet kavramlarının hangisinin kullanılması gerektiği tartışılmıştır. Doktrinde Gökyayla tarafından fikri mülkiyet ve fikri sınai mülkiyet terimlerinin kullanımının hatalı olduğu belirtilmiştir.²⁸ Bu görüşe göre fikri mülkiyet ifadesinin kaynağı fikri mülkiyet teorisidir. Ancak teknik olarak mülkiyet, taşınır ve taşınmazlar üzerinde kurulduğu için fikri mülkiyet kavramının kullanılması isabetli değildir.²⁹ Doktrinde Erdil, fikri mülkiyet kavramı ile fikri ve sınai mülkiyet kavramının eş anlamlı olduğunu, bu kavramların temelinde intellectual property kavramının yattığını, fikri mülkiyet kavramı içine fikir ve sanat eserleri ile marka, patent, tasarım, faydalı model, coğrafi işaret ve diğer sınai konuların girdiğini belirtmiştir.³⁰ Doktrinde Erdem'de İngilizce'deki "intellectual property, Almanca'daki "Immaterial – güterrecht" ve Fransızca'daki "propriété intellectuelle" terimlerinin karşılığı olan fikri mülkiyet ya da fikri ve sınai mülkiyet hatta daha uzun bir şekilde kullanılan "edebi/artistik, sınai ve ticari mülkiyet" terimlerinin anlamının aynı olduğunu belirtmiştir.³¹ Biz ise yazarların görüşlerine katılmakla birlikte çalışmamızda "fikri hak" kavramını kullanmayı uygun gördük. Fikri hak kavramı doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre

tir. Bu haklar aklın, düşüncenin ve hissedip ifade etmenin ortaya çıkardığı, fikri ürün diye adlandırılan sonucun ve onun sahibinin korumasını konu almışlardır. **Tekinalp Ünal**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul, 2012, s.5.

²⁷ **Ayiter**, s.6 Benzer yönde; **Erdem Bahadır**, *Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 1.Baskı, İstanbul, 2000, s.16.

²⁸ **Gökyayla Emre**, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 1.Baskı, Ankara, 2000, s.24

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Gökyayla**, s.24.

³⁰ **Erdil**, Engin, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1.Baskı, İstanbul, 2016, s.1 Doktrinde Oğuzman Barlas'da "... fikri haklar için de fikri mülkiyet deyimini kullanabileceğini" belirtmiştir. **Oğuzman Kemal / Barlas Nami**, *Medeni Hukuk*, 23. Baskı, İstanbul, 2017, s.157.

³¹ **Erdem**, s.10.

gerek Türk mevzuatı gerekse de günümüzde anlam bakımından fikri mülkiyet, fikri ve sınai mülkiyet kavramlarıyla eş anlamlıdır.³²

Marka, tasarım, patent, eser ve ilgili diğer haklar fikri hakları oluşturur.³³ Hukukumuzda fikri haklar; sınai haklar ve fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar olmak üzere ikiye de ayrılmıştır. Sınai haklar; sanayi, ticaret ve endüstride kullanılmak üzere fikri çaba sonucu yaratılan ürünlerdir; fikri haklar ise kişinin düşünce ve sanat becerisine dayanan yaratımları üzerindeki haklarıdır.³⁴ Fikirsel eserler kavramına, hikaye, roman, şiir gibi edebiyatla; müzik, resim gibi güzel sanatlarla ve sinema ilgili yapıtlar girmektedir.³⁵ Sınai haklara ise marka, patent, tasarım, faydalı model gibi sınai yönü ağır basan haklar girmektedir.

Fikri hak kavramının tanımı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu gibi fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatlarda yapılmamıştır. Doktrinindeyse yazarlarca fikri hak kavramının tanımı yapılmıştır. Yazarların görüşlerine değinirsek doktrinde Ateş fikri hak kavramını ‘*kişinin her türlü fikri ve zihni çaba ve emeği sonucunda ortaya çıkardığı ürünler üzerinde hukuken korunan ve hak sahibi dilediği takdirde bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaatlerdir.*’ şeklinde tanımlamıştır.³⁶ Ayiter fikri hakkı, ‘*her türlü fikri, zihni yaratma üzerindeki hakları ifade eden, ihtiralar ve modeller üzerindeki hakları da kapsayan geniş bir hak grubu*’ olarak tanımlamaktadır.³⁷ Esener’e göre ‘*fikri haklar kişinin fikri ürünleri üzerindeki haklarıdır*’ şeklinde tanımlamıştır.³⁸ Başpınar, Veysel’a göre ‘*fikri haklar kavramı, yaratıcı düşünce ürünü olan eserler üzerindeki hakları anlatan bir deyim olup İngilizce ve Fransızca’da ‘intellectual property law - propriété intellectuelle’ (fikri mülki-*

³² Erdem, s.10.

³³ Benassi / Di Minin, s.68, Camcı Ömer, *Endüstriyel Tasarım Davaları*, 1.Baskı, Ankara, 2000, s.3.

³⁴ Kılıçoğlu M. Ahmet, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 2. Baskı, Ankara, 2013 (Sınai Haklar), s.5, Benzer yönde; Erdem, s.10.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Korkusuz Mehmet Refik / Korkusuz Halit, *Hukuk Başlangıcı*, 4.Baskı, İstanbul, 2018, s.127.

³⁶ Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1.Baskı, Ankara, 2003, s.93.

³⁷ Ayiter, s.5.

³⁸ Esener Turhan, *Hukuka Giriş*, 11.Baskı, İstanbul, 2015,s.173.

yet) terimiyle ifade edilmekte Almanca karşılığıysa ‘‘Urheberrecht’’ (fikri haklar) olmaktadır.’’³⁹

Fikri haklar geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak da tanımlanmıştır. Geniş anlamda fikri haklar, fikir ve sanat eserlerini yaratan kimselerle, bilimsel ve fenni buluşlarda bulunan kimselerin, bunlar üzerindeki haklarını koruyan hem sınai hem de fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları terimleri ile ifade edilen hususları kapsar.⁴⁰ Geniş anlamda fikri haklar bilimsel ve tekniğe ilişkin fikri çalışmaları, ayırt edici işaretleri, kültürel ve estetik çalışmaları kapsayan geniş bir kavramdır. Bunlar her türlü fikri ürünler üzerindeki hakları ifade eder.⁴¹ Dar anlamda fikri haklar, sadece fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklarla ilgili hususları kapsar.⁴² Bunlar FSEK’de sınırlı şekilde sayılan ilim, edebiyat, müzik, güzel sanatlar ve sinema eserleri yani telif haklarını ifade eder.⁴³

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun üçüncü bölümünde ‘‘Fikri Hak’’ başlığı altında genel olarak eser sahiplerinin hakları düzenlenmiştir. Fikri hakların eser sahibinin haklarıyla aynı anlamda kullanıldığı izlenimi yaratılmıştır. Oysa ki doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre eser sahibinin haklarıyla fikri hakların eş anlamlı olduğunun kabul edilmemesi gerekir.⁴⁴ Fikri hakkın geniş bir tanımı da bulunmaktadır. Bu tanıma göre sadece eserler değil, buluşlar, tasarımlar, ıslahçı hakları ve entegre devre topoğrafya gibi haklarda fikri hak kavramı içerisinde değerlendirilebilir.⁴⁵ Dolayısıyla hukukumuzda fikri haklar sadece eser olarak kabul görmemektedir. Fikri haklar geniş tanımıyla daha yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Birçok yazar fikri hakları sayarken eserlerin yanı sıra teknik yönü ağır basan buluşlar, tasarımlar, ayırt ediciliği

³⁹ **Başpınar** Veysel / **Kocabey** Doğan, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.47.

⁴⁰ **Öztrak** İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1977, s.92,93.

⁴¹ **Tüysüz** Mustafa, *Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.24.

⁴² **Öztrak**, s.5.

⁴³ **Başpınar** / **Kocabey**, s.47 Benzer yönde, **Tüysüz**, s.213.

⁴⁴ **Ayiter**, s.5, **Arslanlı** Halil, *Fikir Hukuku Dersleri II*, 1.Baskı, İstanbul, 1954, s.77.

⁴⁵ Ayrıca bakınız; **Hirsch** E. Ernst, *Hukuki bakımdan Fikri Say*, Cilt 2, 1.Baskı, İstanbul, 1943, s.5, **Karaege** Özge, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini*, 1.Baskı, İstanbul, 2010, s.104.

sağlayan markaları da dâhil etmektedir.⁴⁶ Fikri hak deyiminin geniş anlamıyla kabul eden hukuk sistemlerinde bu hukuk dalı fikri mülkiyet hukuku olarak Türkçeleştirebileceğimiz ‘‘intellectual property law - propriété intellectuelle’’ deyimiyile anılmaktadır.⁴⁷ Anglo - Amerikan hukuk sistemlerinde de kabul edilen bu nitelendirme uluslararası resmi belgelerde de kabul görmektedir.⁴⁸ Fikri Mülkiyet Kanunu ön tasarısını hazırlayan Hirsch’de fikri hak yerine telif hakkı ifadesinin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak kanunlaşma sürecinde fikri hak terimi kullanılmıştır.⁴⁹ Ayrıca doktrinde Tekinalp’in de belirttiği üzere fikir ve sanat eserleri sayılan bilgisayar programları, dijital iletişimler ve multimedya zamanla sanayileşmiş ve sınai bir mahiyet kazanmıştır. Bu nedenle sadece marka, patent ve tasarımı sınai görüp fikir ve sanat eserlerini fikri hak sayma imkanı yoktur.⁵⁰ Bu nedenle fikri hak kavramının geniş anlamda kullanılması kabul edilebilirdir. Bununla birlikte fikri hak kavramının dar ve geniş anlamda kullanılmasının nedeni haklar arasındaki nitelik farkından ziyade ayrı kanunlarda düzenlenmesinden kaynaklandığı doktrinde bizimde katıldığımız görüşçe ifade edilmiştir.⁵¹ Biz çalışmamızda fikri haklar kavramını geniş anlamda kullanmış bulunmaktayız.

Fikri hakların kendilerine has bir takım özellikleri de bulunmaktadır. Öncelikle fikri haklar mutlak haklardandır. Mutlak haklar, hak sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan bir egemenlik sağlayan ve bu nitelikleri itibariyle herkese karşı öne sürülebilip herkes tarafından da ihlal olunabilecek haklardır.⁵² Aynı zamanda fikri haklar sahibine inhisari yetki verir. İnhisari haklar sahiplerine bir tekel hakkı tanımaktadır. İnhisari hak gereği hak sahibi sadece kendisi hakkını kullanabilir, yetkisiz bir şekilde kullananların ise bu kullanımını durdurabilir, önleyebilir, men edebilir. Zarara uğradıysa tazminat isteyebilir. İnhisari hak sahibi ve inhisari hak sahibinin izin verdiği kişiler gayri maddi haklardan yararlanabilir. Fikri haklar süreli haklardandır.⁵³ Patentlerde koruma süresi baş-

⁴⁶ **Oğuzman / Barlas**, s.156, **Erman Hasan**, *Medeni Hukuk Dersleri*, 6.Basım, İstanbul, 2016, s.93, **Serozan**, s.213, **Tekinalp**, s.2.

⁴⁷ **Ateş**, s.94.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Ateş**, s.94.

⁴⁹ **Arslanlı**, s.77.

⁵⁰ **Tekinalp**, s.2.

⁵¹ **Tüysüz**, s.24, **Hirsch**, 1943 s.5.

⁵² **Erel**, N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2008, s.24.

⁵³ Doktrinde Öztrak gayri maddi mallar üzerinde bu malların nitelikleri gereği mülkiyet hakkının kurulamayacağını belirtmiştir. Nitekim mülkiyet hakkı süreyle sınırlı olmayıp devamlı

vuru tarihinden itibaren 20 yıldır. Faydalı modellerdeyse 10 yıldır. Tasarımlar 5 yılda bir yenilenmek koşuluyla en fazla 25 yıl korunur. Markalar ise 10 yılda bir yenilenmek koşuluyla süresiz korunabilir. Entegre devre topografyalarda başlangıç süresinden itibaren 10 yıldır. Eser korumasındaysa eser sahibinin ömrü boyunca, öldükten sonra ise 70 yıldır. Süreye bağlı olan fikri hakların, koruma süresi sona erdikten sonra, kullanımının kamuya açıldığı söylenebilir.⁵⁴ Fikri haklarda ülkesellik ilkesi geçerlidir. Bir fikri hakkın korunup korunmayacağı, korumanın nasıl sağlanacağı ve koruma süresi ilgili ülkenin mevzuatına göre belirlenecektir. Fikri haklar hukuki işlemlere de konu olabilir. Hak sahibi lisans sözleşmeleriyle fikri hakların kullanımını başkasına açıp karşılığında bir bedel talep edebilir. Yine fikri hakkı devredebilir, rehnedebilir. Fikri haklar ile yaratıcıya fikri faaliyeti üzerinde bir hâkimiyet yetkisi tanınır.⁵⁵

Fikri haklar aynı zamanda gayri maddidir. Gayri maddi mallar doktrininde “*Medeni Kanun’daki menkul mallar dışında, yaratıcı insan zekâsının ürünü olup üzerinde cisimlendiği maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan mallardır.*” şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁶ Maddi mallardan farklı olarak gayri maddi malların hiçbir coğrafi kuralı bulunmamakta olup insanların onların varlığını sezdiği veya fark ettiği her yerde bulunabilirler.⁵⁷ Gayri maddi mallar üzerindeki yararlar ve bu yararları korumak için tanınmış olan haklar maddi olabileceği gibi manevi bir hak da olabilir.⁵⁸ Dolayısıyla fikri hakkın bir maddi bir de manevi hak yönü bulunmaktadır.⁵⁹ Her fikri hakkın ekonomik

olduğu halde gayri maddi mallar üzerindeki haklar belirli bir süreyle sınırlıdır. Maddi mallar üzerindeki hakların sadece maddi yönü mevcut olduğu halde gayri maddi mallar üzerindeki hakların maddi ve manevi haklar olmak üzere iki yönü mevcuttur. Maddi mal üzerindeki mülkiyet hakkının üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde devreden kişinin söz konusu mal üzerinde hiçbir tasarruf yetkisi kalmadığı halde, gayrimaddi mallar üzerindeki maddi hakların başkasına devredilmeleri halinde eser sahibi veya muhterinin manevi haklara sahiplik durumu devam eder. Bakınız **Öztrak**, s.3.

⁵⁴ Bununla birlikte koşulları varsa fikri mülkiyet hakları; haksız rekabet hükümleri, Medeni Kanun (MK) m.24 gereği kişilik haklarının korunması bağlamında da korunabileceği doktrinde tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Şehirali Çelik** Feyzan Hayal: “Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi?”, *FRM*, 2011-1/2, 2011, s.39 – 69, s.54 vd.

⁵⁵ **Esener**, s.173.

⁵⁶ **Erel**, s.26.

⁵⁷ **Erdem**, s.14.

⁵⁸ **Öztrak**, s.2,3.

⁵⁹ Fikri hakların maddi yönleriyle malvarlığı hakkını, manevi yönleriyle ise kişi varlığı hakkını oluşturduğu doktrinde belirtilmiştir. **Helvacı** Serap / **Erlüle** Fulya, *Medeni Hukuk*, 5.Baskı, İstanbul, 2018, s.29.

karşılığı da bulunmaktadır. Hak sahibi belirli bir bedel karşılığında bu fikri hakların kullanımını üçüncü kişilere tanıyabilir veya fikri hakkı devredebilir. Bunlar fikri hakkın mali yönünü oluşturur. Bununla birlikte insan zekâ, his ve düşüncesinin yaratıcı gücü ile ortaya çıkan fikri ürünlerde bunları meydana getirenlerin kişiliklerinden yansımalar bulunmakta ve bu yansımalar fikri hakların manevi yönlerini oluşturmaktadır.⁶⁰ Hukuk düzeniyse hak sahibi ile yarattığı fikri ürün arasındaki sıkı bağı korumakta ve yaratıcıya bazı yetkiler vermektedir.⁶¹ Yaratıcı fikri hakkı devretse bile fikri hakla manevi bağlılığı devam edebilir. Örneğin bir yazar eserini bedel karşılığı yayınevine devredebilir. Ancak yayınevi eser üzerinde değişiklik yapamaz.⁶² Nitekim eser sahibinin eseriyle manevi bağı devam etmektedir.

Birçok fikri hak, Sınai Mülkiyet Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Entegre Devre Topografyalarının Korunması Kanunu gibi düzenlemelerle özel olarak koruma altına alınmıştır. Ancak Know How gibi fikri haklar özel kanuni düzenlemelerle koruma altına alınmamıştır. Bu tür hakların korunmasında genel hükümlere özellikle haksız rekabet hükümlerine başvurulabilir.

II. Fikri Ürün Kavramı

Fikri hakkın yanı sıra fikri ürün ifadesi de doktrinde sıklıkla kullanılmaktadır. Doktrinde birçok yazar fikri ürün kavramını tanımlamıştır. Dural, Sarı'ya göre "Kişilerin yaratıcı uğraşları sonucu, düşüncesi, zekâsı veya hisleri vasıtasıyla edebiyat, teknik, güzel sanatlar, bilim, ticaret alanlarında koyduğu ürünlere fikri ve sınai ürünler denilmektedir."⁶³ Erel'e göre "Fikri hakların konusunu fikri emek ürünleri teşkil etmektedir."⁶⁴ Helvacı, Erlüle ise "kişinin, bilim, teknoloji, güzel sanatlar, edebiyat gibi alanlarda ortaya koyduğu ürünlere, fikri ürünler denir" şeklinde tanımlamıştır.⁶⁵ Oğuzman, Barlas'a göre fikri haklar; "kişilerin zekâ, düşünce ve yaratıcılıklarını kullanarak yarattıkları fikir

⁶⁰ Dural Mustafa, Sarı Suat, *Türk Özel Hukuku – Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* –, İstanbul, 2010, s.133.

⁶¹ Erdem, s.17.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuzman / Barlas, s.157.

⁶³ Dural / Sarı, s.132.

⁶⁴ Erel, s.26.

⁶⁵ Helvacı / Erlüle, s.29.

ürünleri üzerindeki haklara denir''.⁶⁶ Fikri ürünler üzerinde yaratıcının fikri hakları bulunmaktadır.⁶⁷

Fikri ürünler aklın, düşüncenin ve hissedip ifade etmenin ortaya çıkarıldığı sonuçlardan oluşmaktadır.⁶⁸ Günümüzdeki anlayışa göre fikri ürünlerin sadece eserlerden oluştuğunun kabul edilmemesi gerekir. Fikri ürünler eserlerin yanı sıra patent, faydalı model, endüstriyel tasarımlardan da oluşabilir.⁶⁹ Doktrinde de fikri ürünler; fikir ve sanat eserleri, bilgisayar programları, veri tabloları, teknik içerikli tasarım ve projeler, buluşlar, endüstriyel tasarımlar, yarı iletken topoğrafyalar, yeni üretilen bitki çeşitleri olarak sayılmıştır.⁷⁰ Bununla birlikte marka, ticaret unvanı ile işletme adının fikri bir ürün olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde Tekinalp, markanın, coğrafi işaretin ve ticaret unvanının fikri ürün olmadığı görüşündedir.⁷¹ Erel ve Karaeğe ise marka, coğrafi işaret, ticaret unvanının da fikri ürün olduğu görüşündedir.⁷²

Fikri üründen kasıt somut maddi bir ürün de değildir. Fikri ürün soyuttur. Kişinin yaratıcı gücü, düşüncesi, zekâsı ve hisleriyle oluşur. Bu oluşum; patent, tasarım, eser vs. şekline bürünebilir. İşte bu oluşum fikri ürünü oluşturur. Fikir ürün eşya da değildir. Ancak fikri ürünler bir eşya üzerinde somutlaşabilir. Fikri ürünün bir madde, eşya üzerinde tecessüm etmesi onun soyut olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.⁷³ Örneğin patentli bir süpürge de fikri ürün, somut süpürge kendisi değildir. Süpürge taşınabilir ve maddi bir eşyadır. Burada fikri ürün yaratıcı özellikler neticesinde ortaya çıkan üründür. Yani buluştur. Fikri ürünler üzerindeki haklar ise mutlak haktır.⁷⁴ Bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilir.

⁶⁶ **Oğuzman / Barlas**, s.156.

⁶⁷ Doktrinde de fikri haklar kişilerin fikri ürünleri üzerindeki haklarıdır şeklinde fikri haklar ifade edilmiştir. Bakınız; **Erman**, s.93.

⁶⁸ **Tekinalp**, s.5.

⁶⁹ **Erdem**, s.10.

⁷⁰ **Odman Ayşe**, *Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerdeki Rolü*, 1.Baskı, Ankara, 2002, s.38.

⁷¹ Tekinalp'e göre eser, buluş, faydalı model ve endüstriyel tasarım yaratıcı aklın yani fikrin ürünleridir. Marka, coğrafi işaret, ticaret ünvanı ve işletme adıysa fikrin ürünleri değildir. Bunlar ayırt edici niteliğe sahiptir. **Tekinalp**, s.4.

⁷² **Erel**, s. 27, **Karaeğe**, s.105.

⁷³ **Tekinalp**, s.6.

⁷⁴ **Karaeğe**, s.105.

Fikri ürünler çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu fikri ürünlerin bazıları kişinin yaratıcı düşünce, zekâ ve hislerinin görünümünden oluşabilir, bazıları yaratıcısının kişisel özelliklerinden çok üretim veya hizmet araçlarının icat edilmesi ve geliştirilmesinden doğabilir, bazılarıysa malların veya hizmetlerin benzerlerinden ayırt edilmesinde kullanılan işaret veya isimlerden oluşabilir.⁷⁵ Bütün bu fikri ürünler üzerinde kişilerin sahip olduğu haklaraysa fikri hak değildir.⁷⁶

Fikri ürünler ile fikri haklar ise birbirinden farklı kavramlardır. Fikri ürünler üzerinde bir fikri hakkın tanınabilmesi için ilgili düzenlemelerde öngörülen koruma koşullarının bulunması gerekir.⁷⁷ Örneğin Sınai Mülkiyet Kanunu'nda buluşlar patentle korunmaktadır. Bu koruma koşulları kanımızca haksız rekabet hükümleri gereği de sağlanabilir. Örneğin Know How'ı koruyan özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ancak haksız rekabet hükümleri gereği korunabilir. Dolayısıyla özel bir kanunla korunmayan fikri ürünler, haksız rekabet hükümleri gereği korunabiliyorsa fikri hak olarak korunabilecektir. Doktrinde teknolojik ürün ifadesi de kullanılmıştır. *“Teknolojik ürün düşünsel bir çaba sonucu ortaya çıkarılan ve endüstriyel üretimde kullanılmaya yönelik soyut değerdir.”*⁷⁸ Bununla birlikte her teknolojik ürün, fikri bir ürün değildir. Örneğin fikir ve sanat eserleri fikri ürün olmalarına rağmen teknolojik ürün sayılmamaktadır.⁷⁹ Teknolojik ürünler, endüstriyel alanda yararlanılabilecek teknik nitelikteki fikri ürünlerdir.⁸⁰

Biz ise çalışmamızda fikri ürün kavramını kullanmayı tercih ettik. Nitekim teknolojik ürün sadece teknik nitelikteki fikri ürünleri kapsamaktadır. Oysa fikri ürün kavramı mevzuatla korunan veya korunmayan tüm fikir, düşünce ve zekâ tabanlı ürünleri kapsamaktadır.

III. Simsarlık

Simsarlığın ekonomik hayatta önemli bir rolü bulunmaktadır. Günümüzde bir ev satın alırken, kiralarken, finansal marketlerde işlemler yaparken,

⁷⁵ Dural / Sarı, s.133.

⁷⁶ Dural / Sarı, s.133.

⁷⁷ Odman, s.37.

⁷⁸ Odman, s.37.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Odman, s.37 vd.

⁸⁰ Odman, s.38.

sigortacılık işlemleri sırasında veya ticari alım satım işlemleri yaparken sağlamış olduğu hizmetine güvendiğimiz aracılara aramaktayız.⁸¹

Simsarlık, gayrimenkul satış ve kiralama işlerinde⁸², sermaye piyasası aracı ilişkilerinde, sigortacılık işlemlerinde ve taşımacılık işlemlerinde sıklıkla başvurulan bir yoldur. Uygulamada da özellikle taşınmaz simsarlığı, iş – işçi simsarlığı(özel istihdam büroları), ticaret borsası aracılığı, sigorta brokerları, evlenme simsarlığı, taşıma işleri simsarlığı gibi çeşitli simsarlık tipleri görülmektedir.⁸³

Günümüzde fikri hakların değerlendirilmesi hususunda da simsarlık faaliyetleri görülmektedir. Fikri haklar sahibine münhasır bir kullanım hakkı ile üçüncü kişilerin haksız kullanımına karşı koruma sağlayan fiziksel varlığı olmayan haklardır.⁸⁴ Fikri mülkiyet varlıklarının korunması konusu patent, marka, telif hakkını genel itibarıyla kapsamaktadır. Bu haklar, maddi varlığı olmayan haklardır. Bu nedenle hukuki işlemlere ve uyuşmazlıklara konu edilmesi, değerlemesinin yapılması, ihlallere karşı korunması ve devri maddi varlığı olan haklara göre daha güçtür.

Fikri haklar; devir, lisans, rehin gibi hukuki işlemlere konu olabilir, miras yoluyla intikal edebilir.⁸⁵ Günümüzde de fikri haklar özellikle devir ve lisans yoluyla ticari alanda değerlendirilmektedir. Bu süreçte fikri hakkını ticari olarak değerlendirmek isteyen taraflar, iyi bir alıcı veya satıcıyı bulmak amacıyla konusunda uzman ve güvenilir aracılara aramaktadır. Özellikle de fikri ürün pazarının genişlemesiyle birlikte aracı ihtiyacı daha da çok artmıştır.⁸⁶ Girişimci hu-

⁸¹ **Benassi / Di Minin**, s.71.

⁸² Gayrimenkul simsarlığında, gayrimenkulün özellikleri kayıt altında tutulduğundan gayrimenkul hakkındaki bilgiler açık ve şeffaf bir şekilde kamuya paylaşılmaktadır. Patent gibi fikri haklardaysa gayrimenkul kadar açık ve şeffaf kayıtlar tutulmamaktadır. Hakla ilgilenen fikri hakkın tüm niteliklerini öğrenmeyebilir. Fikri haklara ilişkin görüşmeler gizli olarak yapıldığından görüşmeye katılmayanlar yine hak hakkında bilgi edinmeyebilir. Doktrinde bu sebeplerle fikri ürün konusunda simsarlığa önemli bir ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Bakınız; **Wang**, s.184.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Bozkurt Tamer**, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık*, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.265 vd.

⁸⁴ **Benassi / Di Minin**, s.68.

⁸⁵ **Suluk Cahit / Karasu Rauf / Nal Temel**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.3.

⁸⁶ Günümüzde üniversitelerde teknoloji transfer ofisleriyle girişimcilik ve akademik çalışmalar desteklenmektedir. Teknoloji transfer ofislerinin bir işlevi de inovasyonu meydana getiren mucit (genellikle bilim insanlarından oluşur) ile girişimciler ve şirketler arasında aracılık faa-

kuk danışmanları ve iş insanları fikri ürün pazarının bu ihtiyacını görmüş ve fikri haklar konusunda aracılık yapan şirketler kurmaya başlamıştır.⁸⁷ Günümüzde de fikri haklar üzerinde devir, lisans ve sair işlemler bu araçların faaliyetleri neticesinde gerçekleşmektedir. Aracılar hukuki, teknik, ticari ve finansal konularda iş sahiplerine nitelikli bir hizmet sunmaktadır.⁸⁸

Ülkemizde de patent, marka, eser ve tasarım gibi fikri hakların devri veya kiraya verilmesi yaygınlaşmaktadır. Bu tip işlemler ise genellikle aracılar sayesinde artık gerçekleşmektedir. Aracı piyasayı araştırarak iş sahibinin talep ettiği fikri hakkını ve sahiplerini bulur. Onlarla temasa geçerek iş sahibiyle sözleşme ilişkisine girme imkânını sağlar. Bu nedenle fikri ürünler konusunda aracılık hizmeti sunan kişilerin bir nevi sımsarlık faaliyeti yürüttüğü kabul edilebilir. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu kişiler taraflara bağlı olmaksızın bağımsız bir faaliyet yürütürler. Yapmış oldukları iş ise tek seferliktir. Ancak iş sahibi memnun kaldığı sımsarla birden çok iş ve işlem için işbirliği yapabilir. Bu kişiler, aynen sımsarlıktaki gibi, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması halinde ücret hakkı elde etmektedirler. Bu nedenle mukayeseli hukukta “ip broker” diye tanımlanan kişilerin Türk Hukuku’ndaki karşılığının fikri ürün konusunda aracılık faaliyeti yürüten sımsar olarak tanımlanması yerinde olacaktır. Bu ifadeyi daha da kısaltırsak “fikri ürün sımsarı” olarak da tanımlayabiliriz.

Mukayeseli hukukta Benassi ve Di Minin fikri ürünler konusunda aracılık yapan sımsarların amacının teknoloji pazarındaki arz ve talebi buluşturmak ve fikri hak konulu sözleşmelerin kurulmasına olanak sağlamak olduğunu belirtmiştir.⁸⁹ Millien Laurie’ye göre de fikri ürün sımsarı, ne bir fikri ürünü yaratan veya sahibi olan kişidir, ne tüketicidir, ne de alıcıdır.⁹⁰ Tiezte’ye göre sımsar, fikri ürün pazarlaması, tanıtımı ve sözleşme görüşmeleri aşamalarında ara-

liyeti yürütmektir. Bu süreçte teknoloji transfer ofisleri üniversite araştırmaları neticesinde elde edilen fikri hakkını, üçüncü kişilere lisanslanmasını veya devrini kolaylaştırmaktadır. Siegel S. Donald / Veugelers Reinilde / Wright Mike, “Technology transfer offices and commercialization of university intellectual property: performance and policy implications”. *Oxford Review of Economic Policy*, v.23.4, 2007, s. 640-660, s.641.

⁸⁷ Wang, s.159.

⁸⁸ Benassi / D'Angelo / Geenen, s.311.

⁸⁹ Benassi / Di Minin, s.69 Günümüzde uluslararası alanda sımsarlık faaliyeti yürüten Inflexion Point Strategy, iPotential, Ocean Tomo, Patent Freedom, Thinkfire olmak üzere şirketler kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Wang, s.170.

⁹⁰ Millien / Laurie, s.3.

cılık faaliyeti yürütmektedir.⁹¹ Fikri ürün simsarının kendisi, bir fikri ürün konusunda çalışma yürütmez, araştırma yapmaz, yeni fikirler üretmez veya bir patenti geliştirmez. Simsar sadece alıcıyla satıcıya yardımcı olur, aracılık hizmeti sunar ve bu şekilde asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını sağlar.⁹² Simsarın yapmış olduğu faaliyet genel itibariyle iş sahibinin hakkıyla ilgilenen muhtemel alıcıları tanımlamak, fikri ürünün sunumlarıyla tanıtımını yapmak, gerektiğinde diğer aracılarda bağlantı kurmak, taraflar arasında müzakereleri devam ettirmektir.⁹³ Mukayeseli hukuktaki bu açıklamalar Türk Hukuku'ndaki simsarlık kurumuyla uyumludur. Bu nedenle kanımızca bir fikri ürünün aracılık faaliyetine konu edilmesi halinde simsarlık hükümleri uygulanabilir.

Aracı şirketler kullanarak fikri ürün edinimi, işletme stratejisi ve günümüzün bilgi ekonomisinin bir parçası haline gelmiştir.⁹⁴ Bu süreçte aracı, alıcıyla satıcıya sözleşme yapma imkanı yaratıyorsa veya sözleşme kurulmasına aracılık ediyorsa ve karşılığında bir bedel talep ediyorsa TBK. m.520 vd. düzenlenen simsarlık hükümleri uygulanabilir.

IV. Türk Hukuku'nda Simsarlık

Birbirleriyle sözleşme yapmak veya sözleşme ilişkisine girmek isteyen taraflar çeşitli sebeplerden dolayı bir araya gelemeyebilir. Simsar ise bir araya gelemeyen taraflar arasında aracılık yapmaktadır. Bu aracılık faaliyetinin amacı ise tarafların sözleşme yapabilme imkânını sağlamaktır.

Simsarlık Türk Hukuku'nda kanunlarla düzenlenmiştir. Simsarlık 6098 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce hem Borçlar Kanunu'nda hem de Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Adi simsarlığa ilişkin hükümler mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu(ETBK) m.404 vd. düzenlenmiştir. Ticari simsarlığa ilişkin hükümler ise mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu(ETTK) m.100 – 115 arasında düzenlenmiştir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun(TBK) kabulüyle birlikteyse simsarlık tekrardan ele alınmıştır. En önemli değişikliklerden bir tanesi mülga kanun döneminde aracılık faaliyeti yapana, "tallal" denirken yeni ka-

⁹¹ Tietze, s.14.

⁹² Benassi / Di Minin, s.69.

⁹³ Tietze, s.14.

⁹⁴ Mc Clure D. Ian / Malackowski E. James, "The Next Big Thing in Monetizing IP: A Natural Progression to Exchange-Traded Units", Landslide, Volume 3, Number 5, May/June, 2011, s.2.

nunda ‘‘simsar’’ ifadesi kullanılmıştır. Bizde yeni kanuna uyum sağlamak amacıyla çalışmamızda simsar ifadesini kullanacağız. Bununla birlikte ETTK’daki ticari işlere ilişkin olarak meslek halinde icra edilen işlere ilişkin ticari işler simsarlığı hükümleri düzenlenmişti.⁹⁵ Ancak 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) simsarlık hükümleri düzenlenmemiştir. Simsarlık sadece 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.520 ile 525 arasında düzenlenmiştir. Böylelikle sözleşme ister tacirler arasında ister tacir olmayanlar arasında akdedilsin, TBK’daki simsarlık hükümleri uygulanacaktır.

Ticari işler simsarlığı özel kanun hükümlerinde düzenlenmeyerek kaldırılmıştır. Ticari işler simsarlığının TTK’dan tamamen kaldırılmış olmasıysa doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde Poroy, Yasaman ticari işler simsarlığına ilişkin hükümlerin TTK hukuk sisteminden tamamen çıkartılmaması gerektiğini, bordro verme, numune saklama yükümü ve özel yevmiye defteri tutma⁹⁶ mükellefiyeti gibi en azından bazı hükümlerin TTK’da düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁷ Bahtiyar’da, yevmiye defteri tutma, bordro düzenleme, örnek üzerine satışta örneği saklama gibi ticari işler simsarlığına özgü bazı hükümlerin TBK’da düzenlenmediğini ve eksiklikler olduğunu belirtmiştir.⁹⁸

Simsarlık sözleşmesinde başlıca iki tip sözleşme ilişkisi dikkat çekmektedir. Birisi iş sahibiyle simsar arasında kurulan simsarlık sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle iş sahibi simsara aracılık yapması için yetki vermektedir. İkinci sözleşme ise iş sahibiyle potansiyel alıcı veya satıcı arasında kurulan sözleşmedir. Simsarin amacı potansiyel alıcı veya satıcıyı bulmak ve aracılık etmektir. Bu aracılık neticesinde geçerli bir sözleşme kurulursa simsar ücret hakkı elde edecektir.

Simsarlık faaliyetinin mutlaka meslek olarak yürütülmesi gerekmez. Bir defalık yapılan aracılık işleri de simsarlığın konusuna girer. Örneğin bir ARGE

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız **Poroy** Reha / **Yasaman** Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, 2012, s.282, **Ülgen** Hüseyin / **Teoman** Ömer / **Helvacı** Mehmet / **Kendigelen** Abuzer / **Kaya** Arslan / **Ertan** Nomer N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s.590; **Bahtiyar** Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 19.Baskı, İstanbul, 2018, s.238.

⁹⁶ Ticari işler simsarinın; bordro düzenleme, numuneleri saklama, yevmiye defter tutma yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız **Berzek** Ayşe Nur, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 9.Baskı, İstanbul, 2008, s.168,169.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız **Poroy** / **Yasaman**, s.282,283.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız, **Bahtiyar**, s.238.

departmanında çalışan kişi, sektörün ihtiyaç duyduğu patentleri ve tasarımları belirleyip bunlardan sektörün faydalanması için aracılık faaliyetine girişebilir.

V. Sımsarın Nitelikleri

Fikri ürün sımsarı, fikri hakkın lisans sözleşmelerine konu edilmesi veya devredilmesi konusunda uzmanlaşmaktadır.⁹⁹ Sımsarın tacir yardımcısı olması, bağımsız olması, iş sahibiyle ilişkisinin devamlı olmaması, aracılık faaliyeti karşılığında ücret ve masraf talep edebilmesi gibi bir takım hakları bulunmaktadır.

Tacir yardımcıları, tacire bağlı olup olmamalarına göre bağımsız tacir yardımcısı ve bağımlı tacir yardımcısı olarak ikiye ayrılmaktadır. Bağımlı tacir yardımcıları tacire bağımlı olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Bağımsız tacir yardımcılarıysa faaliyetleri bakımından bağımsız ve serbest hareket edebilirken sadece iş bakımından tacire bağımlıdır.¹⁰⁰ İki kavram arasındaki ayrım şu şekilde yapılabilir. Eğer yardımcı, tacirle doğrudan bir bağımlılık ilişkisi içinde çalışmayıp, nispeten çalışma yöntem ve zamanını kendisi belirliyorsa bağımsız; tacirin gözetimi ve denetimi altında çalışıp onun emir ve talimatları doğrultusunda hareket ediyorsa bağımlı yardımcısıdır.¹⁰¹ Sımsar ise bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Fikri ürünle ilgilenen kişilere şirket dışından çözüm ortağı olarak hizmet vermektedir.¹⁰² Tacire bağlı olmaksızın bağımsız bir şekilde aracılık faaliyetlerini yürütür. Bununla birlikte aracılık yapan, süreli veya süresiz bir sözleşme kapsamında, taraflardan birine sürekli bağlıysa aracı acentelik veya pazarlamacılık söz konusu olabilir.¹⁰³ Bazen iş sahibi, tacir olmayabilir. Bu durumda da sımsarın iş sahibine karşı bağımsız bir faaliyet yürüttüğü kabul edilmelidir.

Sımsar aracılık faaliyetini ücret karşılığında yapmaktadır.¹⁰⁴ Ücret, sımsarlık sözleşmesinin temel bir niteliğidir. Sımsarlığın düzenlendiği TBK. m.520'de

⁹⁹ **Benassi / Di Minin**, s.77.

¹⁰⁰ **Ayhan Rıza / Çağlar Hayrettin**, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11.Baskı, Ankara, 2018, s.446.

¹⁰¹ **Bozkurt Tamer**, *Ticari İşletme Hukuku*, 7.Baskı, İstanbul, 2012, s.197.

¹⁰² Ayrıca bakınız; **Benassi / D'Angelo / Geenen**, s.311.

¹⁰³ **Bahtiyar**, s.239.

¹⁰⁴ Doktrinde Domaniç Ulusoy; sımsarlık bir meslek bazı hallerde ticari bir iş olduğundan ücret unsurunun doğal karşılanması gerektiğini belirtmiştir. **Domaniç Hayri / Ulusoy Erol**, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 5.Baskı, Ankara, 2007, s.376.

'bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı' denilerek ücret unsuru üzerinde durulmuştur. Bu nedenle adi vekâlet sözleşmesinden farklı olarak simsarlık sözleşmesinde her zaman simsar için bir ücretin kararlaştırılmış olması gerekir.¹⁰⁵ Aracılık faaliyeti karşılığı ücret talep edilmemişse simsarlık sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılmalıdır.¹⁰⁶ Ücret hakkının kazanılması için simsarin ya sözleşmenin kurulması imkânını yaratması ya da aracılık faaliyeti yürütmesi ve bunun sonucunda taraflar arasında sözleşmenin kurulması gerekir. Ancak taraflar ücret hakkının doğumu konusunda simsarlık sözleşmesinde daha ağır koşullar düzenleyebilir. Nitekim fikri ürün sahibiyle alıcı arasında sadece sözleşmenin kurulması her fikri ürün sahibinin menfaatini karşılamaz. Fikri ürün sahibi sözleşme neticesinde elde edeceği satış bedelinin de ödenmesini isteyebilir. Kanun koyucu, bu durumu öngörerek, simsarin faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşula bağlanmışsa ücretin koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödeneceğini, düzenlemiştir TBK. m.521/2) Simsarin aracılık faaliyetinin sonuçsuz kalması halindeyse genellikle ücret alacağı doğmayacaktır. Ancak sözleşmede kararlaştırıldıysa simsar ücret talep edebilir.

Simsarin aracılık faaliyetini bağımsız olarak yürütmesi gerekir. Simsar bağımlı bir tacir yardımcısı değildir.¹⁰⁷ Bağımsız bir şekilde sınai hakka ilişkin aracılık faaliyeti yürütür. Simsara bağımlılığı bulunan aracılar şartları varsa pazarlamacı, ticari vekil olabilir. Uygulamadaysa simsara yetki fikri ürün sahibi olan iş sahibi tarafından verilmektedir. Fakat taraflardan birinin simsara yetki vermesi simsarin bağımsızlık niteliğine zarar vermemelidir.¹⁰⁸ Simsar bir tarafça yetkilendirilmiş olsa da aracılık faaliyeti boyunca sadece anlaştığı tarafı değil,

¹⁰⁵ **Gümüş** M. Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C:2, 3.Baskı, İstanbul, 2014, s.207 Doktrinde de Ayhan Çağlar, simsarlığın ücret karşılığında yapıldığını; ücret alınmadan yapılan işlerin simsarlık değil, vekâlet hükümlerine tabii olduğunu belirtmiştir. **Ayhan / Çağlar**, s.493.

¹⁰⁶ **Bozkurt**, Tellâllık, s.81, **Yavuz** Cevdet / **Acar** Faruk / **Özen** Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.1131.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Bilge** Necip, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, 3.Baskı, Ankara, 1971, s.313.

¹⁰⁸ Doktrinde de Teoman, her ne kadar simsar taraflardan birinin talep ve tahriki üzerine göreve başlar ve sözleşmenin karşı tarafını bulup her iki tarafı bir araya getirirse de, anılan özellik simsarin yine de bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. **Teoman / Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Ertan Nomer**, s.591.

karşı tarafı da korumalıdır. Bu nedenle simsar iki tarafı anlaştıırken her iki tarafın menfaatlerini de gözetmelidir.¹⁰⁹ Aksi halde ücret hakkını kaybedebilir.

Simsarlık ilişkisinin devamlı olmaması da gerekir. Simsarın sadece belirli bir iş veya işler için aracılık faaliyeti yürütmesi gerekir.¹¹⁰ Hatta yapmış olduğu aracılıktan memnun kalan iş sahibi defalarca aynı simsarı atasa bile bu taraflar arasındaki ilişkiyi sürekli hale getirmez.¹¹¹ Simsarın hizmetlerinden memnun olan iş sahibinin sürekli olarak aynı simsara yetki vermesi halinde iş sahibiyile simsar arasında her defasında yeni bir ilişki kurulmuş sayılır.¹¹² Böylelikle her bir iş, bağımsız bir karaktere sahiptir. Simsarın, sözleşme kurulması imkânlarını sağlama veya sözleşme kurmayı aracılık etme işini meslek haline getirmesi de mümkündür. Meslek haline getirilen simsarlık faaliyetleri, simsarlık ilişkisinin devamlı olmama niteliğine zarar vermez. Simsar spesifik bir fikri ürüne ilişkin aracılık faaliyeti yürütür. Bu aracılık faaliyeti başarıyla sona ererse veya taraflar sözleşme ilişkisi kurmaktan vazgeçerse simsarlık da sona erer. Bu nedenle simsarlık geçici bir hukuki ilişki doğurur. Aracılık yapan kişinin devamlı şekilde bağlı olması halindeyse simsarlık hükümleri değil, pazarlamacılık ya da acentelik hükümleri uygulanabilir.¹¹³

Acentelik ile simsarlık kurumları birbiriyle karışabilir. Acenteler belirli bir iş sahibine bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Oysa simsar bağımsızdır. Fikri ürün konusunda çalışan simsarlık firmaları da genellikle küçük ölçekli olup işletmeyi kuran kişiler tarafından yönetilir.¹¹⁴ Bu nedenle belirli bir kişiye bağımlı olmadan aracılık faaliyeti yürütür. Acenteler konusunda TTK'da ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık eden ile bu sözleşmeleri bizzat tacir adına yapmayı meslek edinen acente olmak üzere iki tip acente düzenlen-

¹⁰⁹ **Domaniç / Ulusoy**, s.338 Doktrinde İmregün'de her ne kadar simsarın iş sahibi için faaliyet gösteriyor olsa da karşı tarafında çıkarlarını koruması ve tarafsız olması gerektiğini belirtmiştir. **İmregün** Oğuz, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1971, s.151.

¹¹⁰ **İmregün**, s.150.

¹¹¹ **Kaya** Mustafa İsmail, *Türk Hukukunda Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.50.

¹¹² **Teoman / Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Ertan Nomer**, s.604 Doktrinde Ayhan Çağlar'da simsarın yapmış olduğu sözleşmelerin sayısının birden fazla olmasının onun simsar olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmediğini belirtmiştir. **Ayhan / Çağlar**, s.492.

¹¹³ **Arkan** Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 21. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2015, s.193, **Bilgili** Fatih / **Demirkapı** Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Bursa, 2016, s.126.

¹¹⁴ **Tietze**, s.14.

miştir. Sözleşme yapan acente müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkilidir. Simsarlara ise böyle bir yetki ancak özel olarak ve istisnai hallerde verilebilir. Nitekim simsarin amacı iş sahibi adına sözleşme yapmak değil, sözleşme yapılması için uygun zemini yaratmaktır. Aracı acentelik ile simsarlık da birbirine benzeyen kurumlardır. Nitekim aracı acenteliğin düzenlendiği TTK. m.102/2’de ‘‘aracılık eden acentelere ilişkin konularda bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde TBK’nın simsarlık sözleşmesi hükümleri uygulanır’’ denilmiştir. Aracı acente, ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimselerdir.¹¹⁵ Simsarlıktan en önemli farkıysa aracı acente, devamlı olarak tacir adına aracılık faaliyeti yürütür.¹¹⁶ Simsarlara ise belirli bir iş veya işler için aracılık faaliyeti yürütmektedir. Aracı acente belirli bir iş sahibine bağlı bulunmakla birlikte, simsar tüm taraflar açısından bağımsız bir konumdadır.¹¹⁷ Herhangi bir tarafın temsilcisi değildir. Nitekim simsar tarafları karşı karşıya getirdiği ve sözleşme kurulmasına aracılık ettiği için bir anlamda arabulucu gibi kendi nam ve hesabına çalışır.¹¹⁸ Oysa acente, adına çalıştığı tacir için aracılık faaliyetinde bulunmaktadır. Dolayısıyla acente kendi iş sahibinin menfaatlerini korumakla yükümlüyken simsar her iki tarafında menfaatlerini korumakla yükümlüdür.¹¹⁹ Yine acenteliğe ilişkin hükümlerde sözleşmenin sona ermesinden sonra denkleştirme sistemi, rekabet yasağı anlaşması ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine karşı simsarlığa ilişkin hükümlerde bu tür düzenlemelere yer verilmemiştir.¹²⁰ Acente TTK. m.105 gereği aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmeler için her türlü ihbar, ihtar ve protesto gibi beyanları müvekkili namına yapmaya ve bunları kabule yetkiliyken, simsara böyle bir yetki tanınmamıştır.¹²¹

Simsarlık pazarlamacılıkla da karıştırılabilir. Pazarlamacılık, ticari işletme sahibine bağlı olarak icra edilen bir faaliyettir. Oysa simsarlık ticari işletme sahibine bağlı olarak icra edilmez. Pazarlamacı ticari işletmenin merkezi ve şubeleri dışında faaliyet gösterir. Simsar ise aracılık faaliyetini bağımsız bir şekilde yürütmektedir. Bununla birlikte pazarlamacı, sürekli olarak, tacir adına

¹¹⁵ **Tekil** Fahiman, *Ticari İşletme Hukuku*, 3.Baskı, İstanbul, 1997, s.202.

¹¹⁶ **Tekil**, s.202.

¹¹⁷ **Teoman / Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Ertan Nomer**, s.590.

¹¹⁸ **Kayhan Şaban**, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 1.Baskı, Kocaeli, 2018, s.68.

¹¹⁹ **Kaya**, s.52,53.

¹²⁰ **Kaya**, s.50,51.

¹²¹ **Kayhan**, s.68, 69.

aracılık etmeyi veya belirli işlemleri yapmayı üstlenirken; simsar sadece belirli veya sınırlı sayıdaki iş ya da işlemleri yapmak üzere yetkilendirilmektedir.¹²² Simsarlık faaliyeti arıziyken pazarlamacılık ise taraflar arasında devamlı bir ilişki tesis etmektedir.¹²³

Simsarlığa benzeyen bir başka faaliyet ise komisyonculuktur. Simsarlar gibi komisyoncularda bağımsız tacir yardımcılarındandır. Alım satım komisyonculuğu(TBK m.532), diğer komisyon işleri(TBK m.546) ve taşıma işleri komisyonculuğu (TTK m.917) şeklinde komisyonculuk faaliyeti yürütülebilir. Simsarlıkla komisyonculuk arasındaki en önemli fark ise komisyoncu iş sahibini temsil ederken, simsar iş sahibini temsil etmez. Simsar sadece taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulmasını sağlar.

Simsarlık ilişkisine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle simsarın aynen vekil gibi işi bizzat yapması da gerekir.¹²⁴ İş başkasına gördüremeyecektir. Fakat iş sahibi, vekile başkasına da yetki verme konusunda rızasını gösterirse veya durumun gereğine göre yahut örf ve adet elverdiği takdirde iş sahibinin başkasına işi gördürmesi zorunluysa başkasını koyarak işi ona gördürebilir.¹²⁵ Bununla birlikte simsar, aracılık faaliyetini yürütürken ifa yardımcı kullanabileceği gibi işin görülmesini TBK. m.506/1 c2'de öngörülen şartlarda alt simsarlık sözleşmesiyle ikame kişi olarak başka bir simsara da bırakabilir.¹²⁶ Fakat kanımızca simsarın iş sahibinin muvafakatini alması gerekir. Bu durumda simsar başkasına vekâlet vermeye yetkilendirilmişse yetkili kişinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaz (TBK. m.507/2). Sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Fakat simsarın yetkisi yoksa seçilen kişinin fiillerinden kendisi yapmış gibi sorumludur (TBK m.507/1).

¹²² **Topçuoğlu** Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.2*, Yıl 2011, s.27 – 70, s.37.

¹²³ **Zengin** İbrahim Çağrı, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*, 1.Baskı, İstanbul, 2013, s.39.

¹²⁴ Doktrinde de Bozkurt, vekilin işi bizzat yapması yükümlülüğünün simsar için de geçerli olduğunu, simsarın aracılık faaliyetini bizzat yapması gerektiğini, alt simsar atayamayacağını belirtmiştir. Yazara göre bunun temel nedeniyse vekâlet sözleşmesi gibi simsarlık sözleşmesinin de güvene dayanmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Bozkurt**, *Tellâllik*, s.196.

¹²⁵ **Becker** Herman, (Çev.), **Dura** Suat, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Yargıtay Yayınları No:24, Ankara, 1993, s.748, **Akıntürk** Turgut / **Ateş Karaman** Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 26.Baskı, İstanbul, 2014, s.315.

¹²⁶ **Gümüş**, s.212.

Simsar, tarafları temsil yetkisine de sahip değildir.¹²⁷ Simsarin rolü sadece aracılık faaliyeti yürütmek ve bu aracılık faaliyeti sonucu sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını sağlamaktır.¹²⁸ Simsar tarafları buluşturup her iki tarafı ikna ederek anlaşma yapmalarına aracılık eder. Anlaşmanın yapılmasıyla simsarin rolü de biter.¹²⁹ Bununla birlikte fikri ürün konusunda aracılık faaliyeti yürüten simsarlar günümüzde tek bir fikri ürüne odaklanmamıştır. Birden fazla iş ve endüstri kollarında ihtiyaç duyulan fikri ürünler için aracılık faaliyeti yürütmektedirler.¹³⁰

Simsarin kendisine ait ayrı bir işletmesi olabilir. TTK. m.11/1'de "ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir." şeklinde ticari işletmenin tanımı yapılmıştır. Simsarin işletmesi bu özelliklere sahipse ticari işletme olarak kabul edilir. Simsarin kendine ait bağımsız işletmesi, bir ticari işletme niteliğindeyse simsar tacir sıfatına haizdir.¹³¹ Tacir olan simsarin yapmış olduğu aracılık faaliyeti ise ticari bir iş olarak değerlendirilir.¹³²

VI. Simsarlık Sözleşmesi

Fikri ürünler üzerinde çalışmalar yapan kişiler elde ettikleri gelişmeleri değerlendirmek istemektedir. Ancak fikri ürünleri değerlendirmek kolay bir süreç değildir. Öncelikle geliştirilen fikri ürünle ilgilenen bir kurumun bulunması gerekir. Arkasından fikri ürünle, ilgilenen kişinin veya kurumun ihtiyacını karşılayıp karşılamadığı değerlendirilmelidir. Bu süreci yönetmek ise ayrı bir uzmanlık konusudur. Uygulamada fikri hakkın devri, lisans verilmesi gibi hukuk işlemlerin yapılmasına aracılık etmek amacıyla fikri ürün simsarlığı ortaya çıkmıştır.

İş sahibi, fikri ürünün değerlendirilmesinde aracılık yapması için simsarla bir simsarlık sözleşmesi kurar. *Simsarlık sözleşmesi, simsarin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına*

¹²⁷ Aslan İ. Yılmaz / Mevci Ergün, *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, 2010, s.89.

¹²⁸ Ayhan / Çağlar, s.497.

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Domaniç / Ulusoy, s.333.

¹³⁰ Benassi / D'Angelo / Geenen, s.320.

¹³¹ Bakınız; Bahtiyar, s.239, Ayhan / Çağlar s.493 Ayrıca bakınız; Aslan / Mevci, s.90 Ayrıca bakınız; Bozer Ali / Göle Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2013, s.87.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bozkurt, Tellâlık, s.159 vd.

aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir (TBK. m.520). Sımsarlık sözleşmesinde iş sahibi, sımsara aracılık yapması veya sözleşmenin yapılması olanağını hazırlaması faaliyeti karşılığında bir ücret ödemeyi; sımsar ise sözleşmenin yapılması olanağını hazırlamayı veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi kabul etmektedir.¹³³

Mukayeseli hukukta fikri ürün sımsarlarının aracılık faaliyetinin genellikle bir fikri hakkın devri veya lisans verilmesi konusuna ilişkin olabileceği belirtilmiştir.¹³⁴ Türk Hukuku'nda sımsarlığın düzenlendiği TBK. m.520/1'de sımsarlık sözleşmesiyle sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte sımsarın yapmış olduğu faaliyetin sadece hakkın devri olması yönünde bir sınırlandırma getirilmemiştir. Bu nedenle hakkın belirli bir süre kullanımına ilişkin lisans sözleşmeleri açısından da sımsarlık faaliyeti yürütülebilir. Bu nedenle fikri hakkın devri veya fikri hakkın lisans verilmesi üzere iki tip fikri ürün sımsarlığı bulunduğu söylenebilir. Lisans sözleşmesi kurma aracılığıyla, fikri hakkın devri aracılığı arasında bir takım farklar bulunmaktadır. Lisans aracılığında aracılık konusu hakkın kullanımı için sımsarlık faaliyeti yürütülürken, hakkın devri aracılığında devir için aracılık faaliyeti yürütülmektedir.¹³⁵ Bir diğer fark sımsar devir sözleşmelerinin niteliği gereği her iki tarafın menfaatlerini gözetip iki taraf için de çalışırken lisans sözleşmelerinde genellikle lisans veren için çalışmaktadır.¹³⁶ Ayrıca lisans aracılığında sımsar ile iş sahibi arasında uzun soluklu bir ilişki varken, hakkın devrine yönelik aracılık faaliyetlerinde sımsar ile iş sahibinin ilişkisi sözleşmenin geçerli olarak kurulmasıyla genellikle sona ermektedir.¹³⁷

Fikri ürün konusunda aracılık yapan sımsar fikri ürün sahibiyle alıcısı arasında bir köprüdür.¹³⁸ Fikri ürünün değerlendirilmesinde sımsar, fikri ürün değerlemesi, pazar belirleme veya seçimi ile müzakere sürecine dâhil olmaktadır.¹³⁹ Değerleme sürecinde sımsar fikri ürünün; teknik, ticari ve hukuki açıdan

¹³³ **Bozkurt**, *Tellâllik*, s.127.

¹³⁴ **Millien / Laurie**, s.5, **Tietze**, s.15.

¹³⁵ **Tietze**, s.15.

¹³⁶ **Millien / Laurie**, s.5,6.

¹³⁷ **Tietze**, s.15.

¹³⁸ **Wang**, s.166.

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Benassi / Di Minin**, s.77.

değerlendirmesini yaparak hakkın potansiyelini tanımlamaktadır.¹⁴⁰ Fikri ürünün değerlemesi sonucunda sımsar hakkın ne olduğunu ve pazara etkilerini öğrenecektir. Böylelikle sımsar doğru alıcıları ve satıcıları bulabilecektir.

Bu süreçte sımsarın aracılık faaliyeti yürütmesi de beklenir. Sımsarın aracılığı; tarafları buluşturmak gibi sadece sözleşme yapma olanağını göstermek şeklinde olabileceği gibi sözleşmenin kurulmasına, ön görüşmelere ve pazarlığa katılmak suretiyle yardımcı olmak biçiminde de ortaya çıkabilir.¹⁴¹ Fikri ürün sımsarları, aracılık faaliyeti yürüttüğü taraflara, diğer tarafın teklifini sunmaktadır. Sımsar, tarafların mevcut tekliflerdeki opsiyonlar içerisinde en uygun olanını bulmasını sağlamak ve böylelikle tarafların kazan – kazan prensibiyle sözleşme kurmasına aracılık etmektedir.¹⁴²

Sımsar, sözleşmenin kurulması için iki tarafı bir araya getirmek suretiyle sözleşmenin kurulması imkânını hazırlamalı veya kurulmasına aracılık etmelidir.¹⁴³ Bu süreçte sımsarın aracılığı genel itibarıyla tarafların tanıştırılması, sözleşmenin hazırlanması ve sözleşmenin kurulmasıyla sınırlıdır.¹⁴⁴ Sözleşmeyi taraflardan birinin adına veya hesabına bizzat akdetmediği için sözleşme son aşamada bizzat taraflar arasında imzalanacaktır.¹⁴⁵

Sımsarlık sözleşmesi, tacir olan veya olmayan kişi ile sımsar arasında akdedilen eksik iki tarafa borç yükleyen ve rızai nitelikte bir borçlar hukuku sözleşmesidir.¹⁴⁶ Sözleşmenin bir tarafında aracılık faaliyetini üstlenen sımsar

¹⁴⁰ Benassi / Di Minin, s.77.

¹⁴¹ Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, İstanbul, 2010, s.380.

¹⁴² Benassi / Di Minin, s.71.

¹⁴³ Poroy / Yasaman, s.281.

¹⁴⁴ Ayhan / Çağlar, s.492.

¹⁴⁵ Teoman / Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Ertan Nomer, s.590.

¹⁴⁶ Doktrinde sımsarlık sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmadığı tartışmalıdır. Öcal Apaydın sımsarın aracılık faaliyetinin edim külfeti olduğunu, sımsarın sadakat borcunun ise iş sahibinin ücret ödeme borcuyla mübadele ilişkisi içinde olmadığını belirtmiştir. Yazara göre bu nedenle sımsarlık sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak münhasır sımsarlık sözleşmesi kurulduysa sımsarın aracılık faaliyetinde bulunma yükümlülüğüyle iş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü arasında mübadele ilişkisi bulunduğu, bu nedenle sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu belirtmiştir. **Öcal Apaydın** Bahar, *İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Sımsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Sımsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları*, *YBHD*, Yıl 3, 2018/2, s.143-173, s.153,154 Ayhan Çağlar'a göre münhasır sımsarlık sözleşmelerinde sımsar aktif bir çaba sarf etmesi gerektiğinden ve aktif çabayı sarf etmezse iş sahibine tazminat ödemekle yükümlü tutulacağından tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak münhasır olma-

yer alır, karşı tarafında ise simsarı yetkilendiren iş sahibi bulunur. Fikri ürün simsarlık sözleşmelerinde iş sahibi genellikle fikri ürün üzerindeki hak sahibidir. Fikri hak sahibi de gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Yine sözleşme konusu fikri hak üzerinde birden fazla kişi hak sahibi olabilir. Bu durumda tüm hak sahiplerinin simsara yetki vermesinde fayda vardır. Simsar ise genellikle gerçek bir kişidir. Fakat doktrinde de belirtildiği üzere simsarin gerçek kişi olması gerektiği konusunda kanunda zorunlu bir sınırlama bulunmadığından tüzel kişilerde simsarlık faaliyeti yürütebilir.¹⁴⁷ İş sahibinin beklemiş olduğu menfaatin gerçekleşmesi zamana yayıldığından simsarlık sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi yaratır.¹⁴⁸

Kanun koyucu simsarlık sözleşmesine, TBK. m.520/3 gereği vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla simsarlık, vekâlet sözleşmesinin bir türüdür.¹⁴⁹ Bu nedenle simsarlığa ilişkin özel hükümlerin olmadığı hallerde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.¹⁵⁰ Ancak doktrinde de belirtildiği üzere simsarlık, vekâlet sözleşmesinin bir ikincil türü değil, kendine has türden bir sözleşmedir.¹⁵¹ Kanundaki vekâlet sözleşmesine ilişkin atfın, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin simsarlık sözleşmesinin niteliğine aykırı düşmeyeceği ölçüde uygulanacağı şeklinde anlaşılması gerekir.¹⁵² Bununla birlikte vekâlet sözleşmesiyle simsarlık sözleşmesi arasında bir takım farklar

yan simsarlık sözleşmesinde simsar aktif çaba gösterme yükümlülüğü altına girmektedir. Sadece bir aracılık faaliyetinde bulunma külfetine girmektedir. Bu nedenle eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Ayhan / Çağlar**, s.495,496, **Bozkurt**'a göreyse simsar, edim külfeti ve sadakat borcu altına girmiştir. Simsar aracılık faaliyeti yürütürse bu durumda özen borcuyla da yükümlü olmaktadır. Ancak simsar hiçbir zaman asli bir borç altına girmektedir. İş sahibinin ücret ödeme borcuysa koşula bağlı bir borçtur. Bu nedenle eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Münhasır simsarlık sözleşmelerindeyse simsarin salt edim külfeti altında olduğunu savunmak, hem hakkaniyete hem, dürüstlük kurallarına aykırı olur. Nitekim iş sahibi başka bir simsarla anlaşma yapamayacaktır. Bu nedenle iş sahibinin fedakârlığı karşısında simsarinde bir borç altında olduğu kabul edilmelidir. **Bozkurt**, Tellâllık, s.146 vd. Gümüş'e göreyse simsarlık faaliyetinde bulunma simsarin asli yükümü olduğundan simsarlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Gümüş**, s.208.

¹⁴⁷ **Ayhan / Çağlar**, s.491.

¹⁴⁸ **Gümüş**, s.208.

¹⁴⁹ Doktrinde **Öcal Apaydın**; simsarlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlendiğinden, sözleşmenin taraflar arasındaki güven ilişkisine dayandığını belirtmiştir. Bakınız; **Öcal Apaydın**, s.153.

¹⁵⁰ **Aslan / Mevci**, s.89.

¹⁵¹ **Becker**, s.748.

¹⁵² **Becker**, s.748.

bulunmaktadır. Simsarlık sözleşmesinde simsarin mutlaka iş sahibi için çalışma yükümlülüğü yoktur.¹⁵³ Simsarin ücret hakkıysa ancak sözleşme kurulursa tanınır. Simsarlıkta ücretin zorunlu unsur olması ve konusunun akit yapılmasına aracılık edilmesi şeklinde kendini gösteren bir iş görmeyle sınırlı bulunması bakımından vekâlet sözleşmesinden ayrılır.¹⁵⁴ Yine simsar iş sahibi adına sözleşme yapmayıp sadece aracılık yaparken, vekil müvekkili adına sözleşme yapabilir.¹⁵⁵ Vekil ifası talep edilen ve dava edilebilir bir borç altına girmekleyen simsarin sözleşmeyle üstlendiği iş görme edimi gerçek anlamda bir borç teşkil etmeyip sadece bir külfettir.¹⁵⁶ Her iki sözleşmenin en belirgin benzer noktası ise başarı kıstasıdır. Vekâlet sözleşmesinde vekil kural olarak sonucu yani başarıyı taahhüt etmemektedir. Ancak kendisinden beklenen uzmanlığa uygun bir davranış sergilemelidir.¹⁵⁷ Simsarda aynı şekilde sözleşme kurulmasını kural olarak garanti etmemektedir. Ücret hakkı sözleşme kurulursa doğacaktır. Simsardan beklenen uzmanlığına uygun bir şekilde aracılık faaliyeti yürütmesidir.

Simsarlık sözleşmesi nitelik itibariyle tesadüfe bağlı bir sözleşmedir. Nitekim simsarlar taraflar arasında sadece aracılık faaliyeti yaparlar ancak anlaşmanın mutlaka kurulacağı taahhüdünde bulunmazlar.¹⁵⁸ Simsar bizzat kendisinin aracılık ettiği sözleşme görüşmelerinde iş sahibi ile üçüncü kişi arasında sözleşme kurulursa ücret hakkı elde edebilecektir.¹⁵⁹ Bu süreçte sözleşme ilişkisi çeşitli sebeplerle kurulamazsa simsar ücret hakkı elde edemeyecektir. Bu nedenle simsarin harcamış olduğu emek karşılığında ücret elde edememe ihtimali her zaman vardır. Nitekim uygulamada da simsarin birçok aracılık faaliyeti sonuçsuz kalmaktadır.

Simsarin taşınmaz satışı konusunda aracılık yapmasına ilişkin sözleşmelerin, TBK. m.520/3 gereği yazılı olarak yapılması gerekir. Yazılılık şekil şartıdır. Fakat diğer tip sözleşmeler için kanunda özel bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Bu nedenle sözlü olarak dahi simsarlık sözleşmesi kurulabilir. Bununla birlikte simsarlık sözleşmesinin taraflarca yazılı bir şekilde yapılmasıdaysa

¹⁵³ **Becker**, s.744,745.

¹⁵⁴ **Tandoğan**, s.380.

¹⁵⁵ **Yalçınduran** Türker, *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*, Ankara, 2007, s.61.

¹⁵⁶ **Yalçınduran**, s.61.

¹⁵⁷ **Altıp** Atilla, *Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi*, 1.Baskı, İstanbul, 2003, s.79.

¹⁵⁸ **Bozkurt**, Tellâllık, s.182.

¹⁵⁹ **Öcal Apaydın**, s.152.

faayda vardır. Aksi halde kötü niyetli iş sahibi simsarın aracılığıyla bulduğu üçüncü kişilerle kendisi sözleşme ilişkisine girip simsarın hakkını ödemeyebilir. Bu durumda taraflar arasında yazılı bir sözleşme olmadığı için simsarın aracılık faaliyetini yaptığını ispat etmesi oldukça güçtür. Bununla birlikte sözlü yapılan bir sözleşmeden dolayı simsarın ücret hakkı da zarar görebilir. Nitekim HMK'da düzenlenen senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağı kuralı gereği belirli bir parasal sınırın üzerindeki hukuki işlemler ancak senetle ispat olunabilir. Tanıkla ispat olunamaz. Bu nedenle taraflar arasındaki simsarlık sözleşmesinin sözlü olarak yapılması simsarın ücretinin ispatını güçleştirecektir. Simsarlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasında fayda vardır.¹⁶⁰

VII. Simsarın Hakları

Fikri ürün konusunda aracılık faaliyeti yürüten simsarın ücret, masrafları isteme gibi bir takım hakları bulunmaktadır. Simsar yürütmüş olduğu aracılık faaliyeti karşılığında belirli bir ücret ve masraf isteyebilir.

VIII. Simsarın Ücret Hakkı

Simsar taraflar arasında geçerli bir sözleşme kurulması imkânını hazırlayan, kurulmasına aracılık eden ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücret hakkı kazanan kişi olarak tanımlanabilir.¹⁶¹ Simsarın fikri ürün sahibi olmaması gerekir. Yine simsar bir araştırma geliştirme faaliyeti veya fikri bir çalışma yürütmez. Simsarın görevi sadece potansiyel alıcı ile satıcı arasında aracılık faaliyeti yürütmektir.¹⁶² Fikri ürün simsarı, kendi becerileri ve uzmanlığıyla fikri ürünün pazarda tanıtımını yapıp keşfedilmesini sağlar.¹⁶³

Ücret hakkının doğması için simsarın aracılık faaliyeti yürütmesi gerekir. Doktrinde Bloch, fikri ürün simsarının hangi faaliyetlerinin aracılık faaliyeti kapsamında olduğunu I Potential adlı şirketin sistemini baz alarak açıklamıştır. Süreç temel olarak fikri hakkın değerlendirilmesi, potansiyel alıcıların bulunması, tarafların çıkarlarının korunması, müzakere sürecine katkı ve destek sunulması ile taraflar açısından en avantajlı sözleşme koşullarının belirlenmesin-

¹⁶⁰ Sınai haklara ilişkin yapılan hukuki işlemler ise yazılı şekilde tabidir. Devir sözleşmelerinin geçerliliğiyle noter tarafından onaylanmış olmalarına bağlıdır (SMK. m.148/4).

¹⁶¹ Ayrıca bakınız; **Ayhan / Çağlar**, s.488.

¹⁶² **Wang**, s.159.

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Benassi / Di Minin**, s.69.

den oluşmaktadır. Dolayısıyla simsarın bu tür faaliyetlerde bulunarak aracılık görevini yerine getirmesi gerekir.¹⁶⁴

Simsarın aracılık faaliyeti yürütmediği bir konuda tarafların sözleşme ilişkisine girmesi halinde simsar ücret talep edemeyecektir. Simsar, aracılık faaliyeti yürütürse ve bu faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır (TBK. m.521/1). Simsarın aracılık faaliyeti neticesinde sözleşmenin kurulduğunu da ispat etmesi gerekir. Yargıtay'ın emsal bir kararında, ‘‘tararlar arasında simsarlık sözleşmesinin yapıldığının kabul edildiğinden, davacının tanıkla dahi bu sözleşmeyi yerine getirdiğinin ispatının olanaklı olduğu’’ belirtilmiştir.¹⁶⁵

Simsarın ücret talep edebilmesi için yapmış olduğu aracılık faaliyetiyle sözleşmenin kurulması arasında bir illiyet bağının bulunması da gerekir.¹⁶⁶ Simsar sözleşmenin yapılması için gerekli aracılık faaliyetini ifa etmesi neticesinde sözleşme ilişkisi kurulduysa illiyet bağı kurulmuş sayılacaktır.¹⁶⁷ Buradaki illiyet tazminat hukukundaki illiyet bağı değil, psikolojik bir illiyet bağıdır.¹⁶⁸ Yani üçüncü kişilerle yapılan sözleşmenin simsarın gayreti sonucu yapılmış olması gerekir.¹⁶⁹ Sözleşmenin kurulmasının simsarın aracılık faaliyetine bağlanması ve simsara borçlu olunması aranır.¹⁷⁰ Bu karinenin aksini iddia edenin, simsarın aracılık faaliyeti neticesinde sözleşmenin kurulmadığını, ispat etmesi gerekir. Bununla birlikte simsarın aracılık faaliyetini yürütmediği kişilerle anlaşma yapılırsa bu durumda simsarın ücret hakkı doğmayacaktır. Nitekim simsarın yükümlülüğü olan aracılık faaliyeti yerine getirilmemiştir.

Kurulan sözleşmenin geçerli de olması gerekir. Ücret hakkı hukuken geçerli bir şekilde kurulan sözleşmeyle birlikte doğar. Sözleşmenin yazılı veya resmi şekilde olması gibi bir geçerlilik koşulu varsa bu koşulun da yerine geti-

¹⁶⁴ Bloch, s.249.

¹⁶⁵ Yargıtay 11. H.D. 03.12.1990 Tarihli Kararı E.7667/K. 7730 aktaran Berzek, s.170.

¹⁶⁶ Berzek, s.170, Yavuz / Acar / Özen, s.1280 Simsarlık sözleşmesinde ücret unsuru bulunmaktadır. Simsarın ücrete hak kazanması için aracılık faaliyeti neticesinde sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Vekâletteyse ücret kural olarak zorunlu değildir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Yalçınduran, s.60.

¹⁶⁷ Doğanay İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4.Baskı, İstanbul, 2004, s.573.

¹⁶⁸ Becker, s.757, Bozkurt, Tellâllık, s.232.

¹⁶⁹ İmregün, s.153.

¹⁷⁰ Becker, s.757.

rilmesi gerekir.¹⁷¹ Örneğin patent, tasarım, marka gibi sınai hakların devrine ilişkin sözleşmelerin noter tarafından onaylanmış olması gerekir.(SMK. m.148/4) Bununla birlikte sözleşmenin kanunun emredici hukuk kurallarına, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olması da gerekir. Aksi halde geçersiz kılınan bir sözleşmeden dolayı simsar ücret hakkı elde edemez. Örneğin ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşme geçersiz olursa simsar ücret hakkı elde etmez.¹⁷² Yine hata, hile, ikrah, gabin gibi sebeplerle taraflardan birinin iradesinin sakatlandığı hallerde simsar ücret hakkı elde etmeyebilir. Nitekim sözleşme iptal edilirse bu iptal geçmişe etkili olacağından ücret hakkı doğmayacaktır.¹⁷³ Ancak karşı tarafın iradesini sakatlayan neden iş sahibinin davranışlarından kaynaklanıyorsa sözleşmenin yapılmasında bu durumdan haberdar olmayan simsarın ücret hakkı baki kalır.¹⁷⁴ Simsar ücret hakkını iş sahibinden isteyebilir.

Uygulamadaysa simsara ücret ödenmemesi için tarafların simsarlık sözleşme süresinin bitişini beklediği ve arkasından sözleşme kurduğu görülmektedir. Bu gibi durumlarda da her ne kadar ana sözleşme ilişkisi, simsarlık sözleşmesi süresi sona erdikten sonra, kurulmuş olsa da yine de simsarın ücret hakkı doğmuş sayılmalıdır.¹⁷⁵ Nitekim sözleşme ilişkisi simsarın aracılık faaliyeti neticesinde kurulmuştur. Doktrinde de Doğanay, sırf simsarın ücretini vermek amacıyla tarafların sözleşmeyi kurmayı tehir etmesinin hüsnüniyet kaidelerine aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁶ Becker'de simsarlık sözleşmesinin süreye bağlı olması halinde, iş sahibinin dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde süreye dayanamayacağını, simsarın başarılarını iş sahibinin kendisine mal edemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁷ Bir diğer durumsa simsarın temasta bulunduğu kişilerin ismen sözleşmede gösterilmiş olması halinde ortaya çıkar. Bu durumda fikri ürün sahibi bu alıcılarla sözleşme ilişkisine girerse simsarın ücret hakkı

¹⁷¹ **Becker**, s.754.

¹⁷² Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Becker**, s.754.

¹⁷³ **Arkan**, s.196, **Bozkurt**, Tellâllık, s.224.

¹⁷⁴ **Arkan**, s.196.

¹⁷⁵ Yargıtay'ında emsal bir kararında, mahkeme, taşınmazın satın alınması imkânını hazırlayan ve sözleşmenin gereklerini yerine getiren simsarın ücret hakkının doğduğuna hükmetmiştir. İhtilafa konu olayda simsar, alıcıya taşınmazı göstermiş ancak alıcı simsarın ücretini ödemediği için taşınmazı satın almıştır. Yargıtay 13. H.D. 17.05.1993 tarihli 3304 E. 4557 K. nolu kararı aktaran **Uygur Turgut**, *Türk Borçlar Kanunu*, Cilt:8, Ankara, 3.Baskı, 2003 (TBK), s.8992.

¹⁷⁶ **Doğanay**, s.572.

¹⁷⁷ **Becker**, s.754.

doğmuş sayılmalıdır. İş sahibinin, simsarin bulduğu ve açıkladığı kişilerle sözleşme kurup simsara ücret vermemesi dürüstlük kuralına aykırıdır.

Fikri ürün sahibi birden fazla bağımsız simsara da yetki verebilir. Bu durumda esas sözleşmenin kurulmasına hangi simsar sebep olmuşsa ücrete o simsar hak kazanır.¹⁷⁸ İş sahibi birden fazla simsara birlikte aracılık faaliyetlerinde bulunmaları için yetki de verebilir. *Birlikte simsarlık birden çok kişinin simsarlığı birlikte kabul etmeleri, görülecek işin aynı olması ve birlikte hareket etme iradesinin bulunması halinde söz konusu olur.*¹⁷⁹ Böylelikle birden fazla simsar aracılık faaliyetinde bulunmalıdır. Özellikle iş sahibinin simsarları kendi adına hukuki işlem yapması konusunda yetkilendirmesi halinde simsarlar iş sahibine karşı birlikte sorumlu olacaktır. Simsarlar iş sahibini ancak birlikte yaptıkları fiil ve işlemleriyle borç altına sokabileceklerdir.¹⁸⁰ Bu durumda birlikte vekiller, vekile karşı müteselsil olarak sorumludurlar.

Uygulamada fikri ürün sahiplerinin tek bir simsara münhasıran yetki verdiği de görülmektedir. Münhasır simsarlık sözleşmesinde iş sahibi aracılık faaliyeti yapma yetkisini tek bir simsara veya simsarlar a tanmaktadır. Bu tip sözleşmelerde iş sahibi, aracılık faaliyeti yürütme yetkisini başka bir simsara vermeyeceği konusunda yükümlülük altına girebileceği gibi kendisinin de sözleşme kurma ve müşteri arama faaliyeti yürütmeyeceği konusunda yükümlülük altına girebilir. Ancak iş sahibinin haklı sebepleri varsa bu sebeplere dayanarak sözleşmeyi sona erdirip başka simsarlar a yetki de verebilir. Geçerli bir münhasır simsarlık sözleşmesine aykırı davranan ise yapmama yükümlülüğünü yerine getirmediğinden TBK. m.113/2 gereği simsarin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.¹⁸¹

Münhasır simsar ise simsarlık sözleşmesiyle bir işin yapılmasını üstlendiği için bir edim borcu altındadır ve yerine getirmese müvekkile karşı sorum-

¹⁷⁸ Yargıtay 13. H.D., 16.04.1987 Tarihli 1143 E. / 2296 K. kararı aktaran **Uygun Turgut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Cilt:2, 1.Baskı, Ankara, 2012, (6098 Sayılı TBK), s.2362 Benzer yönde **Gümüş**, s.209.

¹⁷⁹ **Ayhan / Çağlar**, s.494 Doktrinde Bozkurt'da simsarin iş sahibi adına hukuki işlem yapmasının ayrıca yetkilendirilmediği sürece olası olmadığını belirtmiştir. Yazar bu yüzden dolayı birlikte tasarrufla bulunmaları sorunundan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Bozkurt**, Tellallık, s.131.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız **Zevkiler** Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10.Baskı, Ankara, 2008, s.347.

¹⁸¹ **Gümüş**, s.223.

ludur.¹⁸² Bu tip sözleşmelerde potansiyel alıcıların isim, isim simsarlık sözleşmesinde belirtilmesinde fayda vardır. Münhasır simsarlık sözleşmelerinde süre belirlenirken de dikkat edilmelidir. Nitekim emsal bir olayda taraflar arasında akdedilen simsarlık sözleşmesinde bir aylık süre öngörülmüş, bundan sonra taraflar 15 gün içinde fesih bildiriminde bulunmazsa bir ay daha ek süre verilmiş sayılacağı kararlaştırılmıştır. Bir aylık süre dolduktan sonra hak sahibi kendisi taşınmazını satmıştır. Bunun üzerine simsar, hak sahibinin kendisinin üçüncü kişiye taşınmazı satıp temlik ettiği için, sözleşme hükümlerine aykırı davrandığını ileri sürmüştür. Yargıtay ise simsarın ücret hakkı doğduğuna, sözleşmenin hak sahibince kusurlu olarak imkânsız hale getirildiğine karar vermiştir.¹⁸³

Simsarın ücret hakkına asıl sözleşme hükümleri de etkileyebilir. Özellikle de asıl sözleşmede belirlenen ücretin önemli bir rolü vardır. Simsar sözleşmede hüküm varsa bu ücretin belirli bir yüzdesini alacağı için yüksek bir bedel arzulamaktadır. Bu nedenle tarafları yüksek bir bedelde anlaştırmaya çalışmaktadır. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere simsarın kişisel kazancını bir kenara bırakıp tarafsız bir değerlendirme yapması gerekir.¹⁸⁴

A. Ücretin Belirlenmesi

Günümüzde birçok fikri ürün sahibi, fikri haklar konusunda uzman simsarların kuvvetli bağlantılarından ve deneyiminden yararlanmak için simsarlara başvurmaktadır.¹⁸⁵ Böylelikle fikri ürün sahibi kendi çapında ulaşamayacağı kişilere simsarlar sayesinde ulaşabilmektedir. Simsar sadece alıcı veya satıcı da

¹⁸² Ayhan / Çağlar, s.489.

¹⁸³ Yargıtay, 13. H.D. 06.10.1992 Tarihli, 7320 E. 7537 K nolu kararı aktaran Uygur, TBK, s.8994.

¹⁸⁴ Wang, s.168 Bununla birlikte doktrinde genel olarak fikri ürün sahiplerinin üç sebeple haklarını satışa çıkarttığı belirtilmiştir. Birincisi şirketin mali açıdan sıkıntılı olması; ikincisi değerlendirmek istediği patentin kendi çekirdek işiyle ilgili olmaması; üçüncüsüyse patent giderlerinden tasarruf etmek için bir kısım patentleri değerlendirmek istemesidir. Bunlardan birinci halde hak sahibi simsardan yardım almadan patenti gerçek değerinde satamayacaktır. İkinci hallerdeyse alıcı almak istediği patentin hak sahibi için külfetli olduğunu düşünüp fiyat indirebilir. Bu durumda da simsara tarafsız bir değerlendirme yapması için başvurulabilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Wang, s.168.

¹⁸⁵ Wang, s.187.

aramamaktadır. Simsar aynı zamanda başta patent olmak üzere fikri ürünlerin potansiyel değeri konusunda da tarafları yönlendirmektedir.¹⁸⁶

Tüm bu süreç sonucunda simsarin temel hakkı, ücret hakkıdır.¹⁸⁷ Vekâlet sözleşmelerinde ücret genellikle kanuni ve zaruri bir unsur değilken, simsarlık sözleşmesinde adi mahiyette aracılık faaliyeti yapılıyor olsa bile ücret kanuni bir unsurdur.¹⁸⁸ Ancak fikri ürün simsarları, değerli olduklarını düşündükleri fikri ürünler söz konusu olduğunda, ücreti düşürebilirler veya sözleşme kurulduktan sonra ücret talep edebilirler.¹⁸⁹

Simsarin ücreti, komisyon veya tellaliye olarak uygulamada ifade edilmektedir.¹⁹⁰ Ücret olarak belirli bir hizmet bedeli kararlaştırılabileceği gibi, fikri ürünün değerinin belirli bir oranı olarak da kararlaştırılabilir. Ücret simsarin yapmış olduğu aracılık faaliyetinin niteliği, vermiş olduğu hizmet ve süreye göre taraflarca belirlenebilir.¹⁹¹ Genellikle simsarlık ücreti, asıl sözleşmede kararlaştırılan ücret üzerinden maktu bir bedel veya nisbi bir bedel olarak belirlenmektedir. Uygulamada özellikle fikri ürün değerinin belirli bir oranı şeklinde nisbi bedelli aracılık sözleşmeleri görülmektedir. Genellikle simsarin ücreti yaptığı hukuki işlemin %10'u olarak kararlaştırıldığı ancak bu oranın %20 ile %30'lara kadar çıkabildiği doktrinde belirtilmiştir.¹⁹² Yine bazı hallerde simsar, fikri ürün kullanımı neticesinde elde edilecek kârın veya cironun belirli bir oranının ödenmesini talep edebilir.

Aracılık yapan veya sözleşme kurulması imkânını yaratan simsar karşılığında ücret elde edebilir. Fırsat gösterme simsarlığında akit kurma imkânını kim bildirmişse ücreti o hak kazanırken, aracılık simsarlığında sonucun meydana

¹⁸⁶ Wang, s.187.

¹⁸⁷ Bilgili / Demirkapı, s.126 Ayrıca bakınız; Aslan / Mevci, s.90, Bozkurt, Ticari İşletme, s.219.

¹⁸⁸ Bilge, s.312.

¹⁸⁹ Lamoreaux R. Naomi / Sokoloff L. Kenneth, Intermediaries in the US Market for Technology, *National Bureau of Economic Research*, 2002, 1870-1920, (intermediaries) s.1888.

¹⁹⁰ Doğanay, s.571 Doktrinde Tietze, simsarin başarılı olması halinde simsarin belirli bir ücret, taksitlere bölünmüş bir ücret veya royalty bedelinin bir kısmı gibi bir ücret talep edebileceğini belirtmiştir. Tietze Frank, *A Typology of Technology Market Intermediaries, Technology and Innovations Management Working Paper No. 60*, 2010, (<https://ssrn.com/abstract=1846917>), (E.T.: 15.04.2019) s.14.

¹⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Millien / Laurie, s.5.

¹⁹² Hagiü / Yoffie, Patent Intermediaries, s.49.

na gelmesine kim sebep olmuşsa simsarlık ücretini o kazanır.¹⁹³ Her iki tip simsarlık faaliyetinde simsarın faaliyeti neticesinde sözleşme ilişkisi kurulduysa simsar ücret hakkı elde eder.¹⁹⁴ Aracılık faaliyeti yürütmediği bir işten dolayı simsar ücret hakkı elde edemez.

Fikri ürün simsarının, aracılık faaliyeti kapsamında fikri ürünün değerlendirilmesini yapmalı, potansiyel müşterileri bulmalı, fikri ürünün pazara etkisi konusunda bilgi vermeli ve en nihayetinde aracılık faaliyeti neticesinde iş sahibiyle üçüncü kişi arasında sözleşme ilişkisini kurmalıdır.¹⁹⁵ Böylelikle ücret hakkını elde edecektir.

Simsarın ücrete hak kazanma anı, TBK m.521 gereği simsarın aracılık faaliyetinde bulunduğu işin, geçerli bir sözleşmeyle neticlendiği andır.¹⁹⁶ Sözleşmenin kurulması ücrete hak kazanma açısından yeterlidir. Sözleşme ilişkisi simsarın faaliyetlerine rağmen kurulmadıysa ücret hakkı doğmaz. Fakat taraflar sözleşme ilişkisi kurulmasa da simsara bir hizmet bedeli verileceğini kararlaştırabilir.¹⁹⁷ Bu durumda simsarın sözleşme kurulması imkânını yaratması veya aracılık faaliyeti yürütmesi ücret hakkının doğumu için yeterlidir.¹⁹⁸ Özellikle de fikri ürün simsarlığında hem fikri ürünün niteliklerinin belirlenmesi hem de potansiyel alıcıların araştırılması meşakkatli bir süreç olduğundan, simsarın ücret hakkının sözleşme kurulmasa bile varlığı önem arz edecektir. Nitekim fikri ürün konusunda aracılık yapan simsar sadece tek bir sektörü değil birçok

¹⁹³ **Becker**, s.752.

¹⁹⁴ Yargıtay'da emsal bir kararında; "tallalın ücrete hak kazanabilmesi, ancak yaptığı hazırlık veya icra eylediği tavassutun akdin icrasına müncer olması koşuluna bağlı olduğunu belirtmiştir." Yargıtay 13. H.D. 21.02.1991 tarihli 5988 E. 1927 K nolu kararı aktaran, **Uygur**, TBK, s.8986.

¹⁹⁵ **Benassi / Di Minin**, s.83.

¹⁹⁶ **Gül** Neytullah, Simsarın Ücret Hakkı, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 65/(4), 2016, s.2795-2820, s.2806.

¹⁹⁷ Doktrinde Teoman, simsarın sözleşme kurulması halinde ücret hakkı elde edeceğine ilişkin hükümlerin emredici bir nitelik taşımadığını, tarafların sözleşme fiilen yapılmamış olsa dahi simsarın vermiş olduğu hizmet için bir ücret ödenmesini kabul edebileceğini belirtmiştir. Bakınız; **Teoman / Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Ertan Nomer** s.602 **Gümüş**'de bu tür ücret garantisi anlaşmalarıyla iş sahibinin isteğine uygun bir sözleşme meydana gelme bile simsarın ücret hakkının korunacağını belirtmiştir. **Gümüş**, s.207.

¹⁹⁸ Doktrinde Gül ise TBK m.521/1 uyarınca ücrete hak kazanmak için sözleşmenin kurulmasının şart kıldığını; TBK. m.521/1 hükmünde yer alan "ancak" ifadesi maddeyi nispi emredici hale getirdiğini ve bu nedenle simsarlık sözleşmesinde, asıl sözleşme kurulmadan ücret ödenmesi kararlaştırılmışsa, anlaşmanın bu maddesinin nispi emredici hüküm karşısında geçersiz saymak gerektiğini belirtmiştir. **Gül**, s.2797.

sektörü araştırmaktadır. Yine kişisel çevresine tanıtım yaparak mesai harcamaktadır. Bu süreçte fikri ürünlerin uzmanlarla değerlemesinin yapılması da gerekir. Bu da ayrı bir masraf kalemidir. Tüm bu sebeplerle simsara yapmış olduğu aracılık faaliyeti için belirli bir ücret ödenmesinde fayda vardır.

Simsar sadece sözleşme ilişkisi altına girdiği iş sahibinden aracılık faaliyeti nedeniyle ücret talep edebilir. Ücreti ödemekle yükümlü olan taraf ise genellikle iş sahibi olan fikri ürün sahibidir. Ancak simsar aynı zamanda fikri ürün alıcısıyla da sözleşme kurduysa bu alıcıdan da simsarlık ücretini ödemesini isteyebilir. Bununla birlikte doktrinde Arkan; simsarın, her iki taraf için de sözleşme ilişkisinin kurulması için zemin sağladığını ve her iki taraftan da belirli bir ücret talep edebilmesinin hakkaniyete uygun düşeceğini belirtmiştir.¹⁹⁹ Doktrinde Bozer, Göle de taraflarca simsarın ücretinin yarı yarıya paylaşılmasının hakkaniyete uygun olduğunu belirtmiştir.²⁰⁰ Uygulamada da simsarın ücreti genellikle taraflarca yarı yarıya paylaşılmaktadır.²⁰¹

Simsarlık sözleşmesinde tarafların simsarın ücretini belirlemede fayda vardır. Ücret belirlenmezse nasıl bir yol izleneceği kanunda düzenlenmiştir. Mülga ETBK. m.406'da ücret tayin edilmediği takdirde, tarife varsa ona göre tarife yoksa müteamil olan ücret mukavele edilmiş sayılacağı düzenlenmişti. Kanun koyucu mülga kanun dönemindeki bu yaklaşımını korumuş ve TBK. m.522'de ücret belirlenmemişse tarifeye, tarife yoksa teamüle göre ücret belirleneceğini düzenlemiştir.

Simsarın aracılık faaliyeti yürüttüğü potansiyel alıcılarda, iş sahibi sözleşme yapmak zorunda değildir. Fakat simsarlık sözleşmesinde iş sahibinin hangi koşullarda sözleşme yapacağı kararlaştırıldıysa bu koşulların gerçekleşmesi halinde iş sahibinin sözleşme yapması beklenir. Aksi halde simsarın uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Örneğin iş sahibi 100.000 TL ödeme yapan alıcıya fikri hakkını devredebileceğini taahhüt ettiyse aracının bulmuş olduğu alıcıyla sözleşme yapması beklenir. Aksi halde sözleşmenin kurulma koşullarını hazır eden simsarın uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Böyle özel bir koşul simsarlık sözleşmesinde düzenlenmediyse iş sahibi sözleşme yapmak-

¹⁹⁹ Arkan, s.198.

²⁰⁰ Bozer / Göle, s.88.

²⁰¹ Mülga ETTK. m.108'de de ticari tellallıkta; simsarın ücretinin sözleşmede hangi tarafça ödeneceği belirlenmediyse mahalli ticari teamülün nazara alınacağı; bu da yoksa tarafların ücreti yarı yarıya ödeyeceği düzenlenmişti.

tan kaçınılabilir. Bununla birlikte simsarın bulduğu kişiyle sözleşme yapmayan iş sahibi daha sonradan bu kişiyle doğrudan sözleşme ilişkisine girerse simsarın uğradığı zararı yine gidermekle yükümlüdür.²⁰²

Simsarın aracılık faaliyeti neticesinde sözleşme ilişkisinin kurulması gerekir. Taraflar sözleşme ilişkisine girmekle beraber sözleşmeyle altına girdikleri borçları yerine getirmeyebilirler. Bu durumda simsar aracılık faaliyeti yaptığı için ve bu faaliyet neticesinde sözleşme ilişkisi kurulduğu için ücret hakkı baki kalır. Tarafların edimlerini ifa etmemesinden ötürü simsarın bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Simsarın görevi sadece aracılık faaliyeti yürütmek ve bu faaliyet neticesinde sözleşme ilişkisinin kurulmasını sağlamaktır. Geçerli bir simsarlık sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşmenin ifası safhasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıklar nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde simsara ödenmiş olan ücretin iadesi istenemez.²⁰³ Asıl sözleşmenin kurulmasıyla birlikte simsar ücret hakkını kazanmıştır. Özellikle de sözleşme, taraflar arasında geçerli olarak kurulduktan sonra tarafların sözleşme gereği borçlandıkları edimleri hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri, sözleşmeyi sonradan feshetmeleri veya sözleşmeden dönmeleri halinde simsardan ödenen ücretin iadesi istenemeyecektir.²⁰⁴ Bu hallerden simsar sorumlu tutulmamalıdır.

Taraflar, sözleşmenin ifa edilmesi halinde simsarın ücret hakkını kazanacağını da simsarlık sözleşmesinde düzenleyebilirler. Böyle bir sözleşme hükmü, muteber ve bağlayıcı olduğu için simsar ancak sözleşme ifa edilirse ücret hakkını isteyebilecektir.²⁰⁵

B. Geciktirici Koşul

Simsarın ücret hakkı, sözleşmenin kurulmasıyla doğmakla birlikte taraflar geciktirici koşula bağlı bir sözleşme de yapabilirler. Geciktirici koşul; *hukuki işlemin istenilen hukuki sonuçları doğurabilmesinin gelecekteki şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlanmış olduğu koşuldur.*²⁰⁶

²⁰² Arkan, s.197.

²⁰³ Arkan, s.196, Becker, s.755.

²⁰⁴ Bozkurt, Ticari İşletme, s.222.

²⁰⁵ Doğanay, s.572 Benzer yönde Becker, s.755.

²⁰⁶ Akıntürk / Ateş Karaman, s.154.

Simsarlık sözleşmesinde simsarin ücreti, sözleşmenin ifasından sonra hak kazanacağı yönünde bir hüküm düzenlenebilir.²⁰⁷ Bu hükümler “*sınai hakkın devrinin gerçekleşmesi koşuluyla*”, “*devrin sicile tescil edilmesi koşuluyla*” veya “*devir bedelinin sınai hak sahibine ödenmesi koşuluyla*” şeklinde düzenlenebilir. Koşul olarak kararlaştırılan olayın gerçekleşmesiyle birlikte hukuksal işlem den istenilen hüküm ve sonuçlar doğacaktır. Koşul ile vadeyi ise birbiriyle karıştırmamak gerekir. Borç ilişkisinin veya münferit borcun hüküm ifade etmesi konusunda kendisine bağlanan olgu, gerçekleşeceği kesin olan bir olguysa o takdirde koşul değil, vade söz konusu olacaktır.²⁰⁸ Dolayısıyla simsarlık sözleşmesinde taraflar simsarin ücretinin ödeneceği günü kesin bir tarih olarak belirlemişse burada koşul değil vade söz konusu olacaktır. Koşul ise gerçekleşmesi şüpheli, belirsiz bir olaydır.

Geciktirici koşul, hukuksal işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurup doğurmayacağını geciktirmektedir.²⁰⁹ Geciktirici koşulun varlığı halinde alacaklının ifayı isteme hakkı²¹⁰ borçlunun da ifa yükümlülüğü bulunmamakta olup şart gerçekleşinceye kadar geciktirici koşula bağlı sözleşme hükümleri askıdadır.²¹¹ Bu süreçte alacaklı, borçludan borcunu ifa etmesini talep ve dava edemeyecektir. Alacaklı koşulun gerçekleşmesini bekleyecektir. Borçlunun ise TBK. m.171/1 gereği borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınması gerekir. Ayrıca borçlunun koşulun gerçekleşmesinden önce yaptığı tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersizdir (TBK. m.171/3). Geciktirici koşula bağlı olarak yapılan sözleşmenin hiçbir hukuki etkisi olmayacağı çıkarılsa yapılmamalıdır. Koşul gerçekleşmeden önce yapılmış sözleşme varlığını sürdürür ve tarafları bağlar. Ayrıca geciktirici koşula bağlı sözleşmede asli edimin yanı sıra bazı tali borçlar, özen borçları ve koruma yükümlülükleri de bulunabilir.²¹² Taraflar bunlara da bağlıdır.

²⁰⁷ Arkan, s.196.

²⁰⁸ Nomer, N. Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13.Baskı, İstanbul, 2013, s.353.

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bakınız Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara, 2016 (Borçlar Genel), s.786.

²¹⁰ Doktrinde geciktirici koşul gerçekleşene kadar borç henüz hüküm ifade etmeyeceğinden alacaklının borcun ifasını isteyemeyeceği belirtilmiştir. Ancak koşula bağlı alacak başkasına devredebilir, ibra edebilir ve koşula bağlı alacak için rehin veya kefalet kabul edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız Nomer, s.358, Akıntürk / Ateş Karaman, s.157.

²¹¹ Reisoğlu Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, İstanbul, 2012, s.450.

²¹² Oğuzman M. Kemal / Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C:2, 11.Baskı, İstanbul, 2014, s.506.

Koşulun gerçekleşmesiyle birlikteyse koşula bağlı sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alacaklı borçludan borcun ifasını isteyebilir. Meğerki sözleşmede aksi yönde bir düzenleme kararlaştırılmamış olsun. Bununla birlikte taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır (TBK m.175/1). Buna hükmi gerçekleşme denir.²¹³ Örneğin taraflardan biri sınai hakkın devri için Türk Marka ve Patent Kurumu'na gerekli bildirimleri dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde yerine getirmezse koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır.²¹⁴ Koşulun gerçekleşmesi kasten engellenebileceği gibi ihmalî bir davranış nedeniyle de engellenebilir.²¹⁵ Bununla birlikte taraflar dürüstlük kuralına aykırı bir davranış niteliği taşımayan faaliyetlerde bulunarak koşulun gerçekleşmesi için çaba gösterebilirler.²¹⁶ Böyle bir çaba hukuka aykırı sayılmayacaktır. Örneğin simsar fikri ürünün devri için tarafları yönlendirebilir, süreci takip edebilir. Simsarın ücret hakkını elde etmek için süreci yakından takibi dürüstlük kuralına aykırı sayılmamalıdır.

Simsarlık sözleşmelerinde koşulun düzenlenmesi iş sahibinin lehinedir. Bilindiği üzere özellikle de sınai hakkın devri için kanunda bir takım şekli geçerlilik koşulları düzenlenmiştir. Ayrıca devrin sicille bildirim de gerekir. Bu süreç ise hem uzun hem de meşakkatli bir süreçtir. Bu nedenle salt sınai hakkın devri sözleşmesinin kurulması, iş sahibinin menfaatini karşılamayacaktır. Tarafların sözleşme gereği altına girdikleri borçları da ifa etmeleri gerekir. Bu nedenle simsarın ücret hakkının doğumunun, tarafların edimlerinin ifası koşuluna bağlanması yerinde olacaktır.

C. Aşırı Ücretin İndirilmesi

Simsarlık sözleşmesinde aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa borçlunun talebi üzerine, kararlaştırılan ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir (TBK. m.525).²¹⁷ Hatta simsarın ücreti, maktu bir hizmet bedeli

²¹³ Akıntürk / Ateş Karaman, s.158.

²¹⁴ Bununla birlikte TBK m.175/2 gereği taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa bu durumda koşul gerçekleşmemiş sayılır. Uygulamada geciktirici koşula bağlı simsarlık sözleşmelerinde böyle bir durumla karşılaşılması güçtür.

²¹⁵ Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24.Baskı, İstanbul, 2017, (Borçlar Genel), s.1132.

²¹⁶ Oğuzman / Öz, s.512.

²¹⁷ Mülga TBK döneminde sadece iş sözleşmesi ve gayrimenkul satış sözleşmelerine ilişkin simsarlık sözleşmelerinde fahiş bir ücret belirlendiyse indirim talep edilebiliyordu (ETBK. m.409). TBK'yla birlikte ise bu sınırlandırma kaldırılmış olup her tip simsarlık sözleşmesinin-

değil de satış bedelinin belirli bir kısmını oluştursa bile indirim talep edilebilir.²¹⁸ Simsarin aşırı ücretinin indirilmesinde ücretin fahiş olması dışında gabinde olduğu gibi iş sahibinin zor durumunun sömürülmesi, deneyimsizlik ve düşüncesizlik gibi sübjektif olgular aranmayacaktır.²¹⁹

818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde de simsarin fahiş ücreti hâkim tarafından indirilebiliyordu. Fakat mülga BK. m.409'da sadece iş aracılık sözleşmesi ve gayrimenkul aracılık sözleşmesi için indirim talep edilebileceği düzenlenmişti. TBK. m.525'deyse kanun koyucu bu tür bir sınırlandırmayı düzenlememiştir. Her simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılan fahiş ücretin indirilebileceğini düzenlemiştir. Simsarin fahiş ücretinin indirilmesinin talep edilmesi şarttır. Taraflarca bir talep yoksa hâkim resen ücretin indirilmesine karar vermeyecektir.

Fahiş simsarlık ücretlerinin indiriminin hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması gerekir.²²⁰ Kanımızca bu düzenleme özellikle fikri ürün sahipleri için önem arz eder. Piyasayı tanımayan bir bilim insanı veya genç girişimci fikri ürünün gerçek değerini bilmeyebilir.²²¹ Bu nedenle fikri ürünün değerlendirilmesi için simsarla ağır koşullar içeren sözleşmeler altına girebilir. Böyle bir durumda hâkim hakkaniyet gereği aşırı bir ücreti indirebilir. Kanımızca bunun için öncelikle fikri ürünün değerlemesinin yapılması gerekir. Arkasından ise simsarin vermiş olduğu hizmetin bedeli belirlenmelidir. Bu süreçteyse uzman bilirkişilere başvurulmasında fayda vardır.

Ücret indiriminin talep edilmesi halinde mahkeme somut olaya göre değerlendirme yapacaktır.²²² Mahkeme değerlendirmeyi yaparken simsarin, çalış-

de kararlaştırılan fahiş ücretin indirimi istenebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bakınız; **Yavuz / Acar / Özen**, s.1282.

²¹⁸ **Becker**, s.765.

²¹⁹ **Gümüş**, s.222.

²²⁰ Doktrinde indirim talebi üzerine hâkimin tarafların menfaatlerini gözeterek ve somut olayın koşullarını dikkate alarak takdir yetkisini kullanması gerektiği ve adalet ile hakkaniyete uygun bir oranı belirlemesi gerektiği belirtilmiştir. **Bozkurt**, Tellâllık, s.257.

²²¹ Doktrinde de Hagiü, Yoffie fikri ürünlerin eşsiz olduğunu, bu nedenle başka haklarla karşılaştırılmasının yapılamadığını, fikri ürünlerin değerlemesinin oldukça zor olduğunu belirtmiştir. **Hagiü / Yoffie**, IP Market, s.5.

²²² Yargıtay'da emsal bir kararında; yerel mahkemenin simsarlık ücretinin fahiş olup olmadığını değerlendirirken ilgili ticaret odasından ticari teamül gereğince belirlenecek simsarlık ücreti miktarını sormasını, tarafların mali durumunu nazara almasını, simsarin faaliyet ve çalışma derecesini belirlemesini ve arkasından hakkaniyet gereği bir bedele hükmedilmesi gerektiğini

masını veya mesaisini dikkate almamalıdır. Konusunda uzman olan ve pazarı tanıyan bir simsar tecrübesiyle hızlı bir şekilde fikri ürün alıcılarını bulabilir. Yine aracılık faaliyeti baht veya tesadüfe bağlı karakteri nedeniyle hızlı bir şekilde sonuç verebilir. Bu nedenle mahkeme simsarın ücretinin fahiş olup olmadığını değerlendirirken simsarın çalışmasına bakmamalıdır. Burada esas alınması gereken simsarın ediminin değerinin mutlak ücretlere göre ölçülmesi ve simsarın edimiyle karşı edim arasında bir oransızlık bulunmaması gerektirir.²²³ Doktrindeyse Gümüş; simsarlık ücretinin fahiş olup olmadığı değerlendirilirken; simsarın fiilen harcadığı emek ve zaman değil, aracılık ediminin objektif değerinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.²²⁴ Bozkurt'da simsarlık ücretinde indirim yapılırken simsarın olayda gösterdiği çalışma değil, simsarın edim değerinin olağan ölçüde göre ölçülmesi gerektiğini belirtmiştir.²²⁵ Becker'de simsarlık sözleşmesinin baht ve tesadüfe bağlı olması nedeniyle simsarın ediminin değeri incelenirken; simsarın olayda göstermiş olduğu çalışma değil, yerel teamülün esas alınması gerektiğini belirtmiştir.²²⁶ Nitekim simsar az bir çalışmayla başarılı bir sonuca hemen ulaşabilir.

Tacir sıfatına sahip iş sahipleriye sözleşmede kararlaştırılan ücretin indirilmesini mahkemeden isteyemeyecektir (TTK m.22/1).²²⁷ Dolayısıyla ücretin indirilmesini tacir sıfatına sahip olmayan kişiler talep edebilecektir. Bununla birlikte Yargıtay ücretin ve cezai şartın tacirin mahvolmasına yol açacak nitelik taşıması durumunda TBK. m.26 – 27 gereğince ahlak ve adaba aykırılık çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²²⁸ Bu durumda tacir için de ahlak ve adaba aykırı bir ücretin tenkis edilmesi mümkündür.²²⁹ Tacirin istisnai

belirtmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 01.05.1987 tarihli 2249 E. 2653 K. nolu kararı aktaran **Uygur**, TBK, s.8994.

²²³ **Uygur**, 6098 Sayılı TBK, s.2368.

²²⁴ **Gümüş**, s.222.

²²⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Bozkurt**, Tellâllık, s.257.

²²⁶ **Becker**, s.764, 765.

²²⁷ Benzer yönde; **Bozer / Göle**, s.88.

²²⁸ Yargıtay HGK 20.03.1974 Tarihli, E. 70/T-1053 K.222 ile Yargıtay 11.H.D. 03.01.1997 Tarihli 7510 E./ 449 K aktaran **Bahtiyar**, s.118.

²²⁹ İlgili Yargıtay HGK kararında da ‘ ‘Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Nitekim İsviçre ve Alman Hukuk-

olarak müzayaka halinde gabin hükümlerine dayanması da mümkündür.²³⁰ Ancak tacirin her müzayaka halinde bulunduğunu iddia etmesi halinde gabin hükümleri uygulanmamalıdır. Bu konuda yapılacak incelemelerde tacirin; ticari faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği göz ardı edilmemeli, tacirin ticari kayıtları üzerinde ayrıntılı inceleme yapılmalı, ayrıca sömüren tarafın tacirin müzayaka halinden bilerek yararlanma kastı olduğu somut delillerle ispatlanmalıdır.²³¹ Bununla birlikte tacir, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden sömüren tarafın yararlandığını ileri süremez. Nitekim TTK. m.18/2 gereği tacirin basiretli davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Fikri ürünün değerlendirilmesi konusundaki simsarlık sözleşmelerinde de aşırı ücretin indiriminin talep edilmesi mümkündür. Böylelikle ticari hayatta yabancı olan bilim insanıyla girişimcinin fahiş ücret ödemekten kurtulması mümkün olacaktır. Fakat bir ücretin fahiş olup olmadığı değerlendirilirken fikri ürün değerlendirilmesi sürecinin meşakkatli olduğu da unutulmamalıdır.

IX. Masraflar

Simsar aracılık faaliyeti yürüttüğü fikri ürün için bir takım masraflarda bulunabilir. Bu masrafların iş sahibinden talep edilip edilemeyeceği ve hangi şartlarda talep edebileceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Simsarın masraf talep etme hakkı değerlendirilirken ilk olarak simsarın fonksiyonunun ele alınması gerekir. Fikri ürünlerin oluşturduğu pazar oldukça geniştir. Küçük ölçekli şirketlerden büyük ölçekli şirketlere kadar birçok teşebbüs fikri ürünler konusunda çalışmaktadır. Bu nedenle hangi ürünün nerede olduğunu bilmek alıcı ve satıcı için güçtür. Yine hangi hakkın ne kadar verimli olacağını bilmekte güçtür. Fikri ürünlerin değerlendirilmesi ise ayrı bir handikaptır.

çuları arasında, mevzuatın farklı olmasına rağmen, bu bakımdan tam bir mutabakat mevcuttur. Bizim mevzuatımız itibariyle, farklı bir sonuca ulaşmak için hukuki bir dayanak bulunmamaktadır. Bu durumda bidayet mahkemesince yapılacak iş, özel dairenin bozma ilamında da işaret edildiği gibi, taraflar arasında kararlaştırılan cezai şartın, ahlak ve adaba aykırı olup olmadığının incelenmesidir.” denilerek ahlaka ve adaba aykırı cezai şartın tenkis edilebileceği veya iptal edilebileceği belirtilmiştir. Karar metni için bakınız; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas: 1970/1053, Karar: 1974/222 sayılı kararı; Türk Hukuk Sitesi <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=15235> Son yararlanma: 14.04.2019.

²³⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Arkan**, s.148, 149.

²³¹ **Çağlar** Hayrettin, Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 2016, s. 69-93, s.90.

Fikri ürün değeri alıcısına, kullanım süresine, özelliklerine göre değişkendir. Bu nedenle spesifik bir bedeli genellikle olmamaktadır. Tüm bu etkenler dikkate alındığında fikri ürünler konusunda uzman kişilerden aracılık yapmasını istemek bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmıştır. Fikri ürünler konusunda aracılık yapan uzman simsarlar sayesinde iş sahipleri başta fikri ürünü bulma, araştırma masrafları olmak üzere birçok masraftan kendilerini kurtarmaktadır.²³² Doğru fikri ürünü bulma süreci oldukça yoğun mesai gerektiren bir süreç olduğundan iş sahibi simsarla anlaşarak vakit kaybından da kurtulmaktadır.²³³

Simsar ise fikri ürünün pazarlanması sürecinde yoğun bir emek harca-yacaktır. Bu süreçte fikri ürünün pazarlanması konusunda pazarlama stratejileri oluşturabilir, fikri ürünün tanıtım faaliyetlerini yürütebilir veya pazar araştırması yapabilir. Özellikle de simsar aracılık faaliyeti yapmak istediği fikri ürün değerlemesini yaparken teknik konularda bilim insanları veya uzmanlara başvuracak, hukuki konularda danışmanlık alacak, ticari konularda pazar analistlerinden yardım alacaktır.²³⁴ Tüm bu süreç simsar için oldukça maliyetli olacaktır.

Masraflar konusunda düzenleme içeren TBK. m.521/3'den sözleşmenin kurulmaması ve sözleşmede öngörülmemiş olmadığı takdirde simsarin iş sahibinden masraf talep edemeyeceği anlaşılmaktadır.²³⁵ Bu durumda simsarlar sözleşmeye özel bir madde koyarak, fikri ürün pazarlanması konusundaki masrafların fikri ürün sahibi tarafından karşılanacağını, düzenleyebilir. Simsarlık sözleşmesinde simsarin yapacağı giderlerin kendisine ödeneceği kararlaştırılmışsa, simsarin faaliyeti sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanmamış olsa bile giderleri ödenir (TBK. m.521/3). Bu giderler olağan gider ve olağanüstü giderlerden oluşur.²³⁶

Sözleşme kurulursa simsarin masraflarını talep edip edemeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir. TBK'nın simsarlıkla ilgili bölümünde bu duruma ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrin deyse Poroy, Yasaman; sözleşmenin kurulması halinde simsarin masrafları konusunda TBK. m.510/1

²³² **Lamoreaux / Sokoloff**, *Intermediaries*, s.1880.

²³³ **Lamoreaux R. Naomi / Sokoloff L. Kenneth**, "Inventors, firms, and the market for technology in the late nineteenth and early twentieth centuries." *Learning by doing in markets, firms, and countries*, University of Chicago Press, 1999, s.19-60, (Inventor), s.24.

²³⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Benassi / Di Minin**, s.77.

²³⁵ **Poroy / Yasaman**, s.284.

²³⁶ **Bozer / Göle**, s.89.

gereği karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.²³⁷ Doktrinde Bozer, Göle de simsarlık sözleşmesinde giderlerin ödeneceğine ilişkin bir hüküm yoksa ancak sözleşme kurulduysa simsarin giderlerini talep edebileceğini belirtmiştir.²³⁸ Doğanay ise simsarlık sözleşmesinde yapılacak masraflarla ilgili herhangi bir hüküm düzenlenmediyse simsarin sadece tellaliye ücretini isteyebileceğini, ayrıca masraf isteyemeyeceğini belirtmiştir.²³⁹ Gümüş; simsarin sözleşmede kararlaştırılmıssa masraf talep edebileceğini, böyle bir hüküm varsa aracılık faaliyeti neticesinde sözleşmenin kurulmuş olup olmadığının önem arz etmediğini belirtmiştir.²⁴⁰ Kanımızca da sözleşme ilişkisi kurulsun bile simsar masraflarını talep edemez. Masraflarını talep edebilmesi için simsarlık sözleşmesinde özel bir düzenleme bulunmalıdır.

Simsarin talep edebileceği masraflar ise yapmış olduğu aracılık faaliyetine ilişkin masraflardır. Bunlar; fikri ürünün potansiyel alıcılarıyla yapılan görüşmeler için harcanan konaklama, yol ve benzeri masraflar olabilir. Yine fikri ürün pazarının araştırılması için yapılan giderler de istenebilir. Bitki ıslahı, patent, tasarım ve entegre devre topoğrafya gibi sınai hakların nitelikleri ve teknolojiye etkisi muğlak da olabilir. Bu tür yeniliklerin hangi alanlarda nasıl bir etki doğuracağı ancak detaylı bir araştırma neticesinde ortaya çıkacaktır. Simsarin böyle bir araştırma yapması halinde giderlerini iş sahibinden talep edebilir. Ancak simsarin yanında çalışanlara ilişkin işçi maaşları, ofis kiralari, elektrik su faturalari gibi genel giderler iş sahibinden talep edilemez. Nitekim bunlar simsarlık faaliyeti gideri değildir.

Aracılık faaliyeti süresince simsar bir takım metotlar, materyaller ve pazarlama teknikleri geliştirebilir. Simsarin pazarlama metotlari ve materyallerinin de bir değeri vardır. Nitekim sınai hak konusunda uzman bir simsar, belirli bir bilgi birikimine sahip sektör deneyimi olan kişilerden oluşmaktadır. Ticari sır niteliğindeki bu materyallerin ve metotların üzerinde hak sahibinin simsar olduğu yönünde sözleşmede düzenleme yapılmasında fayda vardır. Böylelikle fikri ürün sahipleri simsarin deneyimiyle şekillenen metotlardan ve materyallerden haksız yere yararlanamayacaktır.

²³⁷ **Poroy / Yasaman**, s.284.

²³⁸ **Bozer / Göle**, s.89.

²³⁹ **Doğanay**, s.578.

²⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Gümüş**, s.222,223.

Sonuç olarak simsarın masrafları, simsarlık ücretiyle karşılanır. Bu nedenle sözleşmede özel bir düzenleme olmadıkça simsar ayrıca masraf talep edemez.²⁴¹ Fikri ürün simsarlığında aracılık faaliyeti hem meşakkatli hem de maliyetli olduğu için sözleşmede özel düzenleme yapılarak masrafların iş sahibi tarafından karşılanmasındaysa fayda vardır.

X. Simsarin Ücret ve Masraf Hakkını Kaybetmesi

Fikri ürünlerin değerlendirilmesi süreci pazara yabancı girişimciler ve bilim insanları için oldukça meşakkatli bir süreçtir. Bununla birlikte fikri ürün değerlemesiye başlı başına uzmanlık isteyen bir iştir.

Değerli fikri ürünler, değerinin çok altına devredilebilmesi her zaman mümkündür. Nitekim bilim insanı veya girişimci sahip olduğu hakkı tek bir sektörde kullanılacağını düşünürken, yatırımcı veya simsar fikri ürünün farklı sektörlerde uygulanması halinde daha efektif sonuçlar elde edeceğini görebilir. Bu nedenle bir fikri ürünün değerinin belirlenmesi işinin hakkıyla yerine getirilmesi oldukça güçtür. Bununla birlikte bir taşınmaz satışında taşınmazın rayici emsaller bazında değerlendirilebilirken; fikri ürünün spesifik bir rayici olmadığı gibi değerlendirme formülleri de her zaman doğru bir sonuç vermeyebilir. İşte bu belirsiz süreçte fikri ürün sahibinin gerçek hakkını elde edememesine sebebiyet verebilir. Özellikle de kötü niyetli simsarlar, hak sahibini manipüle edebilir.

Bazense fikri ürün sahibiyle simsar anlaşarak alıcıların menfaatlerine aykırı bir aracılık faaliyeti yürütebilirler. Fikri ürünün gerçek niteliklerini saklayarak değerini artırabilirler. Örneğin aracılık faaliyetine konu bir markaysa pazar değerini manipüle edebilirler. Patent veya tasarımsa kusurlu noktalarını örtebilirler. Böyle bir durumda her iki tarafın menfaatlerini gözetmesi gereken simsarin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği söylenebilir.

Simsarin fikri ürünlerin değerlendirilmesi konusunda anahtar bir rolü vardır. Nitekim alıcı veya satıcılardan ziyade konumu gereği simsar fikri ürün potansiyelini bilir veya öğrenir. Fakat doktrinde de belirtildiği üzere dürüst olmayan bir simsar alıcıların ve satıcıların bilgi boşluğundan yararlanarak, fikri ürünle ilgili bilgileri açıklamayarak veya kendisine saklayarak kendi aracılık

²⁴¹ Benzer yönde; **Bilge**, s.322, **Arkan**, s.199, **Teoman / Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Ertan Nomer**, s.603 Doktrinde Becker'de masrafın ödenmesi vaat edilmemişse masrafın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre bile istenemeyeceğini belirtmiştir. **Becker**, s.759.

pozisyonunu suiistimal edebilir.²⁴² Doktrinde bu tarz bir simsarlığın günümüzde solup gittiği, artık simsarların, kalıcı ilişkiler kurmak amacıyla, itibarını korumaya çalıştığı belirtilmiştir.²⁴³ Aracılık pozisyonunu suiistimal eden simsarsa pazardan silinecektir. Türk Hukuku'ndaysa simsarin böyle bir davranışı dürüstlük kuralına da aykırı kabul edilmelidir. Böylelikle simsar ücret hakkı elde edemeyecektir.

Simsar işlerini yürütürken doğru, dürüst, sadık ve basiretli bir şekilde davranmalı ve tarafların menfaatlerini korumalıdır.²⁴⁴ Kanun koyucu bu durumları öngörerek, TBK. m.523'de simsarin, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket etmesi veya dürüstlük kuralına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alması halinde, aracılık faaliyeti neticesinde elde edeceği ücret ve yaptığı giderlere ilişkin hakkını kaybedeceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla simsarin üstlendiği borca aykırı davranması veya dürüstlük kurallarına aykırı hareket etmesinin en önemli yaptırımının ücret hakkının kaybı olduğu söylenebilir.

Simsarin, yanlar arasında uzlaştırıcı faaliyetlerde de bulunması gerekir.²⁴⁵ Aracılık faaliyeti süresince simsarin, iki tarafında haklı menfaatlerini hakkaniyet uygun bir denge içerisinde korumalı ve bir tarafı diğer tarafa oranla daha avantajlı bir duruma getirmemelidir.²⁴⁶ Bununla birlikte doktrinde simsarin işin niteliği gereği karşı taraf adına aracılık yapamayacağı hallerde veya iş sahibiyle yapılan sözleşmede özel olarak düzenlenmesi halinde simsar yine de karşı taraf için aracılık yaparsa TBK m.523 gereği ücret ve masraf isteme hakkını kaybedeceği belirtilmiştir.²⁴⁷

Sonuç olarak simsar, aracılık faaliyetinde bulunurken taraflara eşit mesafede durmalı, taraflar arasında denge unsuru olmalıdır.²⁴⁸ Ayrıca simsarin dürüstlük kuralına aykırı davranarak taraflardan birisinden de menfaat sağlamaması gerekir. Simsarin dürüstlük kuralına aykırı davranması veya tarafsızlığını ihlal etmesi halinde simsar, ücret hakkından mahrum kalacaktır.

²⁴² Wang, s.167.

²⁴³ Wang, s.167.

²⁴⁴ Aslan / Mevci, s.91.

²⁴⁵ Berzek, s.168.

²⁴⁶ Poroy / Yasaman, s.284.

²⁴⁷ Arkan, s.200.

²⁴⁸ Bozkurt, Tellallık, s.249.

XI. Sımsarın Yükümlülükleri

Sımsarın, gerçekleştirdiği aracılık faaliyeti neticesinde geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulursa sımsar ücret hakkı elde edecektir. Bu nedenle sımsarın aracılık faaliyeti yürütmesi gerekir. Ayrıca sımsarlık sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümler de uygulanacaktır (TBK. m.520/2). Bu nedenle vekilin özen borcu, sadakat borcu, bilgi verme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, iş sahibinin talimatına uyma yükümlülüğü sımsar için de geçerlidir. Fakat sımsar vekil gibi temsil yetkisine sahip olmaması ve bağımsız faaliyet yürütmesi nedeniyle vekil kadar ağır bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

A. Sımsarın Aracılık Faaliyeti Yürütmesi

Sımsarın en mümeyyiz vasfı ve başlıca görevi; aracılık yapmayı üzerine aldığı işin akitle sonuçlanması için gerekli zemini hazırlamaktır.²⁴⁹ Sımsar, birbirlerini tanımayan alıcıyla satıcı arasında bir lisans sözleşmesi veya devir sözleşmesinin kurulması amacıyla, adeta bir köprü rolü üstlenmiştir.²⁵⁰ Bu süreçte sımsarlar, verimli bir sözleşmenin kurulması ve adil bir ücretin belirlenmesi amacıyla fikri ürün satıcısına, alıcı bulma konusunda yardımcı olmaktadır.²⁵¹

Sımsarın TBK. m.520/1 gereği, sözleşmenin yapılması imkânını hazırlaması veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmesi gerekir. Fakat sımsarın kural olarak böyle bir aracılık faaliyetinde bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sımsarın aracılık faaliyetinde bulunma külfeti vardır.²⁵² Sımsarın aracılık

²⁴⁹ Doğanay, s.557.

²⁵⁰ Benassi / Di Minin, s.83.

²⁵¹ Wang, s.167.

²⁵² Doktrinde sımsarın aracılık faaliyetinde bulunma yükümlülüğü olup olmadığı tartışmalıdır. Arkan, sımsarın aktif bir aracılık faaliyetinde bulunmakla yükümlü olmadığını, sadece sözleşmenin kurulması halinde iş sahibinin ücret ödemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. **Arkan**, s.194 Öcal Apaydın; sımsarın aktif bir aracılık faaliyetinde bulunma borcu bulunmadığı, sımsarın iş sahibi ile üçüncü kişi arasında esas sözleşmenin kurulması amacıyla yürüttüğü aracılık faaliyetinin bir edim külfeti olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle yazara göre sımsar aracılık faaliyeti yürütmeye zorlanamaz, aktif faaliyet yürütmediği için tazminat talep edilmez. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Öcal Apaydın**, s.151 Doktrinde Bozkurt'da sımsarın borcunun edim borcu değil edim külfeti olduğunu, sımsarın etkin çaba göstererek sözleşmenin kurulmasına yardımcı olmak zorunda olmadığını, bu konuda edilgen kalarak sözleşme kurulmasına aracılık etmezse sımsarın en fazla ücret hakkından mahrum kalacağını belirtmiştir. **Bozkurt**, Tellâllık, s.144 Gümüş ise doktrindeki hâkim görüşün aksine bir görüş ileri sürmüştür. Gümüş'e göre her ne kadar sımsarlık ücreti talep hakkının doğması için iş sahibinin

faaliyeti neticesinde iş sahibiyle üçüncü kişi arasında sözleşme kurulursa simsar ücret hakkını elde edecektir. Aracılık ise genellikle iki tür de yapılır. Birincisinde simsar sadece fırsatı gösterir; ikincisindeyse simsar aktif bir aracılık yürüten daha etkin rol oynar.

Fırsat gösterme simsarlığında, simsarin ücret hakkını elde etmek için sözleşmenin kurulması imkânını hazırlaması yeterlidir. Bunun için tarafları bir araya getirmelidir. Bir araya getirme fizikken birliktelik sağlama şeklinde olabileceği gibi online platformlar aracılığıyla da mümkündür. Bu durumda simsar fırsatı göstermekle sözleşme gereği yüklendiği edimi ifa etmiş sayılır.²⁵³ Özellikle de geniş network bağlantıları olan simsarla iletişime giren fikri ürün sahipleri, simsardan kendi network'ünü açmasını ve bağlantılar kurmasını talep etmektedir. Simsarin network'ündeki ilgili kişilerle fikri ürün sahibini bir araya getirmesiyle birlikte yükümlülük yerine getirilmiş olur. Fırsat gösterme simsarlığında simsarin taraflar arasındaki görüşmelere katılmasına ise gerek yoktur.

Simsarin aktif bir rol olarak sözleşmenin kurulmasına aracılık etmesi de mümkündür. Böyle bir durumda simsar, sadece sözleşme taraflarını bir araya getirmemekte, ayrıca aktif bir aracılık yaparak tarafların anlaşmasını sağlaması gerekir. Bu süreçte iki tarafı bir araya getirmeli ve olası anlaşmazlıklar ile uyuşmazlıkları gidermek için uğraşmalıdır.²⁵⁴ Burada simsarin sadece fırsat göstermesi söz konusu değildir. Bir fiil aktif aracılık faaliyetiyle sözleşme müzakerelerini başlatması ve sona erdirmesi beklenir. Simsarin aracılık faaliyeti süresince pazarlık sürecine dâhil olması veya sözleşmeyi hazırlamasına ise gerek yoktur. Fakat iş sahibi ile simsar arasındaki sözleşmede bu hususlar da düzenlenebilir.

B. Simsarin Vekâlet Hükümleri Gereği Sorumluluğu

Simsarlık sözleşmesine vekâlet hükümlerinin uygulanmasının simsarin yükümlülükleri açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Vekâlet sözleşmele-

istediği sözleşmenin istediği şartlarda akdedilmiş olması gerekse de bu durum simsarin aracılık faaliyetinde bulunma borcu altında olmadığı anlamına gelmez. Simsarin aracılık faaliyetinde bulunması asli yükümdür. Fakat eser sözleşmesindeki eseri meydana getirme borcundan farklı olarak edim yükümü niteliği taşımadığından ifası dava edilemez. Bununla birlikte taraflar anlaşarak aracılık faaliyetinde bulunma asli yükümünü aynı zamanda bir edim yükümü haline getirebilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Gümüş**, s.211,212.

²⁵³ **Becker**, s.746.

²⁵⁴ **Becker**, s.746.

rinde olduğu gibi simsarın sadakat borcu, özen borcu, hesap verme borcu bulunmaktadır.²⁵⁵

Simsarın vekâlet hükümleri gereği sorumluluğu vekilinki kadar ağır olmayacaktır. Nitekim simsar vekil kadar iş sahibine bağlı değildir. Bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Ancak simsarın bağımsız tacir yardımcısı olması hiçbir yükümlülüğü olmadığını da göstermez. Simsarın vekil gibi iş sahibine karşı özen, sadakat, sır saklama, talimatlarına uyma, bilgi verme gibi yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin temelinde hem TBK. m.520/2 gereği vekâlet hükümlerinin uygulanması hem de taraflar arasındaki güven ilişkisi yatmaktadır. Bilindiği üzere simsarlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi güven unsuruna bağlı bir sözleşmedir. Bununla birlikte simsarlık sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşme olması niteliği de unutulmamalıdır. Sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmeler taraflar arasında sıkı ve yoğun bir güven ilişkisi yaratmaktadır.²⁵⁶ Bu nedenle bu tip sözleşmelerde, taraflar arasındaki güven ve bağlılık ilişkisi nedeniyle, davranış yükümlülükleri yoğunlaşarak artmaktadır.²⁵⁷

Simsarın sözleşme kurulmasını sağlama yükümlülüğüne bulunmamaktadır. Simsarın aracılık faaliyeti ne kadar başarılı olsa da taraflar sözleşme ilişkisine girmeyebilir. Böyle bir durumda sözleşme kurulmaması nedeniyle simsarın bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat simsarın aracılık faaliyetini yürütürken gerekli özeni ve sadakati göstermesi gerekir. Özensizlik veya sadakatsizlik simsarı ücret ve masraf hakkından mahrum bırakacağı gibi, sorumluluğuna da sebebiyet verebilir.

Simsarlık sözleşmesine, vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması neticesinde, simsarın özellikle de sadakat ve özen borcuna uygun davranması gerekir. Simsarın, sadakat ve özen borcuna aykırı davranması halinde, TBK. m.112 bağlamında iş sahibinin uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü tutulur.²⁵⁸

²⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız **Gümüş**, s. 212 vd. Vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülükler için bakınız; **Akıntürk / Ateş Karaman**, s.316.

²⁵⁶ **Sarı Onur**, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, 1.Baskı, Ankara, 2019, s.57.

²⁵⁷ **Seliçi Özer**, *Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi*, 1. Baskı, İstanbul, 1977, s.128.

²⁵⁸ Doktrinde **Öcal Apaydın** simsarın sözleşmeden kaynaklanan sadakat ve özen borcu ile aracılık faaliyeti yapma şeklindeki edim külfetinin birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, simsarın aracılık faaliyeti şeklindeki edim külfetini yerine getirmemesi halinde simsarın ücret hakkı kazanamayacağını fakat simsarın özen ve sadakat borcuna aykırı davranması halinde TBK. m.112 bağlamında sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştir. **Öcal Apaydın**, s.153.

Bu nedenle bir nevi vekil olan simsarı kabul ettiği işi gereken dikkati ve özeni sarf ederek ve iş sahibinin güvenine layık olacak biçimde iyi bir şekilde yerine getirmelidir.²⁵⁹

1. Özen Borcu

Simsarlık sözleşmesi kural olarak vekâlete ilişkin hükümlere tabii olduğundan özen yükümlülüğü simsar için de geçerlidir.²⁶⁰ Özen borcu gereği simsar üstlendiği işi ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, özenle yürütmelidir.

Vekâlet sözleşmelerindeki vekilin özen yükümlülüğünden kasıt, vekilin üstlendiği işin sonucunu elde etmesi değil, sonuca erişmek için yaptığı faaliyeti özenle icra etmesidir.²⁶¹ Dolayısıyla vekil her türlü özeni göstermesine rağmen başarılı olamadıysa özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ileri sürülemeyecektir. Bununla birlikte simsarı bağımsız bir tacir yardımcısı olması, sadece aracılık faaliyeti yürütmesi ve ediminin niteliğinin külfet olması nedeniyle simsarı vekâlet sözleşmesindeki vekil kadar ağır bir özen yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁶² Ancak simsar aracılık faaliyeti yaparken fikri ürün konusunda yanlış ve yanıltıcı bilgiler verirse veya halin icabı gereği sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüklerle gerekli özeni göstermezse özen yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenebilir.²⁶³

Özen yükümlülüğünün temelinde vekilin taahhüt ettiği iş, işlem veya fiilin gereği gibi sonuçlanması için belirli bir gayret sarf etmesi yatmaktadır.²⁶⁴ Vekil kadar olmasa da simsar; iş sahibini menfaatlerini korumalı, onun yararına davranışlarda bulunmalı ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır.²⁶⁵ Bu süreçte simsar özen yükümlülüğü gereği hal ve şartlara göre taraflar hakkın-

²⁵⁹ Akıntürk / Ateş Karaman, s. 315.

²⁶⁰ Ayhan / Çağlar, s.498.

²⁶¹ Yavuz / Acar / Özen, s.1159.

²⁶² Simsar, tek bir tarafın vekili olmayıp her iki taraf arasında bağımsız bir aracılık faaliyeti yürüttüğü için simsarı vekil kadar ağır bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

²⁶³ Doktrinde Ayhan Çağlar; simsarı aracılık faaliyetine başlamaması halinde iş sahibi, her ne kadar aracılık edimini talep ve dava etme imkânına sahip olmasa da simsarı özen borcuna aykırılığı nedeniyle sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Ayhan / Çağlar, s.498.

²⁶⁴ Başpınar Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2.Baskı, Ankara, 2004, s.123.

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bozkurt, Tellâllık, s.181.

da bilgi soruşturması yapmalı, iş sahibine düzenli olarak bilgi vermeli ve sözleşme fırsatlarını bildirmelidir.²⁶⁶ Simsarın özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği konusunda sübjektif ve objektif kıstas olmak üzere iki tür kıstas esas alınabilir. Sübjektif kıstas; işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılmasıdır.²⁶⁷ Objektif özen doktrinde “bir kimsenin kendi kudret ve kabiliyetlerine uygun bir dikkati gösterip göstermediğinin değil de normal, makul ve orta zekâlı bir kimsenin aynı şartlar altında veya benzer olaylarda göstereceği dikkat ve özen” olarak tanımlanmıştır.²⁶⁸

Simsarın özen borcunu yerine getirip getirmediğinin belirlenmesindeyse TBK m.506/3 gereği, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle özen sorumluluğu belirlenirken TBK’da mülga TBK’dan farklı olarak hizmet sözleşmesine yollama yapılmamıştır. İlgili düzenlemeyle özen sorumluluğu konusunda objektif kıstasın kanun koyucu tarafından kabul edildiği söylenebilir.²⁶⁹ Objektif özen kıstası gereği simsar, kendi kişisel işinde göstereceği özeni değil, benzer işlerde görev alan basiretli bir simsarın göstermesi gereken özeni göstermelidir.²⁷⁰

Fikri ürün simsarının özen yükümlülüğünün önemli bir boyutu da bulunmaktadır. Öncelikle fikri ürün değerlemesi konusunda muğlak noktalar bulunmaktadır. Değerli görülen bir fikri ürün değersiz olabilir. Değersiz olan fikri ürün ise aslında çok değerli olabilir. Fikri hakların yapıları itibarıyla açık ve kesin bir değerlemesinin yapılması veya değerinin tahmin edilmesi güçtür.²⁷¹ Bu durumda yüksek komisyon ücretlerine sebep olmaktadır. İşte simsarın bu süreçte özenli davranıp fikri ürünün gerçek değeri ve gelecekteki muhtemel değeri hakkında doğru bir tahminde bulunması ve aracılık faaliyetini buna göre yapması gerekir. Aksi halde simsarın özen yükümlülüğüne aykırı davranması söz konusu olup sorumluluğuna gidilebilir.

²⁶⁶ **Becker**, s.749.

²⁶⁷ **Tandoğan**, s.411.

²⁶⁸ **Başpınar**, s.180.

²⁶⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, s.1161.

²⁷⁰ **Bozkurt**, Tellâllık, s. 187,188.

²⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Berman Bruce**, *From assets to profits: competing for IP value and return*, 1.Baskı John Wiley & Sons, 2008, .s.226.

Simsarın alıcı ve satıcıyı fikri ürün konusunda aydınlatması da gerekir. Mukayeseli ABD Hukuku'nda da fikri ürün simsarlığına benzer olan gayrimenkul simsarlığında, simsar aracılık faaliyeti sürecinde taşınmazdaki noksanlıkların tamamını alıcıya açıklamakla yükümlü tutulmuştur.²⁷² Doktrinde bu yükümlülüğün, fikri ürün simsarı için de uygulanması gerektiği belirtilmiş olup simsarın özellikle hakkın kullanımına engel olacak hususları, hakkın koruma masraflarını ve hakkın koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı ve diğer riskleri alıcı veya satıcıya bildirmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁷³

Simsar mevcut şartlardaki değişiklikler hakkında da iş sahibini aydınlatmakla yükümlüdür.²⁷⁴ Örneğin iş sahibinin ilgilendiği bir patenti bulan simsar aracılık faaliyeti sırasında patentin hükümsüz olduğunu öğrenirse bu durumu iş sahibine bildirmelidir. Yine iş sahibinin fikri ürününün sadece iş sahibinin bildiği sektörlerde değil, diğer sektörlerde de kullanılabileceğini öğrenmesi halinde simsarin bu konularda da iş sahibine bilgi vermesi gerekir. Nitekim günümüzde bu durumla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bir fikir, buluş veya tasarım sadece tek bir pazarda değil birçok pazardaki ürüne veya yöntem uyarlanabilmektedir. Bu da fikri ürünün değerinin artmasına neden olmaktadır.

Vekâlet sözleşmelerinde vekilin özen sorumluluğunu yerine getirmediğinin ve bu nedenle istenilen sonucun ortaya çıkmadığının ispatı müvekkilin üzerine bırakılmıştır.²⁷⁵ Vekil ise bu borcu yerine getirmemede kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.²⁷⁶ Aynı ilke simsarlık sözleşmeleri için de geçerlidir. Simsarın özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve sözleşmenin bu yüzden kurulamadığını iş sahibi ispat etmelidir. Fakat simsar, aracılık için gerekli girişimleri yaptığını veya kusurunun olmadığını ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilir.

Özen borcu simsarin taraflar arasında sözleşme yapma olanağını sağlaması ile ortadan kalktığı halde sadakat borcu aracılık sözleşmesi süresince ve sonrasında da varlığını korur.²⁷⁷

²⁷² Wang, s.196.

²⁷³ Wang, s.196.

²⁷⁴ Bilge, s.316.

²⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tandoğan, s.432.

²⁷⁶ Zevkliler, s.343.

²⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bozkurt, Tellâllık, s.190.

2. Sadakat Borcu

Simsarlık sözleşmesine, vekâlet hükümlerinin uygulanması neticesinde simsarın iş sahibine karşı sadakat borcu bulunduğu söylenebilir. Fakat simsarın bağımsız bir tacir yardımcısı olması gereği vekilinki kadar yoğun bir sadakat borcu yoktur.

Simsarın sadakat borcunun temelinde taraflar arasındaki güven ilişkisi de yatmaktadır. İş sahibi simsara yetki vermesiyle birlikte simsarın iş sahibinin güvenine zarar vermemesi ve sadık olması gerekir. Fakat simsarın sadakatinin bağımsızlık niteliğine aykırı da düşmemesi gerekir. Burada ince bir çizgi bulunmaktadır.

Sadakat borcu, tek boyutlu bir kavram olmayıp içeriğinde sır saklama yükümlülüğü, talimatlara uyma gibi birçok yükümlülüğü barındırır çok boyutlu bir kavramdır.²⁷⁸ Sadakat borcu gereği simsarın(vekilin), aracılık faaliyeti yürütürken iş sahibine bağlı olması, dürüst ve onurlu davranması ve iş sahibinin haklı menfaatlerini koruması gerekir.²⁷⁹ Simsar bir nevi vekil olarak sadakat yükümlülüğü gereği iş sahibinin yararına olacak davranışlarda bulunmalı ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır.²⁸⁰ Örneğin alıcının simsara ucuz fiyatla satıma aracılık etmesi halinde ödeme yapacağını söylemesi veya iş sahibi açısından ne kadar elverişsiz bir sözleşme yapılırsa o oranda karşı taraftan hak elde etmesi gibi hallerde simsar sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır.²⁸¹

Uygulamada sıklıkla hem iş sahibi hem de üçüncü kişi lehine çalışan çifte simsarlık uygulamasıyla da karşılaşmaktadır. Örneğin fikri ürün sahibi adına müşteri arayan aracı, müşterilerin çoğuyla iletişim halinde olması nedeniyle çifte simsarlık söz konusu olabilir. Doktrinde çifte simsarlık faaliyetinin taraflar arasında menfaat çatışması yaratmaması koşuluyla üstlenebileceği belirtilmiştir.²⁸² Menfaat çalışmasının varlığı halindeyse çifte simsar, TBK m.523 bağlamında sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği için, ücret hakkından

²⁷⁸ **Bozkurt**, *Tellâllik*, s. 190.

²⁷⁹ **Eren Fikret**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5.Baskı, İstanbul, 2018, (Borçlar Özel), s.725.

²⁸⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, s.1169, 1170.

²⁸¹ **Becker**, s.749.

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Öcal Apaydın**, s.158 vd.

mahrum kalacağı gibi sebep olduğu zararı TBK. m.112 bağlamında gidermekle de yükümlü tutulabilir.²⁸³

Sımsarlar özellikle de mucit gibi fikri ürün sahiplerinin finansal durumu ve itibarının korunması için güven sağlamalıdır.²⁸⁴ Aksi halde fikri ürün sahibi piyasa tarafından suiistimal edilebilir, itibarı zedelenebilir veya finansal kayıplar yaşayabilir. Bu nedenle sımsarın fikri ürün sahibine sadık olması gerekir. Uzmanlığıyla fikri ürün sahibini koruması beklenir. Sadakat borcu, bilgi verme yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğünü de kapsadığı söylenebilir.

3. Bilgi Verme Yükümlülüğü

Fikri ürünle ilgilenen alıcı ile satıcı, fikri ürün pazarı, fikri ürünün nitelikleri konusunda sımsara bağlı olup sımsar ne kadar bilgi verirse taraflarda o kadar bilmektedir.²⁸⁵ Sımsarın vermiş olduğu bilgi dışında daha kapsamlı bilgiye erişimleri pek mümkün değildir. Bu durumda sözleşme görüşmelerinin şeffaflığına zarar verecektir.

Şeffaflığın sağlanması için yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır.²⁸⁶ Bu hususta sımsarın bilgi vermekle yükümlü tutulmasında fayda vardır. Hukukumuzda vekilin bilgi verme yükümlülüğü, vekilin sadakat borcu bağlamında değerlendirilmektedir. Bu konuda vekâlete ilişkin hükümler esas alınabilir. Sımsarlık sözleşmesine, vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması neticesinde sımsarın bilgi verme yükümlülüğünün de bulunduğu kabul edilebilir. Ancak sımsarın, vekilinki kadar yoğun ve kapsamlı bir yükümlülüğü yoktur. Yine sımsarlık sözleşmesinin, güven ilişkisine dayanan bir sözleşme olması nedeniyle de sımsarın bilgi vermesi gerektiği kabul edilebilir.

Vekil görmekte olduğu işin akışı hakkında iş sahibine düzenli olarak bilgi vermeli, talimatını etkileyecek nokta ve konuları bildirmelidir.²⁸⁷ Sımsarın tanıtım faaliyetleri sürecinde bir takım teklifler alması da muhtemeldir. Fikri ürünün potansiyel alıcılarının tekliflerini hak sahibine iletilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle sımsarlık sözleşmesinde düzenleme yapılarak, sımsara

²⁸³ **Öcal Apaydın**, s.158 vd.

²⁸⁴ **Wang**, s.167.

²⁸⁵ **Wang**, s.196.

²⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Wang**, s.196.

²⁸⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s.726.

gelen teklifler konusunda fikri ürün sahibini bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesinde fayda vardır. Bununla birlikte taraflar sözleşmede böyle bir yükümlülük düzenlememiş de olabilir. Bu durumda da simsarın, sadakat yükümlülüğü ile güven ilişkisi gereği, yine bilgi vermesi ve teklifleri iş sahibine bildirmesi gerekir.

Simsarın, sadakat yükümlülüğü gereği, karşı tarafın yeterli miktarda ödeme gücüne sahip olup olmadığı konusunda da iş sahibine bilgi vermesi gerekir.²⁸⁸ Bu nedenle simsarın tarafların ekonomik durumları konusunda bilgi sahibi olması beklenir. Bazen iş sahipleri bir fikri ürünü geliştirmek istemekle birlikte farkında olmadan başka kişilerin fikri haklarını ihlal edebilir. Örneğin bir marka da kullanılan bir küçük işaret aslında başka bir kişinin markası olabilir. Yine bir buluş çok önceden başka bir kişi tarafından patentlenmiş olabilir. İş geliştirme veya ar-ge sürecinde bu gibi durumlarla karşılaşılması olasıdır. Teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte şirketler yeni fikri ürünleri takip edemeyecek ve istem dışı olarak başka kişilerin fikri haklarını ihlal edebilecektir.²⁸⁹ Bu süreçte simsarın aracılık faaliyetinin önemli bir rolü bulunmaktadır. Simsar aracılık faaliyeti neticesinde iş sahibinin mevcut veya kullanmak istediği hakların başka kişilerin hakkına ihlal teşkil ettiğini tespit ederse bu durumu iş sahibine bildirmelidir.

Bilgi verme borcu kapsamında simsarın hesap vermesi de beklenir. Simsarın hesap verme borcunun temelinde vekâlet sözleşmesi hükümleri yatmaktadır. Bilindiği üzere TBK. m.508 gereği simsarlık sözleşmesine vekâlet hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle simsarın iş sahibine hesap vermesi beklenir. Hesap verme borcu bir yapma borcudur.²⁹⁰ Simsarın işi nasıl yürüttüğü, kimlerle temasa geçtiği, potansiyel alıcıların tekliflerini iş sahibine bildirmesi gerekir. Ancak simsarlık sözleşmesinde simsarın hesap verme borcunun kapsamı düzenlenebilir. Özellikle de simsar fikri ürünle ilgilenen potansiyel alıcılar hakkında bilgi vermek istemezse bunu sözleşmede belirtmesinde fayda vardır.

Hesap verme borcu gereği simsar sadece işin bitmesiyle ilgili değil işin görülmesi sırasında da müvekkiline bilgi vermelidir.²⁹¹ Dolayısıyla simsar fikri

²⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Tandoğan**, s.381.

²⁸⁹ **Benassi / Di Minin**, s.77.

²⁹⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, s.1173.

²⁹¹ **Bozkurt**, Tellâllık, s.203.

ürünle ilgilenen kişiler hakkında bilgi vermeli, tekliflerini aktarmalı ve süreç planı hakkında açıklamalar yapmalıdır.

4. Sır Saklama Yükümlüğü

Sımsar, aracılık faaliyeti sırasında iş sahibine ait birçok gizli bilgiyi öğrenebilir. Bu bilgilerin ifşa edilmesi iş sahibine zarar verecektir. Bu nedenle sımsarın öğrenmiş olduğu sırları açıklamaması gerekir.

Özellikle fikri ürün konusundaki sımsarlık faaliyetlerinde gizlilik önemli bir unsurdur. Eser, marka, patent, tasarım, ıslahçı hakkı gibi fikri haklar özetinde birtakım gizli bilgileri içeren haklardır.²⁹² Bu hakların temelinde fikir olduğu için bu fikrin kötü niyetli üçüncü kişilerce taklit edilmesi olasıdır. Bu nedenle sımsarın fikri ürünlerle ilgili bu sırları ifşa etmemesi gerekir.

Sır saklama yükümlülüğüne kanunda gerek sımsarlık bölümünde gerekse vekâlet sözleşmesi bölümünde düzenlenmemiştir. Fakat doktrinde de belirtildiği üzere sımsarın sadakat borcu ve güven ilişkisi gereği sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır.²⁹³ Bu nedenle sımsar, gizli tutulmasında iş sahibinin menfaati olduğu hususları, gizli tutmakla yükümlüdür.²⁹⁴

Sımsar sözleşme nedeniyle öğrendiği sırları hem sözleşme devam ederken hem de daha sonra saklamak zorundadır.²⁹⁵ Bununla birlikte fikri ürünle ilgilenen potansiyel alıcılar fikri hakkın niteliklerini öğrenmek için detaylı bilgiler talep edebilir. Böyle bir durumda fikri ürün sahibi, sımsara bilgi verme konusunda yetki veriyse sımsar bilgi verebilir. Bilgi verme, sır saklama yüküm-

²⁹² Doktrinde de fikri ürün devri veya lisans verilmesi konusundaki görüşmelerin gizlilikle yürütüldüğü belirtilmiştir. Özellikle de fikri hakların bedeli, sözleşme koşulları gizli tutulmaktadır. Bu nedenle her görüşmede farklı sonuçlar, sözleşmeler ortaya çıkabilmektedir. Bakınız; **Hagiu / Yoffie**, Patent Intermediaries, s.46.

²⁹³ **Bozkurt**, Tellâllık, s.193.

²⁹⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, s.1271 Doktrinde sımsarın tıpkı bir işçi gibi gizli hususları ya da meslek sırlarını üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlü olduğu, iş sahibinin fark edilebilir arzuna göre gizli kalması gereken yönleri kendisine saklaması gerektiği belirtilmiştir. **Becker**, s.750.

²⁹⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s.726, **Zevkliler**, s.343.

lülüğünün ihlali sayılmayacaktır.²⁹⁶ Simsara verilen bu yetki açık ve yazılı bir talimatla olabileceği gibi zımni bir şekilde de olabilir.

Bazı durumlarda iş sahibi kendi şirketinin bilgilerini gizli tutmak isteyebilir. Özellikle de iş sahibi fikri ürünün değerinin aniden artmasını önlemek ve fikri ürün arayışından rakiplerinin haberi olmasını önlemek için isminin gizli tutulmasını talep edebilir.²⁹⁷ Böyle bir durumda simsar adeta bir kalkan gibi iş sahibinin ismini gizli tutabilir. Aracılık faaliyeti konusunda faaliyet yürütmeyse devam etmektedir.

Simsarın sır saklama yükümlülüğünün ihlali, simsarın üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket etmesi anlamına da gelebileceğinden, iş sahibi hem sır saklama yükümlülüğüne aykırılıktan doğan zararın giderilmesini isteyebilir hem de simsara aracılık faaliyeti nedeniyle ücret ve gider ödemekten kurtulabilir.²⁹⁸ Nitekim simsar bu davranışıyla ücret ve gider talep hakkını TBK. m.523/1 gereği kaybetmiş sayılır.

5. İş Sahibinin Talimatlarına Uyma

Simsar iş sahibinin talimatlarına²⁹⁹ da uyması gerekir. Simsarlık sözleşmesine kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanacağından vekâlet sözleşmelerinde söz konusu olan talimatlara uyma yükümü simsarlık sözleşmelerine de uygulanır.³⁰⁰ Fakat simsarın, vekilin talimatlarına uyma borcu kadar yoğun bir borcu bulunmamaktadır.³⁰¹ Bu nedenle simsara ilişkin talimatlar oldukça sınırlı bir alanda verilebilir.

*‘‘Talimat, müvekkilin vekâlet sözleşmesinin kurulmasından sonra vekile kendisine tevdi edilen işi nasıl göreceğini belirten tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır.’’*³⁰² Talimatın amacı bir yandan simsarın iş sahi-

²⁹⁶ Doktrinde Zevkliler; sırların, iş sahibinin talimatının yanı sıra vekâletin yerine getirilmesi amacıyla veya haklı çıkarların varlığı halinde ya da kanundan kaynaklanan hallerde açıklanabileceğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Zevkliler**, s.343.

²⁹⁷ **Benassi / Di Minin**, s.81.

²⁹⁸ **Ayhan / Çağlar**, s.499.

²⁹⁹ Doktrinde talimatlar; emredici, ihtiyari ve yol gösterici olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Yavuz / Acar / Özen**, s.1167.

³⁰⁰ **Ayhan / Çağlar**, s.499.

³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Bozkurt**, Tellâllık, s.195.

³⁰² **Aral** Fahrettin, *Borçlar Hukuku*, 7.Baskı, Ankara, 2007, s.410.

bine yönelik yaptığı işlerin içeriğini somutlaştırmak; bir yandan da iş sahibinin fikrini değiştirmesi durumunu aracılık faaliyetine yansıtmaktır.³⁰³

Sımsar, sözleşmenin amacına elverişli olmayan veya hukuka, ahlaka aykırı olan ya da irade bozukluğu neticesinde ortaya çıkan talimatlara uymak zorunda değildir.³⁰⁴ Örneğin hükümsüz kılınan bir fikri hakkın devrinin sağlanması için iş sahibi talimat verirse bu talimata sımsar uymak zorunda değildir. Bununla birlikte iş sahibi, sımsara aracılık faaliyetinin belli bir süre içinde gerçekleştirilmesi talimatını da verebilir. Sımsar bu süre içinde sözleşmenin kurulmasını sağlayamazsa ücret hakkı elde edemeyecektir. Ancak doktrinde Gül'ün de belirttiği gibi iş sahibi dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ücret ödememek için böyle bir talimat veriyse ve arkasından sözleşme ilişkisini kendisi kurduysa sımsar yine de ücret hakkını kazanır.³⁰⁵

Fikri ürünlere ilişkin aracılık faaliyetlerinde iş sahibinin gerçekleştirmiş olduğu yenilikleri sımsara bildirmesi gerekir. Eğer ki gerçekleştirmiş olduğu yenilikler veya yapmış olduğu araştırmalar aracılık faaliyetini esaslı bir şekilde etkileyecekse bu konularda sımsara talimatlar vermelidir. Böylelikle sımsar fikri hakkın güncel durumuna kendisini uyarlayacaktır. Örneğin henüz patent alınmış bir buluş veya tescillenmemiş bir tasarım, patent veya tescil elde ettiyse bu konu sımsara bildirilmeli ve aracılık faaliyetlerini yeni durum üzerinden yapması yönünde talimat verilmelidir.

Sımsar ise iş sahibi olan fikri ürün sahibinin bu talimatlarına uymalıdır. Sımsarın talimatlarına uymadan gerçekleştirdiği aracılık faaliyeti sonuç veremeyeceği gibi iş sahibinin menfaatlerine de zarar verecektir.

XII. Alt Sımsarlık

Sımsar kural olarak işi bizzat kendisi yapmalıdır. Nitekim sımsarlık sözleşmesi vekâletin özel biri türü olarak düzenlendiğinden; sımsar, iş sahibinden izin almadan, alt sımsar atayamayacaktır.³⁰⁶

³⁰³ **Bozkurt**, *Tellâllik*, s.194.

³⁰⁴ **Yalçınduran**, s.81.

³⁰⁵ **Gül**, s.2802.

³⁰⁶ **Ayhan / Çağlar**, s.499.

Uygulamada simsarın başka bir simsarla alt simsarlık ilişkisine girmesine sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle bir durumda asıl simsarla alt simsar arasında bir sözleşme ilişkisi de kurulmaktadır. Sözleşmeyle alt simsar, simsar hesabına, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında bir sözleşmesinin kurulmasına fırsat göstermek veya aracılık etmek için görevlendirilir.³⁰⁷ Örneğin hak sahibinin Türkiye’de olduğu bir fikri ürün için yurtdışında başka simsarlar görevlendirilebilir. Bu görevlendirmeyi simsar yapmaktadır.

Simsar işin görülmesini başkasına vermeye yetkiliyse sadece alt simsarı seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.³⁰⁸ Fakat simsarın, alt simsarı atama yetkisi olmamasına rağmen, bir alt simsar atarsa alt simsarın fillerinden kendisi yapmış gibi sorumlu tutulur. Alt simsarlık ilişkisinin kurulması halinde iş sahibi, simsara karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya simsarın kendi yerine koyduğu kişiye karşı ileri sürebilir (TBK. m.507/3). İş sahibinin bu hakkı simsarın alt simsara atamaya hem yetkili olması hem de yetkisiz olması halinde baki kalır.³⁰⁹

Fikri ürünler konusunda aracılık faaliyeti yürüten simsarlar arasında alt simsarlık oldukça yaygındır. Simsarlar, buluşlar gibi fikri ürünleri takip etmek için veya potansiyel alıcıları bulmak için başka simsarlarla iş bağlantıları kurmaktadır.³¹⁰ Simsarın aracılık faaliyeti yaptığı fikri ürün konusunda teknik, ticari ve hukuki anlamda yardıma ihtiyaç duyması da muhtemeldir. Bu konuda üçüncü kişilerden destek alabilir. Nitekim bir fikri ürünün, iş sahibinin işine yarayıp yaramayacağı ayrıntılı bir değerlendirme neticesinde ortaya çıkacaktır. Kanımızca bu süreçte simsarın sadece diğer simsarlardan veya uzmanlardan bilgi alması yerinde olacaktır. Eğer ki simsarın bilgi aldığı diğer meslektaşları ile uzmanlar simsarlık faaliyetine dâhil olursa bu takdirde alt simsarlık ilişkisi kurulmuş sayılacaktır.

Sonuç olarak simsarın sadece bilgi ve destek aldığı kişiler ile alt simsarlar arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Simsar destek ve bilgi alırsa alt simsarlık söz konusu olmaz. Fakat simsarlık faaliyetine bu uzman kişileri ve diğer simsarları dâhil ederse alt simsarlık ilişkisi ortaya çıkacaktır.

³⁰⁷ **Becker**, s.752.

³⁰⁸ **Ayhan / Çağlar**, s.500.

³⁰⁹ **Bozkurt**, Tellâllık, s.202.

³¹⁰ **Lamoreaux / Sokoloff**, Intermediaries, s. 1885.

XIII. Sözleşmenin Sona Ermesi

Sımsarlık sözleşmesinin olağan sona erme tarzı için görülmesi diğer adıyla vekâletin yerine getirilmesidir.³¹¹ Bununla birlikte sımsarlık sözleşmesinde belirli bir süre kararlaştırıldıysa bu sürenin sona ermesiyle birlikte de sözleşme sona erecektir.

Sımsarlık sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacağından vekâlet sözleşmesinin sona erme sebepleri sımsarlık sözleşmesi için de uygulanabilecektir.³¹² Bu haller TBK. m.512, 513'de düzenlenmiştir. Sımsarın azlı, sımsarın veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile sımsarlık sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olur. Eğer ki taraflardan biri tüzel kişiye, bu tüzel kişiliğin sona ermesiyle birlikte de sımsarlık sözleşmesi sona ermiş sayılır. Bununla birlikte aracılık faaliyetinin sözleşmenin yapılmasıyla tamamlanması veya sözleşmenin yapılmayacağı kesinleşmesi halinde de sımsarlık sözleşmesi sona ermiş sayılmalıdır.³¹³

Sımsarın istifasıyla sözleşme ilişkisinin sona ermesi mümkündür.³¹⁴ Tacir de sımsarı her zaman azledebilir. Fakat sımsarın azlından sonra sözleşme kurulursa sımsar ücret talep edebilir.³¹⁵ Azil sımsarın ücret alacağına hâlel getirmez.

XIII. Zamanaşımı

Sımsarlık sözleşmelerinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabiidir (TBK. m.147/5). Bununla birlikte TBK. m.147/5'de ticari işler sımsarlık ücreti alacağı dışında, sımsarlık sözleşmesinden doğan alacakların beş yıllık zamanaşımına tabii olduğu belirtilmiştir. Hatırlarsak ETTK döneminde ticari işler sımsarlığı ücretine ilişkin zamanaşımı bir yıl olmaktadır. Fakat ticari işler sımsarlığı ETTK'daki gibi özel hükümlerle TTK'da düzenlenmemiştir. Sımsarlığa ilişkin hükümler TBK'da düzenlenmiştir. Kanun koyucunun ticari işler

³¹¹ **Poroy / Yasaman**, s.285.

³¹² Ayrıntılı bilgi için bakınız **Bahtiyar**, s.242.

³¹³ **Bahtiyar**, s.242.

³¹⁴ Doktrinde Arkan, uygun olmayan zamanda sımsarın istifa etmesi halinde iş sahibinin tazminat talep edemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre sımsar, iş sahibine karşı sözleşmenin kurulmasını sağlamaya yönelik aktif faaliyet gösterme yükümlülüğü altında değildir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **Arkan**, s.200,201.

³¹⁵ **Bilge**, s.323, **Aslan / Mecvi**, s.93.

simsarlığı konusundaki zamanaşımı yaklaşımı doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Poroy, Yasaman; ticari sözleşmelerin kurulmasına aracılık halinde ücret alacağıın zamanaşımı süresi bakımından ciddi sorunların ortaya çıkabileceğini belirtmiştir.³¹⁶ Bahtiyar ise TTK'da ticari işler simsarlığına ilişkin hükümler düzenlenmediğinden "ticari simsarlık ücreti alacağı dışında" hükmünün bir işlevi kalmadığını ve ticari işler simsarının ücret alacağına beş yıllık zamanaşımının uygulanacağını belirtmiştir.³¹⁷ Zamanaşımının başlayacağı tarih ise sözleşmenin yapıldığı tarihtir. Fakat geciktirici koşula bağlı bir sözleşme kurulduysa zamanaşımı şartın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacaktır.³¹⁸

Sonuç

Teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte fikri ürünler, şirketler için vazgeçilmez değerlerden olmuştur. Genel itibariyle şirketler fikri ürünlere yatırım yaparak teknolojik üstünlük kazanmakta, marka değerlerini artırmaktadır.

Şirketler elde ettikleri bu fikri ürünleri kendileri kullanabileceği gibi başka kişilere lisans veya devir de edebilir. Fikri ürünlerin hem şirketlerce kullanılması hem de devir ve lisans verilmesi fikri ürün pazarını önemli bir pazar haline getirmiştir. Bununla birlikte yapısı itibariyle fikri ürün pazarı, diğer pazarlara göre farklı bir pazardır. Nitekim bu pazarda tedavülde olan fikri ürünlerin nitelikleri diğer pazarlardaki ürünlere göre muğlaktır. Fikri ürünün objektif olarak değerinin belirlenmesi de güçtür. Ayrıca potansiyel alıcıyla satıcıyı bulmakta güçtür. Bu nedenlerle aracılığa ihtiyaç doğmuştur. Aracılar genel itibariyle taraflar arasında fikri ürün konusunda devir veya lisans sözleşmesinin kurulmasını sağlar. Aracı sözleşmeyi kurarsa ücret elde edecektir. Ancak aracının ücret hakkı daha ağır veya hafif koşullara da bağlanabilir. Aracıların tüm bu nitelikleri hukukumuzda simsara uygun düşmektedir. Bu nedenle fikri ürünler konusunda aracılık yapanlara, simsarlık hükümleri uygulanabilir.

Türk Hukuku'nda simsarlık ise genel itibariyle, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.520 ile 525 arasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre simsar, hak sahibi tarafından yetkilendirilen, bağımsız aracılık faaliyeti yürüten gerçek veya tüzel kişi olabilir. Simsarın faaliyetinin devamlı olmaması da gerekir. Aksi halde aracı acentelik söz konusu olabilir. Ayrıca simsar aracılık faali-

³¹⁶ Poroy / Yasaman, s.283.

³¹⁷ Bahtiyar, s.241.

³¹⁸ Domaniç / Ulusoy, s.153, Arkan, s.199.

yetinde bulunması ve sözleşmenin kurulması halinde ücret hakkı elde eder. Simsarı aracılık faaliyeti yürütmediği bir konuda sözleşme kurulursa simsar ücret talep edemez. Ücret hakkı simsarlık sözleşmesinin bir unsurudur. Simsar tarafından ücret alınmadan yapılan aracılık, simsarlık değil, vekâlet hükümlerine tabiidir. Bununla birlikte simsarı dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi veya taraflardan birinden haksız menfaat elde etmesi halinde ücret hakkı sona erecektir. Yine simsar fahiş bir ücret talep ettiyse bu aşırı ücrette hâkim tarafından indirilebilir. Simsarlık sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümler de uygulanabilecektir. Bu nedenle simsarı, vekil kadar ağır olmasa da iş sahibine karşı özen, sadakat, bilgi verme, sır saklama ve iş sahibinin talimatlarına uyma yükümlülüğü vardır.

Mukayeseli hukukta fikri ürünün değerlendirilmesine konusunda aracılık faaliyetleri sıklıkla yapılmaktadır. Ülkemizde de patent, tasarım gibi fikri haklar konusunda alıcıyla satıcı arasında aracılık faaliyetlerinin yapıldığı görülmektedir. Bu tür aracılık faaliyetlerinde aracı fikri ürünün sahibi değildir. Sadece alıcıyla satıcıyı bir araya getirmekte ve sözleşme ilişkisine girmelerine aracılık etmektedir. Bu faaliyet bir nevi simsarlık olarak kabul edilebilir. Simsarlığa ilişkin kanuni düzenlemeler uygulanabilir.

Kaynakça

Akıntürk Turgut / **Ateş Karaman** Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 26.Baskı, İstanbul, 2014.

Altop Atilla, *Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi*, 1.Baskı, İstanbul, 2003.

Aral Fahrettin, *Borçlar Hukuku*, 7.Baskı, Ankara, 2007.

Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 21. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2015.

Arslanlı Halil, *Fikir Hukuku Dersleri II*, 1. Baskı, İstanbul, 1954

Aslan İ. Yılmaz / **Mevci** Ergün, *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, 2010.

Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1.Baskı, Ankara, 2003,

Ayhan Rıza / Çağlar Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11.Baskı, Ankara, 2018.

Ayiter, Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 1.Baskı, Ankara, 1981

Erdem Bahadır, *Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 1.Baskı, İstanbul, 2000.

Erdil, Engin, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1.Baskı, İstanbul, 2016,

Bahtiyar Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 19.Baskı, İstanbul, 2018.

Başpınar Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2.Baskı, Ankara, 2004.

Başpınar Veysel / Kocabey Doğan, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, 1.Baskı, Ankara, 2007.

Becker Herman, (Çev.), **Dura Suat**, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Yargıtay Yayınları No:24, Ankara, 1993.

Benassi Mario / Di minin Alberto, *Playing in between: Patent Brokers in Markets for Technology, R&D Management*, Vol. 39, Issue 1, 2009 s.68-86.

Benassi Mario / D'angelo Alfredo / Geenen, Guido, *IP Intermediaries in Europe: A Web Content Analysis, Industry and Innovation*, 19:4, 2012, s. 307-325.

Berman Bruce, *From assets to profits: competing for IP value and return*, 1.Baskı John Wiley & Sons, 2008.

Berzek Ayşe Nur, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 9.Baskı, İstanbul, 2008.

Bessen James / Meurer J. Michael, *The Direct Costs from NPE Disputes*, v. 99 *Cornell Law Rev.*, 2014, s. 387 – 424.

Bilge Necip, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, 3.Baskı, Ankara, 1971.

Bilgili Fatih / Demirkapı Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Bursa, 2016.

Bloch, S. David, Edited by. **Hansen** C. Hugh, Monetization of Patent and Other IP Rights: An Introduction, *Intellectual Property Law and Policy*, vol. 12, Fordham Intellectual Property Law and Policy Annual, 2013, s.247 -251.

Bozer Ali / **Göle** Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2013.

Bozkurt Tamer, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık*, 1.Baskı, Ankara, 2007. (Tellâllık).

Bozkurt Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, 7.Baskı, İstanbul, 2012 (Ticari İşletme).

Camcı Ömer, *Endüstriyel Tasarım Davaları*, 1.Baskı, Ankara, 2000.

Cosandier Charlene / **Delcamp** Henry / **Leiponen** Aija / **Ménière** Yann, “Defensive and offensive acquisition services in the market for patents,” 2014, (<http://www.gtcenter.org>, (E.T.04.04.2019)).

Cotropia, A. Christopher A. / **Kesan** P. Jay, / **Scwartz** L. David, Unpacking patent assertion entities (PAEs). *Minn. Law Review*. v.99, 2014, s.649 – 703,

Çağlar Hayrettin, Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 2016, s. 69-93.

Doğanay İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4.Baskı, İstanbul, 2004.

Domaniç Hayri / **Ulusoy** Erol, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 5.Baskı, Ankara, 2007.

Dural Mustafa, **Sarı** Suat, *Türk Özel Hukuku – Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri –*, İstanbul, 2010.

Erel, N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2008,

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24.Baskı, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel).

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5.Baskı, İstanbul, 2018 (Borçlar Özel).

Erman Hasan, *Medeni Hukuk Dersleri*, 6.Basım, İstanbul, 2016.

Esener Turhan, *Hukuka Giriş*, 11.Baskı, İstanbul, 2015.

Gökyayla Emre, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 1.Baskı, Ankara, 2000.

Gül Neytullah, *Simsarın Ücret Hakkı*, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 65/(4), 2016, s.2795-2820.

Gümüş M. Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C:2, 3.Baskı, İstanbul, 2014.

Hagiu Andrei / **Yoffie** B. David, *Intermediaries for the IP Market*, Harvard Business School, 2011, (IP Market).

Hagiu Andrei / **Yoffie** B. David, "The New Patent Intermediaries: Platforms, Defensive Aggregators and Super-Aggregators." *Journal of Economic Perspectives* 27, no.I/Winter-13, 2013, s.45–66, (Patent Intermediaries).

Hargadon Andrew / **Sutton** Robert I. "Technology brokering and innovation in a product development firm" *Administrative science quarterly*, vol.42 1997, s.716-749.

Helvacı Serap / **Erlüle** Fulya, *Medeni Hukuk*, 5.Baskı, İstanbul, 2018.

Hirsch E. Ernst, *Hukuki bakımdan Fikri Say*, Cilt 2, 1.Baskı, İstanbul, 1943

İmregün Oğuz, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1971.

Karaege Özge, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini*, 1.Baskı, İstanbul, 2010

Kaya Mustafa İsmail, *Türk Hukukunda Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 1.Baskı, Ankara, 2014.

Kayıhan Şaban, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 1.Baskı, Kocaeli, 2018.

Kılıçoğlu M. Ahmet, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 2. Baskı, Ankara, 2013 (Sinai Haklar).

Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara, 2016 (Borçlar Genel).

Korkusuz Mehmet Refik / **Korkusuz** Halit, *Hukuk Başlangıcı*, 4.Baskı, İstanbul, 2018.

Lamoreaux R. Naomi / **Sokoloff** L. Kenneth, Intermediaries in the US Market for Technology, *National Bureau of Economic Research*, 2002, s. 1870-1920. (Intermediaries)

Lamoreaux R. Naomi / **Sokoloff** L. Kenneth, "Inventors, firms, and the market for technology in the late nineteenth and early twentieth centuries." *Learning by doing in markets, firms, and countries*, University of Chicago Press, 1999, s.19-60. (Inventor)

Mc Clure D. Ian / **Malackowski** E. James, "The Next Big Thing in Monetizing IP: A Natural Progression to Exchange-Traded Units", *Landslide*, Volume 3, Number 5, May/June, 2011.

Millien Raymond / **Laurie** Ron, Established & emerging IP business models, *The Eighth Annual Sedona Conference*, Phoenix, AZ. 2007, (<http://www.concap.cc/wp-content/uploads/2012/03/IP-Business-Models.pdf>), (E.T.: 14.03.2019).

Nomer, N. Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13.Baskı, İstanbul, 2013.

Poroy Reha / **Yasaman** Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, 2012.

Reisoğlu Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, İstanbul, 2012.

Odman Ayşe, *Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukununun Teknolojik Yeniliklerdeki Rolü*, 1.Baskı, Ankara, 2002.

Oğuzman M. Kemal / **Öz** Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C:2, 11.Baskı, İstanbul, 2014.

Oğuzman Kemal / **Barlas** Nami, *Medeni Hukuk*, 23. Baskı, İstanbul, 2017.

Öcal Apaydın Bahar, *İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları*, *YBHD*, Yıl 3, 2018/2, s.143-173.

Özel Çağlar, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, 2.Baskı, İstanbul 2016.

Öztrak İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1977.

Sarı Onur, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, 1.Baskı, Ankara, 2019.

Seliçi Özer, *Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi*, 1. Baskı, İstanbul, 1977.

Serozan Rona, *Medeni Hukuk*, 7.Baskı, İstanbul, 2017

Şehirali Çelik Feyzan Hayal: ‘‘Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi?’’, *FRM*, 2011-1/2, 2011, s.39 – 69.

Siegel S. Donald / **Veugelers** Reinilde / **Wright** Mike, ‘‘Technology transfer offices and commercialization of university intellectual property: performance and policy implications’’. *Oxford Review of Economic Policy*, v.23.4, 2007, s. 640-660.

Suluk Cahit / **Karasu** Rauf / **Nal** Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1.Baskı, Ankara, 2017.

Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, İstanbul, 2010.

Tekil Fahiman, *Ticari İşletme Hukuku*, 3.Baskı, İstanbul, 1997.

Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul, 2012.

Thurow, C. Lester, Needed: A New System of Intellectual Property Rights, Issue:75, *Harvard Business Review*, SEPTEMBER–OCTOBER 1997.

Tietze Frank, *A Typology of Technology Market Intermediaries, Technology and Innovations Management Working Paper No. 60*, 2010, (<https://ssrn.com/abstract=1846917>), (E.T.: 15.04.2019).

Topçuoğlu Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* C.I, S.2, Yıl 2011, s.27 – 70.

Türk Hukuk Sitesi, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=15235>, (E.T.: 14.04.2019)

Tüysüz Mustafa, *Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Ülgen Hüseyin / **Teoman** Ömer / **Helvacı** Mehmet / **Kendigelen** Abuzer / **Kaya** Arslan / **Ertan Nomer** N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2009.

Wang, W. Allen, Rise of the patent intermediaries. *Berkeley Tech. Law Journal*, 2010, v.25 s.159 – 200.

Uygur Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu*, Cilt:2, 1.Baskı, Ankara, 2012 (6098 Sayılı TBK).

Uygur Turgut, *Türk Borçlar Kanunu*, Cilt:8, Ankara, 3.Baskı, 2003 (TBK).

Yalçınduran Türker, *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*, Ankara, 2007.

Yavuz Cevdet / **Acar** Faruk / **Özen** Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1.Baskı, İstanbul, 2014.

Zengin İbrahim Çağrı, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*, 1.Baskı, İstanbul, 2013.

Zevkliler Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10.Baskı, Ankara, 2008.

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN İŞBİRLİĞİ YAPMA ÖDEVİ

The Collaboration of The Business Owner in The Work Contract

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL*

ÖZET

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser imal etmeyi, iş sahibinin de ücret ödemeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin en temel borcu sözleşme konusu eseri meydana getirip, iş sahibine teslim etmektir. Bununla birlikte eseri sadakatle ve özenle, meydana getirme işine zamanında başlama ve bitirme, eseri bizzat yapma veya gözetimi altında yaptırma ya da ayıptan doğan sorumluluğu yüklenicinin diğer yükümlülükleridir. Eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu ise ücret ödemektir. Ancak bazı eser sözleşmelerinde, yüklenicinin eseri imal edebilmesi için iş sahibinin işbirliğine ihtiyaç olabilir. İş sahibinin işbirliği yapması, eserin sözleşmeye uygun olarak meydan getirilebilmesi için, iş sahibi tarafından yapılması gereken faaliyetler ve işlerdir. İş sahibini işbirliğine eser imal edilmeye başlamadan önce veya eserin imali sırasında da ihtiyaç duyulabilir. İş sahibinin işbirliği yapması hususunda Türk Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme yer almamaktadır. İş sahibinin yapması gereken işbirliği, kural olarak bir yükümlülük değil, külfettir. Ancak taraflar sözleşmede işbirliği yapmanın bir yükümlülük olabileceğini açıkça kararlaştırabilirler. Bu-

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ORCID- ID: 0000-0002-1019-1096).

Makale Geliş Tarihi: 19.09.2019

Makale Kabul Tarihi: 24.10.2019

nunla birlikte bazı durumlarda sözleşmenin yorumlanması sonucu işbirliği yapmanın bir yükümlülük olarak kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılabilir. İş sahibinin yapması gereken işbirliği bir külfet olduğundan, işbirliği yapılmaması halinde alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir. İş sahibinin işbirliği yapmasının bir yükümlülük olduğu sonucuna ulaşırsa, iş sahibi bu yükümlülüğü yerine getirmedeğinde borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulur.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Yüklenici, Sözleşme, İş Birliği Borcu

ABSTRACT

A work contract is a contract in which the contractor is required to produce work and the business owner is obliged to pay a fee. The most basic obligation of the contractor in the work contract is to form the work of the contract and deliver it to the business owner. However, it is the contractor's other obligations to make the work faithfully and diligently, to start and finish the work in time, to make the work in person or under supervision, or to be responsible for the fault. In the work contract, the business owner's debt is to pay a fee. However, in some work contracts, the cooperation of the owner may be needed for the contractor to produce the work. The collaboration of the business owner is the activities and works to be performed by the business owner in order to create the work in accordance with the contract. The business owner's cooperation may also be needed before the work begins to be produced or during the production of the work. There is no regulation in the Turkish Code of Obligations regarding the cooperation of the business owner. The cooperation that the business owner must do is, as a rule, not an obligation but a burden. However, the parties may clearly agree that cooperation in the contract may be an obligation. However, in some cases it can be concluded that cooperation as a result of the interpretation of the contract is decided as an obligation. Since the cooperation required by the business owner is a burden, it may apply to the default of the creditor in the absence of cooperation. If it is concluded that it is an obligation of the business owner to cooperate, the default of the debtor shall be applied when the business owner fails to fulfill this obligation.

Keyword: Work Contract, Contractor, Contract, Cooperation Debt

I. GİRİŞ

Eser sözleşmesi TBK'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK'nun 470. maddesine göre; eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlandığı iş göreme amacı güden bir sözleşmedir.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin en temel borcu sözleşme konusu eseri meydana getirip, iş sahibine teslim etmektir. Bununla birlikte eseri sadakatle ve özenle meydana getirme, işe zamanında başlama ve bitirme, eseri bizzat yapma veya gözetimi altında yaptırma ya da ayıptan doğan sorumluluğu yüklenicinin diğer yükümlülükleridir. Eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu ise ücret ödemektir.

Çalışmamızın konusu olan iş sahibinin işbirliği yapması Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak günümüzde eser sözleşmesinin konusu çok çeşitli hale gelmiştir. Bir terzinin elbise dikmesi eser sözleşmesi olduğu gibi, bir şirketin reklam kampanyasının hazırlanması da eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Bu sebeple yapılan eser sözleşmelerinin birçoğunda eserin imal edilebilmesi için iş sahibinin katkısına ihtiyaç duyulmaktadır.

Çalışmamızda eser sözleşmesinde iş sahibinin yapması gereken iş birliğinin kapsamı, hukuki niteliği ve işbirliği yapılmaması halinde bunun hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte gerekli olan kanunî düzenleme konusunda da teklifte bulunulmuştur.

II. İŞ SAHİBİNİN İŞBİRLİĞİ YAPMASINI GEREKTİREN HALLER İLE İŞBİRLİĞİNİN KONUSU VE KAPSAMI

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesi bir iş görme amacı güden sözleşmedir. Eser sözleşmesinde yüklenici bir sonucu meydana getirmeyi borçlanmaktadır¹. Yüklenicinin

¹ **Gauch**, Peter; *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich, 2011, Rn. 7; **Honsell**, Heinrich; *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 9. Auflage, Bern, 2010, s. 280; **Gümüş**, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 1; **Tandoğan**, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, İstanbul, 2010, s. 1; **Tandoğan**, Haluk; *İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi*, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s. 311; **Becker**, Herman (Çev. A. Suat Dura); *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Bern, 1934, s. 587; **Kurşat**, Zekeriya; *Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelen-*

borçlandığı ve meydana getirmek zorunda olduğu bu sonuç “eser” olarak adlandırılmaktadır². Eser sözleşmesinin konusu yeni bir şey meydana getirmek olabileceği gibi, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması da olabilir³.

Türk Borçlar Kanunu’ndaki eser sözleşmesine ilişkin düzenlemeler iş sahibinin yükümlülüğü kapsamında incelendiğinde, iş sahibinin ana borcunun ücret ödeme borcu olduğu karşımıza çıkmaktadır. Ancak eser sahibinin ana borcunun yanı sıra çeşitli borçlarının bulunması da halin icabındandır. Bunlardan biri de iş sahibinin iş birliği yapma borcudur. İş sahibinin işbirliği yapması, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilebilmesi için, iş sahibi tarafından yapılması gereken faaliyetler ve işlerdir. Gerçekten de yüklenicinin eseri meydana getirebilmesi için, çoğu kez iş sahibinin işbirliği yapmasına ihtiyaç bulunmaktadır⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nda iş sahibinin işbirliği yapması ile ilgili bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde İsviçre Borçlar Kanunu’nda da bir hüküm bulunmamaktadır.

Buna mukabil eser sahibinin işbirliği yapmasına ilişkin düzenleme Alman Medeni Kanunu’nda mevcuttur. Düzenlemenin yer aldığı Alman Medeni Kanunu’nun § 642/I’e göre, iş sahibi eserin meydana getirilmesi için gerekli olan işbirliğini yapmazsa, yüklenici uygun bir tazminat talep edebilmektedir⁵. İş

dirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 145; **Usta**, Songül; Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları, İBD, C. 84, S. 6, 2010, s. 3520; **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2019, s. 333; **Zevkililer**, Aydın/ **Gökyayla**, Emre K.; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 463; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 591.

² **Şenocak**, Zariye; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s. 12; **Akkurt**, Sinan Sami; Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, DEÜHFD, C. 10, S. 2, 2008, s. 34; **Canbolat**, Ferhat; İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları; Ankara, 2009, s. 6; **Gauch**, Rn. 18; **Becker**, s. 589; **Aral/Ayrancı**, s. 334-335; **Yavuz**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 956; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 474; **Kurşat**, s. 147; **Usta**, s. 3521.

³ **Yavuz**, s. 961; **Büyükkay**, Yusuf; Eser Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 35; **Aral/Ayrancı**, s. 333; **Gümüş**, s. 1; **Tandoğan**, s. 23; **Honsell**, s. 280.

⁴ **Şahan**, Gökhan; Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 187; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 563; **Gauch**, Rn. 1330 vd.

⁵ **Busche**, Jan; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, § 631-651, München 2009, § 642, Rn. 1; **Jacoby**, Florian; J. Von Staudingers Kommentar zum Bürger-

sahibinin işbirliği yapması konusunda düzenlemenin olduğu hukuklardan biri de Avusturya hukukudur. Avusturya Medeni Kanunu'nun § 1168 hükmüne göre, iş sahibi yapması gereken işbirliğini yapmazsa ve bu sebeple eser meydana getirilemezse, yüklenici uygun bir süre verip, bu süre içerisinde gereken işbirliği yapılmasını talep eder. Bu süre içerisinde iş sahibi gereken işbirliğini yapmazsa, yüklenici sözleşmeyi feshedebilir⁶.

B. İş Sahibinin Yapması Gereken İşbirliğinin Konusu ve Kapsamı

Eser sözleşmesinde eseri meydana getirip, iş sahibine teslim etme yükümlülüğü yükleniciye aittir. Yüklenici eseri meydana getirirken, iş sahibinin de yapması gereken faaliyetler bulunabilir. İşte, yüklenici tarafından eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilebilmesi için, iş sahibi tarafından yapılması gereken faaliyetler ve işler, iş sahibinin yapacağı iş birliğinin kapsamını oluşturur. Birçok eser sözleşmesinde, iş sahibinin işbirliği ve katkısı olmadan eserin meydana getirilmesi mümkün olmamaktadır⁷.

İş sahibinin işbirliğine, eserin meydana getirilmesinden önceki hazırlık aşamasında ihtiyaç olabileceği gibi, eserin meydana getirilmesi sürecinde de gerekli olabilir. İş sahibinin yapması gereken işbirliği, her eser sözleşmesinin konusuna göre farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Meydana getirilecek eserin özelliklerini ayrıntılı ve somut olarak bildirmek, tamir edilecek eşyayı teslim etmek, evde yenilik yapılacaksa evi açmak, inşaat iznini almak, ulaşım veya meca için gerekli olan kullanım haklarını sağlamak, planlama yapmak, gerekli

lichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, § 631-651, Berlin 2008, § 642, Rn. 1.

⁶ Bkz. **Gauch**, Rn. 1336.

⁷ Y. 15. HD., T. 18.3.1997, E. 1996/6858, K. 1997/1475, "Karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmesinde, arsa sahibinin, yükleniciden edimini yerine getirmesini isteyebilmesi için, öncelikle kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla, davacının, sözleşmede taraf olmayan diğer paydaşların paylarını alıp veya bunu sağlayacak yeterlilikte vekaletname verip tapudaki sorunu halletmesi, arsayı ayıpsız olarak teslim etmesi, belli bir tarihte ödemesi gereken iş bedelinden kararlaştırılan miktarı ödemesi, tüm bunları enflasyon nedeniyle zamanında yapması ve daha sonra inşaatla başlanulmasını istemesi gerekirdi. Oysa davacı, kendi edimini tam yerine getirmemiş ve verdiği geri istemekle de sözleşmeden dönmüştür. Dönen davacının kusursuz olduğu söylenemez. Sözleşmeden dönülmesinde kusurlu olan davacı, ancak verdiği paranın davalının halen mamelekinde kalan kısmını geri isteyebilir. Sözleşme Türk Parası üzerinden akdedildiğinden ve ödemelerin Türk Parası ile yapılacağı kararlaştırıldığından, gönderilen Alman markının, gönderildiği tarihteki kuru esas alınır.", Kazancı Bilişim Otomasyon.

olan malzeme ve enerjiyi sağlamak gibi faaliyetler iş sahibinin yapması gereken işbirliğine örnek gösterilebilir⁸.

İş sahibinin yapması gereken işbirliği bilgi verme şeklinde olabileceği gibi fiilen katkı sağlama veya malzeme veya personel tedariki şeklinde de olabilir⁹. Örneğin bir kişi işletme için bir web sayfası veya bilgisayar programı imal ettirmek istediğinde, işletmesi ile ilgili doğru bilgiler vermeli, gerekli donanımı sağlamalı, yüklenici için gerekli olan ortamı ve personeli sağlamalıdır¹⁰. Yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaat iznini alması gibi işlemleri yapabilmesi için ona vekâletname vermesi¹¹, arsa üzerinde bulunan yapıların temizlenerek inşaatla hazır hale getirmesi iş sahibinin yapması gereken işbirliği kapsamındadır.

İnşaat sözleşmelerinde, edimin meydana getirilmesi için birçok kişinin işe dâhil olması gerekir. Eser meydana getirilirken alanında uzman kişilerle çalışılması gerekebilir. Bununla birlikte iş sahibi ile yoğun bir işbirliğine ve iletişime de ihtiyaç olabilir. İş sahibi eseri meydana getirilirken yükleniciye destek ve yardımcı olmalıdır. İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yapması gereken işbirliğine; arsanın teslimi, yüklenicinin ediminin somutlaştırılması, yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanması, malzemelerin sağlanması örnek olarak gösterilebilir¹².

İş sahibinin işbirliği yapmasına ilişkin faaliyetleri yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Eser iş sahibinin talimatına göre meydana getirilecekse, iş sahibi talimatları zamanında ve yerinde vermelidir¹³.

⁸ **Gauch**, Rn. 1330 vd.; **Busche**, § 642, Rn. 1; **Jacoby**, § 642, Rn. 1.

⁹ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 563.

¹⁰ **Şahan**, s. 191-192.

¹¹ Y. 15. HD., T. 28.1.2002, E. 2001/4506, K. 2002/384, “*Bilirkişi raporlarında belirtilen eksiklikler, eserin teslimine ve iskan ruhsatı alınmasına engel değildir. Davalı yüklenici 31.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtarnamesinde, cins tashiinin yapılabilmesi ve iskanın alınabilmesi için vekaletname talep ettiği halde; davacılar, B.K'nın 81. maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken öncelikli edimlerini ifa etmediklerinden, eserin teslim alınması yönünden temerrüde düşmüş sayılırlar.*”, Kazancı Bilişim Otomasyon.

¹² **Zevkliler/Gökyayla**, s. 566.

¹³ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 566.

İş sahibinin işbirliğinde bulunması için, mutlaka talep gelmesi gerekmektedir¹⁴. İş sahibi, talep olmasa da, eserin meydan getirilmesi için gerekli gördüğü durumlarda, kendiliğinden işbirliği faaliyetinde bulunmalıdır.

III. İŞ SAHİBİNİN YAPMASI GEREKEN İŞBİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

İş sahibinin işbirliği yapma ödevinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, özellikle bu işbirliğinin yerine getirilmemesinin sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Doktrin iş sahibinin işbirliği yapma ödevinin külfet veya yükümlülük olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. İşbirliği yapılmaması halinde, bu ödevin külfet veya yükümlülük olarak nitelendirilmesine göre sonuçları farklılık arzedecektir.

Külfet, hukuk düzeni tarafından bir kişiye yüklenen bazı davranış ödevleridir. Kişi bu ödevleri yerine getirmediğinde sahip olduğu hakları kaybeder veya elde etmesi gereken bir hakkı kazanamaz¹⁵. Yükümlülük ise, borç ilişkisi gereğince borçlunun, borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için yerine getirmek zorunda olduğu her türlü davranıştır. Borçlu yükümlülüğe aykırı davrandığında alacaklıya karşı sorumlu olur. Alacaklı, yükümlülüğü yerine getirmesi için borçluyu dava edebilir ve borçluyu yükümlülüğü yerine getirmeye zorlayabilir¹⁶. Külfet, yükümlülükte olduğu gibi bir davranış ödevidir. Ancak yükümlülükte, kişinin borcunu yerine getirmediğinde, ona karşı ifa davası açılabileceği gibi tazminat davası da açılabilir. Başka bir ifade ile borçlu yükümlülüğü yerine getirmediğinde, zorla yerine getirmesi sağlanabilir. Külfette ise kişi külfeti yerine getirmediğinde, bir ifa veya tazminat davasına muhatap olmaz. Sadece elde edeceği hakları kazanamaz veya var olan haklarını kaybeder¹⁷. Bu başlık altında

¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 567.

¹⁵ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, 45; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 32; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 31-32.

¹⁶ Akıncı, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya 2017, s. 39-40.

¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 32; Akıncı, 40.

eser sözleşmesinde iş sahibinin yapması gereken işbirliğinin hukukî niteliği de külfet ve yükümlülük kavramları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

B. İş Sahibinin İşbirliği Yapmasının Hukukî Niteliği

Eser sözleşmesinde iş sahibinin işbirliği yapması genel anlamda külfet olarak kabul edilmektedir¹⁸. Örneğin doktrinde, iş sahibinin işbirliği yapması, iş sahibinin sadakat borcunun bir parçası olarak görülmüş ve bu sebeple de doğrudan külfet olduğu ifade edilmiştir¹⁹. Bununla birlikte salt külfet olarak görülerek başka saikler çerçevesinde değerlendirme yapılması ve her somut olaya göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda olmak üzere iş sahibinin, işbirliği yapmaya yönelik faaliyetlerinin bir bütün halinde her durumda külfet veya yükümlülük olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir²⁰.

Eser sözleşmesindeki işin niteliği, somut olayın özellikleri, tarafların karşılıklı menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirme yapılarak işbirliği yapmanın külfet mi, yükümlülük mü olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple genelleme yapılmadan, somut olayın ve iş sahibinin faaliyetlerinin özellikleri ve sonuçları dikkate alınarak değerlendirme yapılması isabetli olacaktır²¹.

Gerçekten de eser sözleşmesinde tarafların işbirliği yapılmasını bir külfet ya da yükümlülük olarak kabul edip etmediklerinin tespit edebilmek için sözleşmenin amacına, mahiyetine bakılması ve aynı zamanda sözleşme hükümlerinin yorumlanması yoluna başvurmak gerekmektedir. Bu değerlendirme ya-

¹⁸ **Aday**, Nejat; Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000, s. 197; **Nicklisch**, Fritz; Mitwirkungspflicht des Bestellers beim Werksvertrag, insbesondere beim BAU –und Industrieanlagenvertrag, BB, 1979, s. 533; **Busche**, § 642, Rn. 21; **Gauch**, Rn. 1328.

¹⁹ **Müller-Foell**, Christoph: Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Berlin 1982, s. 61.

²⁰ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 565; **Seçer**, Öz: İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, <https://www.academia.edu/36094418>, s. 488. Doktrinde ayrıca, inşaat sözleşmelerinin özel yapısı gereği, her iki tarafın da ancak sözleşme gereği yerine getirmeleri gerekli yükümlülüklerini doğru bir şekilde ifa ettikleri takdirde inşaatın zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesinin mümkün olduğu, iş sahibinin bu yükümlülüklerini yerine getirmesinden önce söz konusu projenin hayata geçirilmesinin mümkün olmayacağı gerekçeleri ile bu yükümlülüklerin ihlal edildikleri zaman sözleşmenin müsbet ihlali nedeniyle tazminat talebine olanak tanıyan bir yan edim yükümlülüğü olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Akkanat**, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000, s. 210, dn. 252.

²¹ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 565-566; **Seçer**, s. 488-489.

pılırken tarafların menfaat durumları dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır²². Böylece değerlendirmeler sonucu her somut olayda külfet ya da yükümlülük olduğu tespit edilmiş olur.

Özellikle eserin meydana getirilmesinin uzun süreceği eser sözleşmelerinde, sözleşmenin başından itibaren, eserin meydana getirilmesinde, yüklenicinin kendine özgü bir menfaatinin olduğu, iş sahibi tarafından öngörülebilir bir durumdur. Bu gibi hallerde, iş sahibinin işbirliği yapmasının külfet yerine bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi gerekir. Yine tarafların karşılıklı anlaşarak eser sözleşmesinde iş sahibinin istediği zaman sözleşmeyi feshetme yetkisinin ortadan kaldırılması halinde de, işbirliği yapma, külfetten öte yükümlülük olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, eser sözleşmelerinde bütün yorum araçlarından ve kurallarından faydalanmadan, sadece emir cümlelerinin bulunması halinde, en baştan iş sahibinin işbirliği yapmasını yükümlülük olarak değerlendirmek doğru kabul edilmemektedir²³.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre de²⁴, sözleşmede kararlaştırılan iş sahibinin yapması gereken işbirliği, söz konusu eser sözleşmesi için tipik bir katkı ise, bu külfet olarak değerlendirilmelidir. Ancak kararlaştırılan işbirliği, söz konusu eser sözleşmesi bağlamında değerlendirildiğinde atipik ise, yükümlülük olarak nitelendirilmelidir. Bu sebeple, sözleşmede kararlaştırılan işbirliği faaliyetlerinin tamamı için aynı sonuca ulaşılmamalıdır.

Diğer bir görüşe göre²⁵ ise iş sahibinin yapması gereken işbirliğini ihlal etmesi halinde, sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesi tehlikeye düşecek ise iş sahibinin işbirliği yapması yükümlülük olarak kabul edilebilir.

Konuyu başka bir boyuttan ele alan görüşe göre de²⁶ eser sözleşmesinde yüklenici açısından sözleşmenin asıl amacı ücrettir. İş sahibinin işbirliği yapmaması halinde, eserin meydana getirilmesi tehlikeye gireceğinden ve bu sebeple yüklenicinin ücret alacağı da tehlikeye girmektedir. İş sahibinin işbirliği yapması, bu gibi durumlarda külfet değil, yükümlülük olarak nitelendirilmelidir.

²² **Aday**, s. 150-151; **Nicklisch**, s. 540; **Jacoby**, s. § 642, Rn. 31; **Busche**, s. § 642, Rn. 22.

²³ **Nicklisch**, s. 540-542; **Thewalt**, s. 213; **Gauch**, Rn. 1345.

²⁴ **Gauch** Rn. 1345.

²⁵ **Sprau**, § 642, Rn. 3; **Thewalt**, s. 214.

²⁶ **Thewalt**, s. 218-219.

Bir başka görüşe göre ise²⁷, iş sahibinin yapması gereken işbirliği faaliyetlerinin belirli bir süre içinde yapılmaması halinde, yüklenici önceden belirlenmiş bir tazminat talep edebiliyorsa, külfet değil yükümlülüğün varlığı kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, iş sahibinin işbirliği yapması, şayet sözleşmede kararlaştırılmamışsa veya sözleşmenin yorumundan yükümlülük olduğu anlaşılmıyorsa külfet olarak kabul edilmelidir. İş sahibinin işbirliği yapması bir edim yükümlülüğü değildir. İş sahibinin, işbirliği yapmaması sebebiyle eser meydana getirilemiyorsa, alacaklıdan kaynaklı sebeplerle edimin ifa edilememesi sebebiyle alacaklının temerrüt hükümlerine başvurulabilir. Türk Borçlar Kanunu açısından iş sahibinin aslî edimi ücret ödemektir. Buna karşılık işbirliği yapması bir edim yükümlülüğü değildir. İş sahibinin, işbirliği yapmaması dolayısıyla eser meydana getirilmediğinde, yüklenicinin ücret alacağı tehlikeye düşmektedir. Yüklenicinin sadece ücreti alamayacağı gerekçesi ile edim borcu olmayan bir davranışın yükümlülük olarak kabul edilmesi kanaatimizce doğru değildir. Kaldı ki alacaklının temerrüdünü düzenleyen hükümler arasında yer alan TBK'nun 110. maddesine göre, borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü hâlinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. Buna göre iş sahibinin işbirliği yapması bir şeyin teslimi ile ilgili değilse, yani özellikle bir yapma borcu ise yüklenici zaten ilgili hüküm gereği sözleşmeden dönüp menfi zararlarının tazminini isteyebilir. Ayrıca yüklenici, iş sahibinin işbirliği yapmaması sebebiyle eseri meydana getiremiyorsa, TBK'nun 485. maddesi hükümlerine de başvurabilir. Buna göre, yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderler ile iş sahibinin kusurunun bulunması halinde tazminat talep edilebilir. Bu hükümlere göre, iş sahibinin işbirliği yapmaması halinde, menfaati tehlikeye düşen yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmeye, yaptığı giderleri ve zararlarını talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple işbirliği yapmanın külfet olarak değerlendirilmesinin yüklenicinin menfaatlerine aykırı bir tarafı yoktur. Sonuç olarak sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa veya sözleşmenin yorumundan aksi anlaşılmıyorsa, iş sahibinin işbirliği yapması külfet olarak kabul edilmelidir.

²⁷ Ayan, Serkan; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 37.

IV. İŞ SAHİBİNİN YAPMASI GEREKEN İŞBİRLİĞİNİ YAPMAMASININ HUKUKÎ SONUÇLARI

Alman Medenî Kanunu'nun § 642/I. hükmüne göre eser sözleşmesinde iş sahibi eserin meydana getirilmesi için gerekli olan işbirliğini yapmadığında yüklenici uygun bir tazminat talep edebilmektedir. Aynı yönde Avusturya Medenî Kanunu'nun § 1168. hükmünde de düzenleme bulunmaktadır. Bu hükmeye göre, eser iş sahibinden kaynaklı bir nedenle meydana getirilmezse, yüklenici ücretini yine de talep edebilir. Yine bu hükmeye göre, iş sahibi yapması gereken işbirliğini yapmaması nedeniyle eser meydana getirilemiyorsa, yüklenici ona uygun bir süre verir. İş sahibi bu sürede de gereken işbirliğini yapmazsa yüklenici sözleşmeyi feshedebilir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nda bunun gibi iş sahibinin eserin meydana getirilmesinde işbirliği yapmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır²⁸. Aynı durum Türk Borçlar Kanunu için de geçerlidir²⁹.

İsviçre hukukunda; eserin meydana getirilmesi için götürü bir ücret belirlendiğinde, alacaklı konumunda olan iş sahibinin eseri kabul etmede gecikmesi sebebiyle, fazla bir masraf ortaya çıkarsa yüklenici söz konusu fazla masrafı talep edebileceği kabul edilmektedir³⁰. Buna göre; yüklenici götürü ücret belirlenmesi halinde, sipariş değişikliği yapılırsa nasıl ki, ortaya çıkan masraflar talep edilebiliyorsa, iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple ortaya çıkan fazla masrafları da talep edebilmelidir. Ancak bu bir zararın giderilmesi değildir. Aslında, İsviçre hukukunda eser sözleşmesinde götürü ücret belirlendiğinde, iş sahibi olan alacaklının temerrüdü halinde yüklenicinin fazla masrafları isteyeceğine dair bir hüküm yoktur. Sözleşmenin içeriğinden veya yorumlanmasından da böyle bir sonuca ulaşılamıyorsa, söz konusu kanun boşluğunun yüklenici lehine doldurulması gerektiği ve iş sahibi alacaklının temerrüdüne düştüğünde, yüklenicinin fazla ücreti isteyebileceği kabul edilmektedir³¹. Bu fazla ücret bir tazminat niteliğinde değildir. İş sahibinin işbirliği yapmayı ihmal etmesi veya geciktirmesi halinde eserin meydana getirilmesi için ortaya çıkan engeller sebe-

²⁸ **Gauch** Rn. 1336.

²⁹ Türk Hukukunda işbirliği borcunun ihlal edilmesini, işbirliği yapma borcunun külfet olarak görülmesi durumunda, ihlale ilişkin alacaklı temerrüdü hükümleri ile çözüm üretilmesi, işbirliği borcunun ihlal edilmesini, işbirliği yapma borcunun yükümlülük olarak görülmesi durumunda ise, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre çözümlenmesi yönündeki görüş için bkz. **Seçer**, s. 489 vd..

³⁰ **Thewalt**, s. 202; **Gauch**, Rn. 1337.

³¹ **Gauch**, Rn. 1337.

biyle, yüklenici, yaptığı fazla masraflarla ilgili olarak bir ücret talep edebilmelidir. İş sahibinin işbirliği yapması bir yükümlülük olmayıp, külfet olduğu için bu bir tazminat değildir. Ancak taraflar iş sahibinin işbirliği yapmasını bir yükümlülük olduğunu kararlaştırmış olabilecekleri gibi, iş sahibini işbirliği yapmadığı zaman ortaya çıkan zararı tazmin edeceğini de kararlaştırabilirler³².

İş sahibinin yaptığı işbirliğinin ayıplı olması sebebiyle yüklenici bir zarar uğramışsa, yüklenicinin bu sebeple ortaya çıkan zararları tazmin edilmelidir. Bu zararın tazmini konusunda iş sahibinin işbirliği yapıp yapmaması veya geç yapması önemli değildir. İş sahibinin yaptığı işbirliğinden dolayı, meselâ ayıplı malzeme sağlaması sebebiyle, bir zarar ortaya çıkmış ise zararın tazmini için işbirliği yapmanın gerçek bir yükümlülük olup olmadığının da bir önemi yoktur. Bu durumda bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaktadır³³.

İş sahibinin işbirliği yapması, bir külfet olduğu için, gerekli işbirliği yapılmadığında alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanır³⁴. Yüklenici, iş sahibinin gerekli olan işbirliğini yapmaması durumunda veya geciktirmesi halinde, ek süre veya fazla ücret talep edebilir. Ancak bazı durumlarda sözleşmeden dönmesi kendisi için daha yararlı olabilir³⁵. İş sahibinin yapması gereken işbirliği çoğu zaman bir yapma edimi niteliğinde olduğundan, yüklenici, TBK.'nun 110. maddesine göre sözleşmeden dönebilir. Bu hükme göre; *“Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir.”* Bu durumda, eserin imâlîne başlanmış ise, yüklenici o ana kadar yaptığı işin ücretini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir (TBK. md. 485). Buna karşılık iş sahibi de, eserin o ana kadarki imâl edilmiş kısmını talep etme hakkına sahiptir³⁶.

³² **Gauch**, Rn. 1340.

³³ **Gauch**, Rn. 1341.

³⁴ **Seçer**, 493.

³⁵ Y. 15. HD., T. 26.9.2013, E. 2012/6076, K. 2013/5196, *“Dava eser sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmenin feshi kesin teminatın iadesi ve menfi zarar ile manevi tazminat davasıdır. İş sahibi idare yer tesliminde temerrüde düşmüştür. Taraflar arasındaki sözleşmeye göre sözleşme tarihinden itibaren 5 gün içinde yer teslimi yapılarak işe başlanacaktır. Davacı defaten idareye yer teslimi için ihtar etmiş son ihtarında ise yer teslimi yapılmazsa sözleşmenin fesh edileceğini bildirmiştir. İdare davacıya cevap vermediği gibi inşaatın yapılacağı arsayı net olarak tespit edip yer teslimi yapmamıştır. Yer teslimi konusundaki tahammül ve makul bekleme süresi aşıldığından davacı yüklenici sözleşmenin feshini talep etmekte haklıdır. Mahkemece şartları oluşmadığından manevi tazminatın reddine sözleşmenin feshine ve kesin teminatın iadesine karar verilmesi gerekir.”*, Kazancı Bilişim Otomasyon.

³⁶ **Gauch**, Rn. 1342.

İş sahibinin işbirliği yapması, bir yükümlülük olarak kararlaştırılmışsa veya sözleşmenin yorumlanmasından işbirliği yapmanın bir yükümlülük olduğu sonucuna ulaşıyorsa, işbirliği gerekli işbirliğini yapmazsa, yüklenici borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir³⁷.

Eser sözleşmesi, başka bir sebeple sona ermesi hallerinde TBK.'nun 110. maddesinin uygulanmasına gerek yoktur. Bu çerçevede özellikle TBK.'nun 484. ve 485 maddeleri üzerinde durmak gerekmektedir. TBK.'nun 484. maddesine göre; iş sahibi, eser sözleşmesini, eserin o ana kadar yapılmış kısmının karşılığını ödeyerek ve yüklenicinin bütün zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi her zaman feshedebilir. İş sahibinin eserin imâli için gerekli olan işbirliğini yapmaktan kesin olarak kaçınması, zımni olarak sözleşmeyi TBK.'nun 484. maddesi çerçevesinde sona erdirdiği anlamına gelebilir. Ancak iş sahibinin yapması gereken işbirliği eserin imâli için basit bir katkı ise ya da önemsiz ise, bu işbirliğini yapmaktan kaçınması halinde TBK.'nun 484. maddesi gereğince sözleşmeyi feshettiği sonucu çıkarılmamalıdır. İş sahibinin işbirliği yapmaması halinde eserin imâli imkânsız hale geliyor ise bu durumda da TBK.'nun 485. maddesinde düzenlenen “iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması” kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır³⁸.

SONUÇ

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlandığı iş görme amacı güden bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'na göre iş sahibinin asli edimi ücret ödemektir. İş sahibinin işbirliği yapması, Alman Medeni Kanunu ve Avusturya Medeni Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir.

³⁷ Seçer, 489-490.

³⁸ Gauch, Rn. 1343; Y. 23. HD., T. 25.1.2017, E. 2014/9711, K. 2017/183, “Dava; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi istemine ilişkindir. Arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan arsayı boş olarak teslim etme ve ipoteği kaldırma yükümlülüğünü yerine getirmede, bu hususlarda kusurlu bulunduğu, öte yandan arsa sahibinin sözleşmedeki yükümlüğüne aykırı olarak üçüncü kişi ile sözleşme yaptığı tespit edildiği, her iki tarafın birlikte üstlendiği komşu parsellerin alınması ve tevhid edilmesi ile ilgili hususların ise yerine getirilmediği, arsa sahibinin öncelikli olarak taahhütlerini yerine getirmemesi ve bunda kusurlu olması sebebiyle sözleşmenin ifasının imkansız hale geldiği, bu haliyle, yüklenicinin sözleşmeyi fesih hakkı olduğu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin kararın onanması gerekir.”, aynı yönde, Y. 23. HD., T. 14.4.2016, E. 2014/10798, K. 2016/2394, Kazancı Bilişim Otomasyon.

İş sahibinin işbirliği yapması, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilebilmesi için, iş sahibi tarafından yapılması gereken faaliyetler ve işlerdir. Yüklenicinin eseri meydana getirebilmesi için, çoğu kez iş sahibinin işbirliği yapmasına ihtiyaç bulunmaktadır. İş sahibinin işbirliğine, eserin meydana getirilmesinden önceki hazırlık aşamasında ihtiyaç olabileceği gibi, eserin meydana getirilmesi sürecinde de ihtiyaç olabilir İş sahibinin işbirliği yapmasına ilişkin faaliyetleri yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir

İş sahibinin işbirliği yapması bir edim yükümlülüğü değildir. İş sahibinin işbirliği yapması, şayet sözleşmede kararlaştırılmamışsa veya sözleşmenin yorumundan yükümlülük olduğu anlaşılıyorsa külfet olarak kabul edilmelidir.

İş sahibi yapması gereken iş birliğini yapmaz ise, yüklenici öncelikle alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bu durumda yüklenici TBK'nun 110. maddesi çerçevesinde sözleşmeden dönüp menfi zararlarının tazminini isteyebilir. Bununla birlikte Yüklenici, iş sahibinin gerekli olan işbirliğini yapmaması durumunda veya geciktirmesi halinde, ek süre veya fazla ücret talep edebilir. Ancak bazı durumlarda sözleşmeden dönmesi kendisi için daha yararlı olabilir. Yüklenici, TBK'nun 110. maddesine göre sözleşmeden dönebilir. Bununla birlikte, iş sahibinin yapacağı işbirliği önemli ise ve iş sahibi bu işbirliğinden kesin olarak kaçınırsa, TBK'nun 484. maddesine göre, sözleşmeyi sona erdirdiği anlamına gelebilir. Böyle bir halde de iş sahibi, eserin o ana kadar yapılmış kısmının karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını tazmin etmek zorundadır. İş sahibinin iş birliği yapmaması sebebiyle eserin meydana getirilmesi imkânsız hale gelirse, TBK'nun 485. maddesine göre, yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. Ayrıca eserin meydana getirilememesi halinde iş sahibinin kusuru varsa, yüklenici, tazminat da isteyebilir.

KAYNAKÇA

Aday, Nejat: Özel Hukukta Yüklenici Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000.

Akıncı, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya 2017

Akkanat Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000.

Akkurt, Sinan Sami: Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, DEÜHFD, C. 10, S. 2, 2008, s. 13-64.

Aral, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2019.

Ayan, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

Becker, Herman (Çev. A. Suat Dura): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Bern, 1934.

Busche, Jan: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, § 631-651, München 2009.

Büyükay, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2014.

Canbolat, Ferhat: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Eren, Özel Hükümler).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Eren, Genel Hükümler)

Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich, 2011.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, İstanbul, 2014.

Honsell, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern, 2010.

Jacoby, Florian: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, § 631-651, Berlin 2008.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2014.

Kurşat, Zekeriya: Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 143-166.

Müller-Foell, Christoph: Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Berlin 1982.

Nicklisch, Fritz: Mitwirkungspflicht des Bestellers beim Werksvertrag, insbesondere beim BAU –und Industrieanlagenvertrag, BB, 1979, s. 533-544.

Seçer, Öz: İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, <https://www.academia.edu/36094418>, s. 483-521.

Sprau, Hartwig: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 2011.

Şahan, Gökhan: Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara 2016

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Alttop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Thewalt, Stephan: Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, München 2004.

Usta, Songül: Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları, İBD, C. 84, S. 6, 2010, s. s. 3519-3569.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2014.

Zevkliler, Aydın/ **Gökyayla**, Emre K.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Ankara 2019.

**JAPON SÖZLEŞME HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ VE
JAPON MEDENİ KANUNUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELERE
GENEL BİR BAKIŞ***

The Basic Principles of Japanese Contract Law and an Overview of The Current Developments in The Japanese Civil Code

*Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur KILINÇ**

Özet

Farklı hukuk sistemlerinin etkisi altında şekillenen Japon hukuku yabancı hukuk sistemlerini kendi öz değerlerinden vazgeçmeksizin benimsemeye başarılıdır. Japon hukuku genel olarak ne “Kıta Avrupası hukuk sistemi (*civil law*)” ne de “Anglo-Amerikan hukuk sistemi (*common law*)” içinde sınıflandırılabilir. Japon hukuku hybrid bir hukuk sistemidir. Bununla birlikte Kıta Avrupa’sından iktibas edilen Japon Medeni Kanunu dolayısıyla Japon sözleşme hukuku daha ziyade Kıta Avrupası karakterlidir. Japon sözleşme hukukunun temel ilkeleri dürüstlük kuralı, sözleşme özgürlüğü ve kusur sorumluluğudur. Anglo-Amerikan sözleşme hukukundaki karşılıklılık ilkesi (*the concept of consideration*) ile sözleşmelerin yazılı olmasını gerektiren

* Bu makalenin hazırlanması için tarafıma yurt dışı doktora sonrası araştırma bursu tahsis ederek Japonya’da araştırma yapılabilmesine olanak sağlayan TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığı’na ve Japonya’daki araştırmalarım sırasında her yönden örnek bir ev sahipliği yapan Kobe Üniversitesi Kültürlerarası Çalışmalar Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Tetsu SAKURAI’ye teşekkürlerimi arz ederim.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, ayse.kilinc@hbv.edu.tr. (ORCID-ID: 0000-0001-8190-6557).

Makale Geliş Tarihi: 13.05.2019

Makale Kabul Tarihi: 30.09.2019

kurallar (“*Statute of Frauds*” ile “*parol evidence rule*”) Japon sözleşme hukukunda bulunmaz. “Özel hukuktan doğan hakların kamu refahı gerekçesiyle sınırlandırılabilmesi ilkesi” ve Japon Medeni Kanunundaki örf ve âdet hukuku kuralı, Kıta Avrupası örneklerine benzemez. Japon içtihat hukuku, Kıta Avrupası hukukunun iktibasından önce ticari hayatta yerleşik olan örf ve âdetlerin korunmasını bu kural ile sağlamıştır. Japon içtihat hukukunun önemi, Anglo-Amerikan hukukundakine benzer. Japonya’da 1990 sonrasında piyasaya devlet müdahalesinin kaldırılması (*deregülasyon*) amacıyla Amerikan hukuku modeli birçok kanun çıkartılmıştır. Bu sebeple Japon sözleşme hukukunda Anglo-Amerikan hukuku da kısmen önem arz eder. Son olarak Japon sözleşme hukukunun genel ilkeleri üzerine yapılan böyle bir çalışmada Japon Medeni Kanunundaki güncel gelişmelere de kısaca yer verilmektedir.

Abstract

The Japanese law has been formed by different legal systems. The Japanese have incorporated their existing customs and values for hundreds of years into these transplanted legal codes. So the Japanese have been found successful in assimilating the characteristics of foreign legal systems without giving up their own values. In general, Japanese law cannot be classified in any “legal family” such as “civil law” or “common law”. It can be classified as a “hybrid legal system”. However, if only the Japanese Civil Code (JCC) is considered, Japan is qualified as a civil law country. The basic principles of Japanese contract law are determined as “the doctrine of good faith and fair dealing”, “the freedom of contract” and “the fault liability” which are derived from the civil law system. Besides, the importance of the case law in Japanese civil law and some principles such as “deregulation” and “self-responsibility” used by the scholars in order to make the market system functional are derived from common law system. It must be mentioned that Japanese contract law does not consist of “the doctrine of consideration”, “Statute of Frauds” and “parole evidence rule” which are the basic principles of American contract law. Finally, in such a research over the Japanese contract law, it is also worth mentioning the current developments in the Japanese Civil Code.

Anahtar Kelimeler

Japon sözleşme hukuku, Hybrid hukuk sistemi, Dürüstlük Kuralı, Sözleşme Özgürlüğü, Kusur Sorumluluğu, İçtihat hukuku, Deregülasyon, Karşılıklık ilkesi, Sözleşmelerin yazılı olması gereği.

Keywords

Japanese contract law, Hybrid legal system, The doctrine of good faith and fair dealing, The freedom of contract, The fault liability, Case law, Deregulation, The doctrine of consideration, Statute of Frauds, Parole evidence rule.

I. GİRİŞ

Bu çalışma ile esasen Japon sözleşme hukukunun temel ilkelerinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Japonya'nın İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünya ekonomisindeki yeri ve önemi yadsınamayacağından Türk hukukunda da Japon hukukunun genel sistemi ve işlevselliği hakkında incelemeler yapılması gerektiği düşüncesiyle böyle bir çalışma yapılmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Japon ekonomisinin hızla gelişiminde ekonomik hayata uygun hukuki düzenlemelerin işlem maliyetini azaltması ve ekonomik performansı artırması etkili olmuştur¹. Japonya'nın bir yandan Medeni Kanunu bakımından Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde yer alması bir yandan da İkinci Dünya Savaşı sonrasında büyük ölçüde Amerikan hukukundan etkilenmesi, Japon sözleşme hukukunu incelenmeye değer kılmaktadır. Bu araştırmanın Türk işadamlarının Japonlarla yaptıkları ticari işlemlerdeki başarılarına katkı sağlayacağı ve Japon özel hukukuna ilişkin merak uyandırarak bu hukuk sistemine ilişkin yeni araştırmaları teşvik edeceği düşünülmektedir.

Japonlar Batı'dan temel kodlarını iktibas ederken kendi örf ve âdet hukuku ile yüzyıllardır sahip olduğu değerlerinden vazgeçmemişlerdir. Bu durum, bizlere yabancı bir hukukun iktibas sırasında bir ülkenin kendi değerlerinden vazgeçmemesinin de mümkün olduğunu göstermektedir².

Bu çalışmanın temel amacı Japon sözleşme hukukunun temel ilkelerini ortaya koymak olduğundan, öncelikle 1898 tarihli Japon Medeni Kanunu incelenmektedir. Bu Kanunun üç temel ilkesi bulunmaktadır. Bunlar “sözleşme özgürlüğü”, “kusur sorumluluğu” ve “mutlak mülkiyet hakkı” ilkeleridir³. Nitekim Japon Medeni Kanunu da on dokuzuncu yüzyıla hâkim olan batı bireycilik anlayışına dayanmaktadır. Ayrıca bu çalışmada Japon sözleşme

¹ Benzer yönde bkz. **Schmiegelow**, s.34-35.

² Benzer yönde bkz. **Hahn**, s.539.

³ **Kuzuhara**, s.66.

hukukunun kaynakları arasında bulunan örf ve âdet hukuku⁴, jori ve içtihat hukukuna da sınırlı şekilde değinilmektedir.

Son olarak Japon sözleşme hukukuna ilişkin yeni tarihli bir çalışmada Japon Medeni Kanunundaki sözleşme hukukuna ilişkin güncel gelişmelere de kısaca yer verilmesi gerektiği düşünülmüştür. Bu sebeple çalışmanın son kısmında kısaca bu gelişmeler de ortaya konulmaktadır.

II. GENEL OLARAK JAPON HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Japon hukuku farklı hukuk sistemleriyle şekillenmiştir. Bu sistem ilk olarak yedinci yüzyılın ikinci yarısında ve sekizinci yüzyılda Çin siyasi ve hukuki sisteminden etkilenmiştir⁵. On dokuzuncu yüzyılın sonlarında ve yirminci yüzyılın başlarında ise, Japonya'daki temel kodlar Kıta Avrupası'ndan iktibas edilmiştir. Örneğin Japon İmparatorluğu Anayasası (Meiji Anayasası) 1889'da Prusya Anayasası örnek alınarak hazırlanmıştır⁶. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise, Japonya'da hâlen yürürlükte olan Anayasa büyük ölçüde Amerikan Anayasası'ndan etkilenecek hazırlanmıştır⁷. Bu dönemde yürürlüğe giren Japon iş kanunları, ceza usul kanunu, kıymetli evrak ve kambiyo senetleri mevzuatı ile rekabet hukuku da Amerika Birleşik Devletleri modellerinden etkilenmiştir⁸.

Günümüzde Japon hukuku Anayasa ve beş temel koddan (Medeni Kanun, Medeni Usul Kanunu, Ceza Kanunu, Ceza Usul Kanunu ve Ticaret

⁴ Örf ve âdet hukuku (custom/kanshu) Japon hukukunda önemli bir hukuk kaynağıdır (**Taylor, Veronica L.** (1993) "Continuing Transactions and Persistent Myths: Contracts in Contemporary Japan", Melb. U.L. Review, C:19, s.367).

⁵ **Oda, Hiroshi** (2011) Japanese Law, 3. Baskı, Oxford University Press. s.6, 13; **Abe, Masaki/Nottage, Luke** (2008) Japanese Law: An Overview, JPLRes 1, <http://www.asianlii.org/jp/other/JPLRes/2008/1.html>, s.e.t. 08.05.2019, s.3; **Dean, Merryl** (2002) Japanese Legal System, 2. Baskı, London, Cavendish publishing Limited, s.56.

⁶ **Oda, s.6; Abe/Nottage, s.5; Hahn, Elliott J.** (1983) "An Overview of the Japanese Legal System", Northwestern Journal of International Law & Business, C:5, S:3, s.522.

⁷ Japonya'nın II. Dünya Savaşı'nda yenilmesinden sonra siyasetin ve toplumun demokratikleşmesi adına kontrol Müttefik Güçlerin (*Supreme Commander of the Allied Powers*) denetimine geçmiştir. Japon Anayasası 1946'da çıkartılmış ve 1947'de yürürlüğe girmiştir. Anayasada Japonya'da egemenliğin halka ait olduğu vurgulanmış ve imparatorun sadece insanların birliğini gösteren bir sembol olduğu belirtilmiştir. Ayrıca anayasal hakların ihlal edilemez olduğu ve yargısal denetimin kurulacağı vurgulanmıştır. Bu anayasa hâlen yürürlükte ve değiştirilmemiştir (**Abe/Nottage, s.5**).

⁸ **Oda, s.21, 27; Dean, s.70-71.** 1953 yılında ise, Rekabet Kanununda hükümlerin Japonya'daki şartlara uyumlaştırılması için değişiklik yapılmıştır (**Oda, s.22**).

Kanunu) oluşur⁹. Aile hukuku ve miras hukuku hükümleri dışında Japon Medeni Kanunu¹⁰, Medeni Usul Kanunu, Ceza Kanunu ve Ticaret Kanunu İkinci Dünya Savaşı sonrasında değiştirilmemiştir. Bu temel kodların yürürlüğü sonrasında yüz yılı aşkın süreçte önemi göz ardı edilemez bir içtihat hukuku oluşturulmuştur¹¹. Japonlar bu temel kodları Avrupa'dan iktibas ederken bu kodları Japon kültürüne uygun hâle getirmek amacıyla kendi mevcut örf ve âdet hukukları ile yüz yıllardır sahip oldukları değerlerle birleştirmişler¹² ve yabancı kanunlarda Japonya'nın özel şartlarına uyum sağlanması amacıyla kısmen değişiklikler yapmışlardır. Bu sebeple Japonların yabancı hukuk sistemlerini kendi değerlerinden vazgeçmeksizin benimsemeye başarılı oldukları ifade edilmektedir¹³. Japonya tarihinin farklı dönemlerinde farklı hukuk sistemleri etkili olduğu için, Japon hukuku "Kıta Avrupası hukuk sistemi (civil law)" ya da "Anglo-Amerikan hukuk sistemi (common law)" gibi belirli bir hukuk ailesi içinde sınıflandırılmamakta ve karşılaştırmalı hukuk terminolojisi içinde "hybrid bir hukuk sistemi" olarak nitelendirilmektedir¹⁴. Tam da bu sebeple Japon hukuku karşılaştırmalı hukukçular için önemli bir çalışma alanı olmuştur. Nitekim ne Amerika Birleşik Devletleri ne de bir başka Avrupa ülkesi "Kıta Avrupası hukuk sistemi" ve "Anglo-Amerikan hukuk sistemi" kavramlarını ve

⁹ **Taylor, Veronica/Britt, Robert R. /Ishida, Kyoko/Chaffe, John (Joddy)** (2008) "Introduction: Nature of the Japanese Legal System", *Business Law in Japan*, C:1, https://www.daiichihoki.co.jp/store/upload/pdf/025965_pub.pdf, s.e.t. 08.05.2019, s.3; **Oda**, s.13; **Dean**, s.131.

¹⁰ Bkz. **Dean**, s.118.

¹¹ **Taylor/Britt/Ishida ve diğerleri**, s.3; **Oda**, s.13; **Wrbka, Stefan** "Japan's Civil Code Reform Plan – Seen From A Western Perspective", *Kyushu University Legal Research Bulletin*, <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/kulrb/stefan2.pdf>, s.e.t. 08.05.2019, s. 3-4. Japonya'da içtihat hukuku kanunların düzeltilmesine ve tamamlanmasına katkı sağlar (**Schmiegelow, Henrik** (2006) "Why Legal Transformation Assistance from Germany and Japan to Former East-Bloc Countries?", *Zeitschrift Japanisches Recht/JJAPAN.L*, C:11, S:22, s.37).

¹² **Abe/Nottage**, s.3; **Hahn**, s.522, 538.

¹³ Bkz. **Dernauer, Marc** "Japanese Contract Law from a European Perspective", <https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20131128.html>, s.e.t. 08.05.2019; **Van Den Berg, Peter A. J.** (2018) "Politics of Codification in Meiji Japan (1868-1912): Comparative Perspective Of Position Of Customary Law in Japanese Civil Code", *Osaka University Law Review*, C:65, S:2, s.86.

¹⁴ **Abe/Nottage**, s.2; **Hahn**, s.522, 538; **Taylor/Britt/Ishida ve diğerleri**, s.3; **Dean**, s.129-130.

uygulamalarını hybrid bir hukuk sistemine sahip olan Japonya ölçüsünde bütünleştirebilmiştir¹⁵.

Japonya, 1990'lı yıllarda ekonomik hayatını küreselleşme sonucunda ortaya çıkan uluslararası standartlara uyumlaştırmak amacıyla, yeni bir hukuk reformuna yönelmiştir. Gerçekten de bu dönem öncesinde ekonomik hayatını uluslararası piyasaya açan Japonya, Amerika Birleşik Devletleri tarafından kartelleri ve adil olmayan ticari uygulamaları sebebiyle eleştirilmiş ve bunun üzerine 1989'da ABD ve Japonya arasında "*Bireysel Girişim Önündeki Yapısal Engeller Hakkındaki Görüşmeler*¹⁶" başlatılmıştır. Bu *Görüşmeler* sonucunda Japon Rekabet Kanununda değişiklik yapılmış, Japon Ticaret Kanunundan şirketler kısmı ayrılarak (özellikle şirketlerde azınlık paydaşlarının haklarını korumak için) 2005 yılında ayrı bir Şirketler Kanunu çıkartılmıştır. Yine bu *Görüşmeler* sonucunda, Japonya'da rekabetçi bir sisteme geçilebilmesi amacıyla piyasalara devlet müdahalesinin azaltılması (*deregülasyon*) yönünde kanunlar çıkartılmıştır¹⁷.

¹⁵ **Beer, Lawrence W./Tomatsu, Hidenori** (1975) "A Guide to the Study of Japanese Law", *The American Journal of Comparative Law*, C:23, S:2, s.285-286. Doktrinde bir görüş, Japon hukukunun çalışılmasının gerekçesini şöyle belirler. Japonların ekonomik büyümedeki, varlığın adaletli dağıtımındaki, sağlık sistemindeki ve suçlulukla mücadeledeki başarısının hukuk sistemiyle ilişkisinin anlaşılması gerekir (**Haley, John O.** (2010) "Why Study Japanese Law?", *The American Journal of Comparative Law*, C:58, S:1, s.7). Bir başka görüşe göre ise, Japon hukuku kendine özgü olduğu için ondan başkalarının öğrenilebileceği şeyler azdır. Ancak yabancı bir hukuk sistemi olarak Japon hukuku, bu hukuku öğrenmenin verdiği zevk için dahi çalışılabilir (**Ginsburg, Tom** (2010) "Studying Japanese Law Because It's There", *The American Journal of Comparative Law*, C.58, S:1, s.6). Bize göre bir akademisyenin kendi hukuk sistemini daha iyi anlayabilmesi için onu farklı bir hukuk sistemiyle karşılaştırması zorunludur. Yabancı bir hukuk sistemi bu sebeple çalışılmalıdır. Benzer yönde bkz. **Yamaguchi, Mikio** (2004) "The Problem of Delay in the Contract Formation Process: A Comparative Study of Contract Law", *Cornell International Law Journal*, C:37, S:2, <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol37/iss2/3>, s.e.t. 08.05.2019, s.358.

¹⁶ "*The Structural Impediments Initiatives Talks*"

¹⁷ **Oda**, s.22-25. 1994 yılında Japon hükümeti tarafından, içinde ekonomik hayata devlet müdahalesinin azaltılması yönündeki düzenlemeleri hazırlamakla görevli alt bir komitenin de bulunduğu "İdari Reform Komitesi" kurulmuştur. Ardından 1995'te Japon hükümeti tarafından "Deregülasyonun Geliştirilmesine İlişkin Program" onaylanmıştır. Bu kapsamda 1997'de Japon finansal piyasalarını adil, şeffaf ve küresel yapmak için finansal sektöre ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. 2001 yılında hükümet tarafından "Düzenleyici Reformlara İlişkin Üç Yıllık Reform" paketi başlatılmıştır. Bu kapsamda adalet sistemine kamu tarafından erişilebilirliğin sağlanması amacıyla Medeni Kanun ile Ticaret Kanununda değişiklikler yapılması öngörülmüştür. Yeni tüzel kişi kategorileri oluşturulduğu için, Japon Medeni Kanun'da değişiklikler yapılmıştır. 2005 yılında Şirketler Kanunu çıkartılarak Japon Ticaret Kanunundan şirketler hukuku kısmı ayrılmıştır. Rekabet Kanununda holding şirketlerine ilişkin yeni değişiklikler yapılarak kanunun liberalleşmesi sağlanmıştır. 1996'da tamamen yenilenen Japon Me-

III. JAPON SÖZLEŞME HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE TEMEL İLKELERİ

Hukuku kodifiye edilmiş bir hukuk sisteminde sözleşme hukukunun temel ilkeleri araştırıldığında, her şeyden önce “Medeni Kanun” incelenmelidir. Japon hukukunda ise, bu kanun yanında sözleşme hukukuna ilişkin örf ve âdet, jori ve içtihat hukuku gibi diğer tali hukuk kaynakları da önemlidir. Bu amaçla önce Japon sözleşme hukukunun kaynakları gösterelim. Ardından bu kaynaklara dayanarak Japon sözleşme hukukunun ilkelerini belirleyelim.

A. Japon Sözleşme Hukukunun Kaynakları

1. Japon Medeni Kanunu

Japonya’da hâlihazırda 1898 tarihli Japon Medeni Kanunu yürürlüktedir. Bu kanun Meiji Restorasyonu döneminde yürürlüğe girmiştir. Meiji döneminden önce Japonya’da 250 yıl egemenlik süren Tokugawa Şogunluğu¹⁸ on yedinci yüzyılın ortalarında ülkeyi dışa karşı kapatmış ve bu izolasyon politikası on dokuzuncu yüzyıl ortalarına kadar devam etmiştir¹⁹. Tokugawa Şogunluğu’nun yıkılmasının ardından İmparator Meiji güçlenmiş ve

deni Usul Kanununda yine değişiklikler yapılmıştır. 2007’de “İş Sözleşmesi Kanunu” (Labour Contract Law) adında yeni bir kanun çıkartılmıştır. Fikri mülkiyet mevzuatında da değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca “Kıymetli Evrak ve Kambiyo Senetleri Kanunu” tamamen yenilerek 2006 yılında “Finansal Kurumlar ve Kambiyo Senetleri Kanunu” çıkartılmıştır (Bilgi için bkz. **Oda**, s.23-25).

¹⁸ Japonya tarihinde babadan oğula geçen son feodal askeri yönetimdir. Japonya’da 1603-1867 yılları arasında Tokugawa Şogunluğu hüküm sürmüştür.

¹⁹ Bkz. **Milhaupt, Curtis J./Ramsayer, J Mark/West, Marc D.** (2012) *The Japanese Legal System: Cases, Codes and Commentary*, 2. Baskı, New York, Thomson Reuters’ Foundation Press, s.21-22; **Dean**, s.56-59. 17.yy ortalarında Tokugawa Şogunluğu, Çin ve Hollanda ile olan sınırlı ticaret ilişkileri dışında, Hristiyanlığın Japon toplumundaki etkisini önlemek ve askeri komutanların dış ticaretle silah toplamasını önlemek amacıyla ülkeyi dış ticarete kapatmıştır. Bu izolasyon politikası 19. yy ortalarına kadar devam etmiştir. Tokugawa dönemi hukuku, milli birliği sağlamaya yönelik idare hukukuna, kıymetli evraka ve ticari ilişkilere ilişkin geçmişten gelen kurallara dayanır. Fakat burada vatandaşlara yargısal haklar tanınmamıştır. Vatandaşlar sadece yöneticilerin cömertliğine ve yardımseverliğine bırakılmıştır. Ancak yeni tarihli çalışmalar Tokugawa kasabalarında da Batılı anlamda haklara ilişkin bilincin işlevsel karşılığının bulunduğunu iddia etmektedir (**Abe/Nottage**, s.4). Tokugawa dönemi hukuk sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Milhaupt/Ramseyer/West**, s.21-26. Tokugawa döneminde Japon toplumu büyük ölçüde feodal özelliklere sahiptir. Ayrıca hukuk bölgeden bölgeye değişen örf ve âdet hukukuyla şekillenmekteydi. Kanunlar küçük ölçüde etkiliydi. Kanunlar örf ve âdet hukukunu kaldırmayı değil; onu tamamlamaya yönelmişti. Hukuk kuralları da feodal yapıya uygundu. Batıda hukuk süjesi olarak bireyler esas alınırken; buradaki hukuk sisteminde “aile” ve “topluluk” önemliydi (**Van Den Berg**, s.76-77).

Japonya’da yeni bir hükümet sistemi kurmuştur. Meiji Hükümeti, Japonya’yı Tokugawa Şogunluğu’nun Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa ülkeleriyle imzalamış olduğu eşitliğe aykırı hükümler içeren anlaşmalardan kurtarmak için Japon hukuk sistemini Batılılaştırmaya çalışmıştır²⁰. Nitekim bu anlaşmalarla Japonya’ya yabancılara yargısal muafiyet gibi şartlar dayatılmaktaydı. Japonya’da temel kodların Batı’dan alındığı bu dönem “Meiji Restorasyonu” olarak isimlendirilir. Bu dönemde Meiji Hükümeti Batı’ya modern Batı Hukukunu öğrenmeleri için kamu görevlileri göndermiştir. Önce Gustave Boissanade başkanlığındaki bir grup Fransız Medeni Kanununun etkisi altında bir Japon Medeni Kanunu hazırlamıştır. Ne var ki 1890 yılında yasalaşan bu kanun (eski Japon Medeni Kanunu), yoğun itirazlar üzerine yürürlüğe girememiştir. İtirazların bir kısmı Japonya için bir medeni kanun hazırlanırken İngiliz ve Alman hukuk sistemlerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği hususundaydı²¹. En önemli itiraz ise, bu kanunun Japon örf ve âdet hukuku ile Japon ahlâkının bir armonisine dayanmamasına ilişkindi²². Bu itirazlar üzerine yürürlükteki Japon Medeni Kanununun ilk üç kitabı (genel hükümler, borçlar hukuku ve eşya hukuku) Hazumi Nabushige, Tomi Masaaki ve Ume Kenjiro’dan oluşan bir çalışma grubu tarafından Alman Medeni Kanununun o dönemde bilinen iki taslağı ve sistematığı dikkate alınarak yeniden karakterize edilmiştir. Aile hukukuna ve miras hukukuna ilişkin hükümler ise, Japon örf ve âdet hukukuna dayanılarak yeniden düzenlenmiştir. Alman hukuku yanında common law hukuk sistemini de göz önünde bulunduran bu çalışma grubu, Kanun taslağında “örf ve âdet hukukunun önemli bir hukuk kaynağı olmasını

²⁰ Oda, s.17; Dean, 57; Milhaupt/Ramseyer/West, s.26-27; Van Den Berg, s.75-76; Uchida, Takashi (2011) “Contract Law Reform in Japan and the UNIDROIT Principles”, 16 Uniform Law Review, C:16, S: 3, s.706; Ishikawa, Hiroyasu (2013) “Codification, Decodification, and Recodification of the Japanese Civil Code”, C: 32, IUS Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, s.2. Tokugawa Şogunluğu’nun ABD ile Japonya aleyhine imzalamış olduğu iki anlaşma vardır. Bunlar, 29 Temmuz 1858 tarihli Edo Anlaşması (Treaty of Edo, July 29, 1858, Japan-United States, 12 Stat. 1051, T.S. No. 185) ile 31 Mart 1854 tarihli Kanagoma Anlaşmasıdır (Treaty of Kanagoma, Mar. 31, 1854, Japan-United States, II Stat. 597, T.S. No. 183). Meiji’nin hukuk alanında başlattığı Restorasyonun asıl sebebi bu anlaşmaların dezavantajlarından kurtulmak ve Japonya’nın kendi sınırları içinde diğer devletlerle eşit ve modern egemen bir devlet olarak tanınabilmesini sağlamaktır. Bu anlaşmalardan ilki gümrük ve vergilere ilişkindi. Buna göre Japon ürünlerinin Batıya ithalatında yüksek gümrük uygulanmakta ve Batı mallarının Japonya’ya girişinde ise düşük gümrük uygulanmaktaydı. Diğeri ise, Japon hukukunun gelişmemiş olmasından dolayı Batıların Japonya’da bir suç işlemesi durumunda kendi ülke kanunlarına göre yargılanmasına imkân tanımaktaydı. Bu anlaşmalarda değişiklik yapılabilmesinin ön şartı ise, Japon hukuk sisteminin Batıya uyarlanmasıydı (Abe/Nottage, s.5; Hahn, s.522).

²¹ Bkz. Dean, s.101-102; Uchida, s.706.

²² Bkz. Ishikawa, s.2.

sağlayan bir değişiklik” de yapmıştır. Bu değişiklik kanuna karşı itirazların bertaraf edilmesini sağlamış ve Japon Medeni Kanunu (Bundan sonra JMK olarak anılacaktır.) 1896 yılında 89 sayılı Kanun olarak Japon Parlamentosunda kabul edilmiş ve bir bütün olarak 16 Temmuz 1898’de yürürlüğe girmiştir. 1900’de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu bile bu tarihte henüz yürürlüğe girmemiştir²³.

2. Japon Örf ve Âdet Hukuku

Japon Medeni Kanununa yapılan itirazları bertaraf eden hüküm örf ve âdet hukukuna ilişkin m. 92’dir. Buna göre sözleşme tarafları bir örf ve âdet ile bağlı kalma niyetinde oldukları takdirde, bu kural emredici bir hukuk kuralına (yasaya veya diğer düzenlemelere) aykırı olmadığı sürece, bu örf ve âdet hukuku kuralı uygulanacaktır²⁴. Avrupa örneklerinden farklı olan bu düzenleme sayesinde uygulamada Japon hukuk geleneğinin varlığı JMK’nın yürürlüğü sonrasında da devam edebilmiştir. Ayrıca Japon yargı kararlarında bu madde geniş yorumlanmış ve taraflar açıkça örf ve âdet hukukunun uygulanmasını istememiş olsalar bile, hâkimler somut olayda tarafların örf ve âdet hukuku kuralının uygulanmasını kabul ettiğini varsaymışlardır. Böylece JMK’daki hüküm emredici olmadığı sürece, birçok olayda Japon örf ve âdet hukuku kuralı uygulanabilmiştir²⁵. Hatta doktrinde bir görüş tarafından, hâkimin bazen emredici hükümlere aykırı olsa bile sosyal gerçekliğe uygun bir çözüm bulabilmek adına örf ve âdet hukuku kuralına göre hükmetmesi gerektiği iddia edilmiştir. Bu tür örf ve âdet hukuku ise, “kanuna karşı” (*contra legem*) örf ve âdet hukuku olarak nitelendirilmiştir²⁶.

²³ Oda, s.19, 114-115; Dean, s.65-66,103; Milhaupt/Ramseyer/West, s.27-28; Uchida, s.707; Basedow, Jürgen (2016) “Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Kurtulan, Gökçe (Çeviren), C:74, S:2, s.886-887. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Van Den Berg, s.80-85.

²⁴ JMK m. 92 şöyledir: “Bir örf ve âdet hukuku kuralı kamu refahıyla ilgili olmayan bir yasadan ya da düzenlemeden farklılık arz ediyorsa, taraflar kendilerine bu örf ve âdet kuralına göre muamele edilmesi niyetinde iseler taraflara bu örf ve âdet hukuku kuralı uygulanır.” Ayrıca JMK’nın birçok hükmünde yerel örf ve âdet hukukuna atf vardır. Bunlardan bir tanesi müşterek mülkiyet niteliğindeki umuma ait haklar (rights of common/iriai-ken) ile ilişkilidir (Bkz. JMK m. 263 ve 294. Ayrıca bkz. Kumagai, Kaisaku (1983) “Two Customs and the Codification of the Civil Code in Japan”, Osaka University Law Review, C:30, s. 1-6).

²⁵ Van Den Berg, s.74.

²⁶ Noda, Yosiyuku (1976) Introduction to Japanese Law, (translated and edited by: Anthony H. Angelo), Tokyo, University of Tokyo Press, s.219-220; Dean, s.133-134. Buna Noda tarafından sözleşme hukuku alanında şöyle bir örnek verilmiştir. Bir borçlunun alacaklısına zil-

Türk hukukunda ise, Türk Medeni Kanunu birinci maddesi ikinci fıkrasında kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı hâllerde, hâkimin örf ve âdet hukukuna göre karar vereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk hukukunda hukukun kaynakları arasındaki hiyerarşide uygulanma gücü bakımından üstünlük yazılı hukuk kurallarına tanınmıştır. Türk örf ve âdet hukuku ise, kanun boşluğunun doldurulmasına yarayan ikinci derecede bir hukuk kaynağıdır. Bu sebeple Türk hukukunda, Japon hukukundan farklı şekilde, kanunun emredici hükümlerine aykırı bir örf ve âdet hukukuna dayanılarak karar verilemez. Sadece irade özerkliği ilkesinin bir sonucu olarak kanunun emredici nitelikte olmayan yedek hukuk kurallarına aykırı örf ve âdet hukuku kuralının uygulanması mümkündür²⁷. Şu hâlde Türk hukukunda, Japon içtihatlarında kabul edildiğinin aksine, bir örf ve âdet hukuku kuralının yedek hukuk kaidesinin yerini alabilmesi için tarafların sözleşmelerinde açıkça uyuşmazlık konusuna ilişkin örf ve âdet hukukunun uygulanacağını belirtmiş olmaları gerekir. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanununun birinci maddesinin ikinci fıkrasında ise, hâkimin hâkiminde ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde ticari örf ve âdetle göre karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle doktrin ticari işlere uygulanacak hükümlerin sırasını emredici hükümler, sözleşme hükümleri, yedek (tamamlayıcı ve yorumlayıcı) ticari hükümler, ticari örf ve âdet ile genel hükümlerin tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümleri şeklinde belirlemektedir²⁸. Dolayısıyla Türk hukukunda da hâkim, yazılı olmayan ticari örf ve âdet huku-

yetliği devretmeden taşınır bir şeyi teminat amacıyla vermesi hâlinde, bu sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin sorun ortaya çıkar. JMK emredici şekilde bunu yasaklamasına rağmen, ekonomik hayat alacaklı ve borçlu arasında böyle sözleşmeleri zorunlu kılar. Bu durum, taşınır üzerinde taşınır teslim edilmeden rehin hakkı kurulmasıdır. Buna zilyetlik devredilmeden kurulan taşınır rehni denir. Oysa JMK m. 348, emredici şekilde, borçlunun alacaklıya rehin olarak vermeyi teklif ettiği taşınırı kendi elinde tutmasını yasaklar. İçtihatlarda ticari örf ve âdetle dayanarak böyle bir rehin hakkının geçerli olduğunun kabul edilmesi “contra legem” örf ve âdet hukuku niteliğindedir (Noda, s.220-221; Oda, s.51).

²⁷ Türk hukukunda genel olarak örf ve âdet hukukunun rolü hakkında bkz. **Edis, Seyfullah** (1997) Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, s.102-107; **Altaş, Hüseyin** (2014) Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 223-227; **Dural, Mustafa/ Sarı, Suat** (2014) Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.107-109, prg. 702-711; **Oğuzman, Kemal/Barlas Nami** (2014) Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 108-111, prg.357-365.

²⁸ Bilgi için bkz. **Arkan, Sabih** (2005) Ticarî İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s.85-89; **Ayhan, Rıza/ Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin** (2011) Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 35-36.

kunu, yazılı olan ancak emredici nitelikte olmayan genel hükümlerden önce dikkate alır.

3. Japon Sözleşme Hukukunun Tali Kaynakları

Japon hukukunda bir sözleşmedeki uyumsuzluğa ilişkin ne yazılı hukuk kurallarında ne de örf ve âdet hukukunda bir kural bulunmazsa, uyumsuzluklar “*jori*” ile çözümlenir. Japon hukukunda bu kavram, “ortak sezgi ve alışılmış mantık (*common sense and ordinary reason*)” ya da “doğal hukuk ve mantık (*natural law and reason*)” anlamına gelir²⁹. Bununla birlikte günümüzde *Jori*'nin uygulama alanı oldukça dardır. Çünkü uyumsuzluklar daha ziyade kanunlarla ve yerleşik örf ve âdet hukukuyla çözümlenmektedir³⁰.

Japonya’da, common law hukuk sistemine benzer şekilde, medeni hukuk alanında geniş bir içtihat hukuku da oluşmuştur. Japon hukukunda yargıçlar hukuk yaratmada oldukça aktiftirler. Bu becerileri bazı yönlerden Anglo-Amerikan hukukundaki yargıçlardan da ileridir. Nitekim Japon yargıçları daha hakkaniyetli bir çözüme kavuşacaklarsa, kanunun lafzi anlamına bağlı kalmamışlar ve hükmün lafzından ayrılabilmişlerdir³¹. Esasen Yargı kararları Japon hukuk sisteminde bağlayıcı değildir. Yargıçlar yargılama faaliyetinde sadece kanunlarla bağılırlar ve teorik olarak önceki kararlardan bağımsız karar vermeye yetkilidirler. Zira Japon hukukunda önceden verilen yargı kararlarına uyma zorunluluğu (*stare decisis*) somut bir hüküm olarak bulunmaz. Bu yüzden seyrek de olsa alt derece mahkemeleri Temyiz Mahkemesi kararlarına karşı çıkabilmiş ve aksi yönde kararlar vermiştir. Hatta bu durum bazen Temyiz Mahkemesi kararlarını da etkilemiştir. Bununla birlikte Japonya’da kural olarak yerleşik içtihat hukuku ve özellikle de Temyiz Mahkemesi (*Supreme Court*) kararları alt derece mahkemeleri tarafından takip edilmiştir. Bunda özellikle hâkimliğin “kariyer mesleği” olması etkili olmuştur³².

²⁹ Noda, s.222-223; Dean, s.129, 134-135.

³⁰ Noda, s.222.

³¹ Oda, s.7.

³² Noda, 225-226; Dean, 135-136; Oda, s.43-44. Japonya’da özel hukuk alanındaki içtihat hukuku önemli olduğundan, akademisyenler de JMK’nın yürürlüğünden beri kanun hükümlerine ilişkin içtihatlar hakkında değerlendirmelerini içeren şerhler yayınlamaktadırlar. Örneğin Tokyo İmparatorluk Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 1921’de kurulan ve 1922’de “Özel Hukuk Alanındaki Kararlar Üzerindeki Çalışma Topluluğu (*Society for the Study of the Decisions in the Private Law Field*)” adını alan topluluk, Temyiz Mahkemesi’nin özel hukuka ilişkin kararlarını tartışmış ve aralarından bir raportör bu tartışmalar hakkında tuttuğu

B. Japon Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri

Japon hukuku hybrid karakterli olmasına rağmen salt Japon Medeni Kanunu göz önünde bulundurulduğunda, Japonya bir kıta Avrupası hukuk sistemi ülkesi olarak nitelendirilebilir. Nitekim JMK'da Alman Medeni Kanunu ile benzerlik taşıyan birçok hüküm bulunmaktadır. Örneğin hukuki işlem kavramı Alman Medeni Kanunundan gelmektedir. Bunun yanında JMK üzerinde Fransız hukukundan da bazı etkiler bulunmaktadır. Örneğin JMK'ya göre taşınmaz bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir ancak bu hak tescil edilmemiş olsa bile hukuki işlem Fransız hukukunda olduğu gibi geçerlidir³³. Diğer bir deyişle işlemin geçerliliği için değil; ancak işlemde doğan hakkın üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi için tescil gereklidir. Şu hâlde JMK'da hem Fransız Medeni Kanunu hem de Alman Medeni Kanunu kaynaklı hükümler vardır³⁴. Bununla birlikte Japonya'da yargıçlar ve doktrinin çoğu Almanların gelişmiş hukuk teorisinden ve hukuk felsefesinden etkilendiğinden, JMK hükümlerini belirgin şekilde Alman tarzıyla yorumlamışlardır³⁵.

Japon Medeni Kanunu beş kitaptan oluşur. Birinci kitap, medeni hukukun temel kurallarını ve kurumlarını gösteren genel hükümlerdir. İkinci kitap, eşya hukuku ve teminat haklarına ilişkindir. Üçüncü kitap borçlar hukukuna; dördüncüsü aile hukukuna ve beşinci ise miras hukukuna ilişkindir. Bu çalışmanın konusu ise, esasen üçüncü kitabın ikinci kısmında düzenlenen sözleşmelerdir. Bununla birlikte hukuki işlemlere ilişkin temel kurallar ile irade açıklamalarının çeşitli sebeplerle geçersizliği JMK'nın genel hükümlerinde düzenlenmiştir. Sözleşmeler de iki taraflı hukuki işlem niteliğini haiz

notları yayınlamıştır. Ardından bu raporlar bu hukuk fakültesi tarafından yayınlanan bir dergide yayınlanmıştır (Noda, s.227-228).

³³ Oda, s.116. Gerçekten de Japon hukukunda rızailik ilkesi taşınır satışında olduğu gibi taşınmaz satışında da geçerlidir. Ancak 30 Haziran 1976'da Tokyo Yüksek Mahkemesi (*Tokyo High Court*) yazılı yapılmayan taşınmaz satışlarında ortada bir sözleşme bulunmadığına karar vermiştir (Michida, Shinichirō (1992) "Contract Societies: Japan and The United States Contrasted", Taylor, Veronica L. (Çeviren), Pacific Rim Law, C: 1, Sa:1, s. 213).

³⁴ Oda, s.116; Basedow, (Çev. Kurtulan), s.886-887. JMK'yi hazırlayan çalışma grubu özellikle Alman Medeni Kanununun eski ve yeni taslaklarını incelemiştir. Bununla birlikte eski Japon Medeni Kanunu üzerindeki Fransız hukukundan gelen etki bir ölçüde bırakılmıştır. JMK hem Alman hukuku hem de Fransız hukukunun güçlü etkisi altında yasallaşmıştır. Şu hâlde Medeni kanunu bakımından Japonya'nın Roma-Cermen hukuk ailesine dâhil olduğu söylenebilir (Ishikawa, s.2).

³⁵ Wrbka, s.3-4; Uchida, s.707.

olduğundan, sözleşmelerde de JMK'nın genel hükümleri dikkate alınır. Dolayısıyla bu çalışma bakımından salt JMK'nın sözleşmelere ilişkin üçüncü kitabının ikinci kısmı değil; genel hükümleri düzenleyen birinci kitabı da önemlidir.

Japon sözleşme hukukunun temel ilkeleri genel olarak özel hukuktan doğan hakların kamu refahı gerekçesiyle sınırlandırılabilmesi ilkesi, dürüstlük kuralı, irade özerkliği esasına dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesi ve kusur sorumluluğu olarak belirlenebilir. Aşağıda bu ilkeleri sırayla inceleyelim.

1. Özel Hukuktan Doğan Hakların Kamu Refahı Gerekçesiyle Sınırlanabilmesi İlkesi

Japon Medeni Kanunu birinci maddesine göre “(1)Özel hukuktan doğan haklar kamu refahına uygun kullanılmalıdır. (2)Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. (3)Hakkın kötüye kullanılmasına izin verilmez³⁶”.

Japon hukukunda bu hükmün birinci fıkrasında düzenlenen özel hukuktan doğan hakların kamu refahı gerekçesiyle sınırlandırılabilmesi ilkesine oldukça seyrek bir şekilde başvurulmuştur. Doktrinde bu fikranın uygulanmasına ilişkin olarak şöyle bir örnek verilmektedir. Bir Japon vatandaşı arazisini ABD askeri güçlerinin kullanımı amacıyla kiralamış ve kira sözleşmesi sona erdiğinde arazisinin kendisine iadesini talep etmiştir. Temyiz mahkemesi arazinin sahibine dönmesindeki yarar ile devletin bu sebeple uğrayacağı zararı karşılaştırmış ve bu talebin JMK m. 1 birinci fıkraya aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁷.

2. Dürüstlük Kuralı

Japon hukukunda dürüstlük ilkesi başlangıçta JMK'da açıkça düzenlenmemekteydi. Bu ilke önce yargı kararlarıyla ve doktrin tarafından kabul edilmiştir. II. Dünya Savaşı sonrasında ise, JMK'nın birinci maddesinin ikinci

³⁶ Article 1: (1) Private rights must conform to the public welfare.

(2) The exercise of rights and performance of duties must be done in good faith.

(3) No abuse of rights is permitted.

³⁷ Japon Temyiz Mahkemesi'nin (Supreme Court) 09.03.1965 tarihli (Minshu 19-2-233) kararı için bkz. Oda, s.119 ve dn. 20'den naklen.

fikrasında açıkça düzenlenmiştir³⁸. Buna göre hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. Bu kurala dürüstlük kuralı denir ve sözleşmelerde de uygulanır.

Japon hukukundaki dürüstlük kuralına ilişkin bu düzenleme genel olarak Türk-İsviçre Medeni Kanununda genel bir kural olarak düzenlenen dürüstlük kuralına ilişkin 2. maddeye benzemektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu da dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına bir bütün olarak yer vermiştir. Hükme göre herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Oysa Alman Medeni Kanunu dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını parçalar hâlinde düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu durum hukuk doktrininde sıklıkla eleştirilmiş ve İsviçre hukukundaki yaklaşım isabetli bulunmuştur³⁹. Gerçekten de dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme Alman Medeni Kanununun genel hükümlerinde değil; § 242’de borcun yerine getirilmesine ilişkin olarak yer almaktadır. Buna göre “*Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür.*” Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise, § 226’da “*Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacını güdüyorsa yasaktır.*” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁰.

Japon hukukunda dürüstlük kuralı, sözleşmelerde alacaklı tarafa haklarını kullanırken, borçlu tarafa ise borcunu yerine getirirken sözleşmeye ve dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Hatta taraflar sözleşmeyi sona erdirirken dahi dürüstlük kuralına uygun davranmalıdırlar⁴¹. Esasen dürüstlük kuralının ne anlama geldiği JMK’da tanımlanmamıştır. Japon Temyiz Mahkemesi dürüstlük kuralına sadece borçların yerine getirilmesinde

³⁸ Oda, s.154; Waer, Paul (1987) “Frustration of Contracts in Japanese Law: The Doctrine of Changed Circumstances”, Law in Japan: An Annual, C: 20, s. 190.

³⁹ Barlas, Nami (1997) “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İHFM, C:LV, S:3, s. 193, 201, 205-206. Bu hususta ayrıca bkz. Akyol, Şener (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 4; Fransız hukukunda da, dürüstlük kuralına, Alman hukukunda olduğu gibi, Fransız Medeni Kanunu’nun çeşitli maddelerinde (m. 1134, 1135) değinilmiştir (Edis, s.291, dn. 6; Akyol, 5).

⁴⁰ Alman Medeni Kanununun bu iki paragrafının tercümesinde Barlas’ın makalesinden yararlanılmıştır (Bkz. Barlas, s.193,197).

⁴¹ Levy, Leah (2008) “International Law - Japanese Law and Breach of Contract: Good Reason Is a Subjective Standard Servo Kinetics, Inc. v. Tokyo Precision Instruments Co.”, 31 Suffolk Transnational Law Review, C:31, S:3, s.727.

ve hakların kullanılmasında değil; sözleşmelerin yorumunda da başvurmakta-
dır⁴². Japon sözleşme hukukunun temelinde, aşağıda detaylı bir şekilde açıklana-
cağı üzere, taraf iradeleri ve sözleşme özgürlüğü bulunur. Bununla birlikte,
içtihatlarda sözleşmelerin yorumunda dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kulla-
nılması ilkelerinden yararlanarak sözleşmelerdeki bazı şartların (örneğin söz-
leşmeyi tek taraflı sona erdirebilmeye olanak sağlayan hükümleri) geçersiz sa-
yıldığı görülmektedir⁴³.

Türk hukukunda da hukuki işlemler ve özellikle de sözleşmeler dürüst-
lük kuralının yaygın bir kullanım alanını oluşturmaktadır. Gerçekten de Türk
hukukunda sözleşme görüşmelerindeki dürüst davranma yükümlülüğünün tem-
ellendirilmesinde, sözleşmelerin kurulmasında, yorumlanmasında, tamam-
lanmasında ve yeni şartlara uydurulmasında, sözleşmeden doğan borçların belir-
lenmesinde, sözleşmelerde değişiklik yapılmasında veya sona erdirilmesinde
dürüstlük kuralı dikkate alınmakta ve önemle vurgulanmaktadır⁴⁴

Japonya’da da benzer şekilde, yargının kanunda yer almayan ilkeleri ve
teorileri dürüstlük kuralından hareketle temellendirdiği görülmektedir. Nitekim
Japonya’da yargıçlar hukuku mekanik olarak uygulamak yerine esnek çözümler
bulmaya yönelmişlerdir⁴⁵. Örneğin şirketler hukukunda tüzel kişilik perdesinin
aralanmasında, kira sözleşmelerinde kiracının korunmasında, iş hukukunda
haksız fesih teorisinin geliştirilmesinde ve hatta bazı olaylarda sözleşme müza-
kerelerindeki (culpa in contrahendo) sorumluluğun temellendirilmesinde de bu
ilkeden yararlanılmıştır. Örneğin Japon Temyiz Mahkemesi 1984’te bir davada
 tarafların sözleşmenin kurulması sürecinde dürüstlük kuralından kaynaklanan
yükümlülüklerini ihlâl etmesini sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu
 olayda bir dışçı bir binadaki bir yeri dış hekimi olarak işletmek üzere satın alma
 niyetinde olduğunu açıklamıştır. Bunun üzerine emlak komisyoncusu ona gü-
 venmiş ve binadaki bu kısmı dış muayenehanesine uygun şekilde tasarlamıştır.
 Ancak daha sonra dışçı binanın kendisinin faaliyetine uygun şekilde tasarlanan
 bu kısmını satın almaktan vazgeçmiştir. Bunun üzerine mahkeme bu dışçının
 sözleşmenin kurulması aşamasındaki dürüstlük kuralından kaynaklanan yüküm-

⁴² **Kuzuhara**, s.67-68.

⁴³ **Haley, John O.** (2008) “Rethinking Contract Practice and Law in Japan”, *Journal of East Asia and International Law*, C: 1, S: 1, s.62-63.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Edis**, s.308-323; **Akyol**, s.26-101; **Dural/Sarı**, s. 234-242, prg.1231-1249; **Oğuzman/Barlas**, s.278-301, prg.911-957; **Altaş**, s.276-284.

⁴⁵ **Uchida**, s.716.

lülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle, dışıyı binanın ilgili kısmının dış muayenehanesine uygun şekilde tasarlanmasından kaynaklanan masraflardan sorumlu tutulmuştur⁴⁶. Tüm bu hâller dışında Japon sözleşme hukukunda mahkemeler yine dürüstlük kuralına dayanarak özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması doktrinini temellendirmiştir. Ancak bu uygulamanın sözleşmelerde ahde vefa (*pacta sunt servanda*) kuralının bir istisnası olarak kalması gerektiği de önemle vurgulanmıştır⁴⁷.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de dürüstlük kuralı bulunmaktadır ve içtihatlar da bu ilkeye başvurulmaktadır⁴⁸ ancak hâkim görüşüne göre sözleşme tarafları bir anlaşmaya varmadan önce dürüstlük kuralının bir önemi bulunmaktadır. Bu yaklaşım esasen dürüstlük kuralının ticari işlemlerdeki güvenliği ve istikrarı bozacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim bir Amerikan mahkemesi, ticari işlemlerdeki güvenliğin ve istikrarın modern Amerikan ekonomisinin etkili ve sorunsuz şekilde işlemesi için zorunlu olduğunu belirtmektedir. Gerçekten de Amerikan sözleşme hukuku teorisi klasik ekonomik teorinin serbest piyasaya uygulanmasından ibarettir. Japon sözleşme hukukunun nihai hedefi ise, dürüstlük kuralıdır⁴⁹.

3. İrade Özerkliği Esasına Dayanan Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Japon sözleşme hukukuna ilişkin üçüncü temel ilke, hem Kıta Avrupası hukukunun hem de Anglo-Amerikan hukukunun temel yapıtaşı olan⁵⁰ “irade

⁴⁶ **Oda**, s.154. Bu ilkeye dayanılarak verilen kararlar için bkz. **Oda**, s.119-120.

⁴⁷ **Waer**, s.190, 211-212. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için şu dört şart gerekir. Sözleşmenin yapıldığı andaki şartların büyük ölçüde değişmiş olması, böyle bir değişikliğin öngörülememesi ve taraflara atfedilememesi ile sözleşme şartlarında gerçekleşen değişikliğin sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesini büyük ölçüde dürüstlük kuralına aykırı hâle getirmiş olmasıdır. Bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi ve çeşitli kararlar için bkz. **Waer**, s.191-203. Türk hukukunda da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması başlangıçta dürüstlük kuralına dayandırılmıştır. Ardından doktrinde ve içtihatlar da benimsenen bu şartlar dürüstlük kuralına da açıkça atıf yapılarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 138’de “Aşırı ifa güçlüğü” kenar başlığı altında tüm sürekli borç ilişkileri bakımından genel bir düzenlemeye kavuşturulmuştur (**Oğuzman/Barlas**, s. 301, prg. 958-960).

⁴⁸ **Nottage, Luke R.** (2013) “Tracing Trajectories in Contract Law Theory: Form in Anglo-New Zealand Law, Substance in Japan and the United States”, *Yonsei Law Journal*, C: 4, S: 2, Sydney Law School Research Paper No. 13/37, <https://ssrn.com/abstract=2270889>, s.e.t. 08.05.2019. s.67.

⁴⁹ **Yamaguchi**, s.360-361, 383-384. Anılan karar için bkz. **Yamaguchi**, s.384 dn. 225 (General Motors Co. v. Piskor, 381 A.2d. 16, 22 (Md. 1977)).

⁵⁰ **Levy**, s.727.

özerkliği esasına dayanan sözleşme özgürlüğü”dür. Esasen Japon Medeni Kanununda ne irade özerkliği ne de sözleşme özgürlüğü açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesinin Japon hukukundaki varlığı değil; anlamı tartışmalıdır. Doktrinde sözleşme özgürlüğü ilkesi kişilerin özel hukuk ilişkilerini kişisel iradelerine dayanarak serbestçe belirleyebileceği temeline (irade özerkliği esasına) dayandırılmaktadır. Şu hâlde “irade özerkliği”, kişinin serbest iradesiyle özel hukuk ilişkilerini düzenleyebilmesini ifade eder. Japon Medeni Kanununun bütününe hâkim olan bu düşünce, Batı’nın bağımsız ve özgür modern bireycilik anlayışına dayanır⁵¹. İrade özerkliği esas sözleşme özgürlüğü dışında vasiyet özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü gibi tek taraflı hukuki işlemlerin de kişinin serbest iradesine dayandığını ifade eden genel bir düşüncedir. Sözleşme özgürlüğü ise, bu ilkenin iki taraflı hukuki işlemlerde, diğer bir deyişle sözleşmelerdeki görünümüdür. Doktrinde çoğunluğa göre, Japon hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını, içeriğini ve şeklini serbestçe belirleme ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü şeklinde farklı görünümleri olan temel bir ilkedir⁵².

Türk borçlar hukukunun temelinde de, Japon hukukuna benzer şekilde, irade özerkliği esas ve buna dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesi bulunmaktadır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi de; yine Japon hukukundakine paralel şekilde, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü kapsamına alır⁵³.

Aşağıda Japon sözleşme hukukundaki sözleşme özgürlüğünün çeşitli görünümlerini sırayla inceleyelim.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hoshino, Eiichi** (1972) “The Contemporary Contract”, (translator: John O. Holey), Law in Japan: An Annual, C: 5, s.5-8. Japon hukuku Kıta Avrupası hukuk geleneğine dayanır. Kıta Avrupası hukuku sözleşmede tarafların iradesini üstün tutarak salt bağlanma iradesini arar (**Kuzuhara**, s.60-61).

⁵² **Oda**, s.152; **Hoshino**, s.5, 16; **Kuzuhara**, s.66. Japonya’da “sözleşme çağında” sözleşme özgürlüğünün işlevi hakkında bkz. **Uchida, Takashi/Taylor, Veronica** (2008) “Japan’s “Era of Contract”: Foote, Daniel (Editör), Law in Japan A Turning Point, Seattle, University of Washington Press, s.463.

⁵³ **Eren, Fikret** (2014) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.16-17. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (2008) Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 501-505, prg.40.

i. Sözleşmelerde Şekil Serbestisi

Sözleşme özgürlüğünün ilk görünümü, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ile sözleşmelerde şekil serbestisidir. Japon hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi, sözleşme öneri ve kabulün karşılıklı ve birbirine uygun olması hâlinde, dolayısıyla karşılıklı rıza ile kurulur⁵⁴. Buna sözleşmelerde rızailik ilkesi denir. Buna göre, kural olarak taraflar arasında sözlü yapılan sözleşmeler geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmelerde şekil serbestisi bulunmaktadır; sadece istisna olarak özel hükümlerle bazı sözleşmeler bakımından şekil zorunluluğu getirilmiştir⁵⁵. Örneğin kefalet sözleşmesi kanunda aranan özel şekline uygun yapılmadıkça geçerli olmaz. Bununla birlikte rızai sözleşmelerin sözlü olarak yapılması mümkün olmasına rağmen uygulamada Japonların genellikle sözleşmeleri yazılı olarak yapmayı tercih ettiği görülmektedir. Örneğin Japon hukukunda kural olarak taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik sözleşme geçerliliğini tarafların bu sözleşmeye ilişkin iradelerini açıklamalarından alır. Gerçekten de Japon Medeni Kanunu m. 176'ya göre aynı hakların kurulması ve devri için tarafların irade açıklamaları yeterlidir⁵⁶. Bununla birlikte uygulamada taşınmaz satışı gibi yüksek fiyatlı sözleşmelerde taraflar arasında ileride uyuşmazlık çıkmasını önlemek için sözleşmelerin yazılı yapılması, kanuna göre zorunlu olmasa da, neredeyse zorunludur. Nitekim Japon hukukunda önemli ölçüde yüksek fiyatlı bir satışta, yazılı sözleşme yapmak yerleşik bir uygulamadır. Japon hukukunda bir hususta yazılı sözleşme yapılması yönünde “yerleşik uygulama” varsa, JMK m. 92

⁵⁴ **Milhaupt/Ramseyer/West**, s.323; **Hoshino**, s.9-10; **Kuzuhara**, s.65; **Michida**, s.204.

⁵⁵ **Taylor**, s.361-362. Nitekim JMK'da düzenlenen satın, kira, iş sözleşmeleri, vekâlet, ortaklık, ömür boyu irat ve uzlaşmalar ile bağışlamalar kural olarak rızaidir. Buna karşılık tüketim ile kullanım ödünçü ve kefalet sözleşmelerinin geçerliliği için ödeme veya ifa aranır. Rehiner ve teminat akçesi sözleşmeleri de real sözleşmelerdir (**Taylor**, s.362; **Michida**, s.204). JMK'da rızai sözleşmeler kural, yazılı olanlar istisnadır. Nitekim Tokyo Bölge Mahkemesi Marubeni lida v. Aji-no-moto davasında, taraflar arasında salt sözlü bir anlaşmanın varlığının yazılı bir sözleşme bulunmadığı sürece bağlayıcı olmayacağı iddiasını kabul etmemiştir. Nitekim bu davada Aji-no-moto 5 milyon dolar karşılığında soya fasulyesi satın almak konusunda sözlü anlaşmıştır ancak fiyatlardaki ani düşüş sebebiyle sözleşmenin yazılı olmadığı gerekçesiyle aralarında sözleşme kurulmadığını iddia etmiştir. Bunun üzerine Takashimaya lida bu soya fasulyelerini bir başkasına satmış ancak \$1,850,000 zarar etmiştir. Bu zararını da Aji-no-moto'dan talep etmiştir. Mahkeme ise, taraflar arasındaki ticari ilişkide Japon hukukunda geçerli olan sözleşmelerde rızailik ilkesinden ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmadığını; nitekim bu şartlarda ticari örf ve âdetin yazılı sözleşmeyi gerekli kıldığını gösteren yeterli bir kanıt bulunmadığını belirtmiştir (**Taylor**, s.363; **Michida**, s.203).

⁵⁶ *Article 176: The creation and transfer of real rights shall take effect solely by the manifestations of relevant parties.*

gereği, taraf iradelerinin bu yerleşik uygulamayı takip etmek niyetinde olduğu varsayılmaktadır⁵⁷.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise, yazılı bir belge sözleşmenin kurulması bakımından çok önemlidir⁵⁸. Zira “*Statute of Frauds*⁵⁹” ve “*parol evidence rule*⁶⁰” bu hukuk sisteminde yazılı anlaşmanın önemini ortaya koymaktadır. Bu sebeple ticari hayatta Amerikalılar bir işletmeyle yazılı sözleşme yaptıktan sonra yakın ilişki içine girerken; Japonlar yabancılarla hemen yazılı sözleşme yapmaktan kaçınırlar. Nitekim Japonlara göre sözleşme yapmadan önce karşı tarafla aralarında bir güven ilişkisi kurulmalıdır. Hatta bu ilişki sözleşme boyunca ve sözleşmenin sona erdirilmesinde dahi devam etmelidir. Dolayısıyla Japonlar için yazılı bir sözleşme taraflar arasında güven ilişkisinin varlığını göstermektedir⁶¹. Japon sözleşme hukukunda *parol evidence rule* ve *Statute of Frauds* bulunmamaktadır⁶². Oysa Anglo-Amerikan hukukunda ticari işlemlerin

⁵⁷ Bkz. **Michida**, s.219-221.

⁵⁸ ABD’de günümüzde birçok dava sözlü sözleşmelere ilişkindir. Bu kararlarda, sözleşmenin yazılı olması gereği vurgulanmaktadır (Bkz. **Michida**, s.202).

⁵⁹ Anglo-Amerikan hukukunda bazı anlaşmaların yazılı bir sözleşmeye dönüştürülmedikçe bağlayıcı olmayacağını ifade eder. Bu kural tüm sözleşmeler bakımından geçerli değildir; ancak Amerikan hukukunun kıta Avrupası hukuk sistemlerinden ayrılan temel bir kuraldır (**Snyder, Franklin G./Burge Mark Edwin** (2017) *American Contract Law for a Global Age*, Cali aLangdell Press, <https://www.cali.org/books/american-contract-law-global-age>, s.e.t. 01.09.2019, s. 261). Bu anlaşmalar; evlenme (Restatement (Second) of Contracts § 124), sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde ifa edilemeyecek sözleşmeler (Restatement (Second) of Contracts § 130), taşınmaz satışına ilişkin sözleşmeler (Restatement (Second) of Contracts §§ 125-129), belli bir değeri aşan taşınır satımına ilişkin sözleşmeler (Uniform Commercial Code § 2-201) ve kefalet sözleşmeleridir (Restatement (Second) of Contracts §§ 112-123) (**Snyder/Burge**, s.261-262. Amerikan hukukunda “Statute of Frauds” ile ilgili bilgi için bkz. **Lorenzen, Ernest G.** (1923) “The Statute of Frauds and the Conflict of Laws”, *The Yale Law Journal*, C: 32, S: 4 s.311-338; **Palmer, George E.** (1967) “Reformation and the Statute of Frauds.” *Michigan Law Review*, C: 65, S:3, s. 421–440).

⁶⁰ Anglo-Amerikan sözleşme hukukunda, taraflar arasında uyumsuzluk hâlinde, sözleşme görüşmeleri sırasındaki sözlü anlaşmaların yazılı anlaşmadaki kurala üstün gelemeyeceğini ifade eder. Buna göre yazılı belge üstündür (**Snyder/Burge**, s.338). Ancak bu kuralın çok sıkı uygulanması, doktrinde eleştirilmiştir. Bunun üzerine sert uygulamadan vazgeçilmiştir (**Kuzuhara**, s.61-62). Amerikan hukukunda “parol evidence rule” ile ilgili bilgi için bkz. **Corbin, Arthur L.** (1944) “The Parol Evidence Rule”, *The Yale Law Journal*, C:53, S:4, s.603-663, **Corbin, Arthur L.** (1965) “The Interpretation of the Words and the Parol Evidence Rule”, *Cornell Law Quarterly*, C:50, s.161-190; **Palmer, G. E.** (1967) “Reformation and the Parol Evidence Rule. *Michigan Law Review*, C: 65 S:5, s.833-850.

⁶¹ **Kuzuhara**, s.59. Nitekim Amerikalılar Japonların sözleşmeye ilişkin bu yaklaşımını “boşa zaman harcama” olarak değerlendirirken; Japonlar Amerikalıların iş görüşmelerine ilişkin basit yaklaşımından rahatsız olurlar (**Kuzuhara**, s.58).

⁶² **Kuzuhara**, s.60.

güvenliği için sosyal değerlere önem verilerek hukuki işlem hayatında kesinlik ve güvenlik esas alınmış ve sözleşmeden doğan borcun temeli sözleşmenin şekline dayandırılmıştır. Bu ilkelere göre, Amerikan hukuk sisteminde taraflar sözlü şekilde borç altına giremezler. Bu sebeple doktrinde Anglo-Amerikan hukukunun şekle, usule ve hukuki güvenlik esasına dayandığı; kıta Avrupası hukuk sisteminin ise, ahlâki anlamda adalete önem veren, yükümlülükleri esas alan ahlâk temelli bir hukuk olduğu belirtilmektedir⁶³. Diğer taraftan uygulamada Amerikan hukukunda da *parol evidence rule* sıkı sıkıya uygulanmamakta ve bu kural bakımından hukukun liberalleştiği görülmektedir. Böylece esasen, iki hukuk sistemi arasındaki farklılık da azalmaktadır⁶⁴.

Japon hukukunda sözleşme kavramına ilişkin en tartışmalı hususlardan biri ise, sözleşmenin toplumsal hayattaki varlığını değerlendiren “sözleşmeye sosyal yaklaşımdır”. Bu yaklaşıma dayanan hukuk sosyolojisi akademisyeni olan *Takeyoshi Kawashima*, Japon toplumunda sözleşmelerin bağlayıcılığının Avrupa ve ABD’dekiler gibi sıkı olmadığını iddia etmiş ve Japon “hukuk bilincinin” kendine özgü olduğunu iddia etmiştir⁶⁵. Bu yaklaşıma *Takashi*

⁶³ **Kuzuhara**, s.61. Bununla birlikte **Haley**, Japonların ABD ile karşılaştırıldığında işlem güvenliği açısından daha avantajlı olduğunu belirtir. Nitekim Japonya’da Kıta Avrupası (Alman yaklaşımıyla) teorisine dayanan sözleşme hukuku kural ve ilkeleri ABD’de sözleşmelerin kurulmasına ve yerine getirilmesine ilişkin kurullarla kıyaslandığında daha elverişlidir. Japon sözleşme hukuku kuralları açıktır, erişilebilirdir ve daha geniş bir çevre tarafından bilinir (**Haley** (2008) s.53).

⁶⁴ **Kuzuhara**, s.86, 88.

⁶⁵ **Kawashima, Takeyoshi** (1974) “*The Legal Consciousness of Contract in Japan*”, 7 *Law in Japan*, için bkz. **Milhaupt/Ramseyer/West**, s.323-330. Ayrıca bkz. **Uchida/Taylor**, s.454-455; **Oda**, s.151. Gerçekten de *Takeyoshi Kawashima*, “Bir Japon bir sözleşme yaptığında, sözleşmeden doğan iyiniyet ve dostluk sözleşmenin kendisinden daha önemlidir.” demektedir. Bu ifade Japonya’da taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi sözleşmenin şekli kurallarından ziyade sosyal ilişkilerin belirlediğini gösterir. Bu husus, Batı hukuk sistemlerinden farklıdır. Çağdaş hukukçulardan *Takashi Uchida* da JMK’nın Japonya’daki hukuk bilincine uygun olmadığını ve bunun Japon hukuk nosyonlarına uygun hâle getirilmesi gerektiğini belirtir. Zira Japonya’da sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişki şekli anlaşmadan ziyade taraflar arasındaki sosyal ilişkinin bütününden kaynaklanan hakları ve borçları ifade eder. Şekli sözleşme, Japon toplumuna uygun düşmeyen Batı hukukundan gelmektedir. Nitekim Japonya ile ilişkili çalışan Amerikalı hukukçular Japon kültüründen kaynaklanan bu farklı hukuk bilincinin müşterilerine tavsiyede bulunmalarını zorlaştırdığını ifade etmektedirler (Bkz. **Dernauer**, *Japanese Contract Law from a European Perspective*, <https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20131128.html>, s.e.t. 08.05.2019.). *Kawashima*, JMK ile Japon sözleşme hukuku arasında kültürden kaynaklanan şu farklılıklara işaret eder: a. JMK şekilsizliği esas olsa da; Japonlar arasında şekli koşullar tamamlanmadan sadece sözlü olarak yapılan anlaşmalar bağlayıcı değildir. b. JMK ya tarafların hak ve borçlarını tam olarak belirleyen bir sözleşmenin kurulduğunu ya da icra edilemeyecek geçersiz bir sözleşmenin bulunduğunu kabul eder. Oysa pratikte Japonlar sözleşmenin kısmen yükümlülük verebileceğini kabul

Uchida tarafından ise, karşı çıkmıştır. Ona göre 1990'larda ve 2000'li yılların başında Japon sözleşmeleri değişmiş ve piyasalara devlet müdahalesinin azaltılmasına yönelik (deregülasyon) politikanın bir sonucu olarak Japonya'da da sözleşme çağı başlamış ve günümüzde Japon toplumunda da sözleşme kavramında büyük ölçüde bir konsensüs oluşmuştur⁶⁶. Gerçekten de modern Japon yaşamında sıradan insanlar bile iş sözleşmesi, ödünç sözleşmesi ve kira sözleşmesi gibi sözleşmelerini dahi çıktısı alınmış matbu sözleşmeleri kullanarak yazılı şekilde yapmayı tercih etmektedir⁶⁷. Ayrıca Japonya'da

ederler. c. JMK yazılı bir sözleşmede tam ve detaylı bir şekilde bulunması gerekenleri gösterir. Ancak uygulamada Japonlar kanuna göre tüm şartları bulunan bir taahhüdün varlığını aramazlar. d. JMK bir uyumsuzlukta yargıya başvurmayı tavsiye etmekteyse de, Japonlar uygulamada çekişmeli hususlarda arabuluculuğu ve uzlaşmayı tercih ederler. e. JMK her bir sözleşmenin birbirinden bağımsız olması üzerine kuruluyken, uygulamada Japonlar taraflar arasındaki hukuki işlemlerin devam eden bütünsel ilişkinin tamamlayıcı bir parçası olduğunu ve önemli olanın bu devam eden bütünsel ilişki olduğu görüşündedirler (Bkz. **Wagatsuma, Hiroshi/Rosett, Arthur** (1983) "Cultural Attitudes towards Contract Law: Japan and the United States Compared", *UCLA Pacific Basin Law Journal*, C: 2, Sa: 1-2, <http://escholarship.org/uc/item/22r937jk>, s.e.t. 08.05.2019, s.76-77). Gerçekten de *Kawashima*'ya göre, şekli sözleşmelerden kaçınmak taraflar arasında devam eden iş ilişkisindeki pazarlık şansını elde tutmayı sağlar. Nitekim taraflar arasında yazılı sözleşme yapılmaması, tarafların sözlü taahhütlerini yerine getirmekten kaçınmaya yönelik arzularından kaynaklanır. Aslında bu tespitinde haklıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında başlangıçta, yazılı bir sözleşmeyi derhal yapmamak ileride pazarlık gücü elde edilebilmesi ihtimali göz önünde bulundurulduğunda hem avantajlı olan hem de dezavantajlı taraf için daha lehedir. Belki de Japonların sözleşme hukukundaki avantajı taraflar arasında derhal şekli bir sözleşme yapılmamasından kaynaklanmaktadır (**Haley**, (2008) s.68-69). Yine *Kawashima*'yı destekleyen *Hoshino* ise, 1970'lerde yazdığı makalesinde, sözlü yapılan bir sözleşmeye uyma zorunluluğunun bulunduğu (sözleşmelerin bağlayıcılığı) düşüncesinin Japon hukukunda hâlen zayıf olduğunu iddia eder. Nitekim verilen sözü tutmamanın Tanrı'nın emirlerine aykırı olduğu düşüncesi ile ve sözleşmelerin bağlayıcılığının irade özerkliğine dayandırılmasının Japon toplumunda kökleşmemiştir. Bunlar Batıdan gelen düşüncelerdir (**Hoshino**, s.42, 45-46).

⁶⁶ 1994 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunu Japonya'da sözleşme çağının başlangıcı olarak kabul edilebilir. Nitekim bu kanun sonrasında üreticilerin satım sözleşmesi sırasında tüketicilere ürünlerin tehlikeli yönleri hakkında geniş bir bilgilendirme yoluna gittiği ve Japonya'da da detaylı sözleşmeler yapılmaya başlandığı görülmektedir (**Uchida/Taylor**, s.457-458). Esasen 1990'larda *Takashi Uchida*, Japon ve Amerikan sözleşme pratiği arasındaki benzerliklerin ve muhtemel farklılıkların belirlenmesine yönelik ampirik araştırmalar yapan bir proje yapmış ve *Kawashima*'nın çalışmalarının temel öncüllerini ve önermelerini sorgulamıştır. Bu projenin sonuçlarına göre, *Kawashima*'nın yaklaşımı çok izlenimcidir. *Kawashima*, teorisini dayandırdığı "Japon hukuk bilinci"ne (*hōishiki*) yönelik görüşlerini destekleyen deneye dayalı (ampirik) kanıtlar sunamamıştır. Sadece kendi kişisel tecrübelerine ve öykülerine dayanmıştır. Çalışmalarında ticari ilişkilere ve özel sözleşmelere değinmemiştir. (Bkz. **Haley**, (2008) s.48-50). Ayrıca *Kawashima*'ya katılmayan ve Japon hukukunda sözleşme bilinci olduğu yönünde görüş belirten görüş için bkz. **Michida**, s.200.

⁶⁷ **Uchida/Taylor**, s.455-456; **Oda**, s.150-151. Rızai sözleşmelerin yazılı olması gerekmez. Uygulamada ise, bunlarda da önceden hazırlanmış matbu metinlerin kullanıldığı görülmektedir. Buna yeni şekilcilik denir (Bkz. **Michida**, s.209).

şirketler arasındaki sözleşmelerin de kendine özgü özellikleri bulunmaktadır. Genellikle bu sözleşmeler bir yıl gibi kısa süreler için yapılmakta ve sonraki yıllarda taraflar sözleşmenin yenilenmesini önlemeye ilişkin bir beyanda bulunmadıkça her yıl kendiliğinden yenilenmektedirler. Ayrıca şirketler arasındaki bu kısa sözleşmelerde tarafların tüm hakları ve yükümlülükleri düzenlenmez. Bu sebeple taraflar arasında bir uyumsuzluk çıktığında, tarafların hakları ve yükümlülükleri karşılıklı anlaşmayla belirlenir⁶⁸. Nitekim Japonya’da sözleşme tarafları, Amerikan hukukunda olduğu gibi, çatışan değil, işbirliği ilişkisi içinde bulunan kişiler olarak görülmekte ve tarafların karşılıklı güven ilişkisi içinde ve ortak bir amaca sahip oldukları kabul edilmektedir. Esasen *Kawashima*’nın iddiaları aksine, Japonya’da sözleşme kavramı üzerine son yıllarda yapılmış araştırmalar Japonların yazılı bir sözleşme yapmasalar bile sözleşmelerine içtenlikle uyduklarını göstermektedir⁶⁹. Bu durum Japon sözleşme hukukunda da ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin önemini göstermektedir⁷⁰. Diğer taraftan bazen sözleşmenin içinde yapıldığı şartlarda önemli bir değişiklik gerçekleşirse, ahde vefa ilkesine rağmen borçlu olanın borcunu yerine getirmeye zorlanması adil sonuçlar vermeyebilir. Örneğin Japonya’da ikinci dünya savaşı sonrasında yüksek bir enflasyon gerçekleşmiştir. Temyiz Mahkemesi ise böyle hâllerde sözleşmenin yapıldığı şartlarda önemli

⁶⁸ Oda, s.151; Wagatsuma/Rosett, s.84. Ayrıca benzer yönde bkz. Hoshino, s.41; Kuzuhara, s.67. Nitekim Japonlar sözleşmedeki sorunların bazen sözleşmedeki sözcüklerin anlamı dikkate alınmaksızın dostça güven ve işbirliği içinde çözülmesi gerektiğine inanmaktadırlar. Japon sözleşmeleri oldukça kısadır. Çoğunlukla tarafların hak ve yükümlülükleri tek sayfada gösterilmekte ve bir sorun olduğunda sorunun taraflarca dürüstlük kuralları çerçevesinde müzakere edileceği belirtilmektedir. Çünkü Japonlar sözleşmede salt bir tarafın hakkına odaklanılmasını iş ilişkisinin ruhundaki güven ortamının kurulmasını engelleyeceğine inanırlar. Japonlar, taraflar arasında iyi bir iş ilişkisi kurabilmesi için, tarafların bireysel haklarından fedakârlık edebileceği inancındadırlar (Hahn, s.520). Bu sebeple Japonlarla iş yapmak isteyen bir kişi, bir sorun yaşadığında çözüm için derhal dava yoluna başvurmak yerine, sorunu samimiyet ve güven ilişkisi içinde çözmeye çalışmalıdır (Hahn, s.521).

⁶⁹ Oda, s.152.

⁷⁰ Japon hukukunda da sözleşmelerde ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi vardır. Buna göre herkes yapmış olduğu sözleşmenin gereğini yerine getirmelidir (Hoshino, s.14). Nitekim sözleşme uygun davranmak, insanın sosyal ahlakının temel taşıdır (Michida, s.207). Bununla birlikte *Kawashima*’yı destekleyen *Hoshino*’ya göre, liberal ekonomik hayatın temeli olan ve Batı hukukunda köklerini bulan “sözleşme özgürlüğü” ilkesi ile “irade özerkliği”, esasen güçlünün zayıfa sözleşme şartlarını kabul ettirdiği bir sistemin hukuk düzenince koruma altına alınması niteliğindedir. Diğer taraftan Japon yargısı, bu tür sözleşmelerin adil olmayan sonuçlarını bertaraf etmekte oldukça başarılıdır (Hoshino, s.46).

bir değişikliğin gerçekleştiğini göz önünde bulundurarak satıcının sözleşmeyi iptal edebileceğini kabul etmiştir⁷¹.

ii. Sözleşmelerin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin ikinci görünümü, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür. Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü, Japon hukukunda JMK m. 91'den hareket edilerek temellendirilmektedir. Bu hükme göre “Eğer bir hukuki işlemde iradesini açıklayan tarafın iradesi kamu düzenine ilişkin olmayan bir kanun hükmünün ya da düzenleyici işlemin yerini almaya yönelmişse, taraf iradesi üstün tutulmalıdır⁷². Bu hükümde geçen “*kamu düzeniyle ilişkili olmayan bir kanun hükmü ya da düzenleyici işlem*” ifadesiyle sözleşme taraflarının kendi iradeleriyle üzerinde değişiklik yapılmasına izin verilen yedek hukuk kuralları (*default rules*) kastedilmektedir. Şu hâlde Japon hukukunda sözleşme tarafları serbest iradeleriyle emredici olmayan hükümleri değiştirebilmektedirler. JMK'nın sözleşme hukukuna ilişkin hükümleri ise çoğunlukla emredici değildir. Böylece taraflar kendi sözleşmelerinde kanunda emredici nitelikte olmayan bu hükümler yerine farklı düzenlemeler getirebilirler⁷³.

Japon Medeni Kanunu m. 90 da, tarafların sözleşmelerin içeriğini belirleme özgürlüğüne bir sınır getirmektedir. Hükme göre “Kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı amaç taşıyan hukuki işlemler geçersizdir⁷⁴. Bu hükümde geçen kamu düzeni ifadesiyle “*umumun genel menfaati*” ifade edilmekteyken; genel ahlâk ile “*umumun ortak ahlâk anlayışı*” kastedilmektedir⁷⁵. Genel ahlâk, hâkim görüş tarafından, genellikle kamu düzeninin bir parçası olarak da ele alınmaktadır. Nitekim JMK'nın bazı İngilizce tercümelerinde⁷⁶ 90. madde şöyle çevrilmiştir: “Kamu düzenine aykırı bir amaçla yapılan hukuki işlem

⁷¹ Oda, s.154.

⁷² Article 91: *If any party to a juristic act manifests any intention which is inconsistent with a provision in any laws and regulations not related to public policy, such intention shall prevail.*

⁷³ Taylor, s.362; Hoshino, s.16.

⁷⁴ Article 90: *A juristic act with any purpose which is against public order and good morals are null and void.*

⁷⁵ Bu iki kavramın doktrinadaki tanımları için bkz. Ishida, Kikuo (1958) “On Article 90 of The Civil Code of Japan”, Osaka University Law Review, C:6, s.17-19.

⁷⁶ Bu tercüme için bkz. <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>.

geçersizdir⁷⁷. Hâkimin bu hükümden kaynaklanan geniş bir takdir yetkisi vardır. Nitekim Japonya’da mahkemelerin adil ve hakkaniyete uygun kararlar verebilmek için bu hükme de sıklıkla dayandıkları tespit edilmektedir. Örneğin, işçinin iş sözleşmesinden istifa etme özgürlüğünü ortadan kaldıran bir iş sözleşmesi hükmü, JMK m. 90’a aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılmıştır⁷⁸. Ayrıca JMK m. 91’den de emredici hükümlere aykırı olan hukuki işlemlerin geçersiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu hükümlerdeki kamu düzeni ve genel ahlâk dar yorumlanmaktadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere JMK’nın çoğu hükmü emredici değildir⁷⁹.

Bunun yanında Japon hukuk sisteminde de, diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, sözleşmenin zayıf tarafını (kiracı, işçi ve tüketiciler gibi) korumaya yönelik, sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünü sınırlandıran hükümler bulunmaktadır. Örneğin 90 sayılı ve 1991 tarihli Arazi ve Konutların Kiralanması Hakkında Kanun (*Law on Lease of Land and Houses*) ve İş Kanunu (*Labor Law*)’nda tarafların sözleşmelerin içeriğini belirleme hakkı sınırlandırılmıştır. Ayrıca Japonya’da da tüketicilerin standart sözleşme tiplerine (genel işlem koşullarına) karşı korunması gerektiği kabul edilmiştir. 159 sayılı 1961 tarihli Taksitli Satışlara İlişkin Kanun (*Law on Installment Sales*), 57 sayılı ve 1976 tarihli Kapıdan Satışlara İlişkin Kanun (*Law on Door to Door Sales*) ve 32 sayılı 1983 tarihli Kredi ve Ticari Kredilere İlişkin Düzenlemeler Hakkında Kanun (*Law on the Regulation of Credit and Loan Business*) tüketicileri korumayı amaçlamaktadır. Bu gibi kanunlar sözleşmelerin içeriğini belirlediğinden, sözleşme özgürlüğü ilkesinin ikinci görünümünü sınırlandırmaktadır. Japonya’da 1994 yılında 85 sayılı Ürün Sorumluluğu Kanunu (*The Product Liability Law*) ve 2000 yılında ise, tüketici hukuku alanındaki modern gelişmelere uygun şekilde 61 sayılı Tüketici Sözleşmesi Kanunu (*Consumer Contract Law*) da yasalaşmıştır. Bu kanunda tüketici sözleşmelerinin karşı tarafının sorumluluğunu sınırlandıran yahut haksız yere karşı tarafı sorumluluktan kurtaran bir hüküm varsa, bu tür tüketici sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu Kanun ile tüketici

⁷⁷ *A juristic act with any purpose which is against public policy is void.*

⁷⁸ **Oda**, 127. Bu ilkeye dayanılarak verilen çeşitli karar örnekleri için bkz. **Oda**, s.128-129; **Ishida** ise, genel ahlâkın kamu düzeninin bir parçası olduğu düşüncesini reddeder. Ona göre kamu düzeni “özel hukukun emredici düzenlemelerini”, genel ahlâk “toplumda var alan genel ahlâk” ifade eder. JMK 91. madde ise, özel hukukun emredici düzenlemelerine ve genel ahlâka aykırı olan hukuki işlemlerin geçersiz olduğu sonucuna götürür (**Ishida**, s.19-21).

⁷⁹ **Hoshino**, s.20.

sözleşmelerindeki haksız şartlara ilişkin AB düzenlemelerinin aksine, serbest piyasa sisteminin işlevselliğini sağlamak için tüketiciler korunmaktadır⁸⁰.

iii. Sözleşmelerin Sona Erdirilmesi Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin üçüncü görünümü, sözleşmenin sözleşmede gösterilen sebeplere dayanılarak veya sözleşmenin yenilenmesi önlenerek sona erdirilmesi özgürlüğüdür. Yukarıda belirlendiği üzere, Japonya'da şirketler arasındaki sözleşmeler bir yıl için kurulmakta ve sözleşme taraflardan biri itiraz etmediği sürece ertesi yıl için kendiliğinden yenilenmektedir. Sözleşme defalarca yenilendiğinde, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi oluşmakta ve taraflardan biri sözleşme özgürlüğünün üçüncü görünümüne dayanarak aralarında süregelen (sürekli borç ilişkisi niteliğindeki) bu ilişkiyi sona erdirmek isterse, yargı kararlarına göre tarafların bu sözleşmeyi sona erdirebilmesi için geçerli bir sebebi bulunmalıdır. Bu kararlar taraflar arasındaki karşılıklı güven ilişkisine dayandırılmaktadır. Zira taraflar kendi aralarında süregelen ilişkinin devam edeceğine güvenerek birçok yatırım yapmaktadırlar. Örneğin bir davada dağıtıcılık sözleşmesinin taraflarından mal veren taraf (tedarikçi), ticari kâr oranındaki uyuşmazlık yüzünden taraflar arasındaki süregelen sözleşmeyi sona erdirmek istemiştir. Mahkeme somut olayda dağıtıcının sözleşmenin devam edeceğine güvenerek bazı yatırımlar yapmış olmasına dayanarak, tedarikçinin dağıtıcının bir yıllık kârına denk gelen tazminatı ödemedikçe taraflar arasındaki bu sözleşmeyi sona erdiremeyeceğine hükmetmiştir. Bu karar aynı zamanda ticaret hayatında geçerli olan dürüstlük kuralıyla da temellendirilmiştir⁸¹. Diğer taraftan son zamanlarda doktrinde bazı

⁸⁰ Oda, s.152-153, 161-162. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uchida/Taylor, s.458-459; 459-463. Diğer taraftan doktrinde bir görüşe göre, Japonya'da Ürün Sorumluluğu Kanunu, Arazilerin ve Konutların Kiralanması Hakkında Kanun ile İş Kanunu sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla kabul edilmemiştir. Sadece sözleşme teorisinin Japonya'da işlevsel hale geldiğini gösterir (Uchida/Taylor, s.467-468).

⁸¹ Oda, s.155-156. Benzeri bir başka (Servo Kinetics, Inc. v. Tokyo Precision Instruments Co. Davasında) olayda da, Amerikan Temyiz Mahkemesi 6. Dairesi, Japon hukukuna göre sözleşmeyi sona erdirebilmek için geçerli sebebin ne olduğunu tartışmaktadır. Nitekim sözleşmedeki kanunlar ihtilafı kuralına gereği sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanan taleplere Japon hukuku uygulanmalıdır. Japon hukukunda JMK m.1 gereği ticari ilişkilere de "dürüstlük kuralı" uygulanmalıdır. Japon yargısı, istikrarlı şekilde bir ticari ilişkinin uygun ihtar ve geçerli sebep olmaksızın tek taraflı sona erdirilmesinin karşı tarafın uğradığı zararın tazminine sebep olacağını kabul etmektedir. Özellikle yargı kararlarında belirli süre için yapılan dağıtıcılık sözleşmelerinde dağıtıcı daha fazla korunmaya değer olduğundan, bu tür sözleşmelerin sözleşmede öngörülen süreden önce sona erdirilebilmesi için ticari bir geçerli sebebin var olduğunu daha seyrek kabul etmiştir. Ticari geçerli sebepler; sözleşmenin ciddi ihlâlini, güven ilişkisinin sona ermesini, diğer tarafın güvenilirliği hususunda endişeyi ve değişen şartları

akademisyenler şirketler arasındaki sürekli borç ilişkilerinin salt ticari sebeplerle de sona erdirebileceğini, ancak bunun bazı özel durumlarla sınırlandırılması gerektiğini iddia etmektedir. Gerekçeleri ise, serbest piyasaya devlet müdahalesinin azaltılması (deregülasyon) yönündeki politikalar ve öz sorumluluk (self-responsibility) ilkeleridir. Ancak bu görüş henüz mahkemeler tarafından kabul görmemiştir⁸².

4. Kusur Sorumluluğu İlkesi

Japon sözleşme hukukunun dördüncü temel ilkesi “kusur sorumluluğu”dur. Japon hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi, sözleşmeden doğan borçlarının yerine getirilmemesine ilişkin farklı durumlar gerçekleşebilir. Bunlar borçlu temerrüdü, borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) ve borcun yerine getirilmesinin imkânsızlaşmasıdır. Tüm bu hâllerde alacaklı tarafından borcun yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için, borçlu kusurlu olmalıdır.

“Borçlu temerrüdü” JMK’nın 412. maddesinde düzenlenir. Bu hükme göre, belirli vadeli bir borç, vadesinde yerine getirilmezse veya ifası için belirli vade öngörülmemiş olan bir borç, alacaklı tarafından borcun yerine getirilmesi talebi üzerine borçlunun makul bir sebebi yokken yerine getirilmezse borçlu temerrüde düşer⁸³. Borçludan borçlu temerrüdü sebebiyle gerçekleşen zararın talep edilebilmesi için ise, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Bu yüzden Japon sözleşme hukukunda borçlu temerrüdünden doğan sorumluluk “kusurlu sorumluluk” olarak değerlendirilir⁸⁴.

kapsamına alır. Ancak dağıtıcılık sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin bu türden geçerli sebeplerden biri mevcut olduğunda ve ihtarda verilmesi gereken süre dolduğunda tek taraflı beyanla (fesihle) sözleşme geçersiz kılınabilir. Geçerli sebep ise, tamamen somut olayın koşullarına göre belirlenir. Somut olayda, 6. Daire, fesheden tarafın mevcut saikini incelemiştir. Bu ise, subjektif bir araştırmadır. Mahkeme somut olayda feshin faydacı bir sebeple sona erdirildiğini belirlemiştir. Ayrıca somut olayda fesih için geçerli sebep bulunmadığından, geçerli ihtarın olup olmadığını incelemenin gereksiz olduğunu; zira feshin geçerli sebeple yapılmamasının aynı zamanda ihtarın sözleşme ihlâli oluşturduğunu gösterdiğini kabul etmiştir (Levy, s.730-735).

⁸² Bilgi için bkz. Oda, s.158.

⁸³ “If any specified due date is assigned to the performance of an obligation, the obligor shall be responsible for the delay on and after the time of the arrival of such time limit.”

⁸⁴ Oda, s.136-137.

“Borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa)” borçlu tarafından borcun borca uygun olmayan bir şekilde ifa edilmesidir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin kural JMK’nın 415. maddesinin birinci cümlesinde düzenlenmektedir. Buna göre, borçlu borcunu borcun amacına uygun bir şekilde ifa etmezse, alacaklı böyle bir uygunsuzluktan doğan zararının tazminini isteyebilir⁸⁵. Esasen JMK’da borçlunun borcu gereği gibi ifa etmemesi hâlinde alacaklının bundan doğan zararını karşılaması için borçlunun kusurlu olması gereği açıkça öngörülmemiştir. Bununla birlikte içtihatlarda genel olarak sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta “kusur” arandığından ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi de sözleşmeye aykırılığın bir türü olduğundan borçlunun kusurunun aranması gereği vurgulanmaktadır⁸⁶.

“Borcun ifasının imkânsızlığı”, borcun konusu olan şeyin yerine getirilmesinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortadan kalkmasıdır. Örneğin, taraflar bir evin satışı hususunda satım sözleşmesi yaparlar; ancak evin tesliminden önce bu ev bir depremde yıkılırsa yahut yangında yanarsa bu durum söz konusu olur. Yine bir taşınmaz mal kiracısının kirayı üçüncü kişiye devrettiği (sözleşme devri) ancak devir için kiralayandan alması gereken rızayı alamadığı durumda da borcun ifasının imkânsızlığı söz konusudur⁸⁷. Borçlu, sadece borcun ifasının imkânsızlığından doğan zarardan borçlunun bir kusuru varsa sorumlu tutulabilir. Bu sonuca JMK’nın 415. maddesinin ikinci cümlesinden hareketle varılmaktadır⁸⁸. Hükme göre “Aynı durum borcun borçluya atfedilebilir bir kusurdan kaynaklanan sebeple imkânsızlaşması durumunda da aynıdır⁸⁹”.

IV. JAPON MEDENİ KANUNUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER

Japon sözleşme hukukuna ilişkin yeni tarihli bir çalışmada 1898 tarihli JMK’da yakın tarihte bir sözleşme hukuku reformu yapıldığına da kısaca

⁸⁵ “If an obligor fails to perform consistent with the purpose of its obligation, the obligee shall be entitled to demand damages arising from such failure.”

⁸⁶ Temyiz Mahkemesinin 22 Kasım 1922 tarihli (Minroku 27-1978) kararı (Oda, s.138, dn.5’ten naklen).

⁸⁷ Temyiz Mahkemesinin 17 Eylül 1959 tarihli (Minshu 13-11-1412) kararı (Oda, s. 137, dn. 2’den naklen).

⁸⁸ Haley, (2008) s.57.

⁸⁹ “The same shall apply in cases it has become impossible to perform due to reasons attributable to the obligor.”

değnilmelidir⁹⁰. JMK'nın borçlar hukukuna ilişkin kısmında bundan önce köklü bir değişiklik yapılmamıştır⁹¹. Ancak Japonya'daki ekonomik hayat çok hızlı değişmektedir. Küreselleşmenin ve enformasyon teknolojisi ile ulaşım sektöründeki gelişmeler sonucunda JMK'nın borçlar hukuku kısmında kapsamlı bir reform ihtiyacı doğmuştur. Bunun üzerine 28 Ekim 2009'da Japonya Adalet Bakanlığı Adalet Bakanlığının Yasama Konseyine Medeni Kanun'da revizyon yapılması amacıyla başvurmuş⁹² ve bunun üzerine "Medeni Kanunun Borçlar Hukuku Kısmı Hakkında Çalışma Grubu"⁹³ oluşturulmuştur⁹⁴. Adalet Bakanlığı'nın başvuru raporunda sözleşme hukuku alanındaki bu reformun temel gerekçelerinden biri olarak JMK'nın yürürlüğünden sonra yargı kararlarında meydana gelen gelişmelerin kanuna aktarılması gösterilmiştir. Buna "tekrardan kodifikasyon" (*recodification*) denilmektedir. Böylece kanun ve uygulama arasında oluşan farklılık ortadan kaldırılarak herkes için şeffaflık sağlanacağı vurgulanmıştır⁹⁵. Bu reformu destekleyen doktrin ise, "*vatandaşlar*

⁹⁰ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Şahin, Köksal** (2018) "Japon Borçlar Hukuku Reformu 2017 (I. Bölüm)", <http://japohukuku.com/?p=231>, s.e.t. 10.05.2019.

⁹¹ **Uchida**, 705. Diğer taraftan, JMK'nın üçüncü kitabında çok köklü bir değişiklik yapılmasa da, bu süreçte sözleşme ve haksız fiil alanında özel kanunlarla birçok yenilik yapılmış ve JMK'daki hükümler genel ilkeler olarak kalmıştır. Dolayısıyla esasen JMK'nın üçüncü kitabı şeklen değişmeden kalsa da; özel kanunlarla önemini büyük ölçüde yitirmiştir (**Ishikawa**, s.5).

⁹² http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00003.html, s.e.t. 10.05.2019. Doktrinde Japonya Adalet Bakanlığı'nın bu revizyonu sadece borçlar hukukuyla sınırlandırması eleştirilmiştir (**Wrbka**, s.12).

⁹³ Bu grup, kırk üyeden oluşmuştur. On sekiz akademisyen, Japonya Barolar Birliğinden gelen dört avukat, dört hâkim, üç endüstri temsilcisi, Japon Ticari Birliği Konfederasyonu'ndan gelen bir temsilci, tüketici birliğinden gelen bir temsilci, bir de Yasama Bürosundan (*Cabinet Legislation Bureau*) gelen kişi ile 5 tane Adalet Bakanlığı görevlisi ve diğer bakanlıklardan katılan çeşitli kişilerden oluşmuştur. Kural olarak kararlar "çoğunlukla" alınmıştır. Ancak komisyonun amacı oybirliğinin sağlanması yönünde olmuştur (**Uchida**, s.708).

⁹⁴ http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html, s.e.t. 22.11.2018. Ayrıca bkz. Akira **Kamo**, Akira (2010) "Crystallization, Unification, or Differentiation - The Japanese Civil Code (Law of Obligations) Reform Commission and Basic Reform Policy (Draft Proposals)", *Columbia Journal of Asian Law*, C:24, S:1, s. 173; **Kozuka**, **Souichirou** /**Nottage**, **Luke R.** (2013) "Policy and Politics in Contract Law Reform in Japan", *Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 13/86*, <http://ssrn.com/abstract=2360343>, s.e.t. 08.05.2019, s.2; **Wrbka**, s.1; **Ishikawa**, s.9-10. Adalet bakanlığı başvurusu öncesinde de JMK'da reforma yönelik birçok çalışma yapılmıştır. Reforma yönelik çalışma grubu borçlar hukuku içinde daha ziyade sözleşme hukukuna odaklanmış ve kısmen de JMK'nın birinci kitabında değişiklikler hazırlamıştır. Zira Japon sözleşme hukuku hükümleri hem herkes tarafından anlaşılabilir hâle hem de kanunun yürürlüğünden sonra değişen sosyal ve ekonomik şartlara uygun hâle getirilmeliydi (**Kamo**, s.173-174).

⁹⁵ **Kamo**, s.178; **Ishikawa**, s.6,10; **Uchida**, s.708. Zira JMK'ya ilişkin içtihatlarla oluşturulan hukuku, kanuna dâhil edilmemesi hukukun şeffaflığı önünde bir engeldir (**Wrbka**, s.11).

için bir Medeni Kanun” yaklaşımıyla hukuk kurallarının olabildiğince yalın bir dille tekrardan kodifiye edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁶. Burada “vatandaş” modern toplumdaki “tüketiciye” karşılık gelmekte ve bu sebeple JMK’nın tüketici yanlısı hükümleri içine dâhil etmesi gerektiği belirtilmiştir⁹⁷. Bu reforma ilişkin olarak JGK’de köklü bir değişikliği tavsiye eden akademisyenler de teşvik edici güç oluşturmuştur⁹⁸. Ayrıca Avrupa ülkelerindeki hukuk reformları⁹⁹, uluslararası anlaşmalar¹⁰⁰ ve model kanunlar da Japon sözleşme hukukunu reforma yönlendirmiştir¹⁰¹.

⁹⁶ Uchida, s.715.

⁹⁷ Tüketici Sözleşmesi Kanunundaki tüketici sözleşmelerine ilişkin kurallar, Medeni Kanun’da gerekli değişiklikler yapılarak bütünleştirilebilir. Tüketici sözleşmelerine ilişkin kuralların JMK dışında bulunması, JMK’nın ciddi biçimde uygulama dışı kalmasına sebep olmuştur ve JMK’ya “tüketici” ile ilgili kurallar önceden dâhil edilememiştir ancak yeni reform ile bunun yapılması gerekir (Ishikawa, s.8; Kamo, s.179; Uchida, s.715).

⁹⁸ Nitekim 1990’larda Japon akademisyenler JMK’da değişiklik yapılmasını amaçlayan çalışma grupları oluşturmuşlar ve 1998’de özel hukuk akademisyenleri bir sempozyumda medeni kanun reformunun gerekçelerini ortaya koymuşlardır. Ayrıca 2006 yılının Ekim ayında da bir başka çalışma grubu “Japon Özel Hukukçular Birliği Yıllık Konferansında” sözleşme sorumluluğu üzerine bir sempozyum düzenlemiştir. Ardından iki tane daha reformu teşvik eden sempozyum düzenlenmiştir. Tüm bu çalışmalar Japonya’da akademisyenler arasında Japon Medeni Kanunu Reformunun gerekli olduğuna yönelik fikir birliği olduğunu gösterir (Kamo, s.179-180). Nitekim 2006’da Bakanlık JMK revizyonuna ihtiyaç olduğunu açıkladığında, medeni hukuk akademisyenleri gönüllü şekilde üç grup oluşturmuş ve reform tasarımları hazırlamış ve yayınlamışlardır. Bu üç grubun en büyüğü medeni hukuk, ticaret hukuku ve usul hukukundan oluşan 35 profesörden oluşmaktadır. Bu grubun ismi “Medeni Kanun (Borçlar Hukuku) Reform Komisyonu”dur. Bu komisyon ise, 2.5 yıl süren yoğun tartışmalardan sonra kendi taslağını detaylı bir şekilde birlikte “Temel Reform Politikası” adıyla 2009 yılının Nisan ayında beş cilt ve 2348 sayfa olarak yayınlamıştır (Uchida, s.708-709).

⁹⁹ Özellikle Alman Medeni Kanununun 2002’de gerçekleştirdiği hukuk reformu, Fransız Medeni Kanunu Reformuna yönelik çalışmalar ve Yeni Hollanda Medeni Kanunu Japonya’yı etkilemiştir (Kamo, s.182; Kozuka/Nottage, s.22). Ayrıca Fransız hukukuna dayanan zamanışımı sisteminde yenilik yapılmalıdır. Nitekim 2008’de Fransa’da bu hususta yenilik yapılmıştır. Fransa sistemine dayanan alacağın temlik hususunda da modernleşme sağlanmalıdır (Uchida, s.707).

¹⁰⁰ Milletlerarası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) ve Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri (PICC) gibi uluslararası anlaşmalar ve model kanunlar da Japonya’da sözleşme hukukunda reform yapılmasını gerektirmiştir. Nitekim Japonya 2008’de CISG’i onaylamıştır ve bu anlaşma 1 Ağustos 2009’dan itibaren uygulanmaktadır. Japonya’da milletlerarası taşınır satımıyla ülke içi taşınır satımına ilişkin işlemler arasındaki uyumsuzluk doktrinde eleştirilmiştir (Kamo, s.182-183). CISG, milletlerarası mal satımına ilişkin uyumsuzluklara uygulanması gereken özel hukuk kurallarını uyumlaştırır. Bu anlaşmaya taraf devletler CISG hükümlerini iç hukuklarının kapsamına almakta ve milletlerarası bir taşınır satımına ilişkin uyumsuzlukta yerel mahkemeler tarafından da bu anlaşma hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedirler (McAlinn, Gerald Paul (2010) “Japan and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Part 1)”, JCAA Newsletter, S:24, <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/news24.pdf> , s.e.t.

“Medeni Kanunun Borçlar Hukuku Kısmı Hakkında Çalışma Grubu” 2013 yılının Şubat ayında, “Medeni Kanunun Borçlar Hukuku Kısımındaki Reform Hakkında Kesinleşmemiş Taslak¹⁰²” yayınlamıştır. Bu Taslak, Japon hukuk sisteminde reform hakkında umunun görüşünün alınması için bir prosedürdür. Bu çalışma grubu 2015 yılının Şubat ayında ise, “Medeni Kanunun Borçlar Hukuku Kısımındaki Reformun Ana Hatlarına İlişkin Taslak¹⁰³” adındaki sonuç raporunu sunmuş ve kendini feshetmiştir. Adalet Bakanlığı ise kendisine sunulan bu raporu bir yasa teklifine dönüştürmüş ve 31 Mart 2015’te “Medeni Kanun Üzerindeki Kısmi Değişikliğe İlişkin Kanun Tasarısı” olarak yasama organına sunmuştur¹⁰⁴. Japon Medeni Kanununun birinci kitabıyla üçüncü kitabının önemli bir kısmını revize eden bu kanun 26 Mayıs 2017’de yasalarmış ve 2 Haziran 2017’de yayınlanmıştır. Bununla birlikte Japon Medeni Kanununda yapılan bu değişikliklerin 1 Nisan 2020’de yürürlüğe gireceği belirtilmiştir¹⁰⁵.

V. SONUÇ

Japon sözleşme hukukunun temel ilkeleri kısaca “özel hukuktan doğan hakların kamu refahı gerekçesiyle sınırlandırılabilmesi”, “dürüstlük kuralı”, “irade özerkliği esasına dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesi” ve “kusurlu sorumluluk” ilkesi olarak belirlenebilir.

Bu ilkelere ilki II. Dünya Savaşı sonrasında JMK’ya eklenmiş olup Japon hukukunun kendine özgü durumundan kaynaklanır. İçtihatlarda bu kuralla seyrek şekilde başvurulmuştur. “Dürüstlük kuralı”, “irade özerkliği esasına dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesi” ve “kusurlu sorumluluk” ilkeleri ise, hem Kıta Avrupası hukuk sisteminin (civil law) temelinde yatan Batının modern bireycilik anlayışında hem de benzeri temele dayanan Anglo-Amerikan hukukunda (*common law*) bulunur. Japonya’da dürüstlük kuralı JMK’nın 1. maddesine II. Dünya Savaşı sonrasında eklenmiştir. Bu hüküm, Alman ve

08.05.2019, s.2). Bu reformun bir sebebi de JMK’nın modernleştirilmesidir. UNIDROIT ilkeleri karşılaştırmalı hukukun modernize ettiği sözleşme hukuku normları olduğundan, bu normların da reformda dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır (Uchida, s.711).

¹⁰¹ Kamo, s.182.

¹⁰² “The interim draft for reforming the Civil Code (Law of Obligations)”

¹⁰³ “Draft of the Outline on the Civil Code Reform (the Law of Obligations)”

¹⁰⁴ Uchida, s.708.

¹⁰⁵ http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_001070000.html, s.e.t. 11.05.2019 (Bkz. Şahin, Köksal (2018) “Japon Borçlar Hukuku Reformu 2017 (I. Bölüm)”, <http://japonhukuku.com/?p=231>, s.e.t. 10.05.2019).

Fransız hukukundan ziyade, Türk İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemeye paralel bir görünüm arz eder. Hüküm geneldir ve dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağını bir bütün şeklinde ele alır. Oysa 1898 tarihli Japon Medeni Kanunu öncelikle Fransız Medeni Kanunu ile Alman Medeni Kanunu etkisi altında yasalaşmıştır. Japon hukuk doktrini ve içtihatları ise daha ziyade Alman hukuk teorisinden etkilenmiştir.

Japon sözleşme hukukunda, ayrıca irade özerkliği esasına dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesi temel alınmıştır. Bu ilke Türk borçlar hukukunun da temelinde yer alır. Japon hukukunda sözleşme özgürlüğünün çeşitli görünümleri Türk hukukundakine benzer şekilde incelenmektedir. Japon hukukunda, Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi, sözleşmelerde rızailik ilkesi ve şekil serbestisi kuraldır. Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmelerde yazılı olma gereğini vurgulayan “*Statute of Frauds*” ile uyuşmazlık hâlinde daha önce üzerinde anlaşılan ancak sözleşmenin son yazılı metninde bulunmayan sözlü anlaşmalara itibar edilemeyeceğini vurgulayan “*parol evidence rule*” gibi kurallar ise, Japon hukukunda bulunmaz. Yine Japon hukukunda, Anglo-Amerikan sözleşme hukukundaki karşılıklılık ilkesi (*the doctrine of consideration*) de bulunmaz¹⁰⁶. Bununla birlikte uygulamada Japonların yazılı sözleşme yapmayı tercih ettikleri ancak özellikle ticari ilişkilerinde Amerikan hukukundaki gibi çok detaylı sözleşmeler yapmaktan kaçındıkları tespit edilmektedir.

Doktrinde Japon Medeni Kanunundaki örf ve âdet hukukuna ilişkin kuralın (m.92), Kıta Avrupası örneklerine benzemediği ve bu kural sayesinde Japon içtihat hukukunda Japonların batı hukukunu iktibasından önce işlem hayatında mevcut olan örf ve âdetlerini korumaya devam ettikleri vurgulanmaktadır. Japon içtihat hukukunda bu hüküm geniş yorumlanmış ve uyuşmazlıkların çözümünde taraflar sözleşmede açıkça örf ve âdet hukukuna atıf yapmasalar bile Japon hukukundaki yedek hukuk kuralları yerine Japon örf ve âdet hukuku uygulanabilmiştir. Türk hukukunda ise, bir örf ve âdet hukuku kuralının yedek hukuk kaidesinin yerini alabilmesi için tarafların sözleşmelerinde açıkça Türk örf ve âdet hukukunun uygulanacağını belirtmiş olmaları gerekir. Sadece ticari sözleşmeler bakımından ticari örf ve âdet hukukunun genel hükümlerin yedek hukuk kaidelerinden önce uygulanacağı düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ **Milhaupt/Ramseyer/West**, s.323. Japon hukukunda karşılıklılık ilkesinin bulunmadığı ve bağışlamanın da sözleşme sayıldığı hakkında bkz. **Oda**, s.150.

Japon hukukunda yasalardaki boşlukları dolduran ve bazen de yasalardaki hakkaniyete aykırı durumları düzelten içtihat hukuku önemli bir sözleşme hukuku kaynağıdır. Bu açıdan Japon içtihat hukuku Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki içtihat hukukuna benzer şekilde önemlidir. 1990 sonrasında Japonya’da, serbest piyasa ekonomisindeki rekabeti korumak amacıyla piyasaya devlet müdahalesinin kaldırılması (*deregülasyon*) amacıyla Amerikan hukuku modellenmiş kanunlar çıkarılmıştır. Japon hukuk doktrini buradan hareketle zaman zaman sözleşmelerde deregülasyon ve öz sorumluluk (*self-responsibility*) ilkelerinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Son olarak bir Japon medeni hukuk akademisyeninin vurguladığı gibi, Japon hukuk sistemi Almanya, Fransa ve Anglo-Amerikan hukuk sisteminin kesişim noktasında bulunur. Bu sebeple JMK’nın sözleşme hukuku kısmı, gelecekte sözleşme hukukunun yeknesaklaşmasında tüm dünya için bir model olarak dikkate alınabilir¹⁰⁷. Japon sözleşme hukukunun temel ilkelerinin incelendiği bu çalışma ise, bu ilkelerin Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde yer alan Türk sözleşme hukukuna ilişkin ilkelerle çok benzer olduğunu ortaya koymaktadır. En belirgin fark ise, Japon içtihat hukuku sayesinde Japon örf ve âdet hukukunun asli bir hukuk kaynağı olarak dikkate alınmış olmasıdır.

KAYNAKÇA

Abe, Masaki/Nottage, Luke (2008) Japanese Law: An Overview, JPLRes 1, <http://www.asianlii.org/jp/other/JPLRes/2008/1.html>, s.e.t. 08.05.2019.

Akyol, Şener (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Altaş, Hüseyin (2014) Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. m. 1-7), Ankara, Yetkin Yayınları.

Arkan, Sabih (2005) Ticarî İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin (2011) Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

¹⁰⁷ Uchida, s.717.

Barlas, Nami (1997) “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasasının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, S:3, s.191-208.

Basedow, Jürgen (2016) “Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Kurtulan, Gökçe (Çeviren), C:74, S:2, s.879-917.

Beer, Lawrence W./Tomatsu, Hidenori (1975) “A Guide to the Study of Japanese Law”, The American Journal of Comparative Law, C:23, S:2, s.284-324.

Dean, Merryl (2002) Japanese Legal System, 2. Baskı, London, Cavendish Publishing.

Dernaier, Marc, Japanese Contract Law from a European Perspective, <https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20131128.html>, s.e.t. 08.05.2019.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat (2014) Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Edis, Seyfullah (1997) Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Eren, Fikret (2014) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Ginsburg, Tom (2010) “Studying Japanese Law Because It's There”, The American Journal of Comparative Law, C.58, S:1, s.15-26.

Haley, John O. (2010) “Why Study Japanese Law?”, The American Journal of Comparative Law, C:58, S:1, s.1-14.

Haley, John O. (2008) “Rethinking Contract Practice and Law in Japan”, Journal of East Asia and International Law, C: 1, S: 1, s.47-69.

Hahn, Elliott J. (1983) “An Overview of the Japanese Legal System”, Northwestern Journal of International Law & Business, C:5, S:3, s. 517-539.

- Hoshino, Eiichi** (1972) “The Contemporary Contract”, (translator: John O. Haley), *Law in Japan: An Annual*, C:5, s. 1-46.
- Ishida, Kikuo** (1958) “On Article 90 of The Civil Code of Japan”, *Osaka University Law Review*, C:6, s.15-26.
- Ishikawa, Hiroyasu** (2013) “Codification, Decodification, and Recodification of the Japanese Civil Code”, C:32, *IUS Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, s.267-285.
- Kamo, Akira** (2010) “Crystallization, Unification, or Differentiation - The Japanese Civil Code (Law of Obligations) Reform Commission and Basic Reform Policy (Draft Proposals)”, *Columbia Journal of Asian Law*, C:24, S:1, s.171-212.
- Kawashima, Takeyoshi** (1974) “The Legal Consciousness of Contract in Japan”, Stevens, Charles (Çeviren), *Law in Japan: An Annual*, C:7, s.1-21.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (2008) *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kozuka, Souichirou/Nottage, Luke R.** (2013) “Policy and Politics in Contract Law Reform in Japan”, *Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 13/86*, <http://ssrn.com/abstract=2360343>, s.e.t. 08.05.2019.
- Kumagai, Kaisaku** (1983) “Two Customa and the Codification of the Civil Code in Japan”, *Osaka University Law Review*, C:30, s. 1-6.
- Kuzuhara, Kizuki** (1996) “Contracting Between a Japanese Enterprise and an American Enterprise: The Differences in the Importance of Written Documents as the Final Agreement in The United States and Japan”, *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, C:3, s.57-91.
- Levy, Leah** (2008) “International Law - Japanese Law and Breach of Contract: Good Reason Is a Subjective Standard *Servo Kinetics, Inc. v. Tokyo Precision Instruments Co.*”, *31 Suffolk Transnational Law Review*, C:31, S:3, s.727-735.
- McAlinn, Gerald Paul** (2010) “Japan and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Part 1)”, *JCAA Newsletter*, S:24, <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/news24.pdf> , s.e.t. 08.05.2019.

Michida, Shinichirō (1992) “Contract Societies: Japan and The United States Contrasted”, translated by Veronica L. Taylor, Pacific Rim Law, C:1, Sa:1, s.199-224.

Milhaupt, Curtis J./Ramsayer, J Mark/West, Marc D. (2012) The Japanese Legal System: Cases, Codes and Commentary, 2. Baskı, New York, Thomson Reuters’ Foundation Press.

Noda, Yosiyuku (1976) Introduction to Japanese Law, (translated and edited by: Anthony H. Angelo), Tokyo, University of Tokyo Press.

Nottage, Luke R. (2013) “Tracing Trajectories in Contract Law Theory: Form in Anglo-New Zealand Law, Substance in Japan and the United States”, Sydney Law School Research Paper No. 13/37, <https://ssrn.com/abstract=2270889>, s.e.t. 08.05.2019.

Oda, Hiroshi (2011) Japanese Law, 3. Baskı, Oxford University Press.

Oğuzman, Kemal/Barlas Nami (2014) Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Schmiegelow, Henrik (2006) “Why Legal Transformation Assistance from Germany and Japan to Former East-Bloc Countries?”, Zeitschrift Japanisches Recht/J.JAPAN.L, C:11, S:22, s.5-38.

Snyder, Franklin G./Burge Mark Edwin (2017) American Contract Law for a Global Age, Cali aLangdell Press, <https://www.cali.org/books/american-contract-law-global-age>, s.e.t. 1.09.2019.

Şahin, Köksal (2018) “Japon Borçlar Hukuku Reformu 2017 (I. Bölüm)”, <http://japonhukuku.com/?p=231>, s.e.t. 10.05.2019.

Taylor, Veronica L. (1993) “Continuing Transactions and Persistent Myths: Contracts in Contemporary Japan”, Melb. U.L. Review, C:19, s.352-398.

Taylor, Veronica/Britt, Robert R. /Ishida, Kyoko/Chaffe, John (Joddy) (2008) “Introduction: Nature of the Japanese Legal System”, Business Law in Japan C:1, s.3-8, https://www.daiichihoki.co.jp/store/upload/pdf/025965_pub.pdf, s.e.t. 08.05.2019.

Uchida, Takashi (2011) “Contract Law Reform in Japan and the UNIDROIT Principles”, 16 Uniform Law Review, C:16, S:3, s.705-717.

Uchida, Takashi/Taylor, Veronica (2008) “Japan’s “Era of Contract””: Foote, Daniel (Editör), Law in Japan A Turning Point, Seattle, University of Washington Press.

Van Den Berg, Peter A. J. (2018) “Politics of Codification in Meiji Japan (1868-1912): Comparative Perspective Of Position Of Customary Law in Japanese Civil Code”, Osaka University Law Review, C:65, S:2, s.69-88.

Waer, Paul (1987) “Frustration of Contracts in Japanese Law: The Doctrine of Changed Circumstances”, Law in Japan: An Annual, C:20, s.187-212.

Wagatsuma, Hiroshi/Rosett, Arthur (1983) “Cultural Attitudes towards Contract Law: Japan and the United States Compared”, UCLA Pacific Basin Law Journal, C:2, Sa:1-2, s.76-97, <http://escholarship.org/uc/item/22r937jk>, s.e.t. 08.05.2019.

Wrbka, Stefan “Japan’s Civil Code Reform Plan – Seen From A Western Perspective”, Kyushu University Legal Research Bulletin, s.1-12, <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/kulrb/stefan2.pdf> , s.e.t. 08.05.2019.

Yamaguchi, Mikio (2004) “The Problem of Delay in the Contract Formation Process: A Comparative Study of Contract Law”, Cornell International Law Journal, C:37, S:2, s.357-388, <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol37/iss2/3>, s.e.t. 08.05.2019.

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>.

http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00003.html.

http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html.

http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_001070000.html.

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ
(TMK m. 893 - 897)

Constructor's Mortgage

*Dr. Remzi Demir**

Özet

Yapı alacaklısı ipoteği ile yapı alacaklılarına, alacaklarını teminat altına almak için taşınmaz üzerine bir ipotek kurdurma olanağı sağlanarak, daha önceden kurulmuş sınırlı aynı haklar karşısında, sıra itibarıyla bir imtiyazdan yararlanma hakkı getirilmiştir. Bu çalışmada, bir inşaata emek vermek ya da hem emek hem de malzeme vermek suretiyle inşaatta meydana gelen değere katılanların alacaklarını elde edebilmeleri için, kanundan doğan yapı ipoteği incelenmektedir. Yapı alacaklısı ipoteği, Anayasamızın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesinin Türk Medeni Kanunu'na somut bir yansımasıdır.

Yapı ipoteğinin tescili için, malik tarafından yapı alacakları için yeterli güvencenin gösterilmemiş olması gerekir. Alacak çekişmeli olmamalı, yani malik alacağın varlığını kabul etmiş, alacağı tanımış olmalıdır. Yapı alacağı ipoteği talebi, üç aylık bir süre içinde yapılır. Üç aylık süre hak düşürücü süredir. Taşınmaz maliki, işin yapılmış olmasına rağmen, alacağı tanımaktan kaçınırsa, yük miktarını mahkeme takdir edecektir. İnşaat alacağı malik tarafından

* Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı, remzidemir60@hotmail.com, (ORCID-ID:/0000-0001-6025-5476).

Makale Geliş Tarihi: 26.03.2019

Makale Kabul Tarihi: 29.08.2019

kabul edilmemiş ya da ipotek alacaklısının alacağıın kesin olarak belli olmasında durumlarında yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescili söz konusu olur.

Anahtar kelimeler

Yapı Alacağı İpoteği, Alacaklı, Emek Vermek, Kanuni İpotek, Kesin Tescil, Geçici Tescil

Abstract

With the mortgage of the building creditor, the building creditors were provided with the opportunity to establish a mortgage on the immovable property in order to guarantee their receivables, and were granted the right to benefit from a privilege in the face of previously limited limited real rights. In this article, constructor's mortgage aiming to guarantee credits of cocontractors and craftspeople who perform operations by spending labour or labour and material is analysed. Constructor's mortgage is not only a reflection of the principle of "social state" adopted by Turkish Constitution but also displays the contemporary side of Turkish Civil Law due to its protective function for labour's value against real estate owner.

For the registration of constructor's mortgage, enough security for the credits of contractors and craftspeople should not be provided by the real estate owner. There should be no contention on the credit, it means real estate owner should accept the credits. The registration of constructor's mortgage in land registry is claimed within 3 months. This 3 months period prescription period. If the real estate owner abstain from accepting the credits, although cocontractors and craftspeople perform their operations, the amount of payment is determined by the court. In case of disagreement on credits and undestainty on the amount of credits, provisional registration of constructor's mortgage comes into question.

Keywords : Constructor's mortgage, Claiment, Spending labour, statutory charge, definitive registration, provisional registration.

I. GENEL OLARAK

Yapı alacaklısı ipoteği, hukuki sebebini kanuna dayandıran bir ipotek türüdür. Bir inşaata emek vermek ya da hem emek hem de malzeme vermek

suretiyle değer katanlar, alacaklarını hemen elde edemezler.¹ Yapı işlerinin bünyesi ve niteliği, özellikle de uzunca bir süre devam etmesi, inşaata emek vermek ya da hem emek hem de malzeme vermek suretiyle değere katılanların alacaklarının ancak yapı işlerinin bitiminde kesin olarak belli olması sonucunu doğurur. Bu kişiler, bir bakıma yapı sahibine kredi açan durumundadırlar.² Bu kredinin güvencesi de kanundan doğan yapı ipoteğidir.³

Türk ve İsviçre hukuklarında yer alan yapı ipoteğine dair yasal düzenlemeler, yapı alacaklılarını korumayı amaçlamaktadır. Günlük hayatta emeğini ya da hem emeğini hem de malzemesini ortaya koyarak bir inşaat işi yapan yapı alacaklısı, bu eylemi sonunda taşınmaz sahibine bir değer artışı sağlar.⁴ Yüklenici ve zanaatkârların alacaklarını teminat altına almak için, “yapılar taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhildir” ilkesinin olumsuz etkilerinden yapı faaliyetini yürütenleri korumak amacıyla, TMK’nun 893 vd. hükümlerinde yüklenici ve zanaatkârlar lehine kanundan doğan bir rehin hakkı tanınmıştır.⁵ Yapı alacaklısı ipoteği ile yapı alacaklılarına, alacaklarını teminat altına almak için taşınmaz üzerine bir ipotek kurdurma olanağı sağlanarak, daha önceden

- ¹ **OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY – ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 971; **GÜLEŞ**, Türk Hukukunda Yapı İpoteği, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 1.
- ² **AKINTÜRK**, Turgut : Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s.795,; **ŞENER**, Yavuz Selim ; Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 55; **AKCAN**, Cansın, Yapı İpteği, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, Ankara 1991, s. 72; **ALTAY**, Sümer / **ESKİOCAK**, Ali : Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007, s. 281.
- ³ **BIÇAKÇI**, Levent: ‘Yapı Alacaklısı İpoteği’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1 – 4, s. 537; **SÜMER**, N. Binnur: ‘ Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanunî İpotek Hakkı’, Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 602; **UYUMAZ**, Alper : ‘Yapı (İnşaatçı) İpoteği’, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1–2, Erzincan 2008, s. 226; **ERTAŞ**, Şeref : Eşya Hukuku, Barış Yayınevi, 11. Baskı, İzmir 2014, s. 574.
- ⁴ **KARAHACIOĞLU**, Ali Haydar / **DOĞRUSÖZ**, M. Edip / **ALTIN**, Mehmet : Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996; **SÜTÇÜ** , Nezih ; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağı İçin Yüklenicinin Kanuni İpotek Hakkı (TMK m. 893) Var mıdır?”, Yargı Dünyası, S. 182, İstanbul 2011, s.13.; **JAVADKHANI**, Sheida . Türk Hukukunda İpotek, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, s. 98.
- ⁵ **AYBAY**, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin : Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 289; **ÇABRİ**, Sezer : “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (TMK m. 897/1)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, İzmir 2017, s. 378; **BAYSAL**, Başak : “ Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar “, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan” Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 150.

kurulmuş sınırlı ayni haklar karşısında sıra itibarıyla bir imtiyazdan yararlanma hakkı getirilmiştir.⁶

Kanundan doğan ipotek haklarının bir kısmı, tescile gerek olmadan doğan ipotek haklarıdır. TMK'nun 893. maddesinde düzenlenen haklar, tescile bağlı olmakla beraber, iktisap sebebi kanundan doğmaktadır.⁷ Kanun koyucunun yükleniciye böyle bir hak tanımaya zorlayan başlıca neden, yükleniciyi arsa spekülörlerinin aldatıcı oyunlarına karşı korumaktır. Örneğin bir spekülörün, arsasını anlaştığı birine yüksek fiyatla satıp satış bedeli için adına bir ipotek tescil ettirerek gelecekte arsa üzerinde inşaat yapacak kimseleri zarara sokmasını engellemektir. Ayrıca bu ipoteğin tanınmasındaki diğer neden yükleniciyi, iş sahibinin bankadan aldığı krediyi, iyi niyetle de olsa başkasına harcaması nedeniyle satışa çıkarılmış taşınmazın, ucuz fiyatla satılmasından doğacak zararlara karşı korumaktır.⁸

Doktrinde çeşitli adlandırmalar yapılan bu rehin türüne, yapı alacaklısı ipoteği demek daha doğru olur. Kanun sistematığıne de uygun olan ve yapı alacaklılarının alacaklarını aynî güvence altına almaktan başka bir işlevi olmayan bu hukuki müessesenin amacı da yapı alacaklısı ipoteği kavramının kullanılmasını haklı kılar.⁹ Kanuna göre, yapı alacaklısının alacağı miktarı belirsiz olsa dahi tescile olanak sağlaması diğer bir yönüdür. Bununla birlikte, “müteahhit ve işçilerin kanuni ipotek hakkı”¹⁰, “yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı”¹¹ “inşaatçı ipoteği”¹², “yapı ipoteği”¹³ ve “inşaatçıların kanuni ipotek hakkı”¹⁴ gibi terimleri kullanan yazarlar da mevcuttur.

⁶ **AVCI**, Ali / **ORUÇ**, Buket Köksal : ‘ İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)’, Hukuk Dergisi, Türkiye Noterler Birliği, Yıl : 1, S. 2, Ankara 2014, s. 94; **REİSOĞLU**, Safa : Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 4; **ŞENER**, s.56; **NOMER**, Haluk Nami / **ERGÜNE**, Mehmet Serkan : Eşya Hukuku, Cilt :II, Onikilevha, İstanbul 2011, s. 59.

⁷ **ÖZTAN**, Bilge : Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.s.932; **ALTAY / ESKİOCAK**, s. 279; **BAYSAL**, s. 150.

⁸ **DUMAN**, İlker Hasan : ‘ İnşaatçı İpoteği’, Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınevi, C. 9, S. 100, 2014 Aralık, s. 189; **KARAHASAN**, Mustafa Reşit : Türk Eşya Hukuku, Cilt : 2, Beta Basım, İstanbul 2002, s. 252.

⁹ **GÖREN**, Serdar : Rehin Türü Olan İpotek, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.

¹⁰ **DAVRAN**, Bülent : Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972., s. 57.

¹¹ **KÖPRÜLÜ**, Bülent / **KANETİ**, Selim : Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1983,s 223; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR**, s. 971; **NOMER / ERGÜNE**, s. 50.

II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TANIMI

Yapı alacaklısı ipoteği, bir taşınmaz üzerinde yapılan inşaat veya sair işlerde malzeme vermek suretiyle veya bedenen çalışıp malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar lehine doğan alacakları güvence altına almak için o taşınmaz üzerinde doğan kanuni rehin hakkı olarak tanımlanmaktadır.¹⁵

Yapı alacaklısı kavramına öncelikle inşaat yapımı borcu altında bulunan müteahhitler dahil edilir. TMK'nun 893 / 3 bendine göre, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar kanuni ipotek hakkını kullanabilirler.¹⁶ Maddede sadece malzeme temin etmek yapı alacağı sayılmamıştır. Ancak malzeme getiren ayrıca emek harcamışsa kanuni ipotek hakkından yararlanır.¹⁷ Örneğin, yüklenicinin malzeme vermeyerek inşaatın elektrik işini taahhüt etmesi ile ortaya çıkan alacak veya parkecinin hem parkeyi satması hem de sattığı parkeleri döşemesinden kaynaklanan alacak yapı alacağıdır.¹⁸

III. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yapı alacaklısı ipoteği hukuki niteliği itibarıyla, tescile bağlı kanuni ipotek türüdür. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen bir kısım ipotek haklarının kurulması kanundan kaynaklandığı için bu tür ipoteklere, tescile tabi kanu-

¹² **AYBAY**, / **HATEMİ**, s. 289; **ÖZTAN**, s. 932.

¹³ **AKINTÜRK.**, s. 795; **KARAHACIOĞLU / DOĞRUSÖZ / ALTIN**, s. 167.

¹⁴ **SAYMEN**, Ferit – **ELBİR**, Halid Kemal : Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963, s. 630.

¹⁵ **ESENER** , Turhan / **GÜVEN**, Kudret : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 535; **KAÇAK**, Nazif : İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, Seçkin Yayınevi,3. Baskı, Ankara 2013, s. 203; **OĞUZ**, Cemal : ‘Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu ‘ , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, s.61; **SAYMEN / ELBİR**, s. 630; **SÜTÇÜ**, s. 15; **AKCAN**, s. 75; **KAÇARAN**, Hümevra : Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı, Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt : 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1369; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR**, s. 973; **ALTAY / ESKİOCAK**, s. 284.

¹⁶ **ERTAŞ**, s. 572; **KAÇAK**, s. 204; **UYAR**, Talih ; Türk Medeni Kanunu (Gerekeçeli – İçtihatlı), C. IV “Eşya Hukuku”, Ankara 2002, s. 4126.; **JAVADKHANI**, s. 98.

¹⁷ **NOMER / ERGÜNE**, s. 51.

¹⁸ **GÖREN**, s. 79.

ni ipotek hakları denilmektedir.¹⁹ TMK'nun 893 maddesinde yer alan bu tarz ipotek haklarının doğumu için tapu siciline tescili gerekir. Bu madde sadece tescilin hukuki sebebinin oluşturur ve hak sahiplerine böyle bir ipoteğin tescilini isteme yetkisi verir.²⁰

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre²¹, bu hak şahsi nitelik taşır. Hakkın doğumu sırada taşınmaza kim malik ise hak ona karşı ileri sürülebilir. Malikin iflası halinde iflas alacaklılarına veya taşınmaz mülkiyetinin el değiştirmesi halinde yeni malike karşı ileri sürülemez. Teminat yükümlüsü ise ipoteği kurma talebinin doğduğu sırada taşınmazın malikidir. Yapı alacaklısı ipoteğinden kaynaklanan hak için sözleşmeye ihtiyaç bulunmaması ve ipoteğin paraya çevrilmesi ile elde edilen bedelin paylaşımında bu alacağın taşınmazdaki değer artışı oranında sıra olarak önde olmasını düşüncesine dayandıran görüşte²² isabet bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu bu ipotek türünü hem emek hem malzeme ya da sırf emeğini sarf edenlerin lehine benimsemiştir.

Bir diğer görüşe göre aynı nitelikteki ipoteğin tescilini talep hakkı, aynı bir talep olduğundan taşınmazın maliki kim olursa olsun ona karşı ileri sürülebilir. TMK'nun 893. maddesine göre, taşınmazı merkeze alan bir düzenleme benimsendiği için, ipoteğin tescilini talep hakkının kullanıldığı sırada taşınmaza kim malik ise, talep ona karşı ileri sürülebilmelidir.²³

Üçüncü görüşe göre tescile yönelik hakkın kullanılması, kanundan doğan ve ipotek tesisini konu edinen yenilik doğuran hak niteliğindedir. Yapı alacağı ipoteğinden kaynaklanan bu hak, tapu sicil memuruna yöneltilen tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır.²⁴ Ancak bu görüş öğretide müteahhitlerin ipoteğin tescilini, tek taraflı beyanla kendiliklerinden sağlayamamaları nede-

¹⁹ ÖZTAN, s. 933; ÇABRİ, s. 381.

²⁰ AVCI / ORUÇ, s. 95; AYAN, Mehmet : Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 4. Bası, Konya 2012, s. 199; ERTAŞ, s. 571.

²¹ AVCI / ORUÇ, s. 96; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 73; OĞUZ, s. 75; ÖZ, M. Turgut : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, VedatYayincılık, İstanbul 2012, s.50; REİSOĞLU, s. 72.

²² GÜLEŞ, s. 53.

²³ AVCI / ORUÇ, s. 96; TEKİNAY, Selahattin Sulhi : “ İşçi İpoteğinin Tescili İsteme Hakkının Mahiyeti”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.3, S.4, İstanbul 1969, s. 133; DAVRAN, s.23; EREL , Şafak : Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s.220; AKCAN, s. 95.

²⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s.975; AVCI / ORUÇ, s.97; ALTAY / ESKİOCAK, s. 279.

niyle eleştirilmiştir. Zira tescil için malikin kabul etmesi veya mahkemenin buna ilişkin karar vermesi gerekir.²⁵

Yapı alacaklısı ipoteğinin eşyaya bağlı olduğunu belirten görüşe göre, bu hak üç aylık süreye bağlı kalarak borçlu olsun olmasın taşınmazın sonraki maliklerine karşı da kullanılabilir. Bu nedenle yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkını, eşyaya bağlı borç niteliğinde kabul eden görüşte isabet bulunmaktadır. Böylelikle taşınmaz malikin, malikin iflası halinde iflas masası ve taşınmazın sonraki malikleri tescil istemine katlanmakla yükümlüdür.²⁶ Bu kanaati destekleyen Yargıtay kararında isabet bulunmaktadır:

" Taşınmaz maliki ile alt yüklenici arasında doğrudan eser sözleşmesi ilişkisi bulunmasa bile taşınmaz maliki, alt yüklenicinin yükleniciden olan yapı alacaklarından kanun gereği sorumlu olup ona ipotek vermekle yükümlüdür (4721 sayılı TMK'nun 893/3 ve 895 maddeleri). Taşınmaz malikin kanuni ipotek yükümlülüğü, yalnızca akdî ilişki nedeniyle sorumlu olduğu yapı alacakları için akidi olan yapı alacaklılarına karşı değil, kanun gereği sorumlu olduğu yapı alacakları için akidi olmayan yapı alacaklılarına karşı da söz konusudur. Taşınmaz malikin kanuni ipotek yükümlülüğü akdî ilişki nedeniyle sorumlu olduğu yapı alacak ve alacaklıları ile sınırlı tutulamaz. Mahkemece taşınmaz malikin kanuni ipotek yükümlülüğünün akdî ilişki dışında kanun gereği sorumlu olduğu yapı alacak ve alacaklılarını da kapsadığı nazara alınarak arsa sahipleri yönünden yapı alacaklısı ipoteğinin yasal koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenip değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, davanın sıfat yokluğundan reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir".²⁷

IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KOŞULLARI

A. İnşaat Alacağının Bulunması

1. Alacağın Taşınmaz Üzerinde Yapılan Kalıcı İnşaattan Doğması

Yapı alacağının taşınmazın üstünde veya altında kalıcı olarak yapılan bina, garaj, fabrika, köprü, kanal, set, yol, park gibi inşaattan doğan faaliyetler-

²⁵ GÖREN, s. 84; GÜLEŞ, s. 49.

²⁶ UYUMAZ, s.698; JAVADKHANI, s. 105; BIÇAKÇI, s. 551; BAYSAL., s. 152.

²⁷ Y15. HD, 21.04.2016 T., 2015/5673 E 2016/2437 K. (UYAP).

den kaynaklanması gerekir.²⁸ Bina ise, ekonomik ihtiyaçlara veya insanların oturmasına tahsis edilmiş olan ve bir taşınmaz da yapılan etrafı çevrili ve kapalı olan nesnedir.²⁹ Ayrıca değirmen ve köprü gibi temelli olmak üzere yapılan ve yapılmalarıyla birlikte taşınmazın bütünleyici parçası durumuna giren benzeri nesnelere de yapı sayılır.³⁰

Taşınmaz üzerinde kalıcı olmayan inşai faaliyetlerden doğan alacaklar için yapı alacaklısı ipoteği tescil edilemez. Mevcut bir inşaatın tadil veya tamirinden doğmuş alacaklar için de yapı alacaklısı ipoteği kurulabilir.³¹

2. Malzeme Vererek veya Vermeyerek Çalışılması

Yüklenicinin veya zanaatkarların yapı alacağı, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya benzeri işlerde malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları sebebiyle doğmuş olmalıdır.³² Emeğin söz konusu olmadığı, yapı ile bir bütünlük arz etmeyen ve doğrudan doğruya taşınmaza ek değer kazandırmayan malzeme teslimi³³ ile sadece bakım çalışmalarından doğmuş alacaklar, sahibine yapı alacaklısı ipoteği tescilini isteme yetkisini vermezler.³⁴

Malikle eser sözleşmesi yapmış bulunan yüklenici kadar alt yüklenici de, alacağı için yapı alacaklısı ipoteği tescil ettirebilme yetkisine sahiptir. Önemli olan, malikle eser sözleşmesi yapmış olmak değil, eserin meydana gelmesi için malzeme vererek ya da vermeyerek çalışmaktır.³⁵

3. Değer Artışı Sağlayan Emek ve Malzeme Kullanımı

Yapı alacaklısının inşaatı değer artışı sağladığından bahsedebilmek için, inşaatı katılarak bir değer artışı meydana getirmesi gerekir. İnşaat alacağı, sırf emek veya emek ve malzeme ile inşaatı katkıda bulunması sonucunda doğan alacaktır. Emek veya emek ve malzemenin fiilen ve somut olarak inşaatı

²⁸ AYAN, s. 203.

²⁹ AKINTÜRK, s. 798; ŞENER, s. 59

³⁰ AKINTÜRK, s. 798; ŞENER, s. 59.

³¹ AKINTÜRK, s. 798; ŞENER, s. 59.

³² AVCI / ORUÇ., s. 97.

³³ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 310; ŞENER s. 60.

³⁴ REİSOĞLU, s. 5.

³⁵ DUMAN, 2014, s. 190.

bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekir. Ayrıca inşaatta yalnız standart malzeme teslim eden alacaklıların yapı alacağı yoktur. Zira bunlar, standart malzemeyi krediyle satmak zorunda değillerdir. Fakat sırf o inşaat için imal edilen bir şeyin verilmesi inşaat alacağıdır. Örneğin sıva işlerini yapan sıvacı yalnızca emek harcar. Kendi elektrik malzemesiyle inşaatın elektrik tesisatını yapan elektrikçi, hem malzeme teslim eder hem emek harcar. Her iki inşaat alacaklısı da yapı alacaklısı ipoteğinin tesisini isteyebilirler.³⁶

4. Alacağın Kapsamı

Yapı alacağının kapsamı belli olmalıdır. Kural olarak, kanuni ipotek hakkıyla teminat altına alınan alacak miktarının, tapu kütüğünde gösterilmesi zorunludur. TBK'nın 481. maddesine göre belirlenen bu alacak, alt yüklenici ve zanaatkarlar için bu kişilerin asıl yükleniciden olan alacaklarının tutarıdır.³⁷

Yüklenici, alt yüklenici ve zanaatkarların, malzeme vererek veya vermeksizin çalışması sonucu kazandığı, taşıma ve hazırlık giderleri de dahil olmak üzere, bütün alacağı için ipotek tescilini talep haklarını haizdirler.³⁸ Tescil için bedel götürü olarak belirlenmişse belirlenen parasal miktarın, aksi takdirde yapılan işin değerine ve harcanan giderlere göre saptanacak miktar esas alınır. Zira yapı alacağı ipoteği, inşaatın takdir olan değeri veya bu yüzden doğmuş değer fazlası ile sınırlı değildir.³⁹

5. Eser Sözleşmesi

TBK'nun 470. maddesine göre, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Buna göre, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser oluşturmayı ve teslim etmeyi üstlendiği iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşmedir.⁴⁰ Eser sözleşmesinde, müteahhidin üstlendiği

³⁶ AKINTÜRK, s. 798; DUMAN, 2014, s. 190; ESENER / GÜVEN, s.536; SİRMEN, Lale : Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 694.

³⁷ AKINTÜRK, s.798; KAÇARAN, s. 1390.

³⁸ AKIN, Levent: İnşaatçı İpoteği, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, Ankara 1991, s. 752; DUMAN, 2014, s. 190; SÜRAL, s. 695.

³⁹ AKIN, Levent: İnşaatçı İpoteği, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, Ankara 1991, s. 752; DUMAN, 2014, s. 190; SÜRAL, s. 695.

⁴⁰ EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014,s. 579; SELİMOĞLU, Yaşar Engin : Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, An-

eserin yeni olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin bir köprünün, bir evin yapılması gibi bir edim olabileceği gibi, eski bir binada tamir ve tadilat yapmak da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.⁴¹ Eser sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olmasının yanında, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, ortaya çıkan sonuçtur.⁴²

Kural olarak yapı alacağı, eser sözleşmesine dayanarak yapılan çalışma sonucu meydana gelmelidir.⁴³ Tescile elverişli inşaat alacağının eser sözleşmesinden doğması kural ise de, sahibini zarardan korumak için bir inşaat malzeme vererek veya vermeden çalışan bir kimsenin vekaletsiz iş görme hükümlerine göre (TBK m. 526 v.d.) istemeye yetkili bulunduğu alacak da yapı alacağı ipoteğine elverişlidir.⁴⁴

Öğretide bir görüşe göre, bir yapı işinde vekaletsiz iş görme hükümlerine göre çalışan kişiler, emeklerinin karşılığı olan alacakları için kanuni ipotek hakkından yararlanırlar. Çünkü vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yapılan işler, malikin menfaatine ve öngörülen maksadına göre yapıldığı için bu hallerde malikin örtülü olurunun (zımni muvafakat) olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵ Ancak bu görüş, malikin yapılan işlerden habersiz olduğu hallerde, bu işler malikin menfaatine ve onun maksadına uygun olsa bile, bu işleri yapan kişiye ipotek hakkını doğurmayacağı şeklinde eleştirilmiştir. Zira, yapı ipoteği, esasında çalışmalarının karşılığı olan alacaklarını elde edememe riski altında olan, fakat buna rağmen çalışmak zorunda kalan kişileri korumak için öngörülmüş bir kanuni ipotek hakkıdır. Herhangi bir zorunluluk altında olmadan, sadece malikin iyiliği ve menfaati için yapılan çalışmalardan doğan alacakların, malikin

kara 2016, s. 1; **KURT**, Leyla Müjde : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 27; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt : 1, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 1.

⁴¹ **BÜYÜKAY**, Yusuf : Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.s. 35; **YAVUZ**, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s. 955; **EREN**, s.590; **KURT**, s. 35; **GÜMÜŞ**, s. 3.

⁴² **AYDOĞDU**, Murat / **KAHVECİ**, Nalan : Türk Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 747.

⁴³ **NOMER** / **ERGÜNE**, s. 52.

⁴⁴ **AKIN**, s. 752; **DUMAN**, 2014, s. 190.

⁴⁵ **REİSOĞLU**, s. 40; **BIÇAKÇI**, s. 542; **AYDOĞDU** / **KAHVECİ**, s. 791.

rıza göstermemesine rağmen güvence altına alınması, yapı alacağı ipoteğinin düzenleniş amacına aykırılık oluşturur.⁴⁶

Yapı işlerinin malik olmayan tarafından yaptırılması durumunda, inşaat alacağının ipotekle güvence altına alınabilmesi için, taşınmaz malikinin inşaatın yapılmasına rıza göstermesi veya kendi davranışıyla inşaatın yapılmasına neden olması gerekir.⁴⁷ Örneğin kiracının, kiralanan taşınmazda yaptırdığı tamir veya tadilattan doğan inşaat alacağının ipotekle güvence altına alınabilmesi ancak taşınmaz malikinin onarım işlerine rıza göstermiş olması halinde mümkündür.⁴⁸ Gerçekten de malikin rızası haricinde bir işin yapılmasından dolayı, yapı alacağı ipoteği ile sorumlu tutulması hayatın olağan akışına ve yapı alacağı ipoteği düzenlemesine uygun değildir.

6. Yapı Alacağının Sınırı

Alt yüklenici ve zanaatkarların alacakları söz konusu olunca, ortaya tartışmalı bir konu çıkmaktadır. Bu husus yapı alacağının sınırlanması ile ilgilidir. Alt yüklenicinin ipotek hakkıyla güvence altına alınan alacakları, asıl yüklenicinin malik ile yaptığı sözleşmede gösterilen bedel ile mi sınırlı olmalıdır, yoksa bu alacaklar gösterilen bedeli aşmış olsalar bile kanuni ipotek ile güvence altına alınabilir mi? Öğretide bir görüşe göre kanuni ipotek hakkıyla güvence altına alınacak alacakların tutarı, asıl yüklenicinin taahhüt etmiş olduğu yapı bedelini geçemez.⁴⁹ Bir başka görüşe göre de, alt yüklenicilerden her birinin, yapmış olduğu işten doğan alacağı için kanuni ipotek hakkı bulunduğunu, bunun asıl yüklenicinin alacak hakkı ile sınırlandırılmasının doğru olmadığını savunmaktadır.⁵⁰ Ancak taşınmaz maliki inşaat dolayısıyla ana yükleniciye olan borcunu ödemiş ise, bu aşamada, bu yükleniciden alacağını alamamış alt yüklenicinin yapı alacağı ipoteği hakkının tescilini isteyemeyeceği yönündeki görüşte⁵¹ isabet bulunmaktadır.

⁴⁶ ŞENER, s. 61; BAYSAL, s. 127.

⁴⁷ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR., s. 975; NOMER / ERGÜNE, s. 52.

⁴⁸ SÜRAL, s.695; SÜTÇÜ, s.18.

⁴⁹ REİSOĞLU, s. 38; SÜRAL, s.754.

⁵⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 974, UYUMAZ, s. 235.

⁵¹ DUMAN, 2014, s.: 191.

7. Yapı Alacaklıları

TMK'nun 893/1- 3. bendine göre, taşınmazın üzerindeki ya da altındaki bir yapı veya başka bir eser yapımında malzeme versin ya da vermesin emek vermiş asıl yükleniciler, alt yükleniciler ve zanaatkarlar yapı alacaklılarıdır.

a. Asıl Yüklenici

Asıl yüklenici eser sözleşmesi gereğince, bir inşaat işinin tamamının veya bir bölümünün gerçekleştirilmesini üzerine alan kişidir.⁵² Genellikle tacir sıfatını taşıyan asıl yüklenici⁵³, yapı sahibiyle birlikte yapı alacaklısı ipoteğinin asli unsurudur. Yüklenici kavramının yapı alacağı ipoteği bakımından geniş yorumlanması gerektiğini belirten görüşe göre, yapı işinde yüklenicinin mutlaka meslekten olması gerektiği gibi, gerçek ya da tüzel kişi olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Kamu ya da özel hukuk tüzel kişisinin yüklenici olmasında da bir fark yoktur. Tüzel kişiliği olmayan ancak aralarında birlik olan kişiler topluluğunun da taşınmazdaki yapı işlerinin üstlenilmesi halinde TBK'nun 620/1 maddesinde yer alan bir adi şirket ilişkisi ortaya çıkacaktır. Aksine bir kayıt bulunmadığı hallerde, TBK'nun 638/1 maddesine göre ortaklık için elde edinilen aynı haklar da ortaklar elbirliği halinde hak sahibi olacaklardır.⁵⁴

Yargıtay bir kararında, TMK'nun 893/3. maddesi uyarınca, kanuni ipotek tescil hakkı malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlara atıldığını vurguladıktan sonra, yüklenicinin iş sahibinden olan alacakları bakımından kanuni ipotek talep hakkı bulunmadığını belirtmiştir.⁵⁵

b. Alt Yüklenici

TBK'nun 471/3 maddesine göre, yüklenici oluşturulacak eseri bizzat yapmak ya da kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde, yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir. Burada alt yüklenici, asıl yüklenici ile yaptığı bir eser sözleşmesi ile asıl yüklenicinin iş sahibine karşı borçlandığı edimin bir bölümü-

⁵² BAYSAL, s. 156; SELİMOĞLU, s. 16; KURT, s. 38.

⁵³ AKINTÜRK, s.797; AKİPEK, Jale G. : Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar , Ankara 1974, s. 241; AKCAN, s. 78; AYDOĞDU / KAHVECİ , s. 747.

⁵⁴ GÜLEŞ, s. 58.

⁵⁵ Y.15HD, 04.12.2012 T ve 2012/6837 E 2012/7621 K. (UYAP).

nün veya tamamının yerine getirilmesini üstlenen olarak tanımlanmaktadır.⁵⁶ Yapı işini konu edinen eser sözleşmelerinde ise, yapının tamamını veya belirli bir kısmını yapmayı taahhüt eden zanaatkar ve yükleniciler, bu suretle yüklenedikleri işin bazı tür ve kısımlarının yapılmasını başkasına devredebilirler. Örneğin bir yapının marangozluk işlerini alan yüklenici, kapıların ve kasalarının yapılmasını başka bir marangoza yükleyebilir. Yapı işlerinin bazı bölümlerinin yapılmasını, yükleniciye karşı bir eser sözleşmesiyle taahhüt eden bu kişiler ya da onun iradesiyle bu işleri kendi başlarına yapanlar da bu haklardan yararlanırlar.⁵⁷ Bunlara alt yüklenici ya da taşeron denilmektedir.⁵⁸

Alt yüklenicinin inşaat ipoteği kurulmasına dair hakları, asıl yüklenicinin haklarından bağımsızdır. Zira alt yüklenici asıl yükleniciden bağımsız bir ifa yardımcısıdır.⁵⁹ Asıl yüklenici yapı alacağı için bir ipotek tesis etmiş olsa bile, alt yüklenici kendi yapı alacağı için taşınmaz üzerinde bir yapı alacağı ipoteği kurabilir. Bu durumda, alt yükleniciye karşı borçlu olan asıl yüklenicidir. İnşaat sahibi taşınmaz maliki, alt yükleniciye karşı borçlu olmayıp, sadece asıl yüklenicinin borcu açısından ipotek yükümlüsüdür.⁶⁰

Taşeronun asıl yüklenici karşısındaki alacağı, malik tarafından ısmarlanmış bir işin yapılmasından doğduğu takdirde ve miktarı da inşaatın tamamı için kararlaştırılmış ücreti aşmadığı ölçüde tescile uygundur.⁶¹ Örneğin iş sahibi ile asıl yüklenici arasında kararlaştırılan sözleşmeye uygun olarak, 120 metrekaRELİK ahşap ev yapılması ile ifa gerçekleşeceğinden alt yüklenicinin yapı ipoteği alacağı da bu edimle sınırlı olacaktır. Ancak alt yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak 200 metrekaRELİK ev yapılması halinde, alt yüklenici edimini aşan kısım için ipotek hakkına sahip olamayacaktır. Yargıtay verdiği bir kararda, bu hususu açıkça vurgulamıştır. Bu karara göre, “ somut olayda davacı alt yüklenicinin alacağı, diğer davalı şirket ile yapmış olduğu taşeronluk sözleşmesi uyarınca yaptığını beyan ettiği imalatlardan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeler ancak taraflar arasında hak ve borç doğurur. Bu nedenle dava konusu alacağın ve hu-

⁵⁶ BÜYÜKAY, s. 83; YAVUZ, s. 977; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 753; EREN, s.604; SELİMOĞLU, s. 101; KURT, s. 59. GÜMÜŞ, s. 5.

⁵⁷ AKINTÜRK, s. 797; SÜRAL, s. 693.

⁵⁸ KAÇARAN, s. 1373; GÜLEŞ, s. 63; BAYSAL, s.157; SELİMOĞLU, s. 104.

⁵⁹ GÜLEŞ, s. 65.

⁶⁰ DUMAN, 014, s.191.

⁶¹ REİSOĞLU, s. 38; DUMAN, İlker Hasan; Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010, s.988; UYUMAZ, s.234.

*kuki uyuşmazlığın muhatabı dava dışı firmasının taşeronu davalı şirket olup, davacının sözleşmeden kaynaklanan alacağı davalı Belediye tarafından kabul edilmediğinden davacı borcun muhatabı olan diğer davalı şirkete karşı dava açıp, mahkemeden bir karar alınmadığından, Türk Medeni Kanununun 895/3 maddesi şartlar oluşmadığından davalı Belediye yönünden davanın reddi gerekir."*⁶²

c. Zanaatkarlar

Zanaatkarlar, bir yapının tamamından çok belirli bir bölümünün, örneğin bir binanın hafriyatının, elektrik tesisatının veya su tesisatının yapılmasını taahhüt eden kişilerdir.⁶³ Mülga Medeni Kanunu'nun 807. maddesinde zanaatkar kavramı, "işçi" olarak yer almıştı.⁶⁴ Halbuki İsviçre Medeni Kanununda yer alan düzenlemede zanaatkar terimine yer verilmekteydi. İş sahibine ya da asıl yükleniciye hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalışanlar yerine, bir işin görülmesini bağımsız olarak yüklenmiş zanaatkarlar ipotek hakkına sahiptirler. T.M.K'nun 893 hükmünün gerekçesinde de bu hususa yer verilmiştir.⁶⁵ Bağımlı çalışan işçilere kanuni ipotek hakkı tanınmamasının bir sebebi de, işçi alacaklarının İcra İflas Kanunu'nun 206. maddesine göre zaten imtiyazlı olmasıdır.⁶⁶

Bir eser sözleşmesine dayanarak, bağımsız bir şekilde inşaat işlerini gören zanaatkarlar yapı alacağı ipoteğine sahip olsalar da, müteahhit veya malik nezdinde bir iş akdiyle çalışan işçiler, bu kanuni ipotek hakkına sahip olamayacaklardır.⁶⁷ Yapı alacağı ipoteğinin dayandığı hukuki ilişkinin vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde gerçekleşmesi de mümkündür. Taşınmaza değer kazandırmanın yalnızca eser sözleşmesiyle olacağının kabulü, kanunun dar yorumlanarak yapı faaliyetlerinde bulunanların ipotekten mahrum kalmalarına sebebiyet verecektir.⁶⁸ Yargıtay, aralarında doğrudan bir eser sözleşmesi olmadığı halde taşınmaz malikini, alt yüklenicinin yükleniciden olan yapı alacakla-

⁶² Y.15HD, 04.07.2017 T, 2017/1996 E,2017/5640 K. (UYAP).

⁶³ AKINTÜRK, s. 797.; AKCAN, s. 81; KAÇARAN, s. 1377.

⁶⁴ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1983, s. 780

⁶⁵ GÜLEŞ, s.65; ALTAY / ESKİOCAK, s. 283.

⁶⁶ NOMER / ERGÜNE, s. 51.

⁶⁷ ÇETİN, H. Soner: İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi, Ankara 2004, s. 94, ERTAŞ, s. 573; GÖREN, s. 80; SEROZAN, Rona; " Taşınmaz Rehni", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 2, İstanbul 2006, s. 303.

⁶⁸ GÜLEŞ, s.77.

rından kanun gereği sorumlu tutarak alt yükleniciye ipotek vermekle yükümlü kılmıştır.⁶⁹

8. Yapı Alacaklısı Sayılmayanlar

a. Sadece Malzeme Temin Edenler

İnşaata sadece malzeme temin edenler, örneğin kum, taş, çimento verenler ya da inşaat makinelerini kiralayanlar, bu yüzden doğuş alacakları için yapı alacağı ipoteği tesis edemezler. Zira TMK'nun 893/3 hükmü, malzeme vererek ya da vermeyerek çalışmış olmaktan söz etmektedir.⁷⁰ Bir taşınmaz üzerinde yapı ve yapım için sadece malzeme satanlar yapı alacağı ipoteğinden yararlanamazlar da, malzeme verme ile emek unsuru birleşirse, hak sahibi alacağının tümü için ipotek güvencesinden yararlanır.⁷¹ Ancak kullanılan malzemeler sırf o inşaatta kullanılmak üzere özel olarak imal edilmişse, bu kişiler de yapı alacaklısı sayılır.⁷² Yargıtay, sadece malzeme verenlerin yapı alacağı ipoteğine sahip olamayacaklarını isabetle belirtmiştir: “*TMK'nun 893/3 maddesine göre tescilli istenebilecek ipotek hakkından malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar yararlanabilir. Bunların dışındakilere kanuni ipotek hakkı tanınmamıştır. Somut olayda davacı vekili, müvekkilinin alacağının hazır beton satışından kaynaklandığını iddia etmiş olduğundan geçici tescil isteminin reddine dair mahkeme kararı sonucu itibarıyla doğrudur*”⁷³.

b. Mimar ve Mühendisler

Yapı için sadece plan veya proje hazırlayan mimar veya mühendislerin, yapı alacağı ipoteği hakkına sahip olmadığı öğretide kabul edilmiştir. Buna göre bu kişilerin çalışmaları inşaatla bir bütün oluşturmadığı gibi hemen bir değer fazlası da meydana getirmedeğinden dolayı yapı alacaklısı ipoteğinin ko-

⁶⁹ Y.15HD, 19.11.2014 T, 2014/4356 E,2014/6677 K. (UYAP).

⁷⁰ DUMAN, 2014, s. 191.

⁷¹ SÜRAL., s. 694.

⁷² ERTAŞ, s.: 574; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 974.

⁷³ Y.19. HD, 15.07.2013T, 2013/8302 E, 2013/12813 K. (UYAP).

ruma alanının dışında kalmaktadırlar⁷⁴. Amaca göre yapılan yorum metoduna göre, hakim görüşte isabet bulunmamaktadır. Zira malikle bu kişiler arasındaki sözleşmenin bir vekâlet sözleşmesi değil eser sözleşmesi olması hâlinde bu kişilerin yapı ipoteğine hak kazanacakları daraltıcı bir yorum olduğu gibi, kanun koyucunun amacı ile de bağdaşmaz. Zira kanun koyucu sözleşme tipinden ziyade, mühendis ya da mimar gibi kişilerin edimlerinin taşınmazda değer artışı sağlamasını aramaktadır. Bu nedenle malikin, inşaatın yapımının yanı sıra inşaatın projesini ve planını hazırlamayı da üstlenen bir tam yüklenici ile anlaşıldığında mimarlık edimi nedeniyle doğan alacakların da yapı ipoteği kapsamına alınmasını belirten görüşte⁷⁵ isabet bulunmaktadır.

c. İşçiler ve Çıraklar

İşçi alacaklarının hem imtiyazlı niteliği hem de kısa sürelerde alınabilmeleri nedeniyle, malike veya yükleniciye bir hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan işçilerin alacağı yapı alacağı ipoteği ile güvence altına alınmamıştır.⁷⁶

B. Tescil

Yapı alacağı ipoteği, kanundan doğan bir ipotek türüdür. Kanun yükleniciler ile zanaatkarlara sadece bu ipoteğin tescili isteminde bulunma hakkını tanımıştır. Başka bir deyişle kanun burada kazanım sebebinin yerini almıştır. Yapı alacağı ipoteği, bu isteme uyularak tescilin yapıldığı anda doğmuş olur. O halde, bir yapıya malzeme vererek veya vermeden emek harcayanların, bundan doğan alacaklarını güvence altına almaları için tescil isteminde bulunmaları gerekir.⁷⁷

1. Malik Tarafından Yeterli Teminatın Gösterilmemiş Olması

Yapı ipoteğinin tescili için, malik tarafından yapı alacakları için yeterli güvencenin gösterilmemiş olması gerekir. TMK'nun 895 / son maddesinde,

⁷⁴ CAN, Mertol: 'Yeni Medenî Kanunun İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapıp Yapmadığı Meselesi', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : VIII, Sayı: 1 – 2, Ankara 2004, s. 59; AKIN, s.753; KAÇARAN, s. 1371.

⁷⁵ AKCAN, s. 84.

⁷⁶ KARAHASAN, s. 253; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 972.

⁷⁷ AKINTÜRK, s. 799; AKCAN, s. 97; JAVADKHANI, s. 103.

malikin yeterli güvence göstermesi halinde yapı alacağı ipoteğinin tescilinin istenemeyeceği belirtilmiştir.⁷⁸ Bu maddeyle yapı alacaklılarına tanınan kanuni ipotek hakkı, onların alacaklarının güvence altına alınmasını karşılamaktadır. Malikin, yapı alacaklılarına başka yollarla yeterli güvence göstermesi halinde, ipoteğin tescilinin istenememesi mantıksal bir çıkarımdır. Ancak malik tarafından gösterilecek teminatın, ciddi ve yeterli olması, başka bir deyişle teminatın yapı alacaklılarının alacaklarını tam olarak alabilmelerine elverişli olması gerekir.⁷⁹

Malik tarafından gösterilecek teminatın aynı veya şahsi olmasının önemi olmadığı öğretide kabul edilmiştir. Buna göre malik, güvence amacıyla para veya kıymetli evrakı depo edebileceği gibi, mali durumu iyi olan başka bir şahsı da kefil olarak da gösterebilir.⁸⁰ Kaldı ki, malik kendisine ve üçüncü şahsa ait başka bir taşınmazda ipotek kurma yoluna da gidebilir.⁸¹ Teminatın yeterli olup olmadığı hususunda bir ihtilafın gerçekleşmesi halinde, taraflar bu hususta mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

2. Alacağın Malik Tarafından Kabul Edilmiş Olması Veya Mahkeme Tarafından Hüküm Altına Alınması

TMK'nun 895/ 3 maddesine göre, yapı alacağı ipoteğinin tescili için, malikin alacağı kabul etmesi gerekir. Malikin bu alacağı kabul etmesi, yapı alacaklılarına karşı gerçek borcunun tespiti anlamına gelmemelidir.⁸² Özellikle işin bitiminden önce tescil isteminde bulunulduğu hallerde, malikin borcunun tutarı çoğu kez tamamen belli değildir. Böyle durumlarda alacak tutarı olarak, üst sınır ipoteği tescili mümkün olabildiği gibi malikin tescile rıza göstermesi de alacağı kabul ettiği anlamına gelir.⁸³

Malik alacak miktarını kabul etmezse, alacaklı açacağı tespit davası ile alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesini talep edebilir. Ancak mahkemenin böyle bir talep üzerine verdiği tespit kararındaki alacağın sözleşmeden

⁷⁸ AYBAY / HATEMİ, s.289; NOMER / ERGÜNE, s. 52; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 977; ÖZTAN, s. 933; ALTAY / ESKİOCAK, s. 285.

⁷⁹ SÜRAL, s.700; AKIN, s. 754; DUMAN, s.999; ŞENER., s. 64; BAYSAL, s. 173.

⁸⁰ UYUMAZ, s. 244.

⁸¹ REİSOĞLU, s. 99; AYAN, s. 189.

⁸² GÖREN, s. 85; BAYSAL, s. 172.

⁸³ AKINTÜRK, s.799; KAÇARAN, s. 1387; GÖREN, s. 85; BAYSAL, s. 172.

doğan gerçek alacak değil, ipoteğin tesciline teşkil eden miktar olduğunu ileri süren görüşte⁸⁴ isabet bulunmamaktadır. Zira yapı ipoteği alacaklısının, talep tarihine kadar yaptığı işi ve karşılığında hak ettiği alacağının saptanmasını istemesine engel bir hüküm yoktur.

3. Tescilin Süresinde Gerçekleştirilmiş Olması

TMK'nun 895. maddesinde, tescil isteme süresine işaret edilmiştir. Bu maddeye göre, zanaatkârların ve yüklenicilerin kanunî ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Bu tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir.⁸⁵

Kanunda belirtilen üç aylık süre hak düşürücü süredir. Bu sebeple sürenin işlenmesi durmaz ve kesilmez. Hakim tarafından res'en gözetilen bu üç aylık sürenin dolmasıyla alacak düşmez, sadece ipoteği talep hakkı ortadan kalkar.⁸⁶ Üç aylık sürenin başlangıcı muhtemel alacaklar için taahhüt tarihi, doğmuş alacaklar için de işlerin bitim tarihidir.⁸⁷ İşlerin bitiminden, işin fiilen sona erdiği tarihi anlamak gerekir. Bu nedenle, eser sözleşmesi yönünden inşaatın daha önceki bir tarihte bitirilmesi gerekse bile, bu tarih esas alınmayacaktır. Çünkü aksi takdirde tescil isteğini inceleyen hakim, bu gecikmenin yüklenicinin kusuru ile meydana gelip gelmediğini de incelemek zorunda kalacaktır.⁸⁸

Yüklenici, alt yüklenici veya zanaatkarlar işi tamamlamadan ayrılırsa, inşaatı terk tarihi zımnî fesih tarihi olarak kabul edilmeli ve terk tarihinden itibaren 3 ay içinde ipotek talebinde bulunulmalıdır. Bu süreyi geçiren yapı alacaklısının yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkı düşer.⁸⁹ Örneğin, inşaatın sıva bölümünü bitiren sıvacının süresi o andan, sıvacıdan sonra işine başlayan camcının ise camların takılmasından itibaren üç ay içinde başlar.⁹⁰

⁸⁴ DUMAN, 2014, s. 192; REİSOĞLU, s. 97; GÜLEŞ, s. 159.

⁸⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s.976; BAYSAL, s. 171.

⁸⁶ GÜLEŞ, s. 166; AYBAY / HATEMİ, s. 289; ALTAY / ESKİOCAK., s. 280.

⁸⁷ ERTAŞ, Şeref, s. 572; ESENER / GÜVEN, s. 538; AKCAN, s. 90.

⁸⁸ DUMAN, 2014, s. 193; KAÇARAN, s. 1382.

⁸⁹ AVCI / ORUÇ, s. 106.

⁹⁰ GÖREN, s. 85.

4. Tescilin Gerçekleşmesi

Yapı alacaklıları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan itibaren ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Böylece tescil için eser sözleşmesinin kurulması yeterlidir.⁹¹ Yapı ipoteği tescilin yapıldığı anda varlık kazanır. TMK'nun 1022 maddesine göre, aynî haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil hâlinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar. Bir hakkın içeriği, tescilin sınırları içinde, dayandığı belgelere göre veya diğer herhangi bir yolla belirlenir⁹².

Bir hakkın aidiyetini ve sınırlarını kesin olarak gösteren tescil, yapı alacağı ipoteğinde “kesin tescil” ve “geçici tescil” olmak üzere ayrılmıştır. Buradaki ayrım geçici tescilin aslında bir şerh olmasından gelmektedir. Ayrıca zanaatkarların ve yüklenicilerin ipotek haklarının tescilinde tapu kütüğünün rehin haklarına ait düşünceler kısmında yapı alacağı ipoteği olduğu belirtilir.⁹³ Ancak bu ibarenin eklenmemesi, zanaatkarların ve yüklenicilerin yapı alacağı ipoteğinin geçerli olarak kurulmasına mani olmaz. Zira tescile tabi olan bu ipotek türü de, tapu siciline tescille beraber vücut bulur.⁹⁴

a. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Kesin Tescili

Yapı alacağı ipoteği, kanundan kaynaklanmaktadır. Fakat tapu siciline yapılacak her kaydın doğrulanması gerekmektedir. Bu nedenle yüklenici alacağını, malikin bu alacağı kabul ettiğini veya tescile izin ve yetki verdiğini gösteren bir yazı veya mahkeme kararı ile belgelendirmek zorundadır.⁹⁵

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için sadece yüklenicinin başvurması yeterlidir. Malikin de tapu siciline gitmesi gerekmez. Aksi takdirde yüklenicinin tescil isteminde bulunmayan malike karşı dava açmak zorunda

⁹¹ REİSOĞLU, s. 83; KARAHACIOĞLU / DOĞRUSÖZ / ALTIN, s. 168.

⁹² BAYSAL, s. 173.

⁹³ AKINTÜRK, s. 801.

⁹⁴ GÜLEŞ, s. 168.

⁹⁵ DUMAN, 2014, s.193; AYBAY, Aydın : Tapu Siciline Muvakkat Tescil, İstanbul 1962, s.25; .JAVADKHANI, s. 106.

kalacağı için, bu arada malikin taşınmazı başkasına satarak yükleniciyi zarara uğratma riski doğacaktır.⁹⁶

TMK'nun 895 / III maddesine göre, inşaat alacağının malik tarafından kabul edilmesi tescil için gerekli bir şarttır. Burada taşınmaz malikin alacağını tanımasından maksat, malikin bir borç ikrarında bulunması değildir. Alacağın malik tarafından kabul edilmesinin, malikin inşaat alacaklılarına olan hakiki borcunu saptamakla ilgisi yoktur. Anlatılmak istenen, taşınmaz üzerinde ipoteğin ne miktar için bir yük oluşturacağını veya yapılan işin değerinin taşınmaz maliki tarafından kabul edilmesidir.⁹⁷ Yargıtay da aynı kanaattedir⁹⁸.

Taşınmaz maliki, iş yapılmış olmasına rağmen, alacağı tanımaktan kaçınırsa, yapı alacağı ipoteğinin miktarını mahkeme takdir edecektir. Bu dava, yüklenicinin ücret alacağının ödenmesi için açabileceği davadan farklıdır. Bu yüzden böyle bir dava açılmış olsa bile, ipotek miktarının belirlenmesi davasında ücret alacağının ödenmesi davası bekletici mesele yapılamaz.⁹⁹

b. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Geçici Tescili

İnşaat alacağı malik tarafından kabul edilmemiş ve ipotek alacaklısının alacak miktarı kesin olarak belli olmayan durumlarda yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescili söz konusu olur.¹⁰⁰ Bu durumda inşaat alacaklısını koruyacak hukuksal düzenleme Tapu Sicil Tüzüğü'nün 58. maddesidir. Bu kapsamda hak sahipleri T.M.K'nun 1011. maddesine göre geçici tescil talebinde bulunabilirler¹⁰¹. Bu maddeye göre, bir aynı hakkın teminat altına alınması gerekiyorsa ve tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanıyorsa geçici tescil şerhi verilebilir. Geçici tescil şerhi, bütün ilgililerin razı olmasına veya hâkimin karar vermesine bağlıdır. Şerhin konusu olan hak sonradan gerçekleşirse, şerh tarihinden başlayarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Geçici tescil şerhi verilmesi istemi üzerine hâkim, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu olan hakkın varlığının kabul edilebileceği kanaatine varırsa, şerh kararı verir. Kararda

⁹⁶ AKİPEK, s.347; REİSOĞLU, s. 109.

⁹⁷ AYBAY., s. 27; REİSOĞLU, s. 92; SİRMEN, s. 695.

⁹⁸ Y.11HD 02.11.2012 T, 2011/7124 E,2012/6793 K. (UYAP).

⁹⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s.977.

¹⁰⁰ AYBAY, s. 28; AKCAN, s. 95.

¹⁰¹ AVCI, / ORUÇ, s. 110.

şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenir; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.¹⁰²

Yüklenicinin, alt yüklenicinin ya da zanaatkarın ne kadar alacaklı olduğu hususunda taraflar arasında görüş birliği yoksa, hakimin kararına kadar, kesin bir tescil yaptırılmasına olanak yoktur. Alacaklının ve borçlunun inşaat alacağı miktarında uyuşmamaları durumunda istenilen geçici tescil istenebilir. Bu şerh, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için belirlenen yasal üç aylık hak düşürücü süreden davacının zarar görmesine engel olacaktır.¹⁰³ Bu hususu işaret eden Yargıtay kararında isabet bulunmaktadır: “ *Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesi uyarınca da aynı haklar tapu sicil kütüğüne tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu yasal nedenlerle geçici şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 896 ve 897. maddelerine göre yüklenicinin, kamuni ipotekten yararlanma bakımından sıra almasını sağlar. Yüklenici ipoteğinin geçici şerhi de tescili de yüklenici ve taşınmaz maliki arasında anlaşma olmadıkça dava yoluyla istenebilir. Taraflar yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminata anlaşamazlar ise, yüklenici ipoteğinin tescili davasının görülmesi ve verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimalini gözetecek geçici şerh davasını açabilirler ve bu davada geçici şerh karar verilmesi sonucu yapılan geçici şerh, yüklenici ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde geçici tescil tarihinden itibaren varlık kazanan ipoteğin kesin tescili, terkin olunacak geçici şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ve sıra almasını sağlar. O halde geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından yüklenici ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır.*

Dava konusu somut olayda davacı alt yüklenici şirketin alacağı, dava dışı yüklenici şirket ile imzaladığı sözleşme uyarınca yaptığı imalâtlardan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeler ancak tarafları arasında hak ve borç doğururlar. Davacının sözleşmeden doğan bir alacağı varsa bu alacağın muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan dava dışı yüklenicidir. Davacı, borçtan sorumlu olan dava dışı yüklenici aleyhine dava açarak alacağını ilâma bağlatmadığı gibi davacının dava dışı yükleniciden olan alacağı davalı iş sahibi Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kabul de edilmemiştir. Bu durumda şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirdi.”¹⁰⁴

¹⁰² GÜLEŞ, s. 175.

¹⁰³ TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 198.

¹⁰⁴ Y.15. H.D., 28.03.2016T, 2016/27 E, 2016/1944 K. (UYAP).

V. TESCİLİN SONUÇLARI

A. Geçici Tescilin Sonuçları

Yüklenici, geçici tescille yapı alacağı ipotek hakkını sonraki iyiniyetli maliklere karşı da öne sürebilme yetkisini kazanmış olur. Ayrıca yapı alacağı ipoteği sonradan kesin tescil ile meydana gelince, geçici tescil tarihinden itibaren sonuçlarını doğurur.¹⁰⁵ Yargıtay, *geçici şerh davası diğer koşullar bakımından yüklenici ipoteğin tescili davası ile aynı koşulları taşıdığı hususunu* benimsemiştir. Bu karara göre : “ *Yüklenici ipoteğinin geçici şerhi de, tescili de, yüklenici ve taşınmaz maliki arasında anlaşma olmadıkça dava yoluyla istenebilir. Taraflar, yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminata anlaşamazlar ise, yüklenici ipoteğinin tescili davasının görülmesi ve verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimâlini gözeterek geçici şerh davasını açabilirler ve bu davada geçici şerhe karar verilmesi sonucu yapılan geçici şerh, yukarıda açıklandığı üzere yüklenici ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde geçici tescil tarihinden itibaren varlık kazanan ipoteğin kesin tescili, terkin olunacak geçici şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ve sıra almasını sağlar. Geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından yüklenici ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır.*

İhtiyati tedbir ise, niteliğince bir dava olmayıp, geçici hukuki korumalardandır. İhtiyati tedbirin şartları, uygulanması ve tedbir kararına karşı kanun yolları, tedbirin değiştirilmesi ve kaldırılması, ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler ve teminat bakımından, kanunî ipotek hakkının geçici şerhi davasından tamamen farklıdır. İhtiyati tedbir yoluyla geçici şerhe ya da tescile karar verilmesi durumunda, geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir, davanın yerine ikâme edilmiş olur, oysa, mahkeme uyuşmazlığın esasını çözümler şeklinde ihtiyati tedbir kararı veremez. Somut olayda ise; inşaatçı ipoteğinin tescili davası açılmış olduğu halde, mahkeme, tarihli ara kararıyla geçici ipotek tesisine, şeklinde ihtiyati tedbir kararını vermiş ve davalı A.Ş.'nin itirazını da reddetmiştir. Yukarıda açıklanan hukuksal nedenlerle, ihtiyati tedbir yoluyla inşaatçı ipoteğinin, tapu siciline geçici tesciline veya şerhine karar verilemez. Aksi halde, ihtiyati tedbir yoluyla uyuşmazlığın esası çözümlenmiş olur. Bu

¹⁰⁵ DUMAN, 2014, s. 197; ALTAY / ESKİOCAK, s. 280.

sebeplerle, ihtiyati tedbire karar verilmesi doğru olmadığı gibi; itirazın kaldırılmasına ilişkin istemin mahkemeye reddi de isabetli olmamıştır."¹⁰⁶

B. Kesin Tescilin Sonuçları

1. Sıra

Sıra ve derece hakkındaki genel hükümler yapı alacağı ipoteğine de uygulanır. Her yapı alacağı ipoteği ilişkin olduğu alacak tutarında, belirli bir rehin derecesi alır. Bu ipotek derecesinin sırasını, tescil tarihi belirler.¹⁰⁷ TMK'nun 896. maddesine göre, hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkârlar ve yükleniciler, kanunî ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar.

Cermen hukukundan kaynaklanan ve Medeni Kanunumuz tarafından benimsenen sabit dereceler sisteminde, rehnin kuruluş tarihleri önem taşımaktadır. Kanun koyucu diğer sınırlı aynı haklar ile taşınır rehninde benimsediği ilerleme sisteminden ayrılarak, taşınmaz rehninde sabit dereceler sistemini kabul etmiştir. Buna göre ipotek paraya çevrildiğinde alacaklılar alacağını ipotek için kurulmuş farazi derecelerdeki önceliğe göre alırlar.¹⁰⁸ Ancak bu genel kuralın istisnası olarak yapı alacağı ipoteği gibi tescile tabi kanuni ipotek haklarının sırası, tescil tarihlerine göre belirlenir.¹⁰⁹ Ancak bir yapıda çalışan yüklenici ve zanaatkarların hepsi de işlerini aynı anda bitirmezler. Yapı işlerinin gereği olarak bazılarının işlerini daha önce, bazılarının ise daha sonra bitebilir. İşini en son bitirenin, sıra bakımından diğer yapı ipoteği alacaklılarından sonra gelmesi, aynı yapıya emek vermiş olanlar arasında alacaklarını elde etme açısından haksızlıklar doğurur.¹¹⁰ Yine iyiniyetli olmayan malike muvazaalı bazı alacaklar için taşınmazı üzerinde sıra bakımından önde gelen rehinler kurma imkanını verebilir. Bu sakıncaların önlenmesi için kanun koyucu yapı alacaklı-

¹⁰⁶ Y.15HD. 21.01.2012 T, 2012 / 4558 E 2012 / 7308 K. (UYAP).

¹⁰⁷ AKINTÜRK, s. 801; KARAHASAN, s. 255; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 978.

¹⁰⁸ DEMİR, Remzi : “ Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Rehnin Paraya Çevrilmesi”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 1, Ankara 2015, s. 293; ERTAŞ, s. 545.

¹⁰⁹ AYBAY / HATEMİ, s. 290; GÜLEŞ, s. 180; KARAHACIOĞLU / DOĞRUSÖZ / ALTIN, s. 169.

¹¹⁰ AKINTÜRK, s. 801; ALTAY / ESKİOCAK, s. 292.

larını hem birbirlerine karşı, hem de muvazaalı işlemlere karşı korumak için TMK'nun 896 ve 897 maddelerini benimsemiştir.¹¹¹

TMK'nun 897. maddesine göre, rehinli taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda yapı alacaklıları alacaklarını tamamen alamazlarsa, ön sıradaki alacaklılardan, alacaklarının ödenmeyen kısmı için tazminat isteyebilirler.¹¹² Alacakları için kanuni ipotek tescil ettirmiş bulunan yapı ipoteği alacaklılarından bazıları, alacaklarını tamamen veya kısmen elde edememişlerse, yapılacak şey, yapı alacaklılarının paylarına düşen miktarın tamamını bu alacaklılara alacakları oranında paylaşmaktır. Örneğin, dört inşaat alacaklısından sadece ikisi hakkını alabilecek durumda ise, bu ikisine düşen miktarın toplamı, dördü arasında fakat alacakları oranında paylaşılır.¹¹³

2. Öncelik Hakkı

Yapı alacaklısı ipoteğinin, kendisinden önce tescil edilmiş taşınmaz rehinlerine karşı bir önceliği olmamakla birlikte, TMK'nun 897 hükmü taşınmazda bir değer artışı sağlamış olmasına rağmen, kendisinden önce başka rehin hakları olduğu için bundan yararlanmayan inşaat alacaklısına, değer artışından öncelikle yararlanma olanağı tanımıştır.¹¹⁴ Bu ipoteğin daha önce tesis edilmiş olan iradi ipotek haklarına karşı bir önceliği yoktur. Rehinin paraya çevrilmesi halinde satış parası iradi ve kanuni ipotek hakları arasında sıralarına göre dağıtılacaktır. Fakat bu şekilde yapılacak dağıtım sonunda yapı alacaklıları alacağının tamamını veya bir kısmını tahsil edemezler ise, karşılanamayan bu yapı alacağı, ön sıradaki rehinli bu alacaklılara öngülenen bu satış bedelinde, arsanın yapısız olarak değerinin çıkarılmasıyla elde edilecek farktan karşılanır.¹¹⁵ Örneğin satış parası bir milyon, arsanın yapısız olarak değeri dört yüz bin lira ise, aradaki altıyüz bin liralık değer artışında, öncelik hakkı bunu yaratan yapı alacaklılarına öngülenecektir. Ancak böyle bir öncelik hakkı, ön sırada bulunan rehinli alacaklıların iyi niyetli olmamaları şartına bağlıdır. Yani onların lehlerine tesis edilmiş olan önceki sırada bulunan rehin haklarının, yapı alacaklılarının zararına oldu-

¹¹¹ AKINTÜRK, s. 801; ERTAŞ, s. 573.

¹¹² AYBAY / HATEMİ, s.290; NOMER / ERGÜNE, s. 61; ALTAY / ESKİOCAK, s. 296; KARAHACIOĞLU / DOĞRUSÖZ / ALTIN, s. 171.

¹¹³ REİSOĞLU, s. 148; DUMAN,2014, s. 197.

¹¹⁴ ERTAŞ, s. 574; ALTAY / ESKİOCAK, s. 293; AKCAN, s. 104; BAYSAL, s. 175.

¹¹⁵ ALTAY / ESKİOCAK, s. 296; KARAHASAN, s.256; .NOMER / ERGÜNE, s. 60.

ğunu bilmeleri veya durum ve koşullara göre bilmeleri kendilerinden beklenmelidir.¹¹⁶

TMK'nun 897/1 maddesinde yer alan emredici düzenlemeye göre, ön sıradaki rehinli alacaklılar, alacaklarını devrederlerse, onların bu haklarını devralan alacaklılar da, yapı alacaklılarının öncelik haklarına katlanmak zorundadır. Bunların iyiniyetli olmaları durumu değiştirmeyecektir.¹¹⁷ Bu nedendir ki, TMK'nun 897 / III maddesi gereğince yapı sahibine, işe başlandığı tapuya işaret edilmişse, ipotekten başka rehin tesisi yasaklanmıştır.¹¹⁸ Yapı alacaklılarının alacaklarını, taşınmazın değerinden ön sıralı derecelerdeki alacaklılar yüzünden kısmen veya tamamen elde edememiş olmaları yeterlidir. Bu haktan, bu konuda bulunanların hepsi birden faydalanır. Ayrıca kendilerine borç ödemedi aciz belgesi verilmesine gerek olmadığı gibi, kendilerinin satış isteminde bulunmuş olmalarına da gerek yoktur.¹¹⁹

Yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği için, taşınmaz üzerinde ön sıralı derecelerde bulunan ve arsa değerini aşan rehin hakları kurulmuş olmalıdır. Arsa değerini aşan bu rehin haklarının mutlaka yapı başlamadan önce kurulması gerekmez.¹²⁰ Yapı devam ederken ve hatta yapı bittikten sonra kurulmaları bile mümkündür. Yeni bir yapı değil de bir onarım veya ek bir yapı söz konusu ise, sadece arsa değeri değil, fakat arsanın üzerinde bulunan eski yapı ile birlikte olan değeri de göz önünde tutulmalıdır.¹²¹ Ön sıralı derecelerdeki rehin hakları iyiniyetli olmamalıdır. Bundan maksat, onların kendi rehin hakları sebebiyle yapı alacaklılarının haklarını tam olarak alamayacaklarını bilmeleri veya bilebilecek durumda olmalarıdır. Yüklenici ve zanaatkarların zarara uğrayacaklarını bilmek, yeni bir rehin hakkının kurulmasından önceki rehinlerin tutarı ile yeni kurulan rehin hakkının tutarının, arsanın rehinin kurulduğu andaki değerini aştığını bilmek demektir.¹²² Ön sıralı derecelerdeki rehin alacaklılarının, yapı dola-

¹¹⁶ KAÇAK, s. 207; ÇETİN, s. 95; KARAHASAN, s. 256.

¹¹⁷ GÜLEŞ, s. 188.

¹¹⁸ GÖREN, s.87; JAVADKHANI, s. 108.

¹¹⁹ AKINTÜRK, s. 803; DUMAN, s. 990; UYUMAZ, s. 248.

¹²⁰ AKINTÜRK, s. 803; GÜLEŞ, s. 188.

¹²¹ AKINTÜRK, s. 803; GÜLEŞ, s. 188.

¹²² AKINTÜRK, s. 804; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 967.

yısıyla meydana gelecek değer artışını göz önünde tutmuş olmaları halinde de iyiniyetli olmadıkları kabul edilir.¹²³

VI. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNDEN ÖNCEDEN FERAGAT EDİLEMESİ

TMK'nun 893 / II maddesine göre, yapı alacaklılarının, yapı alacaklısı ipoteğinden, önceden feragat etmeleri geçerli değildir. Bu madde gereğince, feragat önceden yapılamayacaktır ancak eser akdinin imzalanmasından sonra yapılan vazgeçme geçerlidir.¹²⁴ Başka bir anlatımla feragat sözleşmesi eser sözleşmesi ile aynı anda yapılırsa geçersizdir. Feragat sözleşmesinin batıl olması, eser sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.¹²⁵ Kaldı ki, bu maddenin emredici niteliği gereği yapı alacaklısının eser sözleşmesinin yapılmasından veya yapı alacağını doğuran işin tamamlanmasından önce yapacağı feragat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 27/I maddesine göre kesin olarak hükümsüzdür. Feragat ile ilgili düzenleme eser sözleşmesi içerisinde yer alıyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 27/I hükmü doğrultusunda yalnız bu düzenleme kesin hükümsüz olacak ancak sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.¹²⁶ Eser akdinin imzasından sonra ilk yüklenicinin kanuni ipotek hakkından vazgeçmesi, alt yüklenicilerin ve zanaatkarların kanuni ipotek haklarını zedelemez.¹²⁷

VII. YAPI İPOTEĞİNİN SONA ERMESİ

Yapı alacağı ipoteğinin sona ermesinin ilk durumu terkindir. Tescil ile kurulan hak terkin ile sona erdirilir. Terkin, tapu sicilinde mevcut bir kaydın hüküm ifade etmemesi için yapılan bir işlemdir.¹²⁸ TMK'nun 1014 maddesi uyarınca, bir aynı hakkın terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılacaktır. Yapı alacağı ipoteğinin terkin için, hak sahibi yapı alacaklılarının haktan feragat beyanları yeterli olup, terkinden yararlanacak kişilerin rızası aranmayacak-

¹²³ REİSOĞLU, s. 189; SAYMEN / ELBİR, s. 636.

¹²⁴ ALTAY / ESKİOCAK, s. 291; GÜLEŞ, s. 170; AYBAY / HATEMİ, s. 289; ÖZTAN, s. 933.

¹²⁵ AVCI / ORUÇ, s. 112; REİSOĞLU, s. 137; ALTAY / ESKİOCAK, s. 291.

¹²⁶ AKCAN, s. 98.

¹²⁷ REİSOĞLU, s. 138.

¹²⁸ GÜLEŞ, s. 202.

tır.¹²⁹ Eğer yapı ipoteği alacaklısı, silmeye yanaşmayacak olursa, malik mahkemenen tescilin silinmesi konusunda bir karar verilmesini isteyebilir.¹³⁰ Yapı ipoteğine konu taşınmazın yok olması veya kamulaştırılması gibi durumlarda da yapı alacağı sona erecektir.¹³¹ Kamulaştırma durumunda yapı alacağı hakkı yalnızca taşınmaz üzerinde sona erer.¹³²

VIII. SONUÇ

Yapı alacaklısı ipoteği, bir taşınmaz üzerinde yapılan inşaat veya sair işlerde malzeme vermek suretiyle veya bedenen çalışıp malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar lehine doğan alacakları teminen o taşınmaz üzerinde doğan kanuni rehin hakkı olarak tanımlanmaktadır. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkını eşyaya bağlı borç niteliğinde kabul eden görüşte isabet bulunmaktadır. Zira yapı alacaklısı ipoteğinin kanun koyucu tarafından konuluş sebebi nazara alındığında taşınmaz malikinin, malikin iflası halinde iflas masası ve taşınmazın sonraki malikleri tescil istemine katlanmakla yükümlüdür.

Asıl yüklenici, alt yüklenici ve zanaatkarlar yapı alacaklısı sıfatını haiz kişilerdir. Sadece malzeme verenler veya satanlar ile mimarlar, mühendisler, işçiler ve çıraklar ise yapı alacaklısı sayılmazlar. Taşınmaz malikinin asıl yükleniciye karşı sahip olduğu bir alacağını, alt yüklenicinin inşaat alacağı ile takas edemez. İnşaat işinin idare yani kamu tüzel kişiliğine ait olması halinde inşaat alacaklısının yapı alacağı ipoteğinin konusunu oluşturmaz.

Yapı ipoteğinin tescili için, malik tarafından yapı alacakları için yeterli güvencenin gösterilmemiş olması gerekir. Alacak çekişmemeli olmamalı, yani malik alacağın varlığını kabul etmiş, alacağı tanımış olmalıdır. Yapı alacağı ipoteği talebi, üç aylık hak düşürücü süre içinde yapılır. Üç aylık sürenin başlangıcı, muhtemel alacaklar için taahhüt tarihi, doğmuş alacaklar için de işlerin bitim tarihidir. İnşaat alacaklıları çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan itibaren ipotek hakkının tescilini isteyebilirler.

¹²⁹ DUMAN, 2014, s. 199.

¹³⁰ DUMAN, 2014, s.199; UYUMAZ, s. 255.

¹³¹ DUMAN, 2014, s. 199.; UYUMAZ, s. 255.

¹³² JAVADKHANI, s. 110.

Yapı alacağı ipoteğinin tescil edilebilmesi için sadece yüklenicinin başvurusu yeterlidir. Malikin de tapu siciline gitmesi gerekmez. Taşınmaz maliki, iş yapılmış olmasına rağmen, alacağı tanımaktan kaçınırsa, yük miktarını mahkeme takdir edecektir. İnşaat alacağı malik tarafından kabul edilmemiş ve ipotek alacaklısının alacak miktarı kesin olarak belli olmayan durumlarda yapı alacağı ipoteğinin geçici tescili söz konusu olur. Yüklenici, geçici tescille inşaatçı ipotek hakkını sonraki iyiniyetli maliklere karşı da öne sürebilme yetkisini kazanmış olur.

Tescile tabi kanuni ipotek haklarının sırası, tescil tarihlerine göre belirlenir. Tescil ile kurulan hak terkin ile sona erdirilir. Yapı ipoteğine konu taşınmazın yok olması veya kamulaştırılması gibi durumlarda yapı alacağı sona erecektir. İpotek alacağına bağlı fer'i bir hak olduğundan, alacağın herhangi bir nedenle sona ermesi de yapı ipoteğini sona erdiren bir durum sayılacaktır.

KAYNAKÇA

AKCAN, Cansın: " Yapı İpoteği", Ankara Barosu Dergisi, S. 5, Ankara 1991, s. 69-110.

AKIN, Levent: " İnşaatçı İpoteği", Ankara Barosu Dergisi, S. 2018/2, Ankara 2018, s. 751 – 769.

AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.

AKİPEK, Jale G. : Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar , Ankara 1974.

ALTAY, Sümer / **ESKİOCAK**, Ali : Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007.

AVCI, Ali / **ORUÇ**, Buket Köksal : " İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)", Hukuk Dergisi, Türkiye Noterler Birliği, Yıl: 1, S.2, Ankara 2014,s. 93-123.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 4. Bası, Konya 2012.

AYBAY, Aydın: Tapu Siciline Muvakkat Tescil, İstanbul 1962.

AYBAY, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2012.

AYDOĞDU, Murat / **KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.

BAYSAL, Başak : “ Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar “, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan” Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.s. 149-179.

BİÇAKÇI, Levent : ‘Yapı Alacaklısı İpoteği’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.45, S. 1 – 4, s. 537 – 568.

BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

CAN, Mertol : ‘Yeni Medenî Kanunun İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapıp Yapmadığı Meselesi’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1 – 2, Ankara 2004, s. 49 – 56.

ÇABRİ, Sezer : “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (TMK m. 897/1)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, İzmir 2017, s. 377-413

ÇETİN, H. Soner: İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi, Ankara 2004.

DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.

DEMİR, Remzi : “ Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Rehnin Paraya Çevrilmesi”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 1, Ankara 2015 ,s. 291-337.

DUMAN, İlker Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010.

DUMAN, İlker Hasan ; " İnşaatçı İpoteği", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınevi, C. 9, S. 100, 2014 Aralık, s. 189-200.

EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınevi, 11. Baskı, İzmir 2014.

ESENER, Turhan / **GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.

GÖREN, Serdar: Rehin Türü Olan İpotek, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.

GÜLEŞ, Bedia: Türk Hukukunda Yapı İpotegi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 1, Vedat yayıncılık, İstanbul 2012.

JAVADKHANI, Sheida: Türk Hukukunda İpotek, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016.

KAÇAK, Nazif: İpotek ve İpotegin Paraya Çevrilmesi, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013.

KAÇARAN, Hümeysra : "Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı", Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1363-1398.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / **DOĞRUSÖZ**, M. Edip / **ALTIN**, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Eşya Hukuku, Cilt : 2, Beta Basım, İstanbul 2002.

KÖPRÜLÜ, Bülent / **KANETİ**, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1983.

KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

NOMER, Halik Nami / **ERGÜNE**, Mehmet Serkan : Eşya Hukuku, Cilt :II, Onikilevha, İstanbul 2016

OĞUZ, Cemal : " Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu " , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, s. : 61-75.

OĞUZMAN, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY – ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

ÖZ, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

REİSOĞLU, Safa: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961.

SAYMEN, Ferit – **ELBİR**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963.

SELİMOĞLU, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

SEROZAN, Rona: “ Taşınmaz Rehni”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 2, İstanbul 2006, s. 301-324.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

SÜMER, N. Binnur : " Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanunî İpotek Hakkı", Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 601-615.

SÜRAL, Nurhan: Müteahhit ve İşçilerin Yasal İpotek Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, S. 6, Ankara 1980.

SÜTÇÜ, Nezih : “ Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağı İçin Yüklenicinin Kanuni İpotek Hakkı (TMK m. 893) Var Mıdır? ”, Yargı Dünyası, S. 182, İstanbul 2011, s. 13-25.

ŞENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi : “ İşçi İpoteğinin Tescili İsteme Hakkının Mahiyeti”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 4, İstanbul 1969, s. 133-139.

UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli – İctihatlı), C. IV, “Eşya Hukuku”, Ankara 2002.

UYUMAZ, Alper : "Yapı (İnşaatçı) İpoteği", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1–2, Erzincan 2008, s.225 – 258.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1983.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2014.

HAVALE

Remittance

*Av. Gülşah İSLAMOĞLU**

ÖZET

Havale, çifte yetkilendirme ihtiva eden ve üçlü ilişki kuran bir hukukî işlemdir. Bahse konu yetkiler, havale ödeyicisine verilen ödeme yetkisi ve havale alıcısına verilen ödemeyi kabul yetkisidir. Havalenin köşelerini oluşturan üç taraf arasında üç farklı ilişki meydana gelmektedir. Bu ilişkiler; karşılık, bedel ve havale ilişkisidir. Havale iradesini açıklayan havale eden ile havale ödeyicisi arasındaki ilişkiye karşılık ilişkisi denir. Havale edenle alıcı arasındaki ilişki, bedel ilişkisidir. Havale ödeyicisinin kabul açıklamasıyla kurulan, havale ödeyicisi ve havale alıcısı arasındaki ilişkiye de havale ilişkisi denir. Havale soyut bir işlem olup, karşılık ve bedel ilişkilerinden bağımsızdır. Bu sebeple havalenin bir borcun ifası için gerçekleştirildiğinin yazılı olarak ispatlanması gerekmektedir. Havalenin gerçekleşmesi şekil şartına bağlı değildir. Havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilmektedir.

Bu makalede, havale hakkında temel bilgiler verilmiş, havalenin tanımı ve özellikleri, benzer işlemlerle ilişkileri, havaleye katılan tarafların üçlü ilişkileri ve havalenin sona ermesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Havale, Üçlü İlişki, Kripto Para, Akreditif, Kredi Kartı.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, Avukat, islamoglugul-sah@gmail.com, (ORCID-ID: 0000-0002-3785-4603).

Makale Geliş Tarihi: 23.06.2019

Makale Kabul Tarihi: 02.09.2019

ABSTRACT

Remittance is a triangular relationship and it involves double authority. Remitter gives the authority of payment to sender and collecting power to drawee. There are three different relationships between the three sides that form the corners of the remittance. These relationships are cover, value and remittance relationships. Cover relationship is between the remitter who is explaining want to transfer and the remittance payer. Value relationship is between the remitter and remittance receiver. Remittance relationship is between the remittance payer and remittance receiver. Remittance is an abstract transaction and it is independent of the relationship of value and cover. So, it is necessary to prove in writing that the transfer is carried out for the performance of a debt. The remittance is not dependent on the shape condition. The remitter can always take back the authorization given to the transfer recipient.

In this article, basic information of remittance, legal framework of remittance systems, definition of remittance, feature of remittance, relationships with similar transaction, triangular relationships between sides of remittance and the end of the remittance are explained.

Key words: Remittance, Triangular Relationship, Cryptocurrency, Letter of Credit, Credit Card.

GİRİŞ

Üçlü bir hukukî işlem olan havale ile üçüncü şahıs aracılığıyla ödeme işlemi gerçekleştirilmektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen havale, kıymetli evrak hukuku ve banka hukukunun da temelini oluşturmaktadır. Poliçe, çek, banka havalesi ve akreditifin farklılıkları bulunsa dahi temelleri havaleye dayanmaktadır. Havale işleminin gerçekleştirilebilmesi için, bir aracı kuruma ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple, üç taraflı bir hukukî işlem söz konusudur. Havale, banka havalesi aracılığıyla gerçekleştirilen, nakdî olmayan ödeme işlemlerinin ve kredi kartı işlemlerinin de temelini oluşturmaktadır. Burada ise, paranın nakden ödenmesi değil, kaydî paranın hesaptan hesaba aktarılması söz konusudur.

I. HAVALENİN TANIMI

TBK m. 555 hükmünde havalenin tanımına yer verilmiştir. Buna göre

havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukukî işlemdir. Havale, hukukî nitelik olarak satış, kira, eser sözleşmeleri gibi bir sözleşme olmayıp, tek taraflı bir hukukî işlemdir ve üçlü bir ilişkiye dayanmaktadır¹.

İngiliz bankacılarının ödemelerin banka kayıtlarıyla gerçekleştirildiği yeni bir yöntem (kaydı para) bulmalarıyla maden ve kağıt paralar yanında, maddi bir görünümü olmayan, sadece banka kayıtları üzerinde görülen ve hak sahibinin her zaman ödeme amacıyla kullanabildiği, kaynağını kredi kurumlarındaki alacakların teşkil ettiği yeni bir para türü oluşmuştur. Bu yeni para türünde yani kaydı para, bir finans kuruluşundaki hesap sahibi, hesabı tutan söz konusu finans kurumunu, kendi hesabının belli bir meblağ ile borçlandırılması ve bu borçlanılan meblağın bir üçüncü şahsın hesabına alacak olarak kaydedilmesi için görevlendirmektedir².

Havale uygulamada³, daha çok banka havalesi şeklinde görülmekte olup, bu sayede ticarî hayatta nakit para kullanılmaksızın ödeme yapılabilir. Banka havalesi, talimat verenin hesabından bir miktar paranın, başka bir hesaba kaydı (hesaptaki para) olarak devredilmesidir. Burada, gerçek bir paranın değil havale edilen tutarın bir hesaptan alınıp başka bir hesaba alacak kaydedilmesi şeklinde kaydı paranın tedavülü sağlanmakta olup, nakdî olmayan bir ödeme işlemi söz konusudur⁴. Böylelikle paranın kendisine taşınır özelliği veren fiziksel varlığı ile ilişkisi son bulmakta ve para tamamen kaydı bir değer olarak işlem görmektedir⁵. Bunun yanında havale, poliçe ve çek şeklinde kıymetli evrak açısından da önemli bir role sahiptir. Kredi kartıyla yapılan ödemelerin temelini de havale oluşturmaktadır. Havale ile bir işgörme ilişkisi kurulsa da bu, onun sözleşme olduğunu göstermemektedir. Havale, üçlü ilişkide bir ifa biçimi

¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 919.

² ŞENER, Oruç Hami, "Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdî) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, 2007, s. 471.

³ Havale uygulamada; banka havalesi, nakdî olmayan ödeme yollarında kullanılan doğrudan havale, akreditif, posta veya ciro sözleşmesine dayalı banka havalesinde görülmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 255.

⁴ KOCAMAN, Arif B., "Banka Havalesi-Kavram ve İşlemin Köşeleri Arasındaki İlişkiler-", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 693.

⁵ ÖZ, Turgut, "Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme", KHÜHFD, C.5, S.1, 2017, s. 141.

olup ifanın amaç veya sebebi değildir⁶. Bu sebeple bahsi geçen hukukî işlem, iş görme borcu doğurmamaktadır⁷. Ancak, havalenin iş görme niteliğinin bulunması sebebiyle iş görmeye yönelik sözleşmelerle aynı bölümde düzenlenmektedir⁸.

II. HAVALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Havale ilişkisinin hukukî niteliği, doktrindeki görüşlere göre çeşitlere ayrılmaktadır.

A. Sözleşme Görüşü

En eski görüşe göre, havalenin hukukî niteliği vekâlet sözleşmesidir⁹. Havale, gönderenin gönderilene ödeme vekâleti ve kendisine gönderilene ise alma vekâleti verilmesi şeklinde tanımlanmakta olup, vekâlet görüşü eski İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki havale ilişkisinin temelini oluşturmuştur¹⁰. Buradaki vekâlet, üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, ödeme veya alıkoymaya hem yetkili hem de bununla yükümlü olmaktadır, vekil için burada bir borç doğmaktadır. Havale ilişkisinde ise, havale gönderenin yetki vermesi, gönderilen için ödeme yükümlülüğü olmadığı gibi kendisine gönderilen için de kabul yükümlülüğü doğurmamaktadır¹¹. Havale gönderenin tek taraflı işlemi, diğer kişilere bir borç yüklememektedir¹². Havalenin kabulü, vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir öneri olarak kabul edilememektedir. Taraflar arasındaki temel ilişkide, havale ile verilen ödeme yetkisi temel ilişkiden bağımsızdır. Vekâlet, sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır, havale bir kerelik para ve diğer şeylerin tedavülünü sağlamaktadır. Vekâlette, müvekkil, vekili her zaman azledebilmekteyken,

⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 920.

⁷ YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 1333.

⁸ ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 645.

⁹ KOCAMAN, Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara, BTHAE, 2001, s.1; TÜRK, Ahmet, Hukukî Yönden Banka Havalesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 37.

¹⁰ ÖZAKMAN, Cumhur, "Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü", İÜHFMD, C.41, S.1-2, 1975, s. 263.

¹¹ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 263.

¹² YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1334.

havalenin kabulü halinde ödeme yetkisinin geri alınması mümkün değildir. Vekâlet ilişkisinin sona ermesiyle havale ilişkisinin sona erme halleri de yine farklılık göstermekte olup, sadece havale edenin iflası, henüz kabul edilmemiş havalenin hükümsüzlüğünü doğurmaktadır¹³.

B. Temsil Yetkisi Görüşü

Havale ilişkisini, vekâlet sözleşmesine dayandıran görüşün yerini zamanla temsil yetkisi görüşü almıştır. Kabul (kabz) yetkisi almış olan kimse de ödeme için temsil yetkisi verilen kimse de doğrudan temsilde, temsil ettikleri kişi adına hareket etmekteyken havale ilişkisinde bu durum farklıdır. Çünkü; havalede, havale edenin havale alıcısına ve havale ödeyicisine verdiği yetki, temsil yetkisinden farklı bir yetkidir¹⁴. Havale ilişkisinde, havale ödeyicisi ve alıcısı tamamen kendi adlarına hareket edip, ödemede ve kabzda bulunmaktadır¹⁵.

C. Çifte Yetki Görüşü

Çifte yetki görüşüne göre, havale eden havale ödeyicisine ifada bulunma yetkisi verirken, havale alıcısına da havale ödeyicisi tarafından yapılan ifayı kabz (kabul) yetkisi vermektedir. Bu sebeple havale ilişkisi bir sözleşme olmayıp, havale ödeyicisine havale eden tarafından verilen yetki, havale ödeyicisi tarafından kabul edilmediği takdirde ifada bulunma yükümlülüğünü meydana getirmemektedir¹⁶.

TBK m. 555 hükmünün gerekçesinde de havalenin bir sözleşme olmayıp, çifte yetkilendirme içeren bir hukukî işlem¹⁷ olduğu kabul edilmiştir. Doktrinde¹⁸, havalenin çifte yetkilendirmesinin her biri bağımsız hukukî işlem niteli-

¹³ TÜRK, a.g.e., s. 40.

¹⁴ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 256.

¹⁵ TÜRK, a.g.e., s. 41.

¹⁶ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1335.

¹⁷ Hukukî işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeni sınırları içerisinde, gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelik irade açıklaması veya açıklamalarından meydana gelen hukukî bir olgudur. İrade açıklamasının yönelmiş olduğu sonuç bir hukukî ilişkinin kurulması olabilir. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 120.

İrade açıklamasının havaledeki hukukî işlem sonucu ise, havale ilişkisinin kurulmasıdır.

¹⁸ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 255.

ğindeki iki ayrı yetkilendirme işlemi olduğu görüşü bulunsa da eski Borçlar Kanunu'nda havalenin sözleşme olarak nitelendirilmesinin yanlış olması sebebiyle yeni Kanun'da hukukî işlem nitelendirmesi yapılmıştır. Havale gönderen ve havale gönderilen arasındaki herhangi bir ilişki sebep gösterilmeksizin yalnızca havale gönderilene ödeme yetkisi verildiği için havalenin soyut bir işlem kabul edilmesi gerekmektedir¹⁹. Tahsil için temsil yetkisi verilen kimse, kendisine yapılan ödemeyi, alacaklıya yapılması gereken bir ödeme olarak onun adına ve hesabına kabul etmekte olup, parayı kabz ettiği zaman temsil ettiği kişi adına, belirli bir sebep göstererek, kendisine ödeme yapan kişiye makbuz vermektedir²⁰. Havale ilişkisinde, gönderilen ödemenin, bir edimin karşılığı olduğu ispat edilememektedir²¹. Havale ödeyicisi, ödemede bulunacağı zaman bunu kendi adına havale eden hesabına yapmaktadır²².

III. HAVALEYE BENZER HUKUKİ İŞLEMLER

A. Akreditif - Havale İlişkisi

Uluslararası ticarî hayatın gelişmesiyle birlikte, farklı ülkelerdeki birbirlerini tanımayan insanların ticareti bakımından, alıcı ve satıcı açısından güven verici bir ödeme yönteminin oluşturulması, uluslararası bankacılık sistemleri tarafından araştırılmıştır. Ticarî hayatın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla uygulamada ortaya çıkan, kendine özgü bir yapısı bulunan akreditif, akdî borç ilişkisidir ve ödeme aracı olarak kullanılmaktadır²³. Akreditif amiri ile lehtar arasındaki satış veya benzeri sözleşmede ödemenin akreditif ile yapılabileceği kararlaştırılmaktadır. Akreditifin açılması bu sözleşmeye dayanabilse de, akreditif sözleşmesinin niteliği, satış sözleşmesinden bağımsızdır²⁴. Bu işleme, akreditif amiri, akreditif bankası ve lehtar olmak üzere asgarî üç taraf katılmaktadır. İthalatçı ve ihracatçı, belirli malların teslimini öngören sınıraşırı bir satış sözleşmesinde, ödemenin akreditif yoluyla yapılacağına ilişkin akreditif şartının sözleşmeye eklenmesini kararlaştırmaktadır. İthalatçı, ihracatçı lehine bir akreditif

¹⁹ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 266.

²⁰ KOCAMAN, Arif B., "Havalenin Hukukî Niteliği Üzerine", AÜSBFD, C.49, S.1, 1994, s. 297.

²¹ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 266.

²² ÖZAKMAN, a.g.m., s. 268.

²³ DOĞAN, Vahit, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 27.

²⁴ BOZKURT, Sevgi, Akreditifin Uygulanması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.5.

açtırma ve satış bedelini bu yolla ödeme borcunu yüklenirken; ihracatçı da satış konusu malları teslimi ve belirli bir vadede mala ve taşımaya ilişkin belgeleri ibraz etme borcunu yüklenmektedir²⁵.

Uluslararası ticarete, sözleşmenin ifası aynı ülkede yapılamadığı için malın teslimi ile bedelin ödenmesi aynı zamanda gerçekleşmemektedir. İhracatçı sattığı malın bedelini alacağından emin olmayı, ithalatçı da sözleşme konusuna uygun şekilde malı teslim almayı istemektedir. Bu sebeple akreditifte, banka, malların akreditif şartlarına uygun teslim edildiğine ilişkin belgeler ibraz edilmeden ödemede bulunmaz. Akreditif, bu yönüyle teminat işlevine sahiptir²⁶. Akreditifte borçlu borcunu bizzat ödememekte; aksine, taraflarca kararlaştırıldığı üzere ödeme, üçüncü bir kişi aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Buradaki ödeme fonksiyonunu sağlayan durum, akreditif açılması değil, bankaya gerekli belgelerin ibraz edilmesi olup, ifa uğruna yapılan bir ödeme söz konusudur²⁷. Bankanın, kendi müşterisinin talebi üzerine, temel ilişkinin alacaklısı lehtara akreditif açması, müşterisine kredi vermesi anlamına gelmemektedir. Bu sayede, banka, temel ilişkinin borçlusunu olan müşterisinin para borcunu ifa etmesine aracılık etmektedir²⁸. Bankadan akreditif açılması talebinde bulunan kişi, akreditif bedelini nakit olarak bankaya yatırırsa da bankanın müşterisine kredi açması bunu kabul ettiği takdirde mümkündür. Kendisinden akreditif talep edilen banka, talebi kabul etmesi halinde, müşterisi ile genel kredi sözleşmesi imzalamaktadır. Bankanın akreditif açarak ödeme vadedine girmesi, akreditifin kredi olduğuna ilişkin bir izlenim uyandırır²⁹ da kural olarak akreditifin kredi fonksiyonu bulunmamaktadır³⁰.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda akreditif, havale olarak nitelendirilmekle birlikte, iki kurum arasında farklar bulunmaktadır³¹. Havalede tek taraflı bir hukukî işlem ile çifte yetki verilmektedir. Ayrıca, tek taraflı işlem olması sebebiyle havale karşılıklı borç doğurmamaktadır. Lehtara ödemede bulunma konu-

²⁵ KAYA, Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukukî Durumu*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995, s. 9.

²⁶ BOZKURT, a.g.e., s. 18.

²⁷ BOZKURT, a.g.e., s. 19.

²⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 42.

²⁹ ERDOĞAN, İhsan, *Akreditif Sözleşmeleri*, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2000, s. 25.

³⁰ DOĞAN, a.g.e., s.43; REİSOĞLU, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, Ankara, 1995, s. 3.

³¹ TEKİNALP, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 573.

sunda banka yetkili kılındığı için burada, yükümlülük değil yetki söz konusudur. Akreditifin banka tarafından kabulü, bankaya ödemeye ilişkin verilen vekâlet bakımından da aynı sonucu doğurur³². Lehtarın bankaya karşı bir alacak hakkı bulunmamakta, bankanın havaleyi kabul etmesi halinde lehtar ile banka arasında soyut bir borç ilişkisi meydana gelmektedir³³.

B. Havale- Alacağın Devri Arasındaki İlişki

Sözleşme veya işin niteliğine aykırı olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilmektedir (TBK m. 183). Bu durumda, alacak hakkı, devralan üçüncü kişiye geçmektedir³⁴. Alacağın devrinde, alacağı devralan, alacaklının temsilcisi değil, doğrudan alacaklı haline gelmektedir³⁵. Havale ilişkisinde ise, havale alacaklısına sadece havale ödeyicisinin yapacağı ödemeyi kendi adına kabz etme yetkisi verilmekte, bunun dışında bir alacak hakkı devredilmemektedir³⁶. Havale de alacağın devri de bir hukukî işlemdir. Alacağın devri sebebe bağlı bir işlemdir. Bu sebeple borçlandırıcı bir işlemin bulunması gerekir. Alacağın devrinde sözleşmeden, vasiyetnameden veya kanundan doğan bir borç bulunur³⁷. Havalede ise ilişkinin kurulması için bir sebebin olması gerekmemektedir. Taraflar havalenin bir sebebe bağlı olduğunu ayrıca açıklamak durumundadır. Alacağın devrinde, devrin konusunu yalnızca borç ilişkisinin içerdiği alacak oluşturmaktayken³⁸, havale konusu şeyler para, kıymetli evrak ve misli eşyadır (TBK m. 555). Alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekil şartına bağlıdır. Buradaki şekil şartı, sadece alacağı devreden beyanıdır³⁹. Havalenin ise, yazılı şekil şartı bulunmamakta ve işlem ispat kolaylığı açısından yazılı gerçekleştirilmektedir.

³² ULUÇ, Mehmet R., “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, BATİDER, C.3, S.3, 1966, s. 458.

³³ BAHTİYAR, Mehmet, “Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar”, BATİDER, C.15, S.3, 1990, s. 76.

³⁴ Alacağın devrinde, alacak aynı kalıp, alacaklı değişmektedir. Borçlunun borcu aynı kaldığı ve hukukî konumu değişmediği için borçlu alacağın devrinden kural olarak olumsuz etkilenmemektedir. Bu sebeple yalnızca alacaklının devir beyanının bulunması yeterli kabul edilmektedir. TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 517.

³⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 1252.

³⁶ KOCAMAN, Havale, s. 20.

³⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 1258.

³⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 1262.

³⁹ NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 492.

C. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı, bağımsız bir sözleşme tipi değildir⁴⁰. TBK m. 129/f.2 hükmünde, üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olan kişilerin de tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Burada, sözleşmenin tarafları dışında bir kişiye karşı, edimin yerine getirilmesi üstlenilmektedir⁴¹. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, karşılıklı irade açıklamalarının uyuşması gerekmektedir, havale sözleşme olmadığı için buna ihtiyaç yoktur⁴². Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat eden kişinin borcunun kaynağını sözleşme oluşturmaktadır. Havalede ise, havale alıcısı, kendisine karşı bildirilen kabul açıklamasıyla bir talep hakkı elde etmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat eden borçlu olup, üçüncü kişi veya haleflerine karşı üstlendiği borcu ifa ile yükümlüdür. Havalede ise, havale ödeyicisine havale alıcısına karşı bir ifade bulunması için yetki verilmekte olup yükümlülük söz konusu değildir⁴³. Havalede hukukî işlemin üç tarafı bulunmaktayken, üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtar sözleşmeye taraf değildir ve sözleşmenin hüküm doğurması için lehtarın belirlenebilir olması yeterli bulunup, sözleşmeye ilişkin bilgisinin varlığı bile etkili olmamaktadır⁴⁴.

D. Kredi Kartı

Elektronik ödeme yöntemlerinden olan kredi kartında dörtlü bir ilişki bulunmaktadır. Kredi kartları, kart çıkaran kuruluşla anlaşması bulunan bütün iş ve satış yerlerinde mal ve hizmet alımlarının nakitsiz ödenmesini sağlamaktadır⁴⁵. Kredi kartını çıkaran kart şirketleri, kartı kullananlar, kart kullanıcılarına mal satan veya hizmet sunanlar ile banka bu dörtlü ilişkinin taraflarıdır. Buradaki sözleşmeler birbirinden bağımsız olup, her biri diğerini etkilemektedir. Kart kullanıcısının sadece kredi kartı şirketi ile anlaşması olan bir işyerinde kredi kartını kullanabilmesi sözleşmelerin birbirlerine etkisini göstermektedir⁴⁶.

⁴⁰ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 449.

⁴¹ OĞUZMAN/ ÖZ, a.g.e., s. 450.

⁴² EREN, Özel Hükümler, s. 923.

⁴³ KOCAMAN, Havale, s. 20.

⁴⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, a.g.e., s. 453.

⁴⁵ YÜKSEL, A. Sait/ YÜKSEL, Aslı/ YÜKSEL, Ülkü, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 10. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004, s. 315.

⁴⁶ BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukukî Bir Bakış”, İÜHFİM, C.73, S.2, 2015, s. 177.

Kredi kartı kullanıcısı bir mal veya hizmet satın aldığı anda bunun bedelini nakit olarak ödemeyip, ödemeyi kredi kartı ile yapar. Bu takdirde, kullanıcı, kart şirketine, satıcıya aldığı mal veya hizmetin bedelinin ödenmesi için bir harcama belgesi imzalayıp vermektedir. Harcama belgesi, alıcı durumundaki kredi kartı kullanıcısının mal veya hizmetin bedelinin satıcıya ödenmesi için kredi kartı şirketine verdiği bir talimattır. Harcama belgesinin imzalanarak satıcıya verilmesi, ifa uğruna edim olarak kabul edilmektedir⁴⁷.

Kredi kartı ile ödemede POS (Point of Sale veya Point of Service) cihazı da kullanılabilir. Mal veya hizmet satın alan kişi kredi kartını POS cihazına takarak ödeme yaparken, karttaki bilgiler okunur, alıcının banka hesabı ile bağlantı sağlanır ve ürün veya hizmetin bedelinin satıcının hesabına ödenmesi bildirilmiş olur. Alıcının hesabından satıcının hesabına para aktarılması kart şirketi ile üye işyeri sahibi arasındaki sözleşmeye göre gerçekleşir. POS cihazı ile yapılan ödemede, borçlu doğrudan kart şirketine ödeme yapılması hakkında talimat vermektedir. Harcama belgesinin imzalanması burada söz konusudur. POS ile yapılan ödemelerde de ifa uğruna edim bulunmaktadır⁴⁸.

E. Kripto Para ve Transferi

Para, insanların ekonomik işlemlerini gerçekleştirmeye yarayan mübadele aracıdır, son yıllarda, bağımsız bir kurum veya banka tarafından verilmeyen, egemen bir gücün onayıyla üretilmeyen ve fizikî nitelikleri olmayan yeni bir dijital enstrüman sınıfı yaratılmıştır. Bu araçlar bir para birimi olarak kullanılabilir olduğundan, bunlar "elektronik para birimi", "dijital para birimi", "sanal para birimi" veya "şifreleme para birimi" olarak isimlendirilmektedir⁴⁹. Kripto paranın bir çeşidi olan Bitcoin, kanunî düzenlemesi ve tedavülü bulunmayan, sanal bir topluluk içerisinde kabul edilen hukukî niteliği henüz belirlenmemiş kendine özgü bir para birimidir. Bitcoin kuru, pazardaki arz ve talebe göre değişmektedir⁵⁰.

Blockchain teknolojisi internet protokolüne benzetilmektedir. Burada, her bir protokolün potansiyeli, teknolojinin üzerine yeni bir servis katmanı uy-

⁴⁷ ŞEKER, Muzaffer, "Elektronik Ödeme Sistemleri", İTÜSBD, Y.10, S.20, 2011, s.60.

⁴⁸ ŞEKER, a.g.m., s. 61.

⁴⁹ CVETKOVA, Irina, "Cryptocurrencies Legal Regulation", BRICS Law Journal, C.5, S.2, 2018, s. 129.

⁵⁰ BOZKURT-YÜKSEL, a.g.m., s. 200.

gulanmasından sonra gerçekleştirilmektedir. 2007-2009 finansal krizlerinin yaşandığı ve bankalara güvenin azaldığı dönemde, Satoshi Nakamoto takma isimli, kimliği bilinmeyen bir kişi veya aracı, gelenek halindeki bankacılık sisteminden farklı Bitcoin'i piyasaya sürmüştür. Bitcoin, merkezî olmayan bir protokolle çıkarılan⁵¹, daha şeffaf⁵², daha etkili bir ödeme sistemi olan ilk ve en yaygın⁵³ kripto para birimi niteliğindedir⁵⁴. Nakamoto, Bitcoin ağının çalıştığı bir algoritmik ağ geliştirmiştir⁵⁵. Kripto para birimi, ödemelerin bir aracıya ihtiyaç duymadan, doğrudan bir taraftan diğerine gönderilmesine olanak sağlayan eşler arası (peer to peer "P2P") bir elektronik para birimidir. Merkezî bir otorite yerine kullanıcıları tarafından desteklenmekte olup, ödeme emirlerini doğrulamak için banka veya kredi kartı şirketi gibi işlemin üçüncü tarafındaki bir aracıya ihtiyaç duymadığı için eşler arasında bir işlemdir⁵⁶. Blockchain sanal para birimini vurgulayıp, teknoloji ve protokol uygulamalarını sözleşmelere göre izole etmekte ve teknolojik uygulamaların finans ve piyasaların ötesine genişlemesini sağlamaktadır⁵⁷.

Finansal teknoloji (FinTech), blockchain teknolojisi ve ilgili akıllı sözleşmelerin geliştirilmesi, finansal sistemdeki işlem maliyetlerini yeniden şekillendirme potansiyeline sahiptir. Akıllı sözleşmeler bir otomasyon işlemi olup, kanunî değil, bilgisayar kodlu kriptografik olarak doğrulanan modüllerdir. Bu programların kendi kendilerine çalışmasıyla blockchain dijital varlıkları aktarılmaktadır. Akıllı sözleşme protokolü, bilgisayar kodu olarak, belirli yükümlülüklerin yerine getirildiğini saptayabilmekte⁵⁸ ve sözleşmenin şartlarının yerine

⁵¹ SCHROEDER, Jeanne L., "Bitcoin and the Uniform Commercial Code", University of Miami Business Law Review, C.24, S.1, 2015-2016, s. 10.

⁵² Şeffaflık özelliği ile blockchainin işlem geçmişi ve mal sahibi kimlikleri takip edilebilmektedir. Bkz. PAN, a.g.m., s. 468.

⁵³ HEWITT, Evan, "Bringing Continuity to Cryptocurrency: Commercial Law as a Guide to the Asset Categorization of Bitcoin", Seattle University Law Review, C.39, 2016, s. 619.

⁵⁴ ROSS, Elisabeth Sara, "Nobody Puts Blockchain In A Corner: The Disruptive Role Of Blockchain Technology In The Financial Services Industry And Current Regulatory Issues", The Catholic University Journal Of Law&Technology, C.25, S.2, s. 355.

⁵⁵ HEWITT, a.g.m., s. 623.

⁵⁶ ALBERTS, Jeffrey E./ FRY, Bertrand, "Is Bitcoin a Security?", Journal of Science&Technology Law, C.21, S.1, 2015, s. 3.

⁵⁷ ROSS, a.g.m., s. 359.

⁵⁸ Blockchain teknolojisinde, Bitcoin merkezi olmayan bir halka açık deftere kaydedilmeden önce işlemleri doğrulanması için şifreleme kullanılmaktadır. Bitcoin protokolü, bitcoin işlemlerini doğrulamak ve güvenceye almak için ortak anahtar şifrelemesi kullanır. Bu şekilde Bitcoin protokolü, güvenli elektronik işlemlerini sağlamaktadır. Bitcoin ağı kullanıcılarının blockchain defteri üzerindeki işlemleri görebilmeden önce, madencilerin

getirildiğine dair kanıtlar bulunduğu ödeme gönderebilmekte veya bir dosyayı devre dışı bırakabilmektedir⁵⁹. Bitcoin işlemlerinin blockchain sistemine kaydedilmesi, kripto para birimi topluluğunda madencilik (mining) olarak bilinmektedir. Bu şekilde, kripto para yaratılmaktadır. Bitcoin ağı, Bitcoin transferlerini işlemek ve doğrulamak için kriptografi prensiplerine dayanmaktadır⁶⁰. Bitcoin ağındaki her işlem, "blockchain" olarak adlandırılan merkezî olmayan halka açık bir deftere kaydedilmekte ve her kullanıcının kimliği şifreli olduğu için işlemle ilgili tarafların kimliği ortaya çıkmamaktadır⁶¹.

Bir Bitcoin dijital imza zincirinden meydana gelmekte olup, her Bitcoin sahibi bir açık anahtara ve bir özel anahtara sahiptir. Bu anahtarlar bir dosyada saklanmaktadır. Bitcoin transferinde, Bitcoin gönderilmek istenen kişinin Bitcoin gönderecek kişiye açık anahtarını göndermesi gerekmektedir. Bitcoin gönderecek olan kişi Bitcoin'lerini önceki işlemin bir hashini⁶² ve alıcının açık anahtarını imzalayarak dijital olarak transfer etmektedir. Bitcoin öyle bir şekilde depo edilmektedir ki onu sadece yeni sahibi harcayabilir. Ayrıca bu sistemde, Bitcoin üzerine zaman damgası konulduğu için onun kopyalanması ve çifte harcama yapılması mümkün değildir⁶³.

Bitcoin satışı, bir yatırım sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir; çünkü, Bitcoin alımı, ortak bir kuruluşa yapılan bir yatırım değildir. Hizmet sözleşmelerinin yatırım sözleşmeleri ve menkul kıymetler olduğu belirlenirken, Supreme Court⁶⁴ bu araçları değerlendirmek için dört faktörlü bir test başlatmıştır. Bu dört faktör şunlardır: bir para yatırımı, paranın ortak bir işletmeye yatırılması, yatırımdan kazanç beklentisi ve herhangi bir kazancın üçüncü bir tara-

işlemi onaylamak için bir anlaşmaya varmaları gerekmektedir. Anlaşmaya varıldığında ise, kayıt zincirinin bir bloğuna kaydedilir ve zaman damgalı gösterilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ROSS, a.g.m., s. 360 vd.

⁵⁹ ROSS, a.g.m., s. 365.

⁶⁰ PAN, Richard, "Blockchains, Securities and Sections 11 and 12 of the Securities Act", New York University Journal of Law&Business, C.15, S.2, 2019, s. 454.

⁶¹ ALBERTS/ FRY, a.g.m., s. 3.

⁶² Hash, herhangi bir metnin şifrelenerek okunamaz veya önceden tahmin edilemez hale getirilmesi algoritması ve işlemidir. Blockchain, bir kamuya açık veya özel eşler arası ağda işlemleri kaydeden ve paylaşılan dijital defterdir. Bu ağda şifrelenen bağlantılı zincirler, ağdaki eşler arasında gerçekleşen varlık değişimlerinin tarihçesini kalıcı olarak kaydeder. Bkz. MORGAN, Joshua S., What I Learned Cryptocurrencies While Studying The Law", University of Miami International and Comparative Law Review, C.25, S.159, 2017, s. 174.

⁶³ BOZKURT-YÜKSEL, a.g.m., s. 201.

⁶⁴ Karar için bkz. United States Supreme Court, SEC v. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946).

fin çabalarından kaynaklanmasındır. Bu durumda, bir aracın yatırım sözleşmesi olarak kabul edilmesi için dört faktörün de mevcut olması gerekmektedir⁶⁵. Bitcoin satışı, bir yatırım sözleşmesi niteliğinde olmadığı için, alıcıların da satıcının çabalarına dayanarak satın almalarından kâr elde etmeyi beklememeleri gerekmektedir⁶⁶.

Havale yoluyla para transferlerinde, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı yetersizliği, sınırlı rekabet, kanunî düzenlemelerin gereklilikleri, bankacılık sektöründeki gönderici ve alıcı açısından şeffaflığın yeterince sağlanamaması gibi çeşitli faktörler sebebiyle masraflar oldukça yüksek çıkabilmektedir. Alıcı, parayı teslim aldığı anda, özellikle sınıraşırı mesafelerdeki gönderimlerde, fon değişikliğinin yapılması gerekmekte olup, kur farkı da paranın değerini etkileyebilmektedir⁶⁷. Göçebe insanların çoğunluğu, banka ve kredi kuruluşlarına oranla daha yüksek masrafları olan Western Union gibi özel uluslararası para transferi şirketlerini kullanmaktadır⁶⁸. Havale masraflarının bu şekilde çok masraflı olması, ödenen harçların yüksek çıkması sebepleriyle insanların havale masraflarının daha düşük olduğu alternatif para transferi yollarına yönelmesine yol açmıştır. Özellikle, gelişmiş ülkelerde çalışıp, gelişmekte olan ülkelerde yaşayan ailelerine para gönderen kişiler için Bitcoin işlemleri faydalı olmaktadır⁶⁹.

Kripto paraların ilki olan Bitcoin ile geleneksel banka kuruluşlarından bağımsız olarak, bireylerin kendi bilgisayarlarına veya mobil cihazlarına Bitcoin cüzdanı kurulumunu yaparak, sonrasında bu cüzdanların özel anahtarla şifrelenen onaylamalarıyla transfer işlemleri bir kurumun onayına gerek kalmadan gerçekleşmektedir. Burada, geleneksel banka kanallarından farklı olarak aracı kurumun kendine aldığı bir transfer ücreti bulunmamaktadır⁷⁰. Transferler aracı kurumlarda olduğu gibi uzun zaman almamakta, çok kısa süre içerisinde işlemler gerçekleştirilebilmektedir. Havale ilişkisinden farklı olduğu diğer bir özellik ise, Bitcoin transferlerinde bir değer transferi yapılmakta olup, para ak-

⁶⁵ PAN, a.g.m., s. 458.

⁶⁶ ALBERTS/ FRY, a.g.m., s. 21.

⁶⁷ MORETTI-LANGFORD, Anne, "International Remittance Transfers: A Worldwide Effort To Lower Costs", Law And Business Review Of The Americas, C.20, 2014, s. 541.

⁶⁸ MORETTI-LANGFORD, a.g.m., s. 542.

⁶⁹ TRAUTMAN, Lawrence J./ HARRELL, Alvin C., "Bitcoin Versus Regulated Payment Systems: What Gives?", Cardoza Law Review, C.38, 2017, s. 1068.

⁷⁰ MORETTI-LANGFORD, a.g.m., s. 559.

tarılmamaktadır. Sonrasında ise, bu Bitcoinler dövize çevrilmektedir⁷¹.

Elektronik para birimleri ile ödemenin kaydı tutulmadığı için bu işlem anonim kalmakta, gönderici ve alıcıların isimlerinden ziyade cüzdan numaraları tanımlayıcı olup, şeffaf bir transfer meydana gelmektedir. Her bir Bitcoin geçtiği süreçlerle ilgili bilgiyi içerdiği ve kullanıcılar arası yapılan her bir transfer kodun bir parçasını oluşturduğu için, Bitcoin'in sahipleri açısından sıralamalı bir zinciri görülmekte ve yeni işlemlerin yayınlanması ile ağ bunları doğrulamaktadır. Tüm Bitcoin transfer işlemleri de alenî olarak gerçekleşmektedir ve ağda sürekli olarak yer aldığı için, isteyen kişi herhangi Bitcoin adresine ait Bitcoin transfer işlemlerinin miktarını görebilmektedir. Adresin sahibi olan Bitcoin kullanıcısının kimliği ise, gizli tutulmaktadır⁷². Bitcoin ağında gönderilen para geriye alınmamaktadır⁷³.

IV. HAVALE İLİŞKİSİNİN KURULMASI

Havale tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için, havale ile verilen ödeme ve bunu kabul (kabz) yetkileri, havale edenin irade açıklamasına dayanmaktadır. Bu sebeple havale ilişkisinin kurulabilmesi için karşı tarafın kabulünün olması gerekmemektedir. Hukukî sonucun doğması açısından, irade açıklamasının havale alıcısına ve havale ödeyicisine ulaşması gerekmektedir⁷⁴.

A. Taraflar

Havale ilişkisindeki kişilerin gerçek kişi olması şart değildir. Tüzel kişiler de yetkili organları aracılığıyla havalede yer alabilir⁷⁵. Havale üç köşeli bir ilişki olup, karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerden ayrılmaktadır. Havale edenin edimi, havale ödeyicisi aracılığıyla doğrudan değil, dolaylı bir şekilde sağlanmaktadır⁷⁶.

⁷¹ ALBERTS/ FRY, a.g.m., s. 15.

⁷² BOZKURT-YÜKSEL, a.g.m., s. 202.

⁷³ BOZKURT-YÜKSEL, a.g.m., s. 209.

⁷⁴ TÜRK, a.g.e., s. 62.

⁷⁵ GÜNERGÖK, Özcan, Havele İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995, s. 25.

⁷⁶ TÜRK, a.g.e., s. 52.

B. Havalenin Konusu

TBK m. 555 hükmünde havalenin konusunu oluşturan şeyler düzenlenmiştir. Para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli şeyler bu kapsamdadır. Havalenin konusunu oluşturan edimin belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Çoğunlukla konusu para olan havalelerle karşılaşmakta, kıymetli evrak ve misli şeylerin havalelerine ise, genellikle rastlanmamaktadır⁷⁷.

Devlet veya onun yetkilendirdiği organ tarafından tedavüle çıkarılan ve alışveriş hayatındaki genel mübadele aracı olarak kabul edilen belirli nitelikteki kağıt ve madenlerden oluşan semboller havalenin konusunu teşkil etmektedir. Bunun yanında, hukukî niteliğinin para olup olmadığı tartışılan, kaydî para olarak bankalar ve diğer kredi kuruluşları nezdinde bulunan kıymetli evrak niteliğinde olmayan, ödeme amacını gerçekleştiren hesap aktifi tarzındaki değerler de havalenin konusunu oluşturmaktadır⁷⁸.

C. Şekil

Havalenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Sözlü olarak da gerçekleştirilebilmesine rağmen, uygulamada, ispat kolaylığı sağlamak için yazılı olarak yapılmaktadır⁷⁹. Yazılı olarak gerçekleştirilse de bu durum, havalenin, kıymetli evrak niteliği kazanmasını sağlamamaktadır (TBK m. 560).

D. Hukukî Sebep

Havale, soyut bir hukukî ilişki olup, sebebe ve amaca bağlı değildir⁸⁰. Havale ödeyicisi ile havale alıcısı, havale edenle aralarındaki temel bir ilişkinin varlığını ispatlamak zorunda değildir. Karşılık veya bedel ilişkisindeki herhangi bir sakatlık, havaleye etki etmez ve havale geçerliliğini korur⁸¹. Havale bir ödeme değildir. Havale edenin havale alıcısına olan borcu, havale ödeyicisinin ifası ile sona ermektedir. Havale niteliği itibariyle ifanın kendisi değil, ifayı meydana getirmek için bir araçtır. Ayrıca, havale işlemiyle başka bir ödeme

⁷⁷ TÜRK, a.g.e., s. 65.

⁷⁸ GÜNERGÖK, a.g.e., s. 30.

⁷⁹ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s.1336; TÜRK a.g.e., s. 63.

⁸⁰ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1336.

⁸¹ GÜNERGÖK, a.g.e., s. 34.

talebi veya ödemenin kabulü işleminin bağlantılı olması gerekmemektedir. Bununla birlikte havaleyle bağlantılı bir sözleşmenin bulunması da mümkündür⁸². Havale aracılığıyla gönderilen paranın, borç ödemesi olduğunun yazılı bulunmadığı durumlarda, yazılı belge ile bu ödemenin borç olduğu ispatlanmalıdır. Çünkü havale, kendiliğinden, taraflar arasındaki borç ilişkisini ispatlamamaktadır⁸³.

Banka havalelerinde, para yatırımla banka arasında bir cari hesap anlaşması ve buna eklenen bir ciro sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Havale işleminde, havale edenle havale ödeyicisi konumundaki bankası arasındaki karşılık ilişkisini de bu ciro sözleşmesi kurmaktadır⁸⁵. Havale edenin talimatı ile banka, müşterisinin hesabından havale tutarını düşmekte ve havale alıcısının bankasına veya ara bir bankaya aktarmak yükümlülüğü altına girmektedir. Havale edenin verdiği ödeme talimatında, banka, havale talimatı dolayısıyla değil, müşterisi ile aralarında bulunan ciro sözleşmesi nedeniyle bu talimatları yerine getirmekle yükümlüdür⁸⁶. Banka, her müşterisiyle ciro sözleşmesi yapmaktadır. Hesaplar arasında, bankanın bir müşterisinin alacağını silip başka bir hesaba kaydetmesi halinde, o müşteri, alacağının varlığını her zaman ispat ederek ileri sürebilmektedir. Banka sebepsiz yere hesabına alacak kaydettiği müşterisinden, hatayla bir alacak kaydedildiğinin ispatlanması halinde ise, sebepsiz zenginleşme talebiyle (TBK m. 77 vd.), bu alacağın silinmesini talep edebilmektedir⁸⁷.

⁸² ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 356.

⁸³ “Davacı, davalıların murisi olan annelerinin kendi teyzesi olduğunu, murislerine sağlığında Almanya’da toplam 48.000 Alman Markı borç gönderdiğini, paranın kendisine iade edilmediği ileri sürerek paranın kendisine tahsil edilmesini talep etmiştir. Havale ödeme vasıtası olup, davada dayanılan belgelerde, davalıların murislerine gönderilen paranın borç para olarak gönderildiğine ilişkin bir kayıt olmaması sebebiyle bu iddianın yazılı delillerle kanıtlanması gerektiğine karar verilmiştir.” Bkz. YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar kanunu Şerhi C.2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 2907; Yarg. 13. HD., 25.9.2001; 7128/8275.

⁸⁴ ÖZ, a.g.m., s. 142.

⁸⁵ TÜRK, a.g.e., s. 235.

⁸⁶ TÜRK, a.g.e., s. 237.

⁸⁷ ÖZ, a.g.m., s. 145.

V. HAVALENİN HÜKÜMLERİ

A. Havale Eden İle Havale Ödeyicisi Arasındaki Karşılık İlişkisi

Havale edenin havale ödeyicisini, lehtara bir miktar parayı, kıymetli evrakı veya mislî eşyayı ödemekle yetkilendirmesi neticesinde, havale eden ile havale ödeyicisi arasında karşılık ilişkisi meydana gelmektedir. Havale ödeyicisinin bu ilişki içerisindeyken, havale alıcısına bir ödemede bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁸. Havale ödeyicisinin bunu kabul edip, ödemede bulunması halinde, bu ödemeyi kendi adına ve havale eden hesabına yapmaktadır. Havale eden ile havale ödeyicisi arasında çeşitli borç ilişkileri bulunabilmektedir. Ancak, havale ödeyicisinin ödemeyi yapmakla yükümlü olmayıp yetkili kılınması taraflar arasındaki diğer borç ilişkilerinden bağımsız bir ilişki olarak incelenmesini gerektirmektedir⁸⁹.

Havale edenin havale ödeyicisine ödeme yetkisi vermesi halinde, aralarında başka bir ilişki bulunmasa dahi, Türk Borçlar Kanunu'nun öngördüğü hukukî sonuçlar meydana gelmektedir. Bu sebeple havale ödeyicisinin, havale alıcısına yaptığı ödeme, ödeme yetkisinin verilmesine dayandığı için geçerli bir ödeme niteliği taşımaktadır ve sebepsiz olduğu ileri sürülüp bunun iadesi istenmemektedir⁹⁰.

Havale ödeyicisinin, havale edene borçlu olması halinde, borcu havale alıcısına ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumda, borcu havale alıcısına ifa etmesinin, havale edene yapacağı ifaya oranla daha fazla yük getirmemesi gerekmektedir. Havale eden ile aralarında aksi kararlaştırılmamışsa havale ödeyicisinin, ifadan önce havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına açıklamasına da gerek bulunmamaktadır (TBK m. 557/f.2). Burada, havale ödeyicisine daha fazla yük getirmemesi gerektiğine misal olarak, havale tutarının havale ödeyicisinin yerleşim yerinde ödenecekken havale edenle havale alıcısının yerleşim yerlerinin farklı olması dolayısıyla havale alıcısına yapılacak ödemenin getireceği yük gösterilebilir⁹¹.

⁸⁸ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s.1338; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ-KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 22. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 321.

⁸⁹ ÜLGEN, Hüseyin, "Havalenin Geri Alınması", İÜHFİM, C.32, S.2-4, 1966, s. 938.

⁹⁰ TÜRK, a.g.e., s. 97.

⁹¹ TÜRK, a.g.e., s. 100.

Havale ödeyicisinin havale alıcısına ödemedede bir yükümlülüğünün doğması, ona karşı ödeme yetkisini kabul etmiş olmasına bağlıdır⁹². Belirtilmelidir ki havale ödeyicisinin bu yükümlülüğü, karşılık ilişkisine dayanmakta olup, sadece havale edene karşıdır. Havale alıcısı, bu sebeple havale ödeyicisini, ödemedede bulunmaya zorlayamamaktadır⁹³.

B. Havale Eden İle Havale Alıcısı Arasındaki Kazandırma/Bedel İlişkisi

Havale edenle havale alıcısı arasındaki ilişki yetkiden oluştuğu için, havale alıcısının havale edenden bir alacağının olması halinde dahi, kendisine verilen kabz yetkisini kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Burada taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığı için, tek taraflı irade beyanıyla alacağını tahsil edebileceği havale alıcısına bildirilmekte olup, havale alıcısı bu yetkisini isterse kullanabilir⁹⁴. Havale alıcısının bu yetkiyi kullanması halinde, havale konusu şeyi kendi adına kabzetmektedir. Havale eden, vermiş olduğu ödemeyi kabul yetkisinin kullanılmasını bazı kayıt ve şartlara bağlı tutabilmektedir. Havale alıcısının belli bir süre içinde havale ödeyicisine başvurması, aksi halde havale ödeyicisinin ödeme yetkisinin kalkacağı veya belli bir süre geçmeden havale ödeyicisine başvurmaması bu şartlara misaldir⁹⁵.

Alacaklı olan havale alıcısının havaleyi kabul etmek istememesi halinde, durumu borçlu olan havale edene gecikmeksizin bildirme yükümlülüğü doğmaktadır. Havale alıcısının bu bildirim yapmaması halinde ise, bundan doğan zarar giderme yükümlülüğü düzenlenmiştir (TBK m. 556/f.3). Bu durumda havale alıcısının susması, kabul anlamına gelmemekte olup, tazminat istenilmesine yol açmaktadır⁹⁶.

Havale ödeyicisi, havale alıcısının istemesine rağmen ifadan kaçınır veya havale konusunu ifa etmeyeceğini önceden açıklarsa, havale alıcısı, durumu gecikmeksizin havale edene bildirmekle yükümlüdür. Burada havale alıcısının bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Havale alıcısının bildirmemesi halinde ise, bu yüzden havale edenin uğrayacağı zarardan sorumluluğu doğmaktadır

⁹² YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1338.

⁹³ TÜRK, a.g.e., s. 99.

⁹⁴ TÜRK, a.g.e., s. 106.

⁹⁵ TÜRK, a.g.e., s. 107.

⁹⁶ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1339.

(TBK m.558).

Havale, havale edenin havale alıcısına olan borcunun ifası amacıyla yapılıyorsa, bu borç ancak havale ödeyicisinin borcu ifa etmesiyle sona erer (TBK m. 556/f.1). Burada ifa uğruna yapılan bir edim söz konusudur⁹⁷. Havale, niteliği gereği, ifa yerine değil ifa uğruna yapılmaktadır. İfa amacıyla yapılan havalede borç, havalenin yapılmasıyla değil, havale ödeyicisinin havale konusu değerleri havale alıcısına vermesiyle sona ermektedir⁹⁸. Havale ilişkisinin kurulması ile alt ilişkideki borç son bulmamakta, havale alıcısı havale edene karşı alacak haklarını kaybetmemektedir. Havaleyi kabul etmiş olan havale alıcısı, havale ödeyicisine başvurarak havalede belirlenen süre içinde alacağını elde edememişse tekrardan talep haklarına sahip olabilmektedir (TBK m. 556/f.2). Burada, havale alıcısı havaleyi kabul ederek, havale edene karşı bedel ilişkisinden doğan alacağını erteleyip, bir süreye bağlamaktadır⁹⁹.

C. Havale Ödeyicisi İle Havale Alıcısı Arasındaki Ödeme/Eda İlişkisi

Havale ilişkisinin kurulması, havale ödeyicisini, havale alıcısına karşı ödeme yükümlülüğü altına sokmamaktadır. Havale ödeyicisi, çekince belirtmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirirse, bu durumda, ona karşı ifa ile yükümlü olmaktadır (TBK m. 557). Havale ödeyicisi, havaleyi kabul etmedikçe, havale alıcısı ondan ödeme talebinde bulunamamaktadır¹⁰⁰. Havale ödeyicisinin, havaleyi kabul beyanı, tek taraflı varması gereken bir irade açıklamasıdır. Bu açıklamanın nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir şekil şartı belirlenmemiştir.

Havale ödeyicisinin havaleyi kabulü, havale alıcısına yapacağı ödemenin hukukî sebebinin oluşturmaktadır. Kabul ile havale ödeyicisi ve havale alıcısı arasında, karşılık ve bedel ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Havale ödeyicisi, havale alıcısına karşı ancak kişisel ilişkilerinden veya havalenin içeriğinden doğan def'ileri¹⁰¹ ileri sürebilmektedir. Havale eden ile kendi

⁹⁷ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1340.

⁹⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 926.

⁹⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 926.

¹⁰⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 929.

¹⁰¹ Def'i hakları, hak sahibine, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma veya sonuçlarını tamamen ya da kısmen sınırlama, engelleme, ortadan kaldırmayı sağlayan haklardır. EREN, Genel Hükümler, s. 71.

arasındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri sürememektedir (TBK m. 557). Havale alıcısına karşı ileri sürülebilecek bu def'iler; şahsî ilişkiden doğan def'iler¹⁰², havale ilişkisinin geçerliliği hakkındaki def'iler, havale ilişkisinin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler (havalenin konusunun kanuna veya ahlâka aykırı olması)¹⁰³ havale ilişkisinin konusundan doğan def'iler, kabul açıklamasından doğan def'ilerdir¹⁰⁴. Bu def'lere misal olarak; havale bedelinin daha önceden ödenmiş olması, havaledeki vadenin dolmuş olması, havalenin bir şartla kabul edilmesi fakat şartın henüz gerçekleşmemesi, havale ilişkisinin ehliyetsizlik sebebiyle kesin hükümsüz olması, havale gönderenin ödeme yetkisini geri almış olması veya havale ödeyicisinin ödeme kabul etmemiş olması gösterilebilir¹⁰⁵.

VI. HAVALENİN KIYMETLİ EVRAK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Kıymetli evrak hukukunun en önemli türlerinden poliçe ve çek, havale ilişkisinin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş özel çeşitleri olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. TTK m. 671 poliçenin ve TTK m. 780 çekin düzenlendiği hükümlerde, bunların kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi içerdikleri belirtilmektedir. Poliçede düzenleyen, havale eden; muhatap, havale ödeyicisi; lehtar ise havale alıcısına benzetilmekte olup, muhatapın kabulü, kendisini, düzenleyenin kefilî durumuna sokmaktadır. Kabul poliçe ilişkisini kurmayı sağlarken, ciro düzenleyen tarafından yapılan havaleyi tekrarlamak olarak düşünülmektedir¹⁰⁷. Çek hukukî nitelik olarak, doktrinde nitelikli¹⁰⁸ bir

¹⁰² Şahsî def'iler, taraflar arasındaki ilişkinin neticesinde meydana gelmektedir. Bunların kaynağı; taraflar arasındaki borç ilişkisi, özel bir anlaşma veya temel ilişkiden farklı bir ilişki olabilmektedir. Devreden karşı edimi elde edememesi, vadenin uzatılması, takas def'i şahsî def'lere örnek gösterilebilmektedir. Kural olarak bu def'iler, sadece def'inin doğmasına neden olan hukukî ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilse de bazı durumlarda üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir. Bkz. ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 68.

¹⁰³ TÜRK, a.g.e., s. 132.

¹⁰⁴ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 275.

¹⁰⁵ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 275.

¹⁰⁶ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 281.

¹⁰⁷ POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 58; ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 105.

¹⁰⁸ Cirodaki nitelikli havale ile lehine ciro yapılan kişiye senet bedelini borçludan tahsil etme yetkisi verilirken, senet borçlusuna senet bedelini söz konusu ciroya dayanarak elinde bulunduran kişiye ödeme yetkisi verilmektedir. bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 106.

havale kabul edilse de Borçlar Kanunu'ndaki havaleye ilişkin hükümler (TBK m. 555-560) çeke uygulanamamaktadır. TBK m. 560/f.2 hükmünde belirtildiği üzere, çekler ve poliçe benzeri havaleler hakkındaki hükümler saklı tutulmuş, onlara uygulanacak özel hükümlerin¹⁰⁹ bulunduğu belirtilmiştir¹¹⁰. Bu sebeple, çek ve poliçe benzeri havalelere, öncelikle Çek Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacak, Borçlar Kanunu'ndaki havale hükümleri ise ancak Ticaret Kanunu ve Çek Kanunu'na aykırı olmadığı sürece değerlendirilebilir.

Havale ilişkisi, poliçe ve çekten doğan ilişkiyle benzerlikler taşısa da belirli farklılıklar içermektedirler. Havale ilişkisinde, tarafların anlaşmalarına, kabulüne ihtiyaç bulunması, onu kambiyo ilişkisinden ayırmaktadır. Muhatap, poliçe ilişkisini kabul etmediği takdirde, ilişkiye dahil olmaz. Ancak, poliçe yine de hüküm ifade eder. Bu durum, havale ödeyicisinin bu ilişkide olup olmayacağı açısından belirsizlik yaratmaktadır¹¹¹. Havale alıcısının, haklarını devretmesi halinde, havale ödeyicisi, havale alıcısına karşı ileri sürebileceği def'ileri devralana karşı da ileri sürebilmesine rağmen, ciroda şahsî def'iler devralana karşı ileri sürülemez¹¹².

Havale, kıymetli evrak türündeki poliçe ve çekin temelini oluştursa bile bir Borçlar Hukuku kurumudur¹¹³. Havale ilişkisinin aksine, kıymetli evrakin düzenlenmesi, Ticaret Kanunu'nda özel şekil şartlarına bağlı tutulmuştur. Ticarî hayatın güvenli tedavül ihtiyacı açısından kıymetli evrakta bulunması gereken tüm şekil şartları tek tek Ticaret Kanunu'nda gösterilmiştir¹¹⁴. Bu senetlerin kurulması, devri, teminat olarak verilmesi, kaybolması halinde iptal şekli Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu şartlardan en az birinin olmaması halinde dahi, o senet, Kanun'da başka bir hüküm yoksa kıymetli evrak olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda, bu şartlardan birinin dahi eksikliği, senetten doğan hakkın kaybedilmesine sebep olmaktadır¹¹⁵. Misal olarak, "poliçe" kelimesinin senede yazılmamış olması halinde, o senet poliçe kabul edilmemekte;

¹⁰⁹ Poliçeler için, TTK m. 671-775; çekler için, TTK m. 780-818 maddelerinde yer alan özel hükümler uygulanır.

¹¹⁰ PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 239.

¹¹¹ POROY/ TEKİNALP, a.g.e., s. 58.

¹¹² POROY/ TEKİNALP, a.g.e., s. 59.

¹¹³ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 253.

¹¹⁴ Bkz. TTK m. 671-818.

¹¹⁵ PULAŞLI, a.g.e., s. 35.

diğer şartlar mevcutsa, emre yazılı havale sayılmaktadır (TTK m. 826).

VII. HAVALENİN SONA ERMESİ

A. Havalenin Geri Alınması

Havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilir (TBK m. 559). Bu fıkra gereğince, havale alıcısına verilen kabz yetkisi geri alınmaktadır. Ancak, havale alıcısının yararına, özellikle onun alacağını elde etmesi amacıyla yetki verdiyse, onu geri alamamaktadır. Havale edenin havaleyi bir bağış veya ödünç verme amacıyla yapılması halinde havaleden dönüle-memektedir. Hakim, havalenin havale alıcısının çıkarına yapılmasını re'sen dikkate alır ve geri alma hakkının kullanılmasını engeller. Aksi takdirde, diğer tarafın sözleşmeye dayanarak yaptığı masrafları tazmin etmesi gerekir¹¹⁶.

Havale ödeyicisi, havale alıcısına havaleyi kabul ettiğini açıklamadığı sürece havale eden, ona verdiği yetkiyi geri alabilmektedir (TBK m. 559/f.2). Buna göre ise, havale ödeyicisine verilen ödeme yetkisinin geri alınması söz konusudur. Burada, havale ödeyicisine karşı geri alma, sadece süre bakımından sınırlandırılmaktadır¹¹⁷. Havalenin kabul edildiğinin bildirilmesinden sonra geri alınamaması, bunun geçmişe etkili olmaması şeklindeki sonucudur¹¹⁸.

Geri alma, hukukî nitelik olarak bozucu yenilik doğuran bir hak olup, tek taraflı irade beyanı ile sonuçlarını doğurmaktadır¹¹⁹. Bozucu yenilik doğuran haklarda olduğu üzere, havale de geleceğe etkili sonuç doğurmaktadır¹²⁰. Geri alma hakkının muhatabı havale alıcısı ve havale ödeyicisidir. Havalenin geri alınması beyanı da kurulmasında olduğu gibi çift yönlü bir niteliğe sahiptir. Havaleyi geri alma beyanının¹²¹ hüküm doğurabilmesi için, bunun taraflara ulaştırılması gerekmektedir. Çünkü, geri alma beyanı, taraflara varması gerekli

¹¹⁶ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, a.g.e., s. 651.

¹¹⁷ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, a.g.e., s. 651.

¹¹⁸ TÜRK, a.g.e., s. 150.

¹¹⁹ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 265.

¹²⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 64.

¹²¹ Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılabilir. Kural olarak, hak sahibinin bu açıklamasının diğer tarafa varması gerekmektedir. Geri alma kullanılırken, bütün haklarda olduğu gibi Medeni Kanun m. 2'ye göre dürüstlük kuralına uygun hareket edilmelidir. Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 70 vd.

bir beyandır¹²².

B. Havale Edenin İflası, Ölümü ve Fiil Ehliyetini Kaybetmesi

TBK m. 559/f.3 hükmünde, havale edenin iflası hâlinde, henüz kabul edilmemiş olan havalenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Burada kanundan doğan bir sona erme bulunmaktadır¹²³. Havalenin kabul edilmesiyle havale ödeyicisi, havale alıcısına karşı soyut bir borç yüklendiği için kabulden sonra havale edenin iflası havaleyi sona erdirmemektedir. Bu sebeple kabul eden havale ödeyicisi, havale tutarını ödemekle yükümlüdür. Havale ödeyicisinin, yaptığı ödemeyi havale edene rücu ederken ise, bu hakkını iflas masasından talep etmesi gerekmektedir¹²⁴.

Havale ödeyicisinin ölmesinin veya ehliyetini kaybetmesinin karşılık ilişkisine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Havale ödeyicisinin, ödeme yetkisini kabul ettiğini havale alıcısına bildirmeden iflas etmesi halinde ise, artık havaleyi kabul edememektedir¹²⁵.

İlgililerden birinin ölmesi veya ehliyetini kaybetmesinin havaleyi sona erdiren bir etkisi bulunmamaktadır. Ölenin mirasçıları veya ehliyetini kaybeden kişinin kanunî temsilcisi, genel hükümlere¹²⁶ göre, şartlar ölçüsünde geri alma hakkını kullanabilmektedir¹²⁷. Havale edenin mallarının haczi de havaleyi sona erdirmemektedir¹²⁸.

Havale alıcısının ölümü, ehliyetini kaybetmesi, havale ilişkisinde bir değişiklik meydana getirmemekte, iflas durumunda ise ödemeyi kabul yetkisini havaleyi alıcı yerine iflas masası üstlenmektedir. Ödeme yetkisinin havale öde-

¹²² TÜRK, a.g.e., s. 144.

¹²³ EREN, Özel Hükümler, s. 932.

¹²⁴ TÜRK, a.g.e., s. 156.

¹²⁵ ÖZAKMAN, a.g.m., s. 271.

¹²⁶ Vekâlet sözleşmesine ilişkin kurallar, kanunda düzenlenmemiş ve konusu işgörme olan diğer sözleşmelere de uygulanmaktadır. Bu uygulama, niteliği uygun düştüğü ölçüde kıyasen yapılmaktadır. Bkz. ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, a.g.e., s.603.

Havaleye ilişkin, vekâlet sözleşmesindeki geri alma hükümlerinin uygulanması, onun bir işgörme sözleşmesi olduğunu göstermez. Ölenin mirasçılarının veya kanunî temsilcisinin geri alma hakkını vekâlet hükümlerinde düzenlenen şekilde kullanabilmesi, bu hükümlerin havalenin özel hükümlerine ters düşmediği ölçüde mümkündür.

¹²⁷ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, a.g.e., s. 651.

¹²⁸ EREN Özel Hükümler, s. 932.

yicisi tarafından kabul edilmemesi halinde, havale alıcısının iflas etmesi bir talep hakkı doğurmamakta; sadece ödemeyi kabul yetkisinin iflas masasına geçmektedir. TBK m. 556/f.2 hükmündeki şartların varlığı halinde iflas masası, havale alıcısının haklarına sahip olabilmektedir¹²⁹.

VIII. SONUÇ

Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir mislî eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukukî işlemdir. Havale ilişkisinin kurulabilmesi için karşı tarafın kabulü gerekmemektedir. Havale, hukukî nitelik olarak bir sözleşme olmayıp, tek taraflı bir hukukî işlemdir ve üçlü bir ilişkiye dayanmaktadır. Havale ilişkisinde, havale ödeyicisi ve alıcısı tamamen kendi adlarına hareket edip, kabzda ve ödemedede bulunmaktadır. Havalenin köşelerini oluşturan kişiler; havale eden, havale ödeyicisi ve havale alıcısıdır. Köşeleri oluşturan bu üç taraf arasında üç ayrı ilişki oluşmaktadır.

Havalenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Sözlü olarak da gerçekleştirilebilmesine rağmen, uygulamada, ispat edilmesini sağlamak için yazılı olarak yapılmaktadır. Yazılı olarak gerçekleştirilse de bu durum, havalenin, kıymetli evrak niteliğini kazanmasını sağlamamaktadır.

Havale, soyut bir hukukî ilişki olup, sebep ve amaca bağlı değildir. Havale ödeyicisi ile havale alıcısı, havale edenle aralarındaki bir temel ilişkinin varlığını ispatlamak zorunda değildir.

Havale ödeyicisinin ödeme yetkisini kabulü, havale alıcısına yapacağı ödemenin hukukî sebebini oluşturmaktadır. Kabul ile havale ödeyicisi ve havale alıcısı arasında, karşılık ve bedel ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulmaktadır.

Havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilmektedir (TBK m. 559). Ancak, havale alıcısının yararına, özellikle onun alacağını elde etmesi amacıyla yetki verdiyse, onu geri alamamaktadır.

¹²⁹ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, a.g.e., s. 1340.

KAYNAKÇA

ALBERTS, Jeffrey E./ **FRY**, Bertrand; “Is Bitcoin a Security?”, *Journal of Science&Technology Law*, C.21, S.1, 2015, s. 1-21.

AKINTÜRK, Turgut/ **ATEŞ-KARAMAN**, Derya; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

BAHTİYAR, Mehmet; “Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar”, *BATİDER*, C.15, S.3, 1990, s. 71-88.

BOZKURT, Sevgi; *Akreditifin Uygulanması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru; “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukukî Bir Bakış”, *İÜHFİM*, C.73, S.2, 2015, s. 173-220.

CVETKOVA, Irina; “Cryptocurrencies Legal Regulation”, *BRICS Law Journal*, C.5, S.2, 2018, s. 128-153.

DOĞAN, Vahit; *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

ERDOĞAN, İhsan; *Akreditif Sözleşmeleri*, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2000.

EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, (Genel Hükümler).

EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2018, (Özel Hükümler).

GÜMÜŞ, Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

GÜNERGÖK, Özcan; *Havale İlişkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995.

HEWITT, Evan; “Bringing Continuity to Cryptocurrency: Commercial Law as a Guide to the Asset Categorization of Bitcoin”, *Seattle University Law Review*, C.39, 2016, s. 619-640.

KAYA, Arslan; Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukukî Durumu, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995.

KOCAMAN, Arif B.; “Banka Havalesi-Kavram ve İşlemin Köşeleri Arasındaki İlişkiler-“, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 693-714, (Banka Havalesi).

KOCAMAN, Arif B.; “Havalenin Hukukî Niteliği Üzerine”, AÜSBFD, C.49, S.1, 1994, s.291-301, (Havalenin Hukukî Niteliği).

KOCAMAN, Arif B.; Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara, BTHAE, 2001, (Havale).

MORETTI-LANGFORD, Anne; “International Remittance Transfers: a Worldwide Effort to Lower Costs”, Law And Business Review Of The Americas, C.20, 2014, s. 537-563.

MORGAN, Joshua S.; What I Learned Cryptocurrencies While Studying The Law”, University of Miami International and Comparative Law Review, C.25, S.159, 2017, s. 159-226.

NOMER, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

OĞUZMAN, Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

ÖZ, Turgut; “Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme”, KHÜHFD, C.5, S.1, 2017, s. 139-148.

ÖZAKMAN, Cumhur; “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü”, İÜHFM, C.41, S.1-2, 1975, s. 255-297.

ÖZTAN, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

PAN, Richard; “Blockchains, Securities and Sections 11 and 12 of the Securities Act”, New York University Journal of Law&Business, C.15, S.2, 2019, s. 453-476.

POROY, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

PULAŞLI, Hasan; Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

REİSOĞLU, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara, 1995.

ROSS, Elisabeth Sara; “Nobody Puts Blockchain In A Corner: The Disruptive Role of Blockchain Teknolojy in the Financial Services Industry and Current Regulatory Issues”, The Catholic University Journal Of Law&Technology, C.25, S.2, s. 353-386.

SCHROEDER, Jeanne L.; “Bitcoin and the Uniform Commercial Code”, University of Miami Business Law Review, C.24, S.1, 2015-2016, s. 1-79.

ŞEKER, Muzaffer; “Elektronik Ödeme Sistemleri”, İTÜSBD, Y.10, S.20, 2011, s. 55-73.

ŞENER, Oruç Hami; “Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdî) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, 2007, s. 455-490.

TEKİNALP, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

TERCIER, Pierre/ **PICHONNAZ**, Pascal/ **DEVELİOĞLU**, Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.

TRAUTMAN, Lawrence J./ **HARRELL**, Alvin C.; “Bitcoin Versus Regulated Payment Systems: What Gives?”, Cardoza Law Review, C.38, 2017, s. 1041-1097.

TÜRK, Ahmet; Hukukî Yönden Banka Havalesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ULUÇ, Mehmet R.; “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, BATİDER, C.3, S.3, 1966, s. 432-478.

ÜLGEN, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan; Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.

ÜLGEN, Hüseyin; “Havalenin Geri Alınması”, İÜHFM, C.32, S.2-4, 1966, s. 934-944.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.

YAVUZ, Nihat; 6098 Sayılı Türk Borçlar kanunu Şerhi C.2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

YÜKSEL, A. Sait/ **YÜKSEL**, Aslı/ **YÜKSEL**, Ülkü; Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.

ZEVKLİLER, Aydın; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Kamu Hukuku/ Public Law

**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN
YASAMA VE YÜRÜTME ORGANLARININ OLUŞUMU
VE YETKİLERİ KAPSAMINDA
BAŞKANLIK SİSTEMİ VE TÜRKİYE**

Comparative Constitutional Law in terms of Executive and Legislative Powers under The Formation and Presidential System and Turkey

Prof.Dr. Hasan TUNÇ*

Özet

Başkanlık sistemi kuvvetler ayrılığına dayanır. Bu sistemde başkan ve parlamento bağımsız olarak seçilirler. Başkanın ve parlamentonun görev süresi sabittir. Ayrıca parlamento ve başkan birbirlerine karşı kullanabilecekleri yetkilere sahiptir. Bu yetkilerin toplamı kontrol ve dengeler sistemi olarak adlandırılır. Başkanlık sisteminin klasik örneği ABD olarak kabul edilmektedir. Çünkü ABD dışında pek çok ülkede şeklen başkanlık sistemi olsa da kontrol ve dengeler sistemi açısından başkanlık sistemi olarak kabul edilemeyecek olan uygulamalar bulunmaktadır. Bu tür sistemlerin ana özelliği, sistemi domine eden başkanların olmasıdır. 2017’de Türkiye’de kabul edilen hükümet sistemi de bu tip hükümet sistemlerindedir. Türkiye’de Cumhurbaşkanı anayasal sistemde etkindir çünkü anayasal olarak sistemi domine edebileceği yetkileri bulunmaktadır. Bu yetkiler kararname yetkisi, önemli mevkiiler için atama yetkileri ve bütçe yetkisidir. Ayrıca eş zamanlı seçim uygulaması Cumhurbaşkanı’na istikrarlı bir TBMM desteği de sağlamaktadır.

* H.K.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, (ORCID-ID: 0000-0002-2992-6793), hasan.tunc@hku.edu.tr.
Makale Geliş Tarihi: 07.10.2019
Makale Kabul tarihi: 25.10.2019

Anahtar Kelimeler: Başkanlık sistemi, Türkiye'nin hükümet sistemi, başkanın anayasal yetkileri, kontrol ve dengeler sistemi, kuvvetler ayrılığı

Summary

The presidential system is based on separation of powers. In that system, president and parliament are elected independently. The terms of president and parliament are fixed. Additionally parliament and president have powers which they can use against each other. The sum of these powers are named as checks and balances system. The core of the presidential system is accepted as USA because a lot of country has a system that is formally presidential system but in terms of checks and balances not, except USA. Main feature of these systems is that there are the presidents that are dominated the system. In 2017, Turkey has also adopted such a system. In Turkey, the president dominate the system because the president has powers to dominate the system constitutionally. These powers are decree power, appointment powers for important positions and budget powers. Additionally the practice of concurrent election provides the stable support of TBMM to the president.

Keywords: Presidential system, government System of Turkey, constitutional powers of the president, checks and balances system, separation of Powers

GİRİŞ

Başkanlık sistemi, kurumsal olarak sert kuvvetler ayrılığına dayanmaktadır. Yürütmenin ve devletin başı olan başkan ile parlamento birbirleri karşısında bağımsızlığa sahiptir. Hem başkan hem de parlamento halk tarafından ve birbirlerinden bağımsız olarak seçilmektedir. Ayrıca ne başkan ne de parlamento parlamenter sistemde olduğu gibi birbirlerinin görev süreleri üzerinde belirleyici değildir. Yani birbirlerine karşı siyasal bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası, başkanın cezai sorumluluğunun işletilebileceği impeachment uygulamasıdır. ABD'nin kurucu babaları bu şekildeki sert kuvvetler ayrılığının Montesquieu'nun Kanunların Ruhu isimli kitabında belirttiği gibi özgürlüklerin korunması ve devletin hiçbir organının anayasal sınırlarının dışına çıkmaması için bir teminat olduğunu düşünmüşlerdir. Yani gerek başkan gerekse parlamento, kendi anayasal sınırlarını ihlal ederek despotik bir anlayışla diğer erk aleyhine güçlenmeye başladığında diğer erklerin de buna karşılık kullanabileceği kimi anayasal silahlara da sahip olması için gerekli silahlara da sahip

kılınmıştır. Buna göre parlamentonun başkanın atamalarına rıza göstermesi, impeachment ya da başkanın talep ettiği bütçe yetkisinin ona tanınmaması parlamentonun başkana karşı kullanabileceği silahlar iken başkan da parlamentonun anayasal sınırlarını aşarak ve anayasayı ihlal ederek çıkardığı kanunları veto etme yetkisine sahiptir. 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen referandum ile birlikte ülkemizde de parlamenter sistemden tek yapılı yürütme esasına dayalı bir hükümet sistemine geçiş yapıldığı görülmektedir¹. Ancak ülkemizde tercih edilen hükümet sistemi ABD tarzı kontrol ve denge mekanizmalarına dayanan bir kuvvetler ayrılığı sistemi değildir. Zira ülkemizde Cumhurbaşkanına TBMM ile anlaşamadığı durumlarda onu by-pass etmek için pek çok anayasal yetki verilmiştir. Bu durumda ise TBMM, ABD'deki Kongre'nin başkanı denetlediği gibi Cumhurbaşkanını denetlemek imkânından mahrum kalmaktadır. Kaldı ki ülkemizde ABD'nin aksine eş zamanlı seçim uygulaması tercih edilerek, partili Cumhurbaşkanının TBMM'nin çoğunluğuna sahip olma ihtimali artırılmıştır. Söz konusu hükümet sistemi, anayasa değişikliği sürecini destekleyenler tarafından "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" olarak adlandırılmıştır.

Çalışmamızda Cumhurbaşkanı ile TBMM'nin göreve gelişi ve birbirlerini denetlemek için sahip oldukları karşılıklı yetkiler, ABD başta olmak üzere başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerdeki anayasal uygulamaları ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Buna göre çalışmanın birinci kısmında başkan ve parlamentonun seçilmesi ve başkanın parlamento çoğunluğu ile aynı siyasi eğilimden olması için ülkemizde tercih edilen eş zamanlı seçim uygulaması incelenmiştir. Çalışmanın ikinci kısmında ise yürütmenin oluşumu karşılaştırmalı bir şekilde açıklanmaktadır. Bu kapsamda başkan yardımcıları ve bakanların göreve gelişi ile ülkemizde cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların göreve gelişi ve sorumlulukları karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır. Çalışmanın üçüncü ve son kısmında ise başkan ve parlamentonun etkileşim alanları incelenmektedir. Bu kapsamda veto yetkisi, bütçenin kabul edilmesi, impeachment uygulaması ve seçimlerin karşılıklı yenilenmesi, ülkemiz ve başkanlık sisteminin uygulandığı diğer ülkeler ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

¹ Türkiye'de kabul edilen yeni hükümet sistemi hakkında geniş bilgi için bkz., Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, s. 193-280.

I. BAŞKAN VE PARLAMENTONUN GÖREVE GELİŞİ VE SEÇİM ZAMANLAMASI

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları mutlak bir şekilde birbirinden ayrılmıştır. Bu nedenle, kural olarak ayrı seçimlerle göreve gelirler². ABD’de başkan ve Temsilciler Meclisi’nin görev süresi dört, Senato’nun görev süresi ise altı yıldır. Temsilciler Meclisi’nin yarısı, Senato’nun ise üçte biri iki yılda bir yenilenmektedir. Böylelikle Temsilciler Meclisi üyelerinin yarısı ile Senato’nun üyelerinin ise üçte biri, başkan ile birlikte seçilmektedir. Ancak geri kalan üyeler başkandan farklı dönemlerde seçilmektedir³. Bu nedenle ABD’de başkan ve parlamento seçimleri arasındaki ilişkinin daimi bir eş zamanlılık olgusu ortaya çıkardığı söylenemeyecektir. Shugart ve Carey’e göre, başkanlık seçimlerinin ardından en az bir yıl sonra yapılan parlamento seçimlerine dönem ortası seçimleri adı verilmektedir. ABD’de de Temsilciler Meclisi’nin üyelerinin yarısı ve Senato üyelerinin 2/3’ü, başkanın görev süresinin tam ortasında seçilmektedir. Yani ABD’de eş zamanlı seçimler ve dönem ortası seçimleri birbirini takip eden bir silsile içerisinde uygulanmaktadır⁴.

Seçimlerin sadece eş zamanlı seçim yöntemi ile icra edilmemesi temelde planlı bir tercihin ifadesidir⁵. Zira ABD’nin anayasal sistemine hâkim olan kuvvetler ayrılığı ile kontrol ve dengeler mekanizmaları gereği⁶, parlamento ve başkan birbirlerinden bağımsızdır ve yine aynı gerekçeyle birbirlerini denetlemelidir⁷. Seçimlerin daimi eş zamanlı bir şekilde, yani hem başkanlık hem de

² Alfred Stephan, Cindy Skach, “Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective”, Linz, Juan J-Valenzuela, Arturo eds., in: *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, Vol.1, Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994, s. 120.

³ Alan Ware, “Divided Government in the United States”, *Divided Government in the Comparative Perspective*, Robert Elgie ed., Oxford University Press, Oxford 2001, s. 24.

⁴ Matthew Soberg, Shugart, John Carey, *Presidents and Assemblies*, Constitutional Design and Electoral Dynamics, Cambridge University Press, New York, 1992, s. 243.

⁵ Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 230.

⁶ Hasan Tunç, “Amerika Birleşik Devletleri Hükümet Sistemi ve Yürütme Organı”, İdarecinin Sesi Dergisi, C.II., S.1., 1988, s. 4; Ersin Kalaycıoğlu, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdidıyla Sınava”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 14; Esat Çam, *Devlet Sistemleri*, İstanbul, 1993, s. 88.

⁷ Madison’a göre bir tutku bir başka tutku ile dengelenmelidir. Yani her iki organ birbirine muhtaç edilmeli ve karşılıklı olarak birbirlerinin anayasal sınırlarını aşmalarını engellemelidirler. Bkz. James Madison, *Federalist Papers*, No. 51.

parlamentonun tamamının aynı gün yapılması durumunda ise başkan ve parlamento çoğunluğunun aynı siyasi iradeye sahip olma ihtimali artmaktadır⁸. Başkan ve parlamento çoğunluğu aynı siyasi eğilime sahip olursa parlamentonun önemli faaliyetlerinden başkanı denetlemek vazifesini yerine getirme ihtimali oldukça azalabilecektir. Bu durumda ise başkanlık sisteminin özü ve felsefesi olan karşılıklı kontrol ve denge mekanizması çalışmaz hale gelecektir⁹. Öyle ki 1988'e kadar yapılan ara dönem seçimlerinde ABD'de değişmeyen tek şeyin başkanın partisinin oy kaybetmesi olduğu ifade edilmektedir¹⁰.

Özellikle çok partili bir siyasi yapının görüldüğü sistemlerde başkanın parlamentoda çoğunluğu oluşturma ihtimali oldukça düşüktür. Bu durum, başkan karşısında güçlü bir parlamento ortaya çıkarmaktadır. Diğer yönüyle de, demokratik gelişimini tamamlayamamış ülkelerde başkan ve parlamento arasındaki gerilimlerin artmasına sebebiyet verebilmektedir. Buna bir çözüm üretebilmek ve işleyen ve sorumlu bir hükümete sahip olabilmek¹¹ adına başkan ve parlamento (iki meclisli ise ilk meclisin) seçimlerinin daimi bir şekilde eş zamanlı yapılması yönünde bir eğilimin olduğu görülmektedir. Tahmin edileceği üzere bu ülkelerde temel amaç kuvvetler ayrılığını güçlendirmek değil aksine güçlü bir yürütme ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle söz konusu uygulamanın başkanlık sisteminin bir özelliği değil belki "başkancı" sistemlerin bir temel özelliği olduğu iddia edilebilmektedir. Bu ülkelerde başkan adaylarının sahip olduğu popülarite tek başına kendi partilerine parlamento çoğunluğu sağlamaya yetmeyebilir. Bu durumda da hem yasama hem de yürütme seçimleri birlikte yapılacağı için başkan adaylarının farklı siyasi partiler ile bir seçim ittifakına girme olasılığı da artmaktadır¹². Kaldı ki doktrinde eş zamanlı seçim uygulamasının bu tür seçim

⁸ Robert Erikson, "Congressional Elections in Presidential Years: Presidential Coattails and Strategic Voting", *Legislative Studies Quarterly*, Cilt 41, Sayı 3, 2016, özellikle s. 552-553.

⁹ Ömer Anayurt, Murat Erdoğan, Ahmet Ekinci, "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi", *Ord. Prof. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Ed. Abuzer Kendigelen, Saadet Yüksel, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 183-227, s. 195-196.

¹⁰ Anayurt, Erdoğan, Ekinci, (2019), s. 210.

¹¹ Sartori, (1997), s. 231.

¹² Ömer Anayurt Ahmet Ekinci, "Koalisyonlu Başkanlık Sistemi ve Latin Amerika Uygulaması", *Ord. Prof. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Ed. Abuzer Kendigelen, Saadet Yüksel, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 227-333, s. 269-271.

ittifaklarını ve seçimler sonrasında kurulacak koalisyonları daha istikrarlı hale getirdiği de dile getirilmektedir¹³.

Ülkemizde Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin görev süresi beş yıldır. Cumhurbaşkanı, en fazla iki kez seçilebilir. Bir adayın Cumhurbaşkanı seçilebilmesi için *geçerli oyların salt çoğunluğunu alması gerekmektedir*. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir (md 101). Ayrıca Anayasa'nın 77. maddesine göre TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri aynı günde yapılacaktır. Türkiye'de daimi eş zamanlılık olgusunun tatbik edildiği görülmektedir. İfade edildiği üzere bu tür bir seçim sisteminin uygulandığı çok partili siyasi sistemlerde başkan ya tek başına kendi partisi ile ya da adayları farklı siyasi partiler ile seçim ittifakına girmek suretiyle parlamentoda çoğunluğu elde etme imkânını artırmaktadır. 24 Haziran 2018 seçimleri sonrasında TBMM'de oluşan siyasi görünüm de söz konusu görüşü destekler niteliktedir. Çünkü bu seçimlerde Ak Parti ve MHP, "Cumhur İttifakı" adı altında, Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan'ı desteklemiştir. Seçim sonuçlarına göre ise Erdoğan Cumhurbaşkanı seçilirken Ak Parti ve MHP'nin oluşturduğu Cumhur İttifakı'nın da parlamentoda çoğunluğu elde ettiği görülmektedir¹⁴.

II. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARININ VE BAKANLARIN GÖREVE GELİŞİ BAKIMINDAN FARKLILIK

A. Genel Olarak Başkan Yardımcılığı ve Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumları

Bilindiği gibi başkan yardımcılığı kurumu tıpkı başkanlık sistemi gibi ABD menşelidir. Bu nedenle de kuvvetler ayrılığı sistemini benimseyen ülkelerin önemli bir kısmında da başkan yardımcılığı kurumunun ABD uygulamasından esinlenilerek devralındığı görülmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ya da başkan yardımcılığı kurumuna yer veren günümüz demokrasileri incelendiğinde¹⁵, bu makamın genellikle halkoyu ile seçilmesi yolunun tercih edildiği göz-

¹³ Anayurt, Ekinci, (2019). s. 269-271; 311-313.

¹⁴ Cumhur İttifakı 344 milletvekili, diğerleri 256 milletvekili.

¹⁵ Başkanlık sisteminin uygulandığı Venezuela, Meksika, Paraguay ve Şili gibi bazı ülkelerde seçimle gelen başkan yardımcısı müessesine yer verilmemektedir. Bkz. Shugart, Carey, (1992), s. 92; Ayrıca Şili hakkında daha geniş bilgi için Bkz. Gizem Güner Yaşar, "Şili Baş-

lenmektedir. Başkan yardımcılarının halk tarafından seçilmesi yönteminde, başkan yardımcılarını ya başkan ile birlikte¹⁶ ya da başkandan ayrı olarak¹⁷ doğrudan halk tarafından seçilmektedir. İlk usule göre başkanlık seçimi sürecinde başkan adayları, seçilirlerse beraber çalışacakları başkan yardımcısı adaylarını da ilan ederler ve aynı oy pusulasında hem başkan hem de başkan yardımcısı adayı birlikte seçilir. Bu usulün seçilmesinde gözetilen bazı avantajlar bulunmaktadır. Öncelikle başkan adayları, oylarını artırmak adına halkın güvenine sahip olduğunu düşündükleri kişileri başkan yardımcısı olarak ilan edebilmektedir. Bu usulün bir diğer avantajı ise başkan adayları, kendi başkan yardımcılarını kendileri belirleyerek, başkan seçilmeleri durumunda ileride doğabilecek anlaşmazlıkları en aza indirebilmektedir¹⁸. Bu sistemin tercih edilmesindeki

kanlık Sistemi”, içinde *Dört Kitada Başkanlık Sistemi*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, Astana Yayıncılık, 2017, Ankara, s. 382.

- ¹⁶ Bu usule en tipik örnek şüphesiz ABD’dir. Fakat Venezuela, Bolivya ve Suriname dışında kalan diğer Latin Amerika ülkelerinde de başkan yardımcılarını, başkan ile birlikte seçilmektedir. Bu seçimlerde başkan ve başkan yardımcısı adaylarının aynı oy pusulası ile seçimlere katıldığı gözlemlenmektedir. Bu tür seçim usulünün benimsenmesindeki temel amacın başkan ve başkan yardımcısının uyumlu olması olduğu dile getirilmektedir. Bu tür seçimlerde başkan yardımcılığı için aday olan kişinin başkanın yol arkadaşı (*running mate*) olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ömer Anayurt Ahmet Ekinci, “Tek Yapılı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı Kurumu ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Zafer GÖREN Armağanı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 441-501, s. 454-465.
- ¹⁷ Başkan yardımcısının başkandan ayrı seçilmesi iki farklı şekildedir. İlk olarak, ayrı bir başkan yardımcılığı seçimi yapılmaz. Başkanlık seçimleri sonucunda en fazla oyu alan adayın başkan, en fazla ikinci oyu alan adayın ise başkan yardımcısı olarak ilan edilir. ABD’de 1804 değişikliklerine kadar ve Meksika’nın kuruluşunda ilk olarak uygulanan seçim usulü budur. İkinci yöntem ise başkan ve başkan yardımcısına ilişkin iki farklı oylamanın gerçekleştirilmesidir. Buna göre seçmenler başkan için ayrı başkan yardımcısı için ayrı oy verecektir. Başkanlık seçimleri için en fazla oyu alan aday başkan seçilirken başkan yardımcılığı için gerçekleştirilen seçimlerde de en fazla oyu alan aday başkan yardımcısı olarak seçilecektir. Ancak başkan ve başkan yardımcısının bu yöntem ile seçilmesi iki aktörün farklı siyasi görüşlere sahip olması durumunda Latin Amerika gibi aşırı siyasal polarizasyona dayalı siyasal, sosyal ve kültürel bölünmelerin olduğu yapılarda siyasal programların yürütülmesi bakımından bir sorun ortaya çıkartabileceği açıktır. Hatta bu durum belirli bir coğrafya veya ülkeyle de sınırlı değil siyasetin kendi doğası gereği karşılaşılabilecek bir olgudur. Örneğin bu durum ABD’nin ilk seçimlerinde başkan George Washington ve başkan yardımcısı John Adams arasında bir gerilime neden olmuştur. Bkz. Shugart, Carey, s. 93; Anayurt, Ekinci, (2017), s. 457-459; L. Edward Purcell, *Vice Presidents-A Biographical Dictionary, Facts On File*, Fourth Edition, New York, 2010, s. 1-15.
- ¹⁸ Örneğin Brezilya’da 1960’da Quadros başkan seçildiğinde ondan daha radikal olan Goulart ayrı oy pusulası ile başkan yardımcısı seçilmiştir. Quadros’un istifası ile Goulart başkanlık koltuğunu devralmış ve parlamento ile yaşadığı krizlerin neticesinde askeri darbe meydana gelmiştir. Mevcut hükümün bu tür krizlerin önüne geçmek için 1988 Anayasası’nda düzenlendiği ileri sürülebilir. Bkz. Ahmet Ekinci, Serkan Nebi Yıldırım, “Brezilya’nın Başkanlık Sis-

önemli sebeplerden bir diğeri ise başkanlık seçimlerinde koalisyon kurulmasını kolaylaştırmaktır¹⁹. İkinci tür başkan yardımcısı tespit etme modeli de, başkan yardımcısının ayrı bir seçimle tespit edildiği halidir. Bu sistemin avantajı ise başkanlık makamında boşalma meydana gelme durumunda başkanın görev süresinin kim tarafından doldurulacağını doğrudan halk tarafından belirlenmesinin daha uygun olacağı düşüncesidir²⁰. Bazı sistemler ise başkan yardımcılığı kurumuna yer vermeyerek başkanlık makamında bir boşalma olması durumunda ne olacağını ayrıca düzenlemektedir²¹.

Genel uygulama halk tarafından seçilme usulünün benimsenmesi olsa da “Venezuela modeli” olarak bilinen uygulamaya göre başkan yardımcısının doğrudan devlet başkanı tarafından atandığı sistemler de bulunmaktadır²². Ancak bu sistemde de başkan yardımcılarının parlamentoya karşı gensoru vasıtasıyla siyasal sorumluluğu bulunduğu kabul edilmiştir²³. Referandum sonrası ülkemizde şekillenen cumhurbaşkanı yardımcılığı kurumu da bu modele benzetilebilir. Öncelikle ülkemizde bir veya birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atanabilecektir. Cumhurbaşkanı’nın seçildikten sonra cumhurbaşkanı yardımcısını (veya yardımcılarını) kendisi tek taraflı bir işlem ile seçmesi, yürütmeye bir uyum sağlanması açısından olumludur. Bununla birlikte, yardımcının Cumhurbaşkanı tarafından tek başına seçilmesi, cumhurbaşkanlığı makamında meydana gelecek boşalma durumunda cumhurbaşkanı yerine vekâlet edecek kişinin demokratik meşruiyetinin eksik olmasına sebebiyet verebileceği düşünülebilir²⁴. Çünkü

temi Uygulaması”, içinde *Dört Kutada Başkanlık Sistemi*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, As-tana Yayıncılık, 2017, Ankara, s. 141.

¹⁹ Shugart, Carey, (1992), s. 93.

²⁰ Bu tür seçim, şu an Peru’da ve 1946 Brezilya Anayasası’nda ve 1935 Filipinler Anayasası’nda bulunmaktadır. Bkz. Shugart, Carey, (1992), s. 93.

²¹ Shugart, Carey, (1992), s. 93.

²² Venezuela Anayasasının 236. madde hükmüne göre başkan yardımcısının atanması ve görevden alınması başkanın yetkileri arasındadır. Şili’de ise resmi olarak bir başkan yardımcılığı makamı öngörülmemiş olmakla birlikte başkanlık makamındaki boşlamalar durumunda İç İşleri Bakanı bu boşluğu dolduracağından ve İç İşleri Bakanı’nın atanması ve görevden alınması başkanın yetkileri arasında olduğundan benzer bir uygulamanın Şili’de de bulunduğu ifade edilebilir. Bkz. UGGLA, Fredrik, “Vice-presidents in Latin America: Between Bridge-building and Betrayal”, <https://www.researchgate.net/publication/303857672>, (Erişim tarihi. 13.5.2017), s. 4.

²³ Anayurt, Ekinci, (2017), s. 489.

²⁴ Selin Esen, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, s. 49-50; Richard BARRETT, Veronika BÍLKOVÁ, Sarah CLEVELAND, Jean-Claude SCHOLSEM, Hanna SUCHOCKA, Kaarlo TUORI, Turkey Opinion On The Amendments To The Constitution Adopted By The Grand National Assembly On 21 January

Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanı'na vekâlet ettikleri dönemde Cumhurbaşkanı'nın yetkilerine sahiptir. Kaldı ki Ülkemizde, Cumhurbaşkanı yardımcılarının parlamentoya karşı siyasal sorumlulukları bulunmamaktadır.

B. Cumhurbaşkanı Yardımcılarının Sayısı ve Atanma Şartları

Başkanlık sisteminin uygulandığı sistemlerde genel uygulama bir adet başkan yardımcısının seçilmesi ya da atanması yönündedir. İstisnai olarak bu sayı üçe kadar çıkmaktadır. Ancak her sistemde açık olan husus bu sayının anayasada açıkça yazılmasıdır. Anayasamızda Cumhurbaşkanı yardımcılarının sayısı hakkında bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle kaç adet Cumhurbaşkanı yardımcısı atanabileceği Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakılmıştır denilebilir²⁵.

Ülkemizde cumhurbaşkanı yardımcıları, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları, 81 inci maddede yazılı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde and içerler. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanırlarsa üyelikleri sona erer. Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanabilmek için gerekli şartlar sadece milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmaktır. Bu nedenle, örneğin iki dönem Cumhurbaşkanlığı görevini yerine getirdikten sonra Cumhurbaşkanı seçilemeyecek bir kişinin Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanmasında hukuken bir engel yoktur. Hatta yüksek ihtimalle bir siyasi partinin lideri olacak olan bu kişiler, yeni Cumhurbaşkanı tarafından parlamento içerisindeki desteğini artırabilmek adına tercih edeceği Cumhurbaşkanı yardımcısı profillerinden birini oluşturabilecektir²⁶.

2017 And To Be Submitted To A National Referendum On 16 April 2017", *Venice Commission 110th Plenary Session (Venice, 9-11 March 2017)*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e) (Erişim Tarihi, 14.3.2017), s. 17; Anayurt, Ekinci, (2017), s. 489 vd.

²⁵ Anayurt ve Ekinci'ye göre, bu sayının açıkça anayasada belirtilmemiş olması cumhurbaşkanının elini siyasal alanda da güçlendirecektir. Bu sayının anayasada belirsiz bırakılmış olması siyasal desteğe gereksinim duyulan alanlarda önemli bir pozisyon olarak yardımcılık makamı üzerinden pazarlıkları gündeme taşıyabilecek ve siyasal yozlaşmaya kapı açmaya veya düşünmeye imkân verebilecektir. Başkan yardımcılığı kurumunun statüsü, görev ve yetkileri dikkate alındığında sayının çok fazla tutulması uygun değildir. Özellikle başbakan yardımcılığı ile kıyaslanmak suretiyle bir sayı belirleme yoluna gidilmesi her şeyden önce cumhurbaşkanlığı makamını olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bkz. Anayurt, Ekinci, (2017), s. 489-491.

²⁶ Gary W. Cox, Scott Morgenstern, "Latin America's Reactive Assemblies and Proactive Presidents", *Comparative Politics*, C. 33, Sa. 2, 2001, ss. 171-189, s. 181.

Anayasada Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan olarak atanan milletvekilinin düşme işleminin ne zaman gerçekleştirileceği açığa kavuşturulmamıştır. Bu noktada milletvekilliğinin düşmesi için TBMM tarafından atamanın onaylanması hakkında karar alınması gerektiği de düşünülebilir. Zira halkoyları ile milletvekili seçilen kişinin TBMM ile organik bir bağı olmayan bir diğer erk dâhilinde görev alabilmesi için TBMM'nin onay vermesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından daha uygundur. Ancak Anayasa hükmü bakan ya da Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanan milletvekillerinin milletvekilliklerinin doğrudan düşeceğini düzenlemiştir. Bu nedenle Anayasamız açısından, TBMM'nin ayrıca bir karar almasına gerek yoktur. Dolayısıyla atama işlemini düzenleyen kararname, Resmi Gazete'de yayımlandığı an milletvekilinin milletvekilliği de aynı anda düşmüş olacaktır.

Başkanlık sistemi öğretisinde başkan yardımcısının en önemli görevi, başkanlık makamında boşalma olması halinde başkan yardımcısının başkan olarak görevi devralmasıdır²⁷. Bu nedenle de, yürütmenin başının halk tarafından seçildiği ve demokratik meşruiyetinin bulunduğu bu tip sistemlerde başkana vekâlet etme yetkisine sahip olan başkan yardımcısının dayandığı anayasal temellerin iyi kurulması ve olması gereken ayrıntı ile düzenlenmiş olması gerekmektedir.

C. Bakanları Atama Yetkisi

Başkanlık sisteminde başkan doğrudan halkoyu ile göreve gelmektedir. Yürütmenin başı da yalnızca başkandır. Bu nedenle yürütme içerisinde başkana yardımcı olması amacıyla bakan ya da sekreter adı verilen görevliler istihdam edilmekte ise de söz konusu görevliler başkan karşısında bir denge unsuru değil birer yardımcılardır²⁸. Bakanların sorumlulukları ise doğrudan başkana karşıdır²⁹. Başkan kabinesi ile toplanır, onların görüşlerini alır. Ancak son söz başkana aittir. Bakanların başkan üzerindeki gücü ancak onu ikna edebildikleri kadardır³⁰. Bakanların (sekreterlerin) başkana rağmen karar almaları söz konusu

²⁷ Shugart, Carey, (1992), s. 93.

²⁸ Juan J. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz,-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994, s. 30.

²⁹ Tunç, (1988), s. 5; Ergun Özbudun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 107.

³⁰ Linz, (1994), s. 30.

olamaz³¹ ABD eski başkanlarından Lincoln, “yedi hayır bir evet, evetler kazandı”³² diyerek bu sistemde başkana rağmen yürütme içinde herhangi bir kararı almanın mümkün olmadığını veciz bir şekilde ifade etmiştir.

ABD uygulamasına benzer şekilde ülkemizde de bakanlar doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından göreve getirilmekte ve görevden alınmaktadır. Cumhurbaşkanlığı, bakanları milletvekilleri arasından atarsa, Anayasaya göre bakanlığa atanan milletvekilinin milletvekilliği düşecektir (md. 106).

Başkanlık sisteminin uygulandığı bazı ülkelerde başkanın kabinesini oluşturabilmesi için bazı şartlar öngörülmüştür. Bilindiği gibi başkanlık sisteminin uygulandığı ABD’de bakanların seçiminde başkan bu yetkiyi parlamento ile paylaşmaktadır. Bakanların atanabilmesi için Senato’nun onayı gerekmektedir³³. Ülkemizde ise Cumhurbaşkanı’nın bakanları serbestçe atayabildiği ve görevden alabildiği görülmektedir. Ancak doktrinde bu durum eleştirilmektedir³⁴. Her ne kadar bakanların atanması aşamasında parlamentonun onayının aranması, bir dengeleyici unsur olarak tasarlanabilir ise de sırf bakanların atanması bakımından parlamentonun onayının alınması genel kural oluşturacak nitelikte değildir. Başkanlık sisteminde kabinenin şekillenmesinde kongrenin onayı genel bir zorunluluk değildir³⁵. Çünkü kabine doğrudan başkana karşı sorumludur ve bakanları görevden alma yetkisi başkana aittir. Kongre’nin ba-

³¹ Attila Özer, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 153, 169-170; Arend Lijphart, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz,-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994, s. 93.

³² Erdal Onar, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 72-73; Tunç, (1988), s. 6.

³³ Linz, (1994), s. 30; Özer, (2003), s. 173,176; Tunç, (1988), s. 6.

³⁴ Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi Mi, Başkanlık Sistemi Mi, Yoksa Neverland Sistemi Mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?” <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, (Erişim tarihi 8.3.2017).

³⁵ Shugart, Carey, (1992), s.107; Bu konuda ABD, Venezuela, Şili, Dominik Cumhuriyeti, Paraguay, Peru, Arjantin, Bolivya Uruguay, Nijerya, Güney Kore (1987) ve Filipinler kongre onayı aramaları gerekçesiyle diğer başkanlık sistemi uygulamalarından ayrılmaktadır. Ancak, Brezilya, Guatemala, Meksika, Panama, Kolombiya, Kosta Rika, Ekvator, El Salvador, Honduras, Nikaragua, ‘da başkan Kabine’nin atanmasında hâkim konumdadır. Bununla birlikte sayılan ülkelerden sadece Peru, Arjantin ve Bolivya’da bakanların görevden alma yetkisi sadece başkana verilmemiştir. Bkz. Victor Araujo, Thiago Silva, Marcelo Viera, “Measuring Presidential Dominance over Cabinet in Presidential Systems: Constitutional Design and Power Sharing”, *Brazilian Political Science Review*, C. 10, Sa. 2, 2016, ss. 1/23, s. 17.

kanları görevden alabildiği sistemlerde ise saf başkanlık sistemlerinden uzaklaşmaktadır³⁶. Zira idare hukukunun temel prensibi *usulde paralellik ilkesidir*. Bu ilkeye göre bir işlemin yapılmasında kullanılan usul, kanunda aksi öngörülmedikçe o işlemin değiştirilmesi ya da ilga edilmesi için de kullanılır³⁷. Yani işlemin tesis edilmesi ile aynı işlemin kaldırılması ve değiştirilmesi birbiriyle aynı olmalıdır. Bu nedenle de Cumhurbaşkanı'nın tek taraflı idari işlemi ile atadığı bakanları yine aynı işlemle görevden alabilmesi usulde paralellik ilkesi ile tutarlıdır.

TBMM'nin bakanların atanması konusunda bir yetkisi bulunmamaktadır.

D. Bakan ya da Cumhurbaşkanı Yardımcısı Olarak Atanan Milletvekillerinin Durumu

Anayasada bakan olarak atanan milletvekillerinin milletvekilliğinin düşeceği belirtilmektedir. Ancak düşme işleminin ne zaman gerçekleştirileceği açığa kavuşturulmamıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Resmi Gazete'de yayımlanması ile birlikte ilgili kişinin vekilliğinin düşeceği öncelikle akla gelebilir. Kanımızca bakan atanmak suretiyle bir milletvekilinin vekilliğinin düşmesi öncelikle, bakan olarak atanan milletvekilinin bu atamayı kabul etmesi gereğidir. Zira aksi halde Cumhurbaşkanı, bu imkânını TBMM içerisindeki muhaliflerinin vekilliğini düşürmek için bir silah olarak kullanabilecektir. Ancak anayasa hükmü doğrudan bakan olarak atanan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşeceğini düzenlemiştir. Bu nedenle, bakan olarak atanan bir milletvekilinin milletvekilliğinin atama kararının yayımı ile birlikte düşeceği sonucuna varılabilmektedir.

Cumhurbaşkanı, bakanlarının eylem ve işlemleri üzerinde etkilidir³⁸. Zira göreve getirme ve görevden alma konusunda da tek söz sahibi olması ona bu gücü vermektedir. Bakan olarak atanan milletvekili, sonraki süreçte Cumhurbaşkanı ile anlaşamaz ve Cumhurbaşkanı artık bu bakanın tavsiye ve görüşleri-

³⁶ Örneğin Bolivya Anayasası'na göre bazı şartlarda Kongre, bakanları *gensoru (censure)* ile düşürebilmektedir. Bkz. Araujo, Silva, Viera, (2016), s. 13.

³⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 8. Baskı, 2009, s. 340.

³⁸ Abraham Lincoln'ün "7 hayır 1 evet, evetler kazandı" sözü de bu nitelemeye veciz bir örnektir.

ne ihtiyaç duymaz ise bu bakanı görevden alabilecektir³⁹. Peki, bu durumda görevden alınan bakanın önceki milletvekilliği statüsü ne olacaktır? Anayasa'da bakan olarak atanan kişinin vekilliğinin sona ereceği düzenlenmektedir. Yani bakanlığa atama işlemi milletvekili olma statüsünün sona ermesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bakanlık makamının sona ermesi doğrudan milletvekilliği statüsünün canlanması anlamına gelmeyecektir. Bu durum ise özellikle Cumhurbaşkanı'nın meclis desteğini elde edebilmek için diğer partilerin üyesi olan milletvekillerine bakanlık verdiği ve sonrasında bu bakanları görevden aldığı durumlarda siyasi krizlere yol açabilecektir.

III. DENGELİ VE DENETLEME MEKANİZMALARI BAKIMINDAN FARKLILIKLAR

A. Başkanın Parlamento İhtiyacını Ortadan Kaldırmak veya Başkanın Hukuk Yapımı

Başkanın kararname yetkisi, farklı kategorik ayrımlara tabi tutularak incelenmektedir. Çünkü başkanın kararname yetkisi adı altında kullandığı yetkinin kaynağı değişkenlik gösterebilmektedir. Bu bağlamda *Shugart ve Carey* kararname otoritesini; kanunların uygulaması konusunda yürütme kuralı koyma, parlamento tarafından verilen yetki devrine dayanan kararnameler, doğrudan anayasadan kaynaklanan kararnameler ve olağanüstü durumlarda anayasal olarak başkana verilen kararname yetkilerini kararname müessesesinin farklı görünümüleri olarak değerlendirilmiştir⁴⁰. Yani başkanlık sistemlerinde kararnameler ile kastedilen bir anlamda kanun gücünde olan kararnamelerdir. Parlamentonun rızasının aranıp aranmaması ya da kararnamelerin parlamento tarafından iptal edilip edilememesi hususları başkanlık sistemlerindeki kararnamelerin farklı görünümüleri olmakla birlikte, kanun gücünde olma hüviyetleri üzerinde etkisi yoktur. Ancak başkana doğrudan anayasada açıkça belirtilen konularda kararname çıkarma yetkisi verilen durumlarda, başkan bu yetkisinin kullanımı için önceden parlamentodan bir izin almak zorunda değildir. Bu tür kararnamelere anayasal kararnameler adı verilebilir. Anayasal kararname çıkarma yetkisi belirli konularda çıkarılmak şeklinde sınırlanabilir. Örneğin sadece yürütmeye ilişkin konularla ya da ekonomik konularla sınırlandırılmış bir yetki olabilir. Venezuela Anayasası'na (*md 236/20*) göre, başkan kararname yetkisi ile bakanlıklar

³⁹ Juan J. Linz, "Democracy: Presidential or Parliamentary Does It Make a Difference?", 1985, http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABJ524.pdf (Erişim Tarihi: 7.3.2017).

⁴⁰ Carey, Shugart, (1998), s. 5.

dâhil kamu alanını düzenleyebilecektir. Keza Nikaragua Anayasası'na (md 150/3) göre de, başkan sadece idari konularda kararname çıkartabilmektedir. Benzer şekilde Brezilya Anayasası (md 62) da, başkanın federal idari organizasyon konusunda kararname çıkartabileceğinden bahsedilmektedir. Ya da acil ve gerekli konularda başkana kararname çıkarma yetkisi verilebileceği belirtilmektedir. Brezilya (md 62), Arjantin (md 99) ve Peru (md. 118) gibi, birçok ülke anayasalarında benzer örnekler bulmak mümkündür. Başkana bir de belirli konularda parlamento tarafından belirlenecek kapsamda kanun gücünde kararname çıkarma yetkisi verilebilen uygulamalarda, başkanın kararname yetkisini kullanabilmesi için parlamentonun onayına ihtiyacı olacaktır. Bu tür kararnamelere de, başkan delege edilen kararname yetkilerini kullanabilecektir⁴¹. Bahse konu kararnamelerden ilkinde *anayasal kararname yetkileri adı verilirken*, diğere ise *delege edilen kararname yetkileri* denilmektedir⁴².

Başkanlık sisteminin anayurdu olan ABD'de ise başkanın anayasal olarak hukuk yapım yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşın Kongre'nin de genel nitelikli kural koyma yetkisini başkana nadiren delege ettiği bilinmektedir⁴³. Savaş ya da ekonomik kriz gibi olağanüstü dönemlerde ise başkanın inisiyatif ve sorumluluğu üzerine alarak kararname çıkarma yoluna gittiği görülmektedir. Ancak başkanın olağan dönemlerde kararname çıkarmak vasıtasıyla hukuk sürecine nadiren dâhil olduğu bu dönemlerde çıkardığı kararnamelerin ise ciddi anayasallık tartışmaları başlattığı bilinmektedir. ABD başkanının sıklıkla kararname çıkarması ise kanunlara dayanmak suretiyle, yükselen idari ve bürokratik yapının getirdiği bir sonuç olarak görülmektedir⁴⁴.

Ülkemizde ise Cumhurbaşkanı'na önemli ölçüde ve geniş denilebilecek bir alanda kararname çıkarma yetkisinin verildiği görülmektedir. Anayasa'da ger-

⁴¹ Örneğin Brezilya Anayasası'na göre parlamento; başkanın talebi üzerine, yargı, kamu bakanlıklarının organizasyonu, vatandaşlık, kişisel siyasal haklar, seçim hukuku ve bütçe hususu dışında kalan alanlar ile ilgili olarak çıkartacağı bir kanun ile başkana kararname çıkarma yetkisi verebilir. Aynı zamanda parlamento'nun hususi alanına giren konular hakkında da delegasyon yapılamamaktadır. Benzer şekilde Kolombiya Anayasası'nda da vergi hukuku, organik kanunlar, parlamento'nun teknik hizmetleri ve idaresi konuları dışında, hükümetin açık talebi üzerine kararname çıkarma yetkisi verilebilmektedir.

⁴² Shugart, Carey, (1992), s. 140.

⁴³ Brian R. Sala, "In Search of the Administrative President-Presidential 'Decree' Powers and Policy Implementation in the United States", in *Executive Decree Authority* (Ed. John M. Carey, Matthew Soberg Shugart), Cambridge University Press, 1998, s. 254;

⁴⁴ Tara L. Branum, "President or King-The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America", *Journal of Legislation*, C. 28, Sa. 1, 2002, s. 6.

çekleştirilen değişiklik ile birlikte kararnamelerin esas düzenleme alanı yürütme organının kuruluşu, teşkilatı ve düzenlenişidir. Bunun nedeninin getirilen hükümet sisteminin sert kuvvetler ayrılığını öngörmesi olduğu söylenebilir. Zira başkanlık hükümeti sisteminde devletin ve yürütmenin başı olan *başkan* yürütmenin organizasyonundan sorumludur. Buradan hareketle, 1982 Anayasası'nın ilk halinde, hükümet sisteminin etkisiyle oldukça sınırlı bir şekilde düzenlenen yürütmenin *mahfuz alanı*⁴⁵ (Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, çalışma esasları, personel atama işlemleri) bakımından geçerli olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kapsamı, yürütmeye mahfuz olan alanın genişlemesi ile birlikte genişlemiş bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nın mevcut 104/17. maddesinde göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri esas itibariyle yürütme ile ilgili konularda çıkarılabilecektir.

Genel anlamda Cumhurbaşkanının doğrudan yürütme organının düzenlenişi kapsamında, CBK'lar ile idarenin kuruluş ve işleyişi ile ilgili şu alanlarda düzenleme yapabilecektir:

“Cumhurbaşkanı, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (md. 106),

Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md. 108),

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevleri (md. 118),

Kamu tüzel kişiliğinin kurulması (md. 123)

Üst kademe kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların (md 104) cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmektedir.

Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. (md. 104)”

⁴⁵ Özbudun, (2011), s. 259-260.

Ayrıca yürütme ile ilgili konularda olmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. (md. 104)

Yukarıda belirtilen yetkilerin CBK'lar ile düzenlenecek olması da, yasanın genelliği ilkesinden sapılmış olduğunu göstermektedir⁴⁶.

Anayasa'nın 123. maddesinde gerçekleştirilen değişiklik ile birlikte kamu tüzel kişiliklerinin kurulması TBMM'nin bu konuda çıkarabileceği kanunların yanında Cumhurbaşkanı kararnameleri ile de mümkün hale gelmiştir. Değişiklik öncesinde kamu tüzel kişiliklerinin kurulması sadece kanun ile mümkündür. Ancak değişiklik ile birlikte Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnameler ile de kamu tüzel kişiliği kurulabilecektir. Bu yetkinin Cumhurbaşkanı'na da verilmesi yerindedir. Zira Cumhurbaşkanı yürütmenin başı olması ve genel siyaseti yürütecek makam olması nedeniyle, politikasına uygun kamu kurum ve kuruluşlarının tesis edilmesinde söz sahibi olması doğaldır. Ancak iki organın bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması konusunda farklı eğilimlerde olması durumunda ne olacaktır? Burada yukarıda ifade edildiği üzere ilk harekete geçenin daha avantajlı konumda olacağını söylemek yanlış olmaz. Anayasada bir yetki çatışması durumunda ne olacağını açıkça düzenlememesi nedeniyle, Cumhurbaşkanı'nın ayrıca bir avantajı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bilindiği gibi Cumhurbaşkanı tarafından kurulacak olan bir kamu kurumu veya kuruluşunun TBMM tarafından ortadan kaldırılmasını öngören bir kanunun kabul edilmesi hâlinde, Cumhurbaşkanı'nın veto yetkisine sahip olması onu avantajlı bir konuma getirmektedir. Fakat TBMM tarafından çıkartılan bir kanun ile kurulmuş olan bir kamu kurumu veya kuruluşunun ortadan kaldırılmasına ilişkin bir CBK, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılamaz. Zira Cumhurbaşkanı'na sadece kamu tüzel kişiliklerinin kurulması ile ilgili yetki verilmiştir.

⁴⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2017, s. 250-251.

Anayasaya göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri sadece yürütme alanına ilişkin çıkarılabilir. Buna göre kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler dışında, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kapsamında yürütmenin organizasyonu dışında kalan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir mi? Açıktır ki kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler konusunda Cumhurbaşkanı'na tanınan yetki, kanunlara aykırı olmamak kaydıyla kanunların uygulanmasını gösteren yönetmelik çıkarmak ile sınırlı olacaktır. Zira fıkranın devam eden cümlesinde ise Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez denilerek, hükmün normatif sınırı çizilmektedir. Sağlam'a göre düzenleme sınırlandırmadan daha geniş bir kavramdır. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve dördüncü bölümünde yer alan kişi hakları ve ödevleri ve siyasî hak ve ödevler negatif statü haklardan olduğu dolayısıyla da bu konudaki her türlü düzenlemenin bir sınırlama içereceği, ancak üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin ise pozitif statü haklardan olması dolayısıyla bu konuda hakları genişletici düzenlemeler yapılabileceğini öne sürülmüştür. Özbudun ise konuya sadece KHK açısından değil md 13'ün kanunla sınırlandırma şartı kapsamında tüm idarenin düzenleyici işlemleri tarafından bakılabileceğini, dolayısıyla da genel kurallara uyulması şartıyla diğer düzenleyici işlemler gibi KHK da çıkartılabileceğini ifade etmiştir. Gözler de Sağlam'ın sınırlandırma rejimi hakkındaki görüşlerine katıldığını belirtmektedir⁴⁷. Buradan hareketle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırlandırma öngörmediği sürece ekonomik ve sosyal hakları düzenleyebileceği ifade edilebilir.

Anayasada kararnamelerin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira gerçekte de yürütmenin organizasyonu ve işleyişi başkanın yetki alanındadır. Bu nedenle, yasama tasarrufu ile bu alana müdahale edilmesi sistemin temel mantığına aykırıdır. Ancak belirsiz kalan alanlar söz konusu olduğunda Cumhurbaşkanı bu alanı doldurmak için kendi yetkileri hakkında genişletici bir yorumda bulunabilecektir.

⁴⁷ Ergun Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", *Anayasa Yargısı* 6, ss. 227-237, s. 231-232; Fazıl Sağlam, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi yayınları, 1984, Cilt I, s. 268; Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, Bursa, s. 105-107.

CBK'lerden; "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (md. 106). Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md. 108). Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevleri (md. 118). Üst kademe kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (md. 104)." konularında çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri *kanun benzeri* bir hukuki niteliğe sahiptir. Bu kararnameler yürütme organı tarafından çıkarılması ve genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli olmaları dolayısıyla genel düzenleyici işlemler olarak kabul edilebilir. Ancak idarenin genel düzenleyici işlemlerinin en temel özelliği, parlamentonun iradesine dolayısıyla kanunlara aykırı olamamalarıdır⁴⁸. Ancak yukarıda sayılan yetkiler doğrudan Anayasa ile verilen ve Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacak asli yetkililerdir. Bu nedenle de, ne *intra legem* ne de *secundum legem* değildir. Bu yetkiler tıpkı Fransa Anayasası'nın 37. maddesi ile yasa kapsamına girmeyen konularda yürütmeye kanun niteliğinde düzenleyici işlem yapma yetkisi veren düzenlemeye benzer niteliktedir. Fransa'da yürütme yasa kapsamına girmeyen konularda, kanunlara dayanmaksızın düzenleyici işlemlerde bulunabilmektedir. Buradaki fark ise Fransız Anayasasında parlamentonun alanına girmeyen tüm konularda düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmekteyken, 1982 Anayasası'nda getirilen düzenlemeyle Cumhurbaşkanı'nın münhasır yetki alanına giren konular ile sınırlandırılmış olmasıdır. Ancak temelde iki tür işlem de normlar hiyerarşisinde *kanunlar ile aynı düzeyde* yer almaktadır⁴⁹. Bu alanlar anayasal açıdan doğrudan Cumhurbaşkanı'nın yetkisi kapsamındadır ve TBMM bu alanlarda kanun çıkaramaz. Farklı düzenleme alanları olmaları dolayısıyla kararnamenin kanunları mülga etme gibi bir gücü yoktur.

Anayasa'da düzenlenen bazı alanlarda ise hem CBK hem de kanun ile düzenleme yapılabilecektir. Örneğin Kamu tüzel kişiliği kurulması yetkisi hem TBMM'ne hem de Cumhurbaşkanı'na verilmektedir. Bu bakımdan söz konusu alan içerisinde kararnameler ile kanunların aynı hukuki güce sahip olduklarını söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki statüsü itibarıyla *kanunlar ile aynı olduğu* kabul edilebilir. Ancak bir farkla ki,

⁴⁸ Turgut Tan, Şeref Gözübüyük, *İdare Hukuku Cilt I*, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2014, s. 354-355; Gözler Kemal, *Anayasa Hukuku Genel Teorisi (Cilt II)*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011, s. 363-365.

⁴⁹ Gözler, (2011-Cilt II), s. 371; ESEN de çalışmasında bu konuya değinmekle birlikte bu yöndeki kararnamelerin hukuki niteliğini açıkça ortaya koyamamakta ve *yasama niteliğinde düzenleme yapma yetkisi* olarak nitelemektedir. Bkz. ESEN, (2016), s. 56.

kanunlar hem kurucu hem de feshedici bir özelliğe sahip iken CBK'lar sadece kurucudur.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanların ve üst kademe kamu görevlilerinin atanması işlemi tipik birel işlem olarak dikkat çekmektedir. Zira ilgili müesseselerin kuruluşu, teşkilatı ve atanmalarına ilişkin usul ve esası düzenleyecek olan Cumhurbaşkanı, ayrı bir kararname ile ilgili soyut düzenlemeleri belirli kişiler açısından somutlaştıracaktır. Anayasa'da bu tür kararnameler ile yukarıda bahsedilen kararnameler arasında hukuki bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Ancak uygulamada birel işlemler için Cumhurbaşkanlığı kararı çıkarılmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararı, kanunlara ya da CBK'lara dayanmak zorundadır. Genel soyut ve kişilik dışı işlemler için Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tercih edildiği görülmektedir. İlki idari yargı denetimine tabi iken ikincisi Anayasa'da öngörüldüğü üzere anayasa yargısı denetimine tabidir⁵⁰.

Sosyal ve ekonomik haklara ilişkin çıkartılacak olan CBK'lar da, yukarıda belirtilen sınırlar dâhilinde çıkartılabilecek kararnamelerdir. Bu kararnameler kanunlar ile çatıştığında ya da sonrasında aynı konuyu düzenleyen kanunlar çıkarıldığında kararnameler değil kanunlar uygulanacaktır.

Bu kapsamdaki CBK'lar, yalnızca kanunla düzenlenmeyen alanlar bakımından kanun gücündedir. Kanunla düzenlenen konular bakımından işlerliğini kaybetmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, KHK'lardan ayrı olarak kanunları değiştirmek ya da yürürlükten kaldırmak yetkisi de verilmemiştir. Değişiklik ile yürürlükten kaldırılan tüzükler (md 115), kanunlara aykırı olmamak ve emrettiği işleri belirtmek üzere çıkartılabilen idari düzenleyici işlemlerden idi. Ancak KHK'lar yetki kanunu çerçevesinde kanunları değiştirebilmekte ve kaldırabilmekteydi. CBK'lara bakıldığında ise kanun ile düzenlenmeyen konuları düzenleyebilmesi ve bu alanlarda *kanun gibi* bağlayıcı olması, kanunun bulunduğu konularda ise geçerliliğini yitirmesi dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleri bakımından, kaldırılan *KHK ile tüzük arasında* bir konumda bulunduğu söylenebilir.

Buradaki asıl sorun, TBMM ile Cumhurbaşkanı'nın çatıştığı dönemlerde, kanunların genel hatlarını çizdiği bir alanda Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkarması ya da Cumhurbaşkanı'nın Anayasaya aykırı şekilde Anayasanın izin

⁵⁰ Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 170-172.

vermediği alanlarda kararname çıkardığı durumlardır. Şüphesiz Cumhurbaşkanlığı kararname, Resmi Gazete’de yayımlanır yayımlanmaz yürürlüğe girecektir. Bir kararnamenin kanun ile çatışıp çatışmadığını kararnameyi uygulayacak olan kamu görevlisinin denetlemesini ve şayet aykırılık söz konusu ise kararnameyi uygulamamasını beklemek, hukuken doğru değildir. Peki, bu durumun tespiti kim tarafından yapılacaktır? Konunun Anayasa Mahkemesinin görev alanına giren, yargısal bir sorun oluşturacağı açıktır. Diğer deyişle, bu nevi sorunlarda Anayasa Mahkemesi kararları esas alınmalıdır.

B. Başkanın Parlamento Karşısındaki Silahı: Veto Yetkisi

1. Başkanlık Sistemlerinde Veto Yetkisi

Başkanlık sistemlerinde veto yetkisi, başkanın arzu etmediği bir kanunun yeniden görüşülmesini istemek adına tekrar parlamentoya göndermesidir. Montesquieu, kanunları yürütmekle görevli olan makamın en azından arzu etmediği kanunların yürürlüğe girmemesini sağlayabilecek bir yetkisinin olması gerektiğini ileri sürer⁵¹. Veto yetkisinin sonuçları mahiyetine göre değişkenlik gösterebilmektedir. Kimi anayasalarda veto yetkisi, başkanın kanun hakkındaki olumsuz görüşlerini açıklamaktan öteye gitmemektedir. Çoğu ülke uygulamalarında ise, veto edilen metni kanunlaştırabilmek için parlamentonun öncekinden daha yüksek olan nitelikli bir çoğunluk ile kabul etmesi veya tekrar aynen kabulü gerekmektedir⁵². Bunlar *güçleştirici ve geciktirici veto* olarak kabul edilmektedir⁵³. Başkanın parlamento karşısında asıl elini güçlendiren ise kısmi veto yetkisidir. Başkanlık sistemleri arasında güçleştirici veto ABD ile özdeşleşmektedir. Başkan yasama organı tarafından kabul edilen kanunu 10 gün içinde ya imzalar,

⁵¹ Alan Siaroff, “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, *European Journal of Political Research*, Vol. 42., Issue 3., 2003, s. 305; Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, (Çev. Berna Günen), Türkiye İş Bankası Yayınları, 2017, s. 200-210.

⁵² Vetonun aşılması için parlamentonun elde etmesi gerekli olan nisap ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. ABD’nin de etkisiyle birçok başkanlık sistemi ülkesi vetonun aşılabilmesi için anayasalarında 2/3 nisap düzenlemişken, 3/5, üye tamsayısının salt çoğunluğu ya da basit çoğunluk arayan ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin Venezuela’da basit çoğunluk, Brezilya ve Nikaragua’da mutlak çoğunluk, ABD’de, Bolivya’da ve 1991 öncesi Kolombiya’da 2/3 çoğunluk aranmaktadır.

⁵³ Yılmaz Aliefendioğlu, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, Sa. 1. 1988, ss. 5-39, s. 8.

ya da geri gönderir. Geri gönderilen kanunda ısrar edilebilmesi, ancak her iki meclis tarafından üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi halinde mümkündür⁵⁴.

İlk ABD başkanları sadece anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri kanunları veto etmiştir. Fakat Andrew Jackson ile birlikte bunun değiştiği, başkanın politik tercihlerine dayalı olarak kanunları veto etme yetkisini kullandığı görülmektedir⁵⁵. Ancak sonrasında bu yetkinin başkanlar tarafından sıklıkla kullanılması dikkat çekicidir. Başkanın sahip olduğu veto yetkisi son derece etkilidir. ABD tarihine baktığımızda, 1993 tarihine kadar 2500'ün üzerinde veto ile karşılaşıldığını ve bunlardan sadece 10 tanesinin başkana rağmen ısrar edilerek kanunlaşabildiğini görmekteyiz. Bu da göstermektedir ki başkana rağmen kanun kabul etmek hiç de kolay değildir⁵⁶. Ancak başkanların güçleştirici veto yetkisine sahip olduğu sistemlerde parlamentolar farklı stratejiler uygulayarak başkanın tasarıları veto etmesini engelleyebilmektedir. Örneğin başkanın veto edebileceği bir tasarinin içerisine başkanın veto etmesini engelleyebilecek bazı maddeler eklenerek söz konusu tasarinin başkan tarafından veto edilmesi zorlaştırılabilmektedir. Sonuçta parlamento istediğini elde ederken aynı zamanda taviz de vermektedir. Bir diğer husus ise parlamentonun kanun koyucu olmasından kaynaklı avantajıdır. Buna göre başkanın gündemini işleyebilmesi parlamento-nun bu yönde kanunları kabul etmesine bağlıdır. Yani parlamento, başkanın ilgili kanun tasarısını veto edebileceği sinyallerini aldığı anda başkanın ihtiyacı olduğu diğer kanun tasarılarını koz olarak kullanabilmektedir⁵⁷.

Kısmi veto yetkisi, bir tasarinin tümünü ya da tasarı içindeki bazı hükümlerinin başkan tarafından veto edilebilmesidir⁵⁸. ABD'de bulunmayan ancak bazı Latin Amerika ülkelerinin⁵⁹ sahip olduğu ve başkana önemli avantajlar sağlayan bir yetkidir. Bu yetki sayesinde başkan, tasarı içindeki uygun gördüğü hükümleri ilân edebilirken uygun bulmadığı hükümleri veto edebilmektedir. Böylelikle, başkan lehine olan kısımları geçirirken meclisin iradesine muhalif düşündüğü

⁵⁴ Özer, (2003), s. 171-172.

⁵⁵ Hatta Franklin Roosevelt, başkanlık dönemi boyunca 631 kez veto yetkisi kullanarak bu alanda en çok veto yetkisini kullanan başkan olarak dikkat çekmektedir. Bkz. John P Roche, Leonard W Levy, The Presidency, Documents in American Government, Brace and World Inc, 1964, Harcourt, s. 98.

⁵⁶ Bkz. Özer, (2003), s. 171.

⁵⁷ Roche, Levy, (1964), s. 98.

⁵⁸ Shugart, Carey, (1992), s. 134.

⁵⁹ Brezilya, Şili, Kolombiya ve Ekvator'da kısmi veto yetkisi bulunmaktadır.

kısımları blok halinde veto ederek parlamento karşısında güç kazanmaktadır. Zira kısmi veto yetkisine sahip olmadığı ülkelerdeki parlamentoların yaptıkları gibi, başkanın normalde kabul edeceği bir kanun teklifinin içine parlamento üyelerinin istediği fakat muhtemelen başkanın veto edebileceği hükümler de konularak başkanı zorlayabilecekleri durumlar, kısmi veto ile başkanın lehine sonuçlanmaktadır⁶⁰.

2. 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanın Kanunları Geri Gönderme Yetkisi

1982 Anayasasının 89. maddesi kanunların Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmesini düzenlemektedir. Maddenin 2017 değişiklikleri sonrasındaki yeni hali şu şekildedir; “*Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır; Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar Meclise geri gönderebilir.*”

TBMM tarafından kabul edilen bütçe kanunları Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilemez ve Anayasalar ile ilgili düzenlemeler saklıdır. Getirilen yeni düzenleme nedeniyle artık, TBMM'nin Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen bir kanunu aşabilmesi için *üye tam sayısının salt çoğunluğu veya daha fazlası* ile aynen kabul etmesi gerekmektedir. Aksi halde Cumhurbaşkanınca geri gönderilen kanun metninin yürürlük kazanması mümkün olmayacaktır.

Türk Hukukunda TBMM tarafından kabul edilen kanunları Cumhurbaşkanı'nın kısmen uygun bulmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir. Şöyle ki yayımlanması kısmen uygun görülmeyen kanun bir bütün olarak TBMM'ne geri gönderilmesi gerekmektedir. Buna nedenle Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından kabul edilmiş kanun metninin dilediği kısmını geri göndermek ve geri kalanını da Resmi Gazete 'de yayımlayarak yürürlüğe sokma yetkisine sahip değildir⁶¹.

Değişiklik sonrasında tartışılması gereken iki husus dikkat çekmektedir. İlki TBMM tarafından kabul edilen bir kanun, Cumhurbaşkanı'na gönderildiğin-

⁶⁰ Brezilya'da diğer pek çok ülkedeki gibi, Filipinler'in ve birçok ABD eyalet anayasalarının aksine, kısmi veto tüm kanun teklifleri için geçerlidir. Söz konusu anayasalarda ise bütçe tahsisat kanunları ile sınırlıdır. Bkz. Shugart, Carey, (1992),s. 135.

⁶¹ İba, (2003).

de Cumhurbaşkanının iradesinden bağımsız olarak bir kanun hüviyetini kazanmakta mıdır? İkincisi ise Cumhurbaşkanının kanunu tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermesi bir geciktirici veto mu yoksa güçleştirici veto mudur?

İlk soru anayasanın metni incelenmek suretiyle cevaplanmalıdır. Metnin yeni hâline göre “*Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır*”. (Any. md. 89) Yani TBMM tarafından kabul edilen metin artık resmen kanun adını almaktadır⁶². Cumhurbaşkanınca kanunların yayımlanması, kanun sıfatı kazanmanın varlık koşulu olmadığından, yasama işlevi dışında idari bir işlem (yayımlama, ısdar) olduğu kabul edilmektedir⁶³. Cumhurbaşkanı'nın kanunları yayımlaması, kanun vasfını kazanmış normun halka duyurulması ve bağlayıcılık kazanılması için gerçekleştirilen bir yürütme işlemidir⁶⁴. Tıpkı değişiklik öncesinde olduğu gibi, TBMM'de kabul edilerek Cumhurbaşkanı'na gönderilen metin üzerinde artık yasama organının herhangi bir değişiklik yapma veya ilgili metni geri alma yetkisi yoktur⁶⁵. İlgili kanun metninin üzerinde değişiklik yapılabilmesi ya da geri alınabilmesi ancak Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesi ile ya da aynı konu hakkında yeni bir kanun çıkartılması ile mümkündür. Cumhurbaşkanı'nın 15 gün içinde bu kanunu ya veto etmesi ya da Resmi Gazete'de yayımlaması gerekmektedir. Zira kanunun Resmi Gazete'de yayımlanması, ilgili kanunun hukuk âleminde varlık kazanabilmesi için değilse bile vatandaşlar açısından bağlayıcı olması için şarttır⁶⁶.

Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanun, TBMM tarafından aynen kabul edilmek, diğer deyişle ilgi metinde hiçbir değişiklik yapılmamış olmak durumundadır. Kanun üzerinde (ifade veya imla dahil) herhangi bir değişiklik yapılması, o kanunun artık başka bir kanun olduğu anlamına gelecektir. Bu

⁶² İba, (2003), s. 299.

⁶³ Şeref İba, “Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısım veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, c. 52, 2003, s. 299-316, s. 301; Erdoğan Teziç, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, S. 1-4, Yıl 1987, s. 101-116, s. 105.

⁶⁴ Teziç, (1987), s. 101-116.

⁶⁵ Ayrıca Bkz. AYM Kararı, 18.12.1979 tarih, E. 1979/22, K. 1979/45, Sa. 17, s. 174; Aliefendioğlu, (1988), s. 12.

⁶⁶ Teziç, (1987), s. 105.

durumda da Cumhurbaşkanı ilgili kanunu tekrar geri gönderme yetkisine sahip olabilecektir. (Any. md. 89)

TBMM, Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunları üye tamsayısının salt çoğunluğu ile aynen kabul edebilecektir. Genellikle de, TBMM'nin kanunu ilk kabul ettiği çoğunluktan daha fazla bir çoğunluk ile kabul etmesi gerekecektir. Bu nedenle de, Cumhurbaşkanı'nın geri göndermesinin artık güçleştirici veto yetkisine dönüştürüldüğü söylenebilir. Artık Cumhurbaşkanı da yasama faaliyetinin bir parçası hâline gelmiştir. Bu halde yasama yetkisi, Cumhurbaşkanı ile TBMM arasında paylaşılmaktadır.

C. Başkanlık Sisteminde Etkin, Başkancı Sistemlerde Zayıf Bir Silah Olarak Bütçeyi Onaylamamak

1. Genel Olarak Bütçe Yetkisi ve Başkanlık Sistemlerinde Durum

Bütçe kanunu, bir yıl için devletin gelir ve giderlerini tahmini olarak belirleyen ve gelirlerin toplanmasına, giderlerin yapılmasına ilişkin bir parlamento işlemidir⁶⁷. Bu kanun, parlamentonun en önemli denetim araçlarından biridir. Zira bütçesi olmayan bir yürütme, hiçbir harcama yapamaz. Bütçe kanunu ile yasamadan yetkiyi alamayan hiçbir yürütme vergi toplayamaz ve kamu hizmetlerini yerine getiremez. Dolayısıyla hukuki niteliği itibarıyla bütçe kanunları birer kural-işlem değil bir şart-işlem⁶⁸. ABD sisteminde Kongre, yürütme organının hazırladığı bütçeyi kabul etme, kabul etmeme ya da değiştirerek kabul etme gibi yetkilere sahiptir⁶⁹. Bütçe, kongrenin Başkana karşı kullanabileceği en etkin silahtır. Kongrenin bu yetkisine karşılık olarak Başkanın da kongreye karşı kullanabileceği veto yetkisi vardır⁷⁰. Bu iki yetki birbirini dengelemektedir.

Günümüzde bütçe kanunlarının teklif edilmesi, üzerinde değişiklikler yapılması ya da yürürlüğe girmesi bakımından parlamentolar büyük oranda reaktif yapıdadır. Yani, bütçe kanunu genelde yürütme organı tarafından hazırlanmaktadır. Doktrinde parlamento karşısında yürütme organının güçlü olduğu bu tür

⁶⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Cilt I), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011, s. 872.

⁶⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 s. 220.

⁶⁹ Özer, (1998), s. 50.

⁷⁰ Tunç, (1988), s. 6.

bütçe sistemlerine “hiyerarşik bütçe sistemi” (*hierarchical budget system*) adı verilmektedir⁷¹. Bu duruma neredeyse tek istisna ABD’dir. ABD’de başkan, diğer kanun türleri gibi bütçe kanunu da teklif edememektedir. Onun yerine bir Kongre üyesi bütçe kanunu teklifi vermektedir⁷².

Parlamentoyu başkan karşısında güçsüzleştiren önemli bir diğer unsur da parlamenterlerin birçok ülkede bütçe kanununda değişiklik yapabilmesi konusunda getirilen sınırlandırmalardır⁷³. 1995 Ermenistan Anayasası hariç olmak üzere, başkanlık sistemlerinin hiçbirinde parlamento bütçe süreci boyunca bütçe kanunlarının değiştirilmesinden yasaklanmamıştır. Fakat aynı ülkelerin önemli bir kısmında bütçe kanunlarında gerçekleştirilebilecek değişiklikler konusunda parlamenterlere yönelik sınırlandırmalar olduğu görülmektedir⁷⁴. Bu sınırlandırmalar belirli alanlar açısından olabileceği gibi, bütçe kanunun geneline yönelik olmak üzere gelir azaltıcı ya da gider artırıcı tekliflerin yapılamaması şeklinde de olabilmektedir⁷⁵.

⁷¹ Carlos Santiso, Arturo Garci Belgrano, “Legislative Budget Oversight in Presidential Systems: Governance of the Budget in Peru”, XVI Regional Seminar on Fiscal Policy organised by the Economic Commission on Latin America and the Caribbean (ECLAC), Santiago de Chile, 2004, <https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/CarlosSantiso.pdf> (erişim tarihi 25.4.2018), s. 7.

⁷² Carlos Perreira, Marcus Melo, “The Political Economy of Budgeting in Latin America-Procedures, Oversight, and Participation”, *sciotea.caf.com*, 2011, s. 9; Ayrıca Sri Lanka, Güney Kıbrıs Rum Kesimi ve 1925 Anayasası döneminde Şili’de de başkan bütçe kanunu teklif etme yetkisinden mahrum bırakılmıştır. Jose Antonio Cheibub, “Presidentialism, Electoral Identifiability, and Budget Balances in Democratic Systems”, *American Political Science Review*, C. 100, Sa. 3, 2006, ss. 353-368, s. 364.

⁷³ Brezilya, bu ülkelere istisna teşkil etmektedir. Brezilya’da bütçe parlamentoya sunulduğunda, milletvekillerinin seçim bölgelerine yatırım yapılmasına yönelik, bütçede değişiklik teklifleri yaptıkları görülmektedir. Hatta bu konuda aynı eyaletten farklı partilerin milletvekilleri, bu konuda ittifaklar dahi kurmaktadır. Ancak yine de bütçedeki tüm bu değişiklikler bütçenin tamamının %1-2’sine karşılık gelmektedir. Bkz. David J. Samuels, “Progressive Ambition, Federalism and Pork-Barreling in Brazil”, içinde *Legislative Politics in Latin America*, (Ed. Morgenstern, Scott, Nacif, Benito), Cambridge University Press, 2002, New York, ss. 315-341, s. 326-329; Marcel van Hattem, *Pork in Brazil and the Executive Toolbox*, Dissertation, Leiden University, 2012, s. 21.

⁷⁴ Cheibub, (2006), s. 264.

⁷⁵ Örneğin *Brezilya Anayasası’nın 166/3 hükmüne göre*, kişisel tahsisi öngören ve onların dolaylı şekilde maliyete sebep olduğu harcamalar, borç artıran, eyaletlere, federal bölgelere ve ilçelere (*counties*) anayasal vergi transferini öngören değişiklik teklifleri yapılamaz. *Uruguay Anayasası’nın 133. maddesine göre*, belli fiskal ve ekonomik konularda kanun tasarıları sadece yürütme organı tarafından teklif edilebilmektedir. *Zambiya Anayasası’nın 81. maddesine göre*, vekiller devlet hazinesine yük getiren ya da ek vergiler koyan ya da hazineden ödeme yapılmasını gerektiren herhangi bir düzenlemeyi onaylamaktan ya da mevcut kanunda

Esasında kamu finansmanının idaresinden yürütme organı sorumludur. Dolayısıyla bütçe kanununun idaresi bakımından başkana böyle bir “engelleme” ya da “tek yetkili olma” imtiyazının verilmesi yetki ve sorumluluğun paralel olması açısından yerindedir. Zira bazı durumlarda parlamenterler kendi seçim çevrelerine yatırım yaparak oy oranlarını artırmak amacıyla ekonomik açıdan olumsuz birçok harcamayı gerektiren kanunları kabul edebilmekte ve bütçe kanununun ilk başta öngördüğünden çok daha fazla harcama kaleminin ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır⁷⁶. Bu da devlet planlaması ve bütçenin gereksiz harcamalar ile kesintiye uğraması anlamına gelecektir⁷⁷.

Bütçe üzerinde denetim, parlamentonun en önemli silahlarından biridir. Öyle ki parlamenter sistemlerde bütçesi parlamento tarafından kabul edilmemiş olan bir hükümetin istifa etmesi gerektiği düşünülmektedir⁷⁸. Başkanlık sistemlerinde ise, sistemin karşılıklı bağımsızlığa dayanması gereği, başkanın istifa etmek gibi bir zorunluluğu yoktur. Ancak bütçesi kabul edilmeyen bir başkan, hiçbir faaliyette bulunamayacaktır⁷⁹. Keza 2013 yılında Kongre’de ABD bütçesinin kabul edilmesi gecikince başkan bazı hizmetleri askıya almak zorunda kalmıştır⁸⁰. Bu da yasama-yürütme ilişkilerinin gergin olduğu ve siyasal açıdan demokratik istikrarın pekiştirilemediği ülkelerde siyasi istikrarsızlıklara neden olabilecektir. Ayrıca bu durum ekonomik, sosyal ve siyasi maliyetleri açısından

değişiklik yapmaktan, başkan yardımcısı ya da bir bakan tarafından imzalanmış (*karşı-imza*) başkan tavsiyesi istisna olmak üzere, yasaklanmıştır.

⁷⁶ Örneğin Brezilya’da yıllara göre vekiller 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 yıllarında, 73,642, 20,826, 13,915, 22,664, 10,403, 10,348, 8,533 ve 7,572 kez bütçede değişiklik teklifi vermiştir. İlk yıllarda değişiklik teklifinin çok olup zamanla bu sayının azalmasının nedeni ise 1994 yılında bütçede değişiklik yapılabilmesini kısıtlayan bazı hükümler getirilmiş olmasından dolayıdır. Bkz. SAMUELS, (2002), s. 321, 325; Carlos Perreira, Bernardo Mueller “The Costing of Governing-Strategic Behavior of President and Legislators in Brazil’s Budgetary Process”, *Comparative Political Studies*, C. 37, Sa. 7, 2004, ss. 781-815, s. 789.

⁷⁷ Bulmer, Elliot, *Presidential Legislative Powers*, International IDEA Constitution- Building Primer 15, International IDEA, 2. Baskı Stockholm, 2017, s. 9-10; Santiso, Belgrano, (2004), s. 7.

⁷⁸ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s. 265.

⁷⁹ Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt II)*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011, s. 872.

⁸⁰ Konu ile ilgili örnek bir haber için Bkz. “ABD Bütçe Krizi: Yönetim kimi hizmetleri askıya aldı”, http://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2013/10/131001_amerika_dolar_kamu_hizmetleri (Erişim tarihi 13.3.2017)

ciddi sorunlara da yol açabilecektir. Bu nedenle birçok ülke bütçe kanununun başkan lehine sonuçlanmasını ya da bütçe sürecinin sonuçlanamamasının başkan lehine olmasını öngören hükümler düzenlemektedir. Bu durum iki şekilde olmaktadır. Bunlardan ilki, **bütçe kanunu teklifinin parlamento tarafından belirtilen sürede kabul edilmemesi hâlinde yasalaşmış sayılması**, diğeri ise **bir önceki bütçe kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesidir**⁸¹. Arjantin, Endonezya, Şili ve Peru'da bu yönde anayasal düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

Bazı ülkelerde parlamentolar bütçe kanunları üzerinde değişiklikler gerçekleştirmekte ise de, başkanın istemediği değişiklikler yürürlüğe girmemektedir. Bazı Latin Amerika başkanlık modellerinde *kısmi veto* yetkisi bulunmaktadır. Bu veto yetkisi, bütçe kanunları bakımından da geçerlidir. Bu sayede başkan, milletvekilleri bütçe kanunlarında değişiklik yapsalar da, bunlar içerisinden istemediklerini veto edebilmektedir. Bu sayede başkan bu yetkiyi, söz konusu bütçe değişikliğini teklif eden vekillere karşı bir silah olarak kullanmaktadır⁸².

2. 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı'nın Bütçe Yetkisi

1982 Anayasasına (161. Madde) göre, “Kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır. Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenlenir. Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz. Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklif-

⁸¹ Cheibub, (2006), s. 264; Örneğin *Endonezya Anayasası'nın 23. maddesine göre* bir bütçe kanununun kabul edilmemesi hâlinde bir önceki yılın bütçesi geçerliliğini koruyacaktır. *Şili'de* de Kongre bütçe tasarısını kabul etmese dâhi bütçe tasarısı yürürlüğe girmektedir. Bu durum ise Kongre'nin etkisinin tamamıyla ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Şili Anayasası'na göre bütçe tamamen başkanın inisiyatifinde ve milletvekilleri süreçten men edilmiştir. Fakat uygulama farklıdır. Milletvekilleri bütçenin oluşturulmasında yine de pay sahibi olabilmektedir. Etkileri iki meclisin bütçe görüşmeleri sırasında da, Kongre dışındaki görüşmelerde de söz konusudur. Başkanlar rutin olarak kendi partilerinin meclisteki üyelerine ve koalisyon üyelerine danışır, bütçenin koalisyon ortaklarınca da kabul edileceğinden emin olurlar. *Arjantin'de* ise başkan tarafından sunulan bütçe tasarısı Kongre tarafından kabul edilmese bile yasalaşmaktadır. Hatta yürütme, kararname yoluyla bütçe alanında mali politikalar yapabilmektedir. Bunun tek istisnası vergi konusunda kararname çıkarılmamasıdır. Benzer bir örnek de 1979 tarihli Peru Anayasası'nın 198. maddesinde yer almaktadır.

⁸² Örneğin Mayıs 2000'de Brezilya Temsilciler Meclisi'nde ulusal minimum borç oylaması öncesinde, borçlanma miktarının artmasını istemeyen Başkan lehine oy kullanmaları için birçok milletvekilinin bütçeye teklif ile dâhil ettikleri yatırımları gerçekleştirmek suretiyle parlamentodaki oylamanın lehine sonuçlanmasını sağlamıştır. Hattem, (2012), s. 23-24.

fini, malî yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Bütçe teklifi Bütçe Komisyonunda görüşülür. Komisyonun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin Genel Kurulda görüşülür ve mali yılbaşına kadar karara bağlanır. *Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri,* Genel Kurulda kamu idare bütçeleri hakkında düşüncelerini her bütçenin görüşülmesi sırasında açıklarlar, *gider artırıcı veya gelirleri azaltıcı önerilerde bulunamazlar.”*

Görüldüğü üzere, ülkemizdeki düzenlemede de bütçe, Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanarak TBMM’ne sunulacaktır. Elbette bu kanun kamu kurumları ve Ekonomi ve Maliye Bakanları’nın katkısı ile hazırlanarak Cumhurbaşkanıya arz edilecektir. Akabinde ise Cumhurbaşkanı’nın bütçe kanunu TBMM’ye sunması gerekecektir.

Bütçe Komisyonu’nda yapılan görüşmelerde bütçe kanununda değişiklik yapılabilir. Ancak TBMM Genel Kurulu’nda yapılan görüşmelerde gider artırıcı veya gelirleri azaltıcı önerilerde bulunulamaz. Değişiklik ile birlikte TBMM tarafından bütçe üzerinde inceleme yapabilme imkânı artmıştır. Zira değişiklik öncesinde, TBMM’de kurulacak olan kırk kişilik Plan ve Bütçe Komisyonunda parlamentodaki oranının ne olduğuna bakılmaksızın yirmibeş kişi doğrudan iktidar partisinden atanmaktaydı. Bu nedenle de her ne kadar TBMM, komisyonunda bütçe kanunu üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahipse de iktidar partisi üyelerinin çoğunluğu sağladığı bir komisyonda iktidarın istemediği değişikliklerin yapılması mümkün değildi⁸³. Ancak yeni düzenlemede TBMM, bütçe incelemelerinde daha bağımsız bir inceleme gerçekleştirebilecektir. Yine de TBMM’nin bütçenin tüm kalemleri üzerinde detaylı bir inceleme yapabilmesi için yeterli zamanı ve donanımı mevcut değildir⁸⁴.

⁸³ Ahmet A Cilavdaroğlu, Birol Ekici, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bütçe Hakkını Kullanabilme Kapasitesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 46, Sa. 3, 2013, ss. 59-88, s. 65.

⁸⁴ Çok fazla bütçe tertibi olması nedeniyle, bütçe kanunu ve ekleri yaklaşık 2.000 sayfayı bulmaktadır. Böylesine hacimli bir bütçeyi tasarı aşamasında hiçbir TBMM üyesi ayrıntılı olarak inceleyememektedir. TBMM bünyesinde bütçe ofisi olmaması ve Sayıştay’ın da bütçenin öncül denetimine ilişkin herhangi bir rapor hazırlamaması, TBMM üyelerinin bütçe üzerindeki yasal gücünü uygulamada ciddi ölçüde kısıtlamaktadır. Bkz. Cilavdaroğlu, Ekici, (2013), s. 72.

Anayasa'nın 161. maddesine göre, bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek artırılarak uygulanır. Bu hüküm, kanunların ve kamu hizmetlerinin idaresini işlemez hale getirebilecek problemleri çözmek için getirilmiş bir hükümdür. Buna göre yürütmenin bütçesiz kalması engellenmek istenmiştir. Ancak bu durumda da Cumhurbaşkanı, yedekte kullanabileceği bir bütçe olmasına güvenerek, TBMM'ni dolanabilecek, TBMM'nin denetim imkânlarını elinden alabilecektir.

Anayasa'nın 161. maddesine göre, "Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın ilgili hükmünün 2017 yılında değiştirilmesinden önce ise, Bakanlar Kurulu'nun KHK ile bir değişiklik yapamayacağı yer almaktaydı. Bu hususun aynen bırakılmış olması, yürütmeyi bütçe kanununu dolanmaktan alıkoyacak bir hüküm olması itibarıyla isabetlidir.

D. Seçimlerin Yenilenmesine Karar Verme (Fesih) Yetkisi

1. Başkanlık Sisteminde Fesih Yetkisi

Başkanlık sistemi sert kuvvetler ayrılığına dayanmaktadır. Bu nedenle parlamentonun başkanı görevden alabilmesi ve başkanın da parlamentoyu feshedebilmesi başkanlık sistemi ile bağdaşmaz⁸⁵. Kurum olarak değerlendirildiğinde ise fesih yetkisi kuvvetler ayrılığından önemli bir sapmaya işaret etmektedir⁸⁶.

Başkanlık sisteminin bozulmuş hali olarak kabul edilebilecek bazı sistemlerde ise erklere birbirinin görev süresi üzerinde etkili olabildiği bazı uygulamalara rastlanılabilmektedir. Ancak yine de başkanlık sistemi olarak kabul edilen bu ülkelerde başkanın fesih yetkisinin bazı şartlara bağlandığı ve bunun dışında fesih yetkisinin olmadığı görülmektedir⁸⁷. Örneğin Uruguay Anayasa-

⁸⁵ Bkz. Shugart, Carey, (1992), s. 126; Ülkemizdeki doktrin de benzer yöndedir. Gözler'e göre başkanın parlamentoyu feshedebilmesi başkanlık sistemi temel mantığı açısından kabul edilemez. Bkz. Kemal Gözler, "Fesih" ve "Seçimlerin Yenilenmesi" Farklı Kavramlar Mıdır?" <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, (Erişim Tarihi: 17.4.2019).

⁸⁶ Shugart, Carey, (1992), s. 326.

⁸⁷ Bkz. Shugart, Carey, (1992), s.126-130.

sı'nın 148. maddesine göre, eğer Genel Meclis üye tam sayısının 3/5 oranından daha az (fakat üye tam sayısının yarısından fazla) bir oy ile herhangi bir bakan, bakanlar ya da Bakanlar Kurulu hakkında güvensizlik oyu verirse, başkan 48 saat içinde ilgili bakanı, bakanlarını veya Bakanlar Konseyini muhafaza ederek Parlamentoyu feshedebilir. Peru Anayasası'nın 134. maddesine göre Peru Devlet Başkanı, eğer Kongre, Başkanın iki kabinesine güvenoyu vermez ise Kongre'yi feshedebilir. Fakat bunun dışındaki fesih kararları Anayasa'nın 117. maddesine göre devlet başkanının görevden alınması sebebidir. Venezuela Anayasası'nın 240. maddesine göre Milli Meclis, bir başkan yardımcısını üye tamsayısının 2/3'ü vasıtasıyla güvensizlik oyu ile düşürebilir. Bir başkanın aynı görev dönemi içinde başkan yardımcısının üçüncü kez görevden alınması durumunda başkan parlamentoyu feshedebilmektedir. Şili'de de 1989 yılında gerçekleştirilen değişikliklere kadar devlet başkanına görev süresi boyunca bir kez olmak ve görev süresinin son yılında olmamak kaydıyla parlamentoyu fesih yetkisi tanınmış idi. Fakat, başkanın parlamentoyu fesih yetkisi anayasadan kaldırılmıştır⁸⁸.

Başkana verilen fesih yetkisinin hükümet sistemini başkanlık sistemi olmaktan çıkarmadığı, aksine başkanı süper başkan konumuna yükselttiği ileri sürülmektedir⁸⁹. Esasında bu yetkinin başkana verilmesi başkanı güçlendirmekten ziyade sistemi rasyonelleştirmeye yönelik bir adımdır. Böylelikle başkan ve parlamentoyu karşılıklı olarak denetlenebilir kılmak mümkün olabilir⁹⁰. Belki de bu nedendir ki başkana fesih yetkisinin verildiği başkanlık sistemlerinin önemli bir kısmında parlamentonun da gensoru yetkisi bulunmaktadır⁹¹. Zaten bu ülkelerde parlamentonun gensoru yetkisini anayasada gösterilen miktarda kullanması üzerine başkana fesih yetkisi verilmektedir. Örneğin Peru Anayasası'nın 134. maddesine göre, parlamento başkanın iki kabinesine güvenoyu vermemişse ya da ya da gensoru ile düşürmüşse parlamentoyu fesih yetkisine sahiptir. Benzer şekilde Venezuela Anayasası'nın 240. maddesine göre, parlamen-

⁸⁸ Shugart, Carey, (1992), s. 129; Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 195-196; Güner Yaşar, (2017), s. 384; Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Yayınevi, Ankara, 2017, s. 153.

⁸⁹ Shugart, Carey, (1992), s. 129.

⁹⁰ Gülener, (2016), s. 58.

⁹¹ Hatta çoğu zaman parlamentolar siyasal sebeplerle başkanları dahi görevden alabilmektedir. Örneğin Paraguay Başkanı Fernando Lugo gibi bir kısmı için suç iddialarının dışında 'kötü yönetim' sebebiyle de (www.economist.com, 2016) bu yola gidilebilmektedir. Bkz. Şule Özsoy Boyunsuz, "Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 49, S. 3, Eylül 2016, s.1-40, s. 5.

to bir başkanın başkan yardımcısını aynı görev dönemi içerisinde üç kez genso-ru ile düşürmesi durumunda başkan parlamentoyu feshedebilmektedir. Benzer bir düzenleme Uruguay anayasasında da yer almaktadır⁹².

1. 1982 Anayasasına Göre Fesih Yetkisi

Ülkemizde “fesih” kavramı ile “seçimlerin yenilenmesi” kavramlarının ay-rı mı yoksa farklı mı olduğu tartışmalıdır⁹³. 1982 Anayasası’nın metninde “se-çimlerin yenilenmesi” ifadesinin tercih edilmiş olması bu kararın bir fesih kararı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. 1982 Anayasasında “fesih” ibaresi yerine “TBMM seçimlerinin yenilenmesi” ibaresinin kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu, Danışma Meclisi başkanı Orhan Aldıkaçtı’nın konuşmasından anlaşıl-maktadır. Ona göre “fesih” ile “seçimlerin yenilenmesi” kavramları farklıdır. Fesihte milletvekilleri bu sıfatlarını kaybeder, Meclisin de görevi sona erer. Oysa “seçimlerin yenilenmesi” kararında Meclisin görevi karar anında sona

⁹² Başkanlık sisteminin başarılı uygulamalarından olan Şili’de başkan herhangi bir gerekçe dâhi öne sürmeksizin parlamentoyu feshetme yetkisine sahiptir. Ancak anayasal açıdan bu yetkiler başkana verilmekteyken şimdiye kadar hiçbir başkan bu ülkelerde parlamentoyu feshetme-miştir. Güner Yaşar, (2017), s. 376-377.

⁹³ Fesih yetkisi, Meşrutiyet dönemindeki uygulamanın bıraktığı kötü izler ve Millî Mücadele döneminde her şeye gücü yetebilen bir Meclise duyulan ihtiyaçtan dolayı, 1924 Anayasası hazırlanırken hiç düşünülmemiştir. Yürütmeye duyulan güvensizlik 1961 Anayasası hazırlanırken de devam ettiği için, düşünülmüş olsa bile fesih yetkisinin şiddetle eleştirilmesine yol açmıştır. Sonunda da “Meclis Seçimlerinin Yenilenmesi” son derece sıkı şartlara bağlanarak 108. maddedeki yerini almıştır. 1961 Anayasasının düzenlediği şekliyle fesih yetkisinin kul-lanılmasının hemen hemen imkânsız olduğu ifade edilmektedir. 1961 Anayasası, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Meclis seçimlerinin Cumhurbaşkanı tarafından yenilenmesini hemen he-men gerçekleşme ihtimali olmayan şartlara bağlamıştır. Buna göre, On sekiz ay içinde hükümetin iki kez güvensizlik oyu ile düşürülmüş olması ve bunun üzerine üçüncü defa gü-vensizlik oyu ile hükümetin düşürülmüş olması, ardından Başbakanın Cumhurbaşkanından seçimlerin yenilenmesine karar vermesini istemesi, Cumhurbaşkanının da her iki Meclisin başkanına danışarak meclis seçimlerinin yenilenmesine karar vermesi gerekmektedir. Üstelik Cumhurbaşkanı, Başbakanın seçimlerin yenilenmesi yönündeki talebi ile de bağlı değildir. 1961 Anayasasının kurduğu bu sistemde, özellikle de 1973-1980 döneminde siyasi tıkanıklık diyebileceğimiz olaylar yaşanmıştır; Meclis, kanun yapamayan, karar alamayan, seçim ya-pamayan, Cumhurbaşkanı seçemeyen bir meclis hâline gelmiştir. Böyle bir ortamda seçimle-rin yenilenmesi mekanizmasının işletilmesi belki de tıkanıklıkların giderilmesini sağlayacak bir çözüm olabilirdi. İşte bu dönemde yaşananlar 1982 Anayasasında seçimlerin yenilenme-sinin biraz daha işler bir kurum olarak düzenlenmesini sağlamıştır. 1982 Anayasası hazırlanırken, artık herkes işleyen bir fesih mekanizmasından yana olmuştur.” Tunç, Bilir, Yavuz, (2016), s. 266; Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 9., s. 466.; Benzer şekilde Bkz. Burhan Kuzu, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler (1990b), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 91-95.

ermez, yeni milletvekilleri seçilip göreve başlayıncaya kadar görev başında kalmaya devam ederler⁹⁴.

Doktrinde de fesih yetkisi yerine “TBMM seçimlerinin yenilenmesi” tabirinin kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu⁹⁵ ileri sürülmektedir. Fakat sonucu itibarıyla fesih ve seçimlerin yenilenmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Fesih yetkisi parlamento seçimlerinin, parlamentonun varlığını sona erdirmek suretiyle ve parlamentonun normal görev süresi dolmadan önce yapılmasıdır⁹⁶. Zaten bir devlet başkanı, fesih yetkisini kullanarak parlamentoyu dağıttığında bu aynı zamanda yeni bir parlamentonun kurulması için seçimlerin yenilenmesi anlamına gelecektir⁹⁷. Bu bağlamda devlet başkanı tarafından fesih yetkisinin kullanılması sonucunda (aksi öngörülmemişse) bu işlem meclise ulaşır ulaşmaz fesih hüküm ve sonuçlarını doğurur. Böylelikle yasama üyelerinin üyelikleri ve üye olmaktan kaynaklanan ayrıcalıkları sona erecektir⁹⁸.

Anayasamızda 2017 değişiklikleri ile getirilmiş olan, seçimlerin yenilenmesi kararının aynı zamanda Cumhurbaşkanı'nın da görev süresini sona erdirecek bir işlem olması, işlemin fesih olma özelliğini ortadan kaldıracak mıdır? Gözler, bu soruya fesih yetkisinin devlet başkanı tarafından kullanılan “tektarafli” bir yetki olduğu ve fesih veya seçimlerin yenilenmesi durumunda, iki-tarafli veya hukukî niteliği itibarıyla karşılıklı bir işlem ortaya çıkmayacağı gerekçesiyle hayır cevabını vermektedir. Bu durumun Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin birlikte seçime girmesi işlemin hukuki niteliği ile ilgili değil, siyasi açıdan Cumhurbaşkanı'nın alacağı kararı güçleştiren bir olgu olduğu ifade edilmektedir⁹⁹.

⁹⁴ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9., s. 461.

⁹⁵ Bertil Emrah Oder, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”, Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 55.

⁹⁶ Gözler, (2011-cilt II), s. 117.

⁹⁷ Gözler’e göre fesih yetkisinin kullanılması sonucunda iki ya da üç ay içinde parlamento seçimleri gerçekleştirilmektedir. Bkz. Gözler, Kemal, “Fesih” ve “Seçimlerin Yenilenmesi” Farklı Kavramlar Mıdır? “Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur” İddiası Üzerine Bir İnceleme”, <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-bozdag.html> (erişim tarihi: 24.4.2018).

⁹⁸ Gözler, (2011-cilt II), s. 124-125.

⁹⁹ Gözler, Kemal, “Fesih” ve “Seçimlerin Yenilenmesi” Farklı Kavramlar Mıdır?”, <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, (erişim tarihi: 24.4.2018)

Anayasa'nın 116. maddesi TBMM ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin yenilenmesini düzenlemektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi de üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile seçimlerin yenilenmesine karar verebilmektedir. İlgili hüküm şu şekildedir:

“Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.

Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının görevi başlamasına kadar devam eder.

Bu şekilde seçilen Meclis ve Cumhurbaşkanının görev süreleri de beş yıldır.”

Gerek TBMM'nin gerekse Cumhurbaşkanı'nın seçimlerin yenilenmesine karar verebilmesi için anayasada herhangi bir şart öngörülmesi de değildir. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen karşılıklı fesih müessesesi, kullanım usulü açısından eşdeğer bir yetki ve usuller öngörmemektedir. Şöyle ki Cumhurbaşkanı'nın seçimlerin yenilenmesi kararı alması konusunda, Anayasada Cumhurbaşkanı'nı sınırlayan ya da gerçekleşmesi gereken herhangi bir önşart getirilmemiştir. Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar verdiğinde kendisinin de TBMM ile birlikte seçime girecek olması, sonucu değiştirmeyecektir. Yani mevcut hali ile seçimlerin yenilenmesi kararı, tamamıyla Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakılarak, keyfi bir alanın oluşmasına imkân tanınmıştır. Oysa karşı yetkide, TBMM'nin ancak en az beşte üç çoğunluk ile seçimleri yenileme kararı alabilmesi mümkün olabilecektir. Zira beşte üç çoğunluk ile TBMM'nin seçimleri yenileme kararı alma ihtimali, Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme kararı alma ihtimaline göre oldukça zordur. Bu nedenle de, Anayasa anılan hükmü ile Cumhurbaşkanına önemli bir avantaj sağlamakta ve karşılıklı fesih yetkisinden çok, Cumhurbaşkanına üstünlük tanıyan bir düzenleme ortaya çıkarmaktadır.

Ayrıca yeniden yapılan parlamento seçimleri sonucunda, Cumhurbaşkanı'nın istemediği bir çoğunluk oluşabilmesi ihtimali de, siyasi kaoslara yol açabi-

lecek niteliktedir. Bu durum Parlamento ile Cumhurbaşkanı arasındaki gerilimi azaltmak yerine daha da şiddetlenecektir¹⁰⁰.

E. Başkanlık Sisteminde Etkin Başkancı Sistemlerde Şantaj Yönelik Bir Silah Olarak Impeachment

1. Başkanlık Sisteminde Impeachment

Impeachment başkanlık sistemlerinde parlamentonun başkana karşı kullanabildiği en önemli *denetim* aracı olarak dikkat çekmektedir. Kelime anlamı itibariyle *suçlama* anlamına gelen¹⁰¹ bu kavram bir mahkûmiyet içermemektedir¹⁰². Impeachment sayesinde anayasaya aykırı hareket eden başkan anayasanın öngördüğü usul çerçevesinde görevinden alınmaktadır¹⁰³. Bu sistem başkanın sadece kendi yaptığı eylemler dolayısıyla sorumluluğunu öngörmemektedir. Ayrıca uhdesi altında meydana gelen ve bakanlarının eylemlerinden dolayı da sorumlu olduğu bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁴. ABD uygulamasına bakıldığında ise suçlamayı Temsilciler Meclisi yaparken impeachment yargılaması Senato tarafından yapılmaktadır¹⁰⁵.

Impeachment, ABD'nin birçok kurumu gibi İngiliz hukuk sisteminden devşirilerek anayasallaştırılmıştır¹⁰⁶. Dolayısıyla parlamenter sistemdeki Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet/anayasayı ihlal suçları ile sorumlu olması veya Bakanlar Kurulu üyelerinin yüce divana sevki uygulamalarına benzer şekilde, impeachment usulü de sadece bu uygulamanın "*Amerikanlaştırılmasıdır*".

Başkanlık sisteminin menşei olan ABD'de, bu yola sadece üç kez başvurulmuş olmakla birlikte, impeachment usulü ile görevden alınan bir başkan yok-

¹⁰⁰ Shugart, Carey, (1992), s.126-127; Uluşahin, (1999),s. 195-196.

¹⁰¹ Şahin, bu kurum için *siyasal suçlandırma* tabirinin daha uygun olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Kemal Şahin, Yasamanın Yürütme ve Yargı Üzerindeki Kılıcı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 15.

¹⁰² Şahin, (2011), s.10.

¹⁰³ Dixie Faye Mercer Mcneil,, Presidential Impeachment, Executive Accountability nad the Collective Executive. Diss. Texas Tech University, 1978, s. 10; Şahin, (2001), s. 6.

¹⁰⁴ Mcneil, (1978), s. 22.

¹⁰⁵ ABD anayasası hazırlanırken ceza yargılamasının Yüksek Mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi düşünülmekteyken sonradan ceza yargılamasının da Senato tarafından gerçekleştirilmesi kabul edilmiştir. Bkz. Şahin, (2011), s.11-13, 107-108.

¹⁰⁶ Şahin, (2011), s.20-21.

tur. Ancak Latin Amerika'nın başkanlı sistemlerinde impeachment usulüne sıklıkla başvurulmaktadır. Öyle ki başkanlık sisteminin hükümet istikrarını sağladığı iddialarının aksine, Latin Amerika'da başkanın görevini tamamlamasının *asla garanti değildir*¹⁰⁷.

Başkanlık sistemlerinde parlamentonun güvensizlik oyu gibi bir silahının olmaması, geçmişte Latin Amerika'da halk desteğinden yoksun başkanların devrilebilmesi için askeri darbelere başvurulmasına yol açmıştır. Ancak günümüzde bilhassa, *siyasi skandalların ortaya çıkması, başkanın Kongre üzerindeki kontrolünü kaybetmesi ve hem başkanın partisinin mecliste küçük hem de kendi içinde farklı hiziplere ayrılmış olması* durumlarında bu usule başvurulmaktadır. Parlamentoların impeachment usulünü, tıpkı parlamenter sistemdeki güvensizlik oyu gibi sıklıkla kullandıkları ve demokrasiye sekteye uğratmaksızın başkanı düşürebildikleri ya da başkanı istifa etmeye zorladıkları ifade edilmektedir¹⁰⁸. Young Hun Kim, başkanın anayasal açıdan güçlü yetkilere sahip olduğu ülkelerde impeachment usulüne daha sık başvurulduğunu ifade etmektedir. Çünkü güçlü başkan, parlamentonun desteğini aramak konusunda isteksizdir, bu da parlamento ile sürekli çatışmasına yol açmaktadır¹⁰⁹. Başkanlı sistemlerde hem yasama hem de yürütme, başkan tarafından domine edilmektedir. Bu nedenle de meydana gelebilecek ekonomik, sosyal ve güvenlik ile ilgili problemlerin sorumlusu doğrudan başkandır¹¹⁰.

¹⁰⁷ Zira neredeyse bir dalga halinde 1990'larda Latin Amerika'da Brezilya (Fernando Collor de Mello), Venezüella, Kolombiya, Ekvator, Paraguay (iki yıl arayla iki başkan)'da altı başkan impeachment usulü ile muhatap olmuştur. Aynı şekilde 2000'lerde de bu dalganın yeni bir görünümünün yaşandığı dikkat çekmektedir. Peru başkanı Fujimori Kasım 2000'de ülkeyi terk etmiş, Ekvator başkanı Luis Gutierrez 2005'te koltuğundan olmuştur. Arjantin'de muhalefet başkanı Fernando de la Rúa'yı 2001'de ve Bolivya başkanı Gonzalo Sanchez de Lozada ve Carlos Mesa'yı 2003 ve 2005'te istifaya zorlamıştır. Bkz. A. Perez-Linan, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press, 2007, s. 1-2.

¹⁰⁸ Perez-Linan, (2007), s. 2-3; Üçüncü dalga demokrasiler arasında başkanına karşı impeachment usulü ile başarılı olan tek ülke Madagaskar'dır. Bu ülkede ise başkan Albert Zafy, ülkeyi beklenen seviyeye ulaştıramadığı, rüşvet ve yolsuzluklara karıştığı gerekçesiyle suçlandırılarak görevden alınmıştır. Ancak onun haricinde Brezilya'da Collor ve Paraguay'da Raul Cubas, Senato'da impeachment oylaması yapılmadan istifa etmiştir. Bkz. Young Hun Kim, "Impeachment and Presidential Politics in New Democracies", *Democratization* C. 21, sa. 3, 2014, ss.519-553, s. 519-520; Perez-Linan, (2007), s. 1-40.

¹⁰⁹ Kim, (2014), s. 520, 522.

¹¹⁰ Kim, (2014), s. 522-523.

Başkanlık ve başkancı sistemlerde başkan, üç farklı anayasal usul ile görevden alınmaktadır. İlki *yasama modelidir*. Bu model ABD parlamentosu modelidir. Bu modele göre Kongre başka bir kuruma bağlı olmaksızın başkanı görevden alabilir. İki meclisli olan Arjantin, Meksika veya Paraguay gibi ülkelerde parlamentolarda alt meclis tipik olarak suçlama fonksiyonu ifa ederken Senato yargıç işlevi görmektedir. Tek meclisli bir yapıya sahip olan Ekvator'da (md 129, 130) ise, üyelerin üçte biri tarafından anayasada gösterilecek olan sebeplerle impeachment teklifi yapılabilmekte ve üyelerin 2/3'ü ile de başkan suçlu bulunabilmektedir. İkinci model ise *yargısal modeldir*. Bu modelde parlamento tarafından anayasada gösterilen nisaba uygun bir şekilde alınacak bir suçlama kararı neticesinde başkanın yargılanması bir yargı organı tarafından gerçekleştirilecektir. Yargılama genellikle bir Yüksek Mahkeme tarafından yapılacaktır. Örneğin 1949 Kosta Rika Anayasası bu duruma açık bir örnektir, Anayasanın 121. maddesine göre Parlamento üye tamsayısının 2/3'ü ile bu karar alır ve Yüksek Mahkeme, başkanın yargılanması konusunda yetkilidir. 1999 Venezuela Anayasası da çift meclisli bir yapı öngörmesine karşın benzer bir yapıya sahiptir. Başkanın impeachment usulü ile yargılanması konusunda üçüncü ve son model ise *karma modeldir*. Bu uygulama Brezilya ve Kolombiya'da uygulanmaktadır. Buna göre adi suçlar (*common crimes*) ile ilgili yargılama Yüksek Mahkeme tarafından yapılabilecek iken (Brezilya Anayasası md 86), anayasada belirtilen suçlama işletilebilir eylemler (*impeachable offences*) için yargılama makamı Senato olarak değerlendirilmiştir (Brezilya Anayasası md 86)^{111 112}. Her iki suçlama da çift meclisli yapılarda alt meclis tarafından yapılacaktır.

2. 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan'a Sevk

1982 Anayasası'nın 105. maddesi, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili hükümler ihtiva etmektedir. Buna göre,

¹¹¹ Brezilya Anayasası'nın 85. maddesine göre suçlama işletilebilir eylemler, birliğin varlığı, yasama, yargı, kamu bakanlığı ve federasyon birliklerinin anayasal güçleri, siyasal, bireysel ve sosyal hakların işletilmesi, Ülkenin iç güvenliği, idarenin dürüstlüğü, bütçe kanunu ve mahkeme kararları ve kanunlara uygun davranmak hususlarına aykırı eylem ve işlemlerdir. Bunun dışında kalan suçlar ise "common crimes" olarak kabul edilir.

¹¹² Bkz. Gisela Pereyra Doval, Esteban Actis, "The Political and Economic Instability of Dilma Rouseff's Second Government in Brazil: Between impeachment and the Pragmatic Turn", *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, C. 72, Sa. 2, 2016, ss. ,120-131, s. 121

Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi *üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle* soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasî partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi *üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir*. Yüce Divan yargılaması üç ay içerisinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı seçim kararı alamaz.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erer.

Cumhurbaşkanı'nın görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.

a. Cezai Sorumluluğun Kapsamı

2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında, Cumhurbaşkanı'nın bir suç işlediği iddiasıyla hakkında cezai sorumluluğuna ilişkin bir önerge verilebileceği kabul edilmektedir. Buna göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarda suç olarak düzenlenen her hangi bir eyleminden dolayı Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu bulunmaktadır. 2017 değişiklikleri öncesinde Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun kapsamı "görevi ile ilgili olan suçlar" ve "kişisel suçlar" olarak iki farklı şekilde değerlendirilmekte idi. Buna göre Cumhurbaşkanı'nın görevle ilgili olarak sadece vatana ihanetten dolayı Anayasa'nın 105/3 hükmünde belirtilen şartlarda suçlandırılmasının mümkün olduğu bunun dışında Cumhurbaşkanı'nın görev suçlarıyla ilgili olarak sorumsuz olduğu kabul

edilmekte idi. Kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu kabul edilmekte idi¹¹³. Doktrinde görevi ile ilgili olmayan suçlar bakımından Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığına sahip olup olmadığı ve kişisel suçlarından dolayı yargılanıp yargılanmayacağı tartışılmıştır¹¹⁴. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın görevi süresince yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir hüküm olmamasına rağmen, kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu kabul edilmiştir¹¹⁵. Bir başka görüşe göre, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan "ceza kanunlarının mecburiliği" ilkesinin uygulanması gerekir, bu sebeple de kişisel suçlardan dolayı özel bir usule gerek olmaksızın genel mahkemelerde yargılanmalıdır¹¹⁶.

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'nın tüm suçlarından dolayı cezai açıdan sorumlu tutulabileceği esası getirilerek, Yüce Divan'a sevkini mümkün kılan düzenlemeyle bu sorun çözülmüştür. Diğer deyişle görevi ile ilgili olsun ya da olmasın, ceza hukuku bakımından suç teşkil ettiği düşünülen tüm eylemleri bakımından Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak bu kez de başka bir problem ortaya çıkmış olmaktadır¹¹⁷. Anayasa değişikliği ile sadece cezai sorumluluğunun düzenlenmiş, siyasal açıdan sorumluluğunun öngörülmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir¹¹⁸.

2017 değişiklikleri öncesinde Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığına sahip olup olmadığı konusu da tartışmalı idi. 1982 Anayasası'nda açıkça

¹¹³ Anayasa'da böyle ayırım yapılmamasına karşın doktrinde bu ayırım yapılmıştır. Bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006., s. 205.; Kemal N Öztürk, "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Geleneği", AİD, C.25., S.1., Mart 1992, s. 75.; Ahmet Kerse, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973, s. 175-176.; Kuzu, (1990), s. 38.; Karşı görüş için bk. İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, AÜHF Yayını, Ankara, 1965, s. 390.

¹¹⁴ Özbudun, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Keza Tan ve Gözübüyük de benzer bir yorumda bulunmaktadır. Bkz. TAN, Turgut; Gözübüyük, Şeref, s. 171, ÖZBUDUN, Ergun, s. 334.

¹¹⁵ Tunç, Bilir, Yavuz, (2016), s. 218.

¹¹⁶ Ş. Cankat Taşkın, "1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuzluğu", TBB Dergisi, 2011, C. 92, ss. 384-418, s. 394-395.

¹¹⁷ İbrahim Kaboğlu, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 40-41; Esen, (2016), s. 64-65.

¹¹⁸ "Başkanlık sisteminde başkanın ve üst kademe kamu görevlilerinin sorumluluğu impeachment mekanizmasıyla işletilebilir. Arjantin, Peru, Ekvador, Paraguay gibi ülkelerde, başkana karşı hem cezai hem de siyasal saiklerle impeachment yolu işletilebilir." Esen, (2016), s. 64-65.

düzenlenmediği için kanaatimiz Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığına sahip olmadığı yönündeydi¹¹⁹. Şu belirtilmelidir ki, artık Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığına sahip olup olmadığını konusunu, Cumhurbaşkanı'nın görevi süresince işlediği iddia edilen suçlar bakımından tartışmaya gerek bulunmamaktadır. Zira Cumhurbaşkanı'nın görevi süresince işlediği iddia edilen tüm suçlar bakımından yargılanabilmesi için de Yüce Divan'a sevk edilmesi gerekmektedir. Öyle ki Anayasa hükmünde göre, Cumhurbaşkanlığı görevini ifa etmiş bir kişinin bu süre zarfında işlediği suçlar için, Cumhurbaşkanlığı görevi sona erdikten sonra bile Yüce Divan'a sevk edilmesi gerekecektir. Aslında bu durum, yasama dokunulmazlığından daha geniş bir koruma getirmektedir. Zira yasama dokunulmazlığı nisbidir. Bundan dolayı kişinin milletvekilliği sona erdikten sonra yasama dokunulmazlığı da kendiliğinden kalkar ve kişi yargısal işlemlere tabi olur. Fakat Cumhurbaşkanlığı görevi yapmış olan bir kişinin, hayatının belirli bir dönemini bu görevi ifa ederek geçirmiş olması dolayısıyla, işlemiş olduğu adi bir suçtan dolayı dâhi Yüce Divana sevk edilmesinin gerekli olması hukuk devleti açısından problemlidir. En azından bu konuda, yani Cumhurbaşkanlığı görevi bitmiş olan bir kişinin işlemiş olduğu "görevi ile ilgili olan suçlar" ile "görevi ile ilgili olmayan suçlar" konularında bir ayrım gidilebilmelidir. Şöyle ki Cumhurbaşkanlığı makamında bulunan bir kişinin görevi sona erdikten sonra, "görevi ile ilgili olan" suçlar bakımından Yüce Divan yargılamasının devam edeceği ve "görevi ile ilgili olmayan suçlar" bakımından ise suçun niteliği ile ilgili olarak yargı yetkisine sahip makamların yetkilerinin bulunduğu hükmü getirilmesi, hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecektir. Cumhurbaşkanı'nın "bir suç işlediği iddiası" Cumhurbaşkanı'nın işlediği iddia edilen suçun Cumhurbaşkanı olarak seçilmesi öncesinde mi, seçilip göreve başladığı süre öncesini mi ya da sadece Cumhurbaşkanlığı görevine başladığı an ve sonrasını kapsayıp kapsamadığı Anayasa hükmünden açıkça anlaşılamamaktadır. Yani bir kişinin Cumhurbaşkanı olmadan önce işlediği iddia edilen bir suç dolayısıyla hakkında bir ceza soruşturulması başlatılabilir mi? Ya da başlatılan bir soruşturma devam ettirilebilir mi? Aynı şekilde Cumhurbaşkanı seçilmiş fakat görevine başlamamış olan bir kişi hakkında aynı şekilde işlemiş olduğu iddia edilen bir suç dolayısıyla hakkında bir ceza soruşturması başlatılabilir ya da başlatılan bir suç soruşturması devam ettirilebilir mi? Bunlardan ayrı olarak, Cumhurbaşkanı seçilmeden önce bir suç işlediği iddia edilen bir kişi hakkında, Cumhurbaşkanlığı görevi sona erdikten sonra iddia edilen suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yetkileri TBMM ve Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mah-

¹¹⁹ Tunç, Bilir, Yavuz, (2016), s. 223-224.

kemesi'nde mi yoksa diğer adli makamlarda mıdır? Bu soruların cevabı anayasada açıklığa kavuşturulmuş değildir.

Kanaatimizce Anayasa hükmü açıkça “*Cumhurbaşkanı hakkında işlediği iddia edilen bir suç hakkında*” ifadelerine yer vererek suçun işlendiği tarih ile Cumhurbaşkanlığı görevinin başlangıç tarihi arasında bir ayrıma gidilmemektedir. Buna göre seçilmesi öncesinde işlediği iddia edilen suçlarını da bu kapsamda saymıştır. Fakat bu durum hukuk devleti ilkesinin ihlali niteliğini taşıyabilecek durumlar ortaya çıkarabilir. Şöyle ki bir kişinin işlediği bir suç, Cumhurbaşkanı seçildikten sonra ortaya çıkabilir ya da hakkında adli makamlar tarafından ceza soruşturmasına başlanılmış olan bir kişi bu süreçte Cumhurbaşkanı seçilmiş olabilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı seçilen kişinin yargılanabilmesi için Anayasa’da öngörülen sürecin işletilmesi gerekecektir. Bu nevi uygulamalar da Anayasanın eşitlik ilkesine uygun olmayacaktır.

b. Yüce Divan Yargılaması

Anayasa hükmünden anlaşıldığı üzere ülkemizde Cumhurbaşkanı’nın cezai sorumluluğu ile ilgili olarak “yargısal model” usulünün kabul edildiği görülmektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı hakkındaki suçlama doğrudan TBMM tarafından yapılacaktır. TBMM’nin bu suçlamayı nasıl görüşeceği, komisyona seçilecek milletvekillerinin nasıl belirleneceği ve TBMM Genel Kurulu’nda hangi oranda kabul edileceği anayasada açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı hakkındaki “suçlama” önergesi üye tamsayısının salt çoğunluğu (301 milletvekili) tarafından istenebilir. Fakat TBMM Genel Kurulu’nda ilgili Cumhurbaşkanı’nın yüce divana sevkini öngören oylama için nisap üye tamsayısının üçte ikisidir (400 milletvekili). TBMM tarafından önergenin kabul edilmesi hâlinde ise Cumhurbaşkanı Yüce Divan sıfatı ile Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanacaktır (6216 sayılı Kanun md. 3/ç). Hakkında soruşturma açılan Cumhurbaşkanı’nın seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmesi mümkün olamayacaktır.

Parlamente hükümet sistemi, yasamanın yürütmeye güven duyması ile yürütmenin görevine devam edebilmesi temeli üzerine dayanmaktadır. Bu nedenle de 2017 öncesinde yüce divana sevk edilen bir başbakan ya da bakanın parlamentonun güvenine sahip olmadığı gerekçesiyle görevinin de sona ereceği kabul edilmekteydi. Cumhurbaşkanının Yüce Divan’a sevk edildiği durumda makamında boşalma olup olmayacağı konusu suçun niteliğine göre değişmektedir.

Birçok yazar, Yüce Divana sevk sonrasında Cumhurbaşkanı'nın görevde kalmasını uygun görmemektedir¹²⁰.

Bilindiği gibi başkanlık sistemlerindeki impeachment uygulaması, Yüce divan uygulamasından farklıdır. Impeachment uygulamasında, Parlamento maddi anlamda bir yargısal faaliyet yürütmektedir. Bu nedenle de parlamenter sistemdeki güvensizlik tartışmasına girmeksizin başkanın görevden alınacağı ve yetkili makam yargılamayı sonuçlandırana kadar yerine anayasada yetkili kılınan kişi veya makamın vekâlet edeceği düzenlenmektedir¹²¹. Fakat ülkemizde Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından Yüce Divan'a sevkini aynı etkiyi doğurmamaktadır. Anayasamızdaki 2017 sonrası düzenleme gereği, yalnızca Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erecektir.

Doktrinde TBMM'nin 2/3'ünün oyları ile Yüce Divan'a gönderilen bir Cumhurbaşkanı'nın görevde kalmaya devam etmesi eleştirilmektedir. Örneğin bir yazara göre, *"Bu durumdaki bir cumhurbaşkanı bir yandan üyelerinin büyük bölümünü atadığı Anayasa Mahkemesinde Yüce Divan sıfatıyla yargılanacak, bir yandan da bütün yetkilerini kullanmayı sürdürecektir. Üstelik Yüce Divan yargılamasında mahkûm olsa bile, bu mahkûmiyet seçilmeye engel bir suç değilse görevde kalmaya devam edecektir. Böyle bir duruma düşmüş cumhurbaşkanı meşruiyetini yitirecektir. Meşruiyetini yitirmiş bir cumhurbaşkanının Meclisin büyük çoğunluğunun kararına karşın görevde kalmayı sürdürmesi, rejim krizi yaratacak bir ortam hazırlayacaktır."*¹²²

SONUÇ

Görüldüğü üzere saf başkanlık sistemi, yani kontrol ve dengeler sistemine dayanan kuvvetler ayrılığı sistemi, neredeyse yalnızca ABD'de bulunmak-

¹²⁰ Özbudun, (2011), s. 336; Tunç, Bilir, Yavuz, (2016), s. 219; Murat Sevinç, "Güncel Gelişmeler Işığında, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı", AÜHFD, C. 57, Sa. 2, ss. 109-137, s. 133.

¹²¹ Keza, Brezilya'da Dilma ve Güney Kore'de Geun-hye, parlamento tarafından impeachment usulü ile görevden alındıktan sonra anayasada düzenlenen süreler çerçevesinde yargılamayı yapacak olan makam başkanın yargılamasını tamamlayana kadar görevine devam edememiştir. Brezilya için Bkz. Ekinci, Yıldırım, (2017), s. 176-179. Ayrıca Güney Kore ile ilgili olarak bkz. <http://edition.cnn.com/2016/12/09/asia/south-korea-park-geun-hye-impeachment-vote/>.

¹²² Esen, (2016), s. 65.

tadır. Buna mukabil başta Latin Amerika ülkeleri olmak üzere başkanın parlamento karşısında üstün bir konumda tutulduğu ve ciddi anayasal yetkilere sahip olduğu ülke uygulamaları ise oldukça fazladır. Ülkemizde 2017 anayasa değişiklikleri ile kabul edilen yeni hükümet sistemini de bundan ayrı tutmak düşünülemez. Ülkemizde Cumhurbaşkanı'nın TBMM ile birlikte aynı gün seçilmesi ona TBMM'nin çoğunluğunun desteğini elde etme konusunda önemli bir avantaj vermektedir. Ancak Cumhurbaşkanı'nı avantajlı bir konuma oturtan anayasal düzenlemeler bununla sınırlı değildir. Cumhurbaşkanı yürütme içerisinde bakanlarını ve Cumhurbaşkanı yardımcılarını TBMM'nin onayına veya rızasına dayalı olmaksızın atayabilmektedir. Ayrıca kararname, veto ve bütçe konularında Cumhurbaşkanı'na üstünlük sağlayan anayasal düzenlemeler TBMM'nin yürütmeyi denetlemesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. TBMM Cumhurbaşkanı'nı yalnızca Yüce Divan'a sevk etmek ile tehdit edebilir. Ancak bu durumda dâhi göreve engel olamayan bir suçlama halinde, Cumhurbaşkanı görevine devam edebilmektedir. Sonuç olarak Ülkemizde, Cumhurbaşkanı'nın üstünlüğüne dayanan bir hükümet sisteminin, güçlü yürütme anlayışının var olduğunu ifade edebiliriz.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu Yılmaz, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, Sa. 1. 1988, ss. 5-39.

Anayurt Ömer, Erdoğan Murat, Ekinci Ahmet, “Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi”, *Ord. Prof. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Ed. Abuzer Kendigelen, Saadet Yüksel, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 183-227, s. 195-196.

Anayurt Ömer, Ekinci Ahmet, “Koalisyonlu Başkanlık Sistemi ve Latin Amerika Uygulaması”, *Ord. Prof. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Ed. Abuzer Kendigelen, Saadet Yüksel, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 227-333.

Anayurt Ömer, Ekinci Ahmet, “Tek Yapılı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı Kurumu ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Zafer GÖREN Armağanı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, ss. 441-501.

Arsel İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, AÜHF Yayını, Ankara, 1965.

Araujo Victor, Silva Thiago, Viera Marcelo, “Measuring Presidential Dominance over Cabinet in Presidential Systems: Constitutional Design and Power Sharing”, *Brazilian Political Science Review*, C. 10, Sa. 2, 2016, ss. 1/23.

Barrett Richard, Bilková Veronika, Cleveland Sarah, Scholsem Jean-Claude; Suchocka Hanna, Tuori Kaarlo, Turkey Opinion On The Amendments To The Constitution Adopted By The Grand National Assembly On 21 January 2017 And To Be Submitted To A National Referendum On 16 April 2017”, *Venice Commission 110th Plenary Session (Venice, 9-11 March 2017)*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e) (Erişim Tarihi, 14.3.2017).

Purcell L. Edward, *Vice Presidents-A Biographical Dictionary, Facts On File, Fourth Edition*, New York, 2010.

Bulmer Elliot, *Presidential Legislative Powers, International IDEA Constitution- Building Primer 15*, International IDEA, 2. Baskı Stockholm, 2017.

Cilavdaroğlu Ahmet A, Ekici, Birol, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bütçe Hakkını Kullanabilme Kapasitesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 46, Sa. 3, 2013, ss. 59-88.

Cheibub Jose Antonio, “Presidentialism, Electoral Identifiability, and Budget Balances in Democratic Systems”, *American Political Science Review*, C. 100, Sa. 3, 2006, ss. 353-368.

Cox Gary W., Morgenstern Scott, “Latin America's Reactive Assemblies and Proactive Presidents”, *Comparative Politics*, C. 33, Sa. 2, 2001, ss. 171-189.

Çam Esat, *Devlet Sistemleri*, İstanbul, 1993.

Doval Gisela Pereyra, Actis Esteban, “The Political and Economic Instability of Dilma Rouseff’s Second Government in Brazil: Between impeachment and the Pragmatic Turn”, *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, C. 72, Sa. 2, 2016, ss. ,120-131

Ekinci Ahmet, Yıldırım Serkan Nebi, “Brezilya’nın Başkanlık Sistemi Uygulaması”, içinde *Dört Kıtada Başkanlık Sistemi*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, Astana Yayıncılık, 2017, Ankara.

Erikson Robert, “Congressional Elections in Presidential Years: Presidential Coattails and Strategic Voting”, *Legislative Studies Quarterly*, Cilt 41, Sayı 3, 2016.

Esen Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4.

Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

Gözler Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi Mi, Başkanlık Sistemi Mi, Yoksa Neverland Sistemi Mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?” <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, (Erişim tarihi 8.3.2017).

Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 8. Baskı, 2009.

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt I), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt II), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011.

Gözler Kemal, “Fesih” ve “Seçimlerin Yenilenmesi” Farklı Kavramlar Mıdır?” <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, (Erişim Tarihi: 17.4.2019).

Gözler Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, Bursa.

Güner Yaşar Gizem, “Şili Başkanlık Sistemi”, içinde *Dört Kıtada Başkanlık Sistemi*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, Astana Yayıncılık, 2017, Ankara.

Hattem Marcel van, *Pork in Brazil and the Executive Toolbox*, Dissertation, Leiden University, 2012.

İba Şeref, “Cumhurbaşkanınca Yayınlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, c. 52, 2003, s. 299-316.

Kaboğlu İbrahim, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4.

Kalaycıoğlu Ersin, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdiidiyle Sınava”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005.

Kerse Ahmet, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973.

Kim Young Hun, “Impeachment and Presidential Politics in New Democracies”, *Democratization* C. 21, sa. 3, 2014, ss.519-553

Kuzu Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler (1990b), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Lijphart Arend, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz,-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.

Linz Juan J., “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz,-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.

Linz.Juan J., “Democracy: Presidential or Parliamentary Does It Make a Difference?”, 1985, http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABJ524.pdf (Erişim Tarihi: 7.3.2017).

Dixie Faye Mercer Mcneil, Presidential Impeachment, Executive Accountability nad the Collective Executive. Diss. Texas Tech University, 1978

Madison James, Federalist Papers.

Montesquieu, *Kanunların Ruhu*, (Çev. Berna Günen), Türkiye İş Bankası Yayınları, 2017.

Oder Bertil Emrah, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”, Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005

Onar Erdal, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

Özbudun Ergun, “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2017.

Özbudun Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Anayasa Yargısı* 6, ss. 227-237.

Özer Attila, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

Öztürk, Kemal N, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği”, *AİD*, C.25., S.1., Mart 1992.

Özsoy Boyunsuz Şule, “Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 49, S. 3, Eylül 2016, s.1-40.

Özsoy Boyunsuz Şule, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Yayınevi, Ankara, 2017.

Perreira Carlos, Melo Marcus, “The Political Economy of Budgeting in Latin America-Procedures, Oversight, and Participation”, *sciotea.caf.com*, 2011.

Perreira Carlos, Mueller Bernardo, “The Costing of Governing-Strategic Behavior of President and Legislators in Brazil’s Budgetary Process”, *Comparative Political Studies*, C. 37, Sa. 7, 2004, ss. 781-815.

Perez-Linan, A., *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press, 2007.

Roche John P, Levy Leonard W, *The Presidency, Documents in American Government*, Brace and World Inc, 1964, Harcourt.

Fazıl Sağlam, *Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar*”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi yayınları, 1984, Cilt I.

Samuels David J., “Progressive Ambition, Federalism and Pork-Barreling in Brazil”, içinde *Legislative Politics in Latin America*, (Ed. Morgenstern, Scott, Nacif, Benito), Cambridge University Press, 2002, New York, ss. 315-341.

Santiso Carlos, Belgrano Arturo Garcia, “Legislative Budget Oversight in Presidential Systems: Governance of the Budget in Peru”, XVI Regional Seminar on Fiscal Policy organised by the Economic Commission on Latin America and the Caribbean (ECLAC), Santiago de Chile, 2004, <https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/CarlosSantiso.pdf> (erişim tarihi 25.4.2018),

Sartori Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Sevinç Murat, “Güncel Gelişmeler Işığında, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı”, *AÜHFD*, C. 57, Sa. 2, ss. 109-137.

Shugart Matthew Soberg, Carey John, *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, New York, 1992.

Siaroff Alan, “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, *European Journal of Political Research*, Vol. 42., Issue 3., 2003.

Stephan Alfred, Skach Cindy, “Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective”, Linz, Juan J-Valenzuela, Arturo eds., in: *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, Vol.1, Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.

Şahin Kemal, *Yasamanın Yürütme ve Yargı Üzerindeki Kılıcı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

Şirin Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.

Tan Turgut, Gözübüyük Şeref, *İdare Hukuku Cilt I*, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2014, s. 354-355.

Taşkın Ş. Cankat, “1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanı’nın Sorumsuzluğu”, TBB Dergisi, 2011, C. 92, ss. 384-418.

Teziç Erdoğan, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, S. 1-4, Yıl 1987, s. 101-116.

Tunç Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.

Tunç Hasan, Bilir Faruk, Yavuz Bülent, *Türk Anayasa Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.

Tunç Hasan, “Amerika Birleşik Devletleri Hükümet Sistemi ve Yürütme Organı”, *İdarecinin Sesi Dergisi*, C.II., S.1., 1988.

Uluşahin Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999.

Ware Alan, “Divided Government in the United States”, *Divided Government in the Comparative Perspective*, Robert Elgie ed., Oxford University Press, Oxford 2001.

Hakemli Çeviri

HAZAR DENİZİNİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN SÖZLEŞME

Convention on the Legal Status of the Caspian Sea

*Dr. Öğr. Üyesi Şeyda Türkay KAHRAMAN**

ÖZET

Hazar Denizi, deniz tabanında bulunan petrol ve doğalgaz kaynakları, stratejik konumundan dolayı küresel ve bölgesel güçlerin bakımından jeopolitik öneme sahiptir. Bölgede İran'ın yanı sıra 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından Rusya Federasyonu, Azerbaycan, Kazakistan ve Türkmenistan'ın da kıyıdaş olmasıyla Hazar Denizi'ne beş devlet kıyıdaş hale gelmiştir ve Hazar Denizi'nin paylaşım sorunu ortaya çıkmıştır. Hazar Denizi'nin hukuki statüsünün ne olacağı belirlenemediğinden Hazar Denizi'nin paylaşım sorunu 2018'e kadar devam etmiştir. 2018'de kıyıdaş beş devlet tarafından Hazar Denizi'nin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme imzalanarak Hazar Denizi'nin hukuki statüsü belirlenmiştir.

Anahtar kelimeler: Hazar Denizi, sözleşme, kıyıdaş devletler

* Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, fkahraman@karatekin.edu.tr, (ORCID- ID: 0000-0002-6169-9420).

Makale Geliş Tarihi: 04.07.2019.
Makale Kabul Tarihi: 17.09.2019.

ABSTRACT

The Caspian Sea has a geopolitical importance in terms of global and regional powers due to its strategic position in the oil and natural gas resources at the seabed. After the collapse of the Soviet Union in 1991 in addition to Iran in the region, with the Russian Federation, Azerbaijan, Kazakhstan and Turkmenistan five states became littoral in the Caspian Sea and the sharing problem of the Caspian Sea emerged. Since the legal status of the Caspian Sea could not be determined, the sharing problem of the Caspian Sea continued until 2018. In 2018, the Convention on the Legal Status of the Caspian Sea was signed by five littoral states and the legal status of the Caspian Sea was determined.

Keywords: Caspian Sea, convention, littoral states

12 Ağustos 2018

Bu Sözleşmenin Tarafları, Hazar'a kıyıdaş devletler olan – Azerbaycan Cumhuriyeti, İran İslam Cumhuriyeti, Kazakistan Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu ve Türkmenistan – bundan böyle Taraflar olarak anılacaktır,

Birleşmiş Milletler Şartının ilkeleri ve kurallarına ve uluslararası hukuka bağlı olarak,

Taraflar arasında işbirliği, iyi komşuluk ve karşılıklı anlayışın atmosferini dikkate alarak,

Taraflar arasındaki iyi komşuluk ilişkilerini derinleştirme ve genişletme isteğinin rehberliğinde,

Hazar Denizi'nin yalnızca Taraflar bakımından hayati öneme sahip olduğu ve Hazar Denizi ve kaynakları üzerinde egemen haklara sahip oldukları gerçeğinden yola çıkarak,

Hazar Denizi ile ilgili sorunların çözülmesinin, Tarafların münhasır yeterliliği içinde olduğunun önemini belirterek,

Hazar Denizi'nin politik, ekonomik, sosyal ve kültürel öneminin tanınması,

Hazar Denizi'nin korunması ve bölgenin sürdürülebilir kalkınması için şimdiki ve gelecek nesillerden önce sorumluluklarının farkında olarak,

Bu Sözleşmenin Taraflar arasında işbirliğinin geliştirilmesini ve güçlendirilmesini kolaylaştıracağına ve Hazar Denizi'nin barışçıl amaçlarla kullanılmasının ve kaynaklarının rasyonel yönetiminin teşvik edeceğinin yanı sıra, çevresinin keşfedilmesi, korunması ve muhafaza edileceğine ikna olarak,

Hazar Denizi'nde karşılıklı yarar sağlayan ekonomik işbirliğinin geliştirilmesi için lehte koşullar yaratmaya çalışarak,

Hazar Denizi bölgesinde jeopolitik ve ulusal düzeyde meydana gelen değişimleri ve süreçleri dikkate alarak, Taraflar arasındaki mevcut düzenlemeleri ve bu bağlamda Hazar Denizi'nin hukuki rejimini güçlendirme gereğini göz önünde bulundurarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaştılar:

Madde 1

Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, aşağıdaki terimler şu anlama gelecektir:

“Hazar Denizi”- Tarafların kara ülkesi ile çevrili ve bu Sözleşmeye ekli olan ve Sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan St. Petersburg, 31003 No.lu, 1998'de yayınlanan 17.04.1997 tarihli arşiv baskılı; 31004 No.lu, 1999'da yayınlanan 04.07.1998 tarihli arşiv baskılı; 31005 No.lu, 1998'de yayınlanan 16.11.1996 tarihli arşiv baskılı onaylı kopyaları, kıyıları Rusya Federasyonu Savunma Bakanlığı Denizcilik ve Oşinografi Genel Müdürlüğü'nün 1:750.000 ölçekli deniz haritalarında belirtilen su kütesidir.

‘Esas Hat’ – normal ve düz esas hatlardan oluşan hattır.

‘Normal esas hat’ – Hazar Denizi'nin çok yıllık ortalama seviyesi 1977 Baltık Denizi Seviyesinin eksi 28.0 metre işaretinde, Kronstadt'ın derinlik iskandili deniz ölçerin sıfır noktasından ölçülen, Hazar'a kıyıdaş Devletlerin ülkelerinin söz konusu devlet tarafından resmi olarak tanınan büyük ölçekli haritalarda işaretlenmiş olan kıtalarından veya adalarından geçer.

‘Düz esas hatlar’ – kıyı şeridindeki ilgili uygun noktaların birleştirilmesi ve sahil şeridinin girintili olduğu yerlerde veya kıyının hemen yakınında adalar saçağının bulunduğu yerlerde esas hattı oluşturan düz esas hatlardır.

Düz esas hatlar oluşturmak için kullanılan yöntem tüm Taraflar arasında ayrı bir anlaşma ile belirlenecektir.

Kıyının genel istikameti, bir kıyı Devletini iç sularının belirlenmesinde açık bir dezavantaja sokarsa, yukarıdaki yöntemi geliştirilmesinde tüm Tarafların rıza göstermesi dikkate alınacaktır.

‘İçsular’ – esas hattın kara tarafında kalan sular.

‘Karasuları’ – bir kıyı devletinin egemenliğinin devam ettiği deniz kuşağı.

‘Balıkçılık bölgesi’ – Bir kıyı Devletinin sudaki biyolojik kaynakların toplanmasına ilişkin münhasıran hakka sahip olduğu bir deniz kuşağı.

‘Ortak deniz alanı’ – balıkçılık bölgelerinin dış sınırlarının ötesinde bulunan ve tüm Tarafların kullanımına açık olan su alanı.

‘Sektör’ – toprak altının işletilmesi ve diğer meşru ekonomik faaliyetler amacıyla deniz tabanı ve toprak altındaki kaynakların geliştirilmesine ilişkin Taraflar arasında sınırlandırılmış deniz tabanının ve toprak altının bölümleri.

‘Suda yaşayan biyolojik kaynaklar’ – balık, kabuklu deniz hayvanı, kabuklular, memeliler ve diğer suda yaşayan fauna ve flora türleri

‘Sudaki biyolojik kaynaklar üzerindeki ortaklık’ – Tarafların ortaklaşa yönettiği sudaki biyolojik kaynaklar.

‘Avlanma’ – sudaki biyolojik kaynakların doğal ortamlarından çıkarılmasını amaçlayan her tür faaliyet.

‘Savaş gemisi’ – bir taraf Devletin silahlı kuvvetlerine ait ve kendi tabiiyetindeki gemileri başkalarından ayıran harici işaretler taşıyan, bu taraf Devletin hükümetinin usulüne uygun şekilde yetkilendirdiği ve ismi normal hizmet listesinde veya buna muadil bir listede görünen bir komutanın emrinde olan ve silahlı kuvvetlerin düzenli disiplini altındaki mürettebatla donatılan bir gemi.

‘Hazar Denzinin Ekolojik Sistemi’ - Hazar Denizi'ndeki ve denizin yakınından etkilenen ülke kısımlarındaki insanlar da dahil olmak üzere hava, su ve biyolojik organizmaların etkileşen bileşenleri.

‘Kirlilik’ – biyolojik kaynaklar ve deniz hayatı için zararlı olma, insan sağlığı için tehlikeler oluşturma, sudaki biyolojik kaynakların toplanması ve denizin diğer meşru kullanımları da dahil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerine engel olma, deniz suyunun kullanılma kalitesinin bozulması ve güzelliğinin azaltılması gibi zararlı etkilere yol açan veya yol açması ihtimali olan maddelerin, organizmaların veya enerjinin Hazar Denzinin ekolojik sistemine insan tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak deniz çevresine getirilmesi.

Madde 2

1. Bu Sözleşmeye uygun şekilde, Taraflar Hazar Denizi'ndeki yargı yetkilerinin yanı sıra egemenliklerini, egemen ve münhasır haklarını da kullanacaklardır.

2. Bu Sözleşme, Tarafların, Hazar Denizi'nin suları, deniz tabanı, toprak altı, doğal kaynakları ve Deniz üzerindeki hava sahası dahil, kullanımını hususunda hak ve yükümlülüklerini belirleyecek ve düzenleyecektir.

Madde 3

Taraflar Hazar Denizi'ndeki faaliyetlerini aşağıdaki ilkelere uygun olarak yerine getireceklerdir:

1) Egemenliğine, ülkesel bütünlüğüne, Devletlerin bağımsızlığına ve egemen eşitliğine, kuvvet kullanmamasına veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmamasına, karşılıklı saygıya, işbirliğine ve birbirlerinin içişlerine karışmasına saygı gösterilmesi;

2) Hazar Denizi'ni barışçıl amaçlarla kullanmak, onu bir barış, iyi komşuluk, dostluk ve işbirliği bölgesi haline getirmek ve Hazar Denizi ile ilgili tüm meseleleri barışçıl yollarla çözmek;

3) Hazar Denizi bölgesinde güvenlik ve istikrarın sağlanması;

4) Hazar Denizi'nde Tarafların istikrarlı bir silahlanma dengesi sağlayarak, bütün ilgili tarafların menfaatleri göz önünde bulundurularak ve birbirlerinin

güvenliğine hanel getirmeksizin uygun yeterli sınırlar dahilinde askeri imkan ve kabiliyetleri geliştirmek;

5) Tarafların tümü arasında yapılan uluslararası anlaşmalara uygun olmak üzere, bölgesel güvenliği ve istikrarı güçlendirmeye yönelik genel çabalar doğrultusunda öngörülebilirlik ve şeffaflık ruhu içinde, askeri alanda üzerinde mutabık kalınan güven artırıcı önlemlere riayet etmek;

6) Hazar Denizi'nde, taraflara ait olmayan silahlı kuvvetlerin bulunmaması;

7) Taraflardan birinin herhangi bir Tarafa karşı saldırı eyleminde ve diğer askeri faaliyetlerde bulunmak üzere ülkesini kullandırmaması;

8) Kıyı devletlerinin egemen ve münhasır haklarına saygı gösterilmesi ve Taraflarca belirtilen faaliyetlere ilişkin kendileri tarafından belirlenen ilgili kurallara uyulması, Taraflardan her birinin karasuları dışında seyfüsefer serbestisi;

9) Seyrüsefer güvenliğinin sağlanması;

10) Uluslararası ticareti ve ekonomik kalkınmayı teşvik etmek amacıyla, transit Tarafın meşru menfaatlerine bağlı olarak genel olarak kabul görmüş ilkelere ve uluslararası hukukun normları ve ilgili Taraflar arasında yapılan anlaşmalar uyarınca Hazar Denizi'nden diğer denizlere ve Okyanusa serbestçe çıkış ve geri dönüş hakkı;

11) Taraflardan birinin münhasıran bayrağını taşıyan gemilerin Hazar Denizi'nde giriş, bulunma ve çıkış serbestisi;

12) Sudaki ortak biyolojik kaynakların kullanımının çoğaltılması ve düzenlenmesine ilişkin mutabık kaldıkları norm ve kuralların uygulanması;

13) Kirleten Tarafın Hazar Denizi'nin ekolojik sistemine neden olduğu zararlardan dolayı hukuki sorumluluğu;

14) Hazar Denizi çevresinin korunması, muhafaza edilmesi, iyileştirilmesi ve biyolojik kaynakların rasyonel kullanımı;

15) Ekoloji ve muhafaza etme alanındaki bilimsel araştırmaların kolaylaştırılması ve Hazar Denizi'nin biyolojik kaynaklarının kullanımı;

16) Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün kurallarına uygun olarak, sivil uçakların üstten uçuş serbestisi;

17) Taraflarca kararlaştırılan hukuk normlarına uygun olarak, Taraf Devletlerden her birinin karasuları dışındaki deniz alanında bilimsel araştırmalar yürütmek, kıyı Devletlerinin egemen ve münhasır haklarına saygı gösterilmesi ve belirli araştırma türleriyle ilgili olarak belirledikleri ilgili kurallara uyulmasının sağlanması;

Madde 4

Taraflar, söz konusu Sözleşmeye uygun şekilde diğer faaliyetlerinin yanında bu Sözleşme ile diğer sözleşmeler ve tarafların ulusal mevzuatı ile çatışmayacak şekilde Hazar Denizi'nde seyrüsefer, avlanma, sudaki biyolojik kaynakların kullanılması ve korunması, deniz tabanı ve toprak altındaki kaynakların araştırılması ve işletilmesi amaçlarıyla faaliyetlerini yürüteceklerdir.

Madde 5

Hazar Denizi'nin su alanı içsulara, karasularına, balıkçılık bölgelerine ve ortak deniz alanlarına bölünecektir.

Madde 6

Her bir Tarafın egemenliği kendi kara ülkesinin ve içsularının ötesine karasuları olarak tarif edilen bitişik bir deniz kuşağına, deniz tabanı ve bunların toprak altına ve üzerindeki hava sahasına uzanacaktır.

Madde 7

1. Tarafların her biri, bu Sözleşme uyarınca belirlenen esas hatlardan itibaren ölçülen karasularının genişliğini, 15 deniz mili sınırını aşmayacak şekilde belirleyecektir.

2. Karasularının dış sınırı, her noktası esas hattın en yakın noktasında bulunan karasularının genişliği kadar bir uzaklıkta olan hattır.

Karasularının dış sınırını belirlemek bakımından, liman sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturan en dışarıdaki daimi liman tesislerinin kıynın bir

parçasını teşkil ettiği kabul edilecektir. Kıyı açıklarındaki tesisler ve sun'î adalar daimi liman tesisleri olarak telakki edilmeyecektir.

Karasularının dış sınırı devlet sınırı olacaktır.

3. Kıyıları yan yana olan devletler arasında içsuların ve karasularının sınırlandırılması, uluslararası hukukun ilkeleri ve normları göz önünde bulundurularak, bu Devletler arasında yapılan anlaşma ile gerçekleştirilecektir.

Madde 8

1. Deniz yatağı ve toprak altındaki kaynakların geliştirilmesine ilişkin bu Devletlerin toprak altının işletilmesi ve diğer meşru ekonomik faaliyetlere ilişkin egemen haklarını kullanmalarını sağlamak üzere, uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkeleri ve normları dikkate alınarak, Hazar Denizi'nin deniz tabanının ve toprak altının sektörlerle sınırlandırılması, kıyıları karşı karşıya ve yan yana olan Devletler arasında anlaşma ile gerçekleştirilecektir.

2. Kıyı Devleti, kendi sektöründe, sun'î adalar inşa etmenin yanı sıra sun'î adalarda tesisler ve yapılar inşa ettirme, inşasına, işletilmesine ve kullanılmasına izin verme ve bunları düzenleme hususunda da münhasıran yetkilere sahip olacaktır. Kıyı Devleti, gerekli gördüğü takdirde, söz konusu sun'î adaların, tesislerin çevresinde hem seyrüseferin hem de sun'î adaların, tesislerin ve yapıların güvenliğini sağlamak için uygun tedbirler almasına imkan verecek makul güvenlik bölgeleri tesis edebilir. Güvenlik bölgelerinin genişliği, bu tür sun'î adaların, tesislerin ve yapıların dış kenarlarının her bir noktasından itibaren ölçülmek üzere çevresi 500 metrelik bir mesafeyi geçmeyecek şekilde tesis edilecektir.

Bu tür yapıların coğrafi koordinatları ve güvenlik bölgelerinin sınırları bütün Tarafalara iletilmelidir.

3. Bütün gemiler bu güvenlik bölgelerine saygı göstermelidir.

4. Bu maddenin 1. paragrafı uyarınca kıyı Devletinin egemen haklarının kullanılması, bu Sözleşmede öngörülen diğer Tarafların hak ve hürriyetlerini ihlal etmemeli veya bunlardan yararlanma konusunda haksız bir müdahaleye yol açmamalıdır.

Madde 9

1. Tarafların her biri, karasularına bitişik 10 deniz mili çapında bir balıkçılık bölgesi oluşturacaktır.

Kıyıları yan yana olan Devletler arasındaki balıkçılık bölgelerinin sınırlandırılması, uluslararası hukukun ilke ve normları göz önünde bulundurularak, bu Devletler arasında yapılan anlaşma ile gerçekleştirilecektir.

2. Taraflar bu Sözleşme ve ulusal mevzuatları temelinde akdettikleri öteki sözleşmelere göre, Taraflardan her biri balıkçılık bölgesinde, bu Sözleşmeye uygun olarak sudaki biyolojik kaynakları kullanma hakkına sahiptir.

3. Bu Sözleşmeye ve uluslararası mekanizmalara dayanarak, Taraflar, Hazar Denizi'nde bulunan sudaki biyolojik kaynakların avlanmasına müsaade edilen toplam paylaşım miktarını kollektif şekilde belirleyecek ve ulusal kotalara ayıracaklardır.

4. Taraflardan biri müsaade edilen kotasındaki miktarın tamamını karşılamaması durumunda, ikili anlaşmalar yaparak veya ulusal mevzuatına uygun olan diğer düzenlemeler yoluyla diğer taraflara müsaade edilen kotasındaki geri kalan kısmı kullanma izni verebilir.

5. Hazar Denizi'ndeki ortak olan sudaki biyolojik kaynakların toplanması için hüküm ve prosedürler tüm Taraflarca yapılan ayrı bir anlaşma ile belirlenecektir.

Madde 10

1. Tarafların bayrağını taşıyan gemiler, Tarafların karasularının dış sınırının ötesinde seyrüsefer serbestisine sahip olacaktır. Seyrüsefer serbestisi bu Sözleşmenin hükümlerine ve Taraflar arasında bu Sözleşmede belirtilen egemen ve münhasır haklarına halel getirmeksizin Taraflar arasındaki diğer bağlantılı anlaşmalara uygun olarak kullanılacaktır.

2. Taraflardan her biri diğer tarafların bayrağını taşıyan gemilere yük ve yolcu taşıma veya Hazar Denizi'ndeki limanlarına serbest çıkış açısından çekme veya kurtarma operasyonlarında ulusal gemileriyle aynı muamele ile gerçekleştirme, malların yüklenmesi ve boşaltılması, yolcuların bindirilmesi veya karaya çıkarılması, tonaj ve diğer liman ücretlerinin ödenmesi, seyrüsefer hizmetlerinin

kullanımı ve düzenli ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesi imkanlarını tanıyacaktır.

3. Bu maddenin 2. paragrafında belirtilen rejim, Hazar Denizi'nde Tarafların bayraklarını taşıyan gemilere açık olan limanlara uygulanacaktır.

4. Taraflar, Hazar Denizi'nden diğer denizlere ve okyanusa serbest çıkış ve geri dönme hakkına sahip olacaktır. Taraflar, bu amaçla transit tarafların bölgelerinde tüm taşıma araçlarıyla serbest transit geçiş hakkına sahip olacaklardır.

Bu tür bir çıkış ve geri dönme hakkına ilişkin hükümler ve prosedürler, ilgili Taraflar ile transit Taraflar arasındaki ikili anlaşmalar yoluyla veya bu tür anlaşmalar olmadığında, transit Tarafın ulusal mevzuatına dayanarak belirlenir.

Bölgeleri üzerinde tam egemenliklerinin uygulanmasında, transit Taraflar, bu paragrafta öngörülen Tarafların haklarının ve olanaklarının sağlanması bakımından, transit Tarafın meşru menfaatlerini hiçbir şekilde ihlal etmemesini sağlamak için gerekli tüm önlemleri almaya yetkili olacaklardır.

Madde 11

1. Tarafların bayrağını taşıyan gemiler, şu amaçlarla karasularından geçiş yapabilirler:

a) İçsulara girmeden veya içsular dışındaki bir demirleme yeri veya liman tesisine uğramadan karasularını katetme;

ve ya

b) İçsulara girme veya içsulardan çıkma veya bu gibi bir demirleme yeri veya liman tesisine uğrama amacı ile karasularından seyrüsefer etmek.

2. Savaş gemilerinin, denizaltıların ve diğer sualtı araçlarının karasularından geçmesine ilişkin hüküm ve prosedürler, bayrak Devleti ile kıyı Devleti arasındaki anlaşmalar temelinde veya böyle bir anlaşmanın yokluğunda, kıyı Devleti mevzuatı temelinde belirlenecektir.

Bir savaş gemisinin karasularına girmesi mücbir sebep veya tehlike veya tehlike altındaki kişilere, gemilere veya uçaklara yardım sağlamak nedeniyle gerekliyse, karasularına yaklaşan savaş gemisinin kaptanı, kıyı devletini buna

göre bilgilendirecek olup, bu giriş, savaş gemisi kaptanı tarafından belirlenecek ve kıyı devleti ile kararlaştırılacak olan güzergah boyunca gerçekleştirilecektir. Bu gibi şartlar sona erdiğinde, savaş gemisi derhal karasularını terk edecektir.

Mücbir sebep veya tehlike nedeniyle savaş gemilerinin içsulara girmesi veya tehlike altındaki kişilere, gemilere veya uçaklara yardım sağlamak için hükümler ve prosedürler, bayrak devleti ile kıyı devleti arasındaki anlaşmalara dayanarak veya böyle bir anlaşmanın yokluğunda, kıyı devleti mevzuatına dayanarak belirlenir.

3. Karasularından geçiş, kıyı Devletinin barışına, düzenine veya güvenliğine hanel getirmemelidir. Karasularından geçiş kesintisiz ve çabuk olmalıdır. Geçiş, bu Sözleşmeye uygun şekilde cereyan edecektir.

4. Bu maddenin 2. paragrafında belirtilen hüküm ve prosedürlere uygun olarak karasularından geçen bir tarafın savaş gemileri, denizaltıları ve diğer sualtı araçları, mücbir sebep veya tehlike nedeniyle uygun bir izni veya zorunlulukları olmadıkça veya tehlike altındaki kişilere, gemilere veya uçaklara yardım sağlamadıkça, başka bir Tarafın karasularında limanlara uğrama ve demirleme hakkına sahip olmayacaktır.

5. Taraflardan birinin denizaltıları ve diğer sualtı araçları, diğer bir Tarafın karasularından geçerken, su üstünde seyretmeye ve bayraklarını göstermeye mecburdur.

6. Karasularından geçiş sırasında aşağıdaki hareketleri yaparsa kıyı Devletinin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar verildiği kabul edilecektir:

a) Kıyı Devletinin egemenliği, ülkesel bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına karşı veya diğer herhangi bir tarzda Birleşmiş Milletler Şartına geçirilmiş bulunan milletlerarası hukuk prensiplerini ihlal edecek şekilde herhangi bir kuvvet kullanılması tehdidi veya kuvvet kullanılması;

b) Herhangi bir tip silahla deneme veya manevralar yapılması;

c) Kıyı Devletinin savunma veya güvenliğinin zararına olarak bilgi toplama amaçlayan herhangi bir hareket;

d) Kıyı Devletinin savunmasına veya güvenliğine zarar vermeyi amaçlayan her türlü propagandada bulunulması;

- e) Herhangi bir uçağın veya askeri aygıtın güverteden havalandırılması, güverteye inmesi veya alınması ve kontrol edilmesi;
- f) Herhangi bir askeri aygıtın suya batırılması, yüzdürülmesi veya güverteye çıkarılması ve kontrol edilmesi;
- g) Kıyı Devletinin gümrük, maliye, sağlık veya göç ile ilgili kanun ve düzenlemelerine aykırı şekilde herhangi bir malın, paranın veya kişinin güverteye alınması veya çıkarılması veya karaya çıkarılması veya yanaşması;
- h) Sözleşmeye aykırı şekilde herhangi bir kasdi ve ciddi kirlenme hareketi;
- i) Herhangi bir balık avlama faaliyetlerinde bulunulması;
- j) Araştırma veya hidrografik ölçüm faaliyetlerinde bulunulması;
- k) Kıyı Devletinin herhangi bir haberleşme sisteminin veya diğer herhangi bir deniz teçhizat veya tesisinin işleyişini engelleyecek her tür faaliyette bulunması;
- l) Karasularında geçişle doğrudan ilgisi olmayan diğer her çeşit faaliyet.

7. Taraflardan biri karasularında, bu maddede öngörülen şartları ihlal edilmesi durumunda karasularından geçişi önlemek için gerekli tedbirleri alabilir.

8. Taraflardan biri, bu Sözleşmenin hükümlerine ve milletlerarası hukukun diğer kurallarına uygun şekilde, aşağıdakilerin tamamını veya herhangi birini içeren zararsız geçişle ilgili kanun ve düzenlemeler yapabilir:

- a) Seyrüsefer güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi;
- b) Seyrüsefer kolaylık ve sistemlerin yanı sıra diğer sistem ve tesislerin korunması;
- c) Kablo ve boru hatlarının korunması;
- d) Denizin biyolojik kaynaklarının korunması;
- e) Kıyı Devletinin balıkçılıkla ilgili kanun ve düzenlemelerinin ihlal edilmesinin önlenmesi;

f) Kıyı Devletinin çevresinin korunması ve çevrede kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi;

g) Denizde bilimsel araştırma ve hidrografik ölçümler;

h) Kıyı Devletinin gümrük, maliye, sağlık veya göçle ilgili kanun ve düzenlemelerinin ihlal edilmesinin önlenmesi;

i) Ulusal güvenliğin sağlanması.

9. Taraflardan biri karasularından geçişe ilişkin tüm kanun ve düzenlemelerini usulüne uygun yayımlayacaktır.

10. Tarafların bayrağını taşıyan gemiler karasularından geçerken kıyı Devletinin bu geçişe ilişkin tüm kanun ve düzenlemelerine riayet edeceklerdir.

11. Taraflardan her biri, seyrüseferin güveliği bakımından ve zaruri gördüğü takdirde, karasularından zararsız geçiş hakkını kullanan diğer Tarafların bayrağını taşıyan gemilerin geçişinin düzenlenmesi için tahsis edebileceği geçiş yolları ve belirleyebileceği trafik ayırma şemalarını kullanmalarını isteyebilir.

12. Gemilerin içsulara geçmesi veya içsuların dışındaki bir liman tesisine uğraması halinde, kıyı Devleti, bu gemilerin içsulara girişinin veya bu gibi bir liman tesisine uğramasının tabi olduğu şartların her türlü ihlalini önleyecek tedbirleri de alma hakkına sahiptir.

13. Taraflardan biri, diğer Tarafların bayrağını taşıyan gemilere karşı fiilen veya şeklen ayırım yapmadan, karasularının belirlenmiş bölümlerinden bu gemilerin zararsız geçişini; silah tatbikatları dahil, güvenliği için elzemse, geçici olarak erteleyebilir. Bu erteleme ancak gereği veçhile ilan edildikten sonra hüküm doğuracaktır.

14. Bir harp gemisi veya gayri ticari amaçlarla işletilen bir devlet gemisi kıyı Devletinin karasularından geçişle ilgili kanun ve düzenlemelerine uymazsa ve bunlara riayet etmesi için kendisine yapılan bir talebi dikkate almazsa, ilgili taraf, onun derhal karasularını terk etmesini isteyebilir.

15. Bayrak Devleti, bir harp gemisi veya gayri ticari amaçlarla işletilen Devlet gemisinin karasularından geçiş, giriş ve demirmeye ilişkin veya bu sözleşmenin hükümlerine veya milletlerarası hukukun diğer kurallarına ya da

kıyı Devletinin kanun ve düzenlemelerine riayet etmemesi sebebiyle diğer Tarafra ortaya çıkan herhangi bir kayıp veya zararın milletlerarası sorumluluğunu taşıyacaktır.

16. Taraflardan biri, bu Sözleşmeye veya bu Sözleşmeye uygun şekilde yapılan herhangi bir kanun ve düzenlemeyi uygularken karasularından zararsız geçiş hakkını kullanan diğer Tarafların bayrağını taşıyan gemilerin geçişini engelleyemez. Özellikle, Taraflardan biri şunları yapmayacaktır:

a) Diğer Tarafların bayrağını taşıyan gemilere, bunların karasularından geçerken zararsız geçiş haklarını kullanmalarını engelleyecek veya kısıtlayacak yükümlülükler getirme;

ve ya

b) Diğer Tarafların bayrağını taşıyan gemilerine karşı veya herhangi bir Devlete veya Devletten veya Devlet adına yük taşıyan gemilere karşı şaklen veya fiilen ayırım yapmak.

Taraflardan biri karasuları içinde bilgisi dahilindeki seyrüseferle ilgili herhangi bir tehlikeyi gereği veçhile ilan edecektir.

Madde 12

1. Taraflardan her biri, Hazar Denizi'nde bayrağını taşıyan gemiler üzerinde yargı yetkisini kullanacaktır.

2. Taraflardan her biri, kendi sektöründe bulunan, sun'i adalar, tesisler, yapılar, sualtındaki kablo ve boru hatları üzerinde yargı yetkisini kullanacaktır.

3. Taraflardan her biri, toprak atının işletilmesi ve deniz yatağı ve toprak altındaki kaynaklarının geliştirilmesi ile ilgili diğer meşru ekonomik faaliyetler ve sudaki biyolojik kaynakları avlmasının yanı sıra balıkçılık bölgesinde bu kaynakların muhafaza edilmesi ve yönetilmesine ilişkin münhasır haklara ilişkin egemenliğini, egemen haklarını kullanırken, kanun ve düzenlemelere uyum sağlamak için gerekli olabilecek yanaşma, kontrol, sıcak takip, gözaltı, tutuklama ve yargılamalar dahil olmak üzere diğer Tarafların gemilerine ilişkin tedbirler alabilir.

Bu paragrafta belirtilen tedbirlerin uygulanması haklı kılınmayı gerektirmektedir. Uygulanan tedbirlerin haksız şekilde yapılması durumunda, gemiye verilen her türlü kayıp ve zarar tazmin edilecektir.

Yanaşma, kontrol, sıcak takip, tutuklama gibi tedbirler sadece askeri gemi veya askeri hava araçlarında veya Devlet hizmetinde bulduklarını ve bu amaçla yetkilendirildiklerini açıkça gösteren işaretler taşıyan gemi ve diğer hava araçlarında bulunan Taraf Devletlerin yetkili temsilcileri tarafından yapılabilir.

4. 11. maddede belirtilen istisnalar haricinde, bu Sözleşmede yer alan hiçbir hüküm harp gemilerinin ve gayri ticari amaçlarla kullanılan devlet gemilerinin bağışlıklarını etkilemeyecektir.

Madde 13

1. Taraflardan biri, egemenliklerini kullanma zımında, karasularında denizde bilimsel araştırma yapılmasını tek başına düzenleme, buna izin verme ve yürütme hakkına sahiptir. Tarafların bayrağını taşıyan gemiler, Taraflardan birinin karasularındayken yalnızca onun yazılı izni ile ve belirleyeceği şartlarla deniz bilimsel araştırmaları yapabilirler.

2. Taraflardan biri, sektöründe bulunan deniz yatağı ve toprak altındaki kaynakların araştırılması ve işletilmesine ilişkin deniz bilimsel araştırmasının yanı sıra balıkçılık bölgesinde sudaki biyolojik kaynaklarla ilgili olarak yargı yetkisini kullanırken deniz bilimsel araştırmasının yapılmasını inhisari bir şekilde düzenleme, izin verme ve yürütme hakkına sahiptir. Tarafların bayrağını taşıyan gemiler balıkçılık bölgesinde ve taraf bir Devletin sektöründe yalnızca onun yazılı izni ile ve belirleyeceği şartlarla bu tür araştırmalar yapabilirler.

3. İzin verme ile ilgili hükümler ve prosedür Taraflardan her birinin ulusal mevzuatına uygun olarak belirlenir ve usulüne uygun olarak diğer Tarafalara iletilir.

4. Deniz bilimsel araştırmalarını bu maddenin 1. ve 2. paragraflarına uygun olarak yürütme izinleri konusunda karar alırken haksız bir gecikme veya ret olmamalıdır.

5. Bu maddede atıfta bulunulan deniz bilimsel araştırma faaliyetleri, Tarafların bu Sözleşmede öngörülen egemen ve münhasır haklarını kullanmada üstlendikleri faaliyetlere haksız engeller oluşturmayacaktır.

6. Denizde bilimsel araştırmalar yürüten bir Taraf, bu maddenin 1. ve 2. paragrafları uyarınca bu tür araştırmalara katılmasına veya temsil edilmesine izin verdiğinde, izin veren Tarafın özellikle araştırma gemilerindeki bilim adamlarına herhangi bir ücret ödemedi ve söz konusu Tarafın araştırmanın maliyetine katkıda bulunma zorunluluğu olmadan, izin veren Tarafın araştırmaya katılma veya temsil edilme hakkını sağlamalıdır.

7. Bu maddenin 1. ve 2. paragraflarına uygun bir şekilde denizde bilimsel araştırmalar yapan bir Taraf, araştırma kapsamında elde edilen tüm verilere ve örneklerle erişimin yanı sıra, araştırma tamamlandıktan sonra bu araştırmalara izin veren tarafa elde edilen nihai sonuçları verecektir.

8. Taraflardan biri, karasularında devam etmekte olan her tür deniz bilimsel araştırma faaliyetlerinin askıya alınmasını veya kesilmesini isteme hakkına sahip olacaktır.

9. Deniz bilimsel araştırmalarının bu maddenin 2. paragrafına göre yürütülmesine izin veren bir Taraf, aşağıdaki hallerden biri durumunda araştırmanın askıya alınmasını veya durdurulmasını isteme hakkına sahiptir.

a) Araştırma faaliyetlerine izin verilmesinde esas teşkil eden verilmiş olan bilgiye uyumlu şekilde araştırma faaliyetleri yürütülüyorsa;

b) Araştırma faaliyetleri saptanan şartları ihlal ederek yürütülüyorsa;

c) Araştırma projesinin yürütülmesinde bu maddenin hükümlerine uyulmuyorsa;

d) Askıya alma veya durdurma güvenliğinin sağlanması için elzemse.

10. Tarafların bayraklarını taşıyan gemiler, bu maddenin 2. ve 3. paragraflarına tabi olarak karasularının dış sınırının ötesinde deniz bilimsel araştırma yapma hakkına sahip olacaktır.

11. İki taraflı ve çok taraflı deniz bilimsel araştırmaları, ilgili Taraflar arasında mutabakata varılarak yapılacaktır.

Madde 14

1. Taraflar Hazar Denizi yatağına denizaltı kablo ve boru hatları döşeyebilirler.

2. Taraflar, Hazar Denizi'nin Deniz Çevresinin Korunması Çerçeve Sözleşmesi ve ilgili protokolleri dahil olmak üzere, taraf oldukları uluslararası anlaşmalarda yer alan çevresel standartlara ve yükümlülüklerle uygun olması kaydıyla, Hazar Denizi yatağına sualtı boru hatları döşeyebilirler.

3. Denizaltı kablo ve boru hatları güzergahları, deniz yatağı sektöründen kablo veya boru hattı geçilecek olan Tarafla yapılan anlaşma ile belirlenecektir.

4. Sualtı kablo ve boru hatları güzergahları boyunca demirleme, dibe yakın teçhizata sahip olta balıkçılığı, sualtı ve kanal açma işlemleri yapılan ve kanal açma çapası ile seyrüsefere izin verilmeyen bölgelerin coğrafi koordinatları, tüm Taraflara sektöründen geçtikleri kıyı devleti tarafından bildirilecektir.

Madde 15

1. Taraflar, Hazar Denizi'nin ekolojik sistemini ve tüm unsurlarını korumayı ve muhafaza etmeyi taahhüt ederler.

2. Taraflar, tek başına veya kolektif şekilde biyolojik çeşitliliği muhafaza etmek, Hazar Denizi'ndeki biyolojik kaynakları sürdürülebilir ve rasyonel bir şekilde korumak, yenilemek ve yönetmek ve Hazar Denizi'nde herhangi bir kaynaktan kirlenmeyi önlemek, azaltmak ve kontrol etmek amacıyla gerekli tüm önlemleri alacak ve işbirliği yapacaklardır.

Bu seviyede tutulmasını veya bu seviyeye getirilmesini

3. Hazar Denizi'nin biyolojik çeşitliliğine zarar veren herhangi bir faaliyet yasaklanacaktır.

4. Taraflar, Hazar Denizi'nin ekolojik sistemine sebep olan herhangi bir zardan uluslararası hukuk normları uyarınca sorumlu olacaklardır.

Madde 16

Hazar Denizi'ndeki Tarafların, uluslararası örgütlerin yanı sıra bu Sözleşmeye taraf olmayan Devletlerin gerçek ve tüzel kişileri ile işbirliği bu Sözleşme hükümlerine uygun olacaktır.

Madde 17

Taraflar, uluslararası terörizmle mücadelede ve bunun finansmanında, silah, uyuşturucu, psikotropik maddeler ve bunların prekürsörlerinin ticaretinin yanı sıra kaçak avlanma ile mücadelede ve Hazar Denizi'nde diğer suçların ve göçmenlerin deniz yoluyla kaçakçılığının önlenmesinde ve durdurulmasında işbirliği yapacaklardır.

Madde 18

1. Bu Sözleşmedeki hükümler, tarafların tümünün anlaşması ile değiştirilebilir veya tamamlanabilir.

2. Bu Sözleşmedeki değişiklikler ve ekler, Sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olacaktır ve yürürlüğe girmeleri için gerekli iç prosedürlerin Taraflarca beşinci bildirim tamamlanmış olduğu bildiriminin Depoziter tarafından alındığı tarihte yürürlüğe girecek ayrı bir protokol şeklinde yapılacaktır.

Madde 19

Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve Hazar Denizi'ndeki işbirliğini gözden geçirmek için Taraflar, kararlaştırılan usul kurallarına uygun olarak, kıyı devletlerinden birinde yılda en az bir kez olmak üzere dönüşümlü olarak yapılacak olan Dışişleri Bakanlıkları himayesinde beş-taraflı düzenli üst düzey istişareler mekanizması kuracaklardır.

Madde 20

Bu Sözleşme, Tarafların, taraf oldukları diğer uluslararası antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerini etkilemeyecektir.

Madde 21

1. Bu Sözleşmenin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin anlaşmazlıklar ve uyuşmazlıklar, Taraflarca istişareler ve müzakereler yoluyla çözülecektir.

2. Sözleşmenin yorumlanmasına veya uygulanmasına ilişkin olarak, bu maddenin 1. paragrafı uyarınca Taraflar arasında çözülemeyen herhangi bir uyuşmazlık, Tarafların takdirine bağlı olarak, uluslararası hukukta öngörülen diğer barışçıl yollarla çözülebilir.

Madde 22

Bu Sözleşme resmi teyide tabidir. Onay belgeleri, Sözleşmenin Depoziteri olarak hareket eden Kazakistan Cumhuriyeti'ne tevdi edilecektir. Bu Sözleşme, beşinci onay belgesinin Depoziter tarafından alındığı tarihte yürürlüğe girecektir.

Madde 23

1. Depoziter, her bir onaylama belgesinin tarihini, Sözleşmenin yürürlüğe girme tarihini ve değişikliklerin ve ilgili eklerin yürürlüğe girme tarihini Taraflara bildirecektir.

2. Bu Sözleşme Birleşmiş Milletler Şartı'nın 102. maddesi uyarınca Depoziter tarafından kayda geçirilecektir.

Madde 24

Bu Sözleşme, mahiyeti gereği sınırsız süreli olacaktır.

Aktau'da 12 Ağustos 2018'de Azerice, Farsça, Kazakça, Rusça, Türkmençe ve İngilizce dillerinde aynı şekilde geçerli olan orijinal bir nüshası tanzim edildi.

Herhangi bir anlaşmazlık durumunda, Taraflar İngilizce metinde mutabık kalacaklardır.

Orjinal nüshası Depozitere tevdi edilecektir. Depoziter, Sözleşmenin onaylı suretlerini tüm Taraflara ileticektir.

İSLAM HUKUKUNUN EVRENSELLİĞİ BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ İLE MALEZYA İSLAM AİLE HUKUKU KANUNU 1984'ÜN MUKAYESESİ

Comparison of Hukuk-ı Aile Kararnamesi and Malaysian Islamic Family Law (Federal Territory) Act in the context of the Universality of Islamic Law

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet KILINÇ*

Özet

Çalışmanın konusu, “yeni içtihat ve kanunlaştırma” döneminin ürünleri olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku (Federal Bölge) Kanunu 1984’ü bütün olarak kıyaslamaktır. Çalışma ile İslam hukukunun dogmatik yapısının ve içtihâdî özelliğinin anılan kanunlara yansımaları gözlemlenmiştir. Daha önce böylesi bir kıyaslamanın yapılmaması, işbu çalışmayı nispeten orijinal kılmaktadır. Çalışmada hem kanun hükümlerine hem de uygulamaya yer verilmiştir. Varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: İki ülkeyi aile hukukunu kodifiye etmeye iten ortak gerekçe ve tespitler olduğu gibi farklı nedenler de söz konusudur. IFLA 1984, HAK’a nazaran toplumda daha iyi karşılık görmüştür. Her iki kanun, devletin aile hukukunu kontrol edecek mekanizmaları, İslam hukukunda bu yönde zorlayıcı bir hüküm olmamasına rağmen, sıkı ve detaylı bir şekilde düzenlemiştir. İki kanun da anılan dönemde dört Sünni mezhebin görüşlerine dayanmışlardır. HAK tecrübesi ve onun açmış olduğu ufku IFLA 1984’e faydası olduğu görülmektedir. Ailevi ilişkileri düzenleyen norm-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD Öğretim Üyesi, akilinc@ybu.edu.tr avahmetkilinc@gmail.com. (ORCID ID: 0000-0002-8977-9588).

Makale Geliş Tarihi: 23.05.2019

Makale Kabul Tarihi: 18.09.2019.

lar, tek çatı altında, derli toplu, modern tarzda, dört Sunnî mezhepten istifade edilerek, toplumda meydana gelen sosyo-ekonomik, kültürel değişimler göz önünde bulundurularak net bir şekilde düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, aile hukuku, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Malezya İslam Aile Hukuku (Federal Bölge) Kanunu, Osmanlı, Malezya, Tanzimat, yeni içtihat ve kanunlaştırma dönemi

ABSTRACT

The subject of the study is to compare Hukuk-ı Aile Kararnamesi and the Malaysian Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984 which are the product of “new jurisprudence and legislation” period of Islamic Legal History. The study reveals the effects of dogmatic and jurisprudence characteristic of Islamic law on these enactments. The fact that such a comparison has not been made before makes this work relatively original. In the study, both the articles of the enactments and the practices of them are given. The results obtained with the study are as follows. There are common reasons and determinations that lead the two countries to codify family law and also there are different reasons. IFLA 1984, compared to the HAK, has received better response in the society. Both enactments regulate the articles for the government to control family law in a strict and detailed manner, although there is no mandatory provision in Islamic law. The two laws were based on the views of four Sunni sects in the period mentioned. The experience of HAK and its opening horizon seem to benefit IFLA 1984. The norms regulating familial relations should be regulated clearly, under one enactment, in modern style. Also these kinds of norms should take into account the socio-economic and cultural changes taking place in the community and use use of four Sunni jurisprudence.

Key Words: Islamic law, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, the Malaysian Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984, Ottoman, Malaysia, Tanzimat Era, new jurisprudence and legislation period of Islamic legal History.

GİRİŞ

İslam hukukunun kendisine has özellikleri temelde dört başlıkta izah edilemiştir. Kazuistik metotla oluşması, gelişmesi ve dört halife dönemi hariç devletin, hukukun oluşmasına müdahale etmemesi önemli özelliklerdendir. Bir diğer özelliği de dini kökenli olmasıdır. Bu özellik, yaptırımlarının dünyevi ve

uhrevi olmak üzere ikili bir yapıya sahip olması ve asli kaynaklarda net bir şekilde belirlenmiş olan hükümlerin değiştirilemeyeceği veya ortadan kaldırılmayacağı sonuçlarını doğurmuştur. Bu vasıf, hukukun zaman ve mekândan münezze bir şekilde uygulanmasını beraberinde getirmiştir. Ancak gerek zaman değişikliği gerekse mekân değişikliği, toplumsal ihtiyaçların farklılaşmasına neden olabilmis; buna bağlı olarak da hukuk kurallarının değişebilmesi mümkün görülmüştür¹. Hukuk kurallarının değişebilmesi ise esasında İslam hukukunun diğer özelliği olan içtihat hukuku olmasından kaynaklanmaktadır. Zira müçtehitler, Kuran ve Sünnet'te hukuki bir meselede hüküm olmadığı zaman, toplumsal ihtiyaca bağlı olarak daha sonra değişebilecek nitelikte olan yeni hukuk kuralları oluşturabilmektedirler. Bu açıdan bakıldığında İslam hukukunda hukuk kuralının oluşmasında İslam hukukçularının rolü yadsınamaz. Ancak kuralın oluşmasında zamanın siyasi otoritesi olarak tanımlanan ululemin sahip olduğu sınırlı yasama yetkisi de göz ardı edilmemelidir.

Osmanlı Devleti'ne İslam Hukuk Tarihi perspektifinden bakıldığında, devletin klasik döneminin taklit dönemine; Tanzimat sonrası döneminin ise “*Kanunlaştırma ve yeni içtihat dönemi*”ne tekabül ettiği görülür². Klasik dönemde çıkarılmış olan metinler, şerhler, haşiyeler, fetva kitapları, fermanlar, kanunnameler Osmanlı Devleti'ne güçlü bir hukuk tarihi tecrübesi kazandırmıştır. Bu tecrübeye, devletin kötü gidişatı ve dünyanın içindeki bulunduğu sosyo-politik konumun eklenmesi, toplumda meydana gelen değişiklikler, Tanzimat sonrası dönemde kanunlaştırma hareketlerini hızlandırmıştır. İslam hukuk tarihinde ilk aile hukuku kodifikasyonu olan 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi (HAK) de yeni dönemin ürünlerinden sadece birisidir.

İslamiyet, sadece bugün Ortadoğu olarak ifade edilen bölge ile sınırlı kalmamış, Avrupa'nın en batısından uzak doğuya kadar birçok ülkede kabul görmüş bir dindir. Aynı anda birden fazla İslam devletleri yaşayagelmiştir. Bu bağlamda Osmanlı Devleti ve Malezya Devleti aynı anda İslam hukukunun uygulandığı devletler olarak tarih sahnesinde kendilerine yer bulabilmiştir. Malezya Devleti'ne İslam hukuk tarihi perspektifinden bakıldığında da yine “*taklit dönemi*” ve “*kanunlaştırma ve yeni içtihat dönemi*” önem kazanmaktadır. Malay

¹ Mecelle bu hususu şu şekilde hükme bağlamıştır: “*Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz.*” Md. 39; Cengiz İlhan, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 50.

² Halil Cin, Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, 4. Baskı, Konya, 2011, s. 78.

halkının ve/veya Malay yarım adasının İslamiyet ile tanışması -çeşitli farklı söylemler olmakla beraber- 10'uncu yüzyıla kadar götürülmektedir³. Malaka hükümdarlarının İslamiyet'i kabulüyle ilgili olarak 1409'dan 1436 yılına kadar değişik tarihler verilmektedir⁴. Burnea adası ve Malezya yarımadası, daha sonra Hollanda, Portekiz ve İngiltere'nin sömürülerine muhatap olmuş, ikinci dünya savaşı sırasında Japonların egemenliği altına girmiş ve nihayet sancılı süreçlerin ardından 31.08.1957'de bağımsızlığını ilan etmiştir. Bölgede yaşanan siyasi çalkantılar, İslam menşei hukuk kurallarının daha geç dönemlerde kodifiye edilmesine neden olmuştur. 1984 yılında kabul edilen Malezya İslam Aile Kanunu 1984'de (Islamic Family Act- IFLA 1984) bu ürünlerden bir tanesidir.

İşbu çalışma, İslam hukukunun belirttiğimiz kendisine has özellikleri dikkate alınarak, HAK ile İFLA 1984'ü belirli açılardan mukayese eder. HAK'ın 1917; IFLA'nın 1984 yılında kabul edilmesi akıllara çalışmada anakronizm hatasının olabileceğini getirebilir. Ancak bu yaklaşım kanaatimizce tutarlı değildir. Bu düşüncenin birkaç gerekçesi vardır. Öncelikle her iki kanun öğretinin ifade ettiği gibi İslam hukuk tarihi perspektifinden bakıldığında aynı dönemin yani "*Kanunlaştırma ve yeni içtihat dönemi*" kanunlarıdır⁵. Seneler arasında fark vardır ancak, nihai itibariyle aynı dönem içerisinde olduklarıdır. Öte yandan iki kanun, İslam hukukunun dogmatik yönünün ağır bastığı asli kaynaklarında da hükümlerin olduğu aile hukukuna ilişkindir.

İki kanunu kıyaslamayı gerekli kılan çeşitli nedenler vardır. Her iki kanun da İslam hukukunun asli kaynaklarının ayrıntılı hükümler içerdiği, müçtehitlerin bol içtihat yapıdığı aile hukukuna münhasır ilişkileri düzenlemiştir. Bu bağlamda İslam hukukunun dogmatik yapısının zaman ve mekân farkı olan işbu iki kanundaki yansımaları ortaya konmalıdır. Bununla beraber her iki kanun, birbirinden farklı örf, kültürel, tarihi birikime sahip toplumların kendilerine has tecrü-

³ <https://islamansiklopedisi.org.tr/malezya> e.t.:23.05.2019; Raihana Abdullah, Malay halkının 12. Yy da İslamiyet ile tanıştığını ifade etmektedir; Raihana Abdullah, "A study of Islamic Family Law in Malaysia: A Select Bibliography", International Journal of Legal Information, Cilt 35, Sayı 3, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 515; Farid Sufian Shuaib ise farklı bölgelere (Malay Peninsula, Borneo, Sumatra, Sulawesi ve diğerleri gibi) ve farklı hesaplara göre tarihin değişebileceğini ancak ülkenin İslam ile tanışmasının 14'üncü yüzyılda olduğunu kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Farid Sufian Shuaib, Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia, 2. baskı, LexisNexis, Malezya 2008, s. 13.

⁴ <https://islamansiklopedisi.org.tr/malezya> e.t.:23.05.2019.

⁵ Halil Cin, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Konya 1988, s. 3 vd; Hayrettin Karaman, İslam Hukuk Tarihi, <http://www.hayretinkaraman.net/kitap/tarih/> e.t: 23.05.2019.

be ve birikimleri göz önünde bulundurularak hazırlanılmıştır. Bu noktada işbu kıyaslama ile İslam hukukunun içtihadî özelliği, hitap ettiği toplumu, coğrafyası ve vakti farklı olan iki kanun özelinde irdelenebilecektir. Bu hususların yanında iki kanun da dışarıdan baskının olmadığı ya da az olduğu koşullarda kodifiye edilmesi mukayese için bir gerekçe olarak ifade edilebilir. Son olarak aynı dönemin eserleri olan işbu iki kanunun çağımız kanun yapma metodolojisine uygun şekilde hazırlanması, aralarındaki benzerlik ve farklılıkları anlayabilmemiz için bir gerekçe olarak karşımızda durmaktadır.

Bu çalışma, iki kanunu bütünsel olarak mukayese eder. Bu bağlamda, devletleri İslam aile kanunu tevdin etmeye iten süreçler, kanunların toplumsal meşruiyetleri, devletin aile hukukunu kontrolü, kanunların dayanak aldıkları mevzuatlar, hitap ettikleri kesim ve sistematiği mukayese kriterleridir. Çalışma, bu karşılaştırma sırasında aile hukukuna münhasır konulara yeri geldikçe değinir.

A. İslam Aile Kanununu Tedvin Etmeye İten Süreçler Bakımından Kıyaslama

Bu başlıkta önce Hukuk-ı Aile Kararnamesini ortaya çıkaran nedenler ardından Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün ortaya çıkmasına neden olan süreçler hakkında bilgi verilir.

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Osmanlı Devleti'nde HAK'ın hazırlandığı dönem, Tanzimat sonrasına ve devletin yıkılışına çok az bir süre kaldığı döneme tekabül etmektedir. Bu dönemde ülkenin her alanda görülen kötü gidişatına dur diyebilmek için çeşitli tedbirler alınmaktadır. Birinci Dünya Savaşı'nın son yıllarında aile hukuku alanında yapılan kodifikasyon hareketi de alınmaya çalışılan tedbirlerden bir tanesidir. Öğreti, HAK'ı doğuran nedenleri hukuki gereksinimler, siyasi, sosyal ve iktisadi faktörler, kadının statüsünde meydana gelen gelişmeler ve dönemin fikir hareketleri şeklinde dört kategoride ele almaktadır⁶.

HAK'ın ortaya çıkmasını tetikleyen ilk hukuki gerekçe, hukuk ve yargı birliğini sağlama gereksinimidir. Zira o döneme kadar Osmanlı Devleti bünyesinde

⁶ Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, s. 365; Mehmet Âkif Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, Klasik Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 159.

deki gayrimüslim tebaa aile hukukuna ilişkin ihtilaflarında kendi ruhani liderlerine başvurmakta ve kendi dini hukuk kurallarına tabi olmakta idiler. Tek bir kanunun Osmanlı tebaasının tamamına uygulanması ve ihtilafın tek bir merciide çözülmesi, dönemin kanun koyucuları tarafından ciddi biri ihtiyaç olarak algılanmıştır⁷. Hakikaten karamamenin 156'ncı maddesi ile ruhani liderin yargı yetkileri elinden alınmış; kanunda sadece gayrimüslimlere uygulanacak ayrı fasıllar oluşturulmuştur. Öte yandan Müslümanlar açısından da dağınık şekilde yer almış olan aile hukukuna ilişkin hukuk kurallarının tek bir normda derli toplu olması uygulayıcı hakimler açısından da gerekli görülmüştür⁸. Hakikaten, aile ilişkileri, klasik dönemde fıkıh kitaplarında, fetva kitaplarındaki hükümlere ve ululmerin çıkardığı fermanlara dayanılarak çözülmekte idi. Tanzimat sonrasında da aile hukukuna ilişkin parça parça çıkarılan nizamnameler⁹ bütünlükten uzak idi. Tanzimat veya kanunlaştırma döneminin özelliği olan hukukun her alanındaki tedvin hareketinden aile hukuku da nasibini almalıydı; böylece özel hukukun birçok alanını içinde barındıran Mecelle'deki eksiklik de giderilmiş olacaktı.

Devletin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik ve politik durum da aile hukuku alanında kodifikasyonun yapılmasını gerekli kılmıştır. Ülkenin Trablusgarp, Balkan ve I. Dünya savaşındaki konumu, erkeklerin büyük kısmının cepheye;

⁷ Nitekim bu husus, kanunun hükümet gerekçesinde de dile getirilmiştir: Esbab-ı Mucibe Layihasında Müslüman ve gayrimüslim tebaanın farklı normlara tabi olmalarının sakıncaları izah edilerek, her iki gruba da hitap edilecek bir kanunun hazırlanmasının uygun görüldüğü belirtilmiş ve "Müslümanlar için medeniyetin icatlarına dayanan kanunun fıkıh esaslarına dayandırmanın kolay olduğu, gayrimüslimler hakkında da onların din ve mezheplerinin kanunlarından gerekli hükümlerin alınarak, ortak kuralların herkese uygulanmak üzere kanunun tedvin edileceği" yazılmıştır. "Müslümanlar için konacak genel hükümlerin mezheplerine aykırı ise gayrimüslimlere uygulanmayacağı, onlar için bu konuda ayrı ayrı belirtilerek ve düzeltilerek istisnai hükümlerin konulacağı" açıklaması yapılmıştır. Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, TTKY, Ankara 1996 s. 172; Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, 313 vd.; Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, s. 365.

⁸ Nitekim karamamenin gerekçesinde "...mes'ele-i şer'iyeyi kütüb-i fıkhiyeden istinbât u istihrâc ve müftâbih olan müteaddid akvâl-ı fuahadan birini diğerine tercih için muktezi olan ihtisâs ve fazl u irfanın bütün hükkâmında vücudunu te'min etmek müşkil ..." denilmektedir; Aydın, Osmanlı Aile, s. 239; Akgündüz, Külliyyat, s. 316.

⁹ Bu hukuki düzenlemelerin başlıcaları şunlardır: 1884 tarihli evlenme ehliyetine sahip kız ve kadınlar üzerinde velilerin keyfi uygulamalarını yasaklayan ferman, 1863 tarihli mehrin üst sınırını kişilerin ekonomik durumuna göre (fakir/orta halli /zengin) belirleyen ferman, 1881 tarihli evlenme ve boşamaların nüfus idaresince tescilini ön gören Sicil-i Nüfus Nizamnamesi ve 1916 yılında kocanın nafaka bırakmadan kaybolması veya bazı hastalıkları durumunda kadına tefrik hakkı tanıyan iki irade-i seniyye. Cin, Evlenme, s. 287-288; İlber Ortaylı, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2000, s. 149; Aydın, Osmanlı Aile, s. 142.

kadınları ise iktisadi faaliyetlere yönlendirmişti¹⁰. Yüzünü batıya dönen Osmanlı toplumunda aile yapısında değişiklikler meydana gelmeye başlamış; konak tipinden çekirdek aile tipine geçiş hızlanmış, kadınların sosyal hayattaki rolleri artmıştı¹¹. Nitekim 1917 senesine gelindiğinde Osmanlı Devleti'nde kadınlar için üniversite, rüştiye, öğretmen okulları açılmış, kadın haklarını savunan feminist nitelikli dernekler kurulmuş, kendi görüşlerini ifade ettikleri gazete ve dergiler çıkarılmış ve iş hayatında yer almaya başlamışlardı¹². Ülkenin sosyal yapısındaki değişiklik de bu yapıya uygun aile mevzuatını gerekli kılmıştır.

Dönemin Osmanlı aydınları da birbirinden farklı perspektiflerle aile hukuku alanında kodifikasyon yapılmasını gerekli görmüşler. Konuyla ilgili makaleler, görüşler dile getirmişlerdir. Bu bağlamda Batıcılar, çok kadınlı evliliğin ortadan kaldırılması fikrini ileri sürerken; Türkçüler, örf ve âdet ön plana çıkarılarak eşitliği esas alan hukuki düzenleme yapılmasını istemektedir¹³. İslamcılar ise bu iki fikir akımına karşı duruş sergilemişlerdir. Ancak ortada buluşulan nokta tüm fikir akımların aile hukuku alanında norm oluşturma gerekliliğine inanmış olmalarıdır. Sonuçta kararnamede her akımın uzantıları görmek mümkün olmuştur; ancak bu durum beraberinde her akımın eleştirilerini sürdürmeye neden olmuştur.

2. Malezya İslam Aile Hukuku (Federal Bölge) Kanunu 1984

IFLA 1984'ü¹⁴ ortaya çıkaran nedenleri anlayabilmemiz için Malezya aile hukuku tarihindeki gelişmeleri ortaya koymakta yarar vardır. Zira işbu kanun, bu gelişmeler üzerine oluşturulmuş ve gelişmiştir. Bu bağlamda Malezya'nın aile

¹⁰ Örneğin 1915 yılında Osmanlı Ticaret Nezareti kadınlar için bir çeşit mecburi hizmet kanunu çıkarmış, Adana çevresinde kadın askeri mıntıkları kurularak geri hizmetlerin bir kısmı kadınlara devredilmiştir. İzmir, Ankara, Konya, Isparta, Niğde, Kütahya gibi birçok şehirde çok sayıda kadın halıcılık ve mensucat alanında çalışmaya başlamışlardır. Cin, Evlenme, s. 291. Başkaca kadın istihdamına ilişkin arşiv belgeleri için bk. Ersin Kırcı, Kevser Şeker, Arşiv Belgelerine Göre Osmanlıda Kadın, BOA, Yayın no 137, İstanbul 2015, 112- 156.

¹¹ Ortaylı, s. 149.

¹² Gül Akyılmaz, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Matbaa, Konya 2000, s. 83-84; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Şefika Kurnaz, Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839-1923), Ankara 1991; Serpil Çakır, Osmanlı Kadın Hareketi, İstanbul 1996; kurulan dernek, gazete ve dergilere ilişkin arşiv belgeleri için bk. Kırcı, Şeker, s. 162 vd.

¹³ Ziya Gökalp, Türkçülüğün Esasları, Kültür Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1976, s. 168-169.

¹⁴ Kanunun birinci maddesi, kanunun "Islamic Family Law Federal Territories) Act 1984" şeklinde kısaltılabileceğine amirdir. Malay öğretisi, bu kısaltmayı daha da kısaltarak "IFLA 1984" kullanmaktadır. Bizde çalışmamızda bu kullanımı tercih edeceğiz.

hukuku alanındaki tarihi serüveninin üç kırılma noktası vardır¹⁵. Bağımsızlık öncesi, bağımsızlık ile IFLA 1984 arası ve 1984'den günümüze kadar olan dönem.

a. Bağımsızlık öncesi dönem – (Osmanlı Devleti'ne Çağdaş Olunan Dönem)

Bilindiği üzere, Malezya birçok sömürgeci devletlerin idaresi altında kalmıştır. Osmanlı Devlet'inde HAK'ın tartışıldığı, kabul edildiği ve uygulandığı dönem, Malezya'da bağımsızlık öncesi döneme tekabül etmektedir. Bu nedenle anılan dönemin biraz daha ayrıntılı bir şekilde üzerinde durmakta yarar vardır. Bu dönemde sömürgeci devletler, bölge, kendi yönetimleri altında iken özellikle ticaret, sözleşme ve ceza hukuku alanlarında kodifikasyon girişiminde bulunmuşlardır. Zira bu alanların konuları anılan devletlerin ilgisini daha çok çekmekte idi. Aileye ilişkin konular ise Malay halkının kendi iç ilişkisi gibi görülmekte idi. Ancak yine de bu dönemde İslam aile hukuku alanında kodifikasyon girişimi mevcut olmuştur.

Bu dönemde aile hukuku alanındaki en ciddi norm, bölge İngiliz sömürsü altında iken 1880 tarihli “*Muhammadan Marriage Ordinance*” orijinal ismiyle “Muhammed'in Evlilikleri Yönetmeliği”dir. Bu yönetmelik, sömürgeci devletlerin İslam aile hukukuyla ilgili olarak çıkardıkları ilk yönetmelik olması hasebiyle de önemlidir¹⁶. İşbu yönetmelik, İngilizlerin o dönem sömürgesi altında olan neredeyse tüm ülkelere uyguladığı hukuk politikasından sadece birisidir. Zira aynı dönemde aynı isimle başka sömürge devletlerinde de benzer içerikli düzenlemeler yapılmıştır¹⁷. İngilizlerin hazırlamış olduğu yönetmelikler birbirinden binlerce kilometre uzakta da olsa birbirine çok benzeyen hükümler içermektedir. Çok kısa olan bu yönetmeliklerin amacı Müslümanların evliliklerini tespit etmek olarak belirtilmiştir. İslami evliliklerinin geçerliliği, bu evliliklerin

¹⁵ Abdullah, s. 516.

¹⁶ Nurfadzilah Yahaya, Colonial Development Of Islamic Family Law In The British Straits Settlements And The Netherlands Indies içinde “Courting Jurisdictions: Colonial Administration of Islamic Law pertaining to Arabs in the Straits Settlements and the Netherlands East Indies, 1860-1941”, LAPA Presentation, 14 Şubat 2011, s. 6. Mohamad Firdaus bin Mansor Majdin, “The Administration of Muslim Affairs in the Straits Settlements During the 19th Century” IIUM Journal of Religion and Civilisational Studies (IJECS) 1:1 IIUM Yayınları 2018; s. 104.

¹⁷ Örneğin Afrika'da yer alan Sirra Leone için 3 Ağustos 1905 tarihinde çıkarılan yönetmelik de aynı isimi taşımakta ve benzer içeriğe haiz idi. <http://www.sierraleone.org/Laws/Cap%2096.pdf> (e.t.:15.04.2019)

veya boşanmaların ispatı, bu evlilikleri kayıt altına alacak görevliler ile ilgili hükümler, evliliklerle ilgili alınacak vergiler, sömürgeye atanan valinin konuyla ilintili hükümler çıkabilme yetkisi söz konusu yönetmelikte düzenlenmiştir¹⁸. Dikkat edilirse yönetmeliğin amacı, toplumun sosyal, ekonomik ve hukuki durumunu belirlemek olmuştur¹⁹.

İngiltere'nin sömürsü altında olan Malezya'nın da içerisinde bulunduğu "Boğazlar Yerleşiminde" (straits settlements) aile hukuku alanında daha sonra da yönetmelikler çıkarılmıştır. Bu yönetmelikler Mahomedan Marriage Ordinance Amendment Ordinance XIII of 1894 ve Mahomedan Marriage Ordinance 1880 Amendment Ordinance 1902 XXXIV; Amendment Ordinance 1908 XXV'dir²⁰. 1908 tarihli 25'inci yönetmeliğin 4'üncü maddesi, Valinin "evlilikleri kayıt görevlisi"ni nasıl atayacağını belirtmektedir. Aynı yönetmeliğin 5'inci maddesi de Valinin "iyi karaktere" sahip "hünerli" bir erkeği kadı atayabileceğini hükme bağlamıştır. Kadı atamasının nasıl yapılacağı, valinin anılan yönetmeliğe göre belirleyeceği kurula göre yapılacaktır. Madde atanacak kadının, sömürge sekreteri tarafından da onaylanmasını ve kadının hangi bölge/yer için veya hangi millet için veya hangi mezhep için atandığının belirtilmesi gerektiğini de hükme bağlamıştır. Aynı yönetmelik, fikhî konularda fetva verme yetkisine sahip olan "müftü" atamasının da yine Vali tarafından yapılacağını ve "müftü"nün Valiye İslam hukuku danışmanlığı yapacağını hükme bağlanmıştır. Keza, müftülerin aynı zamanda daha önce Kadıya ait olan evlilik ve boşanma hususundaki temyiz davalarını çözmesi için Kayıt görevlisine yardımcı olacağı, normatif hale getirilmiştir²¹. Bir başka ifade ile kadının vermiş olduğu kararlar artık, kayıt görevlisine temyiz mercii sıfatıyla götürülebilecektir²². İslam huku-

¹⁸ Majdm, s. 105. Sierra Leone yönetmeliğinin sadece 11 maddeden ibaret olduğunu ifade edebiliriz.

¹⁹ Bu anlayış, dönemin sömürge politikasında hâkim olan bir yönetim tarzıdır. Örneğin sömürge bölgesine ilk atanan valilerden bölge ile ilintili rapor istenmesi üzerine, Ağustos 1859 tarihinde Singapura atana Vali Colone Orfeur Cavanagh raporunda gizli topluluklar ve illegal birlikler, ticaret, doğum, evlilik ve ölüm, belediye işleri, yolcu gemileri, yerli memurların kaydı, kaçak mahkûmlar gibi konularda hukuk kurallarının oluşturulması gerektiğini belirtmiştir; Nagendiram Rajendra, The Straits Settlements 1867-1874, Yüksek Lisans tezi, Avusturalya Ulusal Üniversitesi, Asya Araştırmaları, Kambere 1976, s. 370.

²⁰ Hükümler için bk. Singapur hükümeti İslam evlilikleri kayıt merkezi, https://www.romm.gov.sg/about_romm/romm_profile.asp

²¹ Nur Sarah Tajul Urus, Alias Azhar, "The Application of Fatwa in Court Decision Making" International Journal of Law, Government and Communication, cilt 3, sayı 9, Kelentan 2018, s. 87 (<http://www.ijlgc.com/home.asm> e.t.: 23.05.2019)

²² Yahaya, s. 7.

ku bilgisi olmayan kayıt görevlisine de müftüler destek olacaktır. Bu noktada gayrimüslim olan kayıt görevlilerinin ve gayrimüslim yöneticinin atadığı ve kontrolü altında tutmuş olduğu Kadının ve Müftünün vereceği karar ve fetvaların, İslam hukuku açısından meşruiyetinin tartışılabilir bir konu olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, kadılar, İslam devlet yöneticisi tarafından ve onun adına yargılama ve idari faaliyet yürütmektedirler²³. Bu yönetmelikler, sömürgeci devletin, toplumsal meşruiyeti olan “Kadı”ya ve “mezhep” hassasiyetine önem vermeleri gerektiğini anladığını ancak son sözü kendisinin söylediğini ortaya koymuştur.

İngiliz hükümetinin çıkarmış olduğu bu düzenlemeler görüldüğü üzere İslam aile hukukunun içeriği ve özünü oluşturmamıştır. Bunda sömürgeci devletlerin İslam hukukunu bilmemelerinin payı olabilir²⁴; zira belirtildiği üzere temiz merci konumunda olan kayıt görevlisi, bu eksikliğini müftü ile gidermeye çalışmaktadır. Bununla beraber, İngilizlerin o bölge ile ilgili odaklandıkları noktanın bölge halkının ailevi ilişkilerinden ziyade bölgenin doğal zenginlikleri olmasının da payı olabilir. Öğreti, çıkarılan bu düzenlemelerin aile hukukuna ilişkin derinlemesine normlar barındırmadığını, buna bağlı olarak halkın İslam hukukunu uygulamada zorluk çekmediğini ifade etmektedir²⁵.

Görüldüğü üzere bölgede aile hukukunun esasına ilişkin derli toplu bir norm mevcut değildir. Konuya İslam hukuk tarihi perspektifinden bakıldığında, o vakte kadar İslam devletleri tarafından aile hukukuna ilişkin derli toplu bir kodifikasyonun olmadığı görülür. Bölge halkı da böylesi beklenti içerisinde bulunmamıştır. Bu durum elbette Müslümanların ailevi ilişkilerindeki ihtilafları çözmek üzere tâbi olmaları gereken kuralların olmadığı anlamına gelmez. Zira aile hukuku, asli kaynaklarda hükümlerin olduğu, devletin dahlinden ziyade müçtehitlerin içtihatları ile gelişmiş bir alandır. Bu hakikati, Malay halkı için de ifade etmek gerekir. Zira bölgede Arap harfleri ile yazılan Malay dili olan “Jawi”ce(cavice, eski malayca)²⁶ yazılmış, Şafii mezhebine dayanan çok fazla İslam aile hukukuna ilişkin fıkıh eserleri mevcuttur²⁷. Ayrıca “*undangundang*” olarak ifade edilen, bölge örf ve âdet hukukunun mevcut olduğu bilinmektedir.

²³ Fahrettin Atar, Kadı, TDVİA, cilt 24, İstanbul 2001, 66 vd.

²⁴ Benzer görüş için bk. Yahaya, s. 7.

²⁵ Hooker, M. B., Adat Laws In Modern Malaya: Land Tenure, Traditional Government And Religion. Kuala Lumpur: Oxford University Press, 1976'den aktaran Abdullah, s. 515.

²⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Jawi_alphabet

²⁷ Abdullah, s. 515.

Hatta undangundag'ın bölge halkı üzerindeki etkisinden dolayı İngiliz yönetimi bu örf ve âdet hukukunu kodifiye etmeye çalışmıştır²⁸. Bu etkinin IFLA 1984'e ve uygulamasına dahi yansıma olmuştur²⁹. Dolayısıyla aile hukukunun esasına ilişkin hususlarda Şafii mezhebi endekli fıkıh eserlerine ve undangundanga dayandıkları söylenebilir.

Bağımsızlık öncesi Malezya'da İslam aile hukuku pratiği, belirttiğimiz Cavice diline hâkim olmanın yanı sıra, sömürge valilerinin atamış olduğu ve danışmanı müftü olan kayıt görevlilerin, kadıların kararları ve fetvaları dikkate alınarak tahlil edilmelidir. Bu konuda Malezya öğretisi dahi daha derinlemesine çalışmaların yapılması gerektiğini ifade etmektedir³⁰. Ayrıca kayıt görevlisi,

²⁸ Bölge İngiliz sömürsü altında olduğu dönemde, İngilizler, bölgenin kendisine has bir hukuk sistemi olduğunu fark etmişler; bunun üzerine William Marsden, Thomas Stamford Raffles, William Farquhar gibi oryantalistlerden saha araştırması yaparak örfi hukuku belirlemelerini istemişlerdir. Böylece gerek cavice yazılmış eserlerden yola çıkarak gerekse bölge halkı ile görüşerek bölgedeki örfi hukuku kodifiye etmesi suretiyle undangundangın oluşturulduğu ifade edilmektedir, Yahaya, s. 7. Undangundang'ın 1800'ler ile 1960 arasında uygulanan hukuk olduğu ifade edilmektedir. bk. https://ms.wikipedia.org/wiki/Undang-undang_Malaysia e.t.:27.3.2019. Shuaib, s. 14.

²⁹ Nitekim Malezya geleneğinde de nişan önemli bir merasim ve sosyal bir olay olarak algılanmaktadır. Malezya kültüründe *Peminangan* olarak ifade edilen nişan, erkeğin doğrudan kendisinin ya da güvendiği kişinin evlilik teklifinde bulunması şeklinde tanımlanmıştır. Malay kültüründe, nişanın erkek tarafından bozulması kadının haysiyetine zarar verecek bir gelişme olarak algılanmıştır. Buna bağlı olarak nişan iptali “kemungkiran janji berkahwin” şeklinde bir tabirle ifade edilmiştir. Bununla beraber İslam hukukunda nişanın evliliğe zorlamaması anlayışı IFLA 1984'ün oluşturduğu sistemde de mevcuttur. Ancak bahsettiğimiz kültürel hassasiyet, nişanı daha fazla korumaya itmiştir. Malay öğretisi de bu hükmün Malay örfünden etkilendiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda IFLA 1984'de nişan başlığı altında ayrı bir madde düzenlenmiştir. Kanunun 15'inci maddesine göre bir kimse yazılı veya sözlü bir şekilde gerek bizzat gerekse aracılıyla, İslam hukukuna göre nişanlanmış ise ve diğer taraf ile herhangi bir hukuki neden yokken evlenmekten kaçınıyorsa, diğer tarafın evlenme isteği var ise nişanı bozan kişi, mevcut ise nişan hediyesini değilse değerini ve karşı tarafın iyiniyetli bir şekilde evlilik hazırlığı için yapmış olduğu masrafları iade etmekle sorumlu olur. Bu alacaklar mahkemede dava yoluyla da istenebilir. Malezya hukuk pratiğine nişanlanma açısından bakıldığında şer'iy mahkemelerinin bu hükmü ziyadesiyle uyguladıklarını görüyoruz. Örneğin 1978 yılında Ayşe ve Cemalattin beyin nişanı, Cemalatten beyin vaz geçmesi üzerine dava konusu olmuştur. Nişanlığa devam etmek isteyen Ayşe Hanım, RM25 mehir için RM800 de evlilik masrafları için ödeme talep etmiştir. Kedah kadı Kadı Beşar, Ayşe hanımın nişanın devam etmesini istediğinden hareketle, evlilik masrafları için RM 400 ün ödenmesine hükmetmiştir. Mimi Kamariah Majid, Undang-Undang Keluarga Di Malaysia, Kuala Lumpur, Butterworths Asia, 1992, 26'dan aktaran Fikriyah Uswatul, “Engagement Cancellation and Its Legal Implication In Malaysia (Woman's Rights Perspective)”, *Jurisdictie: Jurnal Hukum dan Syariah* cilt 6 sayı 2, Malezya 2015 s. 98, 99, 103; Mohammed Ahmad Qureshi, *Muslim Law of Marriage, Divorce and Maintenance*, Deep & Deep Yayınları, New Delhi 1995, s. 60.

³⁰ Majdin, s. 104.

müftü ve kadının vereceği kararların ne derece İslam hukukuna uygun olduğu tartışılabilir³¹. Bu döneme İslam aile hukuku kodifikasyonu açısından bakıldığında bir yanda bölgedeki müçtehitlerin oluşturdukları içtihatlar öte yandan örfi hukuk kaynağı olan undangundang varlığını sürdürmektedir. Bunlarla beraber sömürge devletlerinin tedvin girişimleri ve uygulamaya müdahale girişimleri mevcuttur. Bu durumda mevzuya sadece aile hukuku açısından bakıldığında dağınık, birbirinden farklı hukuki hükümlerin olduğu aynı zamanda gayrimüslim yöneticilerinin uygulamaya müdahale edebildiği hukuk kuralları manzumesi mevcut olduğu zikredilebilir.

Şu durumda Osmanlının çağdaşı bulunduğu dönemde Malezya için meşruiyetinin sorgulanmadığı İslam aile hukuku ile ilintili münferit bir düzenleme, hukuki bir ihtiyaç olarak değerlendirilebilir. Ancak bölgenin politik açıdan bağımsız bir devlet olmaması, sömürgeci devletlerin aile hukukuna doğrudan ve dolaylı bir şekilde müdahale etmesi böylesi yekpare bir aile hukuku kodifikasyonunu erteletmiştir.

b. Bağımsızlık Sonrası ile 1984 Arası Dönem

Malezya'nın aile hukuku serüveninin ikinci aşaması ise bağımsızlık sonrası dönemdir. Bu dönem, 1952 yılında Selangor ile başlayan bölgedeki İslam devletlerinin tedvin hareketlerinin görüldüğü dönemdir³². Hakikaten anılan döneme bakıldığında 1952'de Selangor da görülen tedvin hareketi, 1955'de Terengganu, 1956'da Pahang, 1959'da Penang, 1960'da Sembilan, 1962'de Kedah, 1964'de Perlis ve 1968'de Perak da görülmüştür³³. Aynı etki Malezya'da 1959'da ortaya çıkan "*Administration of Muslim Law Enactment*" ile somutlaşmıştır. Bu döneme aile hukuku açısından bakıldığında İslam aile hukukunun içtihadî özelliği ile bu hukukun kodifiye edilmesi gerekliliği hakkındaki tartışmalar karşımıza çıkmaktadır³⁴. Bu tartışmalar o dönemde yürürlükte olan bahsettiğimiz "*Administration of Muslim Law Enactment*" etrafında dönmektedir. Malezya'nın önemli İslam hukukçularından Prof. Ahmad Ibrahim, bu yasanın,

³¹ İngilizlerin Malezya'yı sömürgeleri altına almaları, öğretisi de Malezya'daki İslam hukukunun gelişmesinin önünde bir engel olarak değerlendirilmiştir Shuaib, s. 16.

³² http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen/Engenactment_Ori_lib.nsf/f831ccddd195843f48256fc600141e84/936935170ffea75e4825752b001135cb?OpenDocument

³³ Tamir Moustafa, "Judging in God's Name: State Power, Secularism, and the Politics of Islamic law in Malaysia" Oxford Journal of Law and Religion, cilt. 3, sayı 1, Oxford 2014, s. 158. (doi:10.1093/ojlr/rwt035).

³⁴ Abdullah, s. 516.

aile hukukuna ilişkin kısımlarının çok kısa olduğunu, aile hukuku ile ilgili önemli direktiflere -örneğin evlilikte alt yaş sınırı, çokeşlilik, evlilik ve boşanmanın kayıt edilmesi, fesih edilmesi gereken evlilik türleri- yer vermediğini ifade etmiştir³⁵.

Hakikaten 171 maddeden oluşan 20 Nisan 1959 tarihli “*Müslüman Hukuku Yönetimi Yasası*”, meclis, şeri mahkeme, finans(zekât), cami, suçlar gibi konuları içeren bölümlerden müteşekkildir. Aynı kanunun 6’ncı bölümü “evlilik ve boşanma” başlığını taşımakta ve 17 maddeden oluşmaktadır³⁶. İlgili bölüm, evlilikleri ve boşanmaları kayıt alma ve nikah kıyma yetkisine sahip olan kadı, imam gibi görevliler (mad 114), velinin nikahtaki rolü(mad 115), iddet ve hülle (mad 116), evliliğin nerede yapılacağı (mad 117), nişanlanma (mad 118), mehir ve hediyeler (mad 119), boşanmanın kaydı, rücu talak (mad 120-121), fasid nikah akdi (mad 122-123), muta hediyesi (mad 124) gibi doğrudan İslam aile hukuku ile ilintili hükümler içermektedir. Bunun dışında 132’inci madde kadının nafakasını düzenlemektedir.

Görüldüğü gibi, anılan yasa sadece aile hukukuna münhasır değildir. Aile hukukunun esasına ilişkin düzenlemeler içermiş olsa da işlediği konular itibarıyla yeterli görülmemektedir. Dönemde görülen aile hukukuna ilişkin tedvin hareketi olumlu bir adım olarak değerlendirilebilirse de toplumsal ihtiyacı sağlayacak seviyede olamamıştır. Dolayısıyla sadece aile hukukuna münhasır de-taylı bir normun eksikliği kendisini göstermektedir.

IFLA 1984’e gelmeden önce aile hukukundaki tedvin eksikliği münferit, bütüncül olmayan geçici tedbirler ile nihayete erdirilmeye çalışılmıştır. 15 Ağustos 1957 tarihli Married Women Act 1957 adlı yasa, bu tedbirlerden birisi olarak karşımızda durmaktadır³⁷. Bu yasa Müslüman evli kadınların, İslam hukukuna göre mülkiyetlerini, haklarını ve sorumluluklarını düzenlemektedir (madde 3). Kadının herhangi bir mülkü edinme, elinde tutma ve elinden çıkarma hakkı olduğu vurgulanmıştır. Hatta kadının mülkiyet hakkının kocasına karşı dahi korunacağı ilgili yasanın 9’uncu maddesinde açıkça hükme bağlan-

³⁵ Professor Ahmad Ibrahim’s book, *The Status of Muslim Women in Family law in Malaysia, Singapore and Brunei* (1965)’den aktaran Abdullah, s. 518.

³⁶ İlgili kanunun için bk. http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/f831ccddd195843f48256fc600141e84/936935170ffea75e4825752b001135cb?OpenDocument.

³⁷ İlgili kanun için bk. http://www.commonlii.org/my/legis/consol_act/mwa19571990222/.

mıştır. Yasa sadece evli kadınlar ile ilgili olup, aile hukukun diğer önemli mevzularına değinmemiştir.

1984'den önce aile hukuku alanındaki en kapsamlı yasa 11 Mart 1976 yılında yürürlüğe giren "law reform (marriage and Divorce) Act 1976 adlı idi³⁸. Ancak ilgili yasanın 3 maddesinin 3'üncü fıkrasına göre bu kanun Müslümanlara veya İslam hukuku altında evlenmiş olanlara uygulanmayacaktır³⁹. Dolayısıyla bu yasa Malezya'da yaşayan gayrimüslimler için çıkarılmış bir yasadır. Ülkenin Anayasasının 3'üncü maddesi ülkenin dinin İslam olduğunu açıkça hükme bağlamasına rağmen, İslami evliliklerden önce gayrimüslim evliliklerin tedvin edilmesi dikkate değer bir gelişmedir.

Görüldüğü üzere, IFLA 1984'den önce ülkede gayrimüslimler için çıkarılmış detaylı aile hukukuna ilişkin bir kanun, evli kadınların daha ziyade borçlar hukukunu ilişkilendiren konular hakkındaki kanun ve hukukun neredeyse tüm alanlarını içerisinde barındıran Müslüman hukuku yönetim yasası yürürlüktedir. Tüm bu yasalar topluca değerlendirildiğinde ülkede Müslümanlar için sadece aile hukukuna münhasır detaylı bir yasaya olan ihtiyaç ortadır. Nitekim 1980'lere gelindiğinde aile hukuku alanında yasama faaliyeti yapılması, Malezya literatürü tarafından kuvvetli bir şekilde dile getirilmeye başlanmış idi⁴⁰. 21'inci yüzyıl Malezya'sında kadınların ihtiyacının daha sistematik ve korunaklı olabilmesi için aile hukukuna ilişkin münferit, düzenli ve ayrıntılı bir kanuna ihtiyaç vardır şeklinde yorumlar rahatlıkla ifade edilebilmekte idi⁴¹. Öte yandan Malay literatürü de "maslahat" gereği devletin aile hukuku konusunda tedvin girişiminde bulunması gerektiğini dile getirmekte idi⁴². Ancak Malay öğretisi de kodifikasyonun en çetrefilli olduğu alanın aile hukuku olduğunu ifade etmekte-

³⁸ <http://jafbase.fr/docAsie/Malaisie/Mariage&Divorce.PDF>

³⁹ Aynı maddenin 4'üncü fıkrası bu yasanın aborjin gelenekleri ve örfi hukukuna göre evlenen Sabah ve Sarawak'da veya Peninsular Malezyası'ndaki herhangi bir aborjinlere uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Ancak kendilerine takdir yetkisi verildiğini de ifade etmek gerekir.

⁴⁰ Mehrun Siraj Marriage and Divorce, "the Law Applicable to Muslims in Selangor and the Federal Territory", Malayan L.J. LXXIV-LXXX, 1988'den aktaran Abdullah, s. 519.

⁴¹ Yusuf Abdul Azezi, Luqman Zakariyahii, Syahirah Abdul Shukor, Ahmad Zaki Salleh, "Codification Of Islamic Family Law In Malaysia: The Contending Legal Intricacies" Science Internaional (Lahore), cilt 28, sayı 2, s. 1760.

⁴² Rafeah Saidon, Zaleha Kamaruddin, Mahamad Arifin, Norliah Ibrahim, Noorul Huda Sahari, "Justification for State Intervention in Family Matters: An Analysis from the Context of Islamic Jurisprudence" Journal Of Contemporary Islamic Studies, cilt 1, Teknoloji Mara Üniversitesi Yayınları 2015, s.37.

dir⁴³. Zira ailevi ilişkiler, kişisel hususlar olarak algılanmakta ve devletin bu alana müdahalesi, Malezya hukuk tarihi açısından da pek alışılmış bir mevzu değil idi.

3. Kanunları Ortaya Çıkaran Nedenler Açısından Kıyaslama

IFLA 1984 ile 1917 HAK'ı, kanunları ortaya çıkaran nedenler açısından kıyasladığımızda, bazı ortak gerekçe ve tespitlerin varlığı dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, her iki devletin de aile hukuku alanında tedvin girişiminin meşakkatli ve zor bir süreç olduğunun farkında olmalarıdır. Bunda ailevi ilişkilerin kodifiye edilmesinin toplum doğrudan yaşam alanına müdahale etmesinin etkisi yüksektir. Nitekim her iki ülke de aile hukukuna ilişkin düzenlemelerini diğer alanlarla kıyasladığımızda daha sonraya bırakmıştır. İki kanunun ortaya çıkmasındaki ortak gerekçelerden bir tanesi de iki ülkenin de aile hukukuna ilişkin münferit, hususi bir kurala ihtiyaç hissetmesidir. İki ülke de “kanunlaştırma ve yeni içtihat” döneminde aile hukukunun geçici hukuki tedbirlerle düzenlenmesinin toplumun ihtiyaçları sağlayamadığını fark etmişlerdir. Bir başka ortak gerekçe de anılan dönem içerisinde devletlerin toplumun ailevi ilişkilerini tespit ve kontrol etme gayreti içerisinde olmalarıdır. Bu noktada Osmanlı Devleti gibi bağımsız bir devlet olmanın ya da Malezya aile hukukunun ilk periyodundaki gibi sömürge devleti olmanın bir farkı yoktur. Devletler gelinen noktada ailevi ilişkileri tespit ve kontrol etmek istemişlerdir. Keza kadınların toplumdaki konumlarının daha aktif hale gelmesi ve nispeten buna bağlı olarak toplumdaki sosyal ve kültürel değişiklikler de her iki ülke açısından aile hukukunun tedvin edilmesindeki ortak sebeplerden bir tanesidir. Birbirinden çok uzak ve farklı tarihi kültürel birikime sahip olan iki ülkede görülen bu ortak gerekçeler, dogmatik hükümler içeren İslam aile hukukunun dahi anılan çağda tedvini- nin gereklilik olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu ortak gerekçeler dışında elbette farklı sebepler de söz konusu olabilmiştir. Zira bir yanda sömürge yönetimi altında olan Malezya Devleti öte yanda Birinci Dünya Savaş'ında taraf olan Osmanlı Devlet'i söz konusudur. Malezya önceliğini bağımsız bir devlet olmaya koymuşken, Osmanlı savaştan çıkabilme ve ülkenin her alanında görülen kötü gidişata dur deme gayreti içerisinde. Bu siyasi farklılık dışında Malezya'da gayrimüslimler için aile kanunun çıkarılması

⁴³ Fikriyah, s. 103.

ülkede yaşayan Müslümanları da bu yönde bir beklentiye sokmuştur. Ancak bu durum ve gerekçe Osmanlı Devleti için geçerli değildir.

B. Kanunların Uygulanması ve Toplumsal Meşruiyeti Açısından Kıyaslama

Bu başlık, önce HAK daha sonra IFLA 1984'ün uygulanması ve topluma yansımalarını ele alır.

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HAK, beklenilenin aksine çok kısa hayatta kalmış, 20 Ramazan 1337 / 19 Haziran 1919 tarihinde ilga edilmiştir. Yaklaşık yirmi ay yürürlükte kalan HAK'ın ömrünün kısa olması, devrin siyasi, kültürel şartlarına ve kanunun içerdiği yeniliklere bağlanmıştır⁴⁴. Kararnameye birçok kesimden tepki gösterilmiş olsa da muhafazakâr İslamcılar ile gayrimüslim tebaanın ruhani reislerinin tepkisi daha şiddetli olmuştur⁴⁵.

Muhafazakâr İslamcılardan Sadreddin Efendi, Sebülürreşâd dergisindeki makalelerinde⁴⁶ kanunu şiddetli şekilde eleştirmektedir. Müderris, kanun maddelerinin halkın maslahat ve menfaatine aykırı olduğunu; hükümlerin şer'i delillere isnat etmediğini hatta bunlara aykırı olduğunu; farklı mezheplerden hükümlerin hatalı alındığını, aile hukukunu tek bir kanun haline getirmenin sakıncalı olduğunu; bazı maddelerin anlamsız bir şekilde konulduğunu, bazı kanun maddelerinin anlaşılmasının zor olduğunu ileri sürmüştür⁴⁷. Diğer mezheplerden istifade edilmesi ve yenilikçi hükümler içermesi bu görüş sahiplerinin temel karşı çıkış nedenleridir.

Kararnameyi sert bir biçimde eleştiren ikinci grup ise gayrimüslim tebaanın ruhani reisleri olmuştur. Bunlar ise asırlardır ellerinde bulunan yargı yetkisininin

⁴⁴ Aydın, Osmanlı Aile, s. 197.

⁴⁵ Cin, Evlenme, s. 293; Aydın, Osmanlı Aile, s. 198.

⁴⁶ Sadreddin Efendi, "Hukuk-I Aile Ve Usul-İ Muhâkemât-I Şer'iyye Kararnameleri Hakkında" Sebülürreşad, sayı 382- 445.

⁴⁷ Abdurrahman Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri" Ekev Akademi Dergisi, yıl 19, sayı 62 Bahar 2015, s. 576 vd.

kararnamenin 156'ncı madde ile ellerinden alınmasına öfkelenmişlerdir⁴⁸. Zira Osmanlı Devleti'nde klasik dönemden bu yana hukukun belirli alanlarında gayrimüslimler cemaat mahkemeleri vasıtasıyla ihtilaflarını sonlandırmaktadırlar⁴⁹. Bu nedenle gayrimüslimler, kararnamenin Kanun-ı Esasi'nin gayrimüslim cemaatlerin dini haklarını güvenceye bağlayan 11'inci maddesine; Gülhane Hatt-ı Hümayun'a, Islahat Fermanı'na aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Rum-Ortodoks Kilisesi, Yahudi Hahamlığı gerek hükümet ve gerekse İstanbul'daki elçilikler kanalıyla Kararnamenin gayrimüslimlere ilişkin hükümlerin uygulanmaması için çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır⁵⁰.

Görüldüğü üzere, HAK, toplumsal meşruiyetini tam anlamıyla sağlamamıştır. Bunda kararnamenin “üçlü karakteri” yani Müslümanlar, Museviler ve Hıristiyanlar için ortak bir kanun olmasının ve yenilikçi hükümler getirilmesinin ve ülkenin içinde bulunduğu siyasi durumunun etkisi görülmektedir.

2. Malezya İslam Aile Hukuku (Federal Bölge) Kanunu 1984

IFLA 1984 bugün hala yürürlükte olan pozitif bir hukuk kuralıdır. Kanunun günümüze kadar uygulanıyor olması, onun toplumsal meşruiyetinin olduğunu göstermektedir. Ancak bu durum, kanunun hiç eleştirilmediği ve buna bağlı olarak değişikliğe uğramadığı anlamına gelmemektedir. Kanunun uygulaması ile ilgili dört can alıcı eleştirinin var olduğu ifade edilebilir. Bunlar, kanunun aile hukukuna ilişkin tüm meseleleri ele almadığı tartışması, ülkedeki tüm Müslümanlar için tek bir İslam aile kanununun olmamasının doğurduğu sorunlar, kadın haklarını koruyucu tedbirlerin alınmasının gerekliliği ve gayrimüslimler ile gerçekleştirilen izdivaçların doğurduğu hukuki sonuçlardır. Şimdi bu dört başlığı izah edelim.

Malay öğretisi, kanunun varlığından memnun olmuş ancak tam anlamıyla aile hukukunun kodifikasyonunu tamamlanmadığı yönünde eleştiri getirmiştir⁵¹. Zira, kanunda yer alan birçok madde, “*Hüküm Şeria*”ya atıf yapmaktadır. Hü-

⁴⁸ Ahmet Yasin Küçüktiryaki, Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 25.

⁴⁹ Cin, Akyılmaz, 4. Baskı, s. 207.

⁵⁰ Aydın, Osmanlı Aile, s. 199.

⁵¹ Dr Nora Abdul Hak, “Role Of The Conciliatory Committee And Hakam (Arbitrator): The Practice And Provisions Of The Islamic Family Law In Malaysia”, Meeting the Challenges of Law in Asia – Second Asian Law Institute (ASLI) Conference, Singapor 2005, s. 3.

küm Şeria'dan ne anlaşılması gerektiğini kanun şu şekilde ifade etmiştir: “*herhangi bir tanınmış mezhebe göre İslam hukuku*”⁵². Dolayısıyla hüküm şeria'ya yapılan her atf İslam hukukuna yapılmaktadır. Mecelle'deki ifadesiyle “*ıctihad ile ıctihad nakz olunmaz*” ilkesi ve özelliğine sahip olan İslam hukukunda aynı anda aynı konu hakkında birbirinden farklı iki ıctihadın yürürlükte olması mümkündür. Şu durumda IFLA 1984'ün İslam hukukuna bıraktığı mevzularda hangi ıctihadın tercih edileceği hususunda muallaklık olduğu ortadadır. Örneğin kanunun 2'inci maddesine baliğ, “*islam hukuku*”na göre belirlenmiş ergenlik çağına işaret etmektedir. Kanun baliğ olmak için bir yaş belirlememiş, bunun içeriğini İslam hukukuna bırakmıştır.

IFLA 1984'ün ülkedeki tüm Müslümanlar için geçerli bir İslam aile kanunu olup olmadığı hususu, uygulamada ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Bu hususu anlayabilmemiz için ülkenin anayasal yapısını izah etmekte yarar vardır. Ülke, 11 federe devlet ve 3 federal bölgeden oluşmaktadır⁵³. Anayasanın 74'üncü maddesine göre her federe devletin ve federal bölgenin münferit yasa- ma ve yürütme erki vardır. İslam hukuku konusunda da federe devletlerin ka- nun koyma yetkisi mevcuttur. Bu bağlamda özellikle İslam aile hukuku konu- sunda federe devletlerin birbirinden farklı kodifikasyon faaliyeti yürütme yetki- leri vardır⁵⁴. Dolayısıyla federal bölgenin çıkaracağı taslak kanunları takip etme iradesi federe devletlere bırakılmıştır⁵⁵.

Hakikaten federe devletler de aile hukuku konusunda IFLA 1984'den farklı hükümler oluşturmuşlardır. Bu farklı düzenlemeler, aile hukukunun esasına ilişkin farklı ıctihatları kanunlaştırabilmiştir. Örneğin, IFLA 1984'e göre erkek- ler, ehli-i kitap kadınlar ile evlenebilirler. Ancak Savarak federe devleti İslam Aile Hukuku Kanunu, 2001, 43'üncü bölüm 9'uncu maddesine göre hiçbir Müslüman, gayrimüslim ile evlenemez⁵⁶. Bununla beraber IFLA 1984'ün federe

⁵² Madde hükmü şu şekildedir: “*Hukum Syara' " means Islamic Law according to any recogni- zed Mazhab;*”

⁵³ Perlis, Kedah, Penang, Perak, Selangor, Malacca, Negeri, Sembilan, Johor, Phanag, Tereng- ganu, Kelantan, Sarawak ve Sabah federe ülkelerdir. Kuala Lumpur, Labuan ve Putra Jaya da federal bölgelerdir.

⁵⁴ Shuaib, s. 51; Farid S Shuaib, “The Islamic Legal System in Malaysia,” Pacific Rim Law & Policy Journal, cilt 21, sayı 1, 2012, s. 89; Fikriyah, s. 102.

⁵⁵ Fikriyah, s. 103.

⁵⁶ İlgili kanun için bk. http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/100ae747c72508e748256faa00188094/fe3047307ed43d074825768d00091526?OpenDocument

devletler için model bir yasa olduğu ve federe devletlerde çıkartılan aile hukukuna ilişkin yasaların birbirine çok benzediği ve Malezya İslam aile hukuku denildiğinde incelenmesi gereken temel kanunun bu kanun olduğu ifade edilmiştir⁵⁷. Nitekim, işbu yasa Kualu Lumpur'da meclisten geçtikten ve onaylandıktan sonra federe devletlere yorumlamaları ve adapte etmeleri için gönderilmiştir⁵⁸. Öte yandan, işbu kanun doğrudan federal hükümet tarafından yönetilen, ülkenin başkentinin olduğu bölgede uygulanmaktadır. Bu nedenle anılan kanunun, prensip itibariyle Malezya aile hukuku hakkında bizlere bilgi verdiğini ifade edebiliriz. Ancak yine de farklı ülkelerdeki uygulamalar ve kodifiye hareketleri, Malezya gündemini özellikle 2000 yılların başlarında fazlasıyla meşgul etmiştir⁵⁹. Tüm ülkede Müslümanlar için tek bir aile kanunun olmaması, hukuk birliğinin oluşmasını engellemektedir. Bu farklı yasa tercihleri, ülkenin anayasal statüsü ve siyasi tarihi ile izah edilebilir.

2000'li yıllarda görülen kadın hareketleri, anılan kanuna eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu noktada en dikkat çekici olan hareketin "*Sisters in Islam*"ın⁶⁰ tek eşlilik için oluşturdukları "*Campaign For Monogamy*" kampanyasıdır. Bu kampanya 16 Mart 2003'de başlamış ve yaklaşık on yıl ülkenin gündemini meşgul etmiştir⁶¹. Kampanyanın uzantısı olan "*Memorandum On Reform Of The Islamic Family Laws On Polygamy* 2 Aralık 1996) bildirisinde Nisa süresindeki (Nisa 4:129) ayetten yola çıkarak İslam hukukunun esasında tek eşliliği tavsiye ettiği, Abdullah Yusuf Ali tarafından deklare edilmiş idi⁶². Zira eşit davranmanın zor olduğu yine asli kaynakta var idi. Bildiride aynı zamanda Peygamber Efendimiz'in damadı Hz. Ali'ye ikinci bir eş almak istemesi halinde kızını boşaması gerektiği zira bu durumun kızını sıkıntıya sokacağını ve

⁵⁷ Naily, Nabiela, and Kemal Riza. "Hukum Keluarga Islam Asia Tenggara Kontemporer: Sejarah, Pembentukan, Dan Dinamikanya Di Malaysia." Executive Summary. Surabaya: LP2M IAIN Sunan Ampel, 2013 s. 13'den aktaran Fikriyah, s. 103, Anis Shuhaiza Bt Md Salleh, Noor 'Aza Bt Ahmad, "Cross Boundary Marriage Under Malaysian Family Law: Between a Dream of Life and Reality of Legal Requirements," Journal of Politics and Law cilt 3, sayı 2, 2010, s. 2 (doi:10.5539/jpl.v3n2p148).

⁵⁸ Dr Nora Abdul Hak, s.2.

⁵⁹ "One system, one wife = Less Trouble" New straits Times, 9 Ocak 2003. Jaclyn Ling-Chien Neo, "Anti-God, Anti-Islam And Anti-Quran": Expanding The Range Of Participants And Parameters In Discourse Over Women's Rights And Islam In Malaysia" Pacific Basin Law Journal, cilt 21, sayı 1, 2003, s. 54.

⁶⁰ www.muslimtents.com/sistersinislam ; https://www.sistersinislam.org.my/ e.t.: 15.5.2019

⁶¹ Judith E. Tucker Women, Family, and Gender in Islamic Law, Cambridge Üniversitesi Yayınları, cambridge 2008, s.77.

⁶² Tucker, s. 78.

ona zarar vereceğini ifade etmesi de hukuki argüman olarak kullanılmıştır⁶³. Dolayısıyla bildiride çok eşliliğin daha da sert koşullara bağlanması gerektiği detaylı şekilde önerilmiştir. Görüldüğü üzere IFLA 1984, kadın hakları açısından bakıldığında İslami argümanlara dayanılarak eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu durum çağımızda kadının toplumdaki yerinin daha da aktif hale gelmesinin göstergelerinden birisidir.

Toplumda meydana gelen bu gelişmeler, IFLA 1984 hükümlerinde değişikliği beraberinde getirmiştir. Şu an yürürlükte olan hali ile çok eşlilik için anılan kanunun 23'üncü maddesine göre bir yandan hâkimin izin vermesi öte yandan kadının da duruşmada olması ve bu durumun kamera ile kayıt altında tutulması gerekiyor. IFLA 1984'ün ilk halinde ise ilk eşinin görüşünün veya haberinin olması aranmıyordu. Keza velayeti icbar hususunda da kadınların iradeleri, kanunun şimdiki hali ile daha güvenceye alınmış durumdadır. Zira kanunun 13A maddesine göre velinin evliliğe izin vermemesi durumunda kadın bu durumu hâkim karşısına götürebilmektedir. Kadı da velinin ret gerekçesinin dayanağını sorgulayabilmektedir. Tüm bu hususlar kanunun belirli bir süre yürürlükte kalarak şekillendiğinin; kanunda yapılan değişikliklerin toplumda kadının rolünün daha aktif hale gelmesine bağlı olarak kadınlar lehine olduğunun göstergeleridir.

Ülkede iki ayrı aile kanununun olması, aile hukukunun uygulanmasında ciddi tartışmaları beraberinde getirmiştir. Örneğin IFLA 1984'e göre bir erkek, ehli- kitap olan gayrimüslim ile evlenebilir. Bu durumda bir tarafta Müslümanlar için uygulanacak olan aile kanunu mevcut iken öte yanda Müslümanlara uygulanmayacak, sadece belirli gayrimüslimlere uygulanacak ayrı bir kanun mevcuttur. Bu durumda Malay öğretisi, IFLA 1984 buna izin vermiş olsa da bu şekildeki evliliklerin yasal dayanaklarını belirlemede zorlanıldığı ifade edilmektedir⁶⁴.

Aynı şekilde sadece gayrimüslimler için geçerli olan Evlilik ve Boşanma Yasası 1976'ın bir gayrimüslimin Müslüman olmasına bağladığı hukuki sonuç da Malay literatüründe ve Malezya İslam aile hukuku uygulamasında tartışılmaktadır. Zira anılan yasanın 51'inci maddesine göre taraflardan birisi, Müslüman olur ise, diğer taraf kendi dininde kalmaya devam etmesi halinde, kendi dininde kalan belirli bir süre içerisinde boşanma için dava açabilecektir. Aynı

⁶³ www.sistersinislam.orgmy/memo/040197.thm e.t.: 15.5.2019.

⁶⁴ Afi Apis, "Brief notes on Islamic Family Law", https://www.academia.edu/3764252/BRIEF_NOTES_ON_ISLAMIC_FAMILY_LAW e.t.: 15.5.2019.

maddenin 2'inci fıkrasına göre bu durumda mahkeme, nafaka ve velayet ile ilgili hüküm verebilecektir. Görüldüğü üzere kanun, kadın erkek ayırımı yapmaksızın bu yetkiyi her iki tarafa da vermiştir. Erkeğin Müslüman olması halinde kadının bu gerekçe ile kocasından boşanmak istemesi, İslam hukukuna uygun olmayabilecektir. Nitekim bu husus da Malay öğretisinde tartışılmaktadır⁶⁵. Görüldüğü üzere Müslümanlar için ayrı, belirli gayrimüslimler için ayrı bir aile kanunlarının olması, Müslüman- gayrimüslim evlilikleri ile ilgili hukuki sorunları beraberinde getirmiştir.

İzah edilen bu dört başlık dışında, Malay öğretisi, kanunun uygulanması açısından aile içi şiddet, evlilik sonrası mülkiyet konularının üzerinde de hususi bir şekilde durmuştur⁶⁶. Yine Kuala Lumpur bölgesinde boşanma oranının arttığının fark edilmesi, IFLA 1984'ü kodifiye ederken boşanmayı daha da zorlaştırma niyetiyle ilan edildiği ifade edilmektedir⁶⁷. Bu bağlamda tahkime müsaade eden 48, 47/5-17, 49/4, 51/8 -9 maddeleri örnek olarak zikredilebilir.

3. Kanunları Uygulanmaları ve Toplumsal Meşruiyetleri Açısından Kıyaslama

İki kanunu toplumun kabulü ve uygulanmaları açısından kıyasladığımızda, IFLA 1984'ün toplumda daha iyi bir karşılık gördüğünü rahatlıkla ifade edebiliriz. Zira bir yanda yaklaşık 35 yıl önce kabul edilen ve hala uygulanan IFLA 1984 dururken öte yanda yaklaşık 2 yıl yürürlükte kalmış HAK söz konusudur. İki kanunun uygulanması sırasındaki tepkilere bakıldığında IFLA 1984'ün daha uzun süre yürürlükte olmasının kanaatimizce birkaç gerekçesi olabilir. İlk olarak IFLA 1984 sadece Müslümanlar için hazırlanmıştır; gayrimüslimler için ise ayrı bir kanun hazırlanmıştır. Buna bağlı olarak Müslümanlar için ayrı yargı merci, gayrimüslimler için ayrı yargı organı oluşturulmuştur. Bu ayrışma, ülkenin gayrimüslim vatandaşlarından gelebilecek eleştirileri ortadan kaldırmıştır. Bu ayrışma esasında Malay örneğinde gördüğümüz gibi Müslüman-

⁶⁵ Adil, Mohamed Azam M. "Seksyen 51, Akta Membaharui Undangundang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976: Kesan dan Implikasinya terhadap Undang-undang Keluarga Islam"(Section 51, Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976: Consequences and Implications on Islamic Family Law). Kanun Jurnal Undang-undang Malaysia 1994'den aktaran Abdullah, s. 520.

⁶⁶ Raihanah Abdullah, Taslima Monsoor, Fuadah Johari, Wirdati Mohd Radzi, "Financial support for women under Islamic family law in Bangladesh and Malaysia", Asian Journal of Women's Studies, cilt 2, sayı 4, 2015, 363-383, (doi: 10.1080/12259276.2015.1106853)

⁶⁷ Dr Nora Abdul Hak, s.3.

Gayrimüslim evliliklerinin hangi rejime tabi olacağı sorununu oluşturmuş olsa da bu sorun daha köklü bir problem ile mukayese edildiğinde zayıf kalmaktadır.

Kanaatimizce IFLA 1984'ün daha iyi kabul görmesinin bir diğer nedeni de daha uzun bir sürede, uygulamadaki aksaklıkları görerek hazırlanmış olmasıdır. Nitekim, IFLA 1984, HAK gibi geçici bir kanun olmadığı gibi çok kısa bir sürede de hazırlanmamıştır. Bir diğer gerekçe de esasında yine IFLA 1984'ün eleştirildiği hususlardan bir tanesidir. IFLA 1984 birçok hususta İslam hukukuna atıfta bulunmuştur. HAK ise ele aldığı konularda daha somut normlar tahsis etmiştir. IFLA 1984'ün bu tercihi, normları oluştururken daha az hata yapmayı ve uygulamaya esneklik sağlamıştır. Zira HAK örneğinde olduğu gibi IFLA 1984 yanlış hükümler tahsis edilmekle eleştirilmemiş; tercih ettiği içtihadî hükümler açısından tenkit edilmiştir.

C. Devletin Aile Hukukunu Kontrolü

Bu başlık, her iki kanunun devletin aile hukukuna olan dahline ilişkin düzenlemeleri inceler.

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HAK, Osmanlı Devleti'ndeki evlenme ve boşanmalarda devlet kontrolünü daha düzenli ve sistematik bir hale getirmiştir. Öğreti, klasik dönemde de devletin evlenme ve boşanmaları zaman zaman sıkı kontrol ettiğini; HAK'ın getirdiği yeniliğin ise bu kontrolün çağın gerektirdiği şartlara uygun şekil değişikliği olduğunu ifade eder⁶⁸. Yine de HAK'ın aile hukukuna devletin müdahalesi anlamına gelen yenilikler getirdiği ifade edilmelidir.

Somut olarak bakıldığında HAK, üç şekilde aile hukukunu kontrol etmeye çalışmıştır. Bunlardan ilki, hâkim ve naib huzurunda nikahın kıyılması gerekliliğidir. HAK'ın 37'inci maddesine göre nikah akdi anında, taraflardan birinin ikametgâhında bulunan kaza hâkimi veya bunun özel izin verdiği yetkili naib hazır bulunmalı ve akitnameyi düzenlemeli ve tescil etmelidir. Görüldüğü üzere nikah akdi, hâkim veya yetkili naib huzurunda kıyılmalı ve yine bu görevliler tarafından tescil edilmelidir. Devletin bu dahli, bir idari kontrol mekanizması olarak değerlendirilmiş; ispat kolaylığı sağlaması amacını taşıdığı ifade edilmiş-

⁶⁸ Aydın, Osmanlı Aile, s. 194.

tir⁶⁹. Bu hususa kararname gerekçesinde değinilmiş, özellikle kadınların mehir gibi haklarının bu şekilde daha iyi korunabileceği zikredilmiştir⁷⁰. Dolayısıyla bu hükme uymama halinde yani hâkim veya izin verdiği naib huzurunda olmadan yapılan nikah akitleri geçersiz sayılmamıştır⁷¹. Bu noktada naibin kimler olacağı Osmanlı hukukunda tartışılmış; “*Hukuk-ı Aile Kararnamesine Müteallik Muamelâtı İdariye Hakkında Nizamname*”nin 9’uncu maddesi ile öğretmen, muhtar gibi resmi sığata sahip olanlar veya mahalde itibar kazanmış olan kişiler de hakimler tarafından bu hususa ilişkin naib olarak görevlendirilebilmiştir⁷².

Devlet, nikaha ilan mecburiyeti getirmek suretiyle de aile hukukuna dahil olmaktadır. HAK md. 33’e göre nikahın kıyılmasından önce durumun ilan edileceği amirdir. Bu düzenlemenin klasik dönemde olmadığı ve modern düşünüşün mahsulü olduğu zikredilir⁷³. Bu hükmü getirmenin amacı, aleniyeti temin etmekten ziyade, evlenecek kimselerde evlenmeye engel bir halin var olması halinde, yakınların veya üçüncü şahısların mahkemeye itiraz etmelerini sağlamaktır. İlan sürecinin nasıl yürütüleceği, biraz önce belirttiğimiz nizamnamede detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Devletin aile hukukuna müdahalesi, boşanma konusunda da kendisini göstermiştir. HAK, karısını boşayan kocaya, durumu hâkime bildirme mecburiyeti getirmiştir. Öğreti, bu mecburiyetin idari bir formalite olduğunu ifade eder⁷⁴. Talak ve muhala dışında, kanunda sayılan bazı gerekçelerle hâkim boşanmaya müdahale etmektedir.

2. Malezya İslam Aile Hukuku (Federal Bölge) Kanunu 1984

IFLA 1984, devletin aile hukukunu kontrol altına tutmak için çeşitli tedbirleri uhdesinde barındırmaktadır. Malay öğretisi, aile hukukunun kişisel bir mevzu olmasına rağmen, devletin aile hukukuna müdahale etmesinin çeşitli neden-

⁶⁹ Cin, Evlenme, s. 297.

⁷⁰ Aydın, Osmanlı Aile, s. 247.

⁷¹ Gotthard, Jaeschke, “Türk Hukukunda Evlenme Aktinin Şekli”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 19, sayı 1-2, 1953, s. 429.

⁷² Nizamname için bk. Düstur II, t. C. 10, s. 52-57; Cin, Evlenme, s. 297; Sabri Şakir Ansay, Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar, AÜHFY, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1952, s. 32-35.

⁷³ Cin, Evlenme, s. 299; Aydın, Osmanlı Aile, s. 193.

⁷⁴ Halil Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, s. 124.

leri olduğunu ifade etmektedir⁷⁵. Şimdi, bu gerekçeleri ve devletin aile hukukuna hangi aşamalarda nasıl müdahale ettiğini ortaya koyalım.

Devletin aile hukukuna müdahalesi evlilik birliği kurulmadan önce kendisini göstermeye başlar. Ülkede evlilik öncesi HIV-taraması zorunludur ve evlilik öncesinde tarafların karı-koca olarak sahip oldukları hakları ve sorumlulukları hakkında bilgi verilen eğitime katılmaları gereklidir. Bu husus Malay öğretisinde “maslahat” ile gerekçelendirilmiştir⁷⁶. Bu şekilde oluşturulan hukuk kuralı ile ülkede bilinçli, sağlıklı evliliklerin teşekkül etmesi ve boşanma oranlarının azaltılması hedeflenmiştir⁷⁷.

Keza Kanununun 16 ve 18’inci maddelerine göre evlenmek isteyen kişiler, evlilik öncesi, kadının ikametgâhında yer alan “*evlilik kayıt birimine*” başvurarak evlilik izin başvurusunda bulunmak zorundadır. Evlilik kayıt birimi, gerekliliklerin ve şartların yerine gelip gelmediğini denetlemekte, tüm yükümlülükler yerine getirildiyse, o zaman izin vermektedir. Kanununun 2’inci maddesine göre evlilik kayıt görevlisinin, İslami evlilikleri, boşanmaları ve rücu işlemlerini takip etme ve karar verme yetkisi vardır. Kanununun 21’inci maddesine göre, kayıt görevlisi, kendisine yapılan her bir evlilik ile ilgili olarak, “*mas kahwin*” olarak adlandırılan mehrin değeri ve özelliklerini; “*pemberian*” olarak nitelendirilen kocanın karısına verdiği hediyein değeri ve özelliklerini; her ikisi de peşin olarak ödenmediyse, taahhüt edilen ödeme tarihlerini; bunların ödeneceği konusundaki güvencenin özelliklerini kayıt altına alır ve kesinleştirir. Görüldüğü üzere, devlet evlilikle beraber, mehri de sıkı kontrol altında tutmaya çalışmıştır.

Evliliğin meşruiyeti ile ilgili bir sorun çıkması halinde, örneğin başvuran kişiler, izin verilen yaş sınırının altında ise veya kadının velisi yoksa, kayıt görevlisi, durumu şeriye kadısına bildirmekle vazifelendirilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yasanın 8’inci maddesi “kural olarak” 18 yaşından küçük erkeğin ve 16 yaşından küçük kadının evlenme ehliyetinin olmadığına amirdir. Tüm bu süreç gelecekte karşılaşılabilecek sorunları öncesinden çözmek ve evli-

⁷⁵ Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 36.

⁷⁶ Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 37.

⁷⁷ Bu şekildeki uygulamaların bölgede diğer ülkelerde de mevcut olduğunu ifade edebiliriz. https://www.romm.gov.sg/resources/young_couples.asp

lik ilişkisini daha sağlam bir temel üzerine inşa etmek gayesiyle “siyaset-i şer’iye” kullanılarak çözülmeye çalışılmıştır⁷⁸.

Evliliğin kaydedilmesi, toplum yararına görülmekte ve aileye ilişkin düzenli bir sistem getirilmesi bahse konu kanunun 25 ve 34’üncü maddelerinde de kendisine yer bulmuştur. 24’üncü madde kayıt görevlisinin nasıl, kim tarafından atanacağı ve idari açıdan neleri kontrol etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. “Kayıtın hukuki etkisi” başlıklı 34’üncü maddeye göre anılan kanundaki hiçbir hükmün veya bu kanun altında çıkarılmış hiçbir kural, yalnızca tescil edilmiş olması veya olmamasından ötürü, geçersiz veya geçerli olan herhangi bir evliliği geçerli veya geçersiz kılmak için yorumlanamaz. Bu düzenlemeler siyaset-i şeriye ile izah edilmektedir⁷⁹. Bu sayede hukuka aykırı tek ve çok eşli evliliklerin önüne geçilmekte ve herhangi bir suiistimal durumun önleneyeceği hedeflenmektedir⁸⁰.

Devletin aile hukukuna müdahalesi, “*şeriatın maksadı*” ilkesi ile de izah edilmektedir. Bu ilke, toplumun varlığı ve düzeni için beş temel hususun korunmasını gerekli kılmaktadır⁸¹. Bunlar, can, mal, ırz, nesil ve dindir. Bu bağlamda Malay öğretisi, devletin aile hukuku alanında kodifikasyon faaliyetini, neslin korunması amacıyla “*şeriatın maksadı*” ilkesine dayandırmaktadır⁸². Zira bu şekilde Müslümanların yasak fiilleri yapmalarının engelleneceği düşünülmektedir. IFLA 1984’ün 10’uncu maddesinde yer alan kadınların, gayrimüslimlerle evlenme yasağı; erkeklerin ise sadece ehl-i kitap ile evlenebilecekleri hükmü, ensest ilişkinin ve evlilik dışı cinsel ilişkinin Malay İslam Ceza Hukuku Suçları Kanunu 1997’nin 2, 20, 21, 22 ve 23’üncü maddelerinde cezalandırılması bu ilkenin tedvin uzantıları olarak görülmektedir. Bu sayede aile müessesesi ve kamu yararının korunacağı düşünülmektedir.

3. Devletin Aile Hukukunu Kontrol Etmesi Açısından Mukayese

Gerek HAK gerekse IFLA 1984, İslam hukukunda bu yönde zorlayıcı bir hüküm olmamasına rağmen devletin aile hukukunu kontrol edecek mekanizmaları, klasik fıkıh teorisine göre daha sıkı ve detaylı bir şekilde düzenlemiştir.

⁷⁸ Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 40.

⁷⁹ Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 38.

⁸⁰ Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 39.

⁸¹ Ertuğrul Boynukalın, “Makāsıdü’ş-Şerîa”, TDVİA, cilt 27, Ankara 2003, s. 423 vd.

⁸² Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 42.

Osmanlı Devleti açısından bakıldığında klasik dönemde görülen denetimin, formatının değiştirilmesi ve yeni kontrol mekanizmalarının oluşturulduğu görülmektedir. Malezya açısından bakıldığında ise İngiliz sömürgesi altında iken uygulanmaya başlayan “*evlilik kayıt birimi/görevlisi*”nin formatının değiştirilerek ve detaylandırılarak uygulanmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Her ikisi açısından bakıldığında yeni dönemde, devletlerin aile hukukunu kontrol etmek hususunda istekli ve cesur olduklarını ve kendi öz birikimlerini göz ardı etmediklerini söyleyebiliriz. İki kanun da devlet kontrolünde süreçleri farklı olmak kaydıyla hakimlerden istifade etmişlerdir. İki kanunun, devlet kontrolüne neden ihtiyaç olduğu sorusuna verdiği cevapların da ortak olduğunu ifade edebiliriz. Elbette her ikisinde de ilk amaç, toplumdaki ailevi ilişkilerinin düzenli hale getirmektir. Bunun dışında evliliklerin hukuka uygun yapılmasını temin etmek iki kanunun ortak hedefidir.

Her iki kanun da devletin aile hukukunu kontrol ederek kadınların haklarını daha iyi korumayı hedeflemişlerdir. Bu durum, HAK’ın gerekçesinde açıkça yazılmış iken IFLA 1984, getirdiği düzenlemeler ile bu amaca sahip olduğunu ortaya koyuyor. Örneğin her iki mevzuat da evlenme ehliyetine sahip kişinin kendi iradesiyle evlenmesi hususunda veli rızasını farklı usullerle de olsa hâkim kontrolüne tabi tutmaktadır. Bununla beraber IFLA 1984’de HAK’a nazaran kadınların başka açılardan lehine olan hükümleri içerdiğini görüyoruz. Nitekim, IFLA 1984, mehrin değeri ve özellikleri, müeccel olması halinde ne zaman ödeneceği hususu kayıt görevlisine bildirilme zorunluluğu getirmiştir. HAK ise mehre 11 madde ayırmışken bunun devlet kontrolünde olmasını sağlayacak bu şekilde bir mekanizma oluşturmamıştır.

IFLA 1984, HAK’a göre daha detaylı ve sistematik bir süreç getirmiştir. Evlilik öncesi sağlık testi, evlilik ile ilgili eğitime katılma gerekliliği, sadece aile hukuku ilişkilerini organize eden ayrı resmi bir birim kurması, mehri kontrol mekanizması içerisinde dahil etmesi gibi hususlar IFLA 1984’de mevcut iken HAK da mevcut değildir. HAK’ın bu açıdan bakıldığında daha yüzeysel düzenleme getirdiği ifade edilebilir. Bunda elbette HAK’ın daha hızlı hazırlanması, ülkenin içerisinde bulunduğu politik durumun etkisi vardır.

Ç. Mezhep Tercihi

Bilindiği üzere Osmanlı Devleti'nde Hanefi mezhebi belirli bir yüzyıldan itibaren resmi mezhep olarak kabul edilmiş; devlet kodifikasyonlarını ve uygulamasını bu mezhep doğrultusunda hazırlamış ve yürütmüştür⁸³. Öte yandan Malay halkının çoğunluğunun Şafii mezhebi itikatlarına tabi olduğu bilinmektedir. Bu başlık altında, anılan mezhep tercihlerinin söz konusu kanunlara yansımaları incelenir.

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HAK'ı gerek İslam hukuk tarihi gerekse Osmanlı hukuk tarihi açısından orijinal kılan hususlardan bir tanesi, dört Sünni mezhebin içtihatlarından istifade edilerek hazırlanmış olmasıdır. Kararnamenin hiçbir maddesinde tüm mezheplerden istifade edildiği açıkça yazılmamıştır. Ancak gerekçede "... bazı mesâilde gerek fukâha-yı Hanefiyye'den ve gerek mezâhib-i saire erbabından bazı eâzımın ictihâd ve fetvası muâmelât-ı nâsa daha mülâyim ve ihtiyacât-ı asra daha muvafık görülerek tercihan lâhiyaya dercedildiğinden..." denilmek suretiyle bu husus net bir şekilde ortaya konmuştur⁸⁴. Gerekçede böylece neden diğer mezheplere de dayanıldığı ortaya konmuştur. Buna göre, çağın ihtiyaçları diğer mezheplerin içtihatları ile karşılanabilecektir. Kararname gerekçesinde çok eski tarihlerden bu yana devletlerin belirli bir mezhebe bağlı düzenlemeler getirdiklerini ancak zamanın geçmesi ile devletlerin çağın ihtiyaçlarını karşılayan diğer görüşlere de dayandıklarını ifade etmiştir⁸⁵. Bununla beraber, Hanefi mezhebine sıkı bir şekilde dayanan Mecelle'nin uygulanmasının üzerinden geçen yaklaşık 40 yıllık tecrübe de böylesi bir tercihin nedeni olarak ifade edilmiştir⁸⁶.

HAK md 7'de düzenlenen 12 yaşını tamamlamayan erkek ile 9 yaşını tamamlamayan kız çocuğunun velisi tarafından dahi evlendirilemeyeceği hükmü İbn Şübrüme'nin⁸⁷ ve akıl hastalarının sadece zaruret halinde velileri tarafından evlendirilebileceği hükmü İmam Şafii'nin içtihadına dayanmaktadır. Nikah akdi

⁸³ Cin, Akyılmaz, 4. Baskı, s. 89.

⁸⁴ Aydın, Osmanlı Aile, s. 242.

⁸⁵ Gerekçede örnek olarak Roma hukukunun gösterilmesi dikkate değerdir; Aydın, Osmanlı Aile, s. 240.

⁸⁶ Aydın, Osmanlı Aile, s. 192.

⁸⁷ Şükrü Özen, "İbn Şübrüme", TDVİA, cilt 20, Ankara 1999, s. 380.

enasında kocanın tek eşli kalmasının şart koşulması ise Hanbeli içtihadı ile oluşturulmuştur⁸⁸. Evlenme ehliyetine sahip olan kızın, evlenmek üzere hâkime başvurması üzerine durumun veliye bildirileceği ve itiraz etmez ya da itirazı geçerli olmaz ise evliliğe müsaade edileceği hususu ise Maliki mezhebinin içtihadına dayanmaktadır. Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür⁸⁹. Görüldüğü üzere HAK, çağın gereklerine uygun bir şekilde dört Sünni mezhepten istifade etmiştir.

2. Malezya İslam Aile Hukuku (Federal Bölge) Kanunu 1984

IFLA 1984 de diğer mezheplerden istifade edilerek hazırlanmıştır. Bu husus kanunda açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanunun 2'inci maddesi, kanunda kullanılan teknik terimlerin tanımlarını içermektedir. Bu tanımlar arasında “*Hüküm Şeria*” da mevcuttur. Bu ifade etimolojik olarak İslam hukuku demektir. Kanun ise bu hükmü “*herhangi bir tanınmış mezhebe göre İslam hukuku*”⁹⁰ şeklinde tanımlamıştır. Bu şekilde, her ne kadar ülkede Şafii mezhebi ağırlıklı inanç olsa da diğer mezhepler de aile hukuku konusunda dayanak olarak kullanılabilir. Dolayısıyla kanun tek bir mezhebe bağlı olarak bir norm getirmemiştir. Malay öğretisi tanınmış mezhep ifadesinden Şafii, Maliki, Hanefi veya Hanbeli mezhebinin kastedildiğini belirtmektedir⁹¹.

Öğreti, tek bir mezhebe bağlı kalınmamasını, diğer mezheplere de işaret edilmesini, İslam hukukunda “*siyaset-i şeriye*” ile ilişkilendirmekte; bu sayede çeşitli mezheplerin görüşlerine dayanarak, toplumun ihtiyacına en iyi çözümün bulunabileceğini ve toplumsal refahın daha iyi sağlanabileceğini ifade etmektedir⁹². Bu teorik yaklaşımın, Malay uygulamasına da yansıdığı görülmektedir. Örneğin, kadın haklarının toplum gündeminde yer tutmasına bağlı olarak, ülkede birçok kadın, izdivaçlarını, velayeti icbarı şart koşan Şafii ekolüne dayan-

⁸⁸ Cin, Akylmaz, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, s. 410.

⁸⁹ Nikah için kullanılan sözcükler, ikrah (tehdit) ile gerçekleşen nikâh ve talakların (boşanma) ve sarhoşun boşamasının geçerli olmaması, kadına belirli sebeplerin varlığı halinde kazai boşanma (tefrik) hakkının tanınması diğer mezheplere dayanarak Kararnameye alınmıştır; Cin, Akylmaz, 5. Baskı, s. 371; Aydın, Osmanlı Aile, s. 192.

⁹⁰ İlgili hüküm şu şekildedir. "Hukum Syara' " means Islamic Law according to any recognized Mazhab."

⁹¹ Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 40.

⁹² Saidon, Kamaruddin, Arifin, Ibrahim, Sahari, s. 40.

maktan ziyade bu konuda daha esnek bir sistem geliştiren Hanefi ekolüne dayandırmak istemişlerdir⁹³.

Ancak kanun hükümleri tesis edilirken, Şafi ekolünün ağırlığının olduğunu ifade edebiliriz. Örneğin Malay öğretisi, nafaka, geçim yükümlülüğü gibi ekonomik destek ve sorumluluklara ilişkin yirmiden fazla hükmün, klasik şafi ekolüne göre hazırlandığını ifade etmektedir⁹⁴. Ayrıca, ülkede şeriye mahkemelerinin Şafi ekolüne göre karar verdikleri bilinmektedir. Örneğin evlilik sırasında veya boşanma sonrasında erkeğin kadına veya aileye yönelik ekonomik desteği (nafaka, geçim vs) Hanefi mezhebine göre erkeğin durumu dikkate alınarak hesaplanırken; Şafii mezhebine göre hem erkeğin hem de kadının sosyal statüsü beraber değerlendirilmektedir. Malezya'daki şeri mahkemelerin de bu noktada Şafi ekolünü takip ettiği ifade edilmiştir⁹⁵. Örneğin Sakdiah ile Ahmad arasında boşanma davasında Kedah yüksek mahkemesi kararını Şafi hukukçu Şeyh Zakeriya el Ensari'nin Sunan el-Matalib bi Syarhi Rawd el-Matalib'e dayanarak vermiştir. Bu vakada mahkeme, kadına iki seçenek sunmuştur: Ya nafaka için kocasının işe girip para kazanmasını bekleyecek ya da ilk seçeneği reddederek evliliğin feshine karar vermesini talep edecektir⁹⁶.

3. Mezhep Tercih Açısından Mukayese

İki kanunun da yeni içtihad döneminde tüm mezheplerin görüşlerine dayanması, İslam hukuk tarihi açısından dikkate değer bir tespittir. Bu açıdan bakıldığında HAK'ın böylesi bir yöntemi tercih eden ilk kanun olması, kendi geçmişindeki dönüşümün isabetli olduğunu ortaya koyar. Yeni içtihad döneminde dünyada meydana gelen sosyo-kültürel, ekonomik, politik ve hukuki gelişmeler, İslam aile hukuku alanında kodifikasyonlarında tüm mezheplerden yararlanmanın gereklilik olduğunu ortaya koymaktadır. Elbette devletler, böylesi bir tedvin girişiminde ağırlıklı olarak kendi mezheplerine dayanmaktadırlar.

İki kanunda da kendisine farklı olan mezhebin görüşlerini tercih edilmesi dikkate değer bir tespittir. Bunlar arasında her iki kanunda da ortak hükümlerin mevcut olması ciddi bir tespittir. Örneğin hem HAK hem IFLA 1984 İbn Şüb-rüme'nin içtihadına dayanarak evlilik için alt limit getirmiştir. IFLA 1984'ün

⁹³ Azezi, Zakariyahii, Abdul Shukor, Salleh, s. 1760 vd.

⁹⁴ Abdullah, Monsoor, Johari, Radzi, s. 367.

⁹⁵ Abdullah, Monsoor, Johari, Radzi, s. 366.

⁹⁶ Abdullah, Monsoor, Johari, Radzi, s. 374.

8'inci maddesine göre 18 yaşından küçük erkek ve 16 yaşından küçük kadının şeriye mahkemesi hâkimi izin vermediği müddetçe evlenemeyeceğine amirdir. Burada hâkimin izin verebilmesi alt yaş limiti için bir istisna teşkil etmektedir. Öte yandan HAK md. 7'e göre 12 yaşını tamamlamayan erkek ile 9 yaşını tamamlamayan kadının kimse tarafından evlendirilemez. HAK'ın bu konudaki tutumu görüldüğü üzere daha nettir. Ancak her ikisi de kendi mezheplerinin dışındaki içtihadı dayanarak bir alt limit getirmişlerdir.

Keza her iki kanun, evlenme ehliyetine sahip olan kızların veli izinlerinde hâkim denetimini ön plana çıkararak Maliki mezhebine dayanmışlardır. IFLA 1984'ün 13A maddesine göre evlilik için tarafların rızaları olması gerekmekte, bununla birlikte kadının velisinin yeterli bir neden olmaksızın evliliğe izin vermemesi halinde, kadına hâkim izniyle evlenebilme hakkı vermektedir. HAK md. 8'e göre de 17 yaşını tamamlamış bir kadın, kendi rızası ile evlenmek için hâkime başvurduğunda bu durumun veliye tebliğ edileceği, veli itiraz etmez ise ya da itirazı geçerli sayılmaz ise izdivaca izin verileceği amirdir. Her iki kanunun da kadınların kendi rızaları ile evlenmelerinde velilerinin rolleri daha pasif duruma getirilmektedir. Bu benzerlikler, farklı mezheplerle de olsa İslam hukukunun çağın koşullarına uygun düzenlemelere haiz olduğunu göstermektedir.

Bu noktada ifade edilmesi gereken diğer husus, ülkelerin İslam hukukunun asli kaynaklarında net bir şekilde düzenlenmiş olan ve doğal olarak tüm mezheplerin hemfikir oldukları hükümleri kendi kanunlarına olduğu gibi almış olmalarıdır. Örneğin Nisa Suresinin 23'üncü ayetinde düzenlenen evlenme engelleri, HAK md. 17'de, IFLA 1984'de de 9'uncu madde de düzenlenmektedir. Her iki kanun hükmü, ayet hükmüne uygun bir şekilde öz itibarıyla aynıdır. Keza, nikah akdinin sıhhat şartı olan iki şahit koşulu, tüm mezheplerde kabul edilmekte olup, bu durum HAK md 34'de, IFLA 1984'de 21'inci maddede düzenlenmektedir.

D. Kanunları Kişi Bakımından Uygulanması Açısından Kıyaslama

Bu başlık, söz konusu kanunların kimler için çıkarıldığını, bir başka ifade ile bu kanunun kimler için uygulanabileceğini tartışır.

Her iki kanun İslam aile hukukunu tedvin etmiş olsa da kanunların muhatap oldukları kesim birbirinden farklıdır. IFLA 1984, sadece federal bölgede (ülkede) yaşayan Müslümanlar için geçerli bir normdur. Nitekim bölgede bulunan gayrimüslimler için daha önce de ifade edildiği üzere münferit bir kanun çıkara-

rılmıştır. Bu noktada IFLA 1984, kimin Müslüman olarak nitelendirileceğini hükme bağlamıştır. Kanunun 5'inci maddesine göre bu kanunun amaçları doğrultusunda bir kişinin Müslüman olup olmadığına dair bir ihtilaf ortaya çıkarsa, bu ihtilaf, o kişinin inanç, davranış, karakter veya kişinin ihmalleri dikkate alınmaksızın genel itibar ölçüsüne göre karar verilir. Kanunun bu noktada epey esnek olduğu anlaşılmaktadır. Açıkça ifade edilmemiş olsa da kişinin ibadetlerini yapmaması, inancını ortaya koymaması, davranışlarının İslam hukukuna uygun olmaması gibi durumlar sorgulanmadan kişinin Müslüman olup olmadığına karar verilecektir.

Öte yandan HAK sadece Müslümanlar için değil aynı zamanda Hıristiyan ve Yahudiler de çıkarılmıştır. Kanunun bazı hükümleri nişanlanma örneğinde olduğu gibi, bu üç dine mensup kişiler için de geçerli sayılmıştır. Bunun dışında kanunun bazı hükümleri sadece Hıristiyanlara, bazı hükümleri sadece Yahudilere uygulanacaktır. Örneğin kanunun evlenme yasaklarına ilişkin ikinci babının 13-19 maddelerinden müteşekkil olan birinci fasıl Müslümanlar; 20-26 maddelerinden oluşan ikinci fasıl Yahudiler; 27-32 maddelerine havi üçüncü fasıl Hıristiyanlar için oluşturulmuştur. Üç farklı cemaat için farklı hükümlerin konması, bu grupların homojen olmamaları, farklı dini, kültürel ve tarihi alt yapıya sahip oldukları ile makul karşılanmalıdır⁹⁷. Farklı hükümleri tek bir normda toplayan kararname, aynı zamanda dağınık yargı mercilerini kaldırıp tek bir yargı mercii oluşturmuştur. Bu bağlamda cemaat mahkemeleri ilga edilmiştir. Bu tercih, daha evvel de ifade edildiği gibi gayrimüslimler tarafından çok ciddi tenkit edilmiş ve kararnamenin hızlı bir şekilde ilga edilmesinin alt yapısını oluşturmuştur.

İki kanun bu açıdan kıyaslandığında farklı dini, kültürel ve tarihi birikime sahip cemaatlerden oluşan devletlerde aile hukuku alanında tek bir hukuk normu ve tek yargı merci oluşturmanın toplumsal meşruiyetinin olmadığı anlaşılır. Bu noktada HAK tecrübesi, kendisinden daha sonra yürürlüğe giren İslam aile kanunları açısından önemli bir merhale olmuştur. Bu bağlamda Malezya'da Müslümanlar için ayrı, gayrimüslimler için ayrı normları çıkarılması, toplumsal meşruiyetin kazanılmasında önemli bir etken gibi durmaktadır.

⁹⁷ Aydın, Osmanlı Aile, s. 191.

E. Kanunları Sistematiği Açısından Kıyaslama

İki kanun bölümlendirme, alt başlıklandırma ve madde sayıları açısından birbirinden farklılık arz etmektedir.

2 kitap 157 maddeden oluşan HAK'ta toplam 9 bab vardır. Birinci kitap evlenmeye ilişkin olup, birinci babında, nişanlanma, evlenme ehliyeti; ikinci babında evlenme yasakları düzenlenmiştir. Aynı kitabın üçüncü babı, nikah akdini ve denklığı; dördüncü babı fasit nikahı; beşinci babı nikahın hükümlerini; altıncı babı mehri düzenlemiştir. İkinci kitap ise boşanmaya ilişkindir. Bu kitabın birinci babı genel hükümler, rici ve bain talak, tefrik hakkındadır. İkinci babı Hıristiyanların boşanmalarına ilişkindir. Üçüncü babı ise iddet ve nafakaya ilişkindir. Kanunun son üç maddesi ise çeşitli hükümler başlığı altında düzenlenmiştir. Kararname, Hıristiyan ve Yahudilere ayrı hükümlerin uygulanacağı halde bablar içerisinde ayrı fasıllar açmıştır.

IFLA 1984'e baktığımızda 135 madde ve 10 bölümün düzenlendiğini görüyoruz. Birinci bölüm başlangıç hükümlerini, ikinci bölüm evliliği, üçüncü bölüm evliliklerin kayıt işlemlerini, dördüncü bölüm evliliklerin kayıt işlemleri ve nikah ile ilgili cezai hükümleri, beşinci bölüm boşanmayı, altıncı bölüm kadın eşin, çocukların ve diğerlerinin bakımlarını, yedinci bölüm vasilığı, sekizinci bölüm federal bölge dışındaki evlilikler gibi çeşitli hükümleri, dokuzuncu bölüm cezai hükümleri ve onuncu bölüm genel hükümleri düzenlemektedir.

Her iki kanunun odaklandığı noktalar birbirinden farklı olmuştur. Örneğin HAK'da cezai hükümler yok iken, IFLA 1984 cezai hükümler tedvin etmiştir. IFLA 1984'de yer alan cezai hükümler de eşlerin evlilikten ötürü sorumluluklarını yerine getirmemesi halinde uygulanacaktır. Örneğin kanunun 128'inci maddesine göre erkek, eşine adil davranmaz ise bin ringgiti geçmemek üzere para cezası veya 6 ayı geçmemek üzere hapis cezası veya hem para hem de hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁹⁸. İki kanunun odaklandığı noktaların farklı

⁹⁸ Günümüzde bu hükmün pratiğe pek yansımadağı zira Malay toplumun bu hükümden yeteri kadar haberdar olmadığı ileri sürülmektedir; All Answers Ltd, 'Rights between Men and Women in Islamic Family Laws (IFL)' (Lawteacher.net, May 2019) <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/family-law/rights-between-men-and-women-law-essays.php?vref=1>> e.t. 17 May 2019. Bu nedenle bu gibi kadınlar lehine olacak hükümler sivil toplum örgütleri vasıtasıyla duyurulmaya çalışılmaktadır; <http://www.musawah.org/wp-content/uploads/2019/03/Malaysia-Overview-Table.pdf> 17.5.2019. Öğretinin de bu gibi alanlarda çalışmalar yaptığı görülmektedir; Roslina Che Soh Yusoff, Nora Abdul Hak Norliah Ibrahim, "Adequacy of Legislation in Protecting the Rights

olduğunu ortaya koyan bir başka konu da mehirdir. HAK, mehri ayrı bab ve 11 madde ile düzenlemiş iken; IFLA 1984 ‘de mehir için münferit bir bölüm tahsis edilmemiştir.

SONUÇ

Coğrafi açıdan birbirine çok uzak olan Osmanlı Devleti ile Malezya Devletinin İslam hukuk tarihi açısından aynı dönemde çıkardıkları aile hukukuna ilişkin kanunlarının çeşitli açılardan mukayese edilmesi ile önemli tespit ve tecrübeler ortaya çıkmıştır.

İki ülkeyi yeni içtihat ve kanunlaştırma döneminde aile hukukunu kodifiye etmeye iten ortak gerekçe ve tespitler vardır. Bunlardan ilki, iki ülkenin siyasi otoritesinin, sahip oldukları sınırlı yasama yetkisini aile hukuku konusunda kullanmakta cesur ancak temkinli davranmış olmalarıdır. Bunda İslam hukukunun sahip olduğu zengin ancak dağınık içtihat birikiminin ve ülkelerin çıkardıkları münferit ve geçici hükümlerin rolü yadsınamaz. Bu geçici ve dağınık hükümlerin derli toplu halde kodifiye edilmesi, iki ülke için de ortak gerekçe olarak görülmektedir. Bir başka ortak gerekçe de anılan dönem içerisinde devletlerin toplumun ailevi ilişkilerini tespit ve kontrol etme gayreti içerisinde olmalarıdır. Bu noktada Osmanlı Devleti gibi bağımsız bir devlet olmanın ya da Malezya aile hukukunun ilk periyodundaki gibi sömürge devleti olmanın bir farkı yoktur. Keza kadınların toplumdaki konumlarının daha aktif hale gelmesi ve nispeten buna bağlı olarak toplumdaki sosyal ve kültürel değişiklikler de hukukunun tedvin edilmesindeki ortak sebeplerden bir tanesidir. Bununla beraber, iki ülkenin de diğer hukuk alanlarındaki tedvin hareketlerinden sonra aile hukukuna yönelmeleri temkinli davrandıklarını göstermektedir.

Bu ortak gerekçeler dışında elbette farklı sebepler de söz konusudur. HAK’ın ortaya çıktığı sosyo-politik ortam ile IFLA 1984’ün ortaya çıktığı durum birbirinden farklıdır. HAK, ülkenin içinde bulunduğu kötü gidişatı engellemek için normatif düzenlemelerin yapıldığı bir ortamda çıkmış iken; IFLA 1984 genç bir ülkenin eksikliklerini tamamlama gayreti gösterdiği bir konjonk-

of Muslim Women Against Spousal Violence in Malaysia” Australian Journal of Basic and Applied Sciences, cilt 6, sayı 11, 2012, s. 321. Bu hüküm öğretide çokeşli erkekler için de uygulanacağı şeklinde yorumlanmıştır; Zuliza Mohd Kusrin, Mohd Zaini Nasohah, Noor Lizza Mohd Said, “Review on The Provision of Polygamous Marriage in Malaysia, Isu Syariah & Undang-undang Siri” cilt 21, s. 122. <http://ukmsyariah.org/terbitan/wp-content/uploads/2015/12/10-Dr-Zuliza-Mohd-Kusrin.pdf> 17.5.2019.

türde kabul edilmiştir. Keza, Malezya’da gayrimüslimler için çıkarılmış olan aile kanununun varlığı, Müslümanlar için de bu yönde kanun çıkartmayı gerekli kılmıştır. Benzer durum Osmanlı Devleti için söz konusu değildi. Bu farklar, kanunların farklı sistematik ile hazırlanmalarını ve odaklandıkları hususların birbirinden farklı olmasını beraberinde getirmiştir.

IFLA 1984’ün toplumda daha iyi karşılık gördüğü, daha uzun süre uygulanması ile anlaşılmaktadır. Bunda gayrimüslimler için ayrı kanun ve yargı merciinin mevcut olmasının, daha uzun sürede ve geçmişteki benzer tecrübelerden istifade edilmesinin, maddelerinin “İslam hukuku”na atıf yapmasının etkisi vardır. Esasında bu tercihler, beraberinde eleştiriyi de getirmiştir. Zira Müslüman-Gayrimüslim evliliklerinin hangi rejime tabi olacağı sorununun oluşmuş; aile hukukuna ilişkin hukuki boşluklar varlığını sürdürmüştür. IFLA 1984’ün bu tercihi, normları oluştururken hatayı minimize etmiş ve uygulamaya esneklik sağlamıştır. Dolayısıyla bu tercih, kanunun kendisini HAK örneğinde olduğu gibi topyekûn eleştirilerden kurtarmıştır. Ancak HAK’ı bu nokta çok sert bir şekilde eleştirmemek gerekir zira, HAK’ın önünde IFLA 1984’de olduğu gibi modern tarzda aile hukuku normlar yoktu.

Her iki kanun, devletin aile hukukunu kontrol edecek mekanizmaları, İslam hukukunda bu yönde zorlayıcı bir hüküm olmamasına rağmen, klasik fıkıh teorisine göre daha sıkı ve detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Osmanlı Devleti açısından bakıldığında klasik dönemde görülen denetimin, formatının değiştirilmesi ve yeni kontrol mekanizmalarının oluşturulduğu görülmektedir. Malezya açısından bakıldığında ise İngiliz sömürgesi altında iken uygulanmaya başlayan “*evlilik kayıt birimi/görevlisi*”nin formatının değiştirilerek ve detaylandırılarak uygulanmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Her iki kanunun bu yönde detaylı ve sıkı bir denetim getirmesinin amaçlarından bir tanesi, kadınların haklarını daha iyi korumaktır. IFLA 1984, HAK’a göre daha detaylı ve sistematik bir süreç getirmiştir. Nitekim, evlilik öncesi sağlık testi, evlilik ile ilgili eğitime katılma gerekliliği, sadece aile hukuku ilişkilerini organize eden ayrı resmi bir birim kurması, mehri kontrol mekanizması içerisinde dahil etmesi gibi hususlar IFLA 1984’de mevcut iken HAK da mevcut değildir.

İki kanunun da anılan dönemde dört Sünni mezhebin görüşlerine dayanması dikkate değer bir tespittir. Bu açıdan bakıldığında HAK’ın böylesi bir yöntemi tercih eden ilk kanun olması, kendi geçmişindeki dönüşümün isabetli olduğunu ortaya koyar. İki kanunda da kendisine farklı olan mezhebin görüşlerini tercih edilmesi ve bunlar arasında her iki kanunda da ortak hükümlerin mevcut

olması önemlidir. Bu tespit aynı zamanda İslam hukukunun her çağın ihtiyaçlarını karşılayabilecek zengin içtihat havuzuna sahip olduğunu göstermektedir. Kanunları bu yönde tercihe iten sosyo-politik nedenler arasında en etkili olanı kadınların toplumdaki konumlarının değişmesidir. Zira iki ülke de artık kadınların lehine olan içtihatlardan istifade etmek istemişlerdir.

HAK tecrübesi ve onun açmış olduğu ufku IFLA 1984'e faydası olduğu görülmektedir. Aile hukukunun modern tarzda kodifiye edilebileceği, HAK ile başlamaktadır. Kendisinden sonra birçok ülke de olduğu gibi Malezya da aile hukukunu tedvin etmiştir. HAK'ın tercih etmiş olduğu tüm mezheplerden istifade etme yönteminin aynı şekilde IFLA 1984'de de görülmesi HAK'ın önemini ortaya koyar. İslam hukuk tarihinde ilk kez HAK ile kodifiye edilen nişanlanma müessesinin IFLA 1984'de de yer alması, HAK'ın bu yöndeki girişiminin tutarlı olduğunu göstermektedir. Ayrıca, HAK'ın Müslüman ve Gayrimüslimler için tek bir norm düzenlemesinin toplumsal meşruiyetinin olmaması, kendisinden daha sonra yürürlüğe giren İslam aile kanunları açısından önemli bir merhale olmuştur. Bununla beraber IFLA 1984'ün HAK'ın tüm tecrübesinden istifade etmediği de açıktır. Nitekim IFLA 1984 maddeleri, birçok aile hukuku müessesesinde İslam hukukuna atıf yaparken, HAK daha net hükümler içermektedir. HAK'ın bu yöndeki tercihi, zengin ancak dağınık aile hukuku içtihatlarını bulma konusunda uygulamaya yardımcı olmak gayesini taşımakta idi. IFLA 1984 bu tecrübeden istifade etmemiş ve bu açıdan eleştirilmektedir.

İki ülke, aile hukuku kodifikasyonları açısından kıyaslandığında şu dersler çıkarılabilir: Ailevi ilişkileri düzenleyen normlar tek çatı altında, derli toplu ve modern bir şekilde düzenlenmelidir. Müslümanlar ile gayrimüslimler için ayrı aile kanunları çıkarılmalıdır. Zira farklı dini, kültürel ve tarihi birikime sahip cemaatlerden oluşan devletlerde aile hukuku alanında tek bir hukuk normu ve tek yargı merci oluşturmanın toplumsal meşruiyeti yoktur. Norm çıkartılırken toplumun içerisinde bulunduğu sosyal, kültürel ve politik konum dikkate alınarak, dört Sünni mezhepten istifade edilmelidir. Ülkeler, kendi örf ve adetlerine dikkat etmelidirler. Çağımızda aile hukukuna ilişkin hükümler daha spesifik ve net olmalıdır. Ailevi ilişkileri düzenleyen normlar uzun tartışmalar, istişareler ile hazırlanmalı, aceleci davranılmamalıdır.

KAYNAKÇA

“One system, one wife = Less Trouble” New straits Times, 9 Ocak 2003.

Abdullah Raihana, “A study of Islamic Family Law in Malaysia: A Select Bibliography”, International Journal of Legal Information, Cilt 35, Sayı 3, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2007.

Abdullah Raihanah, Taslima Monsoor, Fuadah Johari, Wirdati Mohd Radzi, “Financial support for women under Islamic family law in Bangladesh and Malaysia”, Asian Journal of Women's Studies, cilt 2, sayı 4, 2015, (doi: 10.1080/12259276.2015.1106853)

Akgündüz Ahmet, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986

Akyılmaz Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Matbaa, Konya 2000

All Answers Ltd, 'Rights between Men and Women in Islamic Family Laws (IFL)' (Lawteacher.net, May 2019) <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/family-law/rights-between-men-and-women-law-essays.php?vref=1>> e.t. 17 May 2019.

Ansay Sabri Şakir, Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar, AÜHFY, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1952.

Apis Afi, “Brief notes on Islamic Family Law”, https://www.academia.edu/3764252/BRIEF_NOTES_ON_ISLAMIC_FAMILY_LAW e.t.: 15.5.2019.

Atar Fahrettin, Kadı, TDVİA, cilt 24, İstanbul 2001.

Aydın Mehmet Âkif, Osmanlı Aile Hukuku, Klasik Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2018.

Azeezi Yusuf Abdul, Zakariyahii Luqman, Abdul Shukor Syahirah, Salleh Ahmad Zaki, “Codification Of Islamic Family Law In Malaysia: The Contending Legal Intricacies” Science Internaional (Lahore), cilt 28, sayı 2.

Boynukalın Ertuğrul, “Makāsıdü’ş-Şerîa”, TDVİA, cilt 27, Ankara 2003, s. 423 vd.

Bozkurt Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, TTKY, Ankara 1996.

Che Soh Yusoff Roslina, Nora Abdul Hak Norliah Ibrahim, “Adequacy of Legislation in Protecting the Rights of Muslim Women Against Spousal Violence in Malaysia” Australian Journal of Basic and Applied Sciences, cilt 6, sayı 11, 2012

Cin Halil, Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, 4. Baskı, Konya, 2011.

Cin Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, s. 124.

Cin Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Konya 1988

Çakır Serpil, Osmanlı Kadın Hareketi, İstanbul 1996

Gökalp Ziya, Türkçülüğün Esasları, Kültür Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1976.

Hak Dr Nora Abdul, “Role Of The Conciliatory Committee And Hakam (Arbitrator): The Practice And Provisions Of The Islamic Family Law In Malaysia”, Meeting the Challenges of Law in Asia – Second Asian Law Institute (ASLI) Conference, Singapor 2005.

<http://jafbase.fr/docAsie/Malaisie/Mariage&Divorce.PDF> (e.t.: 17.5.2019)

http://www.commonlii.org/my/legis/consol_act/mwa19571990222/ (e.t.: 17.5.2019)

<http://www.musawah.org/wp-content/uploads/2019/03/Malaysia-Overview-Table.pdf> (e.t.: 17.5.2019).

<http://www.sierra-leone.org/Laws/Cap%2096.pdf> (e.t.:15.04.2019)

http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/f831ccddd195843f48256fc600141e84/936935170ffea75e4825752b001135cb?OpenDocument (e.t.: 17.5.2019)

http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/f831ccddd195843f48256fc600141e84/936935170ffea75e4825752b001135cb?OpenDocument (e.t.: 17.5.2019)

http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/100ae747c72508e748256faa00188094/fe3047307ed43d074825768d00091526?OpenDocument (e.t.: 17.5.2019)

https://en.wikipedia.org/wiki/Jawi_alphabet (e.t.: 17.5.2019)

<https://islamansiklopedisi.org.tr/malezya> (e.t.:23.05.2019).

https://ms.wikipedia.org/wiki/Undang-undang_Malaysia (e.t.:27.3.2019).

<https://www.muslimtents.com/sistersinislam>

https://www.romm.gov.sg/about_romm/romm_profile.asp (e.t.: 17.5.2019)

https://www.romm.gov.sg/resources/young_couples.asp (e.t.: 17.5.2019)

<https://www.sistersinislam.org.my/> e.t.: 15.5.2019

İlhan Cengiz, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Jaeschke Gotthard, , “Türk Hukukunda Evlenme Aktinin Şekli”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 19, sayı 1-2, 1953.

Karaman Hayrettin, İslam Hukuk Tarihi, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/tarih/> e.t: 23.05.2019.

Kırca Ersin, Kevser Şeker, Arşiv Belgelerine Göre Osmanlıda Kadın, BOA, Yayın no 137, İstanbul 2015.

Kurnaz Şefika, Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839–1923), Ankara 1991

Küçüktiryaki Ahmet Yasin, Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Mansor Majdin Mohamad Firdaus bin, "The Administration of Muslim Affairs in the Straits Settlements During the 19th Century" IIUM Journal of Religion and Civilisational Studies (IJECS) 1:1 IIUM Yayınları 2018.

Md Salleh Anis Shuhaiza, Ahmad Noor 'Aza, "Cross Boundary Marriage Under Malaysian Family Law: Between a Dream of Life and Reality of Legal Requirements," Journal of Politics and Law cilt 3, sayı 2, 2010 (doi:10.5539/jpl.v3n2p148).

Neo Jaelyn Ling-Chien, "Anti-God, Anti-Islam And Anti-Quran": Expanding The Range Of Participants And Parameters In Discourse Over Women's Rights And Islam In Malaysia" Pacific Basin Law Journal, cilt 21, sayı 1, 2003.

Ortaylı İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2000.

Özen Şükrü, "İbn Şübrüme", TDVİA, cilt 20, Ankara 1999.

Qureshi Mohammed Ahmad, Muslim Law of Marriage, Divorce and Maintenance, Deep & Deep Yayınları, New Delhi 1995.

Rajendra Nagendiram, The Straits Settlements 1867-1874, Yüksek Lisans tezi, Avusturalya Ulusal Üniversitesi, Asya Araştırmaları, Kambere 1976.

Sadreddin Efendi, "Hukuk-I Aile Ve Usul-İ Muhâkemât-I Şer'iyye Kararname-leri Hakkında" Sebilürreşad, sayı 382- 445.

Saidon Rafeah, Kamaruddin Zaleha, Arifin Mahamad, Ibrahim Norliah, Sahari Noorul Huda, "Justification for State Intervention in Family Matters: An Analysis from the Context of Islamic Jurisprudence" Journal Of Contemporary Islamic Studies, cilt 1, Teknoloji Mara Üniversitesi Yayınları 2015.

Shuaib Farid Sufian, "The Islamic Legal System in Malaysia," Pacific Rim Law & Policy Journal, cilt 21, sayı 1, 2012, s. 89; Fikriyah.

Shuaib Farid Sufian, Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia, 2. baskı, LexisNexis, Malezya 2008.

Tamir Moustafa, “Judging in God’s Name: State Power, Secularism, and the Politics of Islamic law in Malaysia” *Oxford Journal of Law and Religion*, cilt. 3, sayı 1, Oxford 2014 (doi:10.1093/ojlr/rwt035).

Tucker Judith E. *Women, Family, and Gender in Islamic Law*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge 2008.

Urus Nur Sarah Tajul, Azhar Alias, “The Application of Fatwa in Court Decision Making” *International Journal of Law, Government and Communication*, cilt 3, sayı 9, Kelantan 2018, (<http://www.ijlgc.com/home.asm> e.t.: 23.05.2019)

Uswatul Fikriyah, “Engagement Cancellation and Its Legal Implication In Malaysia (Woman’s Rights Perspective)”, *Jurisdiction: Jurnal Hukum dan Syariah* cilt 6 sayı 2, Malezya 2015.

Yahaya Nurfadzilah, *Colonial Development Of Islamic Family Law In The British Straits Settlements And The Netherlands Indies içinde “Courting Jurisdictions: Colonial Administration of Islamic Law pertaining to Arabs in the Straits Settlements and the Netherlands East Indies, 1860-1941”*, LAPA Presentation, 14 Şubat 2011.

Yazıcı Abdurrahman, “Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efedî’nin Eleştirileri” *Ekev Akademi Dergisi*, yıl 19, sayı 62 Bahar 2015.

Zuliza Mohd Kusrin, Nasohah Mohd Zaini, Noor Lizza Mohd Said, “Review on The Provision of Polygamous Marriage in Malaysia, Isu Syariah & Undang-undang Siri” cilt 21, <http://ukmsyariah.org/terbitan/wp-content/uploads/2015/12/10-Dr-Zuliza-Mohd-Kusrin.pdf> 17.5.2019.

CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI VE SUÇUN MADDİ UNSURLARINDA HATANIN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

*Error Concept in Criminal Law and The Effect of Error on Criminal
Responsibility in The Material Aspects Of Crime*

Dr. Ali Tanju SARIGÜL*

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, öğretilerde hata kavramının konusuna göre değil, ceza sorumluluğuna etkisine göre ayrıma tabi tutulmaya başlandığı görülmektedir. Bu kapsamda kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata ayrımına yer verilmektedir. Kastı kaldıran hata nedenlerinden birisi olarak da 30/1. maddesinde suçun maddi unsurlarında hata düzenlenmiştir.

Maddi unsur hatası, genel olarak, somut olayda suçun maddi unsurlarına ilişkin hususlardaki bilgisizlik ve eksik veya yanlış bilgi olarak tanımlanmaktadır. Suçun maddi unsurları, tipte yer alan ve fiilin tipik haksızlık sayılabilmesi için bulunması zorunlu olan maddi hususlardır. Öğretilerde, hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, suçun konusu ve nitelikli unsurlar maddi unsur

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: atanju.sarigul @ hku.edu.tr, (ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-4112-0311>).

olarak kabul edilmektedir.

M.30/1’de, maddi unsurlarda yanılma halinde kişinin kasten hareket etmiş sayılmayacağı ifade edilmiştir. Ancak hata sonucunda meydana gelen suçun taksirli halinin mevcut olması durumunda fail, taksirli suçtan sorumlu olacaktır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Hata, Maddi Unsurda Hata, Ceza Kanunu, Ceza Sorumluluğu, Tipik Haksızlık.

ABSTRACT

With the entry into force of the Turkish Penal Code numbered 5237, it is seen that the concept of error in the doctrine is classified according to the effect on criminal responsibilities, not the subject of the error. Hereby, the distinction that removes the intention and affects the culpability is existed. As one of the reasons for the error that removes the the intention is regulated the material elements of the crime in Article 30/1.

Error of objective elements is generally defined as the lack of knowledge of the objective elements of the crime and incomplete or incorrect information. The objective elements of the offense are the objective matters of the type which must be present in order to be considered as typical injustice. In the doctrine, act, consequence, causal relation, perpetrator, victim, subject of the offense and aggravating elements are accepted as objective elements.

In Article 30/1, it is stated that if the objective elements are error, the person will not be considered to have acted intentionally. However, the perpetrator shall be responsible for the negligent offense if the the negligence of the crime is regulated as a result of the error exists.

KEYWORDS: Error, Error of the Objective Elements, Penal Code, Criminal Responsibility, Typical Injustice.

GİRİŞ

Hata konusu, çoğunlukla ceza hukukunun en zor bölümü olarak adlandırılmaktadır. Kanaatimizce bu görüşün nedeni, hata konusunun, diğer alanların hiçbirinde olmadığı kadar suç teorisine aşına olmayı gerektirmesi olarak görülebilir. Diğer taraftan failin esasen her şey hakkında hataya düşebilecek, diğer bir deyişle kastı kaldıran ve de kusurluluğu etkileyen tüm unsurlar üzerinde yanılabilir olması konunun kapsamını da suç teorisinin tamamını kapsayacak şekilde genişletmektedir.

Makale konusunun kapsamının genişliği dikkate alınmak suretiyle, sadece hata kavramı ve suçun maddi unsurlarında hata konusu üzerinde durulmuştur. Kastı kaldıran diğer hata halleri olan nitelikli unsurlarda hata ve hukuka uygunluk nedenlerinde hata ile kusurluluğu etkileyen hata hallerini ise, ancak ayrı yapılacak birden çok çalışmanın konusu olarak irdelenebilecek ölçüde kapsamlı olduğunu değerlendirdiğimizden, mümkün olduğu ölçüde bu konuların analizi diğer çalışmalara bırakılmıştır.

Diğer taraftan makalede konuyu sınırlamanın vermiş olduğu imkânla; çalışmada konuyu anlaşılabilir kılmak ve karşılaştırma yapabilmek adına mümkün olduğu ölçüde Alman Ceza Hukuku öğretisine de yer verilmeye çalışılmıştır.

I. HATA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Hata (*yanılma, error, Irrtum*), yanlış, yanlışlık anlamındadır. Ampirik açıdan bakıldığında, dış âleme ait bir şeyi, gerçekte olduğu gibi değil de, farklı tanımak veya gerçekte olanı yanlış algılamaktır¹.

Hata, kişinin tasavvuru, zihnden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymaması şeklinde de tanımlanabilir². Hata, gerçeğin bilinmemesi ya da yanlış biçimde tasavvur edilmesi nedeniyle iradenin bozulmasına neden olur³. Uygun-

¹ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010, s.316.

² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II*, İstanbul, 1989, s.343.

³ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2016, s.245.

suzluk, “gerçek durum” ile “tasavvur” arasındadır. Diğer bir tanıma göre ise hatadan gerçek duruma ilişkin yanlış tasavvurun aynı konudaki doğru tasavvura uymaması anlaşılmalıdır⁴.

Hata, failin zihninde geçen çeşitli eksikliklerden kaynaklanabilir. Söz konusu hatanın kaynağı, aydınlatma, nesnenin biçimi gibi dışsal nedenlere dayalı objektif nedenler olabileceği gibi, miyopi, daltonizm gibi faile özgü subjektif nedenler de olabilir⁵.

Hata kavramı, öğretilerde “bilmeme”den (*ignorantia*) farklı olarak tanımlanmaktadır. Bilgisizlik hiçbir tasavvur sahibi olmama anlamına gelmektedir. Burada yanlış bir tasavvur değil, tasavvur yokluğu söz konusudur⁶.

Bilmeme, bir şey hakkında bilgi sahibi olunmamasını veya bir şeyin eksik bilinmesini ifade ederken ve bu yönüyle negatif bir özellik taşıırken, hata eksik ya da yanlış bir bilginin yol açtığı bir kanıyı ifade eder ve bu yönüyle pozitif bir özellik taşır⁷. Bu yönü itibarıyla hatanın olumlu ve olumsuz yönü olduğu ifade edilmektedir. Kişinin belirli bir şey hakkındaki bilincindeki eksiklik, yani bilgisizlik olumsuz yönü olarak tanımlanırken, gerçekte olmayan bir şeyi tasavvur etmesi, yani tasavvurdaki hata olumlu yönü olarak belirtilmektedir⁸.

Kuşkusuz burada önemli olan ceza hukuku bakımından önem arzeden hatadır. Bu hatada; failin tasavvurunu ve dolayısıyla iradesini (*Wille*) etkileyen koşullardaki hata olarak nitelendirilmektedir⁹.

Her hata, aynı zamanda bir şey hakkında bilgisizliği gerektirmektedir. Buna karşılık herhangi bir kanaat katılmadığında, hata olmadan bilgisizlik ola-

⁴ Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, 2017, s.395.

⁵ Mehmet Cemil Ozansü, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi (5), Ankara, 2006, s.386.

⁶ Kocayusufoğlu, s.395.

⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2009, s.216; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara, 2007, s.23; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, İstanbul, 1999, s.314; Önder, s.343.

⁸ Eberhard Schmidhäuser, *Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz*, JZ 1979, s.363, (naklen Ragıp Barış Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.3).

⁹ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, München, 2009, Art.16, pa.2, s.113.

bilir. Bununla birlikte, hukukun ilgilendiği bilgisizlik, sadece bir hataya sebep olan bilmemedir¹⁰.

Hata ile bilmeme arasındaki bu farklılığa karşın, öğretide, genel olarak bu iki terim eş anlamda kullanılmaktadır ve bu durum ceza hukuku açısından bir sorun doğurmaz¹¹.

Unutma da, bilmeme ile ve dolayısıyla hata ile eşdeğer olmaktadır. Çünkü bir şeyin bilinmemesi ile unutulması aynı sonucu doğurur.

Hatanın şüphe (kuşku) ile karıştırılmaması da önem arz etmektedir. Şüphe, bir kanaatin oluşmasına engel olan fikirlerin ve tasavvurların çatışması halinde mevcut olmaktadır¹². Bu çatışma çözümlenmedikçe, kişinin bir şeyi gerçekte olduğundan tamamen veya kısmen farklı bildiği, dolayısıyla hataya düşmüş olduğu söylenemez¹³.

Gerek yanlış tasavvur, gerekse bilgisizlik halinde; kişinin bu durumun farkında olmaması şarttır. “Bilmediğini bilen” kişi yanılmış sayılamayacağı gibi, tasavvurunun doğruluğu konusunda şüphe ve tereddüt duyan kişinin hata ettiği söylenemez¹⁴.

B. Hata- Tersine Hata Kavramları

Hatanın failin tasavvuru ile objektif gerçekliğin örtüşmemesi olarak tanımlamak doğru olmakla birlikte; hatanın iki şekilde tezahür edebileceğini düşünmek gerekmektedir.

Ceza sorumluluğunu etkileyebilecek unsurların failin tasavvurunda bulunmaması halinde “hata” söz konusudur ve hukuki sorun Ceza Kanunu’ndaki kasta ve hataya ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenir.

¹⁰ Hafizoğulları, s.316; Güngör, s.23.

¹¹ Güngör, s.23; Erman, s.4; Kocayusufpaşaoğlu, s.395.

¹² Toroslu, s.216, Olgun Değirmenci, *Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*, TBB Dergisi, 2014, S.110, s.133.

¹³ Hafizoğulları, s.316.

¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s.395.

Buna karşılık failin, gerçekte varolmayan bir nesne ya da olguyu var sanmış olması hali tersine hata (*Umgekehrte Irrtum*) olarak nitelendirilmektedir¹⁵.

Tersine hatada; fail suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirdiği bilinci ile hareket etmekte, ancak hatasından dolayı maddi unsurları gerçekleştirilmemektedir¹⁶. Sözelimi, başkasının paltosunu almak isteyen fail kendi paltosunu aldığı takdirde tersine unsur yanılması içerisindedir.

Tersine unsur hatası, TCK m.30/1 de düzenlenmemiştir ve somut olayda haksızlık gerçekleşmediğinden, sorun elverişsiz teşebbüs ve işlenemez suç kuralları kapsamında çözülmektedir¹⁷.

C. Hata- Sapma Kavramları

Diğer bir tartışma konusu sapma kavramının (*aberratio ictus*) hata kavramı ile ilişkisindedir. Hata kural olarak kişinin zihnindeki gerçeklik ile objektif gerçekliğin bütünüyle örtüşmemesi nedeniyle irade üzerinde etkili olurken, sapma suçun icrası esnasında beceri eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

Öğretide sapma, yeteneği olmamaktan kaynaklanan hata olarak da tanımlanmakla birlikte¹⁸, sapma esas itibarıyla iradenin ortaya çıkmasından sonra ortaya çıktığından, subjektif temelli hata ile farklı kavramlardır.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul gören görüş, sapma halinde bir hata olmadığıdır. Seçilen araçların yetersizliği veya yetenekli bir tarzda kullanılmaması yüzünden ya da diğer herhangi bir sebepten dolayı, failin maksadını teşkil eden neticeden farklı bir netice gerçekleşmektedir¹⁹.

5237 sayılı Kanunda da öğretilerdeki görüşlerle uyumlu olarak sapma hali ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunun madde gerekçesinde de; “sap-

¹⁵ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, München, 2009, pa.2.

¹⁶ Kristian Köhl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2007, Art.16, pa.7

¹⁷ Alman Ceza Kanunu'nda da tersine hata'ya Kanun'da yer verilmemiştir. Sorun, teşebbüs ve mefruz suç hükümleri çerçevesinde incelenmektedir (Köhl, Art.16, pa.7).

¹⁸ Hafızoğulları, s.317.

¹⁹ Dönmezer/Erman, Cilt II, s.314; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2009, s.563; Koca/Üzülmez, s.249.

ma” halinde bir hatanın söz konusu olmadığı, uygulamada suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima bağlamında sorunun çözüldüğü vurgulanmıştır²⁰.

Alman Ceza Kanununda da sapma ile ilgili bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Öğretide de; şahısta hata ile farklı kurumlar olduğu vurgulanmakta; sapma haline somutlaştırma teorisi (*Konkretisierungstheorie*), şekli (*Formelle Gleichwertigkeitstheorie*) ve maddi (*Materielle Gleichwertigkeitstheorie*) eşdeğerlik teorileri ile hareket teorisi (*Tatplantheorie*) kapsamında çözüm getirilmeye çalışılmaktadır²¹.

Şahısta hata (*error in persona*) ile sapma da karıştırılmamalıdır. Her ikisi de neticede yanılma sonucunu doğurmakta ise de; şahısta hata halinde, failin iradesi farklı bir kişi üzerinde gerçekleşmektedir.

Sapma durumunda ise, failin mağdurun şahsiyeti üzerinde herhangi bir hata söz konusu değildir. Sapma, iradenin oluşumundan sonraki aşamada ortaya çıkar, yani irade herhangi bir hata olmaksızın meydana geldikten sonra, bir sebeple netice başka türlü gerçekleşir²².

Sözgelimi A’yı öldürmek isteyen failin karanlıkta A sandığı B’yi öldürmesi halinde şahısta hata söz konusu iken, A’ya ateş ettiği halde, beceri eksikliği (elinin titremesi gibi) nedeniyle B’yi vurması durumunda sapma söz konusudur²³.

D. Roma Hukuku-Borçlar Hukukunda Hata Kavramı

Hata kavramı aslında yalnızca ceza hukukuna özgü bir kurum değildir. Hata, özel hukuk alanında da çeşitli hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır²⁴.

²⁰ TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 664, s.434 vd.

²¹ <https://www.iurastudent.de/blogeintrag/lernbeitrag-die-rechtsfolgen-der-aberratio-ictus> (erişim tarihi: 3.9.2019). Alman Ceza hukuku Öğretisinde teorilerin hiçbirisinin tek başına yeterli olmadığını, somut olaya göre teorilerin değerlendirilmesi ve birbirini tamamlaması gerektiği görüşü hâkimdir.

²² Dönmezer/Erman, Cilt II, s.323; Değirmenci, s.134.

²³ Dönmezer/Erman, Cilt II, s.323.

²⁴ Güngör, s.21.

Hata türleri ile ilgili ilk temel ilkeler Roma Hukukundan kaynaklanmaktadır. Bugün pek çok ceza kanununda yer alan “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının geçmişi *Digesta*’da yer alan bu ilkeye dayanmaktadır.

Roma Hukukunda; eğer, iradesinin beyanı bir hataya dayanan kişi tarafından, bu hatalı durum bilinseydi, o kişi bu hukuki işlemi yapmayacak idiyse, hatanın esaslı olduğu kabul edilmekte; gerçek durumu bilmesine rağmen, yine de söz konusu hukuki işlemi yapacak idiyse, hatanın esaslı olmadığı söylenmekteydi. Hatanın esaslı olması halinde bunlara dayanan hukuki işlemler geçerli sayılmıyor, esaslı olmayan hataların ise hukuki işlemlerin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul ediliyordu²⁵.

Roma hukukunda, fiilin esaslı bir unsuru üzerinde yapılan hata, kişinin kusurluluğunu ortadan kaldıran, buna karşın fiilin niteliğini ağırlaştıran unsurlar üzerindeki hata ise ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak benimsenmiştir²⁶. Öte yandan hatanın, suçun ön şartını oluşturan özel hukuka ilişkin bir normatif unsur hakkında gerçekleşmesi halinde de; kural üzerinde hatanın fiil üzerinde hataya dönüştüğü ve bunun tipik suç fiiline ilişkin kastı kaldırdığı kabul edilmiştir²⁷.

Borçlar Hukuku öğretisinde ise hata, dar ve geniş anlamda hata şeklinde iki kavram altında tanımlanmaktadır. Dar anlamda hata, bir durum veya olay, kısaca gerçek hakkında bilinçli olmayan yanlış veya eksik tasavvur olarak tanımlanmaktadır. Hatada, tasavvur edilen şey gerçeğe uymamaktadır. Geniş anlamda hatada ise, bir olay veya durum hakkında bilgisizlik de bulunmaktadır. Bilgisizlik ise, bir olay ve durum veya gerçek hakkında bilgi yokluğunu ifade eder. Bilinçli bilmeme ise hata olarak yorumlanmamaktadır. Benzer şekilde şüphe de, hata durum veya olay hakkında doğru olmama ihtimalini içerdiğinden, hatayı ortadan kaldırmaktadır²⁸.

Borçlar Hukukunda hata zaman ya da fiili- hukuki hata gibi kavramsal yönden ayrımlara tabi tutulmakla birlikte, Kanunda esaslı-esaslı olmayan hata ayrımına yer verildiğini görmekteyiz.

²⁵ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Ankara, 2008, s.209.

²⁶ Yüksel Ersoy, *Ignoranza Ed Errore Nel Dritto Penale*, Ankara, 1968 (naklen Güngör, 28).

²⁷ Scipione PIACENZA, *Errore Ed Ignoranza de Dritto in Materia Penale Torino*, 1960 (naklen Güngör, 28).

²⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017, s.394-395.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 30. Maddesine göre; “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz”. Buna karşılık, esaslı olmayan yanılmada sözleşmenin geçerliliği kesin olup, burada yapılan sözleşmenin iptali mümkün değildir.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere, sözleşmenin geçerli olması için aranmış koşulların başında beyanın iradeye uygun olması gerekmektedir. Esaslı yanılma, sözleşmenin geçersiz kılınması sonucunu doğurmaktadır.

Kanunda esaslı yanılmanın tanımı yapılmamış olmakla birlikte; esaslı yanılma olarak kabul edilen açıklamada yanılma halleri, Türk Borçlar Kanunu m.31/I, 1-5’de, sözleşmenin niteliğinde, sözleşmenin konusunda, miktarda, kişinin kimliğinde ve kişinin niteliğinde yanılma olarak sayılmaktadır. Saik’te yanılma ise kural olarak esaslı hata sayılmamaktadır (m.32)

Görüldüğü üzere ceza hukukunda hata kavramının içeriğinin Roma Hukukuna dayandığı ve özel hukukta yapılan tasnif ve nitelemelerin ceza hukuku ile birçok noktada örtüştüğü, hata, bilmeme, şüphe gibi kavramlarının yorumlanmasında özel hukuktan yararlanması gerektiği açıktır.

II. HATA KAVRAMININ TASNİFİ SORUNU

Öğretide hata kavramı konusunda farklı ayrımlara gidildiği görülmektedir. Bu ayrımlar incelendiğinde; çoğunlukla iki ayrımın öne çıktığı görülmektedir.

Özellikle 5237 sayılı Kanun öncesi ağırlıklı olarak kullanılan fiili-hukuki hata ayrımında; hatanın etkisini fiil üzerinde ya da norm üzerinde göstermesi dikkate alınmaktadır²⁹.

Fiili- hukuki hata ayrımı, Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*) kararlarında uygulanmıştır. Buna göre fiili hata, failin kastını ortadan kaldırmakta, hukuki hatanın ise ceza sorumluluğuna bir etkisi bulunmamaktaydı³⁰. İmparatorluk Mahkemesi sonraki kararlarında ise bu ayrıma ceza sorumluluğuna ilişkin olan ve olmayan ayrımını eklemiştir. Buna göre ceza hukukunu

²⁹ Toroslu, s.219.

³⁰ Kühl, Art 16, pa.1; Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1996, s.412-413 (naklen, Erman, s.9).

ilgilendirmeyen konulardaki hukuki hata, fiili hata gibi değerlendirilecek ve failin kastını ortadan kaldıracaktır³¹.

Fiili-hukuki hata ayrımı, yukarıda da belirtildiği üzere ceza kanunları dışında kalan ve ceza kanunlarını ilgilendiren kanunlar üzerindeki hatanın etkisinin ne olacağını açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır³².

Diğer taraftan, ceza hukukuna ilişkin-ceza hukuku dışı hukuki hata ayrımının da objektif ve kesin bir şekilde yapılamayacağına ilişkin görüşler bu ayırmadaki soruna işaret etmektedir³³.

Alman öğretisinde finalist görüşün ortaya çıkmasıyla birlikte, fiili-hukuki hata ayrımı tutarsız olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁴, Welzel tarafından tipte hata kapsamına giren hukuki hatalar olduğu gibi, yasak hatası kapsamında görülebilecek fiili hatalar olduğu belirtilmiştir. Welzel, tipin normatif unsurlarında yanılmayı ilk grup, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında yanılmayı da ikinci gruba örnek olarak göstermektedir³⁵.

Alman Federal Mahkemesi Ceza Genel Kurulu, nihayet 1952 yılında vermiş olduğu kararı ile kusur teorisinin gerekçelerini benimsemiş ve tipte hata-yasak hatası ayrımını ölçüt olarak kabul etmiştir³⁶. Mahkemeye göre; haksızlık bilincinin anlamı; failin yaptığı şeyin hukuken izin verilmiş değil, yasaklanmış bir davranış olduğunu bilmemesidir. Mahkemeye göre, bir hatanın sadece hatalı bir hukuksal değerlendirmeden kaynaklanması, onun yasak hatası olduğu anlamına gelmez.

Türk hukuk öğretisinde de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, hata kavramının suçun konusuna göre değil, hukuki sonucuna ve dolayısıyla ceza sorumluluğuna etkisine göre ayrıma tabi tutulmaya

³¹ Erman, s.9.

³² Toroslu, s.218; Güngör, s.25; Erman, s.22.

³³ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, München, 1997*, 12, Kn.109. (Naklen Erman, s.15).

³⁴ Kühl, Art.16, pa.1,2.

³⁵ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, de Gruyter&Co.Berlin, 1969, s.166, 275; Hans Welzel, *Das neue Bild Des Strafrechtssystems- eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 3. Auflage, Verlag Otto Schwarz& co., Göttingen, 1957, (naklen Erman, s.13, 14).

³⁶ BGH (Bundesgerichtshof), 18.3.1952, GSSt 2/51 sayılı kararı, BGH St 2, 194.

başlandığı görülmektedir. Bu kapsamda; kastı ortadan kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata kavramları kullanılmaktadır³⁷.

Dış dünyaya ilişkin bir şeyin olduğundan farklı bir şekilde algılanması halinde “*tipiklik hatası*” (unsur hatası), normatif dünyaya ilişkin bir gerçekliğin farklı bir şekilde değerlendirilmesi halinde ise, “*yasak hatası*”ndan bahsedilir.

Tipiklik hatası bir algılama hatası, yasak hatası ise bir değerlendirme hatası olarak nitelendirilmektedir³⁸.

Aslında fiili-hukuki hata ayrımı, özellikle ceza hukuku dışındaki normlarda hata istisnası ile birlikte uygulandığında; tipte hata-yasak hatası ayrımı ile birçok noktada örtüşmektedir. Normatif unsurların çoğunluğu ceza hukuku dışı kaynaklara ilişkin olduğundan, bunlara ilişkin hata, hangi ayırım kabul edilecek olursa olsun, tipiklik hatası olarak nitelendirilecek, failin kasten hareket etmediği sonucuna götürecektir³⁹.

Ancak, tipiklik hatası-yasak hatası ayrımında; tipte hata kapsamına giren her türlü hata, suçun hukuksal değerlendirmesine dayanan normatif unsurlarda dahil olmak üzere, niteleme hatası olarak failin kastını ortadan kaldırırken, fiili-hukuki hata ayrımında farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir⁴⁰.

Ayrıca ceza kanunları dışındaki bir hatanın ne zaman fiil üzerinde bir hataya neden olduğunu veya olmadığını belirleyecek kesin ölçütler konulamakta, her somut olayda, söz konusu hatanın fiil üzerinde mi, yoksa kural üzerinde mi hataya dönüştüğünün ayrıca belirlenmesi gerekmektedir⁴¹.

Diğer taraftan yasak hatasında, önemli olan kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesidir. Bunun yanında suç olarak tanımlandığını bilmesinin bir önemi bulunmamaktadır⁴². Bu yönüyle yasak hatası kavramı ile

³⁷ Koca/Üzülmez, s.245; Mahmut Koca, *Türk Ceza Hukukunda Hata*, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009, s.82; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.553 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, 2008. s.216 vd.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, Ankara, 2013. S.437; Değirmenci, s.136.

³⁸ Koca, s.82; Koca/Üzülmez, s.245.

³⁹ Erman, s.21.

⁴⁰ Erman, s.23.

⁴¹ Toroslu, s.232.

⁴² Özgenç, s.417.

hukuki hata kavramlarının, mahiyet ve kapsam olarak farklı kavramlar oldukları görülmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından, hataya ilişkin hükümlerin 4 ve 30. maddelerde düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

TCK'nun 4. maddesi; “*Ceza kanunlarını bilmek mazeret sayılmaz*” şeklindeki ifadesi, fiili-hukuki hata tasnifinde hukuki hatanın kanuni temeli olarak nitelendirilmektedir⁴³. Düzenlemenin, Kanundaki yasak hatasına ilişkin düzenleme nedeniyle gereksiz olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁴. Bu görüşlere iştirak edilmekle birlikte, yasak hatası ve bu kapsamında Kanundaki 4. maddede düzenlemesi, makale konumuzun dışında kaldığından inceleme dışında tutulmuştur.

Kast, Kanun'un 21/1. maddesinde “*tipik haksızlığın tüm unsurlarının bilinerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Bu unsurlardan birisi hakkındaki bilgisizlik veya yanlış bilgi, failin o fiil bakımından kastını ortadan kaldıracaktır. Kanunun 30. maddesinde belirtilen hata konuları, suçun kanuni tanımında bulunan ve bilinmesi gereken unsurları ve dolayısıyla kastın kapsamına nelerin dahil olduğunu göstermesi bakımından önemlidir⁴⁵.

III. KASTI KALDIRAN HATA KAPSAMINDA SUÇUN MADDİ UNSURLARINDA HATA VE CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

A. Suçun maddi unsurlarında hata (unsur hatası) (m.30/1) (StGB m.16)

1. Genel olarak

TCK'daki düzenlemeye göre kastı kaldıran hata; suçun maddi unsurlarında (m.30/1), nitelikli unsurlarında (m.30/2) ya da hukuka uygunluk sebeple-

⁴³ Değirmenci, s.143.

⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.559; Koca/Üzülmez; daha ağır bir eleştiride bulunarak, kuralın “kusursuz ceza olmaz” ilkesiyle bağdaşmadığını, m.30/4'de düzenlenen haksızlık yanılığı bakımından farklı bir değerlendirme yapılmasının mümkün olmadığını, m. 4'deki düzenlemenin Ortaçağ'dan kalma ve tamamen lüzumsuz olduğunu vurgulamışlardır (Koca/Üzülmez, s.357); aynı yönde görüş için bkz. Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara, 2017, s.428; Sesim Soyer Güleç, *Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s.63 vd.

⁴⁵ Koca, s.83.

rinin maddi şartlarında (m.30/3) olabilir⁴⁶. Makalemizin konusunu kastı kaldıran hatalardan birini teşkil eden unsur hatası teşkil etmektedir.

TCK'nun 30. maddesi “*Fiiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” hükmünü içermektedir.

Suçun unsurlarının varlığından haberdar olma ya da olmama durumu, kastın içeriğine, bir başka deyişle kastın “bilme” unsuruna ilişkindir⁴⁷.

Günümüzde tipte yanılmanın kastı ortadan kaldıran neden olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁴⁸. Bu yönüyle tipte yanılma, kastın olumsuz yanı olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. Hata, kastın bilme unsuru ile ilgili olduğu için suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmemesi halinde kasten işlenmiş bir haksızlıktan bahsedilemez⁵⁰.

Unsur hatası, genel olarak, somut olayda suçun maddi unsurlarına ilişkin hususlardaki bilgisizlik ve eksik veya yanlış bilgi olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Dolayısıyla öncelikle, suçun maddi unsurlarının neler olduğunun ortaya konması gerekmektedir.

Suçun maddi unsurları, tipte yer alan ve fiilin tipik haksızlık sayılabilmesi için bulunması zorunlu olan maddi hususlardır⁵². Suçun maddi unsurları-

⁴⁶ Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch-StGB); 16. maddede “*suç tipindeki unsurlarda hata (Irrtum über Tatumstände)*”, 17. maddede ise “*yasak hatası (Verbotsirrtum)*” düzenlenmiştir.

⁴⁷ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku, Genel Kısım II*, Ankara, 2015, s.141.

⁴⁸ Erman, s.24.

Kast kavramının kusurluluğun değil de, tipte uygun eylem unsurunun bir parçası olarak görülmesinin doğal sonucu, kastı ortadan kaldırdığı kabul edilen hata gibi nedenlerin de eylemin kusurluluk unsuru ile ilgili bir etkide bulunmaması, dolayısıyla hukuka aykırılık veya kusurluluk gibi unsurların incelenmesine geçilmeden failin ceza sorumluluğunun doğmadığının kabul edilmesidir (Wolfgang Frisch, *Der Irrtum als Unrechts- und/Oder Schuldausschluss Im Deutschen Strafrecht*, s.236. Bkz. https://www.mpicc.de/files/pdf2/thema_iv.pdf(erişim tarihi: 19.4.2017).

⁴⁹ Önder, s.343. Jescheck, suçun unsurlarında hata anlamına gelen, esaslı hatayı (*Tatbestandsirrtum*) kastın tersi olarak tanımlamaktadır (Hans Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2007, s.33).

⁵⁰ Koca/Üzülmez, s.246; Koca, s.85.

⁵¹ Ozansü, s.386.

⁵² Koca, 84; Ozansü, s.386.

nın ne olduğu konusunda ise öğretilerde farklı görüşler bulunmakla birlikte; genel kabul gören görüşe göre hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, suçun konusu ve nitelikli unsurlar şeklinde kabul edilmektedir⁵³.

Türk ve Alman Hukuk öğretisinde suç tipinin betimleyici (*deskriptif*) ve değerlendirici (*normatif*) unsurlar ayırımına da yer verildiği görülmektedir⁵⁴. Betimleyici unsurlar, varlıkları algılama sonucu tespit edilebilen, uzun bir düşünce süreci gerektirmeyen unsurlar olarak tanımlanmaktadır⁵⁵ (Örneğin, insan, zarar verme, eşya gibi).

Normatif unsurlar ise, bunun dışında kalan, ancak bir normun varlığı ile tasavvur edilebilen (örneğin, yabancı, resmi ya da belge gibi) kavramlardır⁵⁶. Bu unsurlar suçun unsuru olarak belirtilen gerçek olaylara, dış dünyanın müşahede edilebilir konularına ilişkin unsurlardır⁵⁷.

Bu ayırım özellikle, tipiklikte hata- yorum (*niteleme*) hatası (*Subsumtionirrtum*) ayırımı açısından önem taşımakta, somut olay değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır.

Tipikliğin normatif unsurlarındaki hata ile fiilin hukuki değerlendirilmesindeki hata farklı kavramlardır⁵⁸.

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurun maddi içeriğini biliyor, fakat onun ceza hukukundaki niteliği konusunda hataya düşüyorsa, hukuki yorum hatası söz konusudur⁵⁹. Fail burada gerçekleştirdiği fiil ve olayın unsurlarında yanılmamaktadır. Olayın hukuki yorumunda yanılığa düşmektedir.

⁵³ Koca/Üzülmez, s.247; Koca, s.84; Toroslu tarafından, fiilin pozitif unsurları; davranış, davranıştan önce var olan veya onunla birlikte ortaya çıkan unsurlar, bu arada pasif süjenin özellikleri, suçun maddi konusu, davranışın gerçekleştirildiği yer, zaman ve araç gibi unsurlar ve sonuç, negatif unsuru ise; hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması olarak belirtilmiştir (Toroslu, s.229; Güngör, 56).

⁵⁴ Koca, s.85; Koca/Üzülmez, s.247; Fischer, Art.16, pa.4; Heinrich, s.145.

⁵⁵ Karl Heinz Kunert, *Die Normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1958, s.1 (Naklen Erman, s.32)

⁵⁶ Karl Engisch, *Die Normativen Tatbestandelemente im Strafrecht*, Festschrift für Edmund Mezger, München-Berlin, 1954, s.147 (Naklen Erman, s.37), Heinrich, s.145, Koca/Üzülmez, s.247.

⁵⁷ Koca, s.85.

⁵⁸ Heinrich, s.145.

⁵⁹ Erdal Yerdelen, *Ceza Hukukunda Yorum Hatası*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 25, 2014, s.78.

Sözgelimi; komşusunun köpeğine tekme atan ya da zehirleyen failin, mala zarar verme olarak değerlendirmemesi gibi yanlış nitelendirmeler, niteleme yanlıgından ibarettir ve hukuki bir önemi bulunmamaktadır⁶⁰. Dolayısıyla failin kastının varlığı kabul edilmelidir.

Tipikliğin normatif unsurlarındaki hata ise, yasak hatası gibi görünse de tipikliğin unsuruna ilişkin hata sayılmaktadır⁶¹.

Normatif unsurlara ilişkin kastın ortaya çıkması için, unsurun konusunun bilinmesinin yetmeyeceği, aynı zamanda bu nesneye ilişkin unsurun göndermede bulunduğu toplumsal ya da hukuksal norma ilişkin değerlendirme yetisinin de failde bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁶². Fail suçun tipikliğine bilgiye tam olarak sahip olduğu halde, hukuki olarak karmaşık olan ve toplumun genel kanaati ya da tartışmalı olması gibi bir nedenle düzenlemeyi yanlış biliyorsa, davranışının sosyal anlamının bilincinde değildir. Bu durum tipikliğin maddi unsurlarında yanılma kapsamında görülmektedir⁶³.

Örnek vermek gerekirse; resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturan belgenin, sırf kâğıt üzerinde bir yazı parçası olduğunun bilinmesi kast bakımından yeterli olmayıp, ayrıca hukuken önem taşıyan düşünce açıklaması içerdiğinin bilinmesi gerekmektedir. Şayet fail tipiklikteki normatif unsurun sosyal açıdan anlamını bilmiyorsa suçun maddi unsurlarında yanılma söz konusudur⁶⁴.

Ancak, fail gündelik olayların çok karmaşık ve çok tartışmalı olan hukuki yorumlanması bakımından yasal düzenlemeyi bilemiyorsa, kaçınılmaz olması durumunda yasak hatası olarak nitelendirilecektir⁶⁵.

Örneğin, beyin ölümü henüz gerçekleşmeyen, kalbi durduğu için yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşayan kişinin durumunu insan onuruna aykırı bir deney olarak değerlendiren ve hastanın aslında ölü olduğu sonucuna vararak

⁶⁰ Erol Cihan, *Ceza Hukukunda Fiili Hata*, 1971, s. 74-75 (Naklen Erman, s. 40)

⁶¹ Heinrich, s.145.

⁶² Urs Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Lehr- und PraxisKommentar (LPK-StGB)*, Art. 16, Kn.8 (Naklen Erman, s. 44).

⁶³ Heinrich, s.146, 147.

⁶⁴ Koca/Üzülmez, s.248; Yerdelen, s.94.

⁶⁵ Heinrich, s. 148.

yaşam destek ünitesini kapatan temizlik görevlisi kasten adam öldürme suçunun maddi unsurlarını yerine getirmekle birlikte; insan hayatının ne zaman sona erdiği konusunda yanılmaktadır. Bu nedenle burada tipikliğin maddi unsurlarında yanılma söz konusudur denilebilir.

Ancak kanaatimizce; fail burada suçun tipiklik unsurlarının tamamını doğru anlamakta, ancak hukukî olarak hâkim görüş kabul edilmeyen bir değerlendirmede bulunmaktadır.

Fail gündelik olayların çok karmaşık ve tartışmalı olan hukukî yorumlanması bakımından yasal düzenlemeyi bilemiyorsa, ona kural olarak önlene-meyecek olan yasak hatası olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁶. Dolayısıyla failin hatası, tipikliğin maddi unsurlarında hata değil, yasak hatası olarak değerlendirilmelidir⁶⁷.

Tipikliğin maddi unsurlarında hata-yasak hatası ayrımı bakımından, failin tartışmalı olan, örneğin "mülkiyet", "başkasına ait" gibi medenî hukuk kavramlarını tam olarak bilmesi beklenemez. Ancak failin genel toplumsal kanaate göre bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Olayın tüm unsurlarını bildiği halde, hukukî terimde yanıldığı takdirde tipikliğin maddi unsurlarında hataya düştüğü kabul edilmektedir⁶⁸.

2. Suçun konusunda hata (*error in persona vel in objecto*)

Suçun konusu, icra hareketlerinin üzerinde gerçekleştiği kişi ya da şeyi (eşyayı) ifade etmektedir⁶⁹. Dolayısıyla suçun konusu bakımından hata, şahıs hakkında olabileceği gibi (*error in persona*), eşya üzerinde de (*error in objecto*) olabilir.

Failin yanılıgı sonucunda, hedeflediği "kişi" ya da "eşya" dışında başka bir kişi/eşya üzerinde tipik sonucu ortaya çıkarması söz konusudur.

⁶⁶ Heinrich, s. 148.

⁶⁷ Heinrich, s. 149.

⁶⁸ Heinrich, s. 147.

⁶⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014, 5. Baskı, s. 446; Heinrich, s. 157; Koca/Üzülmez, s.249.

Suçun maddi konusunda yanılma iki şekilde ortaya çıkabilir. Failin tasavvuruna göre varsandığı konu ile gerçekte var olan konu birbiri ile aynı nitelikte ya da eşdeğer olabileceği gibi, nitelik (değer) açısından farklı konular olabilecektir.

Suçun hukuki konuları eşdeğer nitelikte ise, sözgelimi failin A'yı öldürmek isterken hata sonucu B'yi öldürmesi, yani hedeflediği kişi zannederek yanlış kişiyi öldürmesi durumunda, saik hatası söz konusu olduğundan, hata kural olarak kast açısından önem taşımayacak, fail suçu kasten işlemiş sayılacaktır⁷⁰.

Fail, suç işleme anında kastını kesin olarak bir kişi üzerinde somutlaştırmıştır. Fail o kişiyi neden öldürmek istediği (burada onu başkası sandığı için) sorusunun bir önemi bulunmamaktadır.

Kanun aynı nitelikteki konuları aynı şekilde koruduğundan⁷¹, korunan hukuki yararın A ya da B'ye ait olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle suçun mağdurunun kim olduğunun burada bir önemi yoktur⁷².

Ancak bazı hallerde mağdurun kim olduğu önem taşıyabilir. Şahısta yanılma hâlinde, özgü suç olarak da ifade edilen bu haller bazen suçun asli unsuru iken, bazen de nitelikli unsuru olarak ortaya çıkabilir.

Örneğin TCK'nın 103. maddesine göre "çocuğun cinsel istismarı" suçunda mağdurun "çocuk" olması şarttır. Acaba fail yetişkin olduğu düşüncesiyle söz konusu fiili çocuğa karşı işlerse bu madde uyarınca cezalandırılabilir mi?

Kanaatimizce TCK m.30/1 gereğince fail kasten hareket etmiş olmayacaktır. Ayrıca atılı suçun taksirli hali düzenlenmemiş olması nedeniyle bu madde gereğince cezalandırma da mümkün gözükmemektedir⁷³.

⁷⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.447; Koca/Üzülmez, s.49; Heinrich, s.159-160; Güngör, s.61.

⁷¹ Önder, s.352.

⁷² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.447.

⁷³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.447; Benzer örnek için bkz. Hakeri, s.218. Hafızogulları/Özen; yaş küçüklüğünün isnat yeteneğini kaldırır veya azaltan bir neden olduğunu, İtalyan Ceza Kanunu'nun 609. Maddesindeki düzenleme uyarınca "mağdurun yaşı üzerinde hataya düşmenin mazeret sayılmadığını" belirtmektedir. Ayrıca, Kanunun iradesinin farklı olmadığını, isnat yeteneği ve cezalandırılabilme şartları konusunda düşülen hata ya

Ancak, kasıtlı suçlarda failin eylemi başka bir suç tipinin maddi unsurlarını oluşturuyorsa, bu suç yönünden cezai sorumluluğu doğacaktır. Failin iradesi gerçeğe uysaydı, eylem başka bir suça vücut vereceğinden, hata esaslı değildir. Bu durumda hata irade lehine çözümlenir. Fail gerçekte işlediği değil, irade ettiği yani kastettiği suçtan cezalandırılır⁷⁴.

Hata nedeniyle başka bir suçtan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, failin objektif ve sübjektif açıdan kanundaki suç hipotezine uyan bir fiilin bulunması gerekir. Bir başka deyişle failin gerçekleşen fiili de kapsayan bir kasta sahip bulunması gerekir⁷⁵. Gerçekleşen fiil bakımından failin kastı yok ise, başka bir suçun varlığından bahsedilemez. Şartları gerçekleşmesi halinde “suçta sapma” söz konusu olabilir⁷⁶.

Örneğin 14 yaşında olduğu halde fail tarafından 16 yaşında sanılan kişi ile rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girilmesi durumunda, failin eylemi “ırza geçme” suçunu oluşturmayacak, ancak kasten işlediği tamamlanmış eylemi nedeniyle “reşit olmayanlarla cinsel ilişki” suçundan sorumlu olacaktır⁷⁷. Zira fail tarafından mağdurun 18 yaşından küçük olduğu bilindiğinden, failin reşit olmayanlarla cinsel ilişki suçuna ilişkin kastının bulunmadığını söylemek mümkün değildir⁷⁸.

da bilmemenin, ister kaçınılabilir olsun isterse olmasın, fail lehine değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir (Hafizoğulları/Özen, s.322).

Ancak Kanunumuzda, İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, bu tür suçlarda mağdurun yaşı konusunda yapılan hatanın mazeret olarak ileri sürülebileceği, dolayısıyla failin kastını ortadan kaldırdığı düşüncesindeyiz (Aynı yönde Güngör, s.61).

⁷⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.450; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.561; Hafizoğulları/Özen; belli suçu oluşturan fiil üzerinde hatanın koşulları oluşması halinde, başka bir suçtan sorumlu olmaya açıkça engel teşkil etmemesi halinin açıkça düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olduğunu belirtmektedir (Hafizoğulları/Özen, s.321).

⁷⁵ Francesco Carlo Palazzo, “*Voluto e Realizzato Nell 'Errore Sul Fatto e Nell' Aberratio Delicti*”, Archivio Giuridico, 1973, s. 55 (Naklen Güngör, s.81.)

⁷⁶ Güngör, s.81.

⁷⁷ Erman, s. 104.

⁷⁸ Benzer şekilde; başkasına ait eşyanın kaybedildiğini sanarak bunu sahiplenen kişinin eylemi, hırsızlık suçunu değil, kaybedilmiş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunu (m.160) oluşturacaktır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.450).

Failin tasavvur ettiği suç ile gerçekleşen suçun konusunun aynı değerde (eşdeğer) olmaması durumunda ise hatanın esaslı olduğu kabul edilecek, fail kast ve taksire ilişkin genel hükümlere göre sorumlu tutulacaktır⁷⁹.

Örneğin, A, B'yi öldürmek için eve girdiğinde, yatak odasında bir kartı görür ve onun B olduğunu düşünerek ateş eder. Ateş ettiği şey gerçekte, insan büyüklüğünde bir heykeldir ve atış neticesinde heykel binlerce parçaya ayrılmıştır⁸⁰.

Suçun maddi unsurlarında hata kastı ortadan kaldırır. Burada kasten işlenebilen bir suç tipinde hata söz konusudur. Mala zarar verme suçunun taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, heykelin zarar görmüş olması nedeniyle failin cezai sorumluluğu doğmayacaktır.

Fiil, taksirle işlendiğinde cezalandırılabilen bir fiil ise, hata suçun kasti şeklinden cezalandırılabilirliği önler, ancak fail suçun taksirli şeklinden dolayı cezalandırılır.

Maddi unsurunun varlığı konusundaki "emin olmama hali" ise, öğretide tartışılan konulardan birisidir. Örneğin bir avcının çalılığın arkasında kıpırdayan cismi av hayvanı zannederek ateş etmesi hâlinde hata yönünden nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

"*Emin olmama (kuşku) hali hata değildir*" şeklindeki ön kabulümüzden hareket ettiğimiz takdirde, bu cismin insan olabileceğini öngörmesine rağmen "olmayabilir de" kuşkusuyla ateş etmesi durumunda failin olası kastla hareket ettiği sonucuna ulaşılabılır⁸¹.

Kanaatimizce kast/taksir değerlendirmesinin, ex ante bir değerlendirilmeden ziyade, somut olayın koşulları irdelenerek yapılması durumunda daha isabetli sonuçlara ulaşılabılır⁸². Aksi değerlendirme hatanın neredeyse uygulanamaz hale getirecek şekilde sınırlı yorumlanmasına neden olacaktır. Ayrıca yapılacak kast/taksir değerlendirmesinde, hatanın kastı ortadan kaldırmasına rağmen taksirli sorumluluğun devam ettiğinin dikkate alınması, somut olay

⁷⁹ Değirmenci, s.155; Erman, s.83.

⁸⁰ Heinrich, s. 158.

⁸¹ Koca, s.86; Koca/Üzülmez, s.248; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.561.

⁸² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.449.

bakımından yapılacak değerlendirmede hatanın varlığı kabul edilerek, sonucuna göre taksirle yaralama veya adam öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir⁸³.

Şahısta hata, 765 sayılı Kanunda (m.52) düzenlenmişti⁸⁴. 5237 sayılı Kanun'un yasalaşması esnasında, 30.maddenin birinci ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, ayrı bir hükme yer verilmesinin gereksiz görüldüğü gerekçesiyle madde metninden çıkarılmıştır. Kanaatimizce, şahısta hata hâlinde, şahsın sıfatının suçun unsuru olarak düzenlendiği durumlarda TCK m.30/1, suçun nitelikli hali olarak düzenlendiği durumlarda ise, TCK m.30/2 uyarınca çözüme gidilebileceğinden ayrı bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır⁸⁵.

3. Nedensellik bağında hata (*Aberratio causae; Irrtum im Kausalverlauf*)

Nedensellik bağında hata, failin amacını gerçekleştirme usulünde hataya düşmesi demektir⁸⁶. Nedensellik bağı, suçun maddi unsurlarına dâhil olduğundan, failin davranışının nedenselliğinde bir hata var ise, tipikliğin maddi unsurlarına ilişkin hataya düşmüş demektir⁸⁷.

Failin olayın gerçekleştirilmesinde hiçbir zaman tüm ayrıntıları bilmesi öngörülemezdir⁸⁸. Fail neticeyi gerçekleştirmek istediği halde, bu neticenin gerçekleşme biçimi atipik olmadığı ve objektif olarak bu neticenin faile yüklenilmesi mümkün olduğu sürece, nedensellik bağındaki yanılma önemli değildir⁸⁹.

⁸³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.449.

⁸⁴ Mülga 765 s.TCK m.52: “Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak, fail cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.”

⁸⁵ Aynı yönde Değirmenci, s.155. Hafizoğulları/Özen, şahısta hata halinde m.30/1 ve 2. maddelerin uygulanamayacağını, isabette veya hedefte hata halinde olduğu gibi kast kuralına göre çözümlenmesi gerektiğini belirtmektedir (Hafizoğulları/Özen, s.323).

⁸⁶ Heinrich, s.149.

⁸⁷ Heinrich, s.150; Değirmenci, s.156.

⁸⁸ Heinrich, s.151.

⁸⁹ Önder, s. 348; Heinrich, s.150.

Günümüz ceza hukuku öğretisinde, nedensellik bağının tespit edilmesinde, öğretilerde çok daha hassas bir ölçüt olan “*objektif bir şekilde isnad edilebilme (Lehre von der objektiven Zurechnung)*” kriteri önem kazanmıştır. Bu görüşe göre, neticenin meydana gelmesi bakımından, yapılan hareketten, hukukun onaylamadığı bir netice meydana gelmiş ve bu tehlike neticenin meydana gelmesinde etkili olmuşsa, böyle bir netice faile objektif olarak isnad edilebilir⁹⁰.

Şayet olayda önemli bir sapma söz konusu ise, o zaman bu durum objektif bir şekilde isnad edilebilirlik göz önünde bulundurularak çözülmeli, failin suçun tipiklik unsurlarını en azından ana hatlarıyla bilmesi gerektiği dikkate alınmalıdır⁹¹.

Failin tasavvuruna göre, nedensellik bağındaki sapmanın esaslı olup olmaması çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir. Sapmanın esaslı olmaması kastta bir değişikliğe neden olmamaktadır. Hayatın genel akışına göre sapmanın öngörülebilir olmaması durumunda, kastı ortadan kaldıran bir unsur yanılması söz konusu olacaktır⁹².

Örneğin A, 4 yaşındaki B’yi köprüden suya atarak öldürmek istemektedir. B’nin köprü korkuluğuna çarparak ölmesi durumunda, hayatın genel akışına göre öngörülebilir bir durum olduğundan, esaslı olmayan bir sapma söz konusudur ve kasten adam öldürme suçu oluşacaktır⁹³.

Ancak; öldürmek kastıyla açılan ateş sonucu yaralanan mağdur hastaneye kaldırılırken ambulansın kaza yapması sonucu ölse, başlangıçtaki sebebe

⁹⁰ Jescheck, s. 31.

⁹¹ Heinrich, s.152.

⁹² Heinrich, s. 152-153; Koca/Üzülmez, s. 250-251.

⁹³ Heinrich, s. 152-153. Dönmezer/Erman, C.II, Kn.1069. Buna karşılık failin, tamamlandığını zannettiği suçu gizlemek için bazı hareketlerde bulunması ve suçun bu hareketlerin sonucunda tamamlanması halinde, sorumluluğun belirlenmesi tartışma konusudur. Örneğin B’yi öldürmek için ateş eden A, B’nin öldüğünü zannederek, suçun izlerini yok etmek için B’yi nehre atması veya gömmesi ve ölümün bu hareketin sonucunda meydana gelmesi halinde olduğu gibi. Eski ceza hukukçuları, bu halde genel kastın ve tek bir suçun varlığını kabul ediyorlardı. Halen hâkim olan görüş, ortada biri adam öldürmeye teşebbüs, diğeri taksirli adam öldürme olmak üzere, iki suçun bulunduğu şeklindedir (Toroslu, s.238).

bağımsız başka bir sebep eklendiğinden, fail kasten adam öldürme suçundan değil, adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılabilir⁹⁴.

4. Tersine unsur yanılması (*Umgekehrte Irrtum*):

Tersine unsur yanılığında ise; fail suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirdiği bilinci ile hareket etmekte, ancak hatasından dolayı maddi unsurları gerçekleştirilmemektedir. Örneğin, başkasının paltosunu almak isteyen fail kendi paltosunu aldığı takdirde tersine unsur yanılığı içerisindedir.

Alman öğretisinde; failin burada haksızlığa teşebbüs ettiği ve bu nedenle en azından teşebbüs kurallarının uygulanması gerektiği savunulmuştur⁹⁵. Ancak tersine unsur yanılığında teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu istisnalar dışında⁹⁶, çoğunlukla elverişsiz teşebbüs niteliğinde (*untauglicher Versuch*) olduğu dikkate alındığında cezalandırılmayacağı açıktır⁹⁷.

Tersine unsur yanılığında, aracın elverişsizliği veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle suçun işlenmesi olanaksız olduğundan, ortada cezalandırılabilir bir eylem bulunmamaktadır. Fail, ceza kanunları tarafından korunan hukuki yararlarından hiçbirine tecavüz etmemiştir. Dolayısıyla kişinin cezai sorumluluğu söz konusu değildir⁹⁸.

Tersine unsur yanılığı TCK m. 30/1 de düzenlenmemiştir ve somut olayda haksızlık gerçekleşmediğinden, sorun yukarıda da ifade edildiği gibi elverişsiz teşebbüs ve işlenemez suç kuralları kapsamında çözülmektedir⁹⁹.

5. Tipikliğe Dâhil Olmakla Birlikte, Unsurların Dışında Kalan Hususlarda Yanılma

Tipikliğe dâhil olmasına rağmen, suçun maddi unsuruna dâhil olmayan şahsî cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler, objektif

⁹⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.450.

⁹⁵ Fischer, Art.16, pa.23.

⁹⁶ Fischer, Art.16, pa.12; BGH 4, 254; 42, 72.

⁹⁷ Kühl, Art.16, pa.7.

⁹⁸ Ozansü, s.388; Özgenç, s.439.

⁹⁹ Koca/Üzülmez, s.251; Ozansü, s.388.

cezalandırabilme koşullarının varlığında hatanın kasta etkisi bulunmamaktadır. Çünkü kastın bu hususları kapsamaması gerekmemektedir.

Örneğin görevi kötüye kullanma suçunda fail, görevini kötüye kullanmasına rağmen, bunun sonucunda kişilerin mağduriyetine sebep olacağı konusunda hataya düşse bile, gerçekte kişilerin mağduriyetine sebep olsa, hatasından istifade edemeyecektir. Objektif cezalandırılabilme koşulu olan kişilerin mağduriyetine sebep olma durumu kastın kapsamına dâhil olmadığından, bu konudaki hata kastı etkilemeyecektir¹⁰⁰.

Şahsi cezasızlık sebebine ilişkin bir örnek vermek gerekirse; fail, zilyedinin rızası dışında aldığı malın babasına ait olduğunu bilmese dahi şahsi cezasızlık sebebinden faydalanacaktır (m.167/1).

6. Unsur Hatası-Hukuki Yorum Hatası (*Subsumtionirrtum*) Ayrımı

Suç tipine ilişkin tüm maddi unsurların bilinmesine karşın, fail tarafından hatalı bir hukuksal nitelirmede bulunulması nitelendirme (hukuki yorum, değerlendirme) hatası olarak nitelendirilmektedir¹⁰¹.

Hukuki yorum hatasında fail, gerçekleştirdiği fiil ve olayın unsurlarında yanılmış değildir. Fiilin mevcut norma uyup uymaması bakımından yanılmaktadır. Diğer bir ifade ile fail olayın hukuki yorumunda yanılmaktadır¹⁰².

Failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurları (*Tatbestandsmerkmal*) kavram olarak bilmesi gerekmekte, kavramların kanundaki anlamını ise bilmesi gerekmemektedir¹⁰³. Kavrama ilişkin (*begriffsbezogen*) olarak tanımlanan bu hata türünün temelinde, "ortalama bir kişiden sadece normun temelinde yatan ceza hukukunun nüvesi (çekirdeği, özü) hakkında bilgiye sahip olması beklenir" kuralı yatmaktadır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Hakeri, s.218; Koca/Üzülmez, s. 251; Değirmenci, s.157; aynı yönde görüş için bkz. Dönmez/Erman, Cilt II, s.320.

¹⁰¹ Erman, s.58.

¹⁰² Önder, s. 348.

¹⁰³ Fischer, Art 16, pa. 13.

¹⁰⁴ Isabel Schwegler, *Subsumtionsirrtum*, Frankfurt, 1995, s.105 (Naklen Yerdelen, s. 88).

İçel, normatif unsurlara ilişkin kastın varlığı açısından, genel bir bilginin yeterli olacağı saptamasında bulunmuştur. Aksi takdirde, normatif unsurlar açısından failin kasten hareket ettiğini kabul etmek için, bu unsurun içeriği konusunda tam bir bilgiye ve değerlendirme gücüne sahip olması aranacak olursa, ancak hukuk biliminin inceliklerine sahip birinin bu suçları kasten işleyebileceği sonucuna varılır¹⁰⁵.

Örneğin, resmi belgede sahtecilik suçu açısından, kişinin tahrif ettiği veya sahte olarak tanzim ettiği belgenin bir fatura olduğunu bilmesi yeterlidir. Kastın varlığından bahsedebilmek için, failin bu belgenin resmi evrak mı, yoksa özel evrak mı olduğu konusunda bilgi sahibi olmasına gerek yoktur. Failin hukuksal değerlendirme konusunda düştüğü yanlış niteleme yanılığı niteliğindedir ve kastı etkilemeyecektir¹⁰⁶.

Bir başka örnekle açıklamak gerekirse, başkasının yerine sınava giren bir öğrenci, sınav kâğıdının üzerine bir başkasının adını yazmakla resmi belgede sahtecilik suçunun objektif unsurunu gerçekleştirmiş olur. Bununla birlikte, sınav kâğıdının resmi evrak olduğunu bilmiyorsa da, elindekinin bir sınav kâğıdı olduğunu ve bu sınav kâğıdının üzerinde yazılan adın resmi bir işte delil niteliğinde olduğunu bilmektedir. Bu nedenle de resmi belgede sahtecilik kastının bulunduğu, yanlışlığının kastı etkilemeyen niteleme yanılığı olduğu kabul edilir¹⁰⁷.

Niteleme yanılığı özü itibarıyla, tipte yanlış ve yasak yanlış kavramlarıyla karıştırılabilecek mahiyettedir. Kanaatimizce, soyut değerlendirme ölçütleri ile her olayda doğru bir sonucun bulunması mümkün değildir.

Fail gerçekleştirdiği eylemi nitelendirirken objektif açıdan geçerli bulunan değer yargılarını tanıyor ve sadece bunları yanlış değerlendirdiği için eylemi hukuken geçerli bulunandan farklı nitelendiriyorsa, kastı vardır. Buna karşılık, söz konusu değer yargılarına ilişkin bir yanlışlığı varsa, tipin maddi unsurunun özüne yönelik bir yanlışlığa düştüğü için, bu yanlışlığı sadece niteleme ya-

¹⁰⁵ Erman, s.44.

¹⁰⁶ Kayhan İçel, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul, 2004, s.232.

¹⁰⁷ Schwegler, s.135 (Naklen Erman, s.56).

nılgısı olarak görülemeyecek, kastı ortadan kaldıran tipte yanılı olarak kabul edilmesi gerekecektir¹⁰⁸.

B. Unsur Hatasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Yukarıda alt başlıklar altında bazı bölümlerde öz olarak değinilmiş olmakla birlikte; suçun maddi unsurlarında yanılmanın ceza sorumluluğuna etkisinin, öğretideki farklı görüşler nedeniyle, ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Suçun unsurlarına ilişkin yanılmanın ceza sorumluluğuna etkisi konusu öğretilerde tartışılmıştır. Fiili-hukuki hata ayırımından bakıldığında; fiili hatanın, hukuki hataya benzer şekilde mazeret sayılmaması gerektiği, bu nedenle yanılmanın esaslı ve kaçınılabılır olmasının bir önemi olmadığı savunulmaktadır¹⁰⁹. Genel ve yerleşik görüş, suçun maddi unsurlarından birine ilişkin hata olması durumunda, hatanın cezai sorumluluğu etkileyeceği yönündedir¹¹⁰.

Suçun unsurlarına ilişkin hatanın ceza sorumluluğuna etkisi işlenen fiilin kasıtlı ya da taksirli suç olup olmadığına göre değişmektedir.

Kasıtlı suçlarda suçun maddi unsurlarında yanılma hâlinde suç olmaktan çıkar ya da başka bir suçun ortaya çıkmasına neden olur¹¹¹.

Tipte yanılmanın kastı ortadan kaldırabilmesi için “*esaslı*” olması gerekmektedir¹¹². Failin zihnindeki gerçeklik objektif gerçeklikle örtüşüyor olsaydı yaptığı eylem suç tipine uygun olmayacaktı ise, hata esaslı kabul edilecek, failin kastının bulunmadığı sonucuna varılacaktır¹¹³. Örneğin, vestiyerden kendi paltosu sanarak, başka birine ait paltoyu alan kişinin yanılması kastı bulunmadığından sorumlu tutulamaz. Keza hırsızlık suçu kasten işlenebilen bir suçtur ve

¹⁰⁸ Erman, s.59.

¹⁰⁹ Manzini, II, 1950, s. 49 (Dönmezer/Erman, s.315, Kn.1040'den naklen).

¹¹⁰ Dönmezer/Erman, s.315, Kn.1040.

¹¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.561.

¹¹² Erman, s.26.

¹¹³ Dönmezer/Erman, C.II, Kn.1042.

fail yanılmasaydı, yani kendi paltosunu alsa idi, fiil suç teşkil etmeyecekti¹¹⁴. Dolayısıyla, failin suçun konusuna ilişkin bu hatası kastı ortadan kaldırır.

Hata sebebiyle, failin gerçekleştirmiş olduğu eylem, aslında kasdettiğinden başkaca bir suça vücut veriyorsa, hata kastedilmeyen suç açısından esaslı olmaya devam eder. Fail esaslı hataya düşerek ika ettiği fiilden dolayı ancak kastettiği kısmıyla sorumlu olur. Fail suç işleme kastıyla hareket ederken, hataen, bilgisi dahilinde olmadığı maddi unsurlardan dolayı başka bir suça vücut verirse kastedmediği neticeden sorumlu tutulamayacaktır. Bu durumda irade ile gerçek arasındaki ayrılık, irade lehine çözümlenecek ve fail gerçekte işlenmiş olan suçtan dolayı değil, gerçekleştirmeyi kastettiği suçtan dolayı sorumlu olacaktır¹¹⁵. Örneğin; başkasına ait eşyanın kaybedildiğini sanarak bunu sahiplenen kişinin eylemi, hırsızlık suçunu değil, kaybedilmiş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunu (m.160) oluşturacaktır¹¹⁶.

Taksirli suçlar açısından hatanın ceza sorumluluğuna etkisi ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hata zaten taksirin bir şeklidir ve bu sebeple de hata kastın varlığına etkili olabilir. Hataya düşen kişi zaten taksirli hareket etmiş ve gereken dikkat ve özenden sarfinazar etmiştir¹¹⁷.

Diğer bir görüşe göre ise, taksirli sorumluluğun yasal olarak öngörülmediği hallerde, kişi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen hataya düşmüşse, taksirden sorumluluk mümkün değildir¹¹⁸.

Kanaatimizce, failin hataya düşmedeki taksiri ile eylemi gerçekleştiren taksirli davranıp davranmadığı farklı kavramlardır. Bazı durumlarda, taksirle işlenen bir suça rağmen, kişinin hataya düşmesinde taksiri bulunmayabilir. Doğal olarak, bu durumda failin ceza sorumluluğu olmayacaktır¹¹⁹.

Ancak, failin hatası taksirinden doğmuşsa ve suç taksirle işlenebilen suçlardan ise, hatanın kusurluluğu (taksiri) kaldırmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

¹¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.560.

¹¹⁵ Ozansü, s.387.

¹¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.561.

¹¹⁷ Bu görüşteki yazarlara ulaşmak için bkz. Dönmezer/Erman, Kn.1043, Dipnot. 67.

¹¹⁸ Dönmezer/Erman, Kn.1043.

¹¹⁹ Değirmenci, s.153.

tır. Buna karşılık hata, failin taksirinden değil de, öngörülemez bir durumdan doğmuş ise, hatanın taksiri ortadan kaldıracığı açıktır¹²⁰.

Örneğin reçetede yazılı ilacın yerine yanılarak, hastaya yanlış ilaç vermesi ve ölümüne neden olması durumunda hatası ceza sorumluluğunu etkilemeyecek, taksirle adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Ancak, eczacının haberi olmaksızın birisi ilaçları karıştırmış, bu durum öngörme olanağını tamamen ortadan kaldırmışsa taksirin olduğundan bahsedilemeyeceğinden ceza sorumluluğu olmayacaktır¹²¹.

SONUÇ

Türk hukuk öğretisinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, hata kavramının suçun konusuna göre değil, hukuki sonucuna ve dolayısıyla hatanın ceza sorumluluğuna etkisine göre ayırma tabi tutulmaya başlandığı görülmektedir. Bu kapsamda, kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata ayırımına yer verilmiş, kastı kaldıran hata nedenlerinden birisi olarak da 30/1. maddesinde suçun maddi unsurlarında hata düzenlenmiştir.

TCK m.30/1'de, maddi unsurlarda yanılma halinde kişinin kasten hareket etmiş sayılmayacağı ifade edilmiştir. Suçun maddi unsurlarının ne olduğu konusunda ise öğretilerde farklı görüşler bulunmakla birlikte; genel kabul gören görüşe göre hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurları şeklinde kabul edilmektedir. Maddi unsurlarda hata halinde fail kasten hareket etmiş sayılmayacaktır, ancak hata sonucunda meydana gelen suçun taksirli halinin mevcut olması durumunda fail, taksirli suçtan sorumlu olacaktır.

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurun maddi içeriğini biliyor, fakat onun ceza hukukundaki niteliği konusunda hataya düşüyorsa, hukuki yorum hatası söz konusudur. Fail burada gerçekleştirdiği fiil ve olayın unsurlarında yanılmakta, olayın hukuki yorumunda yanılığa düşmektedir. Dolayısıyla bu tip yanlış nitelendirmeler, niteleme yanılığından ibarettir ve hukuki bir önemi bulunmamaktadır.

5237 sayılı Kanunda öğretilerdeki görüşlerle uyumlu olarak sapma hali ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunun madde gerekçesinde de belirtildiği

¹²⁰ Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2016, s.473.

¹²¹ Dönmezer/Erman, Kn.1043; İçel-Genel Hükümler, s.473.

üzere “sapma” halinde bir hatanın söz konusu olmadığından bu bir eksiklik olmayıp, sorun suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima bağlamında çözümlenmelidir.

Şahısta hata ise, Kanunda ayrı bir hükme yer verilmesinin gereksiz görüldüğü gerekçesiyle madde metninden çıkarılmıştır. Kanaatimizce de, şahısta hata hâlinde, şahsın sıfatının suçun unsuru olarak düzenlendiği durumlarda TCK m.30/1, suçun nitelikli hali olarak düzenlendiği durumlarda ise, TCK m.30/2 uyarınca çözüme gidilebileceğinden ayrı bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır.

Tersine unsur hatası da benzer şekilde Kanunda düzenlenmemiştir ve somut olayda haksızlık gerçekleşmediğinden, sorun elverişsiz teşebbüs ve işlenemez suç kuralları kapsamında çözümlenmektedir.

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 2009.

Değirmenci, Olgun, *Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*, TBB Dergisi, 2014, S.110, s.129-188.

Dönmezer, Sulhi /Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, 14. Bası, İstanbul, 1999.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017.

Erman, Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, München, 2009.

Frisch, Wolfgang, *Der Irrtum als Unrechts- und/Oder Schuldausschluss Im Deutschen Strafrecht*, Bkz.https://www.mpicc.de/files/pdf2/thema_iv.pdf.(erişim tarihi: 19.4.2017).

Güngör, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara, 2007.

- Soyer Güleç, Sesim, *Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s.59-91.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2010.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, 2008.
- Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku, Genel Kısım II*, Ankara, 2015.
- İçel, Kayıhan, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul, 2004.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2016.
- Jescheck, Hans Heinrich, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2007.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 2008.
- Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara, 2016.
- Koca, Mahmut, *Türk Ceza Hukukunda Hata*, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009, s.81-103.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, 2017.
- Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2007.
- Meraklı, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara, 2017.
- Ozansü, Mehmet Cemil ,“*Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı*”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi (5), Ankara, 2006, s.385-402.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II*, İstanbul, 1989.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara, 2014.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara, 2013.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2009.

Yerdelen, Erdal, *Ceza Hukukunda Yorum Hatası*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 25, 2014, 69-99.

<https://www.iurastudent.de/blogeintrag/lernbeitrag-die-rechtsfolgen-der-aberratio-ictus> (erişim tarihi: 3.9.2019).

**CUMHURBAŞKANI'NIN VERGİ İLE İLGİLİ
DÜZENLEME YAPMA YETKİSİ, YETKİNİN SINIRLARI VE
YARGISAL DENETİMİ**

*The President's Power to Regulate Taxation,
Its Boundaries and Its Judicial Review*

Dr. Öğr. Üyesi Özgür ŞAHAN*

ÖZET

24 Haziran 2018 Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile birlikte Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte Bakanlar Kurulu kaldırılmıştır. Bakanlar Kurulu'na ait yürütmeye ilişkin düzenleyici idari işlem yapma yetkileri de Cumhurbaşkanı'na geçmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte, Cumhurbaşkanı'na vergi ile ilgili düzenleme yapma yetkisi de verilmiştir. Bu makalede, Cumhurbaşkanı'nın vergi ile ilgili düzenleyici idari işlem yapma yetkileri, bu yetkilerin sınırları ile yargısal denetimi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Vergi Hukuku, Cumhurbaşkanı Kararları, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri, Yargısal Denetim*

* Dr. Öğr. Üyesi, Sinop Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Bölümü, osahan@sinop.edu.tr, (ORCID: 0000-0001-5731-2054).

Makale Geliş Tarihi: 17.09.2019

Makale Kabul Tarihi: 27.09.2019

ABSTRACT

With the presidential elections of 24th of June, 2018 Presidential Government System has been put into practice. The Council of Ministers was abolished with the enforcement of the Presidential Government System. The President has the authority to carry out the regulatory administrative action regarding the executive power of the Council of Ministers. Accordingly, with the Presidential Government system, the President was also given the authority to regulate taxation. This article examines the President's power to carry out tax-related regulatory administrative acts, the boundaries of these powers and their judicial review will be conducted.

Key Words: *Tax Law, Presidential Decisions, Presidential Decrees, Presidential Regulations, Judicial Review*

I. GİRİŞ

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un halkoylamasıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi kabul edilmiş ve 24 Haziran 2018 Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekiliği seçimleriyle de yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte yürütmenin işleyişi, yetkileri ve sorumlulukları değişmiştir. Yeni anayasal düzen ile birlikte; Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nun birlikte yürütme faaliyetlerinden sorumlu olması, Bakanlar Kurulu'nun siyasi sorumluluğu ve düzenleme yapma yetkisi yerine, Cumhurbaşkanı'na hem siyasi sorumluluğu hem de hukuksal düzenleme yapma yetkisini veren Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir¹.

İdare hukuku açısından yürütmenin idari işlemleri, bireysel ve düzenleyici işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Düzenleyici idari işlemler; genel ve kişilik dışı olup, tek yanlı idari işlemlerdir². Düzenleyici idari işlemler, normlar hiyerarşisi bakımından kanunun altında yer alan ve kanunların uygulanmasında eşitliği ve hukuki güvenliği sağlayan kurallardır³. Türk hukukunda Cumhurbaş-

¹ Yasin SÖYLER, **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 27.

² Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Ekim – 2006, s. 397.

³ Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2006, s. 61.

kanlığı Hükümet Sistemi öncesinde yürütme erki; “Kanun Hükmünde Kararname”, “Tüzük” ve “Yönetmelik” ile “adsız düzenleyici idari işlemler” vasıtasıyla yetkilerini kullanmakta, görev ve sorumluluklarını yerine getirmekteydi⁴. 24 Haziran 2018’de yapılan Cumhurbaşkanı ve milletvekili seçimi ile birlikte yürürlüğe giren yeni anayasal düzen ile birlikte “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir (Anayasa madde 8)”. Dolayısıyla yeni anayasal düzende Cumhurbaşkanı, Devletin ve yürütmenin başı haline getirilmiş⁵; yürütmenin düzenleyici idari işlemleri konusunda ciddi değişiklikler yapılmıştır⁶. Söz konusu değişiklikler özetle aşağıdaki gibidir⁷:

- Yürütmenin hükümet kanadını oluşturan Başbakan ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, yerine Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi getirilerek, yürütmenin Cumhurbaşkanı ve Hükümet kanadından oluşan dualist yapısına son verilmiş ve yetkiler Cumhurbaşkanında toplanmıştır.
- Bakanlar Kuruluna ait Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma, Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) ile düzenleme yapma ve tüzük çıkarma yetkisi kaldırılmış, Cumhurbaşkanının belirli sınırlar içinde “kararname” ve “yönetmelik” ile düzenleme yapma yetkisi genişletilmiş, ayrıca Bakanlar Kurulu Kararı yerine “Cumhurbaşkanı kararı” ile düzenleme yapma imkanı getirilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde, Bakanlar Kurulu vergi ile ilgili olarak; “Olağanüstü hallerde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler”, “yönetmelik”, “tüzük” ile diğer adsız idari işlemler arasında ifade edebileceğimiz “Bakanlar Kurulu Kararları” ile düzenleme yapabiliyordu. Yeni siste-

⁴ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 398.

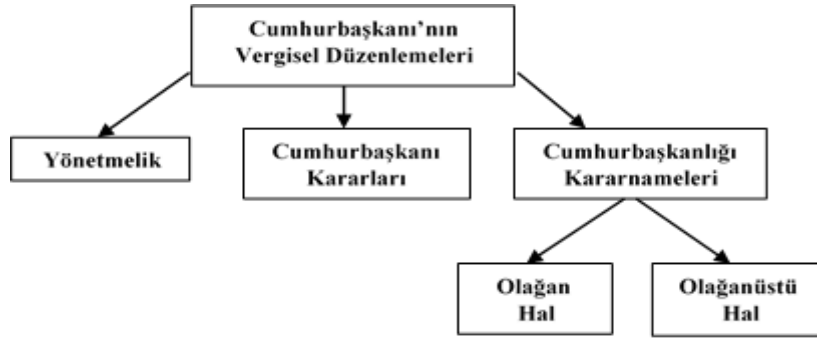
⁵ Mehmet KAHRAMAN, Ali BALKAN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim”, **International Journal of Academic Value Studies**, Vol: 4, Issue: 19, s. 240.

⁶ Özen ÜLGEN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1, s. 4.

⁷ Daha ayrıntılı bilgi için bakınız; Ömer KESKİNSOY, **Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku**, Monopol Yayınları, Ankara, 2019, s. 217-218; Turan YILDIRIM, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı: 2, 2017, s. 14-28; M. Artuk ARDIÇOĞLU, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 19-51; Mehmet BOZTEPE, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:9, Cilt: 5, Bahar – 2018, s. 5-30; Özen ÜLGEN, a.g.m. s. 3-38; Mehmet Kahraman, Ali BALKAN, a.g.m., s. 239-246.

min yürürlüğe girmesiyle birlikte, Bakanlar Kurulu'na ait olan bu yetkilerin tamamı Cumhurbaşkanı'na geçmiş oldu. Buna göre yeni anayasal düzende, Cumhurbaşkanı vergi ile ilgili düzenlemeleri, “olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararı”, “yönetmelik” ve “Cumhurbaşkanı kararları” ile yapabilmektedir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde, Bakanlar Kurulu'nun tüzük ile düzenleme yapma yetkisi vardı. Kanunlarda belirtilmemiş teknik ayrıntılara ilişkin düzenleme yaparak, kanunların uygulanmasıyla ilgili usul ve esaslara ilişkin boşlukları dolduran tüzük⁸, vergi hukukumuzda sadece Emlak Vergisi ile ilgili olarak çıkarılmıştı. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş ile birlikte yürürlüğe giren yeni anayasal düzende tüzük ile düzenleme yapılmasına imkan verilmemiş, bu sayede tüzük hem genel hukukun hem de vergi hukukunun kaynağı olmaktan çıkarılmıştır⁹.

Özetle; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi çerçevesinde Cumhurbaşkanı'nın vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkileri Cumhurbaşkanlığı kararı ile yönetmelik ve Cumhurbaşkanı kararlarıdır. Şekil – 1’de Cumhurbaşkanı'nın vergisel düzenlemeleri özetlenmiştir. Yeni anayasal düzende Cumhurbaşkanı'na ait bu yetkilerin sınırları, nasıl kullanıldığı ve yargısal denetimi irdelenmesi gereken bir konudur. Bu çerçevede öncelikli olarak yeni anayasal düzen içerisinde Cumhurbaşkanı'na ait vergisel düzenleme yetkileri, bu yetkilerin nasıl kullanılacağı, yetkilerin sınırları ile normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri incelenecek, sonrasında bu yetkilerin kullanımına ilişkin yargısal denetimin nasıl yapılacağı konusuna değinilecektir.



Şekil – 1: Cumhurbaşkanı'nın Vergisel Düzenlemeleri

⁸ Serkan ACUNER, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Vergi Hukukunun Asli Kaynaklarına Etkisi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 363, Aralık – 2018, s. 96.

⁹ Serkan ACUNER, a.g.m., s. 96.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ ve VERGİSEL DÜZENLEME YETKİSİ

Anayasa'nın 104. maddesine göre “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir”. Yine aynı maddeye göre “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir”. Anayasa'nın 8. maddesine göre yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi ve görevi ile ilgili olarak yine Anayasa'nın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasa'nın 104. maddesinde yapılan değişikliklerle birlikte, daha önce yürütme tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararname ve tüzük kaldırılmış, bunların yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi getirilmiştir¹⁰. Buna göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütmeye ilişkin düzenleyici idari işlem yapılabileceği anlaşılmaktadır. Devletin ve yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle Anayasa'dan aldığı yetkiyi kullanarak, kanuni bir dayanak veya parlamentonun verdiği bir yetki olmadan ilk elden ve asli düzenleme yapma yetkisi ile donatılmıştır¹¹. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yetki unsuru bakımından yürütme erkini tek başına elinde bulunduran Cumhurbaşkanı'na özgü bir düzenleme olmakla birlikte, söz konusu yetki anayasal hükümlerle sınırlama altına alınmış ve yasama ile yürütme arasındaki ilişki dengelenmiştir¹². Anayasa'nın 104. maddesinde bu yetki beş açıdan sınırlandırılmıştır. Söz konusu sınırlamalar;

- *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez (Anayasa Madde 104).*
- *Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (Anayasa Madde 104).*
- *Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (Anayasa Madde 104).*
- *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır (Anayasa Madde 104).*

¹⁰ Mehmet KAHRAMAN, Ali BALKAN, a.g.m., s. 241.

¹¹ M. Artuk ARDIÇOĞLU, a.g.m., s. 25.

¹² Hakan ÖZDEMİR, **100 Soruda Hükümet Sistemleri**, Şeçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara, Kasım – 2018, s. 129.

- *Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir (Anayasa Madde 104).*

Yukarıda belirtilen ilk iki maddeye göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergiye ilişkin düzenleme yapılamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü vergi ödevi, Anayasanın ikinci kısım dördüncü bölümünde yer alan “siyasi hak ve ödevler” kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre Anayasanın 104. maddesinde yer alan “*Anayasanın ikinci kısmının dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*” hükmü gereğince vergiye ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan vergi ödevinin düzenlendiği Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*” hükmü ile Anayasa’nın 104. maddesinde yer alan “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” ifadesi ile birlikte dikkate alındığında, vergiye ilişkin düzenlemelerin sadece kanunla yapılabileceğine ilişkin Anayasa’da münhasıran bir düzenleme öngörüldüğü ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergiye ilişkin düzenleme yapılamayacağı açıktır.

Ancak yine Anayasa’nın 119. maddesine göre “*Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*” Yine aynı maddeye göre “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*” Buna göre, Cumhurbaşkanı normal dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip değilken, olağanüstü hal ilan edildiği durumlarda, olağanüstü hal yönetimi kapsamında vergiye ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapma yetkisine sahip olmaktadır. Ayrıca söz konusu yetkiye ilişkin zaman sınırı dışında

(olağanüstü hal yönetimi süresince) herhangi sınırlama da getirilmemiştir¹³. Buna göre olağanüstü halin söz konusu olduğu dönemlerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergi konulabilir, kaldırılabilir ve her türlü değişiklik yapılabilir.

Anayasa'nın 119. maddesine göre “*Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.*” Buna göre olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazetede yayınladığı gün yürürlüğe gireceği açıkça belirtilmiştir. Diğer taraftan olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin üç ay içinde TBMM kararına bağlanmaması halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmüyle etkin bir yasama denetimi de getirilmiştir¹⁴. Söz konusu düzenleme daha önce TBMM içtüzüğünde bir ay olarak yer alırken, şimdi Anayasa metni içinde üç ay olarak düzenlenmiştir¹⁵. Diğer taraftan yeni anayasal düzenlemede, sadece savaş ve seferberlik hallerinde gerçekleşen olağanüstü hal yönetimi genişletilmiş ve doğal afet, ağır ekonomik bunalım hali ve şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması gerekçeleri de olağanüstü hal nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁶.

Cumhurbaşkanı Hükümet Sistemi öncesinde vergiye ilişkin olarak olağanüstü hallerde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin yerini yeni anayasal düzende olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi almıştır. Bu değişim vergi hukukunun kaynakları açısından en ciddi değişimdir¹⁷. Normlar hiyerarşisi açısından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun ile yönetmelik arasında bir yerde iken, olağanüstü hallerde çıkarılan

¹³ Fatih SARAÇOĞLU, Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, **Vergi Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim – 2018, s. 20.

¹⁴ Mehmet BOZTEPE,; a.g.m., s. 20 - 21.

¹⁵ Mehmet KAHRAMAN, Ali BALKAN, a.g.m., s. 21.

¹⁶ Mehmet KAHRAMAN, Ali BALKAN, a.g.m., s. 21.

¹⁷ Serkan ACUNER, a.g.m., s. 96.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olduğu için, kanun ile aynı statüde yer almaktadır¹⁸.

III. CUMHURBAŞKANI YÖNETMELİĞİ ve VERGİSEL DÜZENLEME YETKİSİ

Anayasamızın 124. Maddesine göre “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.”

Yönetmelik; Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, düzenli yönetim ilkesi gereğince, kendi görev alanlarına giren konularla ilgili olarak yaptıkları düzenlemelerdir ve Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri bu yetkiye kendiliğinden sahiptir, ayrıca yetkili kılınmasına gerek yoktur¹⁹.

Yönetmelikler, idarenin en geniş genel düzenleyici işlem türü olduğu için, icrai karar almaya yetkili her idari makamın yönetmelik çıkarmaya yetkili olması gerekir²⁰. Bu nedenle Anayasamızın 124. maddesi yönetmelik çıkarma yetkisini geniş tutmuş ve sadece Cumhurbaşkanına değil, Bakanlıklara ve kamu tüzel kişiliği olan diğer kamu idarelerine de yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Ayrıca yönetmelik, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin “görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak” üzere çıkarılmakta ve bunlara aykırı olamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle önceden düzenleme yapılmamış bir alanda ya da konuda yönetmelik çıkarılması mümkün değildir²¹. Yönetmelikler ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer (Anayasa madde 104 ve Resmi Gazete ile ilgili çıkarılan 10 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi²²

¹⁸ Ömer KESKİNSOY, a.g.e., s. 495; M. Artuk ARDIÇOĞLU, a.g.m., s. 49.

¹⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 61.

²⁰ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 421.

²¹ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül – 2018, s. 389.

²² 15/07/2018 Tarih ve 30479 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

madde 7). Normlar hiyerarşisi bakımından Cumhurbaşkanı yönetmeliği, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden sonra gelmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde vergiye ilişkin Bakanlar Kurulu yönetmelik yoluna başvurmamış sadece Emlak Vergisi ile ilgili bir Tüzük ile düzenleme yapmıştır. Yönetmelikle düzenleme yapma yetkisini daha çok eski adıyla Maliye Bakanlığı yeni adıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı ve vergi ile dolaylı olarak ilgisi bulunan bazı bakanlıklar kullanmıştır. Nitekim Cumhurbaşkanı da henüz vergiye ilişkin yönetmelik ile bir düzenleme yoluna gitmemiştir.

IV. CUMHURBAŞKANI KARARLARI ve VERGİSEL DÜZENLEME YETKİSİ

Anayasa'nın 8. maddesinde “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” denilmektedir. Cumhurbaşkanı yürütmenin başı ve genel karar organı olmakla birlikte, bu karar yetkisini kanuna dayanmak, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak ve anayasal-yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla gerekli gördüğü her alanda ve içerikte kullanmakta serbesttir²³. Buna göre Anayasa'nın yürütme organına, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla işlem yapma hakkı verdiği açıktır²⁴. Diğer bir anlatımla, yürütme erkinin Anayasa'ya göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik ile düzenleme yapma hakkına sahip olmakla birlikte, yürütme görevi ve sorumluluğunu ifa ederken, bunların dışında da genel düzenleyici idari işlemler yapabilir. Nitekim yasal düzenlemeler de yürütmeye, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik dışında; “kararname”, “karar”, “tebliğ”, “sirküler”, “genelge” vb. birçok farklı isim altında genel, soyut, objektif hukuk kuralı koyduğu düzenleyici idari işlemi yapma imkanı sağlamıştır²⁵. Gerek doktrinde, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında yürütme organının yönetmelik dışında başka düzenleyici işlemler yapabileceği kabul görmüştür²⁶. Esasında bu tür düzenleyici idari işlemler “karar”, “genelge”

²³ Alptekin AKTALAY, “Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İdari İşlemleri ve Karar Alma Usulü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı:2, 2014, s. 80.

²⁴ Alptekin AKTALAY, a.g.m., s. 82.

²⁵ İlhan ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1986, s. 375; Turgut TAN, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 80; Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 391.

²⁶ Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 391.

gibi adları olmasına rağmen Anayasa’da yer almadıkları için “adsız düzenleyici işlemler” olarak sınıflandırılmıştır²⁷. Yürütme organının, anayasa ve yasa hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmeliği dışında genel düzenleyici işlemler yapma yetkisi vergi hukukunda da geçerlidir²⁸. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte hukuk sistemine dahil edilen Cumhurbaşkanı kararları, öncesinde Bakanlar Kurulu Kararları olarak ifade edilen düzenleyici idari işlemlerin yerini almıştır²⁹. Bu çerçevede, Anayasa ve vergi yasalarının verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararları da vergi hukukunun kaynaklarından biri olmuştur³⁰.

Anayasa’nın 73. maddesinin 4. fıkrası “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir*” şeklinde hüküm ifade etmektedir. Söz konusu hükümde, Cumhurbaşkanı’na verilmiş olan değişiklik yapma yetkisi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçmeden önce Bakanlar Kurulu’na aitti ve bu yetki Bakanlar Kurulu Kararları ile kullanılıyordu. Ancak 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16’ncı maddesiyle, bu fıkra da yer alan “Bakanlar Kuruluna” ibaresi “Cumhurbaşkanına” şeklinde değiştirilmiştir. Cumhurbaşkanı; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapma yetkisini “Cumhurbaşkanı kararları” ile kullanmaktadır. Dolayısıyla olağan dönemlerde Cumhurbaşkanı’nın vergiye ilişkin düzenleme yetkisi, Anayasa da belirtilmiş bu dört unsur ve bu unsurlara ilişkin kanunlarda belirtilmiş alt ve üst sınırlar kadar olmaktadır³¹. Kısacası Cumhurbaşkanı kararları ile vergi konulamaz, kaldırılmaz ama sınırlı değişiklik yapılabilir. Cumhurbaşkanı’nın bu dört konuya ilişkin düzenleme yapma yetkisinin başka kişi, kurum, merci ya da erke devredilmesi mümkün değildir³².

Yine Anayasa’nın 167. maddesine göre “*Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış*

²⁷ İlhan ÖZAY, a.g.e., s. 375.

²⁸ Mualla ÖNCEL, Ahmet KUMRULU, Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül- 2018, s. 17.

²⁹ Özgür BİYAN, **Vergi Hukuku**, Dora Basım-Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos – 2018, s. 53.

³⁰ Mualla ÖNCEL, Ahmet KUMRULU, Nami ÇAĞAN, a.g.e., s. 17.

³¹ Fatih SARAÇOĞLU, Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, a.g.e., s. 20.

³² Özgür BİYAN, a.g.e., s. 54.

ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.” Kanunla verilecek olan bu yetkinin kullanımı, kanunda belirtilen sınırlar (zaman ve yetki sınırı gibi) dahilinde Cumhurbaşkanı kararları ile gerçekleşecektir.

Anayasa'nın 73. ve 167. maddelerinde Cumhurbaşkanına verilen yasamaya ait yetki devri, esasında Anayasa'nın 7. maddesinde belirtilen “yasama yetkisinin devredilemezliği” ilkesine aykırı değil, söz konusu ilkeden ayırık ve istisnai bir düzenlemedir³³.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde neredeyse tüm vergi kanunlarında vergi muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin alt ve üst sınırlar belirtilmiş ve düzenleme yapma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na ait olduğu belirtilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş ile birlikte, yeni sistemin neden olacağı sıkıntıları gidermek üzere 700 sayılı KHK ile tüm kanunlarda ve diğer mevzuatlarda geçen “Bakanlar Kurulu” ifadeleri “Cumhurbaşkanı” olarak, “Bakanlar Kurulu Kararı” ifadesi de “Cumhurbaşkanı kararı” olarak değiştirilmiştir³⁴.

Cumhurbaşkanı kararları, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer (Resmî Gazete ile İlgili Çıkarılan 10 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 7).

Adsız düzenleyici işlemler, kural olarak yönetmelik ile aynı hukuki niteliklere sahip görülmektedir³⁵. Anayasa Mahkemesi Kararları da Bakanlar Kurulu Kararlarını yönetmelik olarak isimlendirilmese bile yönetmelik ile aynı hukuki niteliklere sahip kabul etmiştir³⁶. Buna göre yeni Anayasal düzende Bakanlar Kurulu Kararlarının yerini alan Cumhurbaşkanı kararları da yönetmelik ile aynı hukuki statüye sahip olacaktır. Cumhurbaşkanı kararları normlar hiye-

³³ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2015, s. 214.

³⁴ Serkan ACUNER, a.g.m., s. 97.

³⁵ İlhan ÖZAY, a.g.e., s. 375.

³⁶ Alptekin AKTALAY,; a.g.m., s. 82-83. Daha ayrıntılı bilgi için bakınız; İlhan ÖZAY, a.g.e., s. 375-376, Turgut TAN, a.g.e., 79-83, Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 423-426.

rarşisi bakımından kanuna eşdeğer olamamakla birlikte, asli düzenleyici işlem olmakta ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin altında yer almaktadır³⁷.

Cumhurbaşkanı söz konusu yetkisini bu güne kadar defalarca kullanmış ve vergiye ilişkin genel düzenleyici işlemler yapmıştır. Söz konusu düzenlemeleri örneklersek;

- 21.03.2019 tarih ve 845 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile bazı mal ve hizmetlerin KDV oranları değiştirildi³⁸,
- 28.06.2019 tarih ve 1266 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile gecikme zammı oranı değiştirildi³⁹,
- 14.08.2019 tarih ve 1424 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile bazı mallara ait Özel Tüketim Vergisi asgari maktu vergi, maktu vergi ve oranları değiştirildi⁴⁰.

V. CUMHURBAŞKANIN VERGİSEL DÜZENLEME YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş ile birlikte Cumhurbaşkanına verilen yürütme görev ve yetkilerinin elbette ki yargısal denetimi de gerek Anayasa'da gerekse kanunlarda düzenlenmiştir. İncelemelerimiz çerçevesinde, Cumhurbaşkanının vergiye ilişkin üç farklı düzenleme yetkisi olduğu açıktır. Her bir düzenleme için yargısal denetim yolu ayrıca ele alınmalıdır. Buna göre;

- **Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi:** Anayasamızın 148. maddesine göre, “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*” Anlaşılacağı üzere; olağanüstü hallerde çıkarılanlar hariç, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı

³⁷ Özen ÜLGEN, a.g.m. s. 14.

³⁸ 22/03/2019 Tarih ve 30722 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

³⁹ 29/06/2019 Tarih ve 30816 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁰ 15/08/2019 Tarih ve 30859 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

anayasa yargısı yolu açıktır⁴¹. Buna göre vergiye ilişkin vergi ile ilgili sadece olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabileceği dikkate alındığında, vergiye ile ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı Anayasa Mahkemesi'nde şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla dava açılmaz. Kısacası vergiye ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yargısal denetimin dışında tutulmuştur.

- **Cumhurbaşkanı Yönetmeliği ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri:** Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikler ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılan düzenleyici idari işlemlerin, dayanağı ve sınırları kanunla düzenlediği için söz konusu idari işlemler yürütmenin konusuna girmektedir⁴². Yönetmeliklerin biçimsel özellikleri saklı kalmak koşuluyla, bütün idari düzenlemelerin anayasal ve hukuksal temelleri aynıdır⁴³. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı'nın Anayasa'da özel düzenlenen kararname ve yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi dışında kalan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri anayasaya aykırı olmakla birlikte, söz konusu düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak idari yargı denetimine tabi olacağı da açıktır⁴⁴. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna ve hukuka uygunluğundan söz etmek daha doğrudur ve bu nedenle bu tür düzenleyici idari işlemlerin gerek idare geleneği⁴⁵ ve gerekse Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilen hüküm gereği idari yargı denetimine tabi olması gerekir. Danıştay Kanunu'nun "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlıklı 24. maddesine göre; "Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, b) Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere, Karşı açılacak iptal ... davaları karara bağlar." Buna göre söz konusu düzenleyici idari işlemlerin iptali için Danıştay ilk derece mahkemesi olarak belirlenmiştir. Gerek yönetmelik gerekse Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için, Resmi Gazetede yayınlanmalarını takip eden 60 gün

⁴¹ Ömer KESKİNSOY, a.g.e., s. 496.

⁴² Turan YILDIRIM, a.g.m., s. 18.

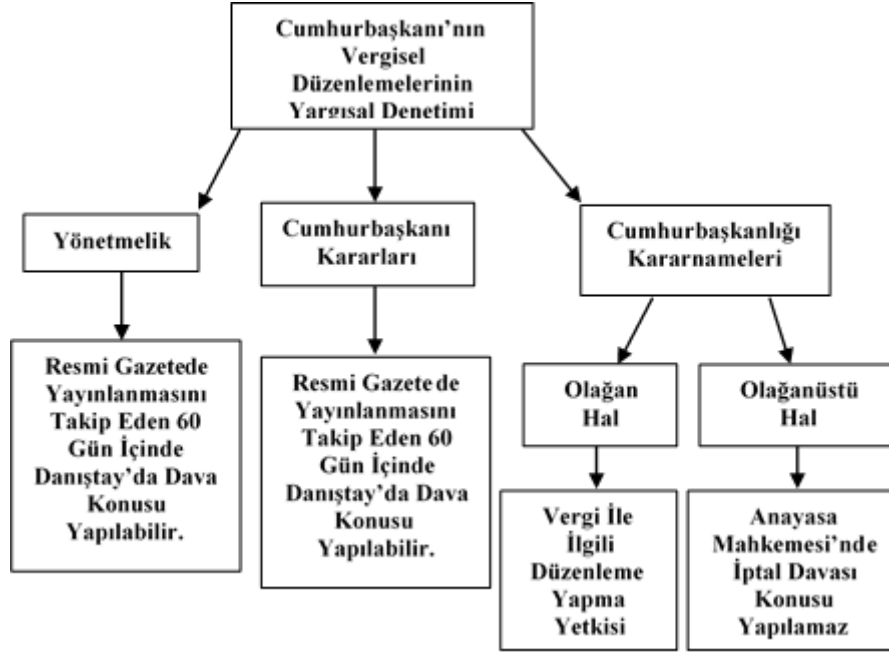
⁴³ Özen ÜLGEN, a.g.m. s. 12.

⁴⁴ Özen ÜLGEN, a.g.m. s. 12.

⁴⁵ Turan YILDIRIM, a.g.m., s. 18.

içinde Danıştay'a iptal davası açılabilir (İdari Yargılama Usul Kanunu madde 7).

Şekil – 2’de, vergiye ilişkin olarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri ve Cumhurbaşkanlığı kararlarına ilişkin yargısal denetimi özetlenmektedir.



Şekil – 2. Cumhurbaşkanlığı'nın Vergisel Düzenlemelerine İlişkin Yargısal Denetim

VI. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne ilişkin 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliklerin halk oylamasıyla kabulü ve 24 Haziran 2018 Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimleri ile birlikte Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişim ile birlikte öncesinde Bakanlar Kurulu'nda olan yürütme görev ve sorumluluğu ve buna bağlı düzenleme yapma yetkisi, yeni sistemde Devletin ve yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'na geçmiştir. Bu çerçevede Bakanlar Kurulu'na ait Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük, Yönetmelik ve Bakanlar Kurulu Kararları ile düzenleme yapma yetkisi kaldırılmıştır. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı'na; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı yönetmeliği ve Cumhurbaşkanı kararları ile düzenleme yapma olanağı getirilmiştir, tüzük ile düzenleme yapma yetkisi tamamen kaldırılmıştır. İdarenin düzenleyici işlemlerinde yapılan söz konusu değişim vergi hukuku kaynaklarını da etkilemiştir. Buna göre eskiden Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hallerde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararname ile vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisi yerini, olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakmıştır. Yine eskiden Bakanlar Kurulu Yönetmeliği ile vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisi yerini Cumhurbaşkanı Yönetmeliğine, Bakanlar Kurulu Kararları ile vergisel düzenleme yapma yetkisi ise yerini Cumhurbaşkanı kararlarına bırakmıştır. Yürütme erkinin vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisi, eski ve yeni sistem kıyaslandığında düzenleme yapma yetkisi anlamında olmasa da, düzenleyici idari işlemin yapan kaynak açısından ciddi bir değişime tabi olmuştur.

Özetle; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde Bakanlar Kurulu'nun olağan dönemde vergi koyma ve kaldırma yetkisine sahip olamamakla birlikte, kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde vergi muafiyet, istisna, indirim ve oranlarına ilişkin değişiklik yapma yetkisine sahipti. Ayrıca Bakanlar Kurulu olağanüstü hallerde Kanun Hükmünde Kararname ile vergi koyma, kaldırma ve değiştirme gücüne sahipti. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı eski sisteme benzer bir biçimde olağan dönemlerde vergi koyma, kaldırma ve değiştirme yetkisine sahip olmamakla birlikte, kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde vergi muafiyet, istisna, indirim ve oranlarına ilişkin değişiklik yapabiliyor, olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergi koyma ve kaldırma yetkisine sahip olabiliyor. Kısacası yetki açısından eski ve yeni sistem karşılaştırıldığında ciddi bir değişim yok denebilir. Ancak eski ve yeni sistem kıyaslan-

dığında, düzenlemeyi yapan kaynak açısından ciddi bir değişim olduğu anlaşılmaktadır.

Bakanlar Kurulu Kararları yürütmenin idari eylemi kabul edilmekte ve yargısal denetimi idari yargı kapsamında yer almaktadır. Buna göre Bakanlar Kurulu Kararlarına karşı Danıştay ilk derece mahkemesi olmakta ve dava süresi de 60 gün olarak kabul edilmekteydi. Nitekim Cumhurbaşkanı kararları içinde yargısal denetim aynı şekilde düzenlenmiştir. Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usul Kanunu'nda yapılan değişikliklere göre Cumhurbaşkanı kararlarına karşı yargısal denetim idari yargı kapsamında tutulmuş ve Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevlendirilmiş, dava açma süresi de 60 gün olarak korunmuştur. Diğer taraftan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile vergiye ilişkin düzenleme sadece olağanüstü hallerde yapılabilmekte ve Anayasa'ya göre olağanüstü hallede çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası konusu yapılamamaktadır.

Cumhurbaşkanı'nın vergisel düzenlemeleri normlar hiyerarşisi açısından ele alındığında; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanunlardan sonra gelmekte ancak olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanun hükmünde olduğu ve vergiye ilişkin sadece olağanüstü hallerde yapılabildiği için kanun ile aynı statüdedir. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ise kanundan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden sonra gelmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararları ise yönetmelik ile aynı hukuki statüye sahiptir.

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Cumhurbaşkanı'na yürütme görevini ve sorumluluğunu yerine getirirken, düzenleme yapma yetkisi de vermektedir. Söz konusu düzenleme yapma yetkisi vergi ile ilgili konularda da geçerlidir. Cumhurbaşkanlığı'nın vergisel düzenleme yapma yetkisi; Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ve Anayasa'da yer almayan adsız düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararlarından oluşmaktadır. Söz konusu değişim yetki ve yargısal denetim açısından ciddi değişiklikler getirmemekle birlikte, düzenleyici idari işlemin kaynağı açısından ciddi değişikliklere neden olmuştur. Aşağıda yer alan tablo vergiye ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı kararlarının yetki, şekil, içerik, yürürlük ve yargısal denetim açısından kıyaslamasını yapmaktadır.

VERGİYE İLŞKİN CUMHURBAŞKANI KARARLARI İLE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN KARŞILAŞTIRMASI	
Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri	Cumhurbaşkanı Kararları
<ul style="list-style-type: none"> Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile vergiye ilişkin düzenleme sadece olağanüstü hallerde yapılabilir. Kısacası <u>zaman sınırı vardır.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> Cumhurbaşkanı kararları ile ilgili bir <u>zaman sınırlaması yoktur</u>, kısacası he zaman yapılabilir.
<ul style="list-style-type: none"> Olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin bir <u>yetki sınırı yoktur</u>. Kısacası olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile vergi konulabilir, kaldırılabilir ve her türlü değişiklik yapılabilir. 	<ul style="list-style-type: none"> Cumhurbaşkanı kararları ile vergi koymak ve kaldırmak söz konusu olmamakla birlikte, Kanunlarda belirtilen alt ve üst sınırlar içinde sadece <u>indirim, istisna, muafiyet ve oranlara</u> ilişkin değişiklik yapılabilir. Kısacası Cumhurbaşkanı kararlarına ilişkin <u>yetki sınırı vardır.</u>
<ul style="list-style-type: none"> Olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Resmi Gazetede yayımlandığı gün TBMM onayına sunulur. 	<ul style="list-style-type: none"> Cumhurbaşkanı kararları yönetmelik ile aynı hukuki statüye sahip olduğu için TBMM onayına sunulmasına gerek yoktur.
<ul style="list-style-type: none"> Yürürlüğe ilişkin hüküm yoksa Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer. 	<ul style="list-style-type: none"> Yürürlüğe ilişkin hüküm yoksa Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer.
<ul style="list-style-type: none"> Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile sadece olağanüstü hallerde düzenleme yapılabilir. Olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ise Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası konusu yapılamazlar. 	<ul style="list-style-type: none"> Danıştay'ın ilk derece Mahkemesi olarak baktığı davalar arasında Cumhurbaşkanı kararları da sayılmıştır. Buna göre Cumhurbaşkanı kararları Resmi Gazetede yayınlamasını takiben 60 gün içinde <u>Danıştay'da iptal davası konusu yapılabilir.</u>

Kaynak: Tablo yazar tarafından hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA

ACUNER, Serkan; “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Vergi Hukukunun Asli Kaynaklarına Etkisi”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı: 363, Aralık – 2018, s. 85 - 103.

AKTALAY, Alptekin; “Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İdari İşlemleri ve Karar Alma Usulü”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı:2, 2014, s. 69 – 98.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk; “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 19-51.

BİYAN, Özgür; **Vergi Hukuku**, Dora Basım-Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos – 2018.

BOZTEPE Mehmet; “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:9, Cilt: 5, Bahar – 2018, s. 5-30.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, Ekim Kitabevi Yayınları, Bursa, Ekim – 2006.

GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül – 2018.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2006.

KAHRAMAN, Mehmet; BALKAN, Ali; “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim”, **International Journal of Academic Value Studies**, Vol: 4, Issue: 19, s. 240 - 246.

KESKİNSOY, Ömer; **Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku**, Monopol Yayınları, Ankara, 2019.

ÖNCEL, Mualla; KUMRULU, Ahmet; ÇAĞAN, Nami; **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül- 2018.

ÖZAY, İlhan, **Günışığında Yönetim**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1986.

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

ÖZDEMİR, Hakan; **100 Soruda Hükümet Sistemleri**, Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara, Kasım – 2018.

SARAÇOĞLU, Fatih; PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif; **Vergi Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim – 2018.

SÖYLER, Yasin; **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ÜLGEN, Özen; “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1, s. 4 - 39.

YILDIRIM, Turan; “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı: 2, 2017, s. 14-28.

AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ÖNGÖRÜLEN KORUMA MEKANİZMALARI

*Protection Mechanisms Foreseed in the Frame of American Convention on
Human Rights*

*Arş. Gör. Dr. Gülden Çamurcuoğlu **

Özet

Bölgesel insan haklarını koruma sistemlerinden biri olan Amerikan İnsan Hakları Sistemi; Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve bölgede kabul edilen diğer insan hakları belgelerine dayanır. Çalışmada üye devletleri bağlayıcı yükümlülükler getiren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmenin öngördüğü koruma mekanizması incelenmiştir.

Bireysel şikayet usulü ve devletlerarası şikayet usulüne yer veren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine göre denetim görevini iki organ yerine getirir. Bunlar; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesidir. Şikayet usulünün yanında Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin danışma görüşü verme yetkisi bulunmaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sisteminin denetim usulü Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sisteminin 11. Ek Protokol öncesi yapısına oldukça benzemektedir. Bununla birlikte

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD, gulden.camurcuoglu@hbv.edu.tr, (ORCID- ID: 0000-0001-7404-4661).

Makale Geliş Tarihi: 08.08.2019.

Makale Kabul Tarihi: 24.10.2019.

insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacı çerçevesinde Komisyon kararları, Mahkeme içtihadı ve Mahkemenin danışma görüşleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına göre farklı bir yaklaşım sunabilmektedir. Bu kapsamda denetim yollarına başvuru imkanları da değişmektedir.

Kendi usul kurallarını düzenleme ve değiştirme yetkisine sahip olan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin usul kuralları gereksinimler doğrultusunda birçok kez değiştirilmiştir. Çalışmada Komisyon ve Mahkemenin Usul Kurallarının son hali dikkate alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, yargısal yollar, insan hakları.

Abstract

American Human Rights System which is one of the regional protection systems of human rights is based on the Charter of the Organization of American States, American Declaration of the Rights and Duties of Man, American Convention on Human Rights and the other human rights instruments being adopted in the region. In this study, American Convention on Human Rights that bringing obligations binding the member states and the protection mechanism foreseed the Convention are examined.

According to American Convention on Human Rights includes the procedure of personal complaint and the procedure of inter-state complaint, two bodies fulfill review mission. Those are Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights. Inter-American Court of Human Rights has competence of issueing advisory jurisdiction beside complaint procedure. The review procedure of American Human Rights System quite resembles the situation of European Council Human Rights System before 11th Additional Protocol. In addition within the frame of the purpose of protection and developing of human rights, the decisions of the Commission, jurisdiction of the Court and advisory opinions of the Court may present a different approach according to the jurisdiction of European Court of Human Rights..Within this scope possibilities of application to judicial remedies change too.

The rules of procedure of Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights which have authority to change and regulate their own rules of procedure, have been changed several times in the direction of necessities. In the study, the final states of rules of procedure of the Commission and the Court have taken into consideration.

Key Words: American Convention on Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, judicial remedies, human rights.

Giriş

İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan bölgesel sistemlerden biri olan Amerikan İnsan Hakları rejimi, başta dünyanın ilk uluslararası insan hakları belgesi olan Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesi olmak üzere Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kıtada kabul edilen diğer insan hakları belgelerinden müteşekkildir. Çalışmada bu belgelerden Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde öngörülen insan haklarını koruma mekanizmaları incelenmiştir. Sözleşme kapsamında Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla denetim göreviyle yetkilendirilmiş ana organlardır. Sözleşmenin öngördüğü denetim yolları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Ek Protokol öncesi öngördüğü denetim usulüne oldukça benzerdir. Buna göre denetim görevini öncelikle Komisyon icra etmekte, daha sonra Komisyon veya bir taraf devletçe başvuru Mahkemeye yönlendirilebilmektedir. Bu nedenle başvurunun Mahkemeye yönlendirilmesi ve başvurunun Mahkemece incelenmesine ilişkin alt başlıklarda Komisyondan bahsedilebilmiştir.

Her ne kadar Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesince öngörülen denetim usulü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Ek Protokol öncesi denetim usulüne çok benziyor olsa da Komisyon ve Mahkemenin Sözleşmenin yorumlanması konusunda benimsedikleri kimi ilkeler Avrupa İnsan Hakları denetim organlarının yorumlarından farklıdır.

Sözleşmede garanti edilen hakların yalnız kırılgan yapıya sahip insan varlığına tanınmış olduğunun kabulü başta olmak üzere devlete ağırlaştırılmış

sorumluluk yüklenmesi gibi insan haklarını koruma hedefli yorumlar Sistemin denetim organlarının etkinlik hedefini ortaya koymaktadır.

Bu özellikleri nedeniyle Amerikan Devletleri Örgütü ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde kurulan insan haklarını koruma mekanizması bölgesel koruma sistemleri içinde Avrupa Konseyi ile karşılaştırılabilecek yegane sistem¹ olarak nitelendirilmeyi hak etmektedir. İlk Bölümünde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin genel özelliklerine, ikinci Bölümünde denetim organlarına ve Üçüncü Bölümde Sözleşme kapsamında öngörülen denetim usullerine yer verilen bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), AİHS'nin uygulanması ve yorumlanması ile Amerikan İnsan Hakları Sistemi arasında zaman zaman karşılaştırma yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sistemi ile Amerikan İnsan Hakları Sistemi arasındaki karşılaştırmada benzerlikleri vurgulamaktan daha çok farklılıklar gösterilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin etkin kullandığı danışma görüşü verme yetkisine ve ek protokollere dayanan denetim sistemine yer verilmiştir.

I. Sözleşmenin Genel Özellikleri

Amerika kıtasında insan haklarının korunmasına yönelik bir sözleşme olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 22 Kasım 1969'da kabul edilmiş ve 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe girmiştir. "San Jose Paktı" olarak da bilinen² Sözleşme, 2 Mayıs 1948 tarihinde Bogota Amerika Devletleri Konferansı sonunda yayımlanan "*Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesi*"³nden ayrı bir metindir.⁴ 1960'lı yıllardan itibaren 1948 tarihli Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesinin güncelleştirilmesi yönünde eğilimlerin belirmesi Amerikan İnsan

¹ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 302.

² Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1232.

³ Bildirge metni için bkz: https://www.oas.org/dil/access_to_information_human_right_American_Declaration_of_the_Rights_and_Duties_of_Man.pdf, erişim: 30.07.2019; 1948 yılında Amerikan Devletleri Örgütü'nün kurulduğu aynı konferansta ve BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin kabulünden iki ay önce dünyanın ilk uluslararası insan hakları belgesi olan Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesi kabul edilmiştir. Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", **The Sage Handbook of Human Rights**, Ed. Anja Mihr, Mark Gibney, C. 1, Sage Publications Ltd., Londra, 2014, s. 597.

⁴ İlyas Doğan/Omca Özdemir, "Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi", **İnsan Hakları Hukuku**, Ed. İlyas Doğan, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 309-312.

Hakları Sözleşmesinin hazırlanmasında etkili olmuştur.⁵ İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesinin, bağlayıcılığı bulunmayan bir ahlaki yükümlülükler ifadesi olması da Amerikan coğrafyasında insan hakları alanında devletleri bağlayıcı bir sözleşmenin hazırlanmasında etkili olmuştur.⁶

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine sadece Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletler taraf olabilirler (m. 74/1).⁷ Temmuz 2019 itibarıyla Sözleşmeye taraf devlet sayısı 23'tür.⁸ Orta ve Güney Amerika'daki devletlerin çoğu Sözleşmeye taraftır, bununla birlikte Kuzey Amerika ülkeleri olan Kanada ve ABD Sözleşmeyi onaylamamıştır.⁹

Sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre taraf devletler Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklere saygı göstermek ve yetki alanlarında yer alan herkesin bu hak ve özgürlüklerden serbestçe ve tam olarak yararlanabilmesini garanti etmek zorundadır. Bununla birlikte 1. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, Sözleşmenin amaçları bakımından "kişi" terimi her bir insanı ifade etmek için kullanıldığından Sözleşmedeki haklardan yalnız gerçek kişiler yararlanabilir. Tüzel kişiler yararlanamaz.¹⁰ Sözleşmenin birinci maddesinin ikinci fıkrası, "kişi" kavramı konusunda bir bakıma şirketleri ve diğer tüzel kişilikleri dışlayan bir tanıma sahiptir. Buna göre örneğin sadece gerçek kişi olan sermayedarlar Amerikalılararası sistemin organları önünde hak arayabilir.¹¹ Bu yönüyle Söz-

⁵ Volkan Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2012, s. 267.

⁶ Robert K. Goldman, "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 31, No.: 4, 2009, s. 863. (856-887)

⁷ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1232; İlyas Doğan/Omca Özdemir, "Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi", s. 312-313; Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 55

⁸ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini onaylayan ve Sözleşmeden çekilen devletler için bkz. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm, erişim: 30.07.2019.

⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1232; Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 611.

¹⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1233.

¹¹ Lucas Lixinski, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law", **The European Journal of International Law**, C. 21, S. 3, 2010, s. 598.

leşme, tüzel kişilerin de haklarının garanti edildiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi diğer insan hakları belgelerinden ayrılmaktadır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, özellikle birey üzerinde yoğunlaşmaktadır. Sözleşmedeki haklardan yalnızca gerçek kişilerin yararlanabileceği Sözleşme metninde belirtilmiştir. Bunun yanında Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine göre de Amerikan insan hakları yargısında, hakları korunması gerekenler yalnızca gerçek kişilerdir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine göre bir tüzel kişilik, devlet yapılanmasında olduğu gibi, gücün belli bir formunu vücuda getirir. “İnsan” ise kırılımandır, insan bu özelliğinden ötürü zarar görebilir bir yapıdadır. Bu nedenle Mahkemeye göre çekişmeli davalarda tüzel kişilikler mağdur olamaz. Buradan hareketle mağdur, ancak kırılıgan yapıya sahip insan olabilir.¹²

Sözleşmenin ikinci maddesi, taraf devletlere Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin işlerlik kazanmasında gerekli olabilecek yasal ya da diğer önlemleri alma yükümlülüğü yüklemektedir.¹³ İkinci maddenin getirdiği bu yükümlülüğünden dolayı, Sözleşmedeki güvenceleri ihlal eden her türlü kural ve uygulamanın durdurulması ya da askıya alınması ve bu güvencelerin uygulanmasını sağlayacak kuralların çıkarılması ve uygulamaların geliştirilmesi gerekmektedir. Buna göre Sözleşmenin taraf devletler kendi iç mevzuatlarını Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine uyarlayacak ve Sözleşmedeki hakları güvence altına alacaktır.¹⁴ İnsan haklarının korunması için sadece ihlale sebebiyet veren eylem, işlem ya da ihmalin önlenmesi ve ortadan kaldırılması yeterli değildir, aynı zamanda taraf devletlerin iç hukukunun insan hakları sözleşmeleriyle uyumlu olması gerekir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin bir başka özelliği, taraf devletler için doğrudan uygulanabilirlik etkisine sahip olmasıdır. Buna göre, kural olarak,

¹² Ludovic Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec Journal of International Law*, Özel Baskı, 1 Ocak 2011, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2011_hos_1_1_1433, erişim: 03.05.2019, s. 61; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, farklı ve kendine özgü bir içtihatı kavrayışa sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ludovic Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec Journal of International Law*, Özel Baskı, 1 Ocak 2011, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2011_hos_1_1_1433, erişim: 03.05.2019, s. 60 vd.

¹³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 24-25.

¹⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1235-1236.

Sözleşme hükümlerinin iç hukukta etkisini doğurabilmesi için yasa çıkarılması gibi taraf devletin herhangi bir makamı tarafından ayrıca bir işlem yapılmasına gerek yoktur.¹⁵

İnsan haklarına ilişkin bölgesel ya da evrensel sözleşmelerin insan haklarının korunması konusundaki önem ve etkinliği tartışmasıdır. Bununla birlikte Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin varlığı, Amerika Kıtasındaki politik ve ekonomik gerçekler, demokratik olmayan rejimler, süregiden geniş ölçekli yoksulluk nedeniyle önemli hale gelmektedir. Sayılan bu sebepler dolayısıyla Amerikan insan hakları yargısı organlarının Avrupa Konseyi organlarıyla karşılaştırıldığında kısmen daha zor bir konumda görevlerini icra ettikleri¹⁶ söylenebilir.

I.i. Sözleşmede Yer Alan Haklar

Seksen iki maddeden oluşan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin II. Bölümünde yer alan 3-25. maddeler, bireylere tanınan hak ve özgürlüklere ilişkindir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine göre Sözleşme, korunan haklar arasında bir hiyerarşi öngörmemiştir.¹⁷ Sözleşme -ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin taahhüdü içeren bir madde hariç- sadece medeni ve siyasi haklara başka bir ifadeyle klasik haklara yer verir.¹⁸ Sözleşmede tanınan haklar şunlardır:

Hukuk kişiliğine hak (m.3), yaşam hakkı (m.4), insanca muamele görme hakkı (m.5), köle olmama özgürlüğü (m.6), kişi özgürlüğü hakkı (m.7), adil yargılanma hakkı (m.8), fiilden sonra konan yasalara tabi olmama özgürlüğü (m.9), tazminat hakkı (m.10), mahremiyete saygı gösterilmesi hakkı (m.11), vicdan ve din özgürlüğü (m.12), düşünce ve ifade özgürlüğü (m.13), yanıt hakkı (m.14), toplanma hakkı (m.15), örgütlenme özgürlüğü (m.16), aileye ilişkin haklar (m.17), isim hakkı (m.18), çocuk hakları (m.19), vatandaşlık hakkı (m.20), mülkiyet hakkı (m.21), seyahat ve yerleşme özgürlüğü (m.22), yönetime

¹⁵ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1238.

¹⁶ Thomas Buergenthal, "The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences", *The American University Law Review*, C. 30, S. 155, 1980, s. 156.

¹⁷ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention on Human Rights), OC-13/93, 16 Temmuz 1993, s. 5

¹⁸ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1238.

*katılma hakkı (m.23), eşit korunmaya hak (m.24), yargısal korunma hakkı (m.25).*¹⁹

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde vatandaşlık hakkı (m.20), çocuk hakları (m.19), isim hakkı (m.18), hukuk kişiliğine hak (m.3) gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almayan bazı haklara yer verildiği görülür.²⁰ Bununla birlikte AIHS’de açıkça tanınmamış ancak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yer bulan benzeri hakların AIHM’nin içtihatlarınca –yansıma yoluyla korunan haklar- tanınıp AIHS kapsamında koruma altında olduğunun kabul edilebileceğini belirtmemiz gerekir.

Yaşama hakkına ilişkin olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi AIHS’den farklı bir biçimde ceninin yaşama hakkıyla ilgili kesin hüküm koymuştur. Dördüncü maddenin ilk fıkrasında açıkça, yaşama hakkının gebe kalma anından başlayarak yasa ile korunacağı hükme bağlanmıştır. Madde içerisinde hiç kimsenin yaşama hakkından keyfi olarak mahrum edilemeyeceği belirtildiğinden zorunlu haller dışında gebeliğe son verilmesi hakkın ihlalini gündeme getirecektir.²¹ Bu nedenle gebeliğe son verilmesi konusu, annenin kendini geliştirme ve özel hayata saygı hakkı bağlamında değerlendirilemeyecektir.

Sözleşmenin 22. maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat özgürlüğü kapsamında iltica hakkının da diğer uluslararası sözleşmelere nazaran daha geniş kapsamlı düzenlendiği söylenebilir. 22. maddenin yedinci fıkrasında iltica hakkının siyasi suçlar veya siyasi suçlarla bağlantılı adi suçlardan dolayı takibata uğrayanların yararlanacağı bir hak olduğu düzenlenmiştir.²²

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yer bulan bir başka dikkat çekiçi özellik, Sözleşmenin 26. maddesiyle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin tek bir madde ile taahhüt yükümlülüğünün düzenlenmiş olmasıdır. “*Aşamalı Gelişim*“ başlıklı 26. maddeye göre; “*Taraf Devletler, Buenos Aires Protokolüyle değişik Amerikan Devletleri Örgütü Şartında öngörülen ekonomik,*

¹⁹ Maddeler için bkz. Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 25-37; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim: 05.08.2019.

²⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1239.

²¹ Mehmet Emin Çağiran, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 2. Baskı, Barış Kitap, Ankara, 2011, s. 264.

²² Çağiran, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, s. 265.

*sosyal, eğitimsel, bilimsel ve kültürel standartların içerdiği hakların, mevzuat çıkartılması ya da diğer uygun yollarla, tam olarak gerçekleştirilmesini aşamalı biçimde sağlamak amacıyla, hem ulusal düzeyde hem de uluslararası işbirliği yaparak, özellikle ekonomik ve teknik nitelikler olmak üzere, önlemler almayı taahhüt ederler.”*²³ Sosyal haklar bakımından Sözleşme taraf devletlere taahhüt yükümlülüğü getiren bir genel hüküm öngörmüştür.

Sözleşmenin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar başlıklı 3. Bölümünde yalnızca yukarıda yer verilen 26. madde bulunmaktadır. Bunun dışında Sözleşmede herhangi bir ekonomik, sosyal ya da kültürel hakka yer verilmemiştir. Maddeyle; Buenos Aires Protokolüyle değişik Amerikan Devletleri Örgütü Şartında gönderme yapılan ekonomik, sosyal, eğitimsel, bilimsel ve kültürel standartlara ilişkin hakların tam olarak gerçekleştirilebilmesi için, taraf devletlerin yasal ve diğer uygun önlemlere başvurarak bu konuda aşamalı bir gelişme sağlayacak önlemler almayı taahhüt etmesi düzenlenmiştir. Daha sonra 17.11.1988 tarihinde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Ek Protokolü kabul edilerek ve 16.11.1999 tarihinde Protokolün yürürlüğe girmesiyle bu alandaki normatif boşluk giderilmiştir.²⁴ Ek Protokol ile sosyal haklar Sözleşmeye dahil edilmiştir. AİHS ile karşılaştırıldığında belirtilmelidir ki AİHS’ye ek birçok protokol bulunmasına ve bu şekilde Sözleşmenin kapsamı genişletilmesine rağmen AİHS’nin Ek Protokolleri çoğunlukla sosyal hakları içermemektedir. Avrupa Sisteminde sosyal haklar ayrı bir sözleşme olan Avrupa Sosyal Şartı ile tanınmıştır.²⁵ Temel sosyal ve ekonomik hakları garanti eden Avrupa Sosyal Şartı bir Avrupa Konseyi antlaşmasıdır.²⁶ Konsey üyesi 47 devletten 43’ü Şartı onaylamıştır.²⁷ Amerikan Sisteminde ise Avrupa Sosyal Şartı gibi ayrı bir sözleşme hazırlanmamış, ek protokol ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar düzenlenmiştir. Konut hakkı gibi bazı sosyal hakları düzenlemediği ve güvence altına almadığı için sosyal haklara ilişkin diğer uluslararası metinlerle karşılaştırıldığında Ek Protokolün kapsa-

²³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 37.

²⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1238.

²⁵ Abdurrahman Eren, **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması: Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 748.

²⁶ Avrupa Sosyal Şartı, Bir Bakışta Şart, <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>, erişim: 07.08.2019.

²⁷ <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/about-the-charter>, erişim: 07.08.2019.

mı geniş değildir²⁸ ve Ek Protokole dayanarak bireysel başvuruda bulunma imkanı sınırlıdır.

Kimi yazarlara göre Sözleşmenin 26. maddesi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların herhangi birinin ihlalinde doğrudan uygulanabilir niteliktedir ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Ek Protokolün 19 (6)²⁹. maddesiyle getirilen sınırlama bu imkanı engellememektedir. Bu yaklaşıma yöneltilen eleştiriler; Sözleşmenin 26. maddesinin bireysel, derhal yargılama konusu yapılabilir haklar tanımadığına ve Mahkemenin ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin başvuruları karara bağlama yetkisinin bulunmadığına yöneliktir.³⁰ Dolayısıyla ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlaline ilişkin bir başvuru için bir kısım yazarlar Sözleşmenin 26. maddesine dayanılabileceğini iddia ederken kimi yazarlar doğrudan 26. maddenin başvuru konusu yapılamayacağını iddia etmektedir. Bunun yanında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Ek Protokolün 19. maddesi yalnızca bu Ek Protokolde tanınan sendikal haklar ve eğitim hakkının ihlali söz konusu olursa bireysel başvuru veya devlet başvurusu yapılabileceğini açıklamaktadır. Her ne kadar AIHS'nin metninde ve Ek Protokollerinde sosyal haklara geniş olarak yer verilmediğinden söz edilse de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmeye ek Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Protokol ve Protokol kapsamında şikayet başvurusuna konu olabilecek sosyal haklar (sendikal haklar ve eğitim hakkı) düşünüldüğünde AIHS'nin örgütlenme özgürlüğüne ilişkin 11. maddesi ve Birinci Protokolle tanınan eğitim hakkı şikayet konusu yapılabilmektedir. Daha kısa bir anlatımla ifade edilecek olursa Amerikan İnsan Hakları Sisteminde şikayet konusu yapılabilecek sosyal haklar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da koruma altında olan sosyal haklara ilişkindir. Dolayısıyla Amerika Kıtasında sosyal hakların Avrupa Kıtasına kıyasla normatif düzenleme açısından daha geniş koruma altında olduğu söylenemeyecektir.

²⁸ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 225.

²⁹ Protokolün 19 (6). maddesinde; Protokolde yer alan sendikal haklar ve eğitim hakkının doğrudan taraf devletlere dayandırılabilir bir eylemle ihlalinde, Komisyonun ve uygun olduğu takdirde Mahkemenin katılımıyla, Sözleşmenin sağladığı bireysel şikayet başvurusu ya da Komisyon ve taraf devletlerin Mahkemeye başvurusunun uygulanabilir olduğundan söz edilmektedir. <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, erişim: 19.04.2019.

³⁰ Oswaldo Ruiz Chiriboga, "The American Convention and The Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties: Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 31, S. 2, 2013, s. 162.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin “*Ödevler ve Haklar Arasındaki Bağ*” başlıklı 32. maddesiyle insanın ödevlerine de yer verilmiştir. Maddeye göre her kişinin ailesine, içinde yaşadığı topluma ve insanlığa karşı sorumlulukları vardır. Bahsedilen bu 32. madde “Kişisel Sorumluluklar” başlığını taşıyan Sözleşmenin 5. Bölümünde düzenlenmiş tek maddedir. Başka bir anlatımla bireyin sorumluluklarını ve haklarının sınırını anlatan tek bir madde bulunmaktadır. Bu madde Kişisel Sorumluluklar başlığını taşıyan 5. Bölümün tek maddesidir. Maddenin ikinci fıkrasına göre insanın sahip olduğu haklar, demokratik bir toplumda başkalarının hakları, herkesin güvenliği ve genel refahın adalete uygun gerekleri ile sınırlıdır. Bununla birlikte bu hüküm bir genel sınırlama nedeni değildir. Hakların kullanımı noktasında bireyin sorumluluklarını belirleyen bir hükümdür.³¹

I.ii. Hakları Sınırlandırma Sebepleri

Sözleşmede özel sınırlandırma nedenleri, hakların düzenlendiği maddeler içinde yer almıştır; kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin, ulusal güvenliğin korunması (m.12/3, 15, 16/2, 22/3) gibi. Sözleşmede toplam 23 maddede haklar düzenlenmiştir. Bu haklardan 7’si için özel sınırlandırma sebepleri bulunmaktadır (m. 8,12, 13, 15, 16, 21, 22). Dolayısıyla hakların yaklaşık üçte biri için özel sınırlandırma nedenleri öngörülmüştür.³²

Sınırlamalar; demokratik toplumda gereklilik (m. 15,16/2, 22/3) koşulu, yasayla yapılmasına (m. 12/3, 13/2, 15, 16/2, 22/3) ve gerekli olduğu ölçüde (m. 22/3, 13/2) yapılması gibi koşullara bağlanmıştır.³³ Bu koşullar AİHM’nin uyguladığı “üç aşamalı test” yöntemindeki sınırlandırma koşullarına paraleldir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, olağanüstü dönemlerde dahi askıya alınamayacak haklara yer vermiştir (m. 27/2). Bu bağlamda AİHS ya da BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinden farklı olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde 11 hak kategorisi için savaş, sıkıyönetim gibi olağanüstü dönemler yaşanıyor dahi olsa durdurulmama ya da askıya alınamama garantisi öngö-

³¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1239; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 40.

³² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1239.

³³ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1240.

rülmüştür. 27. maddenin ikinci fıkrası dokunulmaz haklar listesini sıraladıktan sonra “bu hakların korunması için zorunlu bulunan yargısal güvencelerin” de askıya alınamayacağını ifade etmiştir.³⁴ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, olağanüstü halde dahi belli yargısal güvencelerin askıya alınmasını yasaklayan ilk uluslararası insan hakları koruma sistemi aracıdır.³⁵

Belirli yargısal güvencelerin olağanüstü durumlarda dahi askıya alınmaması hükmünün verdiği olanakla Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, olağanüstü dönemlerde dahi askıya alınamayacak hakların sayısını içtihatlarıyla çoğaltabilmektedir. Bunlardan biri *habeas corpus* güvencesi olarak bilinen kişi güvenliği hakkıdır. Mahkeme, olağanüstü hal mevcut olsa bile taraf devletlerin kişi güvenliği hakkını askıya alamayacakları içtihadını yerleştirmiştir. Mahkemeye göre kişi güvenliği, bütün yargısal güvencelerin en önemlisidir. Kişi güvenliği ilkesi, bir kişinin yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunmasında, zorla kaybettirilmesinin veya işkence ya da insanlık dışı muameleye maruz kalmasının önlenmesinde hayati önem taşımaktadır.³⁶

I.iii. Sözleşmeye Taraf Olma, Sözleşmeden Çekilme ve Çekinceler:

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletler üye olma hakkına sahiptir (m. 74). Sözleşmenin yürürlüğe girmesi on bir devletin onay ve katılım belgelerini depo etmeleri şartına bağlanmıştır (m. 74/2). Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletlerin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından yükümlülükleri kendi onay ve katılım belgelerini Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreterliğine depo ettikleri tarihten itibaren başlamaktadır (m. 74/2). Diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da devletler, Sözleşmeye taraf olurken çekince koyma hakkına sahiptir. Bu çerçevede 23 Mayıs 1960’da imzalanan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak çekince koyabilirler (m. 75).³⁷

³⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1240; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 38.

³⁵ Jo M. Pasqualucci, “The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, C. 26, S. 2, Kış 1994/1995, s. 324-324.

³⁶ Pasqualucci, “The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law”, s. 324-325.

³⁷ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 55-56.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlerin Sözleşmeyi fesih yoluyla Sözleşme sisteminden ayrılabilmesi ancak yürürlüğe giriş tarihinden itibaren beş yıllık bir sürenin bitiminde mümkündür. Taraf devletlerin fesih bildirimini bir yıl önceden yapmaları gerekmektedir. Başka bir ifadeyle taraf devletlerin fesih bildirimini bir yıl sonra hüküm doğuracaktır. Ancak, bu fesih, feshin yürürlük tarihinden önce yapılmış bulunan ve Sözleşmenin ihlalinin doğuran tasarruflar bakımından devletin yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır (m. 78).³⁸ Aksi takdirde Sözleşmeyi onaylarken üstlendikleri taahhüdün bir önemi ve gereği kalmamaktadır.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine göre, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan hakların etkili biçimde güvence altına alınması için taraf devletler, kendi yargı yetkilerine tabi tüm kişileri korumada herkese karşı (*erga omnes*) yükümlülük altındadır. Mahkemeye göre bu yükümlülük sadece devlet makamları bakımından değil, herhangi bir türdeki düzensiz silahlı gruplar söz konusu olduğunda bile geçerli olacak şekilde üçüncü taraf konumundaki bireysel eylemler bağlamında da emredicidir.³⁹ Bu nedenle devletlerin yatay ihlallerden doğacak sorumlulukları kapsamında gereken korumayı sağlaması gerekmektedir.

II. Denetim Organları

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 33. maddesine göre, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetimi Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere iki organ tarafından gerçekleştirilecektir. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Washington D. C. (ABD) 'de, Mahkeme ise San Jose (Kosta Rika)'da bulunmaktadır.⁴⁰

II.i. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu:

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikan Devletleri Örgütünün temel organlarından biri olarak Amerikan Devletleri Örgütü Şartı gereğince kurulmuştur. İşlevleri, insan haklarına riayetini teşvik edilmesi ve insan

³⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 57.

³⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1269-1270.

⁴⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1241; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 40.

haklarının korunması olan Komisyon 1959'a kadar faaliyete başlayamamıştı. Bununla birlikte Komisyon, kurulduğundan beri bölgede ve özellikle birçok Latin Amerika ülkesinin askeri diktatörlüklerin yuvası olmaya başladığı 1970'lerde insan haklarının ilerletilmesinde temel bir rol oynamıştır.⁴¹ Komisyon, hükümet dışı kuruluşlar açısından oldukça ulaşılabilir bir organdır.⁴²

a)Komisyonun Yapısı

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 34 ila 51. maddeleri İnsan Hakları Komisyonuna ilişkindir. Komisyon, ilk defa Sözleşme ile kurulmuş değildir. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun hem Amerikan Devletleri Örgütü Şartından hem de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan yetki ve görevleri bulunmaktadır.⁴³ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi kabul edilmeden önce Komisyon, Amerikan Devletleri Örgütü Şartıyla kurulan bir Örgüt organı idi. Sözleşmenin kabulünden sonra aynı zamanda Sözleşme organı haline gelmiştir. Bu kapsamda Komisyonun, Sözleşmeye taraf olmayan devletler üzerinde de denetim yetkisi bulunmaktadır. Komisyon, hem Sözleşmeye taraf devletlerin hem de Sözleşmeye taraf olmayan Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) üyesi devletlerin insan haklarını koruma ve geliştirme görev ve işlevlerinde söz sahibidir. Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin insan haklarının korunması açısından denetiminde Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi uygulanmaktadır. Sözleşmeye taraf olan devletler açısından ise Sözleşmede düzenlenen haklar esas alınmaktadır.⁴⁴

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, üstün ahlaki niteliklere sahip ve insan hakları alanında yetkinliği ile tanınmış yedi üyeden oluşur (m. 34). Komisyon üyeleri Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu tarafından, üye devletlerin önerdiği en çok üç aday içinden seçilmektedir. Taraf devletlerin önereceği bu üç adaydan en az biri, aday listesini önerenin dışındaki bir devlet vatandaşı olmalıdır (m. 36).⁴⁵

⁴¹ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 597.

⁴² Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s. 304.

⁴³ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1241.

⁴⁴ Yurdanur Ural Uslan/Tuğba Güner, "İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 2, 2014, s. 314.

⁴⁵ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 40-41; Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 599.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine göre Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu üyeliği, Sözleşmenin tarafı devletlerle sınırlı değildir. Komisyon, aynı zamanda Amerikan Devletleri Örgütü Şartı çerçevesinde görev yapan bir organ olduğu için Komisyon üyeleri sadece Sözleşme tarafı devletlerin değil, Amerikan Devletleri Örgütüne üye devletlerin vatandaşları arasından seçilebilmektedir. Komisyon üyelerinin seçiminde yine Amerikan Devletleri Örgütüne üye bütün devletler söz sahibidir. Sözleşmeye göre Komisyon, ADÖ üyesi bütün devletleri temsil etmektedir (m. 35). Komisyon üyeleri bütün Amerikan Devletleri Örgütüne taraf devletler adına hareket etmektedir.⁴⁶

Komisyonunda aynı devlet vatandaşı iki üye görev alamaz (m 37/2). Bunun yanında Komisyon üyelerinin görev süresi dört yıldır. Bir defa seçilmiş bir üye sadece bir defa daha yeniden seçilebilir (m. 37/1).⁴⁷ Komisyon üyeleri vatandaşı oldukları devletin temsilcileri olarak değil, bağımsız olarak görev icra etmekle sorumludurlar.⁴⁸

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 39. maddesine göre Komisyon, kendi statüsünü hazırlayacak ve Genel Kurulun onayına sunacaktır. Komisyon, yönetmeliğini (usul kurallarını) kendisi tespit edecektir.⁴⁹ Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Statüsü ADÖ tarafından 1979 yılında 447 sayılı Karar ile kabul edilmiştir. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları ise 08.04.1980 tarihinde kabul edilmiştir. Usul Kuralları sonraki dönemlerde birçok değişikliğe uğramıştır.⁵⁰ 2001 tarihinde yürürlüğe giren Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları m. 14/1 göre, Komisyon her yıl en az iki düzenli oturumda ve gerekli olduğunu düşündüğü sayıda özel (olağanüstü) oturumda toplanacaktır. Komisyon tarafından aksine karar verilmediği müddetçe Komisyonun oturumları ka-

⁴⁶ Buergenthal, "The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences", s. 158.

⁴⁷ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 41.

⁴⁸ Doğan/Özdemir, İnsan Hakları Hukuku, s. 315-316.

⁴⁹ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 41.

⁵⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1241-1242.

palı (gizli) yapılacaktır (UK. m. 14/4).⁵¹ Komisyonunun kendi usul kurallarında yaptığı son değişiklik 1 Ağustos 2013'te yürürlüğe girmiştir.⁵²

Komisyon üyeleri bazı durumlarda Komisyona sunulmuş olan herhangi bir konunun tartışılmasına, soruşturulmasına, müzakeresine ve karara bağlanmasına katılamazlar. Üyeler, Komisyonun genel ya da özel değerlendirmesine konu olan Devletin vatandaşı iseler ya da daha önce o devletin diplomatik ajanı sıfatıyla tescil edilmiş veya görev ifa etmiş iseler Komisyonun belli bir konudaki çalışmasına katılamazlar. Yine meselenin dayanağını oluşturan aynı olgulara ilişkin bulunan bir kararın alınmasına daha önce herhangi bir sıfatla katılmış iseler veya bu kararda menfaati bulunan taraflardan birisinin danışmanı ya da temsilcisi sıfatıyla tasarrufta bulunmuş iseler Komisyonun çalışmasına katılamazlar (UK. m. 17/2). Bu durumun yanında bir Komisyon üyesi kendisinin veya bir başka Komisyon üyesinin çalışmadan veya kararın alınması sürecine katılımdan kaçınması gerektiği yönünde görüş bildirebilir (UK. m. 17/3). Eğer Komisyon üyesi, kendisinin çalışmadan ya da karar alımı sürecine katılımından kaçınması gerektiği kanaatinde ise, engellilik halinin geçerli olup olmadığına karar verecek olan Komisyona bu konuda bilgi verecektir (UK. m. 17/3).⁵³

Komisyon oturumlarında toplanma yeter sayısı, üyelerin mutlak çoğunluğunun sayısı olan 4'tür (UK. m. 16). Komisyon, taraf bir devletteki insan hakları durumuna ilişkin bir raporun kabulünde üyelerinin mutlak çoğunluğunun oyu ile karar alacaktır (UK. m. 18/1). Bunun dışında –Usul Kuralları 18. maddede belirtilen haller dışında- karar yeter sayısı, hazır bulunan üyelerin çoğunluk oyudur (UK. m. 18/2).⁵⁴

Usul Kuralları m. 22'ye göre, Komisyonun resmi dilleri İspanyolca, Fransızca, İngilizce ve Portekizce'dir. Komisyonun çalışma dilleri ise, üyelerinin konuştukları dillere uygun olarak Komisyon tarafından her iki yılda bir karara bağlanır (UK. m. 22).⁵⁵

⁵¹ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 79-80.

⁵² Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

⁵³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 81.

⁵⁴ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 82; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1243.

⁵⁵ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 83.

b)Komisyonun İşlevleri

Temel işlevlerinden biri insan haklarına riayet edilmesini ve insan haklarının savunulmasını geliştirmek olan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonuna herhangi bir kişi, kişiler grubu veya (ADÖ üyesi devletlerden birinde veya daha fazlasında yasal olarak tanınmış bulunan) hükümet dışı organizasyonlar dilekçe ile başvuruda bulunabilirler. Başvurucular kendi adlarına ya da üçüncü kişiler namına başvuruda bulunabilirler (UK. m. 23).⁵⁶ Sözleşmenin koruma sistemini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) koruma sisteminden ayıran başlıca farklardan biri, başvurucuların üçüncü kişiler adına da başvuruda bulunabiliyor olmasıdır.

Komisyonunun önüne gelen dilekçeler Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinde; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanındaki Ek Protokolde; Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Protokolde; Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinde; Kişilerin Zorla Kaybedilmeleri Hakkında Amerikalılararası Sözleşmede ve/veya Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikalılararası Sözleşmede tanınmış bulunan insan haklarından birinin ya da birkaçının ihlal edildiği iddiasına dönük olacaktır (UK. m. 23).⁵⁷

Belirtilen Sözleşme ve/veya Bildirgelerde tanınan hakları ihlal edildiği iddiasında olan kimseler ister Komisyona sundukları dilekçede isterlerse de ayrı bir yazıyla Komisyon önünde kendilerini temsil etmek üzere bir avukatı ya da başka bir kişiyi görevlendirebilirler (UK. m. 23). Komisyon, gerekli gördüğü takdirde bir dilekçeyi re'sen de işleme koyabilir (UK. m. 24).⁵⁸

Sözleşmenin 49 ve 50. maddelerinde belirtildiği üzere, Sözleşmeye taraf olmayan devletler aleyhine de Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinde tanınan hakların ihlal edildiği iddiasıyla Komisyona başvuru yapılabilir. Ancak bu başvuruda da Sözleşmeye taraf olan devletler aleyhine yapılan başvurularda takip edilen usul geçerli olacaktır. Buna göre başvuruların, kabul edilebilirlik

⁵⁶ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 83.

⁵⁷ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 84-85.

⁵⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 84.

kriterlerine uygunluğu aranacaktır.⁵⁹ Komisyon, Sözleşmeye taraf olan ya da olmayan herhangi bir Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletin uygulamalarına ilişkin kişi veya gruplarca yapılacak şikayetleri kabul etme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Komisyon, ABD de dahil olmak üzere Sözleşmenin tarafı olmayan ya da taraf olan birçok ülke aleyhine gelen şikayetler konusunda inceleme başlatmış ve Jack Donnelly'e göre önemli bölgesel sorunlar da dahil olmak üzere bağımsız ve etkin faaliyet yürütmüştür.⁶⁰

Usul kuralları ile Komisyona gerekli olduğu takdirde önleyici tedbir alınmasını isteme yetkisi tanınmıştır. Buna göre ciddi ve acil nitelik taşıyan vakalarda ve temin edilen bilgi uyarınca gerekli olan her zaman Komisyon kendi inisiyatifiyle ya da bir tarafın talebi üzerine kişilerin telafisi olanaksız zararlar görmelerini engelleyecek önleyici tedbirlerin alınmasını ilgili devletten talep edebilir (UK. m. 25/1).⁶¹ Komisyon, geçici önlemler alınması kararını vermekle yetkili olduğu halde gereken önlemlerin alınması kararının gereğinin yapılması nihayetinde taraf devletin uhdesindedir.

Usul Kuralları Komisyona geçici önlem konusunda iki tür yetki vermiştir; birincisi bizzat Komisyon tarafından geçici önlem kararı verilebilmesi, ikincisi ise Komisyonun Mahkemeden geçici önlem kararı verilmesini talep etme yetkisidir.⁶²

Usul Kurallarının 25. maddesinde belirtildiği üzere Komisyon önleyici tedbir alınmasını taraf devletten isteyebilir. Bunun yanında Usul Kurallarının Komisyonun Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ile ilişkilerini düzenleyen III. Başlık kısmında belirtildiği üzere Komisyon bazı hallerde geçici önlemler alınmasını Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinden isteyebilir (UK. m. 74). Buna göre fevkalade vahim ve acil nitelik taşıyan vakalarda ve incelenmesi için henüz Mahkemeye sunulmamış bir konuda kişilerin telafisi olanaksız zarara uğramalarının önlenmesi için Komisyon gerekli önlemler alınmasını Mahkemeden talep edebilir. Komisyon, vahim ve acil durumlarda önleyici tedbir alınmasını taraf devletten talep edebilirken 74. maddeye göre *fevka-*

⁵⁹ Usulan/Güner, "İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi", s. 315; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 98.

⁶⁰ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 228.

⁶¹ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 84.

⁶² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1243.

lade vahim (ağır) ve acil durumlarda ve incelenmesi için henüz Mahkemeye sunulmamış bir konuda Mahkemeden geçici önlem alınmasını isteyebilmektedir.⁶³ Burada vahim (ağır) ve fevkalade vahim (ağır) durumlar arasındaki fark belirtilerek Komisyona bir takdir yetkisi sunulmuştur. Komisyonun Mahkemeden geçici önlem talep edebilmesi için gerekli bir şart, konunun henüz Mahkeme önüne gelmemiş olmasıdır. Mahkemenin incelemesine girmiş bir konuda Komisyonun geçici önlem talep yetkisi kaldırılarak Komisyon ve Mahkeme arası ilişkilerde karışıklığa yer bırakılması önlenmiştir. Bununla birlikte uygulamada Komisyonun; hem önünde derdest olan ve dolayısıyla henüz Mahkemeye sunulmamış başvurularda hem de Komisyonda sonuca bağlanıp Mahkemeye gönderilmiş bulunan başvurularda olmak üzere her iki halde Mahkemeden geçici önlem kararı vermesini talep ettiği bildirilmektedir.⁶⁴

Mahkemelerin, önüne gelen başvuruyla ilgili geçici tedbir kararı vermeleri birçok yargı sisteminde mevcut bir durumdur. Bununla birlikte henüz Mahkeme önüne gelen bir başvuru olmadan Mahkemenin geçici tedbir kararı verebilmesine imkan tanıdığından Amerikan İnsan Hakları yargısı bu noktada farklı düşmektedir.⁶⁵

Komisyon, sadece Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletler aleyhine ihlal iddiası içeren başvuruları kabul etmemektedir. Aynı zamanda Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmayan ancak ADÖ üyesi olan devletlere ilişkin, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinde düzenlenen insan haklarının ihlal edildiği iddiasını içeren dilekçeleri de kabul edip incelemektedir (UK. m. 49).⁶⁶

Komisyonun bireysel haklar sistemine ilişkin yetkileri üye ülkelerde insan hakları normlarına uygunluğun iletilmesi konusunda etkili bir araçken Komisyon aynı zamanda iki güçlü yetkisini daha kullanmaktadır. Bunlar; ülkeler hakkında rapor çıkarma ve yerel ziyaretler gerçekleştirilmesidir.⁶⁷

⁶³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 110.

⁶⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1245.

⁶⁵ Jo M. Pasqualucci, "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", **The University of Miami Inter-American Law Review**, C. 26, S. 2, Kış 1994/1995, s. 312.

⁶⁶ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 98; Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 600.

⁶⁷ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 600.

Komisyon, kendisine yapılan şikayet başvurularını incelemekten başka yıllık rapor hazırlama ve üye devletlerde insan haklarının durumuna dair rapor hazırlama gibi görevleri yerine getirir (UK. m. 56-58). Komisyon her yıl Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kuruluna bir yıllık rapor sunar. Bunun yanında Komisyon, görevlerinin ifası bakımından tavsiyeye değer gördüğü konularda çalışmalar yapar ve rapor hazırlar (UK. m. 56).⁶⁸

Komisyonun yıllık raporunda bölgenin bütününde insan haklarının durumu konusunda, devletlere ve ADÖ organlarına yönelik tavsiyeleri de içeren, bir değerlendirme bulunacaktır. Bunun yanında insan hakları alanında hedeflere ulaşılmasında kaydedilen ilerlemeler veya mevcut güçlükleri belirten izleme raporları, bireysel başvurular hakkında Komisyon tarafından yayımlanması onaylanan raporlar gibi hususlar yıllık rapor içerisinde yer alacaktır (UK. m. 57/1). Yıllık raporun yanında Komisyon, belli bir devlette insan haklarının durumuna dair bir genel ya da özel rapor hazırlayabilir. Bu rapor bir değerlendirme yapabilmesine olanak sağlamak üzere üye devletin hükümetine iletilir. İlgili devletin değerlendirmeleri ışığında Komisyon raporunu muhafaza edebilir ya da değiştirebilir ve ne şekilde yayımlanacağına karar verebilir. Raporun yayımlanmasının ardından Komisyon bu raporu üye devletlere ve ADÖ Genel Kuruluna iletir (UK. m. 58).⁶⁹

Komisyonun Amerikan Devletleri Örgütü üyesi herhangi bir devlet hakkında hazırlayacağı bu raporlar genellikle Komisyonun ilgili devlete gerçekleştireceği ziyareti takip ederler. Bu raporlar ilgili ülkede insan haklarının genel durumuna ilişkin bilgi içerebilecekleri gibi yerli halkların hakları veya çocukların durumu gibi belirli haklara ilişkin bilgi de içerebilirler.⁷⁰

Komisyon, belirtilen bu raporlar kapsamında insan haklarına ilişkin genel alanları ya da sorunları adres gösteren tematik raporlar yayımlayabilir. Bu tematik raporlar bölgede belli bir hakka riayeti incelemek ve açıklamak amacıyla taşır. Aynı zamanda seçilen bütün ADÖ üyesi devletlerin tanınan haklar ya da önerilen tedbirlere yaklaşımı tanımlanmaya çalışılır. Bu amaçlarla Komisyon ölüm cezası, ifade özgürlüğü, yerli halkların hakları, göçmen işçilerin hakları

⁶⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 101-102.

⁶⁹ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 101-103.

⁷⁰ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 600.

gibi konularda detaylı raporlar hazırlamakla görevli özel raportörler atar.⁷¹ Dolayısıyla Komisyonun belli alanlara özgülenmiş raportörlükleri bulunmaktadır.

Usul Kurallarında belirtildiği üzere Komisyon, görevlerini daha iyi yerine getirebilmek için raportörlükler ve çalışma grupları oluşturabilir. Raportörler Komisyon üyeleri arasından olabileceği gibi dışından da olabilir (UK. m. 15).⁷² Raportörlükler; ülke raportörlükleri, tematik raportörlükler ve Komisyon tarafından görevlendirilen diğer kişilere verilen özel raportörlükler olarak ayrılmıştır.⁷³

Komisyon, ayrıca, yerinde ziyaretler yapmaya da yetkilidir. Gerekli görülen yerlerde insan haklarının durumunu birinci elden değerlendirmek için devletlerin daveti veya rızasıyla ziyaretler gerçekleştirebilir. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun kendi görevli personeli, diğer komisyon üyeleri ve ilgili raportörlerden oluşan bir delegasyon tarafından bu ziyaretler gerçekleştirilir. Delegasyon, Komisyona izin verildiği doğrultuda ülkede ne olduğuna ilişkin birinci elden bilgi edinebilmek için sivil toplum temsilcileri ve ilgili ülkenin yüksek otoriteleri ile oturumlar yapabilir. Komisyon yerinde ziyaretlerin daha etkili olması için kamuyu bilgilendirmek kapsamında basın toplantıları düzenleyebilmekte ya da bulgularını yayınlatabilmektedir. Bu durum sadece ulusal düzeyde değil, aynı zamanda uluslararası düzeyde belli bir ülkedeki insan haklarının durumuna ilişkin tartışmalar konusunda doğrudan etkiye sahiptir.⁷⁴

Dominik Cumhuriyeti, Komisyon'un ülke topraklarına girişini izin veren, yerinde ziyarete konu olan ilk ülkedir. Komisyon, Dominik Cumhuriyetine ziyaretinde hükümet ve muhalefet liderleriyle, ülkenin her yerinden kilise, firma, sendika temsilcileriyle ve bireylerle görüşmeler gerçekleştirmiştir.⁷⁵ Hükümetler tarafından yerinde ziyaretlere izin verilmemesi karşılaşılmayacak bir olasılık değildir. Bununla birlikte taraf devletlerin yerinde ziyarete izin vermemesi ve Komisyonun bu konuda ulusal dirençle karşılaşması ilgili ülke açısından Komisyonun ziyaret üzerine hazırlayacağı raporun sorumluluğundan kur-

⁷¹ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 600; Goldman, "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights", s. 882.

⁷² Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 80.

⁷³ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1243.

⁷⁴ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 601.

⁷⁵ Doğan/Özdemir, İnsan Hakları Hukuku, s. 320.

tulma anlamına gelmemektedir. Yerinde ziyaret gerçekleştirilmediği de Komisyon, ilgili ülke hakkında rapor hazırlayabilir.⁷⁶

II.ii. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi:

a)Mahkemenin Yapısı

Amerikan İnsan Hakları Sisteminin tek bağımsız yargısal organı olan Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Kosta Rika'nın San José şehrinde bulunmaktadır. Mahkeme, bir temyiz mercii değildir. Ulusal yargı sistemlerini destekleyici ve tamamlayıcıdır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan hakları uygulamak, korumak ve yüceltmek öncelikle ve temel olarak ulusal anayasal sistemlerin görevidir. Bu nedenle Mahkeme ikincil bir rol oynamaktadır.⁷⁷ Diğer uluslararası yargı organlarının da sahip olduğu ikincillik vasfı Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi için de geçerlidir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, en üst düzeyde ahlaki nitelikleri haiz, insan hakları alanında yetkinlikleriyle tanınmış ve hukukçu olan ADÖ üyesi ülke vatandaşı yedi yargıçtan oluşur (m. 52/1). Mahkeme yargıçları Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletler tarafından seçilir. Önceki bölümde değinildiği üzere Komisyon üyeleri ADÖ Genel Kurulu tarafından seçilmekteydi. Mahkeme yargıçları ise Örgüt Genel Kurulunda, Sözleşmeye taraf devletlerin mutlak çoğunluğunun gizli oyuyla seçilmektedir (m. 53/1). Yine Komisyona üye önerisinde olduğu gibi Mahkemeye önerilecek yargıç adayları da Sözleşmeye taraf bir devlet veya Amerikan Devletleri Örgütü üyesi herhangi bir diğer devletin vatandaşları arasından olacaktır. Sözleşmeye taraf devletler aday gösterebilmektedir. Devletler, en az bir adayın, aday listesini öneren devletin dışındaki bir devlet vatandaşı olması kaydıyla üç aday içeren bir liste önereceklerdir (m. 53/2).⁷⁸ Amerikan Sisteminde AIHM'ye yargıç seçilmedeki usulden farklı olarak taraf devletler kendi sunacakları listede kendi vatandaşları dışından bir kişiyi önermek zorundadırlar.

⁷⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1991, s. 134-135.

⁷⁷ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 605.

⁷⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 48-49; Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 605.

Her ne kadar Mahkeme yargıçlarının atanabilmesi için, diğer uluslararası mahkemelerde olduğu gibi, insan hakları alanında yetkinlikleriyle tanınmış hukukçu olmak ve yüksek ahlaki niteliklere sahip olmak gibi özellikler aransa da Amerikan Sisteminde devletlerin bu özelliklere sahip olmayan kişileri, kasten ya da farkında olmadan, yargıç adayı olarak gösterebildikleri yönünde eleştiriler getirilmektedir. Bunun yanında Mahkemenin yedi olan yargıç sayısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 47 olan yargıç sayısı ile karşılaştırılarak Mahkemenin saygınlığı ve içtihatları üzerinde negatif etki yarattığı için eleştirilmektedir. Bu nedenle Mahkeme yargıçlığına aday olanların yeterliliğini incelemek üzere devletlerarası bir komite kurulması yönünde literatürde öneriler sunulmaktadır.⁷⁹

Mahkemede aynı devlet vatandaşı iki yargıç görev yapmamaktadır (m. 52/2). Altı yıllık bir görev süresi için seçilen yargıçların yeniden seçilmeleri yalnız bir defaya mahsustur. Bununla birlikte bir yargıcın görev süresi dolsa bile, görülmeye başlanılmış olup halen derdest olan davalar bakımından yeni seçilmiş yargıçların bu vakalarda görev süresi dolan yargıçların yerine geçmesini temin etmek için, görev süresi dolan yargıcın ilgili davalarda görev almaya devam etmesi öngörülmüştür (m. 54).⁸⁰

Mahkeme müzakerelerinin görülebilmesi için oturum yeter sayısı beş yargıçtır. Mahkemeye götürülmüş bütün vakalarda Komisyonun Mahkeme önünde hazır bulunması gerekmektedir (m. 56-57).⁸¹ Müzakerelerde kararlar hazır bulunan yargıçların çoğunluğunun oyu ile alınır. Müzakereler kapalı oturumda yapılır, buna karşılık duruşmalar aksi yönde karar verilmedikçe alenidir ve hükümler aleni oturumda açıklanır.⁸²

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun olduğu gibi, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin de Sözleşmenin 60. maddesine göre kendi statüsünü kendisinin hazırlaması öngörülmüştür. Mahkeme kendi usul kurallarını kendisi kabul eder (m. 60). Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Statüsü 1979 yılında Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulunun 448 numaralı kararıyla kabul edilmiştir. Mahkemenin usul kuralları da 09.08.1980 tari-

⁷⁹ Pasqualucci, "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", s. 359-360.

⁸⁰ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 48-49.

⁸¹ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 50.

⁸² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1247.

hinde kabul edilmiş ve bu tarihten sonra birçok kez değişikliğe uğramıştır.⁸³ Mahkemenin Usul Kurallarında yapılan son değişiklikler 1 Ocak 2010'da yürürlüğe girmiştir (UK. m. 78).⁸⁴

b)Mahkemenin Görev ve Yetkileri

Mahkeme, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu tarafından önüne getirilen vakaları incelemek ve karara bağlamak konusunda yetkilidir (m. 61). Sistem içerisinde buna Mahkemenin “çekişmeli yargı yetkisi” denilmektedir. Mahkemenin ayrıca danışma görüşü üretme yetkisi de bulunmaktadır (m. 64).⁸⁵ Mahkeme, danışma görüşünde bulunma yetkisini kullanırken sadece Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin yorumu konusunda değil, Amerikan Devletlerindeki diğer insan hakları sözleşmelerinin yorumu konusunda da yetkilidir (m. 64/1).⁸⁶

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, çekişmeli yargısında sıklıkla Avrupa içtihadına, daha az olarak da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin kararlarına atıfta bulunmaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan kavramları tanımlamak için dahi harici metinlere başvurabilmektedir. Örneğin, Sözleşmenin çocuk haklarına ilişkin 19. maddesinde yer alan “çocuk” kavramının içine kimlerin girdiğini tespit için Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinden yararlanmıştır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesindeki hak ve özgürlüklerin kapsamı konusunda bir yorum yöntemi olarak diğer sistemlere başvurabilmektedir.⁸⁷ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi de genel uluslararası hukuk⁸⁸la ilişkisini kurmak için Mahkeme tarafından

⁸³ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1246-1247.

⁸⁴ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

⁸⁵ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1249; Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 605.

⁸⁶ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 52; Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 605.

⁸⁷ Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, s. 93-94.

⁸⁸ Genel uluslararası hukuk, uluslararası örf ve adet hukukudur. Işıl Özkan, “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Journal of Yasar University*, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2134. <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-1-C5%9F%C4%B11-C3%96ZKAN.pdf>, erişim: 12.06.2019.

bir araç olarak kullanılmaktadır.⁸⁹ Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kimi kararlarında Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına atıfta bulunabilmektedir.⁹⁰

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 62. maddesine göre, Sözleşmeye taraf devletler Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisini tanıdıklarını ayrı bir beyanla açıklayacaklardır.⁹¹ Mahkemenin yargılama yetkisinin tanındığına ilişkin beyan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin onaylandığı tarihte ya da Sözleşmeye katılma belgesi depo edilirken veyahut herhangi bir müteakip zamanda yapılabilir. Taraf devletler, koşulsuz olarak veya karşılıklık koşuluyla ya da belirli bir süre veya belirli vakalar için Mahkemenin yargılama yetkisini tanıdıklarına ilişkin beyanda bulunabilirler (m. 62/1-2).⁹² Avrupa İnsan Hakları yargılamasında karşılıklık esası kabul görmezken Amerikan İnsan Hakları yargılamasında karşılıklık esası (koşulu) kabul görmektedir. İnsan haklarının etkin korunmasının sağlanması için karşılıklık koşulunun aranmamasının evleviyetle tercih edilmesi gerekir. Aksi takdirde insan hakları devletlerarası siyasetin konusu haline gelecektir. Yine belirli süreler ya da belirli vakalar için Mahkemenin yargı yetkisinin tanınması insan haklarının sürekli etkin koruma altında olmasının önünde bir engeldir.

Taraf devletler karşılıklık koşuluyla ya da belirli vakalar veya belirli süreler için Mahkemenin yargı yetkisini tanıma beyanında bulunma imkanına sahipken yetki bir defa tanındıktan sonra tanıma beyanının geri çekilmesi mümkün görülmemektedir. Örneğin, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanıyan Peru'nun kendisi aleyhine karar verilmesinden sonra çekişmeli yargı yetkisini geri almak istemesi Mahkemece kabul edilmemiştir. Mahkeme, çekişmeli yargı yetkisinin tanınmasından sonra bu yetkinin geri alınmasına Sözleşmenin izin vermediği yönünde karar vermiştir.⁹³ Aksi duru-

⁸⁹ Ayrıca insan hakları sistemi Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesince genel uluslararası hukuktan ayrı ve üstün olarak kabul edilmektedir. Lucas Lixinski, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law", *The European Journal of International Law*, C. 21, S. 3, 2010, s. 602.

⁹⁰ Örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Opuz/Türkiye, Üçüncü Daire, BN.: 33401/02, K.T.: 09.06.2009, Pr. 83, 84, 86.

⁹¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1248.

⁹² Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 51-52.

⁹³ David Weissbrodt, Connie de la Vega, *International Human Rights Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007, s. 331'den aktaran Doğan/Özdemir, İnsan Hakları Hukuku, s. 328.

mun kabulünde, taraf devletlerin süresiz olarak tanıma beyanlarını çekmeleri söz konusu olacaktır.

Benzer şekilde bir taraf devletçe Mahkemeye danışma görüşü üretmesi için talepte bulunulduktan itibaren talebin geri çekilmesi halinde de Mahkeme bu geri çekmeyle bağlı olmadığını beyan etmektedir. Mahkemeye göre danışma görüşü talebi geri çekilse dahi talebe ilişkin danışma görüşü açıklanabilir. Zira danışma görüşü için ADÖ üyesi devletlerin tamamının ve Örgütün ana organlarının talepte bulunabilmesi çekişmeli yargı ve danışma faaliyeti arasındaki farkı belirlemektedir. Buna göre danışma görüşlerinin tek muhatabı talepte bulunan devletler değildir.⁹⁴ Danışma görüşü talebinin geri çekilmesinin, talebin içeriği hakkında Mahkemenin danışma görüşü üretmesini engellemediği yönündeki kabulü taraf devletlere ve sistemin organlarına yol gösterilmesi konusunda Mahkemenin etkinliğini ortaya koymaktadır.

Mahkemenin Usul Kurallarına göre, Mahkeme hükümlerine ve kararlarına karşı herhangi bir biçimde itiraz mümkün değildir (UK. m. 31/3).⁹⁵ Bu nedenle Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kararların temyizi müessesesi bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde daireler tarafından verilen kararların itiraz üzerine Büyük Daire tarafından incelenmesi gibi bir usul Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi yargılamasında öngörülmemiştir.

Mahkemenin çekişmeli yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisinden başka yargısal olmayan başka faaliyetleri de bulunmaktadır. Mahkemenin yargısal olmayan bu faaliyetleri de yine Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından öngörülen insan haklarının korunması ve geliştirilmesiyle ilgilidir. Bu faaliyetler özel dergiler çıkarılması ve yayımlanması, çalıştaylar düzenlenmesi, konferanslara katılım gibi eğitsel uygulamalardır. Örneğin, Mahkeme diğer teşkilatlarla birlikte, zaman zaman, ulusal yargılarda Mahkemenin içtihatlarının etkisi ve kabulünün incelenmesine özgü bir dergi olan “Yargısal Diyalog (Jurisprudential Dialogue)” isimli dergiyi yayımlamıştır.⁹⁶ 2010 yılında lisans

⁹⁴ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights), OC-15/97, 14 Kasım 1997, s. 7-8, Pr. 25, 28.

⁹⁵ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 142; Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 605; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

⁹⁶ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 606.

mezunlarına dönük olarak İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Hakkı isimli farkındalık eğitimi düzenlenmiş, devlet görevlilerine eğitim amaçlı dersler verilmiş, Kosta Rikalı avukatlar için Mahkemenin içtihadı hukukuna ilişkin eğitim toplantıları düzenlemiştir.⁹⁷

Mahkeme aynı zamanda ciddi ve acil vakalarda bireylerin telafisi imkansız zararlara uğramaları için geçici önlem kararı vermekle de yetkilidir. Mahkeme hem önüne gelen başvurularda hem de henüz önüne gelmemiş başvurular için geçici önlem kararı verebilir.⁹⁸ Mahkemenin çekişmeli yargı yetkisi ve diğer yetki ve görevleri ile geçici önlem kararlarına ilişkin hususlara aşağıdaki bölümlerde daha ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

III. Sözleşmede İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları

III.i. Komisyona Bireysel veya Devletlerarası Başvuru:

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde AİHS’de olduğu gibi hem devletlerarası şikayet hem de bireysel şikayet usulü bulunmaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde bireysel şikayet usulünün işleyebilmesi için devletlerin ayrı bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Sözleşmeye taraf olmakla bir devlet bireysel şikayet usulünü de kabul etmiş olmaktadır. Devletlerarası şikayet usulünün işleyebilmesi için ise taraf devletlerin bu tür başvuruları inceleme konusunda Komisyonun yetkisini tanıdıklarına ilişkin ayrı ve özel bir beyanda bulunmaları gerekir.⁹⁹ Dolayısıyla Amerikan İnsan Hakları yargısında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmakla üye devletler bireysel başvuru usulünü doğrudan kabul etmiş olmaktadır. Devletlerarası şikayet usulüne taraf olmak için ise üye devletlerin ayrı bir beyanla bu usule taraf olduklarını bildirmeleri gerekmektedir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine göre bir taraf devlet devletlerarası şikayet usulünü kabul ettiğine dair beyanını Sözleşmenin onay ve depo edilmesi tarihinde bildirebileceği gibi daha sonraki bir tarihte de bildirebilir. Bu tanıma beyanı süresiz olabileceği gibi, belli bir süreyle sınırlı da olabilir ya da belli vakalar için (ad hoc) tanıma beyanı yapılabilir.¹⁰⁰ Ancak Amerikalılararası

⁹⁷ Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, s. 291.

⁹⁸ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 606.

⁹⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1248.

¹⁰⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1248.

Sistemde devletlerarası şikayet mekanizması pek çalıştırılan bir usul değildir. Bununla birlikte aşağıda bireysel şikayet başvuruları için açıklanacak olan usul uygulanabilirliği ölçüsünde devletlerarası şikayet başvurusu için de uygundur.¹⁰¹

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kurallarınının 23. maddesinde belirtildiği üzere, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanındaki Ek Protokol; Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Protokol; Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; Kişilerin Zorla Kaybedilmeleri Hakkında Amerikalılararası Sözleşme veya Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikalılararası Sözleşmeye dayanılarak Komisyona şikayet başvurusunda bulunulabilmektedir. Bu hükümden yola çıkılarak denilebilir ki Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin tarafı olmayan bir Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devlete karşı ihlal iddiasının dayanağı olarak Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi gösterilebilir.¹⁰² Dolayısıyla Sözleşmenin tarafı olmayan bir devlete karşı şikayet başvurusunda bulunulamayacağı söylenemez.

a)Komisyonun Kabuledilebilirlik İncelemesi:

i. Başvuru Yapabilecek Kişiler veya Topluluklar

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 61/1. maddesine göre yalnızca taraf devletler ve Komisyon bir vakayı Mahkemeye sunma hakkına sahiptir.¹⁰³ Sözleşmenin 44. maddesine göre ise herhangi bir kişi, kişi grubu, Amerikan Devletleri Örgütüne üye bir veya daha fazla devlette yasal olarak tanınan herhangi bir hükümet dışı kuruluş Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin bir taraf devletçe ihlal edildiğine ilişkin şikayetlerini Komisyona sunabilirler.¹⁰⁴ Anlaşılacağı üzere öncelikle bir taraf devlet aleyhine başvuruda bulunabilmek için Avrupa İnsan Hakları yargısında olduğu gibi vatandaş olma koşulu aranmamaktadır. Yine Avrupa İnsan Hakları yargılamasında olduğu gibi kişiler, kişi grupları ya da hükümet dışı kuruluşlar başvuruda bulunabilirler. Yalnız, kişiler, kişi

¹⁰¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1254.

¹⁰² Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 83-84; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1249-1250.

¹⁰³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 51.

¹⁰⁴ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 43.

grupları ya da hükümet dışı kuruluşlar sadece Komisyona başvuruda bulunabilirler, Mahkemeye şikayet başvurusunda bulunamazlar.¹⁰⁵ Bireysel başvuruların öncelikle Komisyon, daha sonra Mahkeme önünde görülüp karara bağlanmasına dayanan iki kademeli bu sistem, zaman aldığı ve mağdurun haklarının layıkıyla korunmasında başarısızlığa yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Buna göre başvurunun Komisyona iletilmesi ve Komisyonun başvuruyu Mahkemeye yönlendirmesi arasında geçen süre yılları bulabilmektedir.¹⁰⁶

Avrupa İnsan Hakları yargılamasından farklı olarak kişiler, kişi grupları ya da hükümet dışı kuruluşlar hem kendi adlarına hem de üçüncü kişiler namına şikayet başvurusunda bulunabilirler.¹⁰⁷ Üçüncü kişiler, mağdurun muvafakati olsa da olmasa da başvuruda bulunabilirler; ancak mağdurun muvafakatinin yokluğunda başvuru yapılacaksa muvafakat yokluğunun haklı bir sebebe dayanması ve bu sebebin devam ettiği süre içinde başvuru yapılması gerekir.¹⁰⁸

Amerikan İnsan Hakları Sistemi, mağdur ya da mağdurun bir yakını olmadığı halde üçüncü kişilere mağdur adına bireysel başvuruda bulunabilme imkanı tanıması özelliğiyle diğer bölgesel ve uluslararası insan hakları sistemlerinden ayrılmaktadır. Sözleşmeye taraf olmakla devletler, bireysel başvuru usulünü doğrudan kabul etmiş sayıldıklarından bir ihlal iddiası gündeme geldiğinde mağdur, mağdur yakını veya ADÖ üyesi devletlerin bir veya birkaçı tarafından tanınmış olan hükümet dışı organizasyonlarca yapılacak bireysel başvuruların tarafı haline geleceklerdir.¹⁰⁹ Buna göre farklı uluslararası organizasyonlar ya da sivil toplum kuruluşları Amerikan İnsan Hakları Sistemi içinde aktif olarak faaliyette bulunabilirler.

Şikayet başvurusunda bulunabilecek hükümet dışı kuruluşlar açısından söylenebilir ki yukarıda belirtildiği üzere bu hükümet dışı kuruluşların Amerikan Devletleri Örgütüne üye bir veya daha fazla devlette yasal olarak tanınmış olması zorunluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte aleyhine başvuruda bulu-

¹⁰⁵ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1250.

¹⁰⁶ Jo M. Pasqualucci, "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", **The University of Miami Inter-American Law Review**, C. 26, S. 2, Kış 1994/1995, s. 307.

¹⁰⁷ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1250.

¹⁰⁸ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 602.

¹⁰⁹ Pasqualucci, "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", s. 315.

nulan devlette yasal olarak tanınmamış olabilirler. Nitekim Komisyon da bu kuralı dar yorumlamamış ve kendi devletleri tarafından resmen tanınmamış durumda olan hükümet dışı kuruluşların Komisyona şikayet başvurularını kabul etmiştir.¹¹⁰ Böylelikle kendi devletleri tarafından resmen tanınmayan hükümet dışı kuruluşlara uluslararası bir hukuksal tanıma kazandırılmaktadır.¹¹¹

Bireysel başvuruda şikayetçi şahsen başvuruda bulunabileceği gibi başvurusunu bir avukat ya da temsilci vasıtasıyla da yapabilir.¹¹² Komisyon, bir bireysel başvuru kendisine ulaştığı zaman kabuledilebilirlik incelemesi için öncelikle Sözleşmenin 46. maddesinde belirtilen hususları arayacaktır. Buna göre başvurunun; iç hukuk yollarına başvurulmuş ve iç hukuk yolları tüketilmiş olduktan sonra yapılması, iç hukuk yolları tüketildikten sonra 6 ay içinde başvuru yapılmış olması, başvuru konusunun bir başka uluslararası çözüm mercii önünde derdest olmaması, şikayet dilekçesinin başvuruda bulunan kişi ya da kişilerin veya kuruluşun kendisinin veya yasal temsilcisinin adını, uyrukluğunu, mesleğini, ikametgahını ve imzasını içermesi gerekmektedir.¹¹³

ii. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Bireysel başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmesinin istisnası Sözleşme ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kurallarında gösterilmiştir. Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının istisnası belirtilmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının istisnası tanınmıştır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde ise iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının hangi durumlarda beklenmeyeceği açıklanmıştır. Buna göre (m. 46/2), ilgili devletin iç hukuku, ihlal edildiği ileri sürülen hak ya da hakların usulüne uygun biçimde korunmasını sağlayamadığında; haklarının ihlal edildiğini ileri süren taraf iç hukuk yollarına başvurmadan yoksun bırakılmış ya da bunları tüketmesi engellenmiş olduğunda veya iç hukuk yolları içinde kesin bir hükme varılmasında haklı görülemeyecek bir gecikme olduğunda iç hukuk yol-

¹¹⁰ Edmundo Vargas Carreno, "Some Problems Presented by the Application and Interpretation of the American Convention on Human Rights", American University Law Review, Vol. 30, No. 1, 1980, s. 127-145'den aktaran Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1250.

¹¹¹ Gemalmaz, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları, s. 150.

¹¹² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1250.

¹¹³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 44-45.

larının tüketilmesi şartı aranmayacaktır. Buna göre ihlal edildiği ileri sürülen hak veya hakların korunması için ulusal hukuk, usulüne uygun yargılanma olanağı temin etmiyor veya iç hukuk yollarına başvuru imkanı verilmiyor veya iç hukuk yollarının tüketilmesi engelleniyor ise iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmayacaktır.¹¹⁴

Komisyonun Usul Kurallarından madde 28/h’de belirtildiği üzere, şayet iç hukuk yollarının tüketilmesi olanaksız ise başvurusunun, bu durumu gösterir bilgileri başvurusuna eklemesi gerekmektedir.¹¹⁵ Usul Kuralları m. 32/1’e göre Komisyon, iç hukuk yollarını tüketen kararın mağdur olduğunu ileri sürene bildirilmiş bulunduğu tarihten itibaren altı ay içinde sunulan dilekçeleri inceleyecektir.¹¹⁶ Bununla birlikte iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun istisnalarının uygulanabilir olduğu hallerde başvuru şikayetini makul bir süre içinde Komisyona iletmış olmalıdır. Burada makul sürenin ne olduğunu her vakanın özgün şartlarını dikkate alarak Komisyon belirleyecektir.¹¹⁷ Makul zamanın tanımlanmasında standart; sorunun ağırlığı, eylemlerin gerçekleştiği bağlam, potansiyel ihlallerin devam edip etmediği, devlet tarafından alınan önlemler ve başvuru sahiplerinin eylemleri gibi ilgili aktörler arasındaki etkileşimi değerlendiren bir teste dayanır.¹¹⁸ Yine kimi vakalar açısından iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından altı ay içerisinde başvuru yapılması koşulunun istisnasını “süre giden ihlal” vakaları oluşturacaktır. Süre giden ihlal vakalarında altı ay süre kuralı aranmayacaktır.¹¹⁹

İç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin ispat külfeti hakkında Usul Kuralları m. 31/3’te özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre başvuru iç hukuk yollarının tüketilmesi gereğine uygun davranma konusunu ispat edemediğini ileri sürmüş ve konu, dosyadaki verilerden açıkça anlaşılamiyorsa ilgili devlet, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu Komisyona göstermek zorundadır. Eğer başvuru iç hukuk yollarının tüketilmesi gereğinin istisnasına dayandığı-

¹¹⁴ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 45; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1251; Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 603.

¹¹⁵ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹¹⁶ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 86-89.

¹¹⁷ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1250-1251.

¹¹⁸ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 603.

¹¹⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1251.

nı belirtiyor ve bu durumu ispat edemiyorsa devlet, iç hukuk yollarının mevcut ve tüketilebilir olduğunu kanıtlamak zorundadır. Burada ispat külfeti ilgili devlete yüklenmiştir. Konu hakkında Avrupa İnsan Hakları yargılamasına bakılacak olursa Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun geliştirdiği içtihadı göre başvurunun, iç hukuk yollarını tükettiğine ilişkin ön kanaat verecek delil sunması halinde ilgili devlet, iç hukuk yollarının mevcut ve tüketilebilir olduğunu ispatlama yükü altına girmektedir.¹²⁰ Jo. M. Pasqualucci'ye göre, iç hukuk yollarının mevcut ve tüketilebilir olduğuna dair ispat külfetinin devlete yüklenmiş olması, tüketilmemiş iç hukuk yollarının ulaşılabilirliği ve etkililiği hakkında bilgiye en sıhhatli şekilde devletin sahip olacağı düşüncesi dolayısıyla isabetlidir.¹²¹

iii. Bir Başka Uluslararası Çözüm Merciiine Başvurulmamış Olması

Şikayet başvurusu için iç hukuk yollarının tüketilmesi şartıyla birlikte gereken bir diğer şart, aynı uyuşmazlığın bir başka uluslararası mercii önüne götürülmemiş olmasıdır. Buna göre bir başka uluslararası çözüm merciiine götürülmüş başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen hak ve bu ihlale yol açan olay ile şikayetçi ve şikayet edilen aynı ise aynı uyuşmazlık mevcut demektir. Aynı uyuşmazlığın hem Amerikan İnsan Hakları Komisyonuna hem de başka uluslararası mercie götürülmüş olması kabuledilemezlik kararı verilmesine sebeptir. Bu koşul, bütün sözleşmelerde bulunan standart kurallardandır. Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları madde 33/2'de bu şartın da istisnası tanınmış bulunmaktadır.¹²²

Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları m. 33/2'de belirtildiği üzere aynı uyuşmazlığın bir başka uluslararası mercii önüne götürülmüş olmaması kuralının istisnası üç halde mümkündür: Birincisi, başka bir örgüt önünde takip eden usul, ilgili devletteki insan hakları durumuna dair bir genel incelemeyle sınırlı ise ve o diğer mercii tarafından Komisyon önündeki dilekçenin konusunu teşkil eden spesifik olgular hakkında hiçbir karar verilmişse, Komisyon önüne gelen başvuruyu yine inceleyecektir. İkinci olarak, uyuşmazlığın sunulduğu diğer organ tarafından şikayet hakkında etkili bir çözüm teşkil edecek sonuca varılamayacak ise Komisyon başka bir uluslararası mercie sunulmuş olsa bile başvuruyu inceleyecektir. Üçüncü olarak, Komisyon

¹²⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1251.

¹²¹ Pasqualucci, "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", s. 336.

¹²² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1252.

önündeki başvuruda ihlalin mağduru dilekçe sahibi ya da ailesinden biri olup başka bir uluslararası mercie başvuran üçüncü taraf konumunda olan biri veya dilekçe sahibinden yetki almamış bir hükümet dışı kuruluş ise Komisyon başvuruyu incelemeye alacaktır. Belirtilmelidir ki Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi dışındaki insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde kurulan organların hiçbirinin usul kurallarında, aynı uyumsuzluğun başka bir uluslararası mercii önüne götürülmemiş olması kuralının istisnası bu denli ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir.¹²³ İç hukuk yollarının tüketilmesinin aranmayacağı hallerin Sözleşmede, başka bir uluslararası çözüm merciine aynı konuda başvuruda bulunulmamış olması kuralının istisnalarının ise Komisyonun Usul Kurallarında açıklanmış olması Amerikalılararası İnsan Hakları Sisteminde insan haklarının korunması adına erişilebilirliği artırmaktadır.

Sistemin erişilebilirlik sunduğu bir diğer alan, yeterli maddi durumu olmayan başvuru için Yasal Yardım Fonunun destek sağlamasıdır. Kabul edilebilirlik aşamasında başvuru, yargılama giderlerinin karşılanması için Komisyondan mali yardım talep edebilir. Şayet başvuru kriterleri karşılırsa Yasal Yardım Fonu¹²⁴ tarafından bu mali yardım karşılanır.¹²⁵ Mali durumu zayıf olan insanların Mahkeme nezdinde davalarının görülmesinin sağlayan bu adli yardım mekanizması insan haklarının korunması amacına hizmet eden¹²⁶ bir vasıta.

Başvurular, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde ve uygulanabilir nitelikteki diğer belgelerde yer alan insan haklarının ihlalini kanıtlamayı amaçlayan olguları sergilemediğinde veya başvuru yapanın ya da ilgili devletin beyanları başvurunun veya olayın açıkça temelden yoksun ya da kapsam dışı olduğunu

¹²³ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1252.

¹²⁴ Yasal Yardım Fonu (Legal Assistance Fund), Amerikalılararası Savunucu (Inter-American Defence Attorney/Inter-American Defender) ile birlikte Mahkeme ve Komisyon'un 2009'da gerçekleşen reformu ile kurulmuştur. Yasal Yardım Fonu, Amerikan Devletleri Örgütünün bütçesinden değil, gönüllü bağışlarla finanse edilir. Aynı zamanda, görülmekte olan bir davada mağdurların ekonomik kaynaklarının zayıflığından dolayı yasal temsilcilerinin bulunmadığı hallerde Mahkeme, mağdurların temsili için Amerikalılararası Savunucular arasında bir temsilci atar. Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 610-611; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ile Norveç Dışişleri Bakanlığı arasında yapılan anlaşma uyarınca Norveç Hükümeti, Fona bağış yapmayı taahhüt etmiştir. ADÖ üyesi devletlerden Kolombiya, Fona bağışta bulunmuştur. Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", s. 291.

¹²⁵ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 603.

¹²⁶ Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", s. 291.

gösterdiğinde kabuledilemezlik kararı verilecektir. Benzer şekilde, Komisyona sunulan müteakip bilgi ya da delil bir konunun kabuledilemez veya kapsam dışı nitelikte olduğunu gösteriyorsa Komisyon tarafından yine kabuledilemezlik kararı verilecektir (UK. m. 34).¹²⁷

b) Komisyonun Başvurunun Esasını İncelemesi:

Kabuledilemezlik kararı verilen başvurular reddedilecektir. Eğer başvuru kabuledilebilirlik aşamasından geçerse Komisyon, başvuruyu vaka listesine kaydedecek ve başvurunun esastan incelemesine geçecektir. Bu aşamada Komisyon, taraf devleti bilgilendirecektir.¹²⁸ Bunu müteakip ilgili devletten konuya ilişkin bilgi istenecektir.¹²⁹ Devletin, talebin kendisine iletilmesi tarihinden itibaren üç ay içerisinde yanıtını sunması gerekmektedir. Şayet bu sürenin uzatılması konusunda haklı sebepler var ise Komisyonun Yönetici Sekreterliği bu talepleri değerlendirecektir. Bununla birlikte devletin cevap vermesi gereken süre dört ayı geçemez (UK. m. 30/3).¹³⁰ Ciddi ve acil vakalarda veya bir kişinin yaşamının ya da vücut bütünlüğünün gerçek ya da pek yakın tehlike altında bulunduğu kanaat getirildiği zaman Komisyon, bu amaçla en çabuk olduğunu düşündüğü aracı kullanarak ilgili devletten en ivedi şekilde yanıtını sunmasını talep edecektir. (UK. m. 30/4)¹³¹ Ancak, Komisyon, yapılan bireysel başvurulardan dolayı ilgili devletten ihlal iddialarına ilişkin bilgi talep ettiği halde, taraf devletler bu talebi yanıtsız bırakabilmektedir.¹³²

Komisyon, gerekli olduğu kanısına varırsa, işlemlerin etkili biçimde yürütülmesi için gereken kolaylıkları ilgili taraf devletin sağlayacağı şartlar altında mahallinde soruşturma yapabilir. Bunun yanında ciddi ve acil vakalar halinde, ilgili devletin ön rızasıyla Komisyonun mahallinde bir soruşturma (inceleme)

¹²⁷ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 90-91.

¹²⁸ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 603.

¹²⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1252.

¹³⁰ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹³¹ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 88; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹³² Gemalmaz, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika’da İnsan Hakları, s. 159.

yürütülebilmesi için sadece kabuledilebilirlik bakımından biçimsel gerekleri karşılayan bir dilekçenin veya iletinin sunulması yeterlidir (UK. m. 39).¹³³

Dosyanın esastan görülmeye başlamasıyla Komisyon esasa ilişkin ek bilgileri sunması için dilekçecilere dört aylık bir süre tanır. Taraf devlet de dört ay içerisinde konuya ilişkin yanıtlarını ibraz eder (UK. m. 37).¹³⁴ Bununla birlikte Komisyonun Yönetici Sekreterliği sürelerin genişletilmesi taleplerini değerlendirebilir. Ancak bu değerlendirme sonucunda belirlenecek tarih, taraflara konuya ilişkin gözlemlerini bildirmeleri için yapılan ilk bildirimden itibaren altı aylık bir süreyi geçemez (UK. M. 37/2).¹³⁵

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine göre, Komisyonun esasa ilişkin incelemesiyle ilgili olarak; anayasa hükümlerine uygun bir iç hukuk normu Sözleşme ile korunan bir hak veya özgürlüğün ihlaline yol açıyorsa Komisyon bu konuda da inceleme yapabilir ve iç hukuktaki düzenlemeden dolayı Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verebilir.¹³⁶

Komisyonun yaptığı incelemenin başka bir organ tarafından denetime tabi olup olmadığı taraf devletlerce gündeme getirilebilmiştir. Komisyonun, bireysel şikayet üzerine yaptığı incelemede yetkisini kullanırken hukuk kuralları gereğince hareket edip etmediğinin denetimini yapacak bir organ olup olmadığı sorusu, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine bir danışma görüşüyle açıklaması için iletilmiştir. Venezuela Bolivar Cumhuriyeti tarafından Mahkemeye iletilen talebe binaen Mahkeme, cevabında, Komisyonun ve kendisinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ADÖ Şartı ve Sözleşme ve diğer belgeler ışığında yetkilendirilmiş bağımsız ve özerk kurumlar olarak faaliyet yürüttüğünü açıklamıştır. Danışma görüşünde açıklandığı üzere Mahkeme, Komisyonun Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve farklı Amerikalılararası insan hakları enstrümanlarının hükümlerine uyup uymadığının denetimini yapma yetkisine sahiptir. Mahkemenin dikkatine sunulmuş sorunlara ilişkin Ko-

¹³³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 93; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹³⁴ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹³⁵ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹³⁶ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention on Human Rights), OC-13/93, 16 Temmuz 1993, s. 7, Pr. 27.

misyon önündeki takibatın hukuk kurallarına uygunluğunu Mahkeme kontrol eder.¹³⁷ Buna göre Komisyonun yetkilerini kullandığı ve görevlerini yerine getirdiği sürece ilişkin denetimi Amerikalılararası İnsan Hakları Sistemi içinde yalnızca Mahkeme yapmaktadır.

III.ii. Dostane Çözüm ve Komisyonun Kararları:

İnsan haklarını korumaya yönelik diğer uluslararası veya bölgesel rejimlerde olduğu gibi Amerikalılararası İnsan Hakları Sistemi içinde de şikayet usulü kapsamında dostane çözüm mevcuttur. Komisyon, önüne gelen vakada, re'sen ya da taraflardan herhangi birinin talebi üzerine dilekçenin ya da vakanın incelenmesinin herhangi bir aşamasında tarafları dostane çözüm ile uzlaştırmaya çalışır.¹³⁸ Dostane çözüme varılabilmesi için başvurucunun ya da mağdur yakınlarının rızasının bulunduğu ve varılan mutabakatın insan haklarına saygı temeline dayandığı konusunda Komisyonun ikna olması gerekir. Komisyon, önüne gelen vakada, konunun dostça çözüm tarzına uygun olmadığı değerlendirilmesini yaparsa bu yöndeki girişimlerine son verecektir. Taraflardan herhangi biri dostça çözümün uygulanmasına rıza göstermez, bunun sürdürülmemesine karar verir veya insan haklarına saygı gösterilmesi temeline dostça çözüme ulaşılması konusunda istekli olduğunu sergilemez ise Komisyon bu konudaki girişimlerine son verecektir (UK. m. 41).¹³⁹

Başvuru konusu ihlal; ağır işkence, kayıp kişiler veya yaşam hakkının keyfi ihlali gibi bir nitelik taşıyorsa bu hallerde dostane çözüm, ihlalin mahiyetinden ötürü insan haklarına saygı gösterilmesi temeline aykırı düşebilir. Böyle bir değerlendirme durumunda Komisyonun, uyuşmazlığın taraflarının rızası bulunsa bile dostane çözümü uygun bir çözüm tarzı olarak mütalaa etmeme yetkisi bulunmaktadır. Böyle önemli bir hüküm, diğer sözleşme organlarının usul kurallarında açıkça görülmemektedir.¹⁴⁰ Bu noktada bir an önce çözüme ulaşılması gibi bir hedeften ziyade insan haklarının korunması hedefinin daha ağır bastığı söylenebilir. Bu gibi haller dışında dostane çözüm girişimi sonuç

¹³⁷ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Control of Due Process in the Exercise of the Powers of the Inter-American Commission on Human Rights (Articles 41 and 44 to 51 of the American Convention on Human Rights), OC-19/05, 28 Kasım 2005, Pr. 25, 3; Sonuç.

¹³⁸ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 603.

¹³⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1253; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 93.

¹⁴⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1253.

verirse durumu açıklayan rapor hazırlanır¹⁴¹, ilgili taraflara iletilir ve rapor yayımlanır.¹⁴²

Dostane çözüme ulaşılamadığı takdirde ya da bu usulün Komisyonca uygun bulunmadığı hallerde başvurunun esastan incelenmesine geçilecek ve başvuru karara bağlanacaktır. Komisyon, vardığı sonuçlara ilişkin bir rapor hazırlar. İhlal olmadığı sonucuna ulaşılan raporlar taraflara iletilir ve Komisyonun yıllık raporunda yayımlanır. Raporda ihlal olduğu sonucuna ulaşılmakta ise rapor, süre kaydıyla, görüşlerini sunması ve Komisyonun öngördüğü tavsiyelere uygun önlemleri alması için ilgili devlete iletilir. Bu ilk rapor kamuya açık değildir.¹⁴³ Komisyon, şartları varsa, başvurucudan vakanın Mahkemeye havale edilip edilmemesi konusundaki görüşlerini bir ay içerisinde kendisine iletmesini talep eder (UK. m. 44).¹⁴⁴

İlgili devlet Komisyonun hazırladığı raporda belirtilen tavsiyelere 3 ay içinde riayet etmekte başarısız olursa Komisyon davayı Mahkemeye taşıyabilir.¹⁴⁵ İlgili taraf devlet Mahkemenin yargı yetkisini tanımış ve Komisyon, kendi raporunda belirlediği tavsiyeleri ilgili devletin yerine getirmediği görüşüne varmış ise üyelerinin mutlak çoğunluğunun oyuyla alacağı karar üzerine Komisyon, vakayı Mahkemeye götürmeye karar verebilir (UK. m. 45).¹⁴⁶ Bu noktada belirtilmelidir ki Komisyonun hazırladığı raporlar yargısal karar ya da hüküm değildir; ancak taraf devletleri bağlayan kararlardır. Benzer şekilde Komisyonun tavsiyeleri de hukuki olarak devletleri bağlayıcıdır.¹⁴⁷

III.iii. Başvurunun Mahkemeye Yönlendirilmesi:

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine göre bireysel başvuruda bulunan taraflar başvuruyu doğrudan Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine

¹⁴¹ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 603.

¹⁴² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1253.

¹⁴³ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 601

¹⁴⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1253-1254; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 94-95; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹⁴⁵ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 601-602.

¹⁴⁶ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1254; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 96; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹⁴⁷ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 602.

götürme hakkına sahip değildir. Başvuruyu Mahkemeye ya Komisyon ya da taraf devletler götürebilir (m. 61).¹⁴⁸ Hatırlatılmalıdır ki bir başvurunun Mahkeme önüne götürülebilmesi için ilgili taraf devletin Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş olması gerekir. Ayrıca başvurunun Mahkeme önüne götürülebilmesi için Komisyon önündeki işlemlerin tamamlanmış olması gerekir (m. 61/2). Mahkemenin çekişmeli yargı yetkisi çerçevesinde karara bağladığı ilk vakada (Viviana Gallardo/Kosta Rika) ilgili hükümetin, uyuşmazlığın Komisyon önünde görülmesi işlemlerinden vazgeçerek başvuruyu direkt olarak Mahkemeye götürmesi üzerine Mahkeme, Komisyon önündeki işlemler tamamlanarak bir karara varılmasına kadar kendisinin yargı yetkisinin olmayacağını belirtmiştir.¹⁴⁹

Başvurunun Mahkeme önüne götürülebilmesi için Komisyon nezdinde uyuşmazlığa ilişkin usullerin tamamlanması gerekliliği ile birlikte belirtilmelidir ki, bir bireysel başvuru Komisyonun verdiği karardan tatmin olmazsa veya taraf devlet Komisyon tavsiyelerinin gereğini yerine getirmezse bireysel başvuruda bulunanların uyuşmazlığı önüne götürebilecekleri başka bir makam bulunmamaktadır.¹⁵⁰ Dolayısıyla başvuru Komisyon kararından tatmin olmaz ya da taraf devlet Komisyon kararının gereğini yerine getirmezse başvurucuların, Komisyon ya da taraf devletin uyuşmazlığı Mahkemeye taşınmasını beklemeleri gerekecektir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi yargılamanın her aşamasında dostane çözüme varılabilmesine izin vermektedir. Dostane çözüm girişimleri başvurunun Komisyon önünde incelenmesi sırasında yapılabileceği gibi, başvuru Mahkemeye yönlendirildikten sonra yapılabilir. Komisyonun dostane çözümü uygun bulmayıp başvuruyu incelemeye devam etmesinde olduğu gibi Mahkeme tarafından da dostane çözümün uygun görülmeyip davanın devamına karar verilebilir. Şayet taraflar dava derdest iken bir uzlaşmaya varırlarsa Mahkeme gerekli gördüğü takdirde bir davanın görülmesine devam edilmesine karar verme yetkisine sahiptir.¹⁵¹ Ancak bunun için başvurunun Mahkemeye yönlendirilmiş olması gerekir.

¹⁴⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 51.

¹⁴⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1254-1255.

¹⁵⁰ Pasqualucci, "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", s. 316.

¹⁵¹ Diana Contreras-Garduño, "The Inter-American System of Human Rights", s. 608.

Bilgi, duruşma ve dokümanları bir araya getirdikten sonra Komisyon, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi veya Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinin ihlalden bir devletin sorumlu olup olmadığına karar verir ve bir rapor hazırlar. Eğer rapor taraf devletin Sözleşmeyle korunan insan haklarını ihlal etmediğini açıklarsa dosya kapatılır ve taraflara iletilir. Komisyon, taraf devleti ihlalden sorumlu bulursa ihlalin giderilmesini amaçlayan kimi tavsiyelerini içerir bir ön rapor hazırlar. Komisyonun tavsiyeleri genelde başka ihlalleri önlemeyi ve mağdurlara tam giderim sağlamayı amaçlar. Raporda Komisyon taraf devletin bu tavsiyeleri yerine getirmesi gereken son tarihi belirtir (UK. m. 44). Bu tavsiyeler bir mahkeme hükmünden kaynaklanmıyor, rapordan kaynaklanıyor olsa da taraf devletleri bağlayıcıdır. Bu yükümlülük Amerikan Devletleri Örgütü Şartı ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁵²

Komisyon, taraf devletin ön raporda belirtilen tavsiyeleri yerine getirmekte başarısız olduğu kanaatine ulaşırsa ya başvuruyu Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin önüne götürecektir ya da konuyla ilgili son gözlemlerini ve tavsiyelerini içeren bir rapor yayınlayacak ve başvuruyu Mahkemeye sunmadan devletin rapora uyup uymadığını Komisyonun kendisi gözlemlemeye devam edecektir.¹⁵³

Komisyon, ön raporunda, Sözleşmenin tanıdığı haklardan bir veya daha fazlasının ihlaline karar vermiş ve söz konusu devlet de Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisini tanımış ise Komisyon, başvurucuyu bilgilendirmesinin akabinde başvuruyu Mahkemeye taşıyabilir. Bu noktada Komisyon, başvurucuya başvurunun Mahkemeye sunulması hakkında görüşlerini bildirmesi için bir aylık bir süre tanımaktadır (UK. m. 44). Komisyon, söz konusu devletin, Komisyon raporunda belirtilen tavsiyeleri yerine getirmekte başarısız olduğu kararına ulaşır ve Komisyon üyelerinin mutlak çoğunluğu da aksine bir karar vermezse başvuruyu Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine sunar (UK. m. 45).¹⁵⁴

¹⁵² Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 604; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹⁵³ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 604.

¹⁵⁴ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

Komisyonun ön raporunun ilgili devlete bildiriminden itibaren üç ay içerisinde sorun çözülmezse ya da Mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmiş devletler açısından sorun Komisyon veya taraf devletçe Mahkemeye sunulmazsa Komisyon mutlak çoğunluk oyuyla görüşlerini ve tavsiyelerini içeren bir son rapor hazırlar. Nihai rapor, Komisyonun koyduğu bir süre içinde tavsiyelere uygunluk hakkında bilgi sunacak olan taraflara iletilir. Komisyon, üyelerinin mutlak çoğunluğunun oyuyla nihai raporun yayımlanmasına karar verir (UK. m. 47).¹⁵⁵

Mahkemeye göre Komisyon; Usul Kurallarının 47. maddesine ve Sözleşmenin 51. maddesine dayanan bu yetkisini kullanırken, istisnai durumlar haricinde, üye devlete iletilmiş raporla ilgili görüşleri, sonuçları ve tavsiyelerinde değişiklik yapmaya yetkili değildir. Değişiklik talebini, raporun yayınlanmasından önce ve bildirimden itibaren makul bir süre içerisinde sadece ilgili taraflar olan başvuruçular veya devlet yapabilir. Bu kapsamda Komisyon, görüşleri ve vardığı sonuçlara ilişkin değişiklik içeren bir üçüncü rapor yayınlamaya yetkili değildir.¹⁵⁶ Sonuç olarak Mahkeme, Komisyonun, ön rapor ve nihai rapor dışında Komisyon önüne gelmiş bir başvuruya ilişkin yeni raporlar yayınlama yetkisinin çok sınırlı olduğu görüşüne sahiptir. Buna göre Komisyon raporunda değişiklik yapılması talebinde bulunmaya ancak başvuruçular ve taraf devlet yetkilidir, Komisyon kendiliğinden vardığı sonuçlar ve tavsiyeleri üzerinde değişiklik yapamaz.

a)Başvurunun Mahkeme Önünde Görülmesi Süreci:

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, belirtildiği şekilde Komisyon veya bir taraf devlet tarafından başvurunun kendisine sunulması neticesinde Sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin olarak bütün konuları inceleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle Mahkeme, Komisyon raporunda belirtilen olgulara ve hukuki değerlendirmelere ilişkin incelemede de bulunabilecektir. Bununla birlikte Mahkeme, Komisyonun bulguları ve vardığı sonuçlar ile bağlı değildir.¹⁵⁷ Uygulamada Mahkeme içtihadı çerçevesinde karışık

¹⁵⁵ Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

¹⁵⁶ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights), OC-15/97, 14 Kasım 1997, s. 14, Pr. 1; Sonuç.

¹⁵⁷ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1255.

veya tartışmalı hukuksal konular barındıran davaların Mahkemeye gönderilmesi söz konusudur.¹⁵⁸

Mahkeme, Komisyon raporunda yer alan bulgular ve Komisyonun vardığı sonuçlardan yararlanabileceği gibi, bu yargılarla bağlı da değildir. Mahkeme, önüne gelen vakalarda olguların tamamını yeniden değerlendirme yoluna gidebilmektedir. Bu durum, başvuru sahiplerinin iddialarını ikinci defa ispatlama yükü altına girmeleri yönünden eleştirilmektedir.¹⁵⁹ Mahkemenin, önüne gelen vakada olguların tamamını yeniden değerlendirmesi ihlal iddiasına ilişkin madde gerçeğin tespiti açısından yararlı ise de davanın görülmesinde süreyi uzatmaktadır.

Bir başvuru Mahkeme önüne götürüldükten sonra ilgili taraf devletin iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu yönünde itiraz öne sürmesi kabul görmemektedir. Mahkemenin bu konudaki içtihadına göre, başvurunun Komisyon önündeki aşamasında ilgili devletçe bu yönde bir ilk itirazda bulunulmamış ise devlet ya iç hukuk yollarının mevcut olmadığını ya da bunların zamanında tüketilmiş olduğunu kabul etmiş sayılmaktadır.¹⁶⁰ Buna göre Mahkemeye yönlendirilmeden önce bir incelemeden geçmiş olan başvurunun ilk incelemesinde iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunulmamışsa Mahkemece incelenmesi sırasında böyle bir yetki kullanılamamalıdır.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kurallarına göre; Mahkeme önündeki yargılama usulleri yazılı ve sözlü olarak uygulanır. Taraf devletler, kendi seçeceği kişilerden yardım alabilecek olan bir ajanları tarafından temsil edilir. Komisyon da bu amaçla görevlendirdiği delegeleri tarafından temsil edilir (İHM. UK. m. 23,24, 30/2).¹⁶¹ Başvuruyu Mahkeme önüne götürmeye yalnız Komisyon veya ilgili devlet yetkili olduğundan Komisyon delegelerinin davanın Mahkemede görülmesi sürecinde yer almaları gerekmektedir.

¹⁵⁸ Doğan/Özdemir, İnsan Hakları Hukuku, s. 328.

¹⁵⁹ Alişan Çapan, “İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi (Tarihsel Gelişim ve Güncel Sorunlara Yeni Yaklaşımlar)”, **Hukuk Kuramı**, C. 1, S. 3, Mayıs-Haziran 2014, s. 36.

¹⁶⁰ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1255.

¹⁶¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1256; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 139; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kuralları, http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf, erişim: 05.08.2019.

Mahkemenin davayı görmeye başlamasından sonra mağdur olduğu ileri sürülenler, onların yakın akrabaları veya usulünce atanmış temsilcileri yargılama işlemleri boyunca bağımsız olarak taleplerini, görüşlerini ve delillerini sunabilirler.¹⁶² Bu çerçevede mağdura (veya yasal temsilcisine) iddialarını, taleplerini, delillerini, tazminat taleplerini, önerilen bilirkişileri, beyanlarını kapsayan bir özet sunması için iki aylık süre verilmiştir. Bu özetler, Komisyonun raporunda bulunanlara ek tazminat formlarını veya iddiaları içerebilir. Mağdurun bu özet bildirimini sunmasından sonra ilgili devlet mağdurun iddiaları ve tazminat hakkında görüşlerini kabul edip etmediğini veya reddedip etmediğini bildirmek için dört aylık bir süreye sahiptir.¹⁶³

Mağdur olduğu ileri sürülenler, onların yakın akrabaları veya usulüne göre atanmış temsilcileri birden çok kişiden oluşuyorsa bunlar aleni yapılan duruşmalar da dahil olmak üzere yargılama işlemleri sırasında kendi adlarına tasarrufla bulunacak tek kişiyi ortak müdahil olarak görevlendireceklerdir. Belirlenecek kişi üzerinde mutabakat olamaması halinde Mahkeme bu kişiyi tespit edecektir.¹⁶⁴

Mahkeme önünde, bir kanuni temsilcisi bulunmayan mağduru Komisyon temsil etmek zorunda değildir. Mahkemenin ve Komisyonun Usul Kurallarında 2009 yılında yapılan değişiklikler ile *Amerikalılararası Savunucu (Inter-American Public Defender)* yetkilendirilmesi öngörülmüştür. Buna göre Mahkeme huzuruna çıkmak için kanuni temsilciden yoksun olan (bir avukatın temsilinden yoksun olan) mağdurlara Sistem içinde yetkilendirilmiş savunucular yardım edecektir.¹⁶⁵

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devlete atfedilebilen bir ihlal gerçekleştiğinde, devletin sorumluluğu kapsamında ihlalin onarımıyla ilgili olarak hak sahipliğini yalnızca ihlalden doğrudan etkilenen mağdurlar ile sınırlı tutmamaktadır. İhlalin genişletilmiş sonuçlarından etkilenen ve mağdur

¹⁶² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1256; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 139.

¹⁶³ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 607.

¹⁶⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1256; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 139.

¹⁶⁵ Ariel Dulitzky, “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes”, *Quebec Journal of International Law (Special Edition)*, 2011, s. 152-153; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kuralları madde 2, 37, http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf, erişim: 05.08.2019.

olanlar da onarımın yararlanıcılarıdır. Mahkeme bu bireyleri teşhis etmek ve telafi edilecek zararın boyutlarını belirlemek için mağdura duygusal bağ ile bağlanan yakınları dikkate alır. Mahkeme, akraba veyahut yakından ne anlaşılması gerektiği konusunda geniş bir yorum anlayışına sahiptir. Örneğin; mağdurun kuzeninin, kardeşi olarak anılabileceğine ya da mağdurun işçisinin (mağdurun bir baba gibi gördüğü için) kızı olarak anılabileceğine işaret etmiştir.¹⁶⁶ Bu nedenle Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin mağdur kavramının kapsamını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında olduğu gibi geniş tuttuğu söylenebilir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Sisteminde hem Komisyon hem de Mahkeme başvuruçuların telafisi imkansız zararlara uğramalarını önlemek için geçici tedbir kararı vermeye yetkilidir. Başvuru Komisyon önünde iken acil ve ciddi nitelik taşıyan vakalarda Komisyon geçici önlem kararı vererek taraf devletten bazı tedbirleri almasını isteyebilir. Fevkalade vahim ve ciddi nitelik taşıyan vakalarda ise başvuru henüz Komisyon önünde incelenmekte iken Mahkemenin geçici önlem kararı almasını talep edebilir. Bunun yanında başvuru Mahkemeye götürüldükten sonra Mahkemenin kendisi de tarafların talebi üzerine ya da re'sen geçici önlem kararı verebilir.

b)Mahkemenin Geçici Önlem Kararı:

Fevkalade ciddi ve acil nitelik arz eden vakalara ilişkin yargılama işlemlerinin herhangi bir aşamasında ve kişilerin telafisi olanaksız zararlara uğramasının önlenmesi için gerekli olduğu zaman Mahkeme, bir tarafın talebi üzerine ya da re'sen gerekli bulunduğu türdeki geçici önlemlere karar verebilir. Henüz Mahkemeye incelenmek üzere sunulmamış vakalar açısından Mahkeme, Komisyonun talebi üzerine bu konuda tasarrufta bulunabilir. Mahkeme ya da oturum halinde değilse Mahkeme Başkanı geçici önlemlere ilişkin olarak bir aleni duruşma yapılması için tarafları toplantıya çağırma yetkisine sahiptir (İHM. UK. m. 27)¹⁶⁷ İnsan haklarına ilişkin diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak Mahkemenin geçici önlem kararı verme yetkisi doğrudan Ameri-

¹⁶⁶ Hennebel, "The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism", s. 84-85.

¹⁶⁷ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 140-141; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kuralları, http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf, erişim: 05.08.2019.

kan İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁶⁸ Bilindiği üzere insan hakları hukuku alanında etkin bir yapıya sahip olduğu kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi koruma sisteminde AİHS metninde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine geçici önlem kararı verme yetkisi tanınmış değildir. Ancak bu eksiklik AİHM İçtüzüğünde giderilmiştir. Buna göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geçici önlem kararları verebilir (İçtüzük m. 39¹⁶⁹). Amerikalılararası Sistemde ise hem Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kurallarında (m. 27) hem de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde (m. 63/2)¹⁷⁰ Mahkemenin geçici önlem kararı verebileceği açıkça zikredilmiştir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin kimi geçici önlem kararları başka insan hakları sözleşme sistemlerinde pek rastlanmayan türde olabilmektedir. Ailelerin birleştirilmesi konulu geçici önlem kararları; kişilerin kendi ülkelerine geri dönmelerine izin verilmesi konulu geçici önlem kararları; devletin, ulusal insan hakları örgütünün ülkenin çeşitli yerlerindeki binalarının, burada çalışanların ve buraya gelenlerin güvenliklerini koruması talimatını içeren geçici önlem kararları; devletin, Mahkeme talimatıyla korunan kişilerin ifade özgürlüğü hakkını korumak üzere gerekli bütün önlemleri alması konulu geçici önlem kararlarında olduğu gibi Mahkemenin farklı türden geçici önlem kararları verebilmesi söz konusudur.¹⁷¹ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, geçici tedbire ilişkin kesin emir verilebilmesi imkanı sağlayan tek insan hakları sözleşmesidir.¹⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtüzüğünün 39. maddesine göre geçici tedbir kararı verebilir; ancak bu hüküm ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ne de Protokollerde yer almıştır.¹⁷³ Dolayısıyla Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde geçici tedbire karar verilebilmesine imkan tanıyan hükmün varlığı bu konudaki özgünlüğünü korumaktadır.

¹⁶⁸ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1257.

¹⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-ic-tuzugu/>, erişim: 17.07.2019.

¹⁷⁰ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim: 05.08.2019.

¹⁷¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1262-1263.

¹⁷² Uslan/Güner, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, s. 315; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 319.

¹⁷³ Uslan/Güner, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, s. 315; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 319; Dipnot 8.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin geçici önlem kararlarına ADÖ Genel Kuruluna sunulmak üzere Yıllık Raporunda yer verilir.¹⁷⁴ Mahkemeye göre taraf devletler, Mahkeme talimatıyla korunan kişiler için aldıkları önlemler hususunda Mahkemeye rapor sunmakla yükümlüdürler. Devletin rapor sunma yükümlülüğü konusunda sadece resmi bir belgenin Mahkemeye iletilmesi yeterli kabul edilmemektedir. Konuyla ilgili raporun resmi olarak sunulmasının yanında geçici önleme ilişkin yükümlülüğün işaret ettiği konularda doğru, güncel ve ayrıntılı bir bilgilendirmenin yapılması gerekmektedir. Uygulamada Mahkeme, taraf devletten geçici önlemlerin planlanması ve icrasına şikayetçilerin katılmasını temin etmesini de istemektedir.¹⁷⁵

Amerikalılararası İnsan Hakları Sisteminde geçici önlemlere ilişkin kararlar geçmişte bedeni cezalara çarptırılmış olanların cezalarının infazının engellenmesi gibi dar çerçevede verilmekteyken zamanla Sözleşmede korunan diğer hakların ihlali iddialarına ilişkin başvurularda da geçici önlem kararları vermeye başlanmış, dolayısıyla geçici önlem kararı verilen başvuruların kapsamı genişletilmiştir.¹⁷⁶

Farklı türde geçici önlem kararlarına hükmedebilen Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen başvurularda Sözleşme veya Ek Protokollerde korunan haklara ilişkin ihlal tespit ederse ihlalden doğan zararın giderilmesi için de farklı tazmin türlerine hükmedebilmektedir.

c)Mahkemenin Esasa İlişkin Kararları:

Mahkeme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan bir hakkın veya özgürlüğün ihlal edildiğini saptarsa, zarar gören tarafın ihlal edilmiş olan haktan ya da özgürlükten yararlanmasının teminine karar verir. Mahkeme, uygun olması halinde hakkın ya da özgürlüğün ihlaline neden olan tasarrufun veya durumun giderilmesine, eski hale iadeye¹⁷⁷ veya zarar gören tarafa adil bir tazminat ödenmesine karar verir (m. 63).¹⁷⁸ Giderimler; rehabilitasyon, tatmin

¹⁷⁴ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kuralları, http://www.corteidh.or.cr/sites/reglamento/nov_2009_ing.pdf, erişim: 05.08.2019; Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 1264.

¹⁷⁵ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1264-1265.

¹⁷⁶ Çapan, “İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi (Tarihsel Gelişim ve Güncel Sorunlara Yeni Yaklaşımlar)”, s. 36.

¹⁷⁷ Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, s. 284.

¹⁷⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 52.

önlemleri veya tekrar edilmeme garantisinin yanında mağdur ve ilgililere tazminatı, ihlal edilen hakların geri kazandırılmasını içerebilir. Kural olarak bu önlemler ihlalden kaynaklanan bütün sonuçların yok edilmesine yöneliktir. İnsan hakları ihlallerinin bütün sonuçlarının yok edilmesi imkansızdır; ancak bu giderimlerle mağdurların çektikleri ezanın azaltılması mümkündür.¹⁷⁹ Görülmektedir ki Mahkeme, hakkın ihlaline neden olan eylem, işlem veya ihmalin ortadan kaldırılması veya başka türlü bir faaliyette bulunulması yönünde karar verebilmektedir.

Mahkeme, ihlale karar verdiği takdirde mütemediyen devletleri mağdur veya yakınlarına tazminat ödenmesine mahkum etmektedir; ancak kendisini ihlalden doğan yaptırımlar konusunda parasal tazmine karar vermekle sınırlı tutmamaktadır. Mahkeme taraf devletler hakkında; iç hukuklarda reform yapılması, kitlesel veya yaygın insan hakları ihlallerinin gerçekleştiği yerlerde yaşayan topluluklar için sosyal programlar geliştirilmesi (barınma planı uygulanması gibi), bir caddeye mağdurun isminin verilmesi, mağdurlar onuruna anıt inşa edilmesi ya da ailesinin kendi inancına göre defnedebilmesi için öldürülmüş bir mağdurun naaşının bulunması gibi hükümler verebilmektedir.¹⁸⁰ Bunların yanında Mahkeme “devletin sorumluluğunun tanınarak mağdur ve ailesinden kamusal özür dilenmesi” ya da (devlet ajanları tarafından öldürülmüş sosyalist) mağdur onuruna yıllık burs tahsisi gibi kararlar verebilmektedir.¹⁸¹

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar kesinidir. Mahkemenin verdiği kararlara karşı itiraz yolu kapalıdır (m. 67). Hükmün anlamına ya da kapsamına ilişkin anlaşmazlık olduğu takdirde Mahkeme, hükmün bildirilmesinden itibaren doksan gün içinde yapılmış olması kaydıyla taraflardan herhangi birisinin talebi üzerine bu hükmü yorumlayacaktır (m. 67).¹⁸²

¹⁷⁹ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 608-609.

¹⁸⁰ Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 609.

¹⁸¹ Tom Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: the Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, **Columbia Journal of Transitional Law**, 46, 2008, <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1313&context=faculty>, s. 379-381, erişim: 05.04.2019.

¹⁸² Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 53; Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 607.

Mahkemenin verdiği kararlar gerekçeli olmak zorundadır. Yargıçlar karşı oy yazılarının hükme eklenmesi hakkına sahiptir (m. 66).¹⁸³ Belirtilmelidir ki Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı dili, keskindir. Mahkeme, bazı davalarda, devlet terörizmi veya devlet suçları gibi kavramlara işaret etmek için klasik uluslararası sorumluluk kavramlarının tarafsız dilinden kaçınılmaktadır. Örneğin, zorla kaybettirmeleri Mahkeme, insanlığa karşı suçlar olarak tanımlamaktadır.¹⁸⁴ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı devlete ağırlaştırılmış sorumluluk yüklemektedir. Bu tarz sorumluluk, en azından teoride, Sözleşmenin ağır ihlalinin devlet suçu olarak tanımlanmasına tekabül etmektedir.¹⁸⁵

Mahkemenin verdiği hüküm, davanın taraflarına bildirilir ve Sözleşmeye taraf olan devletlere iletilir. Amerikan devletleri Sözleşmeye taraf olmakla, Mahkemenin verdiği hükümlere uymayı ve bu hükümlerin gereğini yerine getirmeyi taahhüt etmişlerdir (m. 68, 69).¹⁸⁶ Taraf devletlerin Mahkemenin hükmüne riayet yükümlülüğü ile birlikte Mahkeme açıkça hükme riayetin yerine getirileceği spesifik bir tarih belirleyebilir. Genellikle Mahkeme hükmün gereğinin yerine getirilmesi için devletlere hüküm tarihinden itibaren altı aylık bir süre vermektedir.¹⁸⁷

Sözleşme hükme riayete ilişkin herhangi bir gözlem aracı konusunda sessiz olsa da Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi kendi inisiyatifıyla devletten hükme riayet amacıyla aldığı önlemler konusunda rapor sunmasını isteyebilmektedir.¹⁸⁸ Bunun dışında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin gözlemci (supervisory) statüsüne sahip olması gibi, Amerikalılararası Sistemde Mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilip getirilmediğini gözetleyebile-

¹⁸³ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 53; Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 607.

¹⁸⁴ Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, s. 66.

¹⁸⁵ Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, s. 69.

¹⁸⁶ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 54.

¹⁸⁷ Jo M. Pasqualucci, “Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law”, *Stanford Journal of International Law*, 38, s. 283’den aktaran Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 608.

¹⁸⁸ Olivier De Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, New York, 2010, s. 936’dan aktaran Diana Contreras-Garduño, “The Inter-American System of Human Rights”, s. 608.

cek herhangi bir gözlemci organ bulunmamaktadır.¹⁸⁹ Bu durum genel olarak Sistemin bağlayıcılığını ve kararların infazını şüpheli hale sokmaktadır.

Bununla birlikte Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin kendisi, kararlarının gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin bilgisini taraf devletten talep edebilmektedir. Daha sonra mağdur veya vekilleri ve Komisyonun konu hakkındaki bilgisine başvurur. Mahkeme bu kapsamda duruşma da açabilir. Mahkemenin kendi denetimine rağmen, hükmün gereğinin yerine getirilmediğine karar verilirse Mahkeme bu durumu ADÖ Genel Kurulunun bilgisine sunacağı yıllık raporuna kaydeder.¹⁹⁰

Mahkemenin kararlarının üye ülkelerde doğurduğu etkiye ilişkin olarak Kosta Rika örneği ayrı bir usul teşkil etmektedir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin Kosta Rika Cumhuriyeti ile yaptığı antlaşma gereği, Mahkemenin verdiği kararlar, usulüne uygun olarak yargı ve idare yetkililerine iletiildiği takdirde, Kosta Rika Cumhuriyetinde Kosta Rika ulusal yargı organlarının verdiği kararlar gibi etki ve yürürlük gücüne sahiptir.¹⁹¹ Dolayısıyla Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar Kosta Rika’da ulusal yargı makamları tarafından verilmiş kararlar gibi uygulanma kabiliyetini haizdir.

Taraf devletler Mahkeme hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Mahkeme bir taraf devlet aleyhine Sözleşmenin ihlal edildiğine ilişkin hüküm verir ve bu hükmün gereği taraf devletçe yerine getirilmezse durum Mahkemenin, varsa konuya ilişkin tavsiyeleriyle birlikte, yıllık raporuna kaydedilir ve Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kuruluna sunulur.¹⁹² Mahkemenin içtihadına göre taraf devletler, insan hakları antlaşmalarının, ikili antlaşmaları da kapsayan diğer antlaşmalar üzerindeki üstün hiyerarşisine saygı duymakla yükümlüdürler. Mahkeme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (ve genel olarak uluslararası insan hakları hukukunun) bu üstünlüğünü meşrulaştırmak için sıklıkla *erga omnes* kavramına başvurur ve emredici hukukun alanını genişletir.¹⁹³ Bu çerçevede Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine göre taraf devletlerin insan hakları hukukuna ilişkin antlaşma hükümlerine riayeti zorunludur ve insan hak-

¹⁸⁹ Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, s. 285.

¹⁹⁰ Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, s. 286.

¹⁹¹ Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, s. 286.

¹⁹² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1256.

¹⁹³ Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, s. 75-76.

ları hukukuna ilişkin antlaşmalar devletlerin taraf olduğu diğer antlaşmalardan hiyerarşik olarak daha üstte yer almaktadır.

Mahkeme, kararlarına riayet konusunda insan hakları hukukunun üstünlüğüne vurgu yapmanın yanında, Amerikan coğrafyasında insan haklarını koruma ve geliştirme adına Sözleşmenin kendisine tanıdığı danışma görüşü verme yetkisini de etkili bir şekilde kullanmaktadır.

IV. Mahkemenin Danışma Görüşü:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 16. Protokolle genişletilen AIHM'den danışma görüşü alma yetkisi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ana metninde (m. 64) üye devletlere tanınmıştır. Buna göre örgüt üyesi devletler, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ve insan haklarının korunmasına ilişkin Amerikan Devletlerindeki diğer antlaşmaların yorumu konusunda Mahkemeye danışabilirler. Amerikan Devletleri Örgütü üyesi bir devletin talebi üzerine Mahkeme, ilgili devletin ulusal yasalarından herhangi birinin insan haklarının korunmasına ilişkin Amerikan devletlerindeki uluslararası sözleşmelerle bağdaşabilirliği konusunda görüş bildirebilir (m. 64).¹⁹⁴ Danışma görüşü isteme yetkisi sadece Sözleşmeye taraf devletlere tanınmış değildir, Sözleşmeye taraf olmayan Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletler de Mahkemeden danışma görüşü isteyebilirler.¹⁹⁵ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin danışma görüşü verme yetkisi, görüldüğü üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin danışma görüşü verme yetkisine göre oldukça kapsamlıdır. Buergenthal'e göre hiçbir uluslararası veya bölgesel mahkemenin danışma görüşü verme yetkisi Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisi kadar geniş değildir.¹⁹⁶ Hem Mahkemenin danışma görüşü verebileceği alanlar hem de Mahkemeden danışma görüşü isteyebilecek ADÖ organları ve Örgüt üyesi devletler düşünüldüğünde Mahkemenin bu yetkisinin oldukça kapsamlı olduğu ifadesi isabetlidir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 64. maddesine göre Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletler Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ve insan haklarının korunmasına dair Amerikan Devletlerindeki diğer antlaşmaların yorumu konusunda Mahkemeye danışabilirler. Buenos Aires Protokolüyle

¹⁹⁴ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 52-53.

¹⁹⁵ Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", s. 289.

¹⁹⁶ Buergenthal, "The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences", s. 162.

Değişik Amerikan Devletleri Örgütü Şartının X. Bölümünde sayılan organlar¹⁹⁷ da kendi yetki alanlarıyla sınırlı olarak aynı şekilde Mahkemeye danışabilirler. Mahkeme, Amerikan Devletleri Örgütü üyesi bir devletin talebi üzerine o devletin ulusal yasalarından herhangi birinin maddede anılan uluslararası belgelerle bağdaşabilirliği konusundaki görüşlerini ilgili devlete sağlayabilir (m. 64).¹⁹⁸ Mahkeme, “ulusal mevzuat” kavramını, mümkün olan en geniş anlamda yorumlamakta ve kavramın anayasal önlemler başta olmak üzere yasal normların bütün türlerini kapsadığına işaret etmektedir. Buna göre anayasa reformu tasarıları ve hükümet tasarılarının da Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer insan hakları belgelerine uygunluğuna ilişkin Mahkemeden danışma görüşü istenebilir.¹⁹⁹

Buergenthal’e göre, Sözleşmenin 64. maddesinde yer alan “insan haklarının korunmasına ilişkin Amerikan Devletlerindeki diğer antlaşmaların yorumu konusunda Mahkemeye danışılabileceğine” ilişkin hüküm bazı soruları beraberinde getirmektedir. Buna göre örneğin, Amerikan devletlerinin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler antlaşmaları gibi evrensel antlaşmaların ya da ikili antlaşmaların içerdiği insan haklarına ilişkin hükümlerin yorumlanmasında Mahkemenin yetkili olup olmadığı konusu belirsizdir.²⁰⁰ Konuyla ilgili olarak Komisyon, Mahkemeyi, diğer insan hakları antlaşmalarına ilişkin görüşünü açıklamaya davet etmiştir. Mahkeme, istişari fonksiyonunun çekişmeli yargı yetkisine paralel bir yöntem olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle kendini Amerikalılararası antlaşmalarla ilgili istişari görüşte bulunma yetkisiyle sınırlamamıştır. Mahkeme kendisini, ADÖ üyesi devletlerin tarafı olduğu uluslararası insan hakları antlaşmaları hakkında ve temel konusunun mutlaka insan hakları olmasına gerek duyulmayan ikili ve çok taraflı antlaşmalar hakkında da istişari görüş verebilmeye yetkili görmüştür. Bununla birlikte Mahkemenin üzerinde danışma görüşü üreteceği antlaşmaların insan haklarının korunmasına ilişkin bir hüküm içermesi gerekmektedir. Örneğin 16 numaralı danışma görüşünde Mahkeme, Konsolos-

¹⁹⁷ Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp#Chapter_X, erişim: 22.03.2019.

¹⁹⁸ Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 52-53.

¹⁹⁹ Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, s. 74.

²⁰⁰ Thomas Buergenthal, “The Inter-American Court of Human Rights”, **The American Journal of International Law**, C. 76, S. 2, Nisan 1982, s. 242.

luk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin 36. maddesini yorumlamada kendini yetkili görmüştür.²⁰¹

24 Eylül 1982 tarihli ve OC-1/82 numaralı danışma görüşünde Mahkemenin, doğrudan insan haklarının korunmasına ilişkin olduğu sürece Amerikalılarınarası Sistemin üyesi bir devlette uygulanabilir herhangi bir antlaşmayı yorumlama yetkisine sahip olduğu açıklanmıştır.²⁰² Mahkeme, ikili veya çok taraflı olmasına bakılmaksızın, antlaşmanın birincil amacı ne olursa olsun, Amerikalılarınarası Sisteme üye olmayan devletler veya taraf olma hakkı olsun olmasın insan haklarının korunmasına ilişkin hüküm içeren Amerikan Devletlerinde uygulanabilir herhangi bir uluslararası antlaşmaya dayanarak Mahkemenin danışma görüşünde bulunabileceğine oybirliğiyle karar vermiştir.²⁰³ Bununla birlikte Mahkemeye göre Sözleşmenin 64. maddesinden, danışma görüşünde bulunma yetkisinin hiçbir sınırının bulunmadığı ya da bu yetkinin sınırsız olduğu anlamı çıkarılmamalıdır.²⁰⁴

Amerikalılarınarası İnsan Hakları Mahkemesi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde çok sayıda danışma görüşü üretmek Sözleşme hükümlerine açıklık getirmek ve Örgüt üyesi devletlerin ulusal mevzuatlarının Sözleşme standartlarına uyumunu sağlamada yapılması gerekenleri açıklığa kavuşturmak fonksiyonunu yerine getirmiştir.²⁰⁵ Bu nedenle danışma görüşü verme konusunda Mahkemenin etkin fonksiyon icra ettiği söylenebilir.

Mahkemenin danışma görüşü üretme işlevinde etkili olması doktrinde, bu eğilimin süre gitmesi halinde uzun dönemde Mahkemenin çekişmeli yargı yetkisi kapsamındaki etkililiğini zedeleyebilecek olduğu yönünde endişelere mahal vermiştir.²⁰⁶ Bununla birlikte danışma görüşü niteliğindeki kararlar taraf

²⁰¹ Hennebel, "The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism", s. 90-92.

²⁰² Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on the Definition of Other Treaties Subject to the Interpretation of the Inter-American Court of Human Rights, **International Legal Materials**, Cambridge University Press, C. 22, S. 1, Ocak 1983, s. 56, Pr. 21.

²⁰³ Inter-American Court of Human Rights: Advisory Opinion on the Definition of Other Treaties Subject to the Interpretation of the Inter-American Court of Human Rights, s. 65.

²⁰⁴ Inter-American Court of Human Rights: Advisory Opinion on the Definition of Other Treaties Subject to the Interpretation of the Inter-American Court of Human Rights, s. 56, Pr. 18.

²⁰⁵ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1271.

²⁰⁶ Thomas Buergenthal, "Implementation in the Inter-American Human Rights System", International Enforcement of Human Rights, 1987, s. 74'den aktaran Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1273.

devletler bakımından bağlayıcı etkiye sahip değildir. Danışma görüşleri ile Mahkeme, Sözleşme ve diğer belgelerin hükümlerine açıklık getirmekte, aynı zamanda Sözleşme normlarının kapsama alanını genişletebilmektedir.²⁰⁷ Mahkeme danışma görüşü verme yetkisini o kadar etkin kullanmaktadır ki üye devletler tarafından danışma görüşü istenilip talep geri çekildiğinde dahi bu geri çekmeyle bağlı olmadığını beyan ederek talep içeriğindeki sorulara yanıt üretmeye devam edebilmektedir.

V. Ek Protokollere Dayalı Denetim Sistemi:

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin II. Bölümünde medeni ve siyasi haklar düzenlenmiştir. İkinci kuşak haklar olarak isimlendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklara Sözleşmenin III. Bölümünde yer verilmiş, bununla birlikte Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar başlığı altında yalnızca bir maddeye (26. madde) yer verilmiştir. İlgili maddede Buenos Aires Protokolüyle değiştirilmiş Amerikan Devletleri Örgütü Şartında öngörülen ekonomik, sosyal, eğitimsel, bilimsel ve kültürel standartların içerdiği hakların mevzuat çıkartılması ya da başkaca uygun yollarla tam olarak gerçekleştirilmesini aşamalı biçimde sağlamak amacıyla hem ulusal hem de uluslararası işbirliği yaparak önlemler alınmasının taraf devletlerce taahhüt edildiğinden bahsedilmiştir.²⁰⁸

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ikinci kuşak haklar alanında içerdiği boşluk, bu alanda ayrı bir protokolün hazırlanmasıyla giderilmeye çalışılmıştır.²⁰⁹ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü²¹⁰ 17.11.1988 tarihinde kabul edilmiş ve 16.11.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²¹¹ Protokolün getirdiği denetim sistemi, taraf devletlerin Protokolden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine ilişkin Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreterine rapor sunmaları ve Ek Protokolün iki maddesinde yer alan hakların (Protokolün 6. maddesinin 8. paragrafı (a) bendi ve 13. madde) Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bireysel şikayet başvurusu ile Komisyon ve Mahkemenin denetimine tabi tutulmasından ibarettir. Dolayısıyla Ek Protokolde yer alan

²⁰⁷ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1273.

²⁰⁸ Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, s. 37.

²⁰⁹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, , s. 1274.

²¹⁰ Protokol metni için bkz. <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, erişim: 28.03.2019.

²¹¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1278.

haklara ilişkin bir bireysel şikayet başvurusu yapılabilmesi için yalnızca Protokolün iki maddesine (sendika kurma ve sendikaya katılma hakkı ile eğitim hakkı) dayanılabilir.²¹² Mart 2019 itibariyle Protokole taraf devlet sayısı onaltıdır.²¹³

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine ek bir diğer protokol, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Protokolü²¹⁴ dür. Protokol 08.06.1990 tarihinde kabul edilmiştir. Barış zamanında ölüm cezasını kaldıran bu Protokol, Protokolü onaylayan her devlet bakımından devletin onay tarihinden itibaren yürürlüğe girer. Dolayısıyla Protokolün yürürlüğe girişine ilişkin olarak belli sayıda devletin imza ve onayı şartı aranmamıştır. Amerikan Devletleri Örgütüne üye bir devlet bu Protokolü onayladıktan itibaren Protokol ilgili devlet açısından yürürlüğe girmiş olacaktır.²¹⁵ Mart 2019 itibariyle Protokole 13 devlet taraf bulunmaktadır.²¹⁶

SONUÇ

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde öngörülen devletlerarası şikayet usulü Sözleşmeye taraf devletlerce tercih edilen bir usul değildir. Bu nedenle uygulamada devletlerin birbirlerini Sözleşmede garanti edilen koruma yükümlülüğüne uymaya zorlaması söz konusu olmamaktadır.

Sözleşme kapsamında bireysel şikayet başvurusunda bulunabilecek olanlar gerçek kişiler, kişi toplulukları ve hükümet dışı organizasyonlardır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin birinci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*kişi teriminin her bir insanı ifade ettiği*” hükmüyle Mahkemenin içtihadı, hukuk tarafından hak sahibi olmaya yetkili kılınan tüzel kişilerin Sözleşme kapsamında bireysel şikayet başvurusunda bulunmasına imkan tanımamaktadır. Sözleşme organları yalnız zayıf ve kırılğan durumda olan “insan”ın Sözleşme kapsamında korunma hakkını kabul etmektedir. Bununla birlikte Amerikan Devletleri Örgütüne üye ülkelerden bir veya birkaçında hukuken tanınmış olan hükümet dışı kuruluşlar bireysel başvuruda bulunabilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme metni ve Sözleşme organları hükümet dışı organizasyonların Sözleşme

²¹² Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1284-1285.

²¹³ <http://www.oas.org/juridico/english/signs/a-52.html>, erişim: 28.03.2019.

²¹⁴ Protokol metni için bkz. <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-53.html>, erişim: 29.07.2019.

²¹⁵ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1286-1287.

²¹⁶ <http://www.oas.org/juridico/english/signs/a-53.html>, erişim: 28.03.2019.

hükümlerinden yararlanmasına geniş imkan tanımaktadır. Böylelikle bireysel başvuruda bulunabilecekler açısından bir taraftan sınırlılık başka bir açıdan başvuru olanağının genişliğinden söz edilebilir.

Demokratik olmayan rejimlerin ve istikrarsız yönetimlerin mevcut olduğu bir coğrafyada kurulu bulunan Sözleşme organları; Sözleşmenin ağır ihlali veya insanlığa karşı suç gibi kavramları kullanarak taraf devletleri taahhütlerini yerine getirmeye zorlamaktadır. Sözleşme organlarının zorlamasına rağmen insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmek nihayetinde taraf devletin sorumluluğunda veya takdirindedir. Bununla birlikte Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, kendisinden danışma görüşü talep edildiğinde, talep geri çekilse dahi talep hakkında görüş beyan edebilmekte veya Amerikan Devletlerinin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerin insan hakları hukuku çerçevesinde yorumlanması görev ve yetkisini uhdesine alabilmektedir. Bununla birlikte Mahkemenin danışma görüşü verme yetkisinin çekişmeli yargı yetkisini gölgede bıraktığı gibi eleştirilere sebep olsa da Mahkemenin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla etkinliğini ortaya koymaktadır.

Benzer şekilde Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, taraf devletlerle birlikte Mahkemeye başvuruları sunabilme yetkisine sahip olan yegane organ olduğundan özellikle içeriği yoğun vakialarda Mahkemeye başvurmakta ve hükümet dışı aktörlerden bilgi edinmektedir.

Bununla birlikte bireyler veya kişi toplulukları tarafından doğrudan Mahkemeye başvuruda bulunulamaması ve bundan kaynaklanan yargı sürecinin uzunluğu, Mahkeme yargıçlarının sayısının azlığı ve Sözleşme organlarının finansman sorunu gibi nedenler Sistemin etkinliğinde eleştirilere sebep olmaktadır.

KAYNAKÇA

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Opuz/Türkiye, Üçüncü Daire, BN.: 33401/02, K.T.: 09.06.2009, Pr. 83, 84, 86.

ALGAN, Bülent. **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ASLAN, Volkan. “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2012, (261-296).

BUERGENTHAL, Thomas. “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences”, **The American University Law Review**, C. 30, S. 155, 1980, (155-166).

BUERGENTHAL, Thomas. “The Inter-American Court of Human Rights”, **The American Journal of International Law**, C. 76, S. 2, Nisan 1982, (231-245).

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. “The American Convention and The Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties: Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 31, S. 2, 2013, (159-186)

CONTRERAS-GARDUÑO, Diana. “The Inter-American System of Human Rights”, **The Sage Handbook of Human Rights**, Ed. Anja Mihr, Mark Gibney, C. 1, Sage Publications Ltd., Londra, 2014, (596-614).

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin. **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 2. Baskı, Barış Kitap, Ankara, 2011.

ÇAPAN, Alişan. “İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi (Tarihsel Gelişim ve Güncel Sorunlara Yeni Yaklaşımlar)”, **Hukuk Kuramı**, C. 1, S. 3, Mayıs-Haziran 2014, (25-44).

DOĞAN, İlyas/ ÖZDEMİR, Omca. “Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi”, **İnsan Hakları Hukuku**, Ed. İlyas Doğan, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, (307-337).

DONNELLY, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

EREN, Abdurrahman. **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması: Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika’da İnsan Hakları**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1991.

GOLDMAN, Robert K. “History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, C. 31, S. 4, Kasım 2009, (856-887)

Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention on Human Rights), OC-13/93, 16 Temmuz 1993.

Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Control of Due Process in the Exercise of the Powers of the Inter-American Commission on Human Rights (Articles 41 and 44 to 51 of the American Convention on Human Rights), OC-19/05, 28 Kasım 2005.

Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Reports of the Inter- American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights), OC-15/97, 14 Kasım 1997.

Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on the Definition of Other Treaties Subject to the Interpretation of the Inter-American Court of Human Rights, **International Legal Materials**, Cambridge University Press, C. 22, S. 1, Ocak 1983, (51-65).

KALABALIK, Halil. **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

LIXINSKI, Lucas. “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, **The European Journal of International Law**, C. 21, S. 3, 2010, (585-604).

PASQUALUCCI, Jo M. “The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law”, **The University of Miami Inter-American Law Review**, C. 26, S. 2, Kış 1994/1995, (297-361).

URAL USLAN, Yurdanur / GÜNER, Tuğba. “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 2, 2014, (309-322).

İnternet Kaynakları

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları, <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp>, erişim: 05.08.2019.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kuralları, http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf, erişim: 05.08.2019.

Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A41_charter_OAS.asp#Chapter_X, erişim: 22.03.2019.

Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesi, https://www.oas.org/dil/access_to_information_human_right_American_Declaration_of_the_Rights_and_Duties_of_Man.pdf, erişim: 30.07.2019.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ölüm Cezasının Kaldırılması Protokolü, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-53.html>, erişim: 29.07.2019.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim: 05.08.2019.

ANTKOWIAK, Tom. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: the Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Columbia Journal of Transitional Law*, C. 46, S. 2 2008, <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1313&context=faculty>, erişim: 05.04.2019, (350-419).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-ic-tuzugu/>, erişim: 17.07.2019.

Avrupa Sosyal Şartı, Bir Bakışta Şart, <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>, erişim: 07.08.2019.

DULITZKY, Ariel. “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes”, **Quebec Journal of International Law (Special Edition)**, 2011, https://www.persee.fr/doc/AsPDF/rqdi_0828-9999_2011_hos_1_1_1435.pdf, erişim: 08.08.2019, (127-164).

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol “San Salvador Protokolü”, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, erişim: 28.03.2019.

HENNEBEL, Ludovic. “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec Journal of International Law*, Özel Baskı, 1 Ocak 2011, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2011_hos_1_1_1433, erişim: 03.05.2019, (57-97).

http://www.oas.org/dil/treaties_B32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm, erişim: 30.07.2019.

<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-53.html>, erişim: 28.03.2019.

<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/about-the-charter>, erişim: 07.08.2019.

ÖZKAN, Işıl. “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, **Journal of Yasar University**, C. 8, Özel Sayı, 2013, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-1-C5%9F%C4%B1-C3%96ZKAN.pdf>, erişim: 12.06.2019, (2127-2175).