

Yıl: 80 • Mayıs 2015 • Sayı: 2

Dört ayda bir yayımlanır

ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR



Hakemli Makaleler

Yrd.Doç.Dr. Hüsnü TURANLI

Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri

Yrd. Doç. Dr. Serkan EKİZ

Aihm'nin Din Dersleri ve Dinsel Semboller İle İlgili Kararlarına Yönelik Liberal Bir Okuma Denemesi

Arş. Gör. Ahmet Emre KAPLAN

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Ticaret Sicili İle İlgili Yenilikler ve Değişiklikler

Av. Yeşim DAĞOĞLU

Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi / Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep

Av. Ayşe EROL SARIYEV

Baz İstasyonunun Faaliyetinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Hakkında Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Karar İncelemesi

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARADEMİR

Viyana Satım Antlaşması'nda Boşluk Doldurma

Makaleler

Av. Murat EREN, Arda VURAL (SMM)

Ticaret Hukuku Yönünden E-Fatura Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar

Av. Zeynep VİLDAN AKKAYA

Banka Teminat Mektuplarında İhtiyatı Tedbir Sorunu

Av. Yusuf ULUÇ

Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 59. Maddesi Karşısında Yabancı Mahkeme Kararının Kesin Hüküm veya Kesin Delil Etkisi İle Zaman Aşımının Başlangıcı Sorunu

Tebliğler

Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ

Kadına Karşı İşlenen Eziyet Suçu

YIL.80 | 2

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları
Yargıtay Hukuk Daire Kararları

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 80 • Mayıs 2015 • Sayı: 2 • Dört ayda bir yayımlanır • ISS N 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Aydın ÖZCAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. A. Şakir UZUN

YAYIN KURULU

Av. Mutlu ÇAKIR
Av. Hakan DİMDİK
Av. Abbas ERDOĞAN
Av. Nilay ERTEM DURLU
Av. Sinem HACİEMİNOĞLU
Av. Burcu KARAKOÇ
Av. Fatih KARAMERCAN
Av. Mehriğül KELEŞ
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Gülşen SARIBAŞ
Av. Alper UYAR
Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ
Stj. Av. Buket YALÇIN

YAYINA HAZIRLAYAN

Umut Fırat GEÇGİL

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Faruk ACAR	(Marmara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER	(Lefke Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa ALP	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA	(Marmara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	(Hacettepe Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN	(İstanbul Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	(Gediz Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Selma ÇETİNER ŞEKERCİ	(İzmir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ	(Lefke Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ	(İstanbul Şehir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ	(İstanbul Medipol Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Serkan ODAMAN	(Dokuz Eylül Ü. İİBF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR	(Bilkent Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL	(Marmara Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL	(Dokuz Eylül Ü. İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI	(Em. İstanbul Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	(Yaşar Ü. Huk. Fak.)
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Melda SUR	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Devletler Genel-İş ve Sos. Güv. Huk.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	(Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER	(Em. Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Müslüm AKINCI	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Cenk AKİL	(İstanbul Aydın Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Doç. Dr. Mine AKKAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK	(Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Murat ATALI	(Bilkent Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

Doç. Dr. Mustafa AVCI	(Anadolu Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Serkan AYAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Özge AYAN	(Celal Bayar Ü. UBYO Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Murat AYDOĞDU	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Musa AYGÜL	(Yıldırım Beyazıt Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Herdem BELEN	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Hacı CAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Rifat ERTEN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA	(Bahçeşehir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ	(Yalova Ü. Huk. Fak. - AB Hukuku ve Çevre Hukuku)
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR	(Ankara Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA	(Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	(Yıldırım Beyazıt Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Sevtap METİN	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Suat SARI	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Muzaffer ŞEKER	(İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. İş ve Sos. Güv. - Sağlık Hukuku)
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU	(Hacettepe Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Roma Hukuku)
Doç. Dr. Ayfer UYANIK	(Koç Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Beşir ACABEY	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Özlem ACAR	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Eylem APAYDIN	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Ayşe ARAT	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	(Kırıkkale Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Murat AYDIN	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Gaye BAYCIK	(Ankara Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Nur BOLAYIR	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI	(İzmir Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	(Kara Harp Okulu Ceza Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Ramazan DURGUT	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR	(Bilgi Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Cemil GÜNER	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Emel HANAĞASI	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI	(Anadolu Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU	(İstanbul Ticaret Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ	(Maltepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Tuba KUTOĞLU	(İzmir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Nedim MERİÇ	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Cem ÖZCAN	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR	(Dokuz Eylül Ü. İİBF Hukuk Bilimleri)

Yard. Doç. Dr. Meltem ÖZTÜRK
Yard. Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN
Yard. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER
Yard. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA
Yard. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI
Yard. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER
Yard. Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU
Yard. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM
Av. Serkan CENGİZ
Av. Talih UYAR

(İzmir Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
(Turgut Özal Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
(Çankaya Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(İzmir Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
(Uluslararası Antalya Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
(Kemerburgaz Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
(Avrupa İnsan Hak. Mah. Yargılaması ve İnsan Hakları Huk.)
(İcra ve İflas Hukuku)

İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Izmir Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanında taranmaktadır.
law database.

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI

YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 IŞIKKENT / İZMİR
Tel: 0232 472 21 22 (Pbx) Fax: 0232 472 24 54

Baskı Tarihi

Yazı Gönderim Kuralları

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir.

4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazar adı ve varsa ikinci adı ilk harfi kısaltılmış olarak, soyadı aynen yazılmalıdır. Tümü bold olmalıdır.

7. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

8. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **"biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk"** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **"yayımlanması uygundur"**, **"yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir"**, **"yayımlanması uygun değildir"**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem

raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

9. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

10. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

11. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

12. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına” olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacaktır, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

13. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.

14. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlemeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir

15. Makalelerin en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

16. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, sadece yıldız ile işaretlenmeli, bununla ilgili numaralandırma yapılmamalıdır.

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri Yrd.Doç.Dr. Hüsnü TURANLI	13
Aihm'nin Din Dersleri ve Dinsel Semboller İle İlgili Kararlarına Yönelik Liberal Bir Okuma Denemesi Yrd. Doç. Dr. Serkan EKİZ	57
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Ticaret Sicili İle İlgili Yenilikler ve Değişiklikler Arş. Gör. Ahmet Emre KAPLAN	115
Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi / Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep Av. Yeşim DAĞOĞLU	141
Baz İstasyonunun Faaliyetinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Hakkında Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Karar İncelemesi Av. Ayşe EROL SARIYEV	175
Viyana Satım Antlaşması'nda Boşluk Doldurma Yrd. Doç. Dr. Ebru KARADEMİR	231

MAKALELER

Ticaret Hukuku Yönünden E-Fatura Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar Av. Murat EREN, Arda VURAL (SMM)	259
Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir Sorunu Av. Zeynep VİLDAN AKKAYA	269
Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 59. Maddesi Karşısında Yabancı Mahkeme Kararının Kesin Hüküm Veya Kesin Delil Etkisi İle Zaman Aşımının Başlangıcı Sorunu Av. Yusuf ULUÇ	295

TEBLİĞLER

Kadına Karşı İşlenen Eziyet Suçu Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ	335
--	-----

YARGI KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI.....	355
YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI.....	385

HAKEMLİ MAKALELER

SERMAYE ORTAKLIKLARINDA PAYIN DEVRİ

▪ Yrd.Doç.Dr. Hüsnü TURANLI *

Özet: Hukukumuzda anonim ve limited ortaklıklar (ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar)'da kural olarak payın devri serbesttir. Anonim ortaklıkta hamiline yazılı pay senetlerinin devralana teslimi; nama yazılı pay senetlerinin ise payın devri, bedeli tamamen ödenmiş ise devralana ciro ve teslimi ve pay defterine kayıt, bedeli tamamen ödenmemişse devir için şirket onayına ihtiyaç vardır. Limited ortaklıkta ise, ispat aracı olarak pay senedi çıkarılabilmesinin yanı sıra payın nama yazılı senede de bağlanabilmesi mümkün kılınmıştır. Payların nama yazılı senede bağlanması durumunda bu senetlerin devri konusunda ayrıca bir hüküm öngörülmemiştir. Nama yazılı senetlerin devri için anonim ortaklıkta olduğu gibi, özel düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Anahtar Kelimeler: İspat vasıtası, nama yazılı pay senedi, esas sermaye payının devri.

Abstract: In Principle, the transfer of the shares in joint stock companies and limited liability companies (and also limited partnerships with shared capitals), is not restricted. The transfer of the bearer shares in joint stock companies is performed by delivery of the certificate itself whereas registered share certificates are transferred via endorsement and delivery of certificates taking their feature of negotiability into account. Besides, transfer must be entered in stock ledger. Limited liability companies may now issue share certificates as an evidential instrument or in form of registered share certificates. However the rules regulating the transfer of the registered share certificates need to be set forth as done in joint stock companies.

Key words: Means of proof, registered certificate, transfer of the capital share.

* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ticaret hukukunun her alanında önemli değişiklikler gerçekleşmiş, ancak en kapsamlı değişiklikler şirketler hukukunda yapılmıştır. Şirketler hukukundaki yenilikler adeta devrim niteliğindedir. Bu bağlamda şirketlere daha kurumsal bir yapı kazandırılmış, şirketlerin ortaklardan bağımsız bir kişilik kazanması amacıyla birçok düzenleme getirilmiş, payın devri, pay sahipliği ve ortaklık haklarının devri kolaylaştırılmıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte, anonim ve limited ortaklıklar arasındaki farklar azaltılmış, limited ortaklık adeta küçük bir anonim ortaklık gibi düşünülmüştür¹. Bu nedenle de birçok konuda anonim ortaklık hakkındaki hükümlere atıfta bulunulmuştur².

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklıkta payın senede bağlanması zorunlu tutulmamıştır. Bununla birlikte payın senede bağlanması durumunda pay senetleri hamiline ya da nama yazılı pay senedi şeklinde çıkarılabilmektedir. Esas sözleşmede payların hamiline yazılı olacağının öngörülmesi halinde bu pay senetlerinin şirketin tescilinden itibaren üç ay içinde çıkarılması; nama yazılı olması halinde azlığın talebi ile bu senetlerin çıkarılması kanunen zorunlu tutulmuştur (TTK m. 486/2-3).

Anonim ortaklık tarafından çıkarılan pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği taşımasından dolayı devir kolaylığı vardır. Bu çerçevede hamiline yazılı pay senetleri teslimle, nama yazılı pay senetleri ise ciro ve teslimle devredilebilir. Anonim ortaklıkta payın devrinde kural olarak serbesti ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinde kanunen bir sınırlama öngörülmüştür. Öte yandan esas sözleşmeyle de payın devrine kısıtlamalar getirilmesi mümkündür.

¹ Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.444 (Yeni Hukuk).

² Limited ortaklık hükümlerinde Anonim ortaklığa atıfta ilgili olarak bkz. Turanlı, Hüsni: Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2013, s.10-47 (Kıyas).

Eski Kanun döneminde limited ortaklıklara ispat senedi niteliğinde pay senedi çıkarma imkânı tanınmıştı (ETTK m.518/3). Yeni Kanun’la limited ortaklığa ispat vasıtası olarak pay senedi çıkarmanın yanı sıra nama yazılı pay senedi çıkarılması imkânı da tanınmıştır (TTK m.593/2). İspat vasıtası olarak pay senedi çıkarılmasında herhangi bir tartışma yoktur. Bu tür senetler çıkarıldığında esas sermaye payının devrine bir etkisi de olmayacaktır. Ancak limited ortaklıkta nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak niteliği ve dolayısıyla esas sermaye payının devrine etkisi tartışmalıdır.

Makalede, anonim ve limited ortaklıkta payın devri, pay senetlerinin niteliği ve payın devrine olan etkisi ele alınmıştır.

I. ANONİM ORTAKLIKTA PAYIN DEVRİ

1. Pay Kavramı

Pay, şirketler hukukunda ortaklık ve pay sahipliği haklarını belirleyen en önemli unsurdur³. Adi ortaklık, kollektif ve komandit şirketlerde pay, katılım payı olarak ifade edilirken anonim ortaklık ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkta, ortaklık sermayesinin bir parçasıdır⁴. Limited ortaklıkta ise anonim ortaklıktan farklı olarak esas sermaye payından söz edilir. Esas sermaye payı, ortağın şirketin esas sermayesine katılımının asgari miktarını gösterir ve nakit olarak ifade edilir⁵.

Anonim ortaklıkta sermayenin paylara bölünmesi, Kanun’un öngördüğü bir zorunluluktur. Nitekim anonim ortaklığın tanımında “...sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan...” ibaresi yer almaktadır (TTK m. 329/1). Dolayısıyla anonim ortaklıklarda pay, ortaklığın odak noktasıdır⁶. Anonim ortaklıkta pay sahiplerinin kendisi değil sahibi oldukları

³ Sevi, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 27.

⁴ Pulaşlı, Hasan: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Kitabevi, Ankara, 2012, s. 725 (Genel).

⁵ Pulaşlı, s. 990 (Genel).

⁶ Pulaşlı, s. 723 (Genel).

ve ortaklık mevkii teşkil eden “pay” önem taşır. Payın nominal bir değeri vardır ve bu değer esas sözleşmede belirtilir.

Pay, şirketin tescili ile doğar, ancak bu halde pay henüz senede bağlanmamıştır. Öğretide senede bağlanmayan paya “çıplak pay” denilmektedir⁷.

Anonim ortaklıkta pay sahipliği hak ve yükümlülükleri, sermayeye katılımla doğru orantılıdır⁸. Pay sahipliği, paydaşlık mevkii adı verilen ve pay sahibinden bağımsız bir mevkiidir⁹. Bu mevki içinde pay, sahibine birtakım haklar ve sınırlı sayıda yükümlülükler tanır. Örneğin, kar payı ve tasfiye payı, pay sahipliğinin temel ve vazgeçilmez haklarıdır¹⁰. Aynı şekilde, GK toplantılarına katılma, oy verme, dava açma gibi kanundan kaynaklanan haklar esasen pay sahipliği haklarıdır. Eski Kanun’da bunlar daha ziyade mütesep hak olarak nitelendirilirken (ETTK m. 385) yeni Kanun ile söz konusu haklar genel olarak vazgeçilmez hak olarak nitelendirilmiş ve pay sahibine bu hakların GK kararlarıyla ihlali durumunda butlan yaptırımını öngörülmüştür (TTK m. 447)¹¹.

Pay sahipliği, hakların yanı sıra bazı yükümlülükleri de içerir. Sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmesi (TTK m. 480), ikincil yükümlülüklerin ifası pay sahipliği statüsünden kaynaklanan

⁷ Karahan, Sami (Editör)/Ünal, Mücahit: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınevi, Konya, 2012, s. 672; Bozkurt, Tamer: Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, XII Levha Yayınları, Ankara, 2012, s. 276; Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 578; Sevi s.34.

⁸ Buna “sermayeye katılma ölçüsünde haklardan yararlanma” ilkesi de denilmektedir. Bkz. Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, 8. Baskı, Karahan Kitapevi, Adana, 2014, s. 374.

⁹ Bozkurt, s. 274.

¹⁰ Eski TTK’da mütesep hak olarak ifade edilen (ETTK m. 385) söz konusu haklar yeni Kanun’da vazgeçilmez hak olarak ifade edilmiştir (TTK m. 447).

¹¹ Bununla birlikte mütesep hak kavramı da yeni düzenleme de varlığını korumaktadır. Bu çerçevede mütesep hak sahibinin rızası olmadan elinden alınamayan hak, vazgeçilmez hak ise sahibi razı olsa dahi elinden alınamayan hak olarak tasnif edilmektedir. Örneğin anonim ortaklıklarda kar payı alma hakkı mütesep bir haktır. Çünkü genel kurul kararı ile karın sermayeye ilavesi söz konusu olabilir. Aynı şekilde bir pay sahibi razı olursa esas sermaye indiriminde ona ait paylar itfa edilerek sermaye indirimi yapılabilir. Buna karşılık bir pay sahibine ait payların oy hakkına sahip olmayacakları o pay sahibi kabul etse bile öngörülemez.

yükümlülüklerdir. Pay taahhüdünün yerine getirilmemesi durumunda farklı yaptırımlar uygulanacaktır (TTK m. 482-483)¹².

2. Genel Olarak Payın Devri

Anonim ortaklıkta payın devri için mutlaka payın senede bağlanması zorunlu değildir¹³. Senede bağlanmadan da payın devri ve her türlü hukuki işlemlere konu olması mümkündür¹⁴. TTK'da senede bağlanmamış payın devrine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte devir konusunda genel hükümlere başvurmamız mümkündür.

Bedelinin tümü ödenmiş çıplak payın devri, TBK m. 183 vd. gereği alacağın temliki esasına göre gerçekleştirilir¹⁵. Bir başka deyişle, alacağın devri sözleşmesi (alacağın devri tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşme-dir) ve pay defterine yeni pay sahibinin kaydedilmesiyle devir gerçekleşmiş olur. Kural olarak ayrıca şirketin bu devre onayına ve her halde ticaret siciline tescile gerek yoktur.

Bedelinin tamamı ödenmemiş payın devrinde ise durum farklıdır. Bedeli tümüyle ya da kısmen ödenmemiş payların devrinde, pay sahibinin pay bedelini ödeme taahhüdü de devralana geçtiğinden bir bakıma borcun devri söz konusudur¹⁶. Bedeli tümüyle ödenmemiş payın devrinde kıyasen TTK m. 491 hükmünün uygulanması ve devrin gerçekleşebilmesi için şirketin onay vermesi gerekir. Bu bağlamda, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve devralan, şirket tarafından istenen teminatı vermemiş ise şirket devri reddedebilecektir¹⁷.

¹² Çeker, s. 378-379.

¹³ Sevi, s. 34.

¹⁴ Şener, s. 578 dp.638, Yargıtay 11.HD, 15.12.1981, E:5144, K:5141, Pay senedinin çıkarılması kurucu değil açıklayıcı niteliğe sahiptir. Bkz. Sevi s.35 dp. 42.

¹⁵ Ülgen/Helvacı, s. 25; Sevi, s.320.

¹⁶ Sevi, s. 321.

¹⁷ Sevi, s.323.

3. Senede Bağlanmış Payın Devri

3.1. Payın Senede Bağlanması

Pay senedi, payın giydirilmiş halidir. Senede bağlanmış payla bağlanmamış pay arasında temsil ettiği haklar bakımından bir fark yoktur¹⁸. AO'ta pay senedi yerine sadece pay terimi de kullanılmaktadır¹⁹. Nitekim borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrini düzenleyen 493. maddenin gerekçesinde 490. maddeden itibaren “pay senedi” yerine “pay” terimine yer verildiği, 491 ila 494. maddeler arasındaki düzenlemelerde pay teriminin pay senedi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir²⁰.

Türk Ticaret Kanunu'nda payın senede bağlanmasına ilişkin kurallar, eski Kanun'un tersine emredici niteliktedir²¹. Paylar kanunen hamiline ve nama yazılı pay senedi olarak bastırılabilir. Payın senede bağlanması durumunda artık senetten ayrı olarak devredilmesi ve ileri sürülebilmesi mümkün değildir²².

3.2 Pay Senedinin Hukuki Niteliği

Anonim ortaklık tarafından çıkarılan²³ hamiline ya da nama yazı-

¹⁸ Yıldız, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.181; Sevi, s.34.

¹⁹ Sevi, s. 34.

²⁰ Narbay, Kanun'da “nama yazılı pay” yerine “nama yazılı pay senedi” ibaresinin kullanılmasının daha doğru olacağını savunmuştur. Bkz. Narbay, Şafak: 6102 Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri” Erzincan Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI S.3-4 Aralık 2012, s. 205.

²¹ Tekinalp, s.77 (Yeni Hukuk).

²² Sevi, s. 35.

²³ Eski Kanun'da da pay senetlerinin hamiline veya nama yazılı olabileceği belirtilmiş bununla birlikte esas sözleşmede aksi hüküm bulunmadıkça hisse senetlerinin nama yazılı olması zorunlu tutulmuştur (ETTK m. 409). Kaynak İsv. BK m.622'de de pay senetlerinin hamile veya nama düzenleneceği belirtilmiştir. Alman POK m.23/3.5'de de esas sözleşmede payların hamile ya da nama yazılı çıkarılacağı belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. İngiliz Şirketler Kanunu (Companies Act 2006) m.544/1'e göre ilke olarak şirket payları devredilebilir. Aynı maddenin 2.fıkrasında, pay devrinin, a) 1963 tarihli Pay Devri Kanunu (Stock Transfer Act 1963) belirtilen basitleştirilmiş usulde devir ve b) Bu kanun'un 2. Bölüm 21. Kısımındaki düzenlemeler (bu

lı pay senetleri, pay sahipliği haklarını temsil eden bir kıymetli evrak-
tır²⁴. Pay senedine kıymetli evrak niteliğinin yüklenmesi, temel olarak
iki özelliği de beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, hak ve senedin
birbirinden ayrılmaz niteliği; diğer ise devredilebilirliği²⁵. **Devredile-
bilirlik**²⁶ açısından yapılan tasnifte, kıymetli evrak üç başlığa ayrılma-
ktaır. Bunlar, hamiline, emre ve nama yazılı kıymetli evrak olarak ifade
edilmektedir²⁷. AO'ta pay senetleri hamiline ve nama düzenlenebilir,
emre düzenlenemez (TTK m. 484/1)²⁸.

Nama yazılı senetlerin devri, TBK m.183 vd.'da düzenlenen ala-
cağın temliki hükümlerine benzer sonuçlar doğurmakla birlikte bu hü-
kümlelerin tümünün nama yazılı senetlere uygulanması söz konusu de-
ğildir²⁹. Nama yazılı senetlerin dolaşımı emre yazılı senetlere göre çok
daha yavaş bununla birlikte borçlu bakımından daha güvenlidir³⁰. Bu
nedenle örneğin tüketicinin yapmış olduğı işlemler için düzenlenecek
senetlerin sadece nama yazılı olabileceğı öngörölmüştür (TKHK m.
4/5).

düzenlemeler yazılı bir usul olmaksızın pay devrini düzenlemektedir) çerçevesinde yapılabileceğı hükme
bağlanmıştır.

²⁴ Pulaşlı, s. 727 (Genel); Karahan/Ünal, s. 673. SPK m.3/1(ö).1 bendinde menkul kıymetler sayılırken ilk
olarak "pay"a yer verilmiştir. SPK'da "pay" ile "pay senedi" aynı anlamda kullanılmıştır.

²⁵ Kanun'daki tanımıyla kıymetli evrak "...öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı
olarak ileri sürülemediğı gibi başkasına da devredilemez" (TTK m. 645). Bu tanımdan iki özellik ortaya
çıkmaaktadır. Birincisi, hakkın senetten ayrı olarak ileri sürülememesi diğer bir deyimle senet ibraz edilmek-
sizin alacağın talep edilememesi- bu iki taraflı ibraz zorunluluğı ortaya koymaktadır- diğeri ise hakkın sen-
etten ayrı olarak devredilememesidir. İki taraflı ibraz zorunluluğı, borçlunun ancak senet karşılığında borcu
ödemesi, alacağın da senet olmadan alacağını ileri sürememesidir. Ülgen/Helvacı, (Kendigelen/Aslan)
Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 7. Basıdan 8. (Tıpkı) Bası, İstanbul, 2013, s. 17-18; Sevi, s. 35.

²⁶ Devredilebilirlik özelliğı pay senetleri bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Devredilebilirlik, pay sen-
edinin ekonomik değeri ortaya koymaktadır.

²⁷ Can, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.17; Ülgen/Helvacı, s.19.

²⁸ Maddede "açıkça emre düzenlenemez" şeklinde bir ibare olmamakla birlikte, pay senetlerinin hamiline
ya da nama yazılı olacağı belirtilmiştir. Bu cümleden pay senetlerinin emre yazılı olamayacağı sonucuna
ulaşılabilir.

²⁹ Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Vedat
Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 83.

³⁰ Helvacı (Ülgen/Kendigelen/Aslan), s. 58.

Nama yazılı pay senetlerinin devrine ilişkin TTK m. 490/2 maddesi, genel olarak nama yazılı senetlerin devrine ilişkin “yazılı devir beyanı ve senedin teslimi” esasından ayrılarak emre yazılı senetler için geçerli olan “ciro ve zilyetliğin devri” esasını getirmiştir³¹. Bu düzenlemenin amacı, cironun alacağın devri beyanına nazaran daha kolay ve hızlı bir devir imkânı sağlamasıdır. Bununla birlikte nama yazılı pay senetlerinin alacağın temliki hükümlerine göre devir beyanı ve senedin teslimi ile de devredilebileceği öğretide bir kısım yazarlarca kabul edilmektedir³². Kanaatimizce de kanun koyucu, nama yazılı pay senetlerinin devrinin ciro ve zilyetliğin devri ile yapılabileceği konusunda bir esneklik getirmiş olup alacağın temliki ve zilyetliğin devri yoluna gidilmesinde de bir sakınca yoktur.

Emre yazılı senetlerin devrinde geçerli olan cironun nama yazılı pay senetlerinin devrinde de öngörülmesi nedeniyle, öğretide nama yazılı pay senetlerinin “kanunen emre yazılı senet” grubuna dâhil olduğu yönünde görüşler mevcuttur³³. Biz de aynı gerekçeyle bu görüşe katılıyoruz.

Pay senedi, kıymetli evrak sınıflandırması içinde çıkarılma şekli bakımından ortaklık hakkı veren ve illi senet grubunda yer almaktadır³⁴. Bir kişinin elinde bulunan pay senedine bağlı hak ve yetkileri kullanabil-

³¹ ETTK m. 416/2’de de aynı hüküm mevcut idi. YTTK m. 490/2’nin gerekçesine göre, bu fıkra “hukuki işlemler devir” ibaresi de eklenerek, kanuni intikallerde ciro ve zilyetliğin devrine gerek olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur.

³² Poroy, nama yazılı pay senedinin kanunen emre yazılı senet olduğunu ileri sürmüştür. *Ciro* kelimesine mutlak bir anlam verilmemesini, “uygun geldiği nispette” uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 84. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda da nama yazılı pay senetlerinin ciro ile devredilebileceği ve nama yazılı pay senetlerinin kanunen emre yazılı senet olduğu kabul edilmiştir. Can s. 22, Yargıtay bu konuya bazı kararlarında olumlu bazı kararlarında ise olumsuz yaklaşmıştır, Sevi s.212.

³³ Kanunen emre yazılı senet, emre kaydını içermese bile emre yazılı sayılır. Helvacı bu konuda değişik bir yorum getirmiştir. Ona göre, “pay senetleri nama yazılı senet olma özelliğini koruduğundan nama yazılı kıymetli evrakta geçerli olan devir beyanı ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla da devredilebilme olanağı devam etmektedir. Kanunen getirilen istisna ile emre yazılı senetlerin devir şekliyle de devredilebilecekleri kabul edilmelidir”. Bkz. Helvacı (Ülgen/Kendigelen/Aslan), s. 59. Sevi, eserinde konuyu ayrıntılı olarak incelemiş ve öğretide farklı görüşlere yer vermiştir. Bkz. Sevi s. 206 vd.

³⁴ Ülgen/Helvacı, s. 23,29; Can s.14-15; Öztan, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 17. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 38; Sevi s.180.

mek için söz konusu pay senedini çıkaran ortaklık ile arasında geçerli bir ortaklık ilişkisi olması gerekir³⁵. Diğer bir deyişle pay senedinin düzenlenmesine yol açan hukuki işlemin etkileri senedin çıkarılmasıyla devam eder³⁶.

Anonim ortaklıkta pay sahipliğinin doğması için şirketin pay senedi çıkarması gerekli değildir; çünkü pay sahipliği, şirketin tüzel kişilik kazanması ile oluşmaktadır. Pay senedi olmadan da pay sahipliği doğar³⁷. Bu nedenle pay senedi, niteliği itibarıyla kurucu değil bildirici (açıklayıcı) kıymetli evraka dâhildir³⁸.

Anonim ortaklıkta pay senedi çıkarılması durumunda payın devri senedin zilyetliğinin devriyle mümkün olmaktadır. Pay sahipleri, pay sahipliğinden doğan hak ve yetkilerini çıkarılan pay senedinin türüne göre kanunda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde kullanırlar³⁹.

Eski Kanun döneminde anonim ortaklıklarda pay senedi çıkarma zorunluluğu yoktu⁴⁰. Bununla birlikte hamiline ve nama yazılı pay senedi çıkarılması mümkündü (ETTK m.409/1). Yeni Kanun ile de anonim ortaklıkta pay senedi çıkarmak zorunlu olmamakla birlikte istendiği takdirde paylar senede bağlanabilmektedir⁴¹. Borsada işlem gören AO payları fiziken senede bağlanmayıp MKK denetimindeki kaydi sisteme kaydedilmekte ve bu ortam aracılığı ile nama veya hamiline yazılı pay

³⁵ Can, s. 16.

³⁶ Sevi, s. 180.

³⁷ Pulaşlı, s. 728 (Genel).

³⁸ Bozkurt, s. 273, Altaş, s.290; Can, s. 14; Ülgen/Helvaci, s. 24; Sevi s. 181.

³⁹ Can, s. 14.

⁴⁰ Karahan, Sami (Editör)/Ünal, Mücahit: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınevi, Konya, 2012, s. 672; Altaş, s. 289.

⁴¹ Anonim ortaklıkta pay senetleri TTK m. 484-501 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 565/2 hükmü uyarınca, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkta, birinci fıkrada gösterilen hususlar dışında Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle SPBKO'larda da payların senede bağlanabilmesi mümkündür. Uygulamada, anonim ortaklıkların büyük bir bölümünün aile şirketi olması nedeniyle payların senede bağlanmadığı görülmektedir. Bkz. Altaş, s. 290; Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, 2014, s. 459; Sevi s. 34 dn. 41.

senedi olarak işleme tabi tutulmaktadır⁴².

Hamiline yazılı pay senedi çıkarılabilmesi için esas sözleşmede hüküm olması gerekir⁴³. Esas sözleşmede payların hamiline yazılı olması öngörülmüş ise **hamiline yazılı pay senetlerinin çıkarılabilmesi için pay bedelleri tamamen ödenmiş olmalıdır.** YK'nun, **pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtması gerekir.** Bu bağlamda, YK'nun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına dair kararı tescil ve ilan edilir ve şirketin internet sayfasına da konulur (TTK m. 486/2). YK'nun hamiline, esas sözleşmede yazılı olmasına rağmen yazılı pay senedi bastırmaması durumunda pay sahipleri eda davası ile senedin bastırılmasını sağlayabilir⁴⁴.

Paylar nama yazılı ise pay senedi çıkarmak zorunlu olmamakla birlikte azlığın istemi üzerine nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay sahiplerine dağıtılır (TTK m. 486/3)⁴⁵. Aynı şekilde YK'nun isteme rağmen nama yazılı pay senetlerini bastırmaması durumunda eda davası açılabilir. Sonuç olarak hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılması zorunlu, nama yazılı pay senetlerinin bastırılması isteğe bağlıdır.

3.3 Hamiline Yazılı Payın Devri

Hamiline yazılı paylar, pay senedine bağlandıktan sonra genel hükümlere (TBK m.183 vd.) göre değil, kıymetli evrak hükümlerine göre devrolunur⁴⁶. Kıymetli evrakın devrinde her halde senet üzerindeki zil-

⁴² Tekinalp, s. 79 (Yeni Hukuk).

⁴³ Nitekim esas sözleşme içeriğini düzenleyen TTK m. 339/1d. Bendine göre “pay senetlerinin nama veya hamile yazılı olacakları” belirtilmelidir.

⁴⁴ Tekinalp, s. 78 (Yeni Hukuk).

⁴⁵ TTK m. 486/3’de, “Azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır” denmiştir. Bu maddenin “Azlık istemde bulunursa YK, nama yazılı pay senetlerini bastırır ve nama yazılı pay sahiplerine dağıtır” şeklinde olması daha uygun olacaktı.

⁴⁶ Ülgen/Helvacı, s. 25.

yetliğin devri zorunlu olduğu için (TTK m. 647/1) hamiline yazılı senetlerde senedin zilyetliğinin devri gereklidir.

Hamiline yazılı pay senetlerinin devrinde tam bir devir serbestisi geçerli olup, herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir⁴⁷. Devir, zilyetliğinin devri ile gerçekleşmiş olur (TTK m. 489/1)⁴⁸. Bu konuda esas sözleşme ya da GK kararı ile getirilen sınırlamalar geçersizdir⁴⁹. TTK m. 658 hükmü ile TTK m. 489/1 hükmü birlikte değerlendirilmelidir⁵⁰.

Hamiline yazılı payların sahiplerinin pay defterine kaydı söz konusu değildir⁵¹. Bu nedenle pay senedinin devri ile devir işlemi tamamlanır. Yeni pay sahipleri, pay sahipliği haklarını pay senedinin ibrazı ile kullanabilirler.

Payın hamiline yazılı pay senedine bağlanması, devir kabiliyetini en üst seviyeye çıkartmaktadır. Bu bakımdan hamiline yazılı pay senetleri, en hızlı dolaşım yeteneğine sahip senetlerdir⁵². TTK'da hamiline yazılı pay senedi çıkarılabilmesi için payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması şartı da bu nedenle konulmuştur⁵³.

3.4. Nama Yazılı Payın Devri

Anonim ortaklıkta nama yazılı pay senetlerinin devri, TTK m. 490'da "Nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde ilke" başlığı altında düzenlenmiştir⁵⁴. Buna göre; "*Kanunda veya esas sözleşmede aksi*

⁴⁷ Sevi, s. 199.

⁴⁸ Sevi, s. 186.

⁴⁹ Şener, s. 585.

⁵⁰ Karahan/Ünal, s. 676.

⁵¹ TTK m.499'da, senede bağlanmamış pay ve nama yazılı pay senedi sahiplerinin (ve intifa hakkı sahiplerinin) pay defterine kaydedileceği belirtilmiştir. Esasen hamiline yazılı pay senetlerinin sahibi belirli bir kişi olmadığından pay defterine kayıtlarının söz konusu olmayacağı açıktır.

⁵² Helvacı (Ülgen/Kendigelen/Aslan), s. 82; Karahan/Ünal, s. 676.

⁵³ Hamiline yazılı pay senetlerinin karşılıklarının ödenmiş olması koşulu ETTK m. 410, YTTK m. 484/2.

⁵⁴ İngiliz Hukukunda da şirket paylarının serbestçe devri ilkesi (prima facie) mevcuttur. Bununla birlikte,

öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. Hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilir”.

Bu hükümden iki sonuç çıkarılması mümkündür. İlk, nama yazılı payların devrinde ilke olarak sınır konulmamakla birlikte, kanun veya esas sözleşme ile aksi öngörülebilir. Nitekim TTK m. 491 ve m. 492’de buna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bir diğer sonuç ise, kanun koyucu tarafından, nama yazılı senetlerin devrinde özel bir usul konularak pay senetlerinin “ciro ve teslim” yoluyla devredilebileceği belirtilmiştir⁵⁵. Bu düzenlemeyle, payların hızla ve kolaylıkla el değiştirmesi imkânı sağlanmış⁵⁶.

Nama yazılı payların devrinde serbestlik ilkesi esas olmakla birlikte, ortaklığın zararına olabilecek bazı hallerde payın devrinin sınırlandırılması ve şirketin onayına tabi tutulması öngörülmüştür⁵⁷. TTK m. 491 ve 492 hükümlerinde nama yazılı payların devrinde devre şirketin onay vermesi şartı öngörülmüştür. Bu şekilde nama yazılı payın devrinin sınırlandırılması ya da yasaklamasına ilişkin nedenlere **bağlam** adı verilir⁵⁸. Bağlam, anonim ortaklıklar hukukunda kanuni ve esas sözleşmeyle olmak üzere iki türlü öngörülmüştür.

3.4.1.Kanuni Bağlam

Türk Ticaret Kanunu m. 491/1 hükmüne göre “Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; me-

esas sözleşme ile şirketin bu devre onay vermesi öngörülebilir. SI 2008/3229 Şirketler için Model Maddeler Tüzüğü 2008 m. 26/5’e göre YK’a devri reddetme yetkisi verilebilir. Bkz. French Derek/W.Mayson Stephen/Ryan, Christopher: Company Law, 27. Edition, Oxford University Press, 2010, s. 231. Ayrıca bkz. <http://www.legislation.gov.uk/uk/si/2008/3229/schedule/1/made> (12.11.2014). Öte yandan Alman POK m.68/1’de de nama yazılı senetlerin ciro yoluyla devredilebileceği hükme bağlanmıştır. “Fransa’da nama yazılı pay senetlerinin devrinde virman yöntemi kullanılmaya başlanmıştır”. Bkz. Sevi, s. 203.

⁵⁵ Bu konudaki görüşlerle ilgili olarak bkz. Sevi s. 209.

⁵⁶ Çeker, s. 474.

⁵⁷ Yıldız, s. 183.

⁵⁸ Tekinalp, s. 3 (Devir).

ğerki devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin. Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir”⁵⁹.

Görüldüğü gibi, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların (pay senetlerinin) devri için şirketin onayına ihtiyaç vardır. Bunun istisnaları da miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimlerine ilişkin hükümler veya cebri icra olarak sayılmıştır. Nama yazılı payların devri serbestîsinin istisnası olan ve bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar için getirilen kanuni sınırlamada (kanuni bağlam), şirketin devir talebini reddetmesi ise tek bir halde mümkün kılınmıştır. Buna göre, şirket ancak devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilecektir (TTK m. 491/2)⁶⁰. Böylece anonim ortaklığın bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylarının devrinde kanunen bağlam öngörülmekle birlikte, bağlamın sınırları da çizilmiştir. Diğer bir deyişle, şirket (Burada YK olarak kabul edilmelidir⁶¹) bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payın devrine **ancak** devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmezse onay vermeyi reddedebilecektir. Devralan kişinin ödeme gücü konusunda bir tereddüt yok ise şirket teminat istemeyeceği gibi devre onay vermeyi de reddedemez⁶². Bu düzenleme ile anonim ortaklığın devre keyfi olarak onay vermekten kaçınmasının engellenmesi amaçlanmıştır⁶³.

Türk Ticaret Kanunu m.491/1 hükmüne göre, kanuni bağlam “mi-

⁵⁹ Alman POK m. 68, İsv. BK m. 685.

⁶⁰ Buradaki “ve” bağlacıyla, her iki şartın birlikte gerçekleşmesi zorunlu kılınmıştır. Şirket bu teminatı çoğunlukla isteyecektir. Bkz. Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

⁶¹ Tekinalp, s. 21 (Devir); Sevi s.258 dn.366, Alman POK m.68/2’de onayın YK tarafından verileceği bununla birlikte denetçiye ya da GK’a da bu yetkinin tanınabileceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda da bu yetkinin YK’nun devredilmez yetkileri arasında sayılmaması nedeniyle GK’a veya Murahhaslara ya da birden fazla organın ortak kararına bırakılabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Sevi, s. 259 dn. 367.

⁶² Tekinalp, s. 30 (Devir).

⁶³ Narbay, s. 217.

ras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap” hallerinde uygulama alanı bulamayacaktır. Şirket söz konusu hallerde teminat isteyemeyeceği gibi sırf bu gerekçeyle de pay defterine kayıttan kaçınamayacaktır⁶⁴.

Türk Ticaret Kanunu m.491 hükmü, gerekçede de belirtildiği gibi, AO’da “sermayenin korunması ilkesi”nin bir sonucudur⁶⁵. Gerçekten de henüz bedeli tümüyle ödenmemiş nama yazılı payların devri durumunda temkinli davranılması zorunludur. Esasen bu husus, şirket adına işlem yapmaya yetkili olan YK’nun da bir sorumluluğudur. Devralanın ödeme gücünün yeterli görülmemesi ve istenilen teminatın karşılanmaması durumunda devre onay verilir ve gelecekte de payların karşılığı ödenmez ise şirketin ekonomik durumu kötüye gidebilir. Öte yandan TTK m.550/2 gereği YK üyelerinin, ödeme gücü şüpheli olan kişilerden teminat istemeksizin payı devralmalarına onay vermesi durumunda ortaya çıkan zarardan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

3.4.2. Esas Sözleşmeyle Bağlam

Kanun’da “*esas sözleşme ile nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğinin öngörülebileceği*” de hükme bağlanmıştır (TTK m. 492/1)⁶⁶. Burada payların karşılığının ödenip ödenmemiş olmasının bir önemi yoktur. Yani bir başka deyişle, payların karşılığı ödenmiş olsa bile devri için şirket onayı zorunlu kılınabilecektir. Esas sözleşmede, nama yazılı payların devrine getirilen sınırlamalar, sadece sermayenin korunması açısından değil başka nedenlere de bağlı olabilir. Örneğin pay sahiplerinin kimliğinin önemli olduğu ortaklıklarda nama yazılı payların devri şirket onayına tabi tutulabilir⁶⁷.

⁶⁴ Kendigelen, s. 399.

⁶⁵ Şener, s. 584.

⁶⁶ İsv. BK m. 685a. Ayrıca Alman POK m.68/2’de nama yazılı payların devrinin esas sözleşmeyle şirket onayına bırakılabileceği belirtilmiştir. Aynı maddede, onayın YK tarafından verilebileceği, ancak yine esas sözleşme ile onay yetkisinin denetçilere ya da GK’a bırakılabileceği düzenlenmiştir. İsv. BK m. 685a.

⁶⁷ Sevi, s. 248. Anonim ortaklıkta nama yazılı payın devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme anonim ortaklığın tam bir sermaye şirketi olması, dolayısıyla pay sahipliğinin kişilere bağlı olmaması ilkesiyle çelişir görünmektedir. Bkz. Süleymanlı, Server: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Bağlamın

Esas sözleşmede bağlamın öngörülmemiş olması halinde sonradan GK kararı ile esas sözleşme değiştirilerek nama yazılı paylara sınırlama getirilmesi mümkündür. Bu durumda kanun koyucu, “*hem toplantı hem de karar nisabını, sermayenin en az %75’ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları*” olarak belirlemiştir (TTK m. 421/3c)⁶⁸. Öte yandan ilk toplantıda bu nisabın sağlanmaması halinde izleyen toplantılarda da aynı nisabın aranacağı hükme bağlanmıştır (TTK m. 421/4). Bu kural, nama yazılı payların sınırlandırılmasının, ortaklığın önemli kararları arasında yer aldığını göstermektedir⁶⁹. Bu düzenleme ile kuruluştaki veya payları devralırken devir serbestisine güvenen pay sahiplerinin alelade toplantı ve karar nisaplarıyla bu haklarının sınırlandırılması veya kaldırılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu m. 492’de, esas sözleşme ile nama yazılı payların şirket onayıyla devredilebileceği belirtilmekle birlikte, şirketin hangi durumlarda devri reddedebileceği TTK m. 493 ve m. 495’de düzenlenmiştir.

3.4.3. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Bağlam

Türk Ticaret Kanunu m. 493’de, “borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri” düzenlenmiştir⁷⁰.

Neden Olduğu sorunlara Çözüm Önerileri, s. 4. [#fm](http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-serversuleymanli-1.htm&query=payın%20devri) (14.11.2014)

⁶⁸ Eski Kanun döneminde bu konuda açık hüküm olmamakla birlikte, esas sözleşme değişikliği ile değiştirilebileceği kabul edilmekteydi. Bkz. Yıldız, s. 188; Sevi s. 276.

⁶⁹ Narbay, s. 219.

⁷⁰ SPK m.3/1 e fıkrasında halka açık ortaklık “*Payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar*” olarak tanımlanmıştır. Payları halka arz edilmiş sayılan ortaklıklar ise payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan ortaklıklardır (SPK m.16/1). HAAO’lar, bir kısım paylarını borsaya kote eden ve etmeyen ortaklıklar olarak iki gruba ayırmıştır. Bir ortaklığın payları borsada işlem gören ortaklık olması için sürekli işlem görmesi gerekir Bkz. Boztosun, Ayşe Odman, Hukuksal Açından Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 33-34.

3.4.3.1. Ret Sebepleri

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrine şirket iki halde onay vermeyebilir. TTK 493/1'e göre şirket;

- Esas sözleşmede öngörölmüş önemli bir sebebi ileri sürerek,
- Veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.

a) Esas sözleşmede öngörölmüş önemli bir sebepten dolayı devri reddetmesi

İlk olarak şirket, esas sözleşmede öngörölmüş önemli bir sebebi ileri sürerek devre onay vermeyebilir. Bu düzenleme ile pay devrinin reddini gerektirecek önemli sebeplerin şirketin esas sözleşmesinde yer alması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Önemli sebeplerle ne kastedildiği maddenin 2. fıkrasında örnekler verilmek suretiyle şöyle açıklanmıştır: “*Pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur*”⁷¹.

Gerekçede de belirtildiği gibi haklı görölebilecek her türlü sebep “haklı sebep” olarak esas sözleşmeye konulamaz. Haklı sebepler, birinci fıkrada gösterilen kategorilerden birine girmeli ve bunlara uygun biçimde somutlaştırılmalıdır. Ret sebepleri yazılırken “eşit işlem, sermayenin korunması, pay sahipliği hakları” gibi esaslar dikkate alınmalıdır⁷².

⁷¹ Maddenin gerekçesinde, sayılan sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Gerekçede ifade ediliş şekliyle “*Tasarı üç kategori öngörölmüş olmasına rağmen haklı sebepler sınırlı sayı (numerus clausus) değildir. Hükümde haklı sebep kategorileri (1) paysahipleri çevresinin bileşimi, (2) şirketin konusu ve (3) işletmenin bağımsızlığı olarak belirlenmiştir*”.

⁷² Narbay, s. 225.

b) Bir Sebep bildirmeksizin devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek devri reddetmesi

Şirkete kanunen böyle bir hak tanınması, uygun görmediği devirlerden kurtulma olanağı sağlamayı amaçlamaktadır. Gerekçede bu durum için şu açıklama yer almaktadır: “Anonim şirkete, devre konu olan pay senetlerini gerçek değeri üzerinden devralma önerisinde bulunabilme olanağının tanınması, ona, haklı sebepler yanında, sağlanmış, uygun görmediği devirlerden kurtulabilme olanağıdır. Uluslararası uygulamada ve öğretide *escape clause* (kaçış, kurtuluş klotu) diye anılan bu hüküm kişisel unsurları öne çıkan anonim şirketlerde, (aile anonim şirketi, tek kişilik anonim şirket, iki gruptan oluşan anonim şirket ve genel olarak kapalı anonim şirket gibi) şirketin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önleyen bir etkin araçtır. Bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmez.”

Düzenlemede “diğer pay sahipleri” ibaresi, payı devreden pay sahibi dışındaki pay sahipleridir⁷³. Üzerinde durulması gereken bir başka ibare ise “gerçek değer”dir. Taraflarca gerçek değer üzerinde anlaşma sağlamazsa bu durumda “payın gerçek değerinin belirlenmesinin şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden talep edilebileceği” belirtilmiştir (TTK m.493/5). Aynı fıkra “mahkemenin, şirketin karar tarihine en yakın tarihteki pay değerini esas alacağı” da hükme bağlanmıştır.

c) Pay defterine kaydın reddi

Ret sebepleri arasında sayılan ancak kanaatimizce isabetsiz bir düzenleme olan m. 493/3 hükmüne göre “devralan, payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse şirket pay defterine kaydı reddedebilir”. Burada artık pay devrinin reddinden değil pay devri onaylandıktan sonra, devralanın şirketin talebi üzerine kendi adı ve hesabına aldığını

⁷³ Pulaşlı, C.II, s.1489 (Şerh).

beyan etmemesi halinde pay defterine kaydın yapılmamasıdır. Bu hükmünden, payın devri gerçekleşmekle birlikte, şirketle ilişkilerde sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kişinin pay sahibi olarak kabul edileceği esasına binaen (TTK m. 499/4) pay defterine kayıt yapılmaması nedeniyle şirket nezdinde eski pay sahibinin hâlihazır pay sahibi olarak kabul edileceği sonucuna varılmaktadır. Oysaki TTK m. 494/1’de “devir için gerekli olan onay verilmediği sürece payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır” hükmü gereği onay verilmesi durumunda mülkiyet ve tüm hakların devralana geçeceği açıktır. TTK m. 494/1 ile m.493/3 hükümleri bu manada çelişkilidir. Kanaatimizce, “şirketin böyle bir şüphe duyması halinde söz konusu beyanı devirden önce talep etmesi ve talebe rağmen beyanın yapılmaması durumunda pay devrine onay verilmemesi” şeklinde bir düzenleme daha isabetli olurdu. Nitekim fıkranın gerekçesinde “Anonim şirket, devreden kişiden devralanın bir beyanını kendisine sunmasını isteyebilir. Devralan bu beyanında, pay defterine kaydını istediği payları (pay senetlerini) kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmelidir” şeklindeki açıklama ile devir henüz onaylanmadan önceki bir beyandan söz edilmektedir. Gerekçede, beyanın doğru olmadığıнын sonradan anlaşılması durumunda 500. Madde uyarınca pay defterine yapılan kaydın silinebileceği de belirtilmiştir.

d) Payların sözleşme dışındaki diğer devren kazanma halleri⁷⁴ olan miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmesi halinde ise esas sözleşmede öngörülen bağlam etkisizleşir. Şirket esas sözleşmedeki önemli sebebe dayanarak devre onay vermekten kaçınamaz. Ne var ki, bu hallerde bağlam etkisizleşmesine rağmen şirketin payları bu hallerden biriyle iktisap eden kişiye, paylarını gerçek değeri ile devralmayı önermesi ve böylece pay devrini reddetmesi mümkündür (TTK m. 493/4).

⁷⁴ Payın kazanılması temel olarak aslen ve devren kazanma olarak sınıflandırılabilir. Aslen kazanma, kuruluşta, sermaye artırımında ve birleşme halindeki kazanmadır. Sözleşme, miras mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği kazanılması halleri devren kazanmadır. Bkz. Sevi, s. 36. vd.

Kanunda şirketin sayılan hallerde devri reddetmek için haklı sebep göstermesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Diğer bir deyişle, şirket, bu hallerde herhangi bir gerekçe göstermeksizin, payları gerçek değeri üzerinden kendisi satın almak kaydıyla onay vermeyi reddedebilir. İktisap eden kişinin, şirketin önerisini kabul etmesi durumunda payların gerçek değeri kendisine ödenip şirket bu kişiye ait payları iktisap etmiş olacaktır⁷⁵.

3.4.3.2. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinin Sonuçları

Türk Ticaret Kanunu m. 494’de borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin sonuçları devrin hukuki işlemle veya diğer hallerden biriyle gerçekleşip gerçekleşmemesine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Payların hukuki işlemle devrine (TTK 493/1) ilişkin olup, bu halde “*devir için gereken onayın verilmemesi durumunda payların mülkiyeti ve paylara bağlı hakların devredende kalması*”dır⁷⁶.

Payların, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde ise, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer (TTK 494/2). Burada iki aşamalı bir geçiş süreciyle payların mülkiyetinin ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin hakların derhal; GK’a katılma ve oy haklarının ise ancak şirketin onayı ile devralana geçmesi öngörülmüştür.

Şirketin devre onay vermemesi seçeneği, payları iktisap eden kişiye, payları gerçek değeri ile devralmayı önermesi kaydıyla geçerlidir. Şirketin böyle bir öneriyi getirmesi ve payları gerçek değerinden kendisinin satın alması durumunda, mülkiyetin ve paya ilişkin malvarlığı haklarının geçişi ile şirketin önerisi ve satın alması arasında geçen dönemde mül-

⁷⁵ Şirketin kendi paylarını iktisabı, şirket açısından istenmeyen bir durumdur. TTK m. 379-389 arasında kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul etmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

⁷⁶ Kanunda “devredende” denilmiştir. Kanaatimizce “devretmek isteyende” denilmesi daha isabetli olur idi.

kiyete bağı haklar iktisap eden tarafından kullanılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, TTK m. 389 hükmüdür. Buna göre şirketin bedelli iktisap ettiği kendi payları pay sahipliği hakkı vermez. Dolayısıyla şirketin bu payları en kısa zamanda ve her halde iktisaptan itibaren üç yıl içinde elden çıkarması gerekir (TTK m. 384).

Şirket, onaya ilişkin istemi, istemi aldığı tarihten itibaren üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa onay verilmiş sayılacaktır (TTK m. 494/3). “Reddin haksız olması” durumunda buna ilişkin kararın, devreden tarafından mahkemeye yapılan bir başvuru ile haksız olduğu gerekçesiyle hükümsüzlüğüne karar verilmesi mümkündür⁷⁷. Burada kanaatimizce mahkemece, esas sözleşmede yazılan ret sebepleri dikkate alınmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu m. 494/1, nama yazılı pay senedinin devrinde, kıymetli evraka mahsus devredilebilirlik ilkesine önemli bir istisna getirmiştir⁷⁸. Normal koşullarda nama yazılı bir payın devrinde ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ile devir işlemi tamamlanırken burada devir onayla tamamlanmaktadır. Bu durumda devre onay verilmemesi halinde nama yazılı pay senedinin devri de geçersiz olacaktır. Öğretide bu husus birlik teorisi olarak tanımlanmıştır⁷⁹.

3.4.4. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri

Türk Ticaret Kanunu m. 495 ila 498. maddelerinde borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrine ilişkin hususlar düzenlenmiştir⁸⁰.

3.4.4.1. Ret Sebepleri

Türk Ticaret Kanunu m. 495’de borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde ret sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre;

⁷⁷ Narbay, s. 231.

⁷⁸ Karahan, s. 15.

⁷⁹ Karahan, s. 17; Narbay, s. 230; Sevi s. 284.

⁸⁰ Kaynak İsv.BK m. 658d-g.

a) Esas sözleşmeyle belirlenen üst sınırın aşılması halinde ret

Borsaya kote edilen nama yazılı payların iktisabı durumunda, kote edilmeyen paylara göre şirketin söz konusu payların iktisabına müdahalesi daha sınırlıdır. Şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas sözleşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedebilir (TTK m. 495/1). Görüldüğü gibi, anonim ortaklık esas sözleşmesinde sermayenin belli bir oranının daha üstünde iktisabın gerçekleşmesi durumunda ortaklığın, iktisap eden kişiyi pay sahibi olarak tanımayı reddetmesi söz konusu olabilecektir. Düzenlemenin lafzına bakıldığında, m. 493'deki ret sebeplerinden farklı bir durum ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Burada, payın devrine onay değil pay sahipliğinin tanınmasının reddi şeklinde farklı bir işlem söz konusudur. Burada devre onay verilmesi değil; merkezi kayıt kuruluşunca bildirilen ve esas sözleşmede öngörülen kotayı aşan devirlerin ortaklıkça tanınmaması veya borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde payların “oy hakkından yoksun pay sahibi” olarak devralan adına pay defterine yazılması (TTK 497/3), ancak ortaklık devri tanımazsa devralanın pay defterinden silinmesi” söz konusudur⁸¹.

Şirketin, borsaya kote edilmiş payların devrinde bu tür bir sınırlama getirmesinin amacı esas olarak büyük pay alımlarıyla şirketin dışarıdan birileri tarafından kontrolünün ele geçirilmesinin önlenmesi olabilir⁸².

b) Pay defterine kaydın reddi

Borsaya kote edilen payların iktisabında da, tıpkı kote edilmemiş nama yazılı paylarda olduğu gibi (TTK m.493/3) şirket tarafından istemde bulunmasına rağmen devralanın, payları kendi ad ve hesabına

⁸¹ Narbay, s. 232.

⁸² Gerekçe m. 495/3'de hükmün yabancılaşmaya engel olmayı amaçladığı belirtilmektedir.

aldığını açıkça beyan etmemesi durumunda şirketin payların pay defterine kaydını reddedebileceğine yer verilmiştir (TTK m. 495/2).

3.4.4.2. Borsaya kote edilen nama yazılı payların miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri hâllerinde, devralanın pay sahibi sıfatını almasının reddedilememesi

Kanun'da, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların sözleşme dışındaki diğer devren iktisap hallerinde, kote edilmemiş nama yazılı payların devrinden farklı olarak şirketin, devralanın pay sahipliği sıfatını almasını reddedemeyeceğini hükme bağlanmıştır (TTK m.495/3).

3.4.4.3. Borsaya Kote edilmiş Nama Yazılı Payların (Pay Senetlerinin) İktisabının Sonuçları

TTK m. 497'de borsaya kote edilen nama yazılı payların sonuçları düzenlenmiştir. Kısaca özetlemek gerekirse, bu payların borsada iktisap edilmeleri durumunda paylardan kaynaklanan haklar da devralan geçmekte, borsa dışında iktisap edilmeleri durumunda ise paysahipliğinin sıfatının tanınması için devralan tarafından şirkete başvuruya geçer. Bu paylardan kaynaklanan haklar, şirketin tanınmasıyla kullanılabilir.

Şirket, borsaya kote edilen payları devralanın, pay sahibi olarak tanınması istemini, istemi aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde reddetmezse devralan, pay sahibi olarak tanınmış sayılır (TTK m. 498).

II. LİMİTED ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE PAYININ DEVRİ

1. Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı

Limited ortaklıkta pay kavramı anonim ortaklıktaki ile aynı anlamı taşımamaktadır. Nitekim TTK'nun Gerekçesinde anonim ortaklıklar ile limited ortaklıklardaki pay kavramlarının farklı değerlendirilmesi

gerektiği açık olarak belirtilmiştir⁸³. Limited ortaklıkta pay yerine “esas sermaye payı” terimi kullanılmaktadır. Öte yandan ortaklık sıfatı ile esas sermaye payı arasındaki ilişki, anonim ortaklıkta pay sahipliği ile pay arasındaki ilişkiden daha yoğundur⁸⁴. Limited ortaklıkta esas sermaye, esas sermaye paylarına bölünmekle birlikte bu bölünme, ortağın taahhüt ettiği sermaye tutarının gösterilmesi ve ortaklık haklarının belirlenmesi amacını taşımaktadır.

Limited ortaklıkta ortaklar taahhüt ettikleri esas sermaye payını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler (TTK m. 573/2)⁸⁵. TTK m. 585/1’de, esas sermaye pay bedellerinin ödenmemesi durumunda anonim ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

2. Genel Olarak Esas Sermaye Payının Devri

Limited ortaklık hükümlerinde, esas sermaye payının serbestçe devredilebilirliğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bazı yazarlar, limited

⁸³ Gerekçe m. 576/2: “Esas sermaye payının sayısının ve itibari değerinin belirtilmesi gereği bu payı anonim şirket payına ne ödeş kılmakta ne de yaklaştırmaktadır.” Anonim ve limited şirket payları arasında “serbest devir”in kabulü ve reddi yönünden dogmatik değil teorik fark vardır. Bu fark nitelik farkıdır”. Gerekçe Madde 583 – Birinci fıkra: Limited şirkette, “itibari değer”, anonim şirketteki itibari değerden hem teorik hem de dogmatik düzen yönünden farklıdır. Anonim şirkette itibari değer, gerçek anlamda paylara bölünmüşlüğü gereği olarak sermayenin serbestçe devredilebilen, hak kaynağı işlevini haiz, bağımsız bir birimini oluştururken; limited şirkette pay bir taraftan konulan sermayeyi gösteren ve bazı hesabı işlemlere temel oluşturan diğer paylarla eşit olması zorunlu bulunmayan esas sermayenin bir parçasını oluşturur. Anonim şirkette sermaye paylara bölünmüştür, limited şirkette ise esas sermaye payı, bazı hakların belirlenebilmesi ve kullanılabilmesi amacıyla hesabi olarak bölünür. Payın hesaben bölünmesi, payın verdiği oy hakkının hesaplanmasına ve temettünün belirlenmesine ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin uygulanmasına hizmet eder. Diğer yandan, “bir ortak=bir pay” kuralının belirli bir yararı bulunmamakta, aksine, payın kısmi devrinde bölünme gibi güçlükler yol açmaktadır.

⁸⁴ Demirkapı, s. 58.

⁸⁵ Anonim ve limited ortaklıklarda pay sahipliği ve ortaklık yükümlülükleri birçok bakımdan benzerdir. Bununla birlikte, limited ortaklıkta ortakların, şirketin kamu borçlarından sorumluluğu mevcuttur. Her ne kadar TTK m.573/2’de limited ortaklıkta ortakların şirket borçlarında sorumlu olmadıkları ifade edilmiş ise de, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsiline İlişkin Kanun m.35’de “Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, limited şirket ortaklarının, şirketin özel hukuktan kaynaklanan borçlarından sorumlu olmayacaklarını belirtmek daha doğru olacaktır.

ortaklıkta esas sermaye payının devrinin istisnai olduğunu ileri sürmüştür⁸⁶. Limited ortaklıkta, esas sermaye payının devrine GK tarafından onay verilmesi (TTK m. 595/2), GK'un sebep göstermeksizin onayı reddedebilmesi (TTK m. 595/3) ve şirket sözleşmesiyle esas sermaye payının devrinin yasaklanabilmesi (TTK m. 595/4) gibi düzenlemeler, esas sermaye payının devrinin serbestisi ilkesinin bu ortaklık türünde anonim ortaklığa göre daha kısıtlı uygulanabileceğini göstermekle birlikte söz konusu kısıtlamaların şirket sözleşmesiyle kaldırılabilmesi ya da GK iradesine bırakılması, kanun koyucunun bu konuya müdahale etmek istemediğini göstermektedir⁸⁷.

Limited ortaklıkta esas sermaye payının devri ile anonim ortaklıkta payın devrine ilişkin bağlam kuralları karşılaştırıldığında aralarında farklılıklar olduğu görülecektir. Bu farklılıkların temelinde, limited ortaklıkların, sermaye şirketleri arasında sayılmakla birlikte, şahıs şirketi unsurlarını da barındırması⁸⁸ dolayısıyla esas sermaye payının devri hususunda daha sıkı kurallar getirildiği düşünülebilir⁸⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklık ile limited ortaklıkta payın devrine ilişkin bağlam kurallarının düzenlenişi de farklıdır. İlk fark, anonim ortaklıkta pay devrine onayın şirket yani YK tarafından (TTK m. 491), limited ortaklıkta ise ortaklar genel kurulu tarafından verilmesidir (TTK m.595/2). Kanun koyucu, limited ortaklıkta onayın, müdür ya da müdürler kurulunun değil; ortaklar genel kurulunca verileceğini belirtmiştir. Böylece pay devri yöneticilerin iradesine değil, ortakların iradesine bırakılmıştır. İkinci fark ise, anonim ortaklıkta YK'nun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkilerini düzenleyen m. 375'de pay devrine onay yer almamakta; buna karşılık limited ortaklıkta pay devrine onay yetkisinin ortaklar genel kurulunun devredilmez görev ve yetkileri arasında olduğu görülmektedir (TTK m. 616/1 g). Kanun koyucunun

⁸⁶ Bkz. Sevi s. 53.

⁸⁷ Tekinalp, s. 482 (Yeni Hukuk); Pulaşlı limited ortaklıkta da serbest devir ilkesinin varlığını ileri sürmüştür. Bkz. Pulaşlı, C. II, s. 2032 (Şerh).

⁸⁸ Pulaşlı, c.II, s.2033 (Şerh)

⁸⁹ Eski Kanun'a göre payın devrine ait kurallar daha yumuşaktır. Bkz. Tekinalp s. 482 (Yeni Hukuk).

bu düzenlemesiyle, pay devrinin yönetici konumundaki müdüre veya müdürler kuruluna bırakılmasının önü kapanmıştır. Limited ortaklıkta da anonim ortaklıkta olduğu gibi bedeli tümüyle ödenmemiş payların devri için onaya ihtiyaç vardır (TTK m. 585). Aşağıda, limited ortaklıkta kanuni bağlam ve ortaklar genel kurulu kararı ile pay devrinin yasaklanması konuları ele alınmıştır.

2.1. Kanuni Bağlam: Aksi Şirket Sözleşmesinde Öngörülmemişse Ortaklar Genel Kurulunun Esas sermaye Payının Devrine Onay Zorunluluğu

Limited ortaklıkta esas sermaye payının devrine ilişkin olarak anonim ortaklıktaki payın devrinden farklı düzenlemeler getirilmiştir. Her şeyden önce limited ortaklıkta esas sermaye payının devrinde, **aksi şirket sözleşmesinde düzenlenmemiş ise, ortaklar genel kurulunun onayı gerekir** (TTK m. 595/2)⁹⁰. Burada **onay kurucu işleve sahiptir** (TTK m. 595/2 son c.). Aranan karar nisabı, TTK m. 620 hükmüne göre şirket sözleşmesinde daha ağır bir nisap öngörülmemişse, GK'da mevcut oyların çoğunluğudur. Görüldüğü gibi devre onay GK tarafından alınacak bir karar ile gerçekleşmektedir⁹¹. Bununla birlikte esas sermaye payının devrine GK onayı, emredici nitelikte olmayıp şirket sözleşmesi ile kaldırılabilir gibi ortaklar GK kararı ile esas sermaye payının pay devrinin sınırlandırılması, yasaklanması veya kolaylaştırılması da öngörülebilir (TTK m. 621/1c)⁹².

Türk Ticaret Kanunu'ndaki "şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse ortaklar genel kurulu sebep göstermeksizin onay vermeyi reddedebilir" (m. 595/3) şeklindeki düzenleme ile ortaklar genel kuruluna, payın devrini haklı bir sebep göstermeksizin reddetme hakkı verilmiştir. Bu noktada, limited ortaklığın sermaye şirketi niteliğinin zedelendiği söylenebilir. Ancak kanun koyucu bu konuda da şirket sözleş-

⁹⁰ Pulaşlı, C. II, s. 2033 (Şerh).

⁹¹ Demirkapı, s. 307 vd.

⁹² Bu konularda karar nisabı, oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunmasıdır. (TTK m. 621/1).

mesine farklı düzenlemeler konulabileceğini de öngörmüştür. Burada vurgulanması gereken bir başka husus ise, GK'un pay devrine onay vermeyi reddetmesi halinde ortağın haklı sebeple şirketten çıkma hakkının saklı tutulmasıdır (TTK m. 595/5)⁹³.

2.2. Türk Ticaret Kanunu m. 585 Hükmü ile Yapılan Atıf Gereği Kanuni Bağlam

Türk Ticaret Kanunu m. 585'de “... bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususunda anonim şirket hükümleri kıyasen uygulanır” hükmü uyarınca bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrinde TTK m. 491/2'de öngörülen “bedelleri tamamen ödenmemiş nama yazılı payların ancak şirketin onayı ile devrolunabileceği” hükmü limited ortaklıkta esas sermaye payının devrinde ayrıca uygulanacak bir bağlam kuralı olmalıdır⁹⁴. Bir başka deyişle limited ortaklıkta TTK m. 595 hükmü ile getirilen bağlamın yanı sıra pay bedellerinin tamamen ödenmemesi durumunda, şirket sözleşmesiyle devre onayın zorunlu tutulmadığı halde dahi payın devri için ortaklar GK onayı zorunlu olacaktır. Öte yandan ortaklar GK, bu onayı sadece devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemiş ise reddedebilir. (Kıyasen atıf gereği TTK m. 491/2 hükmünde düzenlendiği şekilde).

2.3. Esas sermaye Payının Devrinin Şirket Sözleşmesiyle Yasaklanabilmesi

Limited ortaklıkta esas sermaye payının devrine dair en ağır hüküm “şirket sözleşmesiyle sermaye payının devrinin yasaklanabileceği” sek-

⁹³ Limited ortaklıkta, anonim ortaklıktan farklı olarak ortağın şirketten çıkma ve çıkarılması düzenlenmiştir (TTK m.638). Bu bağlamda, her ortak, haklı sebeplerin varlığı halinde şirkette çıkmasına karar verilmesi için mahkemeye başvurabilir (TTK m. 638/2).

⁹⁴ TTK m.585'de, anonim ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yazılıdır. Anonim ortaklıkta pay bedellerinin ödenmemesi durumunda nama yazılı payın devri için şirket onayı zorunlu tutulmuştur (TTK m.491/1). Eğer doğrudan atıf yapılmış olsaydı, limited ortaklıkta sadece nama yazılı payların devrinde bu sınırlama dikkate alınırdı. Ancak kıyasen uygulanacağı belirtildiği için limited ortaklık bakımından geçerli ve gerekli olduğu ölçüde uygulanmalıdır. Bu bağlamda kanaatimizce limited ortaklık bakımından bu bağlam sadece nama yazılı pay senetleriyle değil; senede bağlanmamış payın ya da ispat şeklinde çıkarılan pay senetleriyle payın devrinde de geçerli olmalıdır.

lindeki düzenlemedir (TTK m. 595/4). Kanaatimizce bu düzenleme, limited ortaklığı, sermaye ortaklığı olma niteliğinden uzaklaştırmaktadır. Her şeyden önce esas sermaye payının devrinin yasaklanmasını öngören sözleşme hükmüyle, limited ortaklık daha ziyade şahıs ortaklığına yaklaştırılmaktadır.

2.4.Ortaklar Genel Kurulunun Bazı Hallerde Onay Vermeyi Reddedebilmesi

Kanun koyucu, yukarıda sayılan sınırlama ve yasaklama sebeplerine ilave olarak ortaklar genel kuruluna bir başka yetki daha tanımış ve “şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülüğünün öngörülmesi halinde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, şirket sözleşmesinde hüküm olmasa bile onay vermeyi reddedebileceğini” belirtmiştir (TTK m. 595/6). Bu düzenleme TTK m. 491/2 hükmünü hatırlatmaktadır. Buna göre, anonim ortaklıkta bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinde, devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli görülmesi halinde şirketçe istenen teminatın verilmemesi durumunda devrin reddi öngörülmektedir. Limited ortaklıkta, anonim ortaklıktan farklı olarak, limited ortaklığa özgü bir hüküm olan ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi halinde söz konusu devralanın ödeme gücü dikkate alınacaktır. Öte yandan, aşağıda da görüleceği gibi limited ortaklıkta esas sermaye paylarının bedellerinin ödenmemesi durumunda bu senetlerin devrinde de anonim ortaklık hükümlerine atıfta bulunulmuştur.

2.5. Zımni Kabul: Sessiz Kalınması Durumunda Üç Ay İçinde Onay Verildiğinin Kabulü

Limited ortaklıkta esas sermaye payının devrine onay için şirkete başvurudan itibaren üç ay içinde ortaklar genel kurulu tarafından ret cevabının gelmemesi durumunda onay verildiği kabul edilecektir (TTK m. 597/7)⁹⁵. Bu madde, anonim ortaklıkta borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrini düzenleyen TTK m. 494/3 hükmü ile aynı

⁹⁵ Demirkapı bunu zımni onay olarak nitelendirmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 328.

biçimde düzenlenmiştir (Her ikisinde de üç aylık süre öngörülmüştür). Burada amaç, ortaklar GK'nun keyfi davranışını ya da sürüncemede bırakmasını önlemektir.

2.6. Esas Sermaye Payının Devrinde Uygulanacak Usul

2.6.1. Devir Sözleşmesi ve İmzaların Noterden Onaylatılması

Türk Ticaret Kanunu m. 595/1'e göre "*esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı biçimde yapılır ve tarafların imzaları noterce onaylanır. Ayrıca devir sözleşmesinde... belirtilir*".

Hükümde, limited ortaklıkta esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran sözleşmelerin yazılı biçimde yapılacağı ve tarafların imzalarının noterce onaylanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm emredici niteliktedir.

İlgili maddede devir sözleşmesinin neleri içermesi gerektiği de yazılmıştır. Buna göre devir sözleşmesinde;

- a) Ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri,
- b) Ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde rekabet ya-sağı,
- c) Önerilmeye muhatap olma,
- d) Önalım, geri alım ve alım hakları,
- e) Sözleşme cezasının koşulları yer almalıdır.

Düzenlemede, devir sözleşmesinin taraflarca imzalanmasını mü-teakip imzaların noterce onaylanması koşulu da getirilmiştir. Yazılı bir devir sözleşmesi yapılması ve noter tarafından imzaların onaylanması

sözleşmenin geçerlilik koşullarıdır⁹⁶.

2.6.2. Ortaklar Genel Kuruluna Onay İçin Sunulması

Şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse devir sözleşmesinin onay için GK'a sunulması gerekir (TTK m. 595/2). Diğer bir deyişle taraflar aralarında bir devir sözleşmesi yaptıktan sonra, devrin şirket bakımından geçerli olabilmesi için GK tarafından onaylanması gerekir⁹⁷ Sözleşme, GK tarafından onaylanana kadar askıdadır⁹⁸. Ortaklar GK, sözleşmeyi onaylayabilir veya reddedebilir. **Onay, pay devri için kurucu niteliktedir** (TTK m. 595/2 son c.)⁹⁹. Bununla birlikte devre onay emredici değildir. Şirket sözleşmesiyle onay zorunluluğu kaldırılabilir gibi devrin sınırlandırılması hususunda farklı düzenlemeler de öngörülebilir (TTK m.577/1a).

Genel kurulun devri reddetmesi durumunda, şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme yapılmamışsa ret sebeplerini göstermek zorunda değildir. Şirket sözleşmesinde, pay devrinin reddi durumunda ret sebeplerinin bildirilmesi zorunlu tutulmuşsa bu durumda ret kararıyla birlikte sebeplerini de devreden tarafa bildirmelidir. Öte yandan başvurudan itibaren üç ay içinde başvuru GK tarafından reddedilmediği takdirde devir için onay verilmiş sayılır (TTK m.595/3).

2.6.3. Ticaret Siciline Tescil

Esas sermaye paylarının geçişlerinin tescili için şirket müdürlerince ticaret siciline başvuruda bulunulur (TTK m. 598/1). Tescil kurucu de-

⁹⁶ TBK m. 12/2 gereği Kanun'da sözleşmeler için öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şeklidir. Aynı yönde görüş için bkz. Kaya, Mustafa İsmail: Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devir Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-mustafaismailkaya-2.htm&query=payin%20devri#fm> (14.11.2014)

⁹⁷ Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Ticaret Hukuku Dersleri, Dora Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2012, s. 661.

⁹⁸ Bkz Gerekçe m. 595/2.

⁹⁹ İsv. BK m.787'de "Esas sermaye payının devri GK'un onayıyla hukuken hüküm ifade eder" şeklinde düzenlenmiştir.

ğil açıklayıcı niteliktedir¹⁰⁰. Bununla birlikte tescil zorunludur¹⁰¹.

Tescil için başvurunun otuz gün içinde yapılmaması hâlinde, ayrılan ortak, adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Bunun üzerine sicil müdürü, şirkete, iktisap edenin adının bildirilmesi için süre verir (TTK m. 598/2). Öte yandan sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur (TTK m. 598/3).

2.6.4. Pay Defterine Kayıt

Tescilden sonraki adım, şirket müdürü tarafından tutulan pay defterine payın yeni sahibinin kaydedilmesi ve eski sahibinin silinmesi işlemidir. TTK m. 594’de düzenlenen pay defterine, esas sermaye paylarının devri kaydedilir. Kayıt, devrin gerçekleşmesi için zorunlu olmayıp saydamlığı sağlar¹⁰². Diğer bir deyişle pay defterine kayıt işlemi açıklayıcı niteliktedir¹⁰³.

3. İspat Şeklinde veya Nama Yazılı Pay Senetlerine Bağlanan Esas Sermaye Payının Devri

3.1. Genel Olarak

Pay senetleri konusunda, eski Kanun döneminde limited ortaklık-

¹⁰⁰ Tekinalp, s. 484 (Yeni Hukuk), Pulaşlı, C.II,s.2014 (Şerh).

¹⁰¹ Tescilin bir başka işlevi de, 6183 sayılı Kanun’un 35.maddesindeki düzenlemeyle ilişkilidir. Buna göre “Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar.(Ek fıkra: 4.6.2008-5766/3 md.) Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur: (Ek fıkra: 4.6.2008-5766/3 md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur”. Görüldüğü gibi, limited ortaklıkta payın devri, sadece ortaklık hakları ve yükümlülüklerine ilişkin TTK’daki düzenlemelerle değil aynı zamanda 6183 S.K.’daki düzenlemeyle de yakından ilişkilidir. Ortaklığın kamu borçlarının tahsili için hem devreden hem de devralan ortağın sorumluluğu, pay devrinin ticaret siciline tescilinin önemini artırmaktadır.

¹⁰² Tekinalp, s. 484 (Yeni Hukuk). Tekinalp’e göre, anonim ortaklıktan farklı olarak pay defterine kaydedilmemiş bile olsa devralan, devir sözleşmesine dayanarak ortaklık haklarını kullanabilir.

¹⁰³ Pulaşlı, C.II, s.2043 (Şerh).

ların pay senedi çıkaramayacağı (ETTK m. 503/2) bununla birlikte, kıymetli evrak niteliği taşımaksızın sadece bir ispat vasıtası olarak senet çıkarılabileceği hükme bağlanmıştı (ETTK m. 518/3: *Pay hakkında tanzim edilecek senetler kıymetli evrak vasfını haiz olmayıp sadece bir ispat vasıtası sayılırlar*). Bu senetlerin başkasına devri de mümkün değildi¹⁰⁴.

Eski Kanun döneminde limited ortaklıkta pay senedi çıkarılması uygulamada karşılık bulmamıştı. Yeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin bu değişmemiştir ve halen dahi limited ortaklıklar pay senetleri çıkarmamaktadır. Uygulamada limited ortaklıkların esas sermaye payı karşılığı senet çıkardığına rastlanmamaktadır¹⁰⁵. Limited ortaklıkların ETTK'a kıyasla daha az olmakla birlikte şahıs şirketi unsurlarını barındırdığı dikkate alındığında ortakların pay senedi çıkarma konusunda istekli davranmayacakları sonucuna ulaşılabilir.

Limited ortaklıkta pay senedi çıkarılması uygulamada görülmeyen bir durum olmakla birlikte yeni TTK ile limited ortaklıklarda hem ispat aracı olarak hem de nama yazılı pay senedi çıkarılabileceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 593/2)¹⁰⁶. Böylece teorik olarak limited ortaklıkta payların tümünün nama yazılı senede bağlanabilmesi mümkün kılınmıştır.

Kanun koyucu, ister ispat aracı ister nama yazılı olsun pay senedi çıkarılması durumunda senet üzerine yazılması gereken hususları da Kanun'da düzenlemiştir. Buna göre senet üzerinde;

a) *Ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin,*

b) *Ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş rekabet yasağının ve*

¹⁰⁴ Çevik, Orhan Nuri: Limitet Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2003, s. 215.

¹⁰⁵ Şener, s. 646.

¹⁰⁶ Hükümde " ... düzenlenir" şeklinde yer almıştır. Bunun "düzenlenebilir" olarak anlaşılması gerekir. Bkz. Pulaşlı, C.II, s. 2008 (Şerh). Kaynak İBK m. 784: 1. Esas sermaye payı için senet çıkarıldığında bu ya ispat amaçlı ya da nama yazılı pay senedi şeklinde çıkarılabilir 2. Esas sözleşmede ortaklara tanınan hak ve yükümlülüklerin aynıysa senede yazılı olmalıdır.

c) Şirket sözleşmesinde öngörölmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının, açıkça belirtilmesi gereklidir (TTK m. 593/2).

Limited ortaklığın çıkardığı pay senetlerinde yukarıda belirtilen hususlar yazılı değilse söz konusu pay senetleri geçersizdir¹⁰⁷.

3.2. İspat Şeklinde Pay Senetlerine Bağlanan Esas Sermaye Payının Devri

Limited ortaklıkta bir ispat vasıtası olarak çıkarılan pay senedinin ispat aracı olmak dışında bir işlevi olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Eski düzenlemede de aynı husus mevcuttu. Bu nedenle ispat şeklinde senet çıkarılmasının sermaye payının devrine hiçbir etkisi yoktur. Tekinalp, esas sermaye payının ispat aracı şeklinde senede bağlanmasını, “*senedi nama veya eksik nama yazılı olma, ibraz zorunluluğu öngörme gibi herhangı bir kıymetli evrak kaydını içermeyen yazılı hale gelmesi*” olarak ifade etmiştir¹⁰⁸. Limited ortaklıkta payın ispat amaçlı olarak senede bağlanması devrine hiçbir etki yaratmaz, sadece bir ispat işlevi görür.

3.3. Nama Yazılı Senede Bağlanan Esas Sermaye Payının Devri

Limited ortaklıkta esas sermaye payının payın “**nama yazılı senede bağlanabileceği**” şeklindeki düzenleme ise, klasik anlamda nama yazılı pay senetlerinin bir kıymetli evrak çeşidi olması nedeniyle bu senetlerin kıymetli evrak niteliği konusunda bir tartışmaya neden olmuştur. Bu tartışmalara geçmeden önce limited ortaklıkta pay senedi çıkarılmasını öngören TTK m. 593/2 fıkrasının gerekçesinde şöyle denilmiştir: *Tasarı bir yenilik getirmekte, esas sermaye payının ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine olanak tanımaktadır. Esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılması, paya devir ve dolayısıyla*

¹⁰⁷ Tekinalp, s. 480 (Yeni Hukuk). Demirkapı, senede yazılacak hususlarla ilgili olarak sayma yönteminin kullanılmasını eleştirmiş İsv. BK.’da ortağın sözleşmesel hak ve sorumluluklarının genel olarak senet üzerinde yer almasının yeterli görüldüğünü belirtmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 42.

¹⁰⁸ Tekinalp, s. 480 (Yeni Hukuk).

dolaşım kolaylığı sağlamaz; Tasarının 595 ve devamı maddelerindeki hükümleri gene geçerli olmaya devam eder ve uygulanır; kanunî bağlam varlığını aynen sürdürür. Bu olanak, limited şirket esas sermaye payını ne anonim şirket payına dönüştürür ne de yaklaştırır. Sadece ispatı ve **gereğinde** (limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde) **payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabilir.** İkinci fıkra uyarınca nama yazılı senede yazılması zorunlu olan hususlar bu senedin şirket sözleşmesine bağlılığını açıkça göstermektedir. İsviçre Tasarısından alınan söz konusu hüküm, hâkim İsviçre öğretisinin görüşünü yansıtmakta¹⁰⁹ ve pay defterinin, ortakla ilgili kısmının ortağın elindeki senede yansıtılmasını sağlamaktadır. Ayrıca nama yazılı senet basit kıymetli evrak kaydını içerdiği için, ortaklığının bu senetle ileri sürülmesini ortaktan istemek hakkını şirkete vermektedir.

Gerekçede şu hususlar dikkati çekmektedir:

1) Nama yazılı pay senedi çıkarılması bir yeniliktir¹¹⁰. Ancak bu yenilik yani nama yazılı pay senedinin çıkarılması, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamaz.

2) Esas sermaye payının, nama yazılı pay senedine bağlanması onu AO payına dönüştürmeyeceği gibi ona yaklaştırmamaktadır.

3) Nama yazılı senet, basit kıymetli evrak kaydını içermesi nedeniyle, şirketin ortaktan, ortaklık haklarının bu senetle ileri sürülmesini isteme hakkı doğar.

Görüldüğü gibi Gerekçe'deki bazı belirsizlikler yer almaktadır¹¹¹.

¹⁰⁹ İsv.BK m. 784'ün gerekçesinde, payların ispat vasıtası ya da nama yazılı çıkarılabileceği, bunların sermaye piyasasında bir menkul kıymet gibi kullanılamayacağı, genel olarak pay devrinin GK onayına tabi olduğu, ek ödeme, bağlılık ve rekabet yasağı gibi hususların bu senetlere yazılabileceği, haklardan yararlanma için senedin ibraz edilmesi gerektiği hususları yer almıştır.

¹¹⁰ Demirkapı, aslında bunun bir yenilik olmadığını, 1926 tarihli TTK m.508/1'de "Şürekânın hisselerini mübeyyin vesaik, nama muharrer olduğu gibi ..." şeklinde pay senetlerinin nama yazılı olarak düzenlenebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Demirkapı, Ertan: Limited Ortaklık Payının Devri, Dokuz Eylül Ü.Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk A.B.D. Doktora Tezi, İzmir, 2008, s. 41.

¹¹¹ Karahan, Sami (Arı, Zekeriyya/Bozgeyik, Hayri/Saraç, Tahir/Ünal, Mücahit): Kıymetli Evrak Hukuku, 1.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s.59 (Kıymetli Evrak).

Tasarının bir yenilik getirdiği belirtilmekle birlikte, bu yeniliğin ne olduğu tam olarak ifade edilmemektedir. Limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı pay senetlerinin paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamadığı belirtilmektedir¹¹². Bu durumda nama yazılı senetlerin ne amaçla çıkarıldığı da belirsizdir. Gerekçede söz edilen “basit kıymetli evrak kaydı” öğretide, borçlunun senet ibraz edilmedikçe ödememe taahhüdü olarak ifade edilmektedir¹¹³. Böylece, kanun, usulüne uygun olarak payı devralan kişinin, ortaklığın talebi halinde, ortaklık haklarını kullanabilmek için senedi ibraz yükümlülüğünü öngörmüştür. Yani limited ortaklık, nama yazılı senet çıkarılması durumunda, ortaklık haklarının kullanılabilmesi için senedin ibrazını talep edebilir¹¹⁴. Bunun dışında kıymetli evrak olmanın senede tanıdığı diğer özelliklerden söz edilmemektedir.

TTK m. 595/1 hükmünde devir usulü konusunda şirket sözleşmesine bir gönderme yapılmamıştır. Dolayısıyla, gerek çıplak payın devri gerek senede bağlanmış payın devri konusunda uygulanacak usul aynıdır. Burada gizli kıyas yolu uygulanabilir mi? Limited ortaklık hükümlerinin önemli bir bölümünde AO hükümlerine doğrudan ya da kıyas yoluyla atıf yapılmıştır. Atıf yapılmayan bazı hususlarla ilgili olarak gizli kıyas yolunun uygulanabileceği düşünülmektedir¹¹⁵. Ancak bazı haller vardır ki kanun koyucu bu hallerde bilinçli olarak boşluk bırakmıştır ve gizli kıyas yolu da kapalıdır. Kanaatimizce limited ortaklıkta nama yazılı pay senetlerinin ciro yoluyla devri konusunda açık ya da gizli kıyas yoluyla anonim ortaklık hükümlerinin uygulanması mümkün görülmektedir. Bu nedenle nama yazılı pay senedine bağlanmış olsa bile esas sermaye payının devri için taraflara yazılı bir devir sözleşmesi yapma ve imzalarını noterden onaylatma zorunluluğu mevcuttur¹¹⁶.

¹¹² Bu husus bazı yazarlarca da ileri sürülmüştür. Bkz. Pulaşlı, s. 723 (Genel); Karahan, s. 59 (Kıymetli Evrak)..

¹¹³ Öztan, s. 17.

¹¹⁴ Demirkapı bu özelliğin daha çok ortaklık onayının kaldırılması durumunda geçerli olduğuna, ortaklık onayının zorunlu olduğu durumda bir anlamı olmayacağına işaret etmiştir. Bkz Demirkapı, s. 41.

¹¹⁵ Bkz. Turanlı, s. 33 (Kıyas).

¹¹⁶ Alman Limited Ortaklıklar Kanunu m. 15/3'de “Ortakların paylarının devri için yapılan sözleşme-

Yukarıda dile getirilen hususlar dikkate alındığında limited ortaklık tarafından çıkarılan nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği konusunda tartışma yaşandığı da anlaşılmaktadır¹¹⁷. Bir kısım yazarlar, bu senetlerin kıymetli evrak niteliği olduğunu, bir kısmı ise böyle bir nitelik taşımadığını ileri sürmektedir.

3.3.1. Limited Ortaklıkta Nama Yazılı Pay Senetlerinin Kıymetli Evrak Olmadığını Savunan Görüş

Limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olmadığı görüşü öğretide bir kısım yazarlarca savunulmaktadır¹¹⁸. Örneğin Pulaşlı, TTK m. 595/2'nin gerekçesinden yola çıkarak, limited ortaklıkta nama yazılı pay senetlerinin sadece ispat veya bazı kolaylıklar için çıkarılabileceğini, bunun ötesinde bir anlam veya işlev yüklemenin ne caiz ne de mümkün olduğunu savunmuştur¹¹⁹. Ülgen/Helvaci da aynı görüşü ileri sürmüştür¹²⁰.

Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nda da pay senetlerinin ispat vasıtası olarak çıkarılması öngörülmüş, ancak bunları kıymetli evrak olmadığı belirtilmiştir¹²¹.

nin noterden onaylanması zorunluluğu” getirilmiştir. M. 15/4'de ise “ *Ortakların pay devrini zorunlu kılan sözleşmenin de noterden onaylı olması ancak taraflar arasında pay devri sözleşmesinin 3.fıkradaki usule uygun olarak yapılması durumunda böyle bir sözleşmenin noterden onay zorunluluğu olmadığı* ” belirtilmiştir. M. 15/5'de ise “ *Şirket sözleşmesiyle, pay devrinin bazı şartlara, özellikle ortaklık onayına tabi tutulmasının kararlaştırılabileceği* ” de yazılmıştır. Pulaşlı, noter onayının “geçerli şartı” olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. Pulaşlı, C.II, s.2037 (Şerh).

¹¹⁷ Kıymetli evrak niteliği tartışmalı senetler konusunda bkz. Karahan, s. 51 vd.

¹¹⁸ Ülgen/Helvaci (Kendigelen, Arslan), s. 23; Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 17.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 34; Can, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 14; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2012, s. 13.

¹¹⁹ Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 2007-2028.

¹²⁰ Ülgen/Helvaci, s. 23.

¹²¹ Altgen, Christian: The Acquisition of GmbH Shares in Good Faith, German Law Journal, Vol.09, No.09, 2008, http://germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No09/PDF_Vol_09_No_09_1141-1154_Articles_Altgen.pdf (17.02.2015) s. 1143.

3.3.2. Limited Ortaklıkta Nama Yazılı Pay Senetlerinin Kıymetli Evrak Olduğunu Savunan Görüş

Öğretide Tekinalp başta olmak üzere bir kısım yazarlar limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı senetlerin kıymetli evrak olduğunu savunmaktadır¹²². Tekinalp, limited ortaklıkta payın nama yazılı senede bağlanması ile çift taraflı ibraz kaydına bağlanmış olacağını ve limited ortaklığın, bu senedi ibraz etmeyen kişiyi isterse pay defterine kaydetmeyeceğini belirtmiştir¹²³. Ona göre, nama yazılı senet esas işlevini, payın devrine GK onayının kaldırılması halinde gösterir. Limited ortaklıkta payın devrinde, GK onayı, şirket sözleşmesi ile kaldırılabilir. Bu durumda yeni şirket sözleşmesiyle payın devri için nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin teslimi ve pay defterine kayıt ile devrin tamamlanması öngörülebilir. Tekinalp TTK m. 577/1a hükmünün buna imkân sağladığını¹²⁴ ve bunun ötesinde pay defterine kayda kurucu nitelik verilebileceğini belirtmiştir¹²⁵. Böylece nama yazılı senet çıkarılması ile payın devrine hareket kazandırılacağını da ileri sürmüştür.

Kendigelen de, limited ortaklıkta nama yazılı payların kıymetli evrak niteliğini haiz olduğunu bununla birlikte esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanmasının bir yarar sağlamadığını belirtmiştir¹²⁶.

Şener ise nama yazılı pay senetleriyle ilgili olarak farklı bir görüş dile getirmiştir. Şener, limited şirketin çıkardığı nama yazılı senetlerin kanu-

¹²² Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 5; Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 341. Şener, limited şirketlerde çıkarılan nama yazılı pay senetlerinin gerçek anlamda nama yazılı senet olduğunu belirterek, kıymetli evrak olduğu görüşüne katılmıştır. Bkz. Şener, s. 646; Karahan, s. 59.

¹²³ Tekinalp, s. 480 (Yeni Hukuk).

¹²⁴ TTK m. 577/1 hükmüne göre “Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemeler şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde bağlayıcıdır”. Bu çerçevede, esas sözleşmede payın devrine dair Kanunda öngörülenden farklı düzenlemeler yer alabilir.

¹²⁵ Tekinalp, s. 481 (Yeni Hukuk).

¹²⁶ Kendigelen, s. 498. Yazara göre, esas sermaye payının nama yazılı kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmasının getireceği bir yarar yoktur.

nen nama yazılı senet değil gerçek anlamda nama yazılı senet olduğunu, bununla birlikte limited şirket ortağı adına çıkarılan nama yazılı senedin devrinde TTK m. 647 hükmü uyarınca devir beyanı ve zilyetliğin teslimiyle devir işleminin gerçekleşmiş sayılmayacağını, bu konuda TTK m. 595 hükmüne göre devir işleminin yapılması gerektiğini ileri sürmüştür¹²⁷. Şener'in görüşü esas alındığında, nama yazılı pay senedinin devrinde, Kanun'un öngördüğü biçimde yazılı devir sözleşmesi, noterden onay, sözleşmenin ortaklar GK tarafından onaylanması, ticaret siciline tescil ve pay defterine kayıt aşamalarının tamamlanması gerekecektir. Bu durumda gerçek nama yazılı senet olarak kabul edilse bile nama yazılı senedin kıymetli evrak niteliği kullanılmamış olacaktır.

Eski Türk Ticaret Kanunu'nda, limited ortaklıkların çıkaracağı pay senetlerinin kıymetli evrak vasfına sahip olmadığı açıkça düzenlenmişti (ETTK m. 518/3). Eski Kanun'daki bu düzenlemenin amacı, senedin kolayca dolaşımının engellenmesi idi¹²⁸. Yeni Kanun'da böyle bir hüküm de mevcut değildir. Diğer bir deyişle, nama yazılı senetlerin kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığına dair bir düzenleme yoktur. Nama yazılı senetlerin kıymetli evrak niteliğinin bulunmaması durumunda nama yazılı senedin çıkarılmasının ne gibi bir anlam taşıyacağı belirsiz kalacaktır¹²⁹. Öte yandan kanun hükümlerinin bütünlüğü bakımından nama yazılı senetlere farklı bölümlerde farklı anlamlar yüklenmesi de bütünlüğü bozucu bir yaklaşımdır. Dolayısıyla bu düzenlemeyi sadece bir ek imkân olarak düşünmek kanaatimizce isabetli değildir. Bunu bir reformist yaklaşımın parçası olarak düşünmek gerekir.

¹²⁷ Şener, s. 647. Bu çerçevede nama yazılı pay senetlerinin devri için TTK m. 595/1'de öngörülen yazılı devir sözleşmesi, imzaların noterce onayı ve aksi şirket sözleşmesinde öngörülmemişse ortaklar GK tarafından devrin onaylanması gerekecektir.

¹²⁸ Demirkapı, s. 34.

¹²⁹ Nitekim Moroğlu, yeni Kanunla ilgili değerlendirme ve düşüncelerinde, “eğer nama yazılı senedin kıymetli evrak özelliği olmayacak ise bu durumda iki kez nama yazılı senet yerine sadece ispat vasıtası olarak senet çıkarılabileceği belirtilmeliydi. Eğer kıymetli evrak ise bu durumda ayrıca ispat vasıtası olarak senet çıkarılması anlamsız olacaktır” şeklinde bir eleştiri getirmiştir. Bkz. Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara, 2006, s. 316 vd.

Limited ortaklığın nama yazılı pay senedi çıkarabilmesi önemli bir yeniliktir. Bu bağlamda, kıymetli evrak niteliğinin senede getirdiği temel iki özellikten biri, hak ile senedin sıkı sıkıya bağlılığı, hakkın senet olmaksızın ileri sürülememesi, senet olmaksızın hakkın talep edilemeyeceği ve senede devir imkânı sağlanması kanaatimizce limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı pay senetleri bakımından da geçerlidir. Bu nedenle nama yazılı pay senedi çıkarılması, en azından kıymetli evrak hukuku bağlamında nama yazılı senetlerin özelliklerinden yararlanılmasını sağlamalıdır.

Limited ortaklıkta çıkarılan nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği mevcuttur. Bununla birlikte bu niteliğin ne şekilde kullanılacağı yani nama yazılı pay senetlerinin devrinin ne şekilde yapılacağı konusunda Kanun'da bir düzenleme yoktur. Kanun koyucu, payın nama yazılı pay senedine bağlanması durumunda devir için ayrıca bir düzenleme yapma ihtiyacı görmemiştir. Nama yazılı pay senetlerinin devrinde AO hükümlerine de atıfta bulunmamıştır. Dolayısıyla karşımıza bir devir sorunu çıkmaktadır. Limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği kabul edilmiş olduğu durumda bu senetlere bağlanmış payın devrinde ne gibi bir usul uygulanacağı belirsizdir. Bu noktada TTK m.595'de düzenlenen devir usulü kanaatimizce emredicidir¹³⁰. Öte yandan TTK m.577/1a'daki "*esas sermaye paylarının devrinin sırlandırılmasına ilişkin kanun hükümlerinden ayrılan düzenlemelerdir*" hükmünden yola çıkarak şirket sözleşmesinde usule ilişkin farklı düzenlemeler öngörmek kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı senetlerin kıymetli evrak niteliğini kabul etmekle birlikte Kanun'da bu payların devrine ilişkin örneğin "ciro" ya da "devir beyanı" ile devir veyahut farklı bir düzenleme öngörülmediğinden ve TTK m.595 hükmünün emredici olması nedeniyle yine aynı hüküm çerçevesinde pay devri yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Sonuç olarak nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğini kabul etmekle birlikte mevcut düzenlemelere göre bunun devre bir kolaylık kazandırmadığını söyleyebiliriz.

¹³⁰ Pulaşlı, C.II, s.2036 (Şerh).

SONUÇ

Sermaye ortaklıklarında payın devri; ortaklığın gelişimi, canlılığı, sürekliliği ve ekonomik olarak güçlenmesi bakımından önemlidir. Senede bağlanmamış payların devrinde alacağın temlik hüükümlerine göre pay devri gerçekleştirilir. Bu çerçevede, anonim ortaklıklarda devreden ve devralan tarafından devir sözleşmesinin hazırlanması ve imzalanması, sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanması, esas sözleşmede öngörölüyor ise devrin şirket tarafından onaylanması ve pay defterine kayıt ile devir işlemi tamamlanmış olacaktır. Bu süreç oldukça zaman alıcıdır.

Payın senede bağlanması durumunda ise hamiline yazılı payların devrinde devir serbestisi söz konusu olup herhangi bir kısıtlama getirilemez. Hamiline yazılı payların devri için zilyetliği devrine ihtiyaç vardır.

Nama yazılı payların devrinde de kural olarak devir serbestisi geçerlidir. Bununla birlikte bedellerinin tamamı ödenmeyen nama yazılı payların devri için şirket onayına ihtiyaç vardır. Öte yandan nama yazılı payların devrinde, bedellerinin tamamı ödensin ya da ödenmesin esas sözleşme ile şirket onayının da öngöröllebileceği hükme bağlanmıştır. Nama yazılı payların devrinde devir işleminin gerçekleşmesi için pay senetlerinin ciro edilmesi ve zilyetliğin devri gereklidir. Devrin şirkete karşı hüküm taşıması için devralanın pay defterine kaydı zorunludur. Yeni TTK'da, eski düzenlemeden farklı olarak, anonim ortaklıkların esas sözleşmesinde payın hamiline pay senedine bağlanması yazılı ise tescil ve ilandan sonra üç ay içinde, nama yazılı pay senedine bağlanması yazılı ise azlığın istemi üzerine pay senetlerinin bastırılması hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin amacı, anonim ortaklıklarda payın senede bağlanmasını böylece devri işlemlerinin daha süratli ve kolay gerçekleşmesini sağlamaktır.

Limited ortaklıklarda da esas sermaye payının payın devrinde de alacağın temlik hüükümleri uygulanmaktadır. Tarafların devir

sözleşmelerini imzalamaları, noter tarafından imzaların onaylanması, aksi şirket sözleşmesinde düzenlenmemiş ise ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi, kararın tescili ve pay defterine kayıt gereklidir.

Limited ortaklıklarda, yeni düzenleme ile payın ispat amaçlı olarak senede bağlanması yanı sıra nama yazılı pay senedi çıkarılabilmesi de öngörülmüştür. İspat amaçlı çıkarılan pay senetlerinin ispat vasfı dışında bir özelliği yoktur. Bu nedenle devir usulünde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Buna karşılık, esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanması durumunda devir işlemlerinin ne şekilde olacağı konusunda Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Devirle ilgili olarak anonim ortaklık hükümlerine kıyas yoluyla başvurulması da mümkün değildir (Ciro yoluyla devir söz konusu olamaz). Bu durumda esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanmasının ne gibi bir kolaylık sağlayacağı açık değildir. Nama yazılı senetlerin genel olarak bir kıymetli evrak türü olduğu dikkate alındığında limited ortaklıklarda çıkarılacak nama yazılı pay senetlerinin de kıymetli evrak niteliği kabul edilmelidir. Bu nedenle, esas sermaye payının nama yazılı pay senedine bağlanması konusunda özel düzenlemeye ihtiyaç vardır.

KISALTMALAR

APOK	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
BM	: Board of Members (Genel Kurul)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
GK	: Genel Kurul
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SPBKO	: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklık
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCC	: Turkish Commercial Code
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
YK	: Yönetim Kurulu
YTTK	: Yeni Türk Ticaret Kanunu

KAYNAKÇA

Altgen, Christian: “The Acquisition of GmbH Shares in Good Faith”, German Law Journal, Vol.09, No.09, 2008. http://germanlaw-journal.com/pdfs/Vol09No09/PDF_Vol_09_No_09_1141-1154_Articles_Altgen.pdf (17.02.2015).

Altaş, Soner: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK’ya Göre Yazılmış 7.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Kıymetli Evrak Hukuku, 3.Baskı, Bursa 2012. (Kıymetli Evrak)

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Ticaret Hukuku Dersleri, Dora Yayınları, 2.Baskı, Bursa 2012. (Ticaret)

Bozkurt, Tamer: Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 6.Baskı, XII Levha Yayınları, Ankara 2012.

Boztosun, Ayşe Odman: Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Can, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, 8.Baskı, Karahan Kitapevi, Adana 2014.

Çevik, Orhan Nuri: Limitet Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Ankara 2003.

Demirkapı, Ertan: Limited Ortaklık Payının Devri, Dokuz Eylül Ü.Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk A.B.D. Doktora Tezi, İzmir, 2008.

French Derek/W.**Mayson** Stephen/**Ryan**, Christopher: Company Law, 27. Edition, Oxford University Press, 2010.

Helvacı, Mehmet/Ülgen, Hüseyin/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 7. Basıdan 8. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013.(Kıymetli Evrak)

Karahan, Sami (**Arı**, Zekeriyya/**Bozgeyik**, Hayri/**Saraç**, Tahir/Ünal, Mücahit): Kıymetli Evrak Hukuku, 1.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2013.

Karahan, Sami (Editör)/Ünal, Mücahit: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınevi, Konya 2012.

Kaya, Mustafa İsmail: “Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devir Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu”, s.3. [http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-mustafais-mailkaya-2.htm&query=payin devri#fm](http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-mustafais-mailkaya-2.htm&query=payin%20devri#fm) (14.11.2014) .

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2.Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Özkorkut, Korkut: Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2013.

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

Narbay, Şafak: 6102 Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri” Erzincan Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI S.3-4 Aralık 2012.

Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 17.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2012.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (Yeni Bası).

Pulaşlı, Hasan: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Süleymanlı, Server: “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Bağlamın Neden Olduğu Sorunlara Çözüm Önerileri”.
[#fm](http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-serversuleymanli-1.htm&query=payindevri)
(14.11.2014).

Sevi, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Seçkin Kitapevi, Ankara 2014.

Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Yeni Hukuk).

Tekinalp, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Devir).

Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011 (Tek Kişilik).

Turanlı, Hüsnü: “Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2013, s.10-47.(Kıyas)

Turanlı, Hüsnü: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Gazi Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, S.1-2, s.939-960.(Hükümsüzlük)

Yıldız, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

AİHM’NİN DİN DERSLERİ VE DİNSEL SEMBOLLER İLE İLGİLİ KARARLARINA YÖNELİK LIBERAL BİR OKUMA DENEMESİ

▪ Yrd. Doç. Dr. Serkan EKİZ*

Özet: Avrupa’daki çoğulcu toplumsal yapı, çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Liberal teori, bu sorunlar ile nasıl başa çıkılacağına dair bir reçete vermektedir. Buna göre siyasal iktidar, kamu kurumları aracılığı ile bireylere bir iyi yaşam anlayışı dayatamaz ya da telkin edemez. Bireyi devletin bu yöndeki teşebbüslerine karşı koruyan iki temel ilke vardır: bireysel özgürlük ve bireysel özerklik. Bu ilkeler devlete tarafsızlık yükümlülüğü getirmektedir. Buna göre devlet, eğitim kurumlarında da dinsel olarak tarafsız olmalı, öğrencilere belli bir dini, inancı, ya da yaşam felsefesini en iyi yaşam tarzı olarak tek taraflı bir şekilde telkin etmemelidir. AİHM’nin de kendisine yapılan başvurularda, bireyin özgürlüğünü ve özerkliğini önceleyen, devletin takdir yetkisini sınırlayan bir yaklaşım içerisinde olması beklenir.

Anahtar Kelimeler: Liberal kuram, liberal eğitim, bireysel özgürlük, bireysel özerklik, zorunlu din dersleri, devlet okullarında dinsel semboller, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Folgero ve diğerleri /Norveç kararı, Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye kararı.

Abstract: That pluralist social structure of Europe lead to some problems in different areas. Liberalism, gives some tips how to deal with those problems. Accordingly, state can not and should not imbue individuals with a certain conception of a good life via formal governmental structures. There are two fundamental principles which secure individuals against such abuses of state; the freedom and the autonomy of the individual. Those principles impose states an obligation of impartiality. Thus, states should be religiously impartial in the state school system, should not inculcate students with a certain religion, belief or a philosophy as an essential part of a good life. For those reasons, it is expected that Eur.Ct.HR would take a position that prioritizing freedom and autonomy of the individual while restricting the discretionary power of the state .

Keywords: Liberalism, liberal education, freedom of the individual, autonomy of the individual, compulsory religious education, religious symbols in state schools, European Court of Human Rights, Folgero and others v.Norway, Hasan and Eylem Zengin v.Turkey.

* Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Elektronik posta: serkan.ekiz@deu.edu.tr.

GİRİŞ

Avrupa toplumları 21. yüzyılın başından itibaren dinsel olarak artan oranda çoğulcu toplumlar haline gelmişlerdir.¹ Ortaya çıkan bu dinsel çoğulculuk yapısı, farklı dinsel, kültürel ve etnik kökenlere sahip birey ve grupların taleplerinin demokratik ilkeler çerçevesinde karşılanması sorununu da beraberinde getirmiştir. Siyasal ve hukuksal düzenlerini liberal kuram çerçevesinde oluşturmuş olan toplumlarda, farklı din ve inançlara mensup kişi ve toplulukların bir arada yaşaması sorununun çözüm alanlarından birisi eğitim kurumları olarak görülmüştür.² Bu anlayışa göre, genç nesillerin bir taraftan değişen dünya karşısında donanımlı hale gelmesinin bir taraftan da içinde yaşadıkları toplumun çoğulcu yapısını kavranmalarının ve anlamalarının en elverişli ve en önemli aracı okullardır.³ Bununla birlikte, çoğulcu ve kültürel olarak çeşitlilik gösteren toplumlarda çocukların eğitimi kaçınılmaz bir şekilde karmaşık değer yargıları ile ilintili konuları da gündeme getirmektedir. Bugüne kadarki gelişmeler, eğitim alanında özellikle konu din dersi ve dinsel sembollerin okullardaki görünürlüğü olduğunda karmaşıklığın daha da arttığını ortaya koymaktadır. Din derslerinde ortaya çıkan soruna daha yakından bakıldığında, sorunun temelinde okul ile öğrenci arasındaki ilişkiyi aşan, öğrenci, öğretmen, okul yönetimi ve ebeveynin karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren ilişkiler arasındaki dengenin kurulmasındaki güçlüğü yattığı gözlenmektedir.⁴ Din derslerinin içeri-

¹ Jack, Robert, *Rethinking Religious Education and Plurality, Issues in Diversity and Pedogogy*, Routledge Falmer, London and New York, 2004, s.4; Canatan, Kadir; “Avrupa Toplumlarında Çokkültürlülük:Sosyolojik Bir Yaklaşım”: *Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S:2/6, Kış 2009, s. 81-84.

² Avrupa’da farklı din ve kültürel altyapılardan gelen öğrencilere yönelik din ve değerler eğitimi sorununa ilişkin bkz: Weisse, Wolfram; “Reflections on the REDCo Project”: *British Journal of Religious Education*, Vol.33, No.2(2011), s.111-125. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilat (AGİT) bünyesinde de 2007 yılında devlet okullarında din ve inançlar hakkında yapılan öğretimde uyulması gereken ilkelerin belirlendiği bir rapor hazırlanmıştır.;bkz. “Toledo Guiding Principles on Teaching About Religions and Beliefs in Public Schools”, Published by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2007 (<http://www.osce.org/odihr/29154?download=true>).

³ Evans, Carolyn; “Religious Education in Public Schools: An International Human Rights Perspective”: *Human Rights Law Review*, Vol.8, No:3 (2008), s. 449.

⁴ Clarke, Paul,T.; “Public Education, Curricular Control and Conflicts of Rights”: *International Journal of Law and Education*, Vol.14, No:1 (2009), s. 51.

ğine, dersin okutuluş yöntemine ve dersin zorunlu olup olmayışına bağlı olarak, aileler çocuklarının dinsel konularda yeterince eğitim almadığını ya da gereğinden fazla aldığını veya kendi din veya inançlarına uygun olmayan bir eğitim aldığını ileri sürebilmektedirler.⁵ Devletler de, okul müfredatında din derslerinin bulunması gerekliliğini, dinler hakkında bilgi sahibi olmanın farklı din veya inançlara mensup kişilere karşı anlayış ve hoşgörünün gelişmesine sağladığı katkıya veya çocuğun içinde yaşadığı toplumda yaygın olan din veya inanç hakkında en doğru ve güvenilir bilgiye okulda, ebeveynin kontrolü altında ulaşmasının önemine yaptığı atıfla açıklamaktadırlar. Bu noktada birbirinden farklı hatta bir-biri ile çelişen ve fakat her biri haklı sayılabilecek gerekçelere dayanan söz konusu talepler karşısında liberal demokratik sistemlerin takınması gereken tavrın ne olduğu, cevaplanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Liberal demokrasilerde devlet okullarında konusu din olan bir ders okutulabilir mi? Yoksa bu siyasal düzenlerde eğitim sistemi dinden arındırılmış alanlar olarak mı kalmalıdır? Bir din dersinin okutulabileceği kabul edilirse, söz konusu dersin içeriği ne olmalı ve okutuluş yönteminde hangi yol takip edilmelidir? Liberal bir siyasal sistemde, devlet okulunda belli bir din veya inancın sembollerinin görünür kılınması mümkün müdür? Ya da aynı siyasal sistemde devletin çocukların eğitimi üzerinde kabul edilebilir yetki sınırları nelerdir? Liberal kurama göre devletin bireyin yaşamına yön veren değerler konusunda tarafsızlığını koruma yükümlülüğü, eğitim alanında da geçerliliğini korumakta mıdır? Teorik düzeydeki bu ve benzeri sorular üzerinden yürütülen tartışmalar, pratikte tartışmanın taraflarının hak ve özgürlüklerinin çatışması şeklinde kendisini göstermektedir. Bu çatışma, devletin genel olarak eğitim politikasını belirleme yetkisi ile ebeveynin ve çocuğun hem ulusal hem de uluslar arası hukuk alanında güvence altına alınmış bir dizi hak ve özgürlükleri arasında kristalize olmaktadır.⁷

⁵ Evans, Religious Education, s. 455,456.

⁶ MacMullen, Ian; Faith in Schools?: Autonomy, Citizenship and Religious Education in the Liberal State, Princeton University Press, 2007, s.1-4; Simpson, Peter; "Political Authority and Moral Education": Public Affairs Quarterly, Vol.9, No:1 (1995), s.47.

⁷ Evans, Religious Education, s.456.

Bu makalenin konusunu da, AİHM'nin (Mahkeme) din dersleri ve devlet okullarındaki dinsel semboller ile ilgili kararlarının liberal kuramın temel ilkelerine uygunluğunun tartışılması oluşturmaktadır. Mahkeme, bir dizi kararında Sözleşme'ye taraf olan devletlerin din derslerine yönelik olarak takınmaları gereken tavra ilişkin bazı ilkeler geliştirmiş ve liberal siyasal düzen ile devlet okullarındaki "dinselliğin" biraradılığı'nın yarattığı sorunlara çözüm arayışı içinde olmuştur. Bu bağlamda söz konusu sorun Mahkeme'ye yapılmış ve konusu din dersi ya da devlet okullarındaki dinsel semboller olan bazı başvurular üzerinden ele alınmıştır. Makalede yer alan başvuruların seçimi rastlantısal olmamıştır. Çünkü bu makalede inceleme konusu yapılan başvurularda verilen kararlar, Mahkemenin konu ile ilgili içtihatlarında önemli birer kırılma noktaları olarak nitelendirilebilir. Mahkeme bu başvurularda verdiği kararlar aracılığıyla Türkiye'nin de dahil olduğu yargı çevresi içerisinde devletlerin eğitim politikalarını belirleme yetkileri üzerindeki denetim yetkisini genişletmiştir. Bu yeni yaklaşımın, Türkiye de dahil, taraf devletlerin eğitim sistemlerinde ve mevzuatlarında meydana getirdiği ve getireceği somut değişiklikleri tatmin edici şekilde ele alan bilimsel çalışmalar bulunmaktadır.⁸ Bu nedenle bu çalışmanın konusunu Mahkemenin içtihatları vasıtasıyla taraf devletlerin eğitim mevzuatlarında meydana getirdiği veya getireceği değişikliklerin oluşturmadığı bu noktada belirtilmelidir. Makale konuyu farklı bir perspektiften ele almayı hedeflemekte, Mahkeme'nin din dersleri ve devlet okullarındaki dinsel semboller ile ilgili kararlarının satır aralarında, insan haklarına dayalı demokratik siyasal sistemlerin teorik dayanağının -liberal kuramın- izini sürmeye çalışmaktadır. Bu çaba aynı zamanda Mahkeme'nin din dersleri veya okullardaki dinsel semboller ile ilgili başvurular vesilesiyle dinsel olan ile girdiği ilişkide Sözleşmenin ruhunu ve kaynağını oluşturan dev-

⁸ Bu konuda bkz. Özenç, Berke; "AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu": İÜHFİM, C: LXVI, S.2 (2008), s.191-226; **Kaymakcan**, Recep; Öğretmenlerine Göre Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersleri, Yeni Eğilimler: Çoğulculuk ve Yapılandırmacılık, Değerler Eğitimi Merkezi, Nesil Matbaacılık, 1. Basım, Mayıs, 2009; Ev, Halit; "İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi Öğretim Programı Hakkında Bir Değerlendirme": Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.32(2010), s. 139-167; aynı konuda Sabancı Üniversitesi bünyesinde yer alan Eğitim Reformu Girişimi (ERG) tarafından yayınlanan "Türkiye'de Din ve Eğitim: Son Dönemdeki Gelişmeler ve Değişim Süreci" başlıklı çalışma önemli bir bilgi kaynağı teşkil etmektedir. Yayın için bkz. <http://erg.sabanciuniv.edu/sites/erg.sabanciuniv.edu/files/DinVeEgitim.pdf>.

letin dinsel tarafsızlığı, bireyin yaşam tarzına saygı yükümlülüğü, bireyin dinsel inanç ve felsefi kanaat özgürlüğü, bireyin kendi yaşamında kendisinin söz sahibi olması gibi liberal kuramın ilkelerine olan sadakatinin de sorgulanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle makalenin konusunun, başlığına atıfla yapılacak yüzeysel bir değerlendirmeden hareketle, kaba bir liberalizm savunusu olmadığı, hemen burada vurgulanmalıdır.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle liberal kuramın genel çerçevesinden başlayarak, siyasal bir doktrin olarak bu kuramın birey düzenindeki tasarımı ve oradan da söz konusu tasarımı gerçekleştirmenin bir aracı olarak liberal eğitim sisteminin temel ilkelerine değinilmiş, bu yapılırken mümkün olduğunca kapsam dışına çıkılmamaya özen gösterilmiştir. Buna rağmen, liberal kuramın içinde barındırdığı düşünce zenginliği yer yer bu çabamızın boşa çıkması tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına neden olmuştur. Konunun bağlamından çıkarak, liberal kuramın bir makale sınırlarına hapsedilemeyecek boyuttaki teorik tartışmalarına kendimizi kaptırma tehlikesi ile karşılaştığımız yerlerde dipnotlara yapılan atıflar aracılığı ile okuyucu konu hakkında daha ayrıntılı bilgilerin kaynağına yönlendirilmiştir. Genel teorik çerçeve böylece çizildikten sonra, çalışmamızın sıklet merkezi olarak tanımlayabileceğimiz takip eden bölümünde Mahkeme'nin din dersleri ve okuldaki dinsel semboller ile ilgili kararları ele alınmış ve bu kararlar liberal kuram için çizilen teorik çerçeve ışığında değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu bölümde öncelikle Mahkemenin, konusu din dersi olan başvurularda geliştirdiği ve sonraki kararlarında da kılavuz ipi olarak kullandığı ilkelere yer verilmiştir. Bu anlamda öncelikle zorunlu din dersleri ile ilgili olarak Folgero ve diğerleri/Norveç Kararı ile Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye kararı, sonrasında da okuldaki dinsel sembollerin Sözleşmeye uygunluğunun tartışıldığı Dahlab/İsviçre ile Lautsi ve diğerleri/İtalya kararlarına konu olan olaylar aktarılmış ve bu kısım, olayların karmaşıklığı ve detayların önemi nedeniyle, sıkıcı olma pahasına nispeten uzun tutulmuştur.

I- LİBERAL KURAM VE EĞİTİM SİSTEMİ

A- SİYASİ BİR ÖĞRETİ OLARAK LİBERAL KURAM VE ÖNERMELERİ

Liberal kuramın öne çıkan en önemli özelliği insan hak ve özgürlükleri fikrine yaptığı vurgudur.⁹ Bu yönü ile liberalizm, genel anlamı ile siyasal ve dinsel iktidarlar karşısında bireyin özgürlüğünü ve özerkliğini güvence altına almayı amaçlayan ve bunun sağlanabilmesi için siyasal iktidarın sınırlandırılması gerektiğini savunan bir düşüncedir.¹⁰ Batıda birey özgürlüğü için siyasal iktidarın sınırlandırılması gerektiği yönündeki görüşün temelleri 17. yüzyılda mutlak monarşilerin toplum üzerinde artan baskısına karşı Aydınlanma felsefesinde atılmıştır.¹¹ Özünde insan aklına duyulan güven bulunan Aydınlanma felsefesi, bir taraftan mutlakıyetçi siyasal iktidarın geleneksel yönetim biçimine ve meşruiyetine, bir taraftan da kilise ve dinsel kurumların toplum üzerindeki ilahi ahlak öğretisine yönelttiği eleştiriler ile liberal düşüncenin birey özgürlüğünü ve özerkliğini sağlamaya yönelik temel önermelerine kaynak sağlamıştır.¹² Aydınlanma felsefesinin Ortaçağa ait bu olgulara karşı takındığı tavır, liberal düşüncede mutlakıyetçi iktidarın ve teokratik iktidarın birey özgürlüklerine yönelmiş iki temel tehdit olduğu tezi şeklinde kendisini göstermektedir.¹³ Liberal öğretisi, birey özgürlüğü ve özerkliği tasarımı,

⁹ **Vincent**, Andrew; *Modern Politik İdeolojiler*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.57 vd.; **Heywood**, Andrew; *Siyasi İdeolojiler*, Adres Yayınları, 5. Baskı, Eylül, 2013, s. 45 vd; **Christman**, John; "Liberalism, Autonomy, and Self-Transformation"; *Social Theory and Practice*, Vol.27, No:2 (April-2001), s.185; **Daver**, Bülent; *Çağdaş Siyasal Doktrinler*, Devletin Rolü ve Amaçları Yönünden Bir Deneme, AÜSBFY, No.254, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 2; **Akın**, İlhan; *Kamu Hukuku*, Beta, 7.Bası, İstanbul, Ekim 1993, s.273 ve 274.

¹⁰ **Akın**, s.270 ve 271.

¹¹ **Birler**, Ömür; "Liberalizm": Siyaset Bilimi, Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler, Hazırlayanlar: Gökhan Atılğan/E. Atilla Aytekin, Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s.268 vd; **Vincent**, s.38,39; **Heywood**, s.43.

¹² **Berktaş**, Fatmagül; "Liberalizm: Tek Bir Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji": 19 Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, Der: Birsan Örs, İBÜY, 3. Baskı, İstanbul, 2009, s.50,51; **Erdoğan**, Mustafa; "Liberalizme Yeniden Bakış: Tarihi ve Felsefi Temelleri": *Liberal Düşünce*, Yıl:14, S.56(2009), s.7 ve 8.

¹³ **Birler**, s. 271; **Vincent**, s.38,39.

Aydınlanma felsefesinin işte bu iki temel tezi üzerine inşa etmiştir. Bu nedenledir ki, liberal düşünce ortaya çıktığı andan itibaren bütün liberal düşünürlerin en büyük kaygısı, siyasal iktidarın tekelde toplanmasının önlenmesi, dinsel uyum zorunluluğunun ortadan kaldırılması ve bu yolla birey özgürlüğünün ve özerkliğinin başta devlet müdahalesi olmak üzere her türlü müdahaleye karşı korunması olmuş, liberal düşünürler kuramsal yaklaşımlarını sürekli olarak bu temel kaygılar çerçevesinde oluşturmuşlardır.¹⁴ Liberal düşünceye göre mutlakiyetçi iktidarı engellenmenin en önemli ve etkili yolu, siyasal iktidara, önceden belirlenmiş sınırlı sayıdaki bazı amaçları gerçekleştirmenin ötesinde bir işlev yüklemektir.¹⁵ Siyasal liberalizmin kurucusu olarak kabul edilen J. Locke'a göre siyasal iktidar, yaşam hakkını, özgürlüğü ve özel mülkiyeti güvence altına almaktan öte bir işleve sahip olmamalıdır.¹⁶ Siyasal iktidarın bu işlevlerin ötesine geçerek başka faaliyetler içine girmesi, kuruluş amacının dışına çıkması anlamına gelecektir ve bu durumda devlet kendisine vücut veren toplum sözleşmesine aykırı davranarak meşruiyetini yitirmiş sayılacaktır.¹⁷

Liberal kuramın bireyin özgürlüğünün sağlanması yolunda bertaraf edilmesi gerektiğini düşündüğü bir diğer tehdit kaynağı da teokratik iktidardır.¹⁸ Bu nedenle liberal düşünürler, dinsel ve siyasal iktidarların iç içe girmesine, birbirlerine müdahale etmesine şiddetle karşı çıkarlar. Locke' a göre, siyasal iktidar, dinin gereklerinin ne olduğuna karar veremeyeceği gibi dinsel kurumların da siyasal iktidarın kullanımına müdahale etmesi kabul edilemez.¹⁹ Bunun da ötesinde liberal düşünce Aydınlanma felsefesinin bir adım daha ötesine geçerek, aynı toplum içinde farklı inançlara sahip insanların karşılıklı hoşgörü ve saygı içerisinde bir

¹⁴ **Birler**, s.271.

¹⁵ **Birler**, s.272.

¹⁶ **Locke**, John; "Hoşgörüye Dair Bir Mektup": Batıya Yön Veren Metinler, C:II, Alev Alatl (der.), İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 1. Basım, Ekim 2010, s.842,843.

¹⁷ **Okandan**, Recai, G.; Umumi Amme Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2138, Hukuk Fakültesi No: 479, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 81-83;**Akun**, s. 138 ve 139.

¹⁸ **Birler**, s.272.

¹⁹ **Locke**, Hoşgörüye Dair Bir Mektup, s. 843.

arada özgürce yaşayabileceklerini ileri sürer.²⁰ Bunu sağlamanın yolu, din ve inanç özgürlüğünün güvence altına alınmasıdır.²¹ Bu nedenle, liberal düşünceye göre, siyasi iktidar din veya inançlar arasında bir ayırım ya da derecelendirme yapamaz.²² Bunun yanı sıra bireyin öte dünyadaki kurtuluşunu sağlamak da dünyevi iktidarın sorumluluğunda değildir.²³ Braudel, liberal düşüncenin teokratik iktidara yönelik itirazını şu şekilde ifade etmektedir: *“liberalizm, düşünce özgürlüğünü yücelten ve dinsel birliğin; toplumsal ya da ulusal birliğin olmazsa olmazı olmadığını savunan bir felsefedir. Bu ise zorunlu olarak tolerans fikrine ve eski homo homini res sacra (insan insan için kutsaldır) deyişinde dile geldiği gibi başkalarına ve insan bireyine saygı gösterilmesi demektir.”*²⁴

Günümüz liberal düşünürlerin çoğu liberalizmin en önemli yönünün devletin tarafsızlığına vurgu yapan siyasi bir öğreti olduğunu belirtmektedir.²⁵ Liberal kuram açısından tarafsızlık, devletin belli bir “iyi yaşam” anlayışını desteklemekten ya da belli bir “iyi yaşam” anlayışını ayrıcalıklı kılmaktan kaçınması anlamına gelir.²⁶ Bu yoruma göre, çok kültürlü bir toplumda çok sayıda ve birbirinden farklı iyi yaşam anlayışlarının bulunması olağandır.²⁷ Eğer liberal bir devlet bunlardan bir ya da bir kaçını vatandaşları için en doğru veya en uygun yaşam şekli olarak belirlerse hukuk dışı davranmış olur.²⁸ Liberal bir devlet örneğin vatandaşlarının yaşamlarını, hangi değerlere, dinsel inançlara ya da amaçlara adanmış oldukları ile ilgilenmez. Bu nedenle, hukuka uygun davrandıkla-

²⁰ **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.18 ve 19.

²¹ **Berktaş**, s.63.

²² **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.20 ve 21.

²³ **Locke**, Hoşgörüyü Dair Bir Mektup, s.843,844.

²⁴ **Braudel**, Fernand; A History of Civilizations, Penguin Books, 1993, s. 329,330.

²⁵ Bkz. **Rawls**, John; Siyasal Liberalizm, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007; **Dworkin**, Ronald, A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985; **Goodin**, Robert/ **Reeve**, Andrew (eds.); Liberal Neutrality, London:Routledge, 1989; **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.20 ve 21.

²⁶ **Reich**, Robert, C.; Liberalism, Multiculturalism, and Education, ProQuest Dissertations and Theses Global, 1998, s. 37 ve 38; **Rawls**, Siyasal Liberalizm, s.226-230.

²⁷ **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.20 ve 21; **Rawls**, Siyasal Liberalizm, s.49 ve 50.

²⁸ **Rawls**, Siyasal Liberalizm, s.228,229.

rı sürece, kendileri için en iyi yaşam şeklinin, en doğru din veya inancın, en uygun felsefi anlayışın ne olduğuna dair verilecek karar devletin değil, bireyin takdir yetkisi içindedir.²⁹

Rawls'a göre liberal bir devlet, kurumları vasıtasıyla yürüttüğü politikalar kapsamında belli bir dinsel inancı veya felsefi anlayışı belirgin hale getirerek vatandaşların bu dinsel inancın ya da felsefi anlayışın önerdiği “doğru” ya da “en iyi” yaşam şeklini benimsemelerini sağlama çabası içinde olmaz.³⁰ Bunun yerine liberal devlet yurttaşları arasında farklı ve birbiri ile uyuşmayan “iyi yaşam” anlayışlarının varlığını doğal sayan, bireyin çoğunluktan farklı olma hakkına sahip olduğu, farklı iyi yaşam anlayışına sahip olan kişilerin eşit muamele gördüğü ve yurttaşlara kendileri için tercih ettikleri iyi yaşam anlayışını gerçekleştirme özgürlüğü tanıyan tarafsız bir hukuksal düzen öngörür. Rawls'a göre liberal kuram farklı dinsel, felsefi ve ahlaki öğretiler aracılığı ile bölünmüş özgür ve eşit yurttaşların oluşturduğu istikrarlı ve adil bir toplumun zamanla var olması nasıl mümkün olabilir? sorusuna cevap bulmak için tasarlanmış bir kuramdır.³¹

Bu genel çerçeveden yola çıkarak öğretilerde liberal düşüncenin temel ilkelerinin neler olduğuna dair çok fazla görüş ileri sürülmüştür. Örneğin Sabine/Thorson, liberal düşüncenin sınırlı devlet, girişim özgürlüğü, sözleşme serbestisi ile yapılan düzenlemeler olmak üzere üç ilkesinden bahsetmektedir.³² Erdoğan, bireyselliğe verilen önem ve insan hakları, serbest piyasa ekonomisi, sınırlı minimal devlet, hukuk devleti ve liberal rasyonalizmi liberal kuramın temel ilkeleri olarak belirtmektedir.³³ Heywood liberal düşünceye özgü değer ve inanç kümesi olarak adlandırdığı ilkeleri birey, özgürlük, akıl, adalet ve hoşgörü ve farklılık

²⁹ Reich, Liberalism, Multiculturalism, and Education, s.38; Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.20 ve 21.

³⁰ Rawls, Siyasal Liberalizm, s.228.

³¹ Rawls, Siyasal Liberalizm, s. 50.

³² Sabine, George H./Thorson Thomas L.; A History of Political Theory, Fourth Edition, The Dryden Press, London, 1973, s.103-105.

³³ Erdoğan, Mustafa; “Liberal Düşünce Geleneği”: Yeni Forum, C.11, S.252(1990), s.27 vd.

şeklinde sıralamaktadır.³⁴ Yayla, liberal düşüncenin dört temel ilkesi olduğunu ileri sürer. Bunlar; bireycilik, özgürlük, kendiliğinden düzen ve piyasa ekonomisi ile sınırlı devlettir.³⁵

Liberal kuramın bu temel ilkeleri, onun bireysel insandan hareket eden, bireyin özgürlüğü ve özerkliğini merkez alan bir öğreti olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Daha kısa ve açık bir ifade ile “birey” liberal düşünce için en kritik olgudur. Yayla, “birey” olgusunun liberal kuram için ifade ettiği anlam ve önemi yaptığı şu tespit ile ortaya koymaktadır; “*Liberalizmin tek vasıflı bir tanımlamasını yapmak gerekseydi, herhalde ‘liberalizm bireyci bir toplum sistemidir’ demek yeterli olurdu.*”³⁶ J.S.Mill de “birey”in liberal kuram açısından taşıdığı önemi şu şekilde ifade etmektedir; “*devletin uzun vadede değeri, onu oluşturan bireylerin değerine bağlıdır.*”³⁷ Liberal düşüncenin kuramsal gelişimine yönelik yüzeysel bir okuma dahi bireycilik anlayışının tarihi ile liberal kuramın tarihinin eş anlamlı olduğunu ortaya koymaya yeterlidir.³⁸

B- LİBERAL KURAMIN TEMEL TASARIMI; ÖZGÜR VE ÖZERK BİREY

O halde son tahlilde liberal kuramın odak noktasında “birey” yer almaktadır.³⁹ Vincent’e göre bireycilik, “*liberal düşüncenin metafizik ve ontolojik çekirdeği ve moral, politik, ekonomik ve kültürel varoluşunun temelidir.*”⁴⁰ Liberal kurama göre birey, sınıf, halk, topluluk, cemaat gibi oluşumlardan daha gerçek bir varlığa sahip olan temel varlıktır.⁴¹ Bireyin ahlaki değeri, her türlü insan topluluğunun üstündedir ve bu neden-

³⁴ Heywood, s.43.

³⁵ Yayla, Atilla; Liberalizm, Liberte Yayınları, 5. Baskı, Ankara, Ağustos 2008, s.152

³⁶ Yayla, Liberalizm, s.152.

³⁷ Berktaş, s.51.

³⁸ Yayla, s.153.

³⁹ Heywood, s.44; Berktaş, s.51; Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.12.

⁴⁰ Vincent, s.48.

⁴¹ Vincent, s. 48; Yayla, s.153.

le birey, herhangi bir insan topluluğunun ya da bütünü'nün amaçlarını gerçekleştirmenin bir aracı olamaz.⁴² Rönesans'tan önceki dönemde kilisenin toplumsal ve siyasal hayattaki toptancı ve tek tipleştirici yaklaşımına tepki olarak ortaya çıkan bireycilik, bireyi ikincilleştiren ve araçsallaştıran her türlü toplumsal, dinsel ve geleneksel değer yargılarını reddeder. Liberal kurama göre, bireyi toplumun ya da bir başka bütünü'nün "yüce" olduğuna inanılan çıkarlarını ya da iyiliğini gerçekleştirmek için araçsallaştırmak, aynı bireyi bir nesne konumuna indirgeyerek kişilikten uzaklaştırmak yani onu insan olmaktan çıkarmak anlamına gelir.⁴³ Herhangi bir ahlaki ve dinsel öğretinin ya da geleneğin bireyi sınırlandırması düşünülemez. Bütün değerlerin kaynağı bizzat birey olduğu için, herhangi bir değer bireye zorla dikte edilmesi veya dayatılması mümkün değildir.⁴⁴

Erdoğan'a göre liberal düşüncede bireycilik, metodolojik ve ahlaki/normatif olmak üzere iki anlama sahiptir.⁴⁵ Metodolojik anlamda bireycilik, bütün toplumsal düzen ve yapıların birey ve onun davranışları ile açıklanabileceğini ifade eder.⁴⁶ Ahlaki veya normatif anlamda bireycilik ise her bireyin ayrı bir değere sahip olduğunu, her bireyin kendisi için hayatı yaşanabilir kılan değeri kendisinin belirleyebilmesini ifade eder. Bu anlamı ile bireycilik, insanların kendilerini gerçekleştirebilecekleri ve değerlerini belirleyebilecekleri bir alanı gerekli kılar.⁴⁷ Erdoğan'a göre birey özgürlüğünü liberal kuramın en temel değeri haline getiren işte bu ikinci anlamdaki, ahlaki/normatif bireycilik anlayışıdır. Çünkü birey, rasyonel bir varlık olarak, kendi amaçlarını kendisi belirleyebilecek ve bunları gerçekleştirmek için gerekli eylemleri yapabilecek kapasiteye sahiptir. Bireyin bunları yapabilmesi için ihtiyaç duyduğu tek şey özgür-

⁴² Yılmaz, Zafer; "John Dewey'in Liberalizmi: Bireycilik- Toplum ve Özgürlük": Kaygı, Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi, S. 12(2009), s.87; Yayla, s.153.

⁴³ Yılmaz, 87; Yayla, s.156.

⁴⁴ Vincent, s.50.

⁴⁵ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.12.

⁴⁶ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.12.

⁴⁷ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.12.

lûktür.⁴⁸ O halde liberal kuramın birey tasarımının gerçekleştirilmesinin başlangıç şartı ya da olmazsa olmaz koşulu, özgürlüktür.⁴⁹ Yayla'ya göre, çevresi ve içinde bulunduğu şartlar başkası tarafından kontrol edilen, kendi planlarına göre hareket edemeyen, başkasının emir ve talimatları doğrultusunda davranan birey zorlamaya maruz kalıyor demektir.⁵⁰ Bu durumdaki bireyin kendi aklını, bilgisini kullanması ya da yaşamını kendi inanç ve değerleri doğrultusunda yönlendirmesi mümkün değildir. Bu nedenle bireyi belli bir doğrultuda hareket etmeye zorlamak, onu başkasının amaçlarının gerçekleştirilmesinde araçsallaştırmak anlamına gelir. Hayek'e göre, özgürlüğün dört temel özelliği vardır; bireyin herkesin tabi olduğu yasalara tabi olması, bireyin keyfi uygulamalara maruz kalmaması, bireyin çalışmakta ve iş bulmakta serbest olması ve bireyin mülkiyet sahibi olmaya hakkının olması.⁵¹ Bu nedenle Hayek'e göre başkalarının istek ve arzularına göre değil, sadece kendi bilgi ve inançlarına göre hareket eden bireyin eylemlerinin özgür olduğu söylenebilir.⁵² Liberal kurama göre bireyin özgürlüğünü sağlamanın temel aracı hukuktur.⁵³ Hukuk, bireyin özgürlüğüne toplumdan ya da diğer bireylerden yönelen keyfi müdahaleleri önleyerek ya da mevcut müdahaleyi ortadan kaldırarak güvence sağlar. Liberal kuramda özgürlüklerin bekçisi olan hukukun uygulayıcısı da meşruiyet temelini toplum sözleşmesinden alan sınırlı ve tarafsız bir siyasal iktidardır.⁵⁴ Bu nitelikteki bir siyasal iktidar, siyasal yönetimini zora ve baskıya değil, özgür ve özerk bireylerin rızası üzerine kurar ve buna dayanarak işler.⁵⁵

Liberal kuramda bireyin özgürlüğünün değeri ve önemi konusun-

⁴⁸ Yayla, s.163; Erdoğan, *Liberalizme Yeniden Bakış*, s.12,13.

⁴⁹ Vincent, 57; Heywood, s, 45;Yayla, s.164.

⁵⁰ Yayla, s.171.

⁵¹ Hayek, F.,A.; *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago,1960, s.47.

⁵² Hayek,, s.49.

⁵³ Erdoğan, <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=NTEy>.

⁵⁴ Heywood, s.53.

⁵⁵ Berktaş, s.52.

daki fikir birliğine, birey özerkliği konusunda rastlanmamaktadır.⁵⁶ Bunun da ötesinde özerklik, liberal kuramın kendi içindeki fay hatlarından birisini oluşturmaktadır.⁵⁷ Bu fay hattı o kadar derindir ki, düşünürlerin hangi liberal akım türüne bağlı oldukları, bu kavram hakkındaki değerlendirmelerine göre belirlenebilir.⁵⁸ Bu nedenle, liberal kuram içinde bireysel özerklik bir taraftan bireyin kendisini sürekli eleştirmesini ve bu bağlamda zihinsel olarak dinamik bir varlık olmasını sağlayan, bağımsız bir kişilik geliştirerek yurttaşlık bilincini destekleyen liberal bir ideal olarak kabul edilirken, diğer yandan da rasyonel varlık olarak bireye saygı anlayışı ile çelişen, “iyi yaşam”ın ne olduğuna dair toptancı yaklaşımların siyasi erk tarafından desteklenmesini öngören, paternalist uygulamalara kapı aralayan bir tehlike olarak değerlendirilmektedir.⁵⁹ Öğretideki bu yaklaşım farklılıklarına rağmen, pratikte bireysel özerklik, liberal demokrasilerin hukuk düzenlerinde, kamu politikalarında ve bireyler arası ilişkilerde gözlemlenebilen ve varlığını hissettiren bir ilke olma özelliğini taşımaktadır.⁶⁰

⁵⁶ **Levey**, Geoffrey, Brahms; “Liberal Autonomy as a Pluralistic Value”: *The Monist*, Vol:95, No:1(2012); **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16.

⁵⁷ **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16.

⁵⁸ Özerkliğe karşı takındıkları tavra göre liberal düşünürler iki ana gruba ayrılırlar. Özerkliği liberalizmin temel değeri olarak kabul eden grup, liberalizmi kapsayıcı (comprehensive) bir dünya görüşü olarak kabul etmektedirler. Bu düşünürlere göre, birey özerkliği, hak ve özgürlükleri ve liberal adalet fikrini güvence altına alan, liberal hoşgörünün kapsamını belirleyen ve bu yolla liberal bir toplumun aynı zamanda çok kültürlü bir toplum olmasını sağlayacak koşulları yaratan bir değerdir. Bu nedenle bu düşünürlere göre birey özerkliği, devlet tarafından etkin bir şekilde desteklenmesi gereken temel bir değerdir. Bkz. **Levey**, Geoffrey, Brahms; “Liberal Autonomy as a Pluralistic Value”: *The Monist*, Vol:95, No:1(2012); **Raz**, Joseph; *The Morality of Freedom*, Oxford:Oxford University Press, 1986; **Wall**, Stephen; *Liberal Perfectionism and Restraint*; Cambridge: Cambridge University Press, 1998; **Brighouse**, Harry; “Is There a Neutral Justification for Liberalism”: *Pacific Philosophical Quarterly*, Vol. 77(1996). Öte yandan siyasi liberalizm yanlıları olarak adlandırılacak diğer gruba göre özerklik, liberalizmin asli değil tanımlayıcı bir değeridir. Bu düşünürler, liberalizmin esas olarak özgürlük, hoşgörü ve barış gibi temel değerlere sahip bir öğreti olduğunu ileri sürmektedirler. Bu düşünürlere göre birey özerkliği şeklindeki liberal bir değer çok kültürlü bir demokrasinin inşasının önünde bir engel teşkil edecektir. Bu görüşe göre, bireysel özerklik, içinde kültürel farklılıklar barındıran bir toplum için ihtiyaç duyulan siyasi ahlakı üzerine inşa edemeyeceğimiz kadar dikkat gerektiren, hoşgörüsüz ve çok “ayrılıkçı” bir değerdir. Bu konuda bkz. Bkz. **Galston**, William A.; *Liberal Purposes*, New York:Cambridge University Press, 1991; **Kukathas**, Chandran; *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, 2003.

⁵⁹ **Macedo**, Stephen; *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*, Oxford: Clarendon Press, 1991, s.252,253; **Erdoğan**, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16.

⁶⁰ Bkz. **Inglehart**, Ronald/**Wezel**, Christian; *Modernization, Cultural Change, and Democracy: The Human Development Sequence*, Cambridge University Press, 2005.

Doktrinde bireysel özerkliğin bireyin kendi kendisini yönetmesi, kendi kaderini kendisinin tayin etmesi ile ilgili olduğu kabul edilmektedir.⁶¹ Özerklik, kişinin kendi yaşamı ile ilgili önemli kararlar alabilmesi konusunda sahip olduğu çıkardır. Buna göre özerk birey, yaşamının planını ve rotasını yapabilme yetisine sahip kişi olarak tanımlanabilir.⁶² Bu nedenle özerk birey, yaşamına dair önemli tercihler yaparken, kendisine, başkalarına ve topluma hakim olan davranış ve düşünce kalıplarını sürekli olarak akıl süzgecinden geçirir.⁶³ Buradan hareketle Mason, bireysel özerkliğin, akıl tarafından yönetilmek ve başkalarının iradesinden bağımsız olmak gibi iki önemli boyuta sahip olduğunu belirtmektedir.⁶⁴ Başkalarının iradesinden bağımsız olmak için bağımsız ve eleştirel bir şekilde düşünebilme yetisine sahip olmak gerekir.⁶⁵

Liberal kuramda birey özerkliğine ilişkin yaklaşımların kaynağı büyük oranda J.S.Mill'in liberal felsefesidir.⁶⁶ Mill'e göre;

“... Bireye, maddi ya da manevi olsun, kendi hayrı için müdahale yeterli bir gerekçe değildir. Hiçbir kimse, bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, sırf böyle yapılması onun için hayırlı olacaktır diye, onu daha mesut kılacaktır diye, başkalarının düşüncelerine göre böyle yapılması akıllıca yahut doğru olacak diye mecbur edilemez. Bu, hiçbir şekilde haklı değildir. Bunlar, bir kişiyle ilgili olarak serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna etmek veya ondan ricada bulunmak için haklı nedenler olabilir ancak, o başka türlü yaptığı taktirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için hiçbir zaman haklı birer neden oluşturmazlar. (...) Bir bireyin davranışından dolayı topluma karşı olan sorumlu olabileceği kısmı, o davranışın başkasını ilgilendiren kısmıdır. Kendisini ilgilendiren kısmında öz-

⁶¹ Galston, William, A.; “Two Concepts of Liberalism”: Ethics, Vol.105 (1995), s. 521; Mason, Andrew; “Autonomy, Liberalism and State Neutrality”: The Philosophical Quarterly, Vol.10, No.160 (1990), s.435,436; Levey, s.104; Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16.

⁶² Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16.

⁶³ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16 ve 17.

⁶⁴ Mason, s.435.

⁶⁵ Mason, s. 436; Levey, s.105 ve 106; Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.16.

⁶⁶ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.17.

gür olması onun için mutlak bir haktır. Birey kendisi üzerinde, kendi vücudu ve beyni üzerinde, bizzat kendi başına buyruktur.”⁶⁷

Mill'e benzer şekilde bazı çağdaş liberaller özerkliğe asli bir değer yüklemektedirler. Bu düşünürlere göre, özerk birey, bir anlamda ahlaki olarak daha iyi bir konumdadır.⁶⁸ Bu nedenle Kymlicka'ya göre, devletin bireysel özerkliğin gelişimini desteklemesi ve bireylerin özerk tercihler yapmasına olanak tanıyacak farklı seçeneklerin varlığı gereklidir.

“Liberal bir toplum, ... insanlara sadece mevcut yaşam tarzlarını sürdürme imkanı tanımakla kalmaz, aynı zamanda onların (ifade özgürlüğü aracılığı ile) farklı yaşam şekilleri hakkındaki bilgiye ulaşmalarını da sağlar, (zorunlu eğitim aracılığı ile) çocukların başka yaşam şekillerini öğrenmelerini gerekli kılar ve herhangi bir ceza tehdidi olmaksızın insanların yaşamlarındaki amaçlarında köklü değişiklikler (din değişikliği de dahil) yapabilmelerini mümkün kılar. Liberal toplumun bu yönleri ancak kişinin amaçlarını değiştirebilmesinin mümkün ve bazen bunun istenen bir durum olduğu çünkü kişinin mevcut amaçlarının her zaman bağlı kalmaya değer olmayabileceğinin kabul edilmesi halinde anlamlı olur.”⁶⁹

Gillon'a göre de özerklik, “bütün değerlerin ön koşuludur” çünkü “gerçekten değer olmaları için düşünerek yapılmış tercihlere dayanmaları gerekmektedir”.⁷⁰

Raz da özerklik için üç koşul bulunduğunu belirtmektedir. Bunlar, negatif özgürlük ya da zorlamaya ve yönlendirmeye maruz kalmama, akli melekelerin ve kapasitelerin gelişimi ve “değerli” seçeneklere ulaşılabilirliktir.⁷¹ Raz'a göre akli melekelerin ve kapasitelerin gelişimi nitelikli,

⁶⁷ Mill, John, Stuart; “Hürriyet Üzerine”: Batıya Yön Veren Metinler III, Alev Atlı (der.), İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 1. Basım, Ekim 2010, s. 1187.

⁶⁸ Kymlicka, Will; Multicultural Citizenship: A Theory of Minority Rights, Oxford: Oxford University Press, 1995.

⁶⁹ Kymlicka, Multicultural Citizenship, s.82.

⁷⁰ Gillon, Ranaan; Philosophical Medical Ethics, Chicester: Wiley Medical Publications, 1985, s.66.

⁷¹ Raz, The Morality of Freedom, s. 417.

zorunlu ve herkes tarafından ulaşılabilir bir eğitim sistemini gerektirmektedir. Bu nedenle Raz, bireysel özerkliğin gelişiminde herkes için zorunlu liberal eğitimin gerekliliğini vurgulamaktadır.⁷²

Rawls'a göre özerklik, kişinin zihinsel ve ahlaki yeteneklerine dayalı olarak bir iyi anlayışı oluşturabilmesini, bunu değiştirebilmesini ya da takip edebilmesini ve bu yönde müzakereye girebilmesini ifade eder.⁷³

Reich'in bizim de katıldığımız tanımına göre özerklik, kişinin -seçmiş olsun ya da olmasın- belli başlı bağılıklar, istekler ve inançlar hakkında bağımsız ve eleştirel bir şekilde düşünebilme ve bir dizi anlamlı yaşam şekli arasında seçim yapabilme, seçtiği yaşam şekline uygun davranabilme ve yaşam planlarını söz konusu yaşam şekli çerçevesinde yönlendirebilme ve sürdürebilme yeteneğidir.⁷⁴

Özgürlük ve özerklik arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Özgür olmak için özerk olmak zorunlu değilse de, özerk birey olabilmek için özgürlük bir ön koşuldur. Erdoğan, bireyin kendi yaşam planını gerçekleştirebilmesi için öncelikle keyfi ve haksız kısıtlamalardan özgür olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, özerklik kapasitesine sahip olan bireylerin bu kapasitelerini harekete geçirebilmeleri ve kendi yaşamlarını kendileri kontrol eder hale gelebilmeleri için özgür olmaları gerekmektedir.⁷⁵ Bu nedenle özerk birey, baskı altında olmayan, hem kendi görüşleri hem de başka görüş ve uygulamalar ile ilgili eleştirel bir yaklaşım içinde olabilen ve bunun sonucu olarak da geleneklere körü körüne bağlı olmayan kişi olarak tanımlanmaktadır.

Mendus ise özerklik temeline dayalı bir liberal kuramın ne kadar liberal olabileceği sorusuna yanıt aradığı makalesinde, özerk bireyi kendi

⁷² Raz, The Morality of Freedom, s.417.

⁷³ Rawls, Siyasal Liberalizm, s.115.

⁷⁴ Reich, Liberalism, Multiculturalism, and Education, s.51.

⁷⁵ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.17.

yaptığı yasalara itaat eden kişi olarak tanımlamaktadır.⁷⁶ Bu anlamı ile birey özerkliği toplumdaki baskın geleneklerin, dinsel anlayışın ve törelerin kısıtlamalarından da özgür olmayı gerektiren bir durumu ifade etmektedir.⁷⁷ Mendus bu tespitlerin ardında özerkliği temel alan bir liberal düşüncenin çoğulcu ve hoşgörülü bir toplumu desteklediğini çünkü bunun özerkliğin bir şartı olarak farklı yaşam tarzları arasında seçim yapabilme olanağına vurgu yapacağını belirtmiştir.⁷⁸ Bireysel özerkliğin Kant tarafından *"kendi yasayı kendin yap"* şeklinde özetlenen⁷⁹ unsurunu Raz, kişinin kendi ahlaki dünyasını kendisinin yaratması olarak açıklamaktadır.⁸⁰ Gray ise aynı unsur kişinin kendisini, içinde bulunduğu toplumsal çevreye egemen olan geleneklerden ve çevresindeki kişilerin etkisinden uzaklaştırması olarak tanımlamaktadır.⁸¹ Mendus, birey özerkliğinin esası hakkında Raz ve Gray'in getirdikleri bu açıklamalarda ortak bir vurguya dikkat çekmektedir;

"Bu açıklamalarda özetlenen şey, özerk bireyin içinde yaşadığı toplumun standartları ve kuralları üzerinde düşünmesi ve bunları eleştirel bir şekilde değerlendirmesi gerekliliğidir".⁸²

Mendus'a göre, kişinin içinde yaşadığı toplumun kural ve gelenekleri hakkında akılcı ve eleştirel bir değerlendirme süreci içinde olması gerekliliği özerk birey ile özerk olmayan bireyin ayrımında esaslı bir kriterdir.

⁷⁶ Mendus, s.108.

⁷⁷ Mendus, s.108.

⁷⁸ Mendus, s.108.

⁷⁹ Kant, Immanuel; Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1982,s.46.

⁸⁰ Raz, Joseph; "Liberalism, Autonomy, and the Politics of Neutral Concern": Midwest Studies in Philosophy, 1982, s.111'den aktaran: Mendus, s.108.

⁸¹ Gray, John; Mill on Liberty: A Defence, Routledge and Keagan Paul, 1983, s.74'den aktaran: Mendus, s.108.

⁸² Mendus, s.109.

Sonuç olarak Erdoğan'ın bizim de katıldığımız görüşüne göre, kişiye farklı seçenekler arasında tercih yapabilme ve yaptığı tercihleri hayata geçirebilme koşullarına ilişkin olduğu ölçüde birey özerkliği, devlete bu koşulları sağlama görevi yüklese de, liberal bir ideal olarak kabul edilmelidir.

C- LİBERAL TASARIMI GERÇEKLEŞTİRMENİN BİR ARACI OLARAK LİBERAL EĞİTİM SİSTEMİ

O halde, bireyin özgürlüğüne ve özerkliğine dayalı çoğulcu bir toplum yapısının oluşturulmasında, söz konusu değerlerin bireylere aktarılmasının bir vasıtası olarak liberal ilkeler üzerine inşa edilmiş bir eğitim sistemi önemli ve gerekli bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸³ Bu nedenle McLaughlin, çoğulcu liberal siyasal sistemlerde eğitimin görevinin iki önemli gerçeklik çerçevesinde kavramsallaştığını belirtmektedir.⁸⁴ Bunlardan ilki, şekli nasıl olursa olsun eğitimin doğası gereği değer yüklü olduğu ve söz konusu değerlerin farklı tür ve nitelikte olduğudur. Herhangi bir eğitimin değer yüklü olmaması veya değerlerden bağımsız olması mümkün değildir.⁸⁵ Bu nedenle eğitim ile ilgili olarak ortaya çıkan sorun, onun değerlere dayanması ya da belli değerleri aktarması ile ilgili değil, hangi değerlere başvurması gerektiği ile ilgilidir. İkinci gerçeklik ise çoğulcu toplum yapısının karakteristik bir özelliği olarak toplumsal değerler alanında kemikleşmiş, değişmez ve köklü görüş farklılıklarının varlığıdır.⁸⁶ Bu iki toplumsal gerçeklik ışığında liberal bir siyasal düzende eğitim sistemi, toplumsal değerler alanında yarattığı etkilerin birbirinden farklı değerlere sahip yurttaşlar tarafından kabul edilmesini sağlayacak nitelikte ilkelere dayandırılmalıdır. Bu ilkelere en temel olanı, liberal eğitim sistemi içinde önceden belirlenmiş ve herkes için geçerli nitelikte olduğu kabul edilen bir “iyi yaşam” anlayışının desteklenme-

⁸³ Ruderman, Richard, S./ Godwin, Kenneth, R.; “ Liberalism and Parental Control of Education”: The Review of Politics, Vol. 62, No.3(2000), s.503-529.

⁸⁴ McLaughlin, T.H.; “Liberalism, Education and Schooling. Essays by T.H. McLaughlin”: St Andrews Studies in Philosophy and Public Affairs, Vol.9(2008), Luton, Bedfordshire, GBR: Imprint Academic, s. 90.

⁸⁵ McLaughlin, s.90.

⁸⁶ McLaughlin, s.90.

mesi veya belirli ve herkes için geçerli bir “doğru yaşam” tarzı varsayımı ile hareket edilmemesidir.⁸⁷ Liberal eğitimin bu yaklaşımı, onun toplumun temel ve ortak nitelikteki değerleri konusunda kayıtsız kalması anlamına gelmez. Liberal eğitim birbiri ile iç içe geçmiş iki katmanlı bir etki yaratma amacına sahiptir. Bu anlamda liberal bir eğitim sistemi, öğrencilere sahip olmak istedikleri inancın (din, felsefi kanaat veya vicdani tutum) ve bir insan olarak hayatı kendileri için anlamlı kılacakları değerlerin kendilerini belirlemeyi değil, bu değerleri belirleme yetisi üzerinde sağlam ve somut etki yaratmayı amaçlar.⁸⁸ Bu nedenle liberal eğitim bir taraftan toplumsal ahlakın temel unsurları konusunda öğrencileri bilgilendirirken, bir taraftan da çoğulcu demokrasinin işlerlik kazanmasında temel birim olan yurttaşlık erdeminin anlam ve önemini vurgular.⁸⁹ Son tahlilde liberal eğitim, bireylerin çoğulcu demokrasilerde özgür ve eşit yurttaşlar olarak yaşamalarını sağlayacak eğitim olarak tanımlanabilir.⁹⁰

Çoğulcu toplumların ayırt edici özelliği bireyler arasında bazı temel konularda görüş ayrılıklarının bulunmasının olağan karşılanmasıdır.⁹¹ Liberal eğitim, bu görüş ayrılıklarının bir çatışma nedeni haline gelmesi için bireyler arasında belli ilkeler üzerine oturtulmuş karşılıklı saygı etkisi yaratmaya çalışır. Karşılıklı saygı ilkesinin doğasından kaynaklanan nedenlerle liberal eğitim, öğrencilerin dinlerini, inançlarını, felsefi kanaatlerini ya da kişisel değerlerini, belirli ve herkes için geçerli bir “en iyi yaşam anlayışı” ile şekillendirme çabası içine girmez. Aksine liberal bir siyasal düzenin eğitim sistemi “iyi yaşam nedir?” sorusuna belirli, önceden hazırlanmış ve kapsayıcı bir yanıt vermek yerine, öğrencilerin kendi yanıtlarını oluşturmalarını sağlayacak teşvik edici bir tutum izler.⁹² Bu nedenle liberal eğitim hem öğrenciler hem de genel olarak

⁸⁷ McLaughlin, s.91; Reidy, A. David; “Pluralism, Liberal Democracy, and Compulsory Education: Accommodation and Assimilation”: Journal of Social Philosophy, Vol.32, No.4 (2001), s. 588.

⁸⁸ McLaughlin, s.91; Reidy, s.600.

⁸⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Rawls, Siyasal Liberalizm, s.234 ve 235.

⁹⁰ McLaughlin, s.91.

⁹¹ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.18.

⁹² McLaughlin, s.65.

toplumun kendisi üzerinde bir yönü ile birleştirici diğer bir yönüyle de farklılaştırıcı iki etkiye sahiptir.⁹³

Liberal bir siyasal düzende eğitim sistemi, bireyler arasında yaşamı onlar için önemli ve anlamlı kılan değerler konusunda farklı bakış açısı ve kabullerin olabileceği ve bireylerin doğrudan ya da dolaylı olarak bu değerlerini açığa vurma ihtiyacı duyabilecekleri var sayımı üzerine şekillendirilmek zorundadır. Eğitim sisteminin oluşturulmasında bu varsayımı göz ardı eden yani, inanç, yaşam felsefesi ve değer yargıları alanındaki çeşitliliğin önemine dayalı bir bilinç yoksunluğu çeken toplumların, çoğulcu demokrasinin talep ve gereklerini karşılayabilmeleri ve sonuç olarak çoğulcu bir toplum yapısı oluşturabilmeleri mümkün değildir.⁹⁴ Çoğulcu toplum yapısının değeri konusunda belli bir bilinç düzeyine ulaşmış toplumlarda eğitimin belli bir “iyi yaşam” anlayışı üzerine inşa edilmesine ve öğrencilerde belli yönde bir kimlik oluşturulmasına karşı doğal bir tepki oluşur.⁹⁵ Aynı toplumlarda, eğitim sisteminin, “çocuklar, doğru ve geçerli tek iyi yaşam anlayışını kabul edecekleri biçimde eğitilmelidir” düsturuna sahip cemaatçi bir birliktelik yaratacak tarzda oluşturulmasına karşı da bir uyanıklık vardır.⁹⁶ Bu nedenle liberal bir siyasal düzende siyasi iktidarı kullananların “*dindar bir kuşak yetiştirme*” gibi bir politik proje veya söylem ile toplum karşısına çıkmaları düşünülemez. Çoğulcu demokrasilerde eğitim, öğrencileri eleştirel düşünmeye ve en azından belli düzeyde bir öz yönetim ve kişisel özerklik kazanmaya teşvik eden bir kurum olarak görülür.

Bailey’e göre liberal eğitim, öğrencilere “*vatan ve millet ile olan yakınlık bağları da dahil mevcut ve belirli olan her şeyin ötesine rehberlik etmek*” zorundadır.⁹⁷ Peters’e göre liberal eğitim, aklın engelsiz ve sınırsız gelişimini sağlayan, mesleki ve faydacı sonuçlara endeksli olmayan bir

⁹³ McLaughlin, s.91

⁹⁴ McLaughlin, s.92.

⁹⁵ McLaughlin, s.92

⁹⁶ McLaughlin, s.92.

⁹⁷ Bailey,(1984), s.20-22; McLaughlin, s.91.

eğitimidir.⁹⁸ Bu tanımdan hareketle Peters, liberal eğitimin şu üç temel kriteri karşılması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁹

i-eğitim, “değerli bilgilerin” aktarılmasını ifade eder. Bu, liberal eğitimin tutarsız ve önemsiz bilgiyi göz ardı etmesi anlamına gelir. Bir faaliyetin eğitimsel faaliyet olarak nitelendirilebilmesi için öğretilen bilginin “değerli” bir bilgi olması gerekir.

ii-eğitim sürecinde aktarılan bilgi, bireyin bakış açısını etkileyecek ve bilişsel sonuçlar doğuracak nitelikte olmalıdır. Aktarılan bilginin yarattığı bu etki sayesinde gerçekten eğitilmiş birey ile sadece bilgilendirilmiş kişi arasındaki fark belirgin hale gelir. Eğitilmiş birey, hiçbir kavramsal zemine oturmayan ve birbiri ile bağlantısız olgu ve bilgilerden daha fazlasına sahiptir. Bu nedenle eğitilmiş birey, kendisine eğitim sürecinde aktarılan bilgilerin temelini oluşturan yapı ve kurumların genel çerçevesini anlamasını sağlayacak ilkeleri yani aktarılan bilginin dayandığı kuramsal yapıyı bilen kişidir. Peters'e göre eğitilmiş birey, sahip olduğu bilgiyi içselleştirmiş ve bu sayede bakış açısını kendisi şekillendirebilen ve değiştirebilen kişidir. Bu anlamda liberal eğitim, bireye felsefi değeri ve derinliği olan bilgiye sahip olmasını sağlayan bir eğitimidir.

iii-liberal eğitim sadece aktarılan bilginin niteliği konusunda değil, bu bilginin aktarılış yöntemi konusunda da bazı kriterlere sahiptir. Bu bağlamda liberal eğitim, öğrencinin iradesini ve farkındalığını ihlal eden ya da bunları yok sayan yöntem ve usulleri kabul etmez. Buna göre liberal eğitim, bilginin belli aktarılış yöntemlerini, bireylerin salt insan olmalarından kaynaklanan ahlaki değerine saygısız olduğu gerekçesi ile dışlayan bir eğitimidir. Peters'e göre, öğrencinin iradesini ve farkındalığını ihlal etmeyen her türlü eğitim yöntemi meşru kabul edilmelidir. Bu nedenle öğrencinin bireysel özerkliğini ihlal eder nitelikteki tek taraflı telkin, beyin yıkama, propaganda ve şartlandırma yöntemleri liberal bir

⁹⁸ Peters, R.S.; Education and Education of Teachers, London:Routledge, 1976, s.46,47.

⁹⁹ Peters, R.S. Ethics and Education, 5th edn, George Allen & Unwin Ltd, London 1968 aktaran: Keeney, Patrick; Liberalism, Communitarianism and education:Reclaiming Liberal Education, Abingdon, Oxon,GBR:Ashgate Publishing Group, 2007, s.139,140.

eğitimde kabul edilebilir eğitim yöntemleri değildir. Liberal eğitim, bireyin ahlaki değerine ve bütünlüğüne saygılı bir öğretim şeklini ortaya çıkartma ahlaki sorumluluğunu da bünyesinde taşıyan bir eğitimidir.¹⁰⁰

Liberal bir eğitim sisteminin asgari şekilsel şartlarını belirten bir diğer yazar da Levin'dir. Levin'e göre, liberal bir eğitim, akıl ve bilgiyi, otorite ve mevkiinin üstünde tutan, bütün eğitim faaliyetlerinin tartışmaya ve değişime açık olduğu, farklı görüşlere saygının esas olduğu sınıflar yaratan, çocukların derse aktif katılımını teşvik edici pedagojik uygulamalara yer veren ve ahlaki ilke ve konulara teknik konulara oranla öncelik tanıyan bir eğitimidir.¹⁰¹ Bu ilkeler öğrencinin siyasi konularda görüş oluşturmalarının desteklenmesi, öğrencinin bilgi ve düşünme yeteneğine saygı gösterilmesi ve öğrencilerin özerk tercihler oluşturma süreçlerinin korunması gibi temalara yoğunlaşmıştır.¹⁰² Hyslop-Margison/ Sears, Levin'in bu ilkelerine ek olarak üç ilke daha belirtmektedir. Bu ilkelerden ilki, öğrencinin rasyonalitesine saygıdır. Rasyonalite insanı diğer canlılardan ayıran en temel özellik ve tek tanımlayıcı unsurdur. Bu nedenle, eğitim sürecinde insanın bu temel ayırt edici yetisine yönelen her müdahale, öğrencilerin insanlığını reddeden ve onları kişisizleştiren bir eylem olarak suçtur. Liberal eğitim, çeşitli bakımlardan farklı konularda olan bireylerin farklı öncelik ve bakış açılarına sahip olabileceklerini bir ön kabul olarak gören ve faaliyetlerini bu ön kabul çerçevesinde şekillendiren eğitimidir. Öğrencinin rasyonalitesine saygı ilkesi, ilk olarak sunulan bilgilerin hiçbirisinin öğrencinin eleştiri ve akıl yürütmesinden muaf tutulamayacağı anlamına gelir. Bu nedenle liberal eğitimde öğrencilere sunulan hiçbir bilgiye, bu bilgilerin öğrencilerin etki ve akıl yürütme becerilerini aştığı gerekçesi ile dokunulmazlık ve kutsallık atfedilemez. İkinci olarak, öğrencinin rasyonalitesine saygı ilkesi sayesinde öğrencilerin içerikleri ve öğrenme çıktıları önceden saptanmış hedeflere sorgusuz sualsiz yönlendiren tek taraflı telkin niteliğindeki eğitime de

¹⁰⁰ Peters'in bu tespitlerine yönelik eleştiriler hakkında bkz. **Keeney**, s. 140 vd.

¹⁰¹ **Levin**, Benjamin; "The Educational Requirement for Democracy": Curriculum Inquiry, Vol.28(1), 1998, s. 64.

¹⁰² **Hyslop-Margison**, Emery, J./ **Sears**, Alan, M.; Neo-Liberalism, Globalization and Human Capital Learning, Reclaiming Education for Democratic Citizenship, Springer, Dordrecht, 2006, s. 60.

engel olunur.¹⁰³ Peters, liberal eğitimin öğrencilere, karşılaştıkları bilgiyi kabul etmelerini sağlayacak sebepleri talep etme ve bu sebepleri kendi bilgi, deneyim ve merakları çerçevesinde sorgulama hakkı da tanıdığını ileri sürmektedir.¹⁰⁴ Tek taraflı telkin niteliğindeki öğretim uygulamaları müfredattaki konuların eleştirilmesi olanağını reddederken, liberal eğitim bu eleştirel yaklaşımın hem eğitim sürecinin hem de katılımcı yurttaşlığın vazgeçilmez bir gereği olarak değerlendirir.¹⁰⁵ Liberal eğitim, ifade özgürlüğü de dahil diğer bütün temel hak ve özgürlüklere yönelebilecek tehditlere karşı ilk savunma hattıdır.¹⁰⁶ Hyslop-Margison/ Sears'ın liberal eğitim için önerdiği ikinci ilke, alternatif görüşler üzerinde düşünüp tartışmaktır. Yazarlara göre, bir konunun öğrencilere sadece belli bir bakış açısı ile aktarılması, öğrencilerin aynı konudaki diğer bakış açıları ile kıyaslama yapmalarını ve kendi bakış açılarını geliştirmelerini engeller. Liberal eğitim, bireylere tarihin farklı dönemlerinde farklı coğrafyalarda çok çeşitli düşünce, din, inanç ve felsefenin var olduğu ve bunların farklı içeriklerde uygulanageldiği anlayışını veren eğitimidir. Liberal eğitim sürecinde çeşitliliğe ve bunun olağanlığına dair edindikleri bu bilgiler ve anlayış sayesinde bireyler hem kişisel yaşamlarının şekillendirilmesinde hem de içinde yaşamak istedikleri toplum tipinin yaratılmasında bilinçli tercihler yapabilirler.¹⁰⁷ Hyslop-Margison/Sears'a göre, öğrencilerin kendilerine ait bir görüş oluşturmalarına olanak sağlamak için öğretilen bütün konularda konu ile ilgili alternatif ve muhalif görüşleri içeren kaynaklara da yer verilmelidir. Liberal bir eğitimde, toplumun genelinde kabul görmüş düşünceler ve dinsel inançlarla çelişir nitelikte dahi olsa, farklı ve muhalif görüş ve bilgilere yer verilmek zorundadır.¹⁰⁸

¹⁰³ Hyslop-Margison/Sears, s. 61.

¹⁰⁴ Peters, R.S.; The Philosophy of Education, London:Oxford University Press, 1973'dan aktaran: Hyslop-Margison/Sears, s. 61.

¹⁰⁵ Hyslop-Margison/Sears, s.61.

¹⁰⁶ Hyslop-Margison/Sears, s.62.

¹⁰⁷ Hyslop-Margison/Sears, s.65.

¹⁰⁸ Hyslop-Margison/Sears, s.66.

Hyslop-Margison/ Sears'ın liberal eğitim için ileri sürdükleri üçüncü ve son ilke, toplumsal gerçeklik ile doğal gerçeklik arasındaki farkın idrak edilmesidir.¹⁰⁹ Yazarlara göre çoğu eğitim sistemi, toplumsal gerçekliğin önceden belirlendiği ve öğrencilerin de önceden belirlenmiş bu yapıyı kabul edip ona uyum sağlamaları gerektiği yönündeki söylem çerçevesinde yürütülmektedir. Oysa liberal kuram, toplumsal değişim ve ilerleme düşüncesine dayanır. Bu amaca ancak öğrencilerin toplumu değişmez veya statik değil, dinamik ve değişken bir yapı olarak görmele-ri halinde ulaşılabilir.¹¹⁰

Gutmann'a göre; "bir devletin yetişkinlere kişisel ve siyasal özgürlükler sağlaması gerektiği yönündeki (liberal) ilke, aynı devlete bu özgürlükleri çocuklar için gelecekte mümkün ve anlamlı hale getirecek nitelikte bir eğitim sağlama görevi de yüklemektedir. Bir devlet, tercih yapma özgürlüğünü, gelecekteki vatandaşlarına muhalif bakış açlarına ve yaşam tarzlarına saygı duymayı öğreterek mümkün hale getirebilir. Devlet, tercih yapma özgürlüğünü, çocukları kendi anne babalarının yaşam tarzlarından farklı yaşam tarzları hakkında değerlendirme yapabilmeleri için gerekli olan entelektüel beceriler ile donatarak anlamlı hale getirir."¹¹¹

Bütün bu değerlendirmenin ardından liberal eğitimin amacının çocukları yetişkinliklerinde akla dayalı özerk bir yaşama hazırlamak olduğu söylenebilir. Akla dayalı özerk bir yaşam bireyin kendisi tarafından akılcı bir şekilde seçilmiş bir yaşamdır. Akla dayalı özerklik eğitiminin bu nedenle iki gerekliliği vardır; -Erişkinliğin başlangıcı ile birlikte bireyler mümkün olan en fazla sayıdaki "yaşam tarzı" ve "iyi" anlayışları arasından seçim yapabilecek halde olmalı ve -bireyler eleştirel düşünce alışkanlığı ve yeteneği ile yetiştirilmelidir.¹¹²

¹⁰⁹ Hyslop-Margison/Sears, s.66.

¹¹⁰ Hyslop-Margison/Sears, s.66.

¹¹¹ Gutmann, Democratic Education, s.30.

¹¹² Arneson, Richard/ Shapiro, Ian; "Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of Wisconsin v. Yoder": Political Order: Nomos XXXVIII, I. Shapiro and R. Hardin (eds.), New York 1996, s. 388.

II-LİBERAL KURAMIN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE İZDÜŞÜMLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin taslak çalışmalarına ve Mahkeme kararlarına yakından bakıldığında, liberal kuramın amaç, ilke ve değerlerinin izini sürmek mümkündür. Çünkü Sözleşme'nin en temel amacı, demokratik bir toplumdaki birey hak ve özgürlüklerine güvence sağlamaktır.¹¹³ Taslak çalışmalarında Sözleşme'nin “*totalitarizmin yeniden doğmasına engel olmak*”, “*insanları diktatörlüğe karşı korumak*” ve “[Sözleşme'ye taraf olan] ülkelerde yaşam tarzını zayıflatmaya yönelik sinsi teşebbüslere karşı direnişi güçlendirmek” amacıyla kabul edildiği belirtilmiştir.¹¹⁴ Mahkeme kararlarında da bunun ön koşulu olarak işleyen bir demokrasinin varlığı gösterilmiştir. Bu nedenle, Sözleşme organları çeşitli kararlarında “*demokratik toplum*”un gereklerini belirleme teşebbüsünde bulunmuş¹¹⁵ ve Mahkeme kararlarında, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplumun mihenk taşı olarak nitelendirilmiştir.¹¹⁶ Mahkemeye göre, çoğulcu demokratik bir toplumda Devlet'in çeşitli din, inanç ve düşüncelere karşı tarafsız ve yansız olma ödevi vardır. Devlet, dinsel inançların veya bunların açığa vurulması yöntemlerinin meşruluğuna ilişkin olarak herhangi bir değerlendirmede bulunamaz.¹¹⁷ Mahkemeye göre, azınlıklara adil ve makul davranılmasını ve çoğunluğun kötü muamelesinin önlenmesini sağlayan toplumsal bir dengenin kurulması gerekmektedir.¹¹⁸ Mahkeme, ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temel niteliklerinden birisi olarak nitelendirmiş ve bu özgürlüğün demokrasinin ve bireyin gelişiminde oynadığı önemli role vurgu

¹¹³ Marks, Susan; “The European Convention on Human Rights and its ‘Democratic Society’”; British Yearbook of International Law, Vol.66 (1996),s. 209;Sezer, s.286.

¹¹⁴ Marks, s. 210, 211

¹¹⁵ Marks, s. 209; Greer, s.14; Evans, Religious Freedom, s.320.

¹¹⁶ Handyside/İngiltere, 24 Eur. Ct. H.R. (Ser.A) (1976), p.49; Lingens/ Avusturya, App.No. 9815/82, Eur.Ct.H.R. (08.07.1986), p.41;Young, James ve Webster/ İngiltere, 44 Eur.Ct.H.R. (ser. A) (1981), p.63; Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, App.No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98,Eur. Ct.H.R. (31.07.2001), p.42.

¹¹⁷ Hasan ve Chaush/Bulgaristan, App.No.30985/96.

¹¹⁸ Young, James ve Webster/ İngiltere, p.63; Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, p.42.

yapmıştır.¹¹⁹ Bu nedenle ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmalar dar yorumlanmalıdır.¹²⁰ Mahkemeye göre, Sözleşme bir bütün olarak anlaşılmalı ve öyle yorumlanmalıdır. İnsan hakları, insanlık onurunu korumayı amaçlayan bir sistemdir ve demokrasi ve hukukun üstünlüğü bu konuda kilit role sahiptir.¹²¹ Demokrasi, Avrupa kamu düzeninin temel unsurunu temsil eder ve 8.,9., 10.ve 11 maddelerde güvence altına alınan özgürlüklerden birisine yapılacak müdahale, ancak demokratik bir toplumda gerekli olması halinde meşru kabul edilebilir. Demokrasi, Sözleşme tarafından tasarlanan tek siyasi modeldir ve sadece [bu siyasi sistem] Sözleşme ile bağdaşmaktadır.¹²² Mahkeme'ye göre, demokratik toplum, insan haklarına saygının, çoğulculuğun ve hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu ve siyasal katılım yollarının da açık olduğu bir düzene ifade eder.¹²³

Tietgen'e göre, özgürlük "soyut bir şekilde" tanımlanamaz ve özgürlüğün pratik, pozitif içeriği "bu özgürlüğün yararlanıldığı siyasi rejime dayanır".¹²⁴ "demokratik ülkelerimizde, bireysel özgürlükler demokratik kuruluşlar tarafından korunur. Sonuç olarak, bu özgürlüklere korunma sağlanması çerçevesinde, bireysel özgürlükler kendilerini garanti eden kurumlardan ayrı düşünülemez."¹²⁵

Sözleşmenin taslak çalışmalarında eğitim hakkına ilişkin tartışmalarda da liberal eğitimin temel ilkelerine atıf yapıldığı gözlemlenmek-

¹¹⁹ **Vogt/Almanya**, App.No. 17851/91, Eur.Ct.H.R. (26.10.1995),p.52; **Handyside/İngiltere**, p.49; **Lingens/Avusturya**, p.41.

¹²⁰ **Observer et Guardian/ İngiltere**, Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (26.11.1991),p.59; **Sunday Times/İngiltere**, Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (26.11.1991),p.50.

¹²¹ **Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye**, p.42.

¹²² **Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/ Türkiye**, App.No. 19392/92, Eur.Ct.H.R. (30.01.1998), p.44 ve 45.

¹²³ **Handyside/İngiltere**, s. 23; **Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/ Türkiye**, p.42 ve 43; **Türkiye Sosyalist Partisi ve Diğerleri/Türkiye**, App.No. 26482/95, Eur.Ct.H.R. (25.05.1998), p.41; Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye, App.No.23885/94, Eur.Ct.H.R. (1999-VIII) (08.12.1999), s.293.

¹²⁴ **Svensson-McCarthy**, s.122.

¹²⁵ **Svensson-McCarthy**, s.125.

tedir. Örneğin, taslak çalışmaları sürecinde Sözleşme'de yer verilmesi planlanan hak ve özgürlüklerin tartışıldığı İstişare Meclisi toplantısında, Fransız delege aile babalarının çocuklar ile ilgili "haklardan" çok "sorumluluklara" sahip olduğunu belirterek Sözleşme'de yer alması gereken en temel hak ile ilgili olarak şu tespitleri yapmıştır;

*" (en temel hak)her çocuğun kültüre erişme, özgürlük ortamında ve kendisine herhangi bir dogma ya da öğreti empoze eden yöntemlerle değil düşünce gücüne ve kişisel araştırma yeteneklerine, serbest araştırma ruhuna hitap eden yöntemlerle büyütülme hakkıdır, ve böylece yavaş yavaş yetiştiklinliğe ulaştığında çocuk gerçek anlamda olgun ve özgür bir birey haline gelebilir."*¹²⁶

Son tahlilde, Sözleşme organlarının kararlarında da vurgulandığı gibi, Sözleşme'nin ve getirdiği yargısal güvence sisteminin liberal kuramın uluslararası hukuk alanındaki kurumsal bir yansıması olduğu söylenebilir. O halde, ilke olarak Sözleşme organlarının verdikleri kararlarda, liberal kuramın yukarıda bahsettiğimiz temel tasarımı olan özgür ve özerk bireyi önceleyen ve bu tasarımın gerçekleşmesine engel olabilecek ya da gölge düşürecek nitelikteki her türlü devlet tasarrufunu Sözleşme'nin ruhuna ve amacına aykırı bulan bir tutum içinde olması beklenecektir.

III- MAHKEME'NİN LİBERAL KURAM İLE İMTİHANI: ZORUNLU DİN DERSLERİ ve OKULLARDAKİ DİNSEL SEMBOLLER

A- DEVLETİN TAKDİR YETKİSİNİN ÜSTÜNLÜĞÜ

Sözleşme organları farklı tarihlerde, farklı devletlere karşı yapılmış, konusu din dersleri olan başvurular ile karşılaşmış ve devlet okullarında dinsel veya felsefi nitelikte bilgi aktarımı öngören derslerle ilgili olarak

¹²⁶ Travaux Préparatoires, Vol.II(1975), s.74.

bir dizi karara imza atmıştır.¹²⁷ Mahkemeye göre “eğitim”; “yetişkinlerin inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini onun aracılığı ile ...gençlere aktarmaya çalıştığı sürecin bütünüdür”¹²⁸ ve eğitim hakkı¹²⁹ da, “eğitimde çoğulculuk imkanının korunması” ve demokratik bir toplumun gelişmesi için gerekli koşulların yaratılması amacına yönelik bir haktır.¹³⁰ Söz konusu çoğulculuk imkanı; “Sözleşme’de belirtilen “demokratik toplumun” korunması için önemlidir. Modern devletin yetkileri bakımından, bunun öncelikle devlet eğitimi aracılığıyla gerçekleştirilmesi gerekir”¹³¹ Mahkemeye göre devlet; “eğitim ve öğretim aracılığı ile doğrudan ya da dolaylı olarak dinsel ve felsefi nitelikteki bilgi ve haber” aktarabilir. “Bu madde aynı zamanda ebeveynlerin bu tip bir öğreti ve eğitimin okul müfredatı içinde yer verilmesine itiraz olanağı da vermez, aksi takdirde bütün kurumsal eğitimin uygulanamaz hale gelmesi riski doğabilir. Bunun da ötesinde okullarda öğretilen pek çok konunun az ya da çok, felsefi düşünce ve çıkarımlar içermemesi zor görünmektedir. Bu durum, dinlerin her felsefi, kozmolojik ve ahlaki yapıdaki soruya cevap verebilecek kadar geniş dogmatik ve ahlaki içeriğe sahip olduklarının hatırlanması halinde, dinsel konular bakımında da geçerlidir”.¹³² “Diğer taraftan, 2. maddenin ikinci fıkrası devletin, eğitim ve öğretim ile ilgili üstlendiği işlevleri yerine getirirken müfredatta yer alan bilgi ve öğretilerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarıldığını da gözetmek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Devletin, ebeveynin dinsel ve felsefi inançlarına saygısız görülebilecek şekilde sistematik telkin amacı izlemesi yasaktır. Bu aşılmaması gereken bir sınırdır”.¹³³

¹²⁷ Bu kararlardan en önemlileri; **40 Anne/İsveç**; App.No.6853/74, 35 Eur.Comm.’n H.R. Dec.&Rep.9 (1977); **Campbell ve Cosans/İngiltere**, Ser.A, no:48 (1982); **Kjeldsen,Busk Madsen ve Peder-sen/Danimarka (Danimarka Cinsel Eğitim Davası)**, Ser.A, No:23 (1982); **Angeleni/İsveç**, App. No.10491/83,51 Eur.Comm.’n H.R.Dec.&Rep.41 (1986).

¹²⁸ **Campbell ve Cosans/İngiltere**, Ser.A, no:48 (1982).

¹²⁹ Sözleşme’de “Eğitim Hakkı” nı düzenleyen 1 No.lu Protokolün 2. maddesine göre;

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.

Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”.

¹³⁰ **Danimarka Cinsel Eğitim Davası**, Ser.A,No:23 (1982), s.25.

¹³¹ **Danimarka Cinsel Eğitim Davası**, Ser.A,No:23 (1982), s.25.

¹³² **Danimarka Cinsel Eğitim Davası**, Ser.A,No:23 (1982), s.26.

¹³³ **Danimarka Cinsel Eğitim Davası**, Ser.A,No:23 (1982), s.26 vd.

Mahkemenin bu kararından çıkan sonuca göre, anne-baba sadece kendi din ve inançlarından farklı din ve felsefelerin öğretilmesine karşı olabilirler. Bunun yanında anne-babanın böyle bir itirazı yapabilmeleri için söz konusu eğitim ve öğretimin ayrıca bir *sistematik telkin seviyesine* ulaşmış olması da gerekmektedir. Ebeveyn, çocuğunu, kendi inançlarını eleştirel olarak inceleyen ya da diğer inanç ve felsefelerin kaynaklarını genel ve karşılaştırmaları bir şekilde açıklamayı amaçlayan bir bilgilendirmeden “mahrum bırakamaz”.¹³⁴ Devlet sunulan konuların “tarafsız, eleştirel ve çoğulcu” bir içerikte olduğundan emin olmak zorundadır.

Mahkeme, “devlet okullarında din derslerinin isteğe bağlı olması ya da zorunlu olmakla birlikte söz konusu dersten muafiyet olanağının sunulması... durumlarında, 9. madde ile güvence altına alınmış haklara bir müdahalenin söz konusu olmadığı” na karar vermiştir. Bu karar bakımından değerlendirildiğinde, Sözleşme organlarına göre öğrencilere “muafiyet imkanı” tanınması halinde, zorunlu din dersi Sözleşme’ye aykırı değildir.

Devlet, hazırladığı ders programlarında dinsel telkin uygulamasından kaçınmakla yükümlü olduğu gibi, okullarda çalışan öğretmenlerin kişisel davranışları ile sebep oldukları dinsel propagandalara karşı da tedbir almalıdır.¹³⁵ Sözleşme organlarına göre, dinsel olarak tarafsız olan ve ebeveynin çocuklarını din bilgisi dersinden muaf tutabilme seçeneğine sahip olduğu bir okulda öğretmenlerin, ebeveynin dinsel ve felsefi inançlarına saygı duyması ve ayrıca görevlerinin kendilerine sağladığı olanakları, öğrencilere ebeveyninin inançlarına aykırı bir dinsel telkinde bulunmak için kullanmamaları gerekmektedir.¹³⁶ Komisyonun kararına göre, din dersinin sistematik bir telkin boyutuna ulaşmış olmasının belirlenmesinde, dersin bir parçası veya gereği olarak “dinsel ibadetlere katılmaya zorlanmış olmak” önemli bir ölçüttür.¹³⁷

¹³⁴ Evans, Religious Liberty, s.356.

¹³⁵ 40 Anne/İsveç; App.No.6853/74, 35 Eur.Comm.’n H.R. Dec.&Rep.9 (1977).

¹³⁶ X/İngiltere, App.No.8010/77, 16 Eur.Comm.’n H.R. Dec.&Rep.101 (01.03.1979).

¹³⁷ Angeleni/İsveç, App.No.10491/83, 51 Eur.Comm.’n H.R. Dec.&Rep.41 (1986).

B-İÇTİHATLARDA KIRILMA NOKTASI: FOLGERO VE ZENGİN BAŞVURULARI

1- Folgero ve Diğerleri/Norveç Başvurusu

Folgero ve diğerleri/Norveç¹³⁸ başvurusunun konusunu baskın çoğunluğun Luteryan olduğu ve anayasaya göre Evanjelik Luteryan inancının resmi din olduğu Norveç'teki din derslerinin içeriği, yöntemi ve bu derse katılım şekli ile ilgili olarak, Hükümetin 1993-1997 yılları arasında gerçekleştirdiği bir dizi eğitim reform oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre, din derslerinde sadece Hristiyanlık dinine değil, diğer din ve felsefelerle de yer verilecek ve bu şekilde kapsamı genişletilen ders ilk ve ortaöğretim düzeyindeki öğrencilere, "Hristiyanlık, Din ve Felsefe (HDF)" adı altında tek ders olarak okutulacaktır.¹³⁹ Başvuru konusu ihtilafın nedeni Norveç hükümetinin Hristiyan olmayan ebeveynlerin söz konusu dersten bütünüyle muaf olma isteklerini reddetmesidir.

¹³⁸ **Folgero ve Diğerleri/Norveç**, App.No. 1547/02(29.06.2007).

¹³⁹ Zorunlu Eğitim Yasası'nda HDF dersinin yeni içeriği ile müfredata girmesine olanak sağlayan düzenlemelere göre;

"Bölüm 1-2(1);

İlk ve orta düzeydeki eğitimin amacı, velilerle uyumlu işbirliği içinde, öğrencilere Hristiyanlık ve ahlak terbiyesi verilmesine yardımcı olmak; onların zihinsel ve fiziksel yeteneklerini geliştirmek ve iyi bir genel bilgi vererek, yararlı ve bağımsız bireyler olmalarını sağlamaktır."

"Bölüm 2-4;

"Hristiyanlık, Din ve Felsefe (HDF) derslerinin içeriğinde yer alan temel öğeler şunlardır;

i. Kültürel miras ve Evangelikan Luteryen Hristiyanlık anlayışı formunda, İncil ve Hristiyanlığa dair bilgileri tam olarak aktarmak

ii. diğer Hristiyan cemaatlere dair bilgileri tam olarak aktarmak

iii. diğer dünya dinleri ve felsefelerinin, etik ve felsefi konulara dair bilgilerini aktarmak

iv. Hristiyanlık ve hümanizm değerlerine karşı anlayış ve saygıyı geliştirmek

v. Farklı inanç ve inanış algılarına sahip insanlar arasındaki, anlayış, saygı ve diyalog kurma yeteneğini geliştirmek.

Hristiyanlık, Din ve Felsefe Öğretimi bütün öğrencileri normal bir şekilde bir araya getirmesi gereken mutabakat bir derstir. Ders, bir vaaz şeklinde öğretilmemelidir.

HDF öğreten bir kimse 1-2. Bölümdeki amaç hükmünü bir başlangıç noktası olarak almalı ve Hristiyanlığı, farklı din ve felsefeleri kendi niteliklerinin bakış açılarından sunmalıdır. Aynı pedagojik ilkeler farklı konuların öğretimine de uygulanmalıdır.

Ebeveynin yazılı bir başvurusu üzerine bir öğrenciye, belli bir okuldaki öğretimin kendi din ya da yaşam felsefelerinin bakış açısına göre başka bir dinin uygulaması ya da başka bir yaşam felsefesine katılım düzeyine ulaştığını düşündükleri bölümlerinden muafiyet tanınmalıdır. Bu bölümler, -inter alia- sınıfta ya da okul dışındaki dinsel faaliyetler ile ilgili olabilir. Muafiyet talebi içeren bir ebeveyn başvurusu durumunda, okul yönetimi mümkün olduğu nispette, okul müfredatı dahilinde farklılaştırılmış öğretim sağlamak suretiyle çözüm bulmaya çalışmalıdır." **Folgero ve Diğerleri/Norveç**, p.23.

Bakanlık, 1997'de ve 1998'de yayınladığı iki Genelge ile yeni hükümlerin ve özellikle muafiyet sisteminin nasıl uygulanacağını belirtmiştir. Bu Genelgelerden 1997 tarihli olanına göre, ebeveyn, yaptığı muafiyet başvurusunda, derste hangi uygulamaları başka bir dinin uygulaması ya da başka bir felsefi inanca katılım olarak değerlendirdiklerini -nedenleri ile birlikte- belirteceklerdir. Öğrenciye bir muafiyetin tanınması ancak ebeveynin bu nedenleri belirtmesi halinde mümkün olacaktır.¹⁴⁰ 1998 tarihli ikinci Genelge'de ise ebeveynin muafiyet taleplerinin nedenlerini belirtme zorunluluğu yumuşatılmış ve *"açıkça dinsel nitelikli olan faaliyetlerden"* muafiyet için yaptıkları başvurularda neden belirtme zorunluluğu kaldırılmıştır.¹⁴¹ Genelge'de HDF dersinin öğretiminde *"Farklılaştırılmış Öğretim"*'in ne anlama geldiği ve nasıl uygulanacağı da açıklanmaktadır. Buna göre, HDF dersinde uygulanacak olan *"Farklılaştırılmış Öğretim"*, bilginin değil, uygulamanın farklılaştırılması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, dinsel niteliği *"açık"* olan faaliyetlerden kendisine *"kısmi muafiyet"* tanınmış öğrenciler de müfredat kapsamındaki bu dinsel bilgileri -farklı bir yöntemle de olsa- öğreneceklerdir. *"Okul yönetimi söz konusu bilgiyi öğrencilere farklı bir metodolojik yaklaşım aracılığı ile aktaracaktır"*¹⁴². Bakanlık, bütün bu hukuksal düzenlemelerin ardından, 1999 yılında Norveç'in On Yıllık Zorunlu Eğitim Müfredatı'nı yayınlamıştır. HDF dersinin amacının, içeriğinin ve öğrenme hedeflerinin yer aldığı bu Müfredata göre;

"Dersin öğretilmesi öğrencilere Hristiyanlık ve Hristiyan yaşam anlayışının ne anlama geldiğini tam olarak nüfuz etmelerini ve aynı zamanda diğer dünya dinleri ve felsefeleri hakkında güvenilir bilgi verilmesini sağlama amacını taşımaktadır."

Aynı müfredatta Hristiyanlığın ve diğer dinlerin öğretilmesinde aynı pedagojik ilkelerin uygulanacağı vurgulanmış ve dersin farklı inanç ve felsefeler arasında karşılıklı bilgi, saygı ve diyaloga katkı sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Müfredata göre;

¹⁴⁰ Ebeveynin muafiyet talebinin reddedilmesi halinde ebeveyn bu ret kararına karşı okul aracılığı ile Devlet Eğitim Dairesi'ne başvuruda bulunabilecektir. **Folgero ve Diğerleri/Norveç**, p.25.

¹⁴¹ **Folgero ve Diğerleri/Norveç**, p.26.

¹⁴² **Folgero ve Diğerleri/Norveç**, p.48.

“Sınıf, belli bir inancın telkin edileceği yer değildir. Ders, bir inanç hakkında bilgi verir, dinsel eğitim vermez.”¹⁴³

Başvurucu ebeveynler ise, Hükümetin yeni düzenlemesi ile HDF dersinin “tarafsız, eleştirel ve çoğulcu” bir şekilde öğretilmediğini ve bu nedenle Mahkeme’nin 1 No.lu Protokolün 2. Maddesi ile ilgili olarak geliştirdiği kriterler ile çeliştiğini ileri sürmüşlerdir. Bunun da ötesinde başvurularda göre dersin temel amacı, Hristiyanlık vaazları ve öğretileri içeren ders kitapları aracılığı ile çocuklarda belli bir dinsel kimliğin oluşturulmasıdır.

Mahkeme başvuruyu, özel hüküm olması nedeniyle, 1.No.lu Protokolün 2. Maddesi kapsamında ele almış¹⁴⁴ ve daha önceki kararlarında geliştirdiği ilkelere yaptığı atıflarla şu tespitlerde bulunmuştur.

“takdir marjına binaen, müfredatın planlanması gibi konular, kural olarak, taraf devletin takdir yetkisi içindedir.”¹⁴⁵ Bununla birlikte, 2. Maddenin ikinci fıkrası devletin “ebeveynin dinsel ve felsefi kanaatlerine saygısızlık olarak algılanabilecek nitelikte tek taraflı telkin amacı gütmelerini yasaklamaktadır.”¹⁴⁶ Devlet tarafsız olmalıdır ve tarafsızlık tek taraflı dinsel telkinin engellenmesi anlamında negatif bir anlama sahiptir. Mahkeme bu tespiti ile müfredat planlamasında devletin takdir yetkisine tanıdığı alışıldık üstünlüğe vurgu yapmakla birlikte, bu takdir yetkisi kapsamında sadece devletin neleri “yapamayacağını” (negatif boyutu) değil, devlet otoritesinin neleri “yapması gerektiği” (pozitif boyut) konusuna da değinmektedir. Bu açıdan Folgero Kararı eğitim alanı ile ilgili olarak, dinsel tarafsızlık, din ve inanç özgürlüğü ve çoğulculuk arasındaki ilişkinin geliştirilmesine dayanak oluşturmaktadır. Mahkeme devletin “müfredattaki bilgi ve haberlerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekil-

¹⁴³ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.49.

¹⁴⁴ AİHS’ne Ek 1.No.lu Protokol, md.2 “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yüklenmesi gereken görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

¹⁴⁵ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.84.

¹⁴⁶ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.84.

de aktarılmasına” dikkat etmek zorunda olduğunu belirttikten¹⁴⁷ sonra ayrıca devletin farklılıkları tanımak ve karşılıklı saygı kültürünü teşvik etmek yönünde pozitif bir yükümlülüğü olduğunu da vurgulamıştır. Daha önceki kararlarda da belirtildiği gibi, “1 No.lu Protokolün 2. Maddesi, dinsel bilgiler ile diğer konular arasında bir farklılık yaratılmasına izin vermemektedir. Söz konusu hüküm, devlete, ebeveynin, dinsel veya felsefi olsun, inançlarına devlet eğitimi programının bütününde saygı göstermesini emretmektedir.... Bu yükümlülük, sadece eğitimin içeriğine ve eğitimin sağlanması şeklini değil, devlet tarafından üstlenilen bütün “faaliyetlerin” yerine getirilmesini kapsayacak şekilde geniştir. Saygı terimi “onaylamak” ya da “göz önüne almak”tan öte bir anlama sahiptir. İlk olarak olumsuz bir yükümlülüğe ek olarak bu kelime devletin bazı pozitif yükümlülüklerle sahip olduğunu da ifade eder.”¹⁴⁸

Bu nedenle Mahkeme açısından temel sorun, Norveç hükümetinin din derslerinin müfredatının oluşturulmasında ve eğitim yönteminin belirlenmesinde “tarafsız, eleştirel ve çoğulcu” kriterini göz önünde bulundurup bulundurmadığının ya da -yine Mahkemenin geliştirdiği kriterden yola çıkarak tersten bir okuma ile-, başvuru ebeveynin dinsel ve felsefi kanaatlerine aldırış etmeksizin belli bir dini veya inancı tek taraflı telkin etme amacı güdüp gütmeyeceğinin tespiti sorunudur.¹⁴⁹ Mahkemenin sorunu bu şekilde liberal kuramın ve liberal eğitim anlayışının çizdiği genel çerçevede çok açık bir şekilde ortaya koymasının ardından din dersinin Eğitim Kanununda sunulduğu şekli ile meşru kabul edilmesi gerektiğini çünkü Luteryan inancının Norveç halkının tarihinde ve yaşamında özel bir role sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre ilk ve ortaokullardaki müfredatta Hristiyanlığa ilişkin bilgilerin daha fazla yer alması çoğulculuk ve tarafsızlık ilkelerinden bir uzaklaşma değildir: davalı devletin geleneğinde ve tarihinde Hristiyanlık dininin işgal ettiği yer göz önüne alındığında bu durum davalı devletin müfredatı planla-

¹⁴⁷ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.84.

¹⁴⁸ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.84.

¹⁴⁹ Ungureanu, Camil; “Between Pluralism and Majoritarianism: The European Court of Human Rights on Religious Symbols and Education”: Spheres of Diversities: from Concept to Policy, Zapata-Barrero R., Van Ewijk, A. R., (eds.), Barcelona: CIDOB, GRITIM-UPF; 2011. p. 35-44, s.38.

ma ve oluşturma konusundaki takdir yetkisi içinde değerlendirilmelidir. Mahkeme bunun da ötesinde 1 No.lu protokolün 2. Maddesinin “*ebeveynlere çocuklarının eğitiminde onları din ve felsefe hakkında bilgisiz bırakma hakkı tanımadığı*”na hükmetmiştir.¹⁵⁰

Bununla birlikte Mahkeme, sadece nicelik olarak değil aynı zamanda nitelik olarak da diğer din ve felsefelerle karşılaştırıldığında Hristiyanlık dinine bir ayrıcalık tanındığını ortaya koymak için HDF dersinin amacı ve içeriğine ilişkin açıklamaları da tartışmıştır. Örneğin, dua, ilahi söylenmesi, kilise ayinleri ve dini temsil gösterileri gibi bir dizi eğitim faaliyetlerinde, ulusal merciler sadece derste bulunmanın bilfiil bu faaliyetlere katılımın yerine geçebileceğini ileri sürerek kısmi muafiyet imkanı sunmuşlardır. Bu durumda söz konusu muafiyet aslında dinsel uygulamalar için ve pasif bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Yine, Mahkeme derste gözlemci olma ile aktif katılımcı olma arasındaki farkın uygulamada belirlenmesi zor bir fark olduğunu ve “*ebeveynlerin, öğretmenlerden farklılaştırılmış öğretimin getireceği ekstra külfete katlanmalarını talep etme konusunda yanlış anlaşılacaklarını*” ikna edici bir şekilde ortaya koymuştur.¹⁵¹ Bunun da ötesinde Mahkeme Norveç hükümetinin ebeveynlerin çocuklarına devlet tarafından maddi olarak büyük oranda desteklenen özel okullarda alternatif bir eğitim arayışında olabilecekleri yönündeki iddiayı, “*bu tip bir olanağın varlığı Devleti, herkese açık olan devlet okullarında çoğulculuğu güvence altına alma yükümlülüğünden kurtarmaz*” gerekçesi ile reddetmiştir.¹⁵² Mahkeme’ye göre, HDF dersinin öğretimi ile ilgili övgüye değer bütün kurumsal düzenlemelerine rağmen, Norveç hükümeti söz konusu dersin müfredatı kapsamındaki bilgilerin “*tarafsız, eleştirel ve çoğulcu*” şekilde aktarılması konusunda yeterli özeni göstermemiştir. Bu nedenle ebeveyne HDF dersinden tam muafiyet sağlanmamış olması 1 No.lu Protokolün 2. Maddesi’nin ihlali oluşturmaktadır.

¹⁵⁰ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.84.

¹⁵¹ Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.95.

¹⁵² Folgero ve Diğerleri/Norveç, p.101.

2-Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye Başvurusu

Zengin başvurusunda başvuruçular zorunlu “*Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi (DKAB)*” dersinin 1 No.lu Protokolün 2. Maddesi ile Sözleşme’nin 9. Maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Zengin ailesi, Türk toplumunda ve tarihinde derin kökleri olan ve İslam dininin bir mezhebi olarak kabul edilen Alevi inancına mensuptur. 2001 yılında başvuruçular, İl Millî Eğitim Müdürlüğüne başvurarak öğrenci olan kızının bu dersten muaf tutulmasını talep etmiş, talep reddedilmiştir. Çünkü Türkiye’de 1990 yılından bu yana söz konusu dersten muafiyet sadece Hristiyan, Musevi veya ateist öğrencilere tanınmaktadır. Başvuruçular müfredatın ve ders araçlarının öğrencilere İslam kültürünün Sünnî bir anlayışla aktarma amacı taşıdığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular, DKAB dersinde sadece Müslüman inancının kural, adet ve ibadetlerinin öğretildiğini, diğer dinler hakkında detaylı bilgi verilmediğini ileri sürmüşlerdir.¹⁵³ Ayrıca, DKAB derslerinin içeriği ve ders programı, başvuranların da mensubu olduğu Aleviliğin varlığını reddeder ve İslam dinini Sünnî yorumu ile öğretir şekilde düzenlenmiştir.¹⁵⁴ Başvuranlara göre, laiklik ilkesi ile yönetilen bir devlet din eğitimi konusunda geniş bir takdir hakkına sahip olamaz. Devlet, devlet okullarında öğrenim gören çocuklara belli bir dini öğretemez.¹⁵⁵ Başvuranlara göre, dinsel tarafsızlık ve yansızlık yükümlülüğü, devleti dinsel inançların meşruluğu veya açığa vurum şekilleri hakkında değerlendirme yapmama yükümlülüğü altına sokmaktadır.¹⁵⁶ Buna karşılık Türk hükümeti DKAB derslerinde, belli bir dinin öğretileri ve adetlerine ilişkin özel bir eğitim verilmediğini; farklı dinler hakkında genel bilgi aktarıldığını ileri sürmüştür. Ayrıca, Hükümete göre dersin zorunlu olması, sadece, öğrencilerin derslere girmeleri gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁵⁷ Hükümete göre müfredatta İslam dinine diğer dinlere ve yaşam felsefelerine göre daha fazla zaman

¹⁵³ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.36.

¹⁵⁴ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.37.

¹⁵⁵ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.39.

¹⁵⁶ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.39

¹⁵⁷ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.41.

ayrılmasının günümüz Türk toplumunda haklı nedenleri bulunmaktadır. Türkiye laik bir devlettir ve bu nedenle bu tip bilgilerin aktarılacağı en uygun kurumlar okullardır.¹⁵⁸ Hükümet, dersin zorunlu olmasının, çocukları, fanatizme yol açan uydurma hikâyelerden ve yanlış bilgilerden koruma gerekliliğinden kaynakladığını vurgulamış, AİHM'nin yerleşik içtihadına göre müfredatın düzenlenmesi ve içeriğinin belirlenmesinin Devlet'in takdir yetkisi altında olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁹

Mahkeme daha önceki kararlarına yaptığı atıflarla, devletin ebeveynin dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı yükümlülüğünü ve müfredatın düzenlenmesinde devletin sahip olduğu takdir yetkisini belirtmiş¹⁶⁰, devletin eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, öğrencilere, yersiz bir din benimsetme uğraşından uzak, dinle ilgili bilgilerin eleştirel bir bakış oluşturmalarını sağlayacak biçimde tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasını sağlama gereğine vurgu yapmıştır.¹⁶¹ Mahkemeye göre 1 no.lu Protokolün 2. Maddesinin bu ilkeler ışığında yorumlanması *“demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve desteklemek amacıyla tasarlanmış bir belge olan Sözleşme'nin genel ruhuyla uyumludur. Bu durum, özellikle öğretimin, öğrencilerinin karakterlerinin, zihinsel güçlerinin ve aynı zamanda kişisel özerkliklerinin geliştirilmesi ve şekillendirilmesi de dahil olmak üzere, bir okulun kuruluş nedeni olan hedefe ulaşmaya çalıştığı sürecin ayrılmaz bir parçası olması açısından doğrudur.”*¹⁶²

Mahkeme, DKAB dersinin belirtilen bu ilkeler ile uyumlu olup olmadığını anlamak için dersin içeriğine ilişkin bir incelemeye girişmiş, bu inceleme sonucunda derste kullanılan kitaplarda dinler hakkında sadece genel bir bilgi verilmediğini aynı zamanda Müslüman inancının temel ilkeleri ile Müslümanlığın şahadet, beş vakit namaz, Ramazan, hac, melek

¹⁵⁸ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.42

¹⁵⁹ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.44 ve 46.

¹⁶⁰ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.47-51.

¹⁶¹ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.52.

¹⁶² Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.55.

ve diğer gözle görülmeyen varlıklar kavramı, öteki dünya inancı vs. gibi kültürel ritüelleri hakkında genel bilgi sağlayan metinlere yer verildiğini tespit etmiştir.¹⁶³ Mahkemeye göre tüm ders kitapları İslam bilgisine, diğer din ve felsefelerle göre daha büyük bir öncelik vermektedir. Mahkeme ders kitaplarında İslam dinine sağlanan önceliğin “çocukların zihnini etkileyebileceği” iddiasını kabul etmekle birlikte İslamiyet’in Türkiye’deki çoğunluk dini olması dikkate alındığında bunun tek başına çoğulculuk ve tarafsızlık ilkelerinden, sistematik telkine yol açan bir sapma olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır.¹⁶⁴ Öte yandan Mahkeme bu dersin Musevi, Hristiyan ve ateist çocuklar için değil sadece Müslüman çocuklar için zorunlu tutulmasını bu dersin farklı din kültürleri ile ilgili bir ders olmadığının göstergesi olarak değerlendirmiştir. “*Bunun tersine, dersin içeriği özellikle Müslüman dinini öğretmek için oluşturulmuşsa, bu ders belirli bir din üzerinedir ve çocuğun ve ebeveyninin din özgürlüğünü korumak adına zorunlu olmamalıdır.*”¹⁶⁵ Mahkeme ders programında yer alan bilgilerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu şekilde aktarılıp aktarılmadığı sorunu ile ilgili olarak DKAB derslerinin müfredatlarının hazırlanmasında Türkiye’deki dinsel çeşitliliğin “*dikkate alınmadığını*”¹⁶⁶; “*verilen eğitimin tarafsızlık ve çoğulculuk ölçütlerini karşılamadığını*”¹⁶⁷ belirterek, 1.no.lu Protokolün 2. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

3- Sınıfta Dinsel Sembol Sorunu: Lautsi ve Diğerleri/İtalya ve Dahlab/İsviçre Başvuruları

Din dersleri dışında Mahkemenin devlet okullarında dinsel görünürlüğün kabul edilebilir sınırları sorununu ele aldığı bir diğer alan da dinsel semboller ile ilgilidir. Bu başvurulardan ilki Dahlab/İsviçre¹⁶⁸

¹⁶³ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.61.

¹⁶⁴ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.63.

¹⁶⁵ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.74.

¹⁶⁶ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.67.

¹⁶⁷ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, p.70.

¹⁶⁸ Dahlab/İsviçre, App.No.42393/98 (15.02.2001). Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22643#{"itemid":\["001-22643"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22643#{)

başvurusudur. Başvurucu Dahlab, Cenevre Kanton hükümeti tarafından, Eylül 1990 tarihinde 1989-1990 öğretim dönemi için ilköğretim öğretmeni olarak atanmıştır. Başvurucu 1991 yılında İslam dinini kabul etmiş, aynı yıl Cezayir vatandaşı birisi ile evlenmiş ve 1990-91 öğretim döneminin sonlarında İslami bir kurala uymanın gereği olarak sınıfta başörtüsü takmaya başlamıştır.¹⁶⁹ 1995 yılının Mayıs ayında, Vernier bölgesi okul müfettişi Cenevre Kantonu İlköğretim Genel Yönetimini, başvurucunun okulda düzenli olarak başörtüsü taktığı konusunda bilgilendirmiş ve ayrıca Bayan Dahlab'ın bu davranışı nedeniyle, öğrenciler veya ebeveynlerden herhangi bir şikayetin yapılmadığı tespitini de belirtmiştir. Bayan Dahlab ile okul yönetimi arasında sorun hakkında bir uzlaşma sağlamak adına yürütülen fakat başarısızlıkla sonuçlanan bir dizi görüşmenin ardından, yetkililer başörtüsünü yasaklamaya karar vermişlerdir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına göre, başvurucunun din veya inancını açığa vurma özgürlüğüne getirilen sınırlama, demokratik bir toplumda devlet okulundaki öğrencilerin dinsel bir tarafsızlık içinde eğitim alma haklarının korunması gibi bir ihtiyaçtan kaynaklanmıştır.¹⁷⁰ Bu karara göre laik ve dinsel olarak tarafsız bir devletin okuldaki "temsilcisi" olarak bir öğretmen için söz konusu yasak, onun din özgürlüğünün bir ihlali olarak değerlendirilemez.¹⁷¹ Mahkeme 9. maddenin ihlal edilip edilmediği ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, Bayan Dahlab'ın beş yıldan fazla süren öğretmenliği boyunca, bu davranışı ile ilgili hiçbir şikayetin bulunmadığını da belirtmiş ve bu durumu başkalarının -özellikle öğrencilerin- din ve inanç özgürlüğüne gösterilen saygının bir kanıtı olarak değerlendirmiştir.¹⁷² Mahkeme'ye göre, "söz konusu süre boyunca, dinsel inançlarının açığa vurulmasından herhangi bir avantaj sağlama arayışı içinde görülmeyen başvuru tarafından gerçekleştirilen öğretimin içeriği ve niteliği ile ilgili hiçbir itirazda bulunulmamıştır."¹⁷³ Mahkeme bunun da ötesinde Bayan Dahlab'ın başörtüsü takıyor olmasının öğrenciler

¹⁶⁹ Dahlab/İsviçre, s.1.

¹⁷⁰ Dahlab/İsviçre, s.12.

¹⁷¹ Dahlab/İsviçre, s.12.

¹⁷² Dahlab/İsviçre, s.10.

¹⁷³ Dahlab/İsviçre, s.12.

üzerinde olumsuz bir etki yarattığı iddiasının kanıtlanamadığını da belirtmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme olumsuz etki olasılığının göz ardı edilemeyeceğini çünkü başörtüsü takmanın Kuran tarafından tanımlanmış bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁴ Mahkeme, Kuran kadın-erkek eşitliği ile çatıştığı için “... İslami başörtüsü takmak ile demokratik bir toplumda bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarması gereken hoşgörü ve başkalarına saygı anlayışının ve her şeyin ötesinde eşitlik ve ayrımcılık yaşağının uzlaştırılmasının zor görüldüğünü” belirtmiştir.¹⁷⁵ Sonuç olarak, Mahkeme İsviçre hükümetinin “kamu düzeni ve kamu güvenliğinin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla takdir yetkisini aşmadıklarını” belirterek kabul edilmezlik kararı vermiştir.¹⁷⁶

Bu alandaki daha yeni tarihli bir diğer başvuru Lautsi ve diğerleri/İtalya¹⁷⁷ başvurusudur. Başvurucu Bayan Lautsi'nin 11 ve 13 yaşlarındaki çocukları devlet okuluna kayıt yaptırmışlardır. İtalya'da okullardaki bütün sınıfların duvarında bir haç bulundurulması yasal bir zorunluluktur ve başvurusunun çocuklarının sınıfının duvarında da bir haç bulunmaktadır. Başvurucuya göre İtalyan hükümeti sınıflarda haç bulundurulması gerekliliği getirerek, Katolik Kilisesine ayrıcalık tanımakta, Katolik olmayanlar aleyhine ayrımcı bir tutum sergilemekte ve bu tutumu devletin laik ve dinsel tarafsızlığı ile uyuşmamaktadır.¹⁷⁸ Bir sembolün görünür kılınması suretiyle belli bir dine ayrıcalık tanımak devlet okullarındaki öğrencilerde devletin belli bir dinsel inancın mensubu olduğu intibai uyandıracaktır. Bir hukuk devletinde hiç kimse- özellikle genç olmaları nedeniyle daha savunmasız kişiler- devletin belli bir inanca diğerlerine oranla daha yakın durduğu düşüncesine sahip olmalıdır.¹⁷⁹ Laiklik ilkesi devletin dinsel tarafsızlığını ve bütün dinlere eşit mesafede olmasını gerektirir. Devlet, kişisel özerkliği ve ifade özgür-

¹⁷⁴ Dahlab/İsviçre, s.13.

¹⁷⁵ Dahlab/İsviçre, s.13.

¹⁷⁶ Dahlab/İsviçre, s. 13.

¹⁷⁷ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06.

¹⁷⁸ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.30.

¹⁷⁹ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.31.

lüğünü teşvik eden bir kamu eğitimi hizmeti sağlamak suretiyle bütün vatandaşlarının vicdan özgürlüğünü güvence altına almalıdır.¹⁸⁰ İtalyan hükümeti ise sorunun hukuksal olmaktan çok felsefi nitelikte olduğunu ve dinsel kaynaklı ve anlamlı bir sembolün varlığının bireysel özgürlükleri etkileme kapasitesine sahip olup olmadığının tespiti ile ilgili olduğunu ileri sürmüştür.¹⁸¹ Bu açıdan ele alındığında İtalyan hükümetine göre haç, İtalyan tarihinin ve kimliğinin bir parçası, şiddetsizlik, insan onurunun eşitliği, adalet ve paylaşım, siyaset ve dinin ayrılması ve tercih yapma özgürlüğü gibi Hristiyan inancı dışındakilerin de paylaştığı Avrupalı değerlerin bir özeti ve Katolik inancının da ötesinde İtalyan birliği ile ilgili bir semboldür. Hem Hristiyanlar hem de Hristiyan olmayanlar tarafından paylaşılan bu ilke ve değerlere ilişkin olarak taşıdığı mesaj nedeniyle haç, laiklik ilkesi ile son derece uyumludur.¹⁸² Bu nedenle, Hükümet, sınıflarda haç bulunmasının din ve inanç özgürlüğüne ve devletin dinsel tarafsızlığına aykırı olmadığını aksine çoğulculuğu desteklediğini belirtmiştir.¹⁸³ İtalyan hükümetine göre devletler kültür ve tarihle yakından ilintili karmaşık ve hassas konular ile ilgili geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca, Avrupa'da devletin laik niteliği ile ilgili bir fikir birliği bulunsa da, bu ilkenin uygulanış şekli ile ilgili bir fikir birliğinin bulunduğu söylenemez.¹⁸⁴ Bu nedenle İtalyan hükümetinin bu konuda takdir marjına sahip olması gerektiği ileri sürülmüştür.

Mahkeme, din dersleri ile ilgili olarak yapılan daha önceki başvurularda geliştirdiği ilkelere yaptığı atıfla özellikle eğitim alanı gibi genç bireylerin devlet otoritesine karşı korunmasız olduğu alanlarda devletin dolaylı da olsa belli bir inancı telkin etmekten kaçınma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Okullar misyonerlik ya da dinsel vaaz yerleri değil; kişisel düşünce ve gelenekleri hakkında bilgileri edinebilecekleri,

¹⁸⁰ **Lautsi ve diğerleri/İtalya**, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.32.

¹⁸¹ **Lautsi ve diğerleri/İtalya**, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.34.

¹⁸² **Lautsi ve diğerleri/İtalya**, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.35.

¹⁸³ **Lautsi ve diğerleri/İtalya**, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.35-37.

¹⁸⁴ **Lautsi ve diğerleri/İtalya**, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.41.

farklı dinlerin ve felsefi kanaatlerin buluşma yerleri olmalıdır.¹⁸⁵ Mahkemeye göre, devletin dinsel konularla ilgili olarak yaptığı tercihlerin ortaya çıkardığı mesajlar henüz eleştirel bir düşünce yeteneğinden yoksun olan öğrencileri etkileyebilir.¹⁸⁶ Bu nedenle Mahkeme, sınıflarda haç bulundurma zorunluluğu getiren İtalyan hükümetinin, eğitim alanındaki fonksiyonlarını yerine getirirken bilgilerin “objektif, eleştirel ve çoğulcu” bir şekilde aktarılmasını sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerektiğini, bunun ortaya çıkartılabilmesi için söz konusu dinsel sembolün niteliği ve öğrenciler üzerindeki etkisinin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁷ Mahkemeye göre çoğunluğun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde bu dinin ibadet ve sembollerine yer ve şekil sınırlandırılması olmaksızın açığa vurulmasına olanak sağlanması, bu dinin uygulamalarını yerine getirmeyen ya da bu dine mensup olmayan öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir.¹⁸⁸ Mahkemeye göre sınıflarda bulunan haçın pek çok anlamı vardır ancak dinsel anlamı en baskın olanıdır. Özellikle kamusal eğitim alanında, söz konusu dinsel sembol okul ortamının ayrılmaz bir parçası olarak algılanabilir ve bu nedenle “güçlü bir dışsal sembol” olarak değerlendirilebilir.¹⁸⁹ Bu nedenle söz konusu sembol öğrenciler tarafından dinsel bir sembol olarak yorumlanabilir ve öğrenciler belli bir din tarafından damgalanmış bir okul ortamında yetiştirildikleri duygusuna kapılabilirler.¹⁹⁰ Bu durum özellikle dinsel azınlıklara mensup öğrenciler için daha da önemlidir. Devletin belli bir dini belirgin hale getirdiği ve söz konusu dine mensup olmayanların aşırı bir çaba ya da fedakarlık göstermeksizin kendilerini kurtaramayacakları bir konumda bulunduğu durumlarda din özgürlüğünün negatif boyutu daha özel bir korumaya ihtiyaç duymaktadır.¹⁹¹ Mahkemenin de vurguladığı gibi, herhangi bir dine inanmama özgürlüğü sadece dinsel hizmetlerin

¹⁸⁵ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.47.

¹⁸⁶ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.48.

¹⁸⁷ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.49, 50.

¹⁸⁸ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.50.

¹⁸⁹ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.54.

¹⁹⁰ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p.55.

¹⁹¹ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p. 55.

ya da din eğitiminin olmaması ile sınırlı değildir: bir inancı, dini veya ateizmi açığa vuran uygulamalar ve sembolleri de kapsar.¹⁹² Bunun da ötesinde ebeveynin dinsel kanaatlerine ve çocukların inançlarına saygı “bir dine inanma ya da hiçbir dine inanmama hakkını” da içerir. İnanma özgürlüğü ve inanmama özgürlüğünün (negatif özgürlük) her ikisi de Sözleşme’nin 9. maddesi ile korunmaktadır. Bu nedenle, kamu otoriteleri tarafından kullanılan binada, özellikle sınıflarda, belli bir mezhebin sembolünün zorunlu teşhiri, hem ebeveynin çocuklarını kendi inançlarına uygun eğitime hakkına hem de çocukların inanma veya inanmama hakkına yönelik bir sınırlamadır.¹⁹³ Dinleri ne olursa olsun bütün çocukların derse katılımının zorunlu olduğu ve temel amacın öğrencilerde eleştirel düşüncenin geliştirilmesi olan devlet eğitimi kapsamında dinsel tarafsızlığın gözetilmesi özellikle gereklidir.¹⁹⁴ Mahkeme bu nedenle Hükümetin, devlet okullarındaki sınıflarda haçın teşhirinin demokratik toplumun korunması için önemli olan eğitimde çoğulculuğa hizmet edebileceği yönündeki iddiasını, söz konusu sembolün İtalya’daki çoğunluk dini ile kolaylıkla ilişkilendirilebileceği gerekçesi ile reddetmiştir.¹⁹⁵ İtalyan hükümeti 2. Daire tarafından verilen ihlal kararını Büyük Daire önüne taşımıştır. Büyük Daire, sorunu 2. Daireden farklı olarak, laikliğin İtalya’daki uygulaması bakımından değil, sınıflarda haç bulundurulmasının Sözleşmeye uygunluğu bakımından ele almıştır. Büyük Daireye göre laiklik, “felsefi bir kanaattir”.¹⁹⁶ Mahkeme, haçın, her şeyden önce, dini bir sembol olduğu kanaatindedir ancak haçın dinsel anlamının karara etkili olmadığı düşüncesindedir.¹⁹⁷ Büyük Dairenin kararına göre, sınıflardaki duvarlara dinsel bir sembolün asılmasının, “öğrenciler üzerindeki muhtemel etkisini kanıtlayan deliller bulunmamaktadır”; bu nedenle, “inançları henüz netleşmemiş olan gençler üze-

¹⁹² *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p. 55.

¹⁹³ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p. 57.

¹⁹⁴ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p. 57.

¹⁹⁵ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p. 57.

¹⁹⁶ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, 2. Daire Kararı (03.11.2009), p. 58.

¹⁹⁷ *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p.66.

rinde bir etkisinin olup olmadığı söylenemez.”¹⁹⁸ Mahkemeye göre, bir geleneğin korunup korunmamasına ilişkin karar, kural olarak, savunmacı devletin yetkisi kapsamındadır. Mahkemeye göre, haçın ne anlama geldiği ile ilgili olarak ulusal mahkemeler arasında var olan tartışma konusunda kendisi karar vermeye yetkili değildir.¹⁹⁹ Taraf devletler okul ortamının düzenlenmesi ve programların tanımlanması ve düzenlenmesi konusunda takdir marjına sahiptir ve sözleşmecî devletlerin, dine verilen yer de dahil olmak üzere, bu alanlardaki seçimlerine, bu seçimler belli bir dinin tek taraflı telkinine dönüşmedikleri sürece, saygı gösterilmelidir.²⁰⁰ “Mahkeme, mevcut olayda, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunması seçiminin, kural olarak, savunmacı devletin takdir marjı dahilinde bulunduğu sonucuna varmaktadır. Devlet okullarında, dini sembollerin bulunması konusunda Avrupa’da uzlaşma olmaması bu yaklaşımı güçlendirmektedir.”²⁰¹ Büyük Daire’ye göre sınıfta haçın bulunması tek taraflı dinsel bir telkin değildir. Mahkeme bu tespiti, Folgero ve diğerleri/Norveç ve Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye başvurularında benzer yönde verilen kararlara yaptığı atıfla desteklemiştir.²⁰² “Ayrıca, bir duvara asılan haç, esasen, pasif bir semboldür ve bu unsurun, özellikle, tarafsızlık prensibi dikkate alındığında, Mahkeme’nin gözündeki değeri büyüktür. Haçın, dini faaliyetlere katılmaya ilişkin öğretici bir konuşmanın etkisine benzer bir etkisinin bulunduğu söylenemez.”²⁰³ Buna göre, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunmasının muhafaza edilmesine karar veren resmi makamlar, ebeveynin kendi dini ve felsefi inançlarına uygun şekilde eğitim verilmesini talep etme haklarına saygı gösterilmesi çerçevesinde, sahip oldukları takdir marjının sınırları dahilinde karar vermişlerdir.

¹⁹⁸ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p.66.

¹⁹⁹ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p. 68.

²⁰⁰ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p.69.

²⁰¹ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p.70.

²⁰² Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p.71.

²⁰³ Lautsi ve diğerleri/İtalya, App. No 30814/06, Büyük Daire Kararı, (18.03.2011), p.72.

SONUÇ

Liberal kuram, birey, toplum ve devlet arasındaki denklemden bireyden yana tavır alan bir öğretilerdir. Bu anlamda liberalizme göre önemli ve değerli olan, bireyin özgürlüğü ve özerkliğidir. En genel anlamı ile siyasal iktidarın, çoğunluğun ya da toplumdaki diğer bireylerin keyfi müdahale ve zorlamalarına maruz kalmayan, kendi amaçlarını kendisi belirleyebilen ve bunları gerçekleştirmek için gerekli eylemleri yapabilen kişi, özgür bir bireydir. Ancak liberal düşünce bireyin iradesinin ve davranışlarının toplumdan ya da devletten kaynaklanan keyfi ve sınırlandırıcı müdahalelere maruz kalmamasını yeterli bulmaz. Bu nedenle çoğu liberal düşünür, bireyin özgürlüğü kadar onun özerkliğinin de önemine vurgu yapar. Bu anlamda özgür bireyin, kendisi için en iyi yaşam şeklinin nasıl olacağına ve hayatına hangi değerlerin yön vereceğine kendisinin karar verebilmesi gerekir. Birey söz konusu iyi yaşam şeklini bulabilmek ve yaşamına yön verecek değerleri oluşturabilmek için çeşitli istekler, dinsel olan ve olmayan inançlar, felsefi kanaatler, siyasi görüşler ve bağlılıklar geliştirebilmeli ve hayatının farklı dönemlerinde bunları daha iyi olduğunu düşündüğü yaşam şekli ve değerler ile değiştirebilmelidir. Bireyin kendisi için en iyi yaşam şeklinin ne olduğuna karar verebilmesi için farklı yaşam şekilleri hakkında bilgi sahibi olması ve bunları birbiri ile kıyaslayabilmesi gerekir. Bireyin bunu yapabilmesinin kaçınılmaz gereklerinden biri de, içinde yaşadığı toplumunun dinsel inançlarına, geleneklerine ve kültürel değerlerine, davranış ve düşünce kalıplarına karşı eleştirel bir bakış açısına sahip olabilmesidir. Bu nedenle özerklik; insanların yaşam şekli ve bunu onlar için yaşanabilir kılan dinsel, felsefi, kültürel ve siyasi değerler ile ilgili siyasi iktidardan ve toplumdan bağımsız ve anlamlı tercihler yapabilme yeteneği, yaşamını araştırma ve rotasını değiştirebilme kapasitesi şeklinde tanımlanmaktadır. O halde ancak özgür ve özerk bireylerden oluşan bir toplum liberal bir toplumdur ve ancak yurttaşlarının özgürlüğünü ve özerkliğini sağladığı sürece bir devlet liberal bir devlettir denebilir. Özgürlük doğuştan, sırf insan olmak nedeniyle sahip olunan bir özellik iken, özerklik geliştirilmesi ve bireyin yaşamının farklı derecelerinde ve aşamalarında kazanıl-

ması gereken bir özelliktir.²⁰⁴ Yani özerklik, doğuştan sahip olunan ya da kişinin sadece bireysel çabalarıyla kazanabileceği bir özellik değildir. Bu anlamda liberal bir devlette, eğitim sisteminin temel amacı, bireyin özerkliğinin geliştirilmesi ve desteklenmesi olmalıdır. Çocuklarda eleştirel ve bağımsız düşünme yeteneğini geliştirmeyi amaçlayan bir eğitim, özerklik yetisinin geliştirilmesi için son derece önemli bir araçtır.

Liberal ilkeler üzerine inşa edilmiş bir eğitim sisteminin amacı, genel olarak belirli ve herkesi kapsayıcı bir yaşam anlayışını, bir dinsel inancı ya da felsefeyi doğru ve iyi yaşam anlayışı olarak öğrencilere aktarmak olamaz. Bu bağlamda yine liberal kuramın ilkeleri ışığında, çoğulcu demokrasilerin eğitim kurumlarında belli bir dinsel inancın doğruluğu kabul edilerek öğrencilerin bu inanç doğrultusunda dindar kişiler haline getirilmesi ya da inançlarının, değerlerinin ya da uygulamalarının belli bir dinsel anlayış çerçevesinde şekillendirilmesi amacı güdülemez. Bu nedenle resmi eğitim kapsamında çocuklara hem içinde yaşadığı toplumun ahlaki, dinsel, geleneksel ya da kültürel değerleri hakkında bağımsız ve eleştirel bir şekilde düşünebilme becerisi; hem de farklı dinsel, kültürel ya da felsefi değerlerin varlığı ve onların da en az kendisinin sahip olduğu ya da olacağı yaşam şekli kadar saygıya değer oldukları ile ilgili bir bakış açısı kazandırılmalıdır. Bu anlamda liberal eğitim, öğrencilerin sadece içinde yaşadıkları toplumun kültürel ve tarihsel değerlerini değil, farklı din, inanç, felsefi kanaat ve kültürlerin değerleri, gelenekleri ve tarihleri ile de entelektüel olarak ilişki kurabildikleri bir eğitimi ifade eder. Kısaca, liberal bir eğitim çocuklara hali hazırda zaten kim olduklarını yeniden öğretmek, onlara önceden hazırlanmış bir kimlik vermek değildir. Liberal eğitimin amacı, çocuklara kim olmak istediklerine kendilerinin karar verebilmeleri ve çoğulcu bir topluma bilgilendirilmiş bir vatandaşlar olarak katılabilmeleri yetisi kazandırmaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de ilke olarak bu kuramsal yaklaşıma uygun gerekçeler doğrultusunda devletin eğitim alanındaki takdir yetkisini kısıtlayıcı, bireyin özgürlüğünü ve özerkliğini önceleyen

²⁰⁴ Mendus, s.109.

kararlara imza atması beklenir. Önceki kararları ile karşılaştırıldığında ilk etapta Folgero ve Zengin kararları ile Mahkemenin bu beklentiyi boşa çıkarmadığı düşünülebilir. Mahkeme, her iki kararında da önceki tarihli kararlarından farklı olarak başvuru konusu din dersinin içeriğine ilişkin incelemeye girişmiş ve örneğin Folgero kararında Norveç'te Lutheryan inancının öğretiminde gözlenen niteliksel farklılığın, 1998 tarihli Eğitim Kanununda belirtilen “kültürler arası diyalogun, karşılıklı hoşgörü ve saygının geliştirilmesi” gibi amaçların yerine getirilmesini imkansız hale getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme Zengin kararında da din derslerinin zorunluluğuna itiraz etmiş, eğitim sisteminde bir reform yapılarak zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerinden muafiyet hakkı tanınması ve bu muafiyetin ebeveynin din veya inancını kamu otoritelerine açıklamak zorunda kalmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu iki kararda Mahkeme, her iki devletin de müfredatlarında yer alan din dersini “objektif, eleştirel ve çoğulcu” bir şekilde öğretmediğini, bütün öğrencilerin eşit bir şekilde yararlanabilecekleri muafiyet mekanizmasının bulunmadığını ve sonuç olarak bu durumun takdir marjı içinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yani Mahkeme, Norveç ve Türk hükümetlerinin eğitim alanında sahip oldukları yetkileri sınırlandırmıştır. Ancak Mahkemenin önceki kararları ile kıyaslandığında nispeten ileri doğru atılmış bir adım olarak görülebilecek bu yaklaşımın liberal kuram ile örtüştüğü söylenemez. Çünkü Mahkeme, diğer kararlarda olduğu gibi bu kararlarında da anne babanın çocuklarını kendi inançları doğrultusunda yetiştirme hakkını merkez alan bir incelemeye girişmiş, kararlarda çocukların haklarından bahsedilmemiştir.²⁰⁵ Mahkemenin gerekçeleri ile liberal kuram arasındaki en açık çelişkilerden birisi belki de bu noktada kendini göstermektedir. Mahkeme, karar verirken, din derslerinin neden olduğu tek çatışma konusunun anne babanın inançları ile din dersinde öğretilen inanç

²⁰⁵ Aynı yönde görüş için bkz. **Schweitzer**, Friedrich; “Children’s Right to Religion and Spirituality: Legal, Educational and Practical Perspectives”: *British Journal of Religious Education*, Vol.27,N.2, March 2005, s. 103-113; **Veerman**, Philip/ **Sand**, Caroline; “Religion and Children’s Rights”: *The International Journal of Children’s Rights*, Vol.7(1999), s. 385-393; **McGoldrick**, Dominic; “Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?”: *Human Rights Law Review*, Vol.11(2011), No.3, s.491 ve 492; **Jawoniyi**, Oduntan; “Children’s Rights and Religious Education in State-funded Schools: An International Human Rights Perspective”: *The International Journal of Human Rights*, Vol.16(2012), No.2, s.341.

arasındaki uyumsuzluk olabileceği varsayımından hareket etmiştir. Yani Mahkeme'ye göre, okulda verilen din dersinin içeriği anne babanın dinsel inancı ile örtüştüğü sürece Sözleşmeye aykırılık bulunmamaktadır. Bu yaklaşım, çocuğun özgürlüğünü ve özerkliğini ıskalayan bir yaklaşımdır. Her iki kararda da "Sözleşmenin 2 No'lu Protokolü'nün 1. Maddesinin iki fıkrası sadece birbirleri ışığında değil aynı zamanda Sözleşmenin 8, 9. Ve 10. Maddeleri ışığında da okunmalıdır" şeklinde bir değerlendirme yapılmasına rağmen neden üstü kapalı bir şekilde de olsa çocuğun din ve inanç özgürlüğünden ya da din ve inanç özgürlüğüne yönelebilecek muhtemel ihlallerden söz edilmediği cevaplanmaya muhtaç bir soru olarak ortada durmaktadır.²⁰⁶ Bu soruya eğitim kurumunu, anne babanın ya da toplumun hakim inanç ve değerlerinin aktarılmasının bir aracı olarak değerlendiren bir bakış açısı ile verilecek her yanıtın, liberal kuram ile çelişeceği aşikardır. Oysa kanaatimizce salt anne baba olmak, çocuğa sağlanacak eğitim sürecinde sadece kendi dinsel, felsefi ya da ahlaki kanaatlerinin öğretilmesini talep etme hakkı bahşetmemelidir. Çocuğun zihinsel ve ruhsal dünyası ya da bedeni anne-babanın kendi dinsel inançlarının bir ibadethanesi haline getirilmemelidir. Aksine liberal kuramın penceresinden bakıldığında ebeveynin, çocuğu üzerinde sahip olduğu haklardan daha fazla, yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve en önemlisi, çocuğun din ve inanç özgürlüğüne saygı yükümlülüğüdür. Daha geniş bir perspektiften bakıldığında anne baba, çocuğun gelecekte kendisi için en iyi olduğunu düşündüğü yaşam tarzını belirleyebilecek kapasiteye sahip bir birey olarak yetişmesini sağlamakla yükümlüdür. O halde, çocuğun özgür ve özerk olma hakkı, salt anne baba olmaktan kaynaklanan haklardan önceliklidir. Eğitim alanında çocuğun öncelenmesi gereken hak ve özgürlüklerinden hiç bahsetmeksizin aynı eğitimin öğrencilerin özgürlük ve özerkliklerinin oluşumuna ve gelişimine nasıl hizmet edeceği sorusu yanıtsız bırakılmıştır. Mahkeme kararlarında, anne babanın dinsel ve felsefi kanaatlerine çocuğun özgürlüğüne ve özerkliğine nazaran üstünlük tanıyan bu vurguya ek olarak, devletlerin eğitim sisteminde özellikle müfredatın içeriğinin

²⁰⁶ Aynı yönde görüş için bkz. **Relano**, Eugenia; "Educational Pluralism and Freedom of Religion: Recent Decisions of the European Court of Human Rights": *British Journal of Religious Education*, Vol.32(2010), No.1, s.19-29.

belirlenmesinde sahip olduğu takdir yetkisine yaptığı vurgunun da liberal öğretinin birey anlayışı ile çeliştiği görülmektedir. Mahkemeye göre devletler, kendi geleneklerine, tarihine, dinsel inançlarına ve politika-larına uygun bir müfredat belirlemekte serbesttirler. Devletlere eğitim alanında kendi toplumunun tarihsel, geleneksel veya dinsel değerlerine tanınan bu ayrıcalıklı üstünlük, eğitimin her hangi bir dine, inanca ya da yaşam tarzına öncelik veya ayrıcalık tanınması şeklinde ortaya çıkabi-lir. Bu olasılık, kararlarda sıkça vurgulanan bilgilerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılması şartı ile hafifletilmeye çalışılmış olsa da hali hazırda Mahkeme tarafından göz ardı edilmiş çok önemli bir soru bulunmaktadır: devletlere tanınan bu geniş takdir yetkisi karşısında eği-timin “tarafsız, eleştirel ve çoğulcu” olduğunun tespiti ve denetimi nasıl yapılacaktır?²⁰⁷

Mahkeme kararlarındaki eğitimde çoğulculuk vurgusunun akta-rlan bilgilerin çeşitliliğini mi yoksa farklı yaşam anlayışlarına sahip ai-lelerinden gelen öğrencilerin kendileri ile birlikte sınıfa taşıdıkları din-sel, kültürel, etnik ya da felsefi çeşitliliği mi ifade ettiği noktasında da tereddütler bulunmaktadır.²⁰⁸ Mahkeme kararlarında anne babanın inançlarına saygı yükümlülüğüne yapılan vurgu, öğrencilerin aile içinde edindikleri ve kendileri ile birlikte sınıfa getirdikleri çeşitliliğin, eğitim müfredatında sağlanması gereken bilgilerin çeşitliliğinin önüne geçtiği izlenimi uyandırmaktadır. Oysa liberal kuramın hizasından baktığımız-da, eğitimde çoğulculuk, aktarılan bilgilerin çeşitliliğini ifade etmekte-dir. Zira ancak eğitim sistemi içinde aktarılan bilgilerde çeşitliliğin sağ-lanması halinde gelecekteki yaşam tarzını belirleme konusunda sahip olunan tercih hakkı öğrenciler için anlamlı hale gelebilir.

Mahkemenin Dahlab ve Lautsi kararlarının da liberal kuram ile açık çelişki içinde olduğu gözlenmektedir. Dahlab kararında başörtüsü tak-manın öğrencileri olumsuz etkileyebileceği ve bu nedenle laik bir dev-letin okulunda çalışan öğretmen için getirilen bu yasağın din ve inanç

²⁰⁷ Relano, s. 27.

²⁰⁸ Relano, s.28.

özgürlüğünü ihlal etmediğine ilişkin yaklaşım, liberal eğitimin temel ilkelerine- özellikle devletin eğitimde dinsel tarafsızlığı ilkesine- gösterdiği hassasiyet olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte Mahkeme'nin söz konusu kararının gerekçesinde İslam dini hakkında yaptığı yorum, din, inanç ve felsefi kanaatler karşısında kendisinin tarafsızlığına gölge düşürecek niteliktedir. Mahkeme kararında, başörtüsünün Kur'anın kadınlara yönelik bir emri olduğu, Kur'an'ın kadın erkek eşitliği, demokrasi ve hoşgörü ile çatışmalı öğretiler içerdiği yönündeki genellemeci, olumsuz ve bizzat İslam dininin uygulama ve gereklerinin ne olduğunu belirlemeye yönelik değerlendirmeler “-en hafif tabirle- talihsiz olmuştur”.²⁰⁹ Aynı Mahkeme İncil'de ya da Hristiyan inancının öğretilerinde de günümüz demokrasi anlayışı ve kadın erkek eşitliği ile çelişen uygulama, gelenek ya da ifadelerin bulunması çok kolay olmasına rağmen, konusu Hristiyanlık inancı olan başvurularda asla bu tip haddini aşan olumsuz bir değerlendirmede bulunmamaktadır.²¹⁰ Bu nedenle, uluslar arası bir yargı merci olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen bir başvuruda, başvuru konusu din veya inancın gelenek ve uygulamaları hakkında hukukun dışına çıkarak olumlu ya da olumsuz genellemeler yapmaktan ve dinsel tarafsızlığına gölge düşürecek nitelikte değerlendirmelerden kaçınmalıdır. Bu noktada Lautsi kararını ikili bir ayrıma tabi tutarak değerlendirmek gerekmektedir. Gerçekten de Lautsi kararında ilk incelemeyi yapan 2. Daire'nin kararı ile Büyük Daire'nin verdiği nihai karar birbirinden tamamen farklıdır. 2. Dairenin vermiş olduğu ilk kararda eğitim sisteminde devletin yükümlülükleri ve öğrencilerin hak ve özgürlükleri arasındaki denklem, tam da liberal kuramın tasarladığı hali ile öğrenci lehine kurulmuş ve bir anlamda liberal kuram bir mahkeme kararında hukuksal ifadesini bulmuştur. Ancak Büyük Daire'nin vermiş olduğu nihai karar ile eğitim sisteminin oluşturulmasında ve müfredatın belirlenmesinde taraf devletleri bu alanda liberal kuramın hizasına çekme şansı kaçırılmıştır. Büyük Daire vermiş olduğu nihai kararda, sınıflarda Hristiyan haçı bulundurulması zorunluluğunun Sözleşmeye aykırı olmadığı tespitini İtalyan hükümetinin savunmasında ileri sür-

²⁰⁹ Ungureanu, s.40.

²¹⁰ Ungureanu, s.40.

düğü haçın dinsel değil, kültürel bir sembol olduğu yönündeki tezine yaptığı doğrudan ve tartışmasız atıfla gerekçelendirmiştir. İkinci Dairenin vermiş olduğu ilk karar ile arasındaki açık çelişki ve İtalyan Hükümetinin savunmasından yapılan doğrudan alıntı ile gerekçelendirilmiş nihai karar, Mahkemenin bir kurum olarak liberal düşünceyi hayata geçirmeye elverişli bir araç olup olmadığı yönünde şüphe uyandıracak türdendir.²¹¹ Dahlab kararında bir azınlık dinine mensup öğretmenin dinsel kıyafetinin çocuklar üzerinde yaratacağı potansiyel olumsuz etkiyi değerlendirecek kadar hassas davranmış olan mahkeme, Lautsi kararında çoğunluğun dinsel inancının bir sembolü olan haçın sınıflardaki zorunlu teşhirinin azınlık inancına mensup öğrencilerin özerkliği üzerinde yaratacağı ötekileştirici ve baskıcı etkiyi kolayca ve yüzeysel bir şekilde görmezden gelebilmiştir.²¹² Dahlab ve Lautsi kararları birlikte ele alındığında Mahkemenin, Avrupa toplumlarının artan çeşitliliğini tanımak ve kabul etmekte isteksiz görünen çoğunlukçu bir bakış açısını ön plana çıkardığı söylenebilir. Çoğunlukçu perspektif, çoğunluk dini ile devlet arasındaki ayrıcalıklı ilişkinin korunmasını amaçlamaktadır.²¹³ Bu nedenle Lautsi başvurusunda Büyük Daire liberal kuramın oldukça uzağına düşen bir karara imza atmış bulunmaktadır. Dahlab ve Lautsi kararları, Mahkemenin liberal kuramın devletin dinsel tarafsızlığı, öğrencinin ve ebeveynin din ve inanç özgürlüğü gibi temel ilkeleri ile çoğunlukçu yaklaşım arasında “sarkaç gibi sallandığı bir tezatlığa işaret etmektedir”.²¹⁴ Bu durum özellikle Mahkemenin Hristiyan çoğunluğa yönelik aşırı korumacı tutumu ve İslam dinine karşı önyargılı yaklaşımında çok net bir şekilde gözlemlenmektedir.²¹⁵

Son olarak, liberal kuramın öğrencinin özerkliğine din ve inanç özgürlüğüne saygı ilkesi, toplumun geneli tarafından doğru kabul edilen, dinsel uygulama ve gelenekler de dahil, bütün toplumsal varsayımların

²¹¹ Ungureanu, s.43.

²¹² Ungureanu, s.40.

²¹³ Ungureanu, s.39.

²¹⁴ Ungureanu, s.43.

²¹⁵ McGoldrick, s.498.

eleştirilmesi ve en tartışmalı toplumsal konularda bile karşı görüşler ileri sürebilme hakkını içerdiği belirtilmelidir. Öğrencilerin toplumsal kabul, inanç ve gelenekleri eleştirme, tartışma ve bu konularda farklı bakış açıları geliştirme hakkını reddeden bir toplumda yöneticiler seçimle belirleniyor olsa da, bu toplumlar, yapı ve uygulama bakımından kategorik olarak antidemokratiktir ve muhalif görüşlere sahip kişileri aktif olarak baskılayan totaliter bir zihniyete doğru geri gitme tehlikesi altındadır.²¹⁶ Liberal eğitim sürecinde çeşitliliğe ve bunun olağanlığına dair edindikleri bu bilgiler ve anlayış sayesinde bireyler hem kişisel yaşamlarının şekillendirilmesinde hem de içinde yaşamak istedikleri toplum tipinin yaratılmasında bilinçli tercihler yapabilirler. Bu tip kararlar verebilme ve bu kararlar doğrultusunda harekete geçebilme yetisi ancak toplumsal, siyasal ve ekonomik modeller hakkında alternatif bilgilere sahip olmak ile mümkün olabilir.²¹⁷ Bu nedenle, liberal devletler eğitim sistemleri içinde dinsel olanla girdikleri ilişkide tarafsızlıklarını ortadan kaldıran, öğrencileri belli bir din ya da inancın öğretileri doğrultusunda önceden belirledikleri iyi yaşam anlayışı doğrultusunda şekillendirmeyi ve yönlendirmeyi amaçlayan faaliyetlerden kaçınmalıdırlar.²¹⁸ Bu durum devlet eğitimi sistemi içinde dinsel nitelikli bilgilerin aktarılmasına engel teşkil etmemelidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, liberal kuramın da ortaya koyduğu şekilde, mümkün olan en fazla sayıda din, inanç, gelenek, yaşam tarzı ve felsefi kanaat hakkında tarafsız ve eleştirel bilgi aktarımının sağlanması ve öğrencilerin bunlar arasında yaptığı ya da yapacağı seçime saygı duyulmasıdır. Liberal toplumlar, toplumsal müşterekler ile bireysel çeşitlilik arasındaki çelişkilerin olağan kabul edildiği ve bunlar arasındaki gerilimin barışçıl bir şekilde dengelendiği toplumlardır.²¹⁹ Bu dengenin oluşmasında, bireysel özgürlük, bireysel özerklik ve vicdan özgürlüğü gibi liberal kuramın temel kurumları son derece önemlidir. Bu çoğulcu toplum yapısının korunabilmesi için söz konusu kurumların belirli ve herkes için geçerli olduğu varsayılan “iyi

²¹⁶ Hyslop-Margison/Sears, s. 63.

²¹⁷ Hyslop-Margison/Sears, s.65.

²¹⁸ Mendus, s.107 vd.

²¹⁹ Erdoğan, Liberalizme Yeniden Bakış, s.14-16.

yaşam” anlayışına ya da “dindar kuşak yetiştirme” projesine kurban edilmelerine izin verilmemelidir.

KAYNAKÇA

“Toledo Guiding Principles on Teaching About Religions and Beliefs in Public Schools”, Published by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2007 (<http://www.osce.org/odihhr/29154?download=true>).

Akın, İlhan; Kamu Hukuku, Beta, 7.Bası, İstanbul, Ekim 1993.

Arneson, Richard/ Shapiro, Ian; “Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of Wisconsin v. Yoder”: Political Order: Nomos XXXVIII, I. Shapiro and R. Hardin (eds.), New York 1996.

Berktaş, Fatmagül; “Liberalizm: Tek Bir Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji”: 19 Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, Der: Birsan Örs, İBÜY, 3. Baskı, İstanbul, 2009.

Birler, Ömür; “Liberalizm”: Siyaset Bilimi, Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler, Hazırlayanlar: Gökhan Atılğan/E. Attila Aytekin, Yordam Kitap, İstanbul, 2012.

Braudel, Fernand; A History of Civilizations, Penguin Books, 1993.

Brighouse, Harry; “Is There a Neutral Justification for Liberalism”: Pacific Philosophical Quarterly, Vol. 77(1996).

Canatan, Kadir; “Avrupa Toplumlarında Çokkültürcülük: Sosyolojik Bir Yaklaşım”: Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi, S:2/6, Kış 2009.

Chandran Kukathas; The Liberal Archipelago: A Theory of Diver-

sity and Freedom, Oxford University Press, 2003.

Christman, John; "Liberalism, Autonomy, and Self-Transformation"; Social Theory and Practice, Vol.27, No:2 (April-2001).

Clarke, Paul,T.; "Public Education, Curricular Control and Conflicts of Rights": International Journal of Law and Education, Vol.14, No:1 (2009).

Daver, Bülent; Çağdaş Siyasal Doktrinler, Devletin Rolü ve Amaçları Yönünden Bir Deneme, AÜSBFY, No.254, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

Erdoğan, Mustafa; "Liberal Düşünce Geleneği": Yeni Forum, C.11, S.252(1990).

Erdoğan, Mustafa; "Liberalizme Yeniden Bakış: Tarihi ve Felsefi Temelleri": Liberal Düşünce, Yıl:14, S.56(2009).

Ev, Halit; "İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi Öğretim Programı Hakkında Bir Değerlendirme": Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.32(2010).

Evans, Carolyn; "Religious Education in Public Schools: An International Human Rights Perspective": Human Rights Law Review, Vol.8,No:3 (2008).

Galston, William, A; "Two Concepts of Liberalism": Ethics, Vol.105 (1995).

Gillon, Ranaan; Philosophical Medical Ethics, Chicester: Wiley Medical Publications, 1985.

Gray, John; Mill on Liberty: A Defence, Routledge and Keagan Paul, 1983.

Hayek, F.,A.; The Constitution of Liberty, The University of Chicago Press, Chicago, 1960.

Heywood, Andrew; Siyasi İdeolojiler, Adres Yayınları, 5. Baskı, Eylül 2013.

Hyslop-Margison, Emery, J./ Sears, Alan, M. ; Neo-Liberalism, Globalization and Human Capital Learning, Reclaiming Education for Democratic Citizenship, Springer, Dordrecht, 2006.

Inglehart, Ronald/ Wezel, Christian; Modernization, Cultural Change, and Democracy: The Human Development Sequence, Cambridge University Press, 2005.

Jack, Robert; Rethinking Religious Education and Plurality, Issues in Diversity and Pedagogy, Routledge Falmer, London and New York, 2004.

Jawoniyi, Oduntan; “Children’s Rights and Religious Education in State-funded Schools: An International Human Rights Perspective”: The International Journal of Human Rights, Vol.16, No.2 (2012).

Kant, Immanuel; Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1982.

Kaymakcan, Recep; Öğretmenlerine Göre Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersleri, Yeni Eğilimler: Çoğulculuk ve Yapılandırmacılık, Değerler Eğitimi Merkezi, Nesil Matbaacılık, 1. Basım, Mayıs, 2009.

Keeney, Patrick; Liberalism, Communitarianism and Education: Reclaiming Liberal Education, Abingdon, Oxon,GBR:Ashgate Publishing Group, 2007.

Kymlicka,Will; Multicultural Citizenship: A Theory of Minority Rights, Oxford: Oxford University Press, 1995.

Levey, Geoffrey, Brahm; "Liberal Autonomy as a Pluralistic Value":
The Monist, Vol.95, No.1(2012).

Levin, Benjamin; "The Educational Requirement for Democracy":
Curriculum Inquiry, Vol.28(1), 1998.

Locke, John; "Hoşgörüyü Dair Bir Mektup"; Batıya Yön Veren
Metinler, C:II, Alev Alatlı (der.), İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 1. Basım,
Ekim 2010.

Macedo, Stephen; Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Com-
munity in Liberal Constitutionalism, Oxford: Clarendon Press, 1991.
MacMullen, Ian; Faith in Schools?: Autonomy, Citizenship and Religi-
ous Education in the Liberal State, Princeton University Press, 2007.
Marks, Susan; "The European Convention on Human Rights and its
'Democratic Society'"; British Yearbook of International Law, Vol.66
(1996).

Mason, Andrew; "Autonomy, Liberalism and State Neutrality":
The Philosophical Quarterly, Vol.10, No.160(1990).

McGoldrick, Dominic; "Religion in the European Public Square
and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?": Human
Rights Law Review, Vol.11, No.3(2011).

McLaughlin, T.H.; "Liberalism, Education and Schooling. Essays
by T.H. McLaughlin"; St Andrews Studies in Philosophy and Public Af-
fairs, Vol.9(2008), Luton, Bedfordshire,GBR:Imprint Academic.

Mill, John, Stuart; "Hürriyet Üzerine": Batıya Yön veren Metinler
III, Alev Alatlı (der.), İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 1. Basım, Ekim 2010.

Okandan, Recai, G.; Umumi Amme Hukuku, İstanbul Üniversitesi
Yayınları No:2138, Hukuk Fakültesi No: 479, Fakülteler Matbaası, İs-
tanbul, 1976.

Özenç, Berke; “AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu”: İÜHFM, C: LXVI, S.2 (2008).

Peters, R.S. Ethics and Education, 5th edn, George Allen & Unwin Ltd, London 1968.

Peters, R.S.; Education and Education of Teachers, London: Routledge, 1976.

Peters, R.S.; The Philosophy of Education, London: Oxford University Press, 1973.

Rawls, John; Siyasal Liberalizm, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007.

Raz, Joseph; “Liberalism, Autonomy, and the Politics of Neutral Concern”: Midwest Studies in Philosophy, 1982.

Raz, Joseph; The Morality of Freedom, Oxford: Oxford University Press, 1986.

Reich, Robert, C.; Liberalism, Multiculturalism, and Education, ProQuest Dissertations and Theses Global, 1998.

Reidy, A. David; “Pluralism, Liberal Democracy, and Compulsory Education: Accommodation and Assimilation”: Journal of Social Philosophy, Vol.32, No.4(2001).

Relano, Eugenia; “Educational Pluralism and Freedom of Religion: Recent Decisions of the European Court of Human Rights”: British Journal of Religious Education, Vol.32, No.1(2010).

Robert Goodin&Andrew Reeve (eds.); Liberal Neutrality, London: Routledge, 1989.

Ronald Dworkin, A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985.

Ruderman, Richard, S./ Godwin, Kenneth, R.; "Liberalism and Parental Control of Education": The Review of Politics, Vol. 62, No.3(2000).

Sabine, George H./Thorson Thomas L.; A History of Political Theory, Fourth Edition, The Dryden Press, London, 1973.

Schweitzer, Friedrich; "Children's Right to Religion and Spirituality: Legal, Educational and Practical Perspectives": British Journal of Religious Education, Vol.27, N.2 (2005).

Simpson, Peter; "Political Authority and Moral Education"; Public Affairs Quarterly, Vol.9, No:1(1995).

Ungureanu,Camil; "Between Pluralism and Majoritarianism: The European Court of Human Rights on Religious Symbols and Education": Spheres of Diversities: from Concept to Policy, Zapata-Barrero R., Van Ewijk, A. R., (eds.),Barcelona: CIDOB, GRITIM-UPF, 2011.

Veerman, Philip/ Sand, Caroline; "Religion and Children's Rights": The International Journal of Children's Rights, Vol.7(1999).

Vincent, Andrew; Modern Politik İdeolojiler, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Wall, Stephen; Liberal Perfectionism and Restraint; Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Weisse, Wolfram; "Reflections on the REDCo Project": British Journal of Religious Education, Vol.33, No.2(2011).

William A. Galston; Liberal Purposes, New York:Cambridge University Press, 1991.

Yayla, Atilla; Liberalizm, Liberte Yayınları, 5. Baskı, Ankara Ağustos 2008.

Yılmaz, Zafer; “John Dewey’in Liberalizmi: Bireycilik- Toplum ve Özgürlük”: Kaygı, Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi, S. 12(2009).

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA TİCARET SİCİLİ İLE İLGİLİ YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

▪ Arş. Gör. Ahmet Emre KAPLAN

Özet: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), Türk hukukuna oldukça önemli yenilikler getirmiştir. Bu yeniliklerin bazıları ticaret sicili ile ilgili olup bunların başında elektronik ticaret sicili gelmektedir. Çalışmamızda, ticaret sicili ile ilgili yenilikler ve değişiklikler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Sicili, Elektronik Ticaret Sicili, MERSİS, Görünüşe Güven İlkesi.

Abstract: Turkish Commercial Code No. 6102 (“TCC”), brings very important novelties to Turkish law. A few of these novelties are related to the trade registry and the electronic trade registry is the primary. In this essay novelties and amendments relating to the trade registry are discussed.

Keywords: Turkish Commercial Code No. 6102, Turkish Commercial Code No. 6762, Trade Registry, Electronic Trade Registry, MERSIS, Principle of Confidence to Appearance.

GİRİŞ

Türkiye’de, ticaret sicili, ilk olarak 1925 tarihinde 655 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Ancak gerçek anlamıyla ticaret sicili, ilk olarak 1926 tarih ve 865 sayılı mülga Ticaret Kanunu ile Türk hukukuna girmiştir.

1956 tarih ve 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nun (eTTK) ticaret sicili ile ilgili hükümleri (m. 26-40) ise esas itibari ile 865 sayılı Ticaret Kanunu’ndan alınmış olup eTTK ile 865 sayılı Ticaret Kanunu’nun yetersizlikleri¹ giderilmeye çalışılmıştır². Bununla birlikte 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde ticaret sicili ile ilgili herhangi bir tüzük mevcut değil iken, eTTK uyarınca 1957 tarihinde Ticaret Sicili Nizamnamesi³ kabul edilmiştir.

eTTK’nın ticaret siciline ilişkin 26, 27 ve 28. maddeleri, 1995 tarihinde 559 sayılı KHK ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile ticaret sicilinin tutulması görevi Adalet Bakanlığı’ndan alınarak ticaret ve sanayi odalarına verilmiş ve ticaret sicili memurunun atanması odalara bırakılmıştır⁴. Ayrıca ticaret sicilinin gereği gibi tutulmaması sonucu meydana gelen zararlar için Devletin sorumluluğu kaldırılmıştır⁵.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte eTTK yerini TTK’ya bırakmıştır. Ticaret sicili, TTK’nın 24 ila 38. maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk sistemimize oldukça önemli yenilikler getiren TTK, ticaret sicili hakkında da

¹ 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde, ticaret sicili ile ilgili hükümler, yetersiz ve eksik bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, C. I: Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, 1968, s. 283; **Bilge**, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul, 1999, s. 20.

² İsviçre Borçlar Kanunu’ndan yararlanılarak yapılan bazı değişiklikler için bkz. **Karayalçın**, Yaşar, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri”, BATİDER, C. 8, S. 2, Ankara, 1975, s. 2-3.

³ Bu nizamnamenin adında geçen “Nizamname” ibaresi, 29/7/1998 tarih ve 98/11548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile “Tüzük” olarak değiştirilmiştir.

⁴ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Bilge**, s. 43-48; **Okutan**, Gül, “Ticaret Sicili”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s. 8-9.

⁵ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Okutan**, s. 12.

bir takım yenilikleri ve değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Özellikle AET'nin ticaret şirketleri ile ilgili 09.03.1968 tarih ve 68/151 sayılı 1. Yönergesi⁶ ve eklerinden yararlanılarak, AB ile uyum sağlamak amacıyla, ticaret sicili ile ilgili bir takım yenilik ve değişiklikler yapılmıştır.

TTK'nın genel gerekçesinde, TTK kapsamında ticaret sicili ile ilgili yeniliklerin ve değişikliklerin çoğunun Avrupa ülkelerinde geliştirilen reformlardan esinlenerek kaleme alındığı ve bu ülkelerde ticaret sicili reformlarının şu noktalara odaklandığı belirtilmiştir: *“a) Ticaret sicilinin kütük şeklinde değil de elektronik ortam da tutulması ve buna bağlı olarak, tescile dayanak oluşturan belgelerin aynı ortamda dosyalanması ve saklanması; b) Aleniyetin artırılması ile ticaret sicilinin olumlu ve olumsuz işlevinin genişletilmesi ve geliştirilmesi; c) görünüşe güven kuramının, ticaret sicilinin merkezi haline gelmesi.”*

Yine TTK'nın genel gerekçesinde, ticaret siciline dair önemli yenilikler ve değişiklikler ile ilgili olarak; *“Bunların başında, tescil ve ilana tabi konuların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda kullanıcılara sunulabildiği bir bilgi bankasının TOBB nezdinde kurulması gelmektedir. Bu yenilik önce elektronik ortamda çalışan yerel, daha sonra da tek (merkezi) ticaret siciline geçişi kolaylaştıracaktır. İkincisi, son zamanlarda kanundan çıkarılan, ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu hakkındaki hükümlerin yeniden sisteme alınmasıdır. Üçüncüsü, görünüşe güven öğretisinin kanuna güçlü bir tarzda yansımaları, hukuki işlemlerde sicilin olumlu işlevinin kesin çizgilerle tanımlanmasıdır.”* denilmektedir.

Bununla birlikte 01.07.2012 tarihinde, TTK ile birlikte 6335 sayılı “Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun, ticaret sicili ile ilgili bazı hükümlerde değişiklik öngören düzenlemelere de yer vermektedir. Ayrıca TTK m. 26 uyarınca ticaret sicili müdürlüğünün kurulması, sicil

⁶ Bu Yönerge, 2009 yılında 2009/101 sayılı Yönerge ile değiştirilmiştir.

defterlerinin tutulması, tescil zorunluluğunun yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar, sicil müdürlerinin kararlarına karşı itiraz yolları, sicil müdür ve yardımcılar ile diğer personelde aranacak nitelikler, disiplin işleri ile bu konuyla ilgili diğer esas ve usulleri düzenleyen Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY), 27.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷.

Çalışmamızda, TTK kapsamında ticaret sicili ile ilgili olarak getirilen yenilikler ve değişiklikler hakkında bilgi verilmiş olup eTTK'nın ticaret sicili ile ilgili hükümlerine kısaca değinildikten sonra, TTK ve TSY hükümleri ile düzenlenen yeni ticaret sicili sisteminin eTTK dönemine nazaran farklılıkları üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın konusu, ticaret sicili ile ilgili olarak getirilen yenilik ve değişiklikler olduğu için ticaret sicilinin tanımı, işlevleri, teşkilatı gibi ticaret sicili ile ilgili genel hususlar ayrıntılı olarak incelenmemiştir.

1. TİCARET SİCİLİ KAYITLARININ TUTULMASI

1.1. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK) Dönemi

Ticaret sicili teşkilatı, dolayısıyla ticaret sicili kayıtlarının kim tarafından tutulacağı hususu, 1995 tarihinde 559 sayılı KHK ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikten önce, ticaret sicili kayıtları, ticaret davalarına bakan asliye hukuk mahkemeleri nezdinde kurulan ticaret sicil memurlukları tarafından tutulmaktaydı⁸. Başka bir ifade ile ticaret sicil memurlukları Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapmaktaydı.

559 sayılı KHK ile değişik eTTK m. 26/1 c. 1, "*Ticaret ve sanayi odası veya ticaret odası bulunan yerlerde bir ticaret sicili memurluğu kurulur.*" demek suretiyle ticaret sicili kayıtlarının tutulması görevini Bakanlık'tan alarak ticaret ve sanayi odalarına vermişti. Ancak bu hüküm, ticaret sicili teşkilatının nerede ve kime bağlı olarak kurulacağını belirtmekte, ticaret

⁷ 26.04.2013 tarih ve 28629 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tüzük ile Ticaret Sicili Tüzüğü yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece uygulamada ortaya çıkan Ticaret Sicili Tüzüğü mü yoksa Ticaret Sicili Yönetmeliği mi uygulanacak tartışması son bulmuştur.

⁸ Kınacı, Naci, "Ticaret Sicili", Adalet Dergisi, C. 5, Ankara, 1961, s. 474-475.

sicilinin kim tarafından tutulacağı konusunda bir açıklık içermemekteydi⁹. Ticaret sicili memurluğu hangi odaya bağlı olarak kurulursa ticaret sicili kayıtlarının da o oda tarafından tutulacağı örtülü şekilde anlaşılmaktaydı¹⁰.

eTTK döneminde, ticaret sicili kayıtları tek bir merkezde değil, yerel sicillerde ayrı ayrı tutulmaktaydı. Ticaret sicili kayıtlarının nasıl tutulacağı hususu ise eTTK m. 28 uyarınca Ticaret Sicili Tüzüğü'ne (TST) bırakılmıştı. TST m. 84'te belirtilen defterler (sicil esas defteri, gelen - giden evrak defteri, fihrist, ihtar ve ceza defterleri ile diğer yardımcı defterler) klasik usulde yazılı olarak ya da bilgisayar ortamında tutulabilmekteydi.

1.2 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) Kapsamındaki Yenilikler ve Değişiklikler

1.2. Ticaret Sicili Kayıtlarının Kim Tarafından Tutulacağı Hususu

TTK m. 24/1 c. 1, *“Ticaret sicili, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odaları bünyesinde kurulacak ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulur.”* demek suretiyle ticaret sicilinin kim tarafından tutulacağını açıkça belirtmiştir. Böylece eTTK döneminde ortaya çıkan boşluk giderilmiştir¹¹.

TTK Tasarısı'nın Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metninde, m. 24/1 c. 1, *“Ticaret sicili, ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odaları tarafından tutulur.”* şeklinde düzenlenmekteydi. Ancak hükmün bu hali, sicilin nereye bağlı olarak kurulacağı hususunda açıklık içermeye-

⁹ Kayar, İsmail, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirmesi”, YÜHFD, C. 2, S. 1, İstanbul, 2005, s.355.

¹⁰ Kayar, s. 355.

¹¹ Özdamar, Mehmet, “6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Sicili”, Regesta, C. 2, S. 2, İstanbul, 2012/2, s. 50.

mesi nedeniyle eleştirilmekteydi¹². Bunun üzerine yapılan değişikliklerle hüküm son halini almış ve böylece ticaret sicilinin ticaret odaları tarafından değil, ticaret odaları bünyesinde kurulacak ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulacağı açıklığa kavuşturulmuştur¹³.

1.2.2. Ticaret Sicili Kayıtlarının Elektronik Ortamda Tutulması

1.2.2.1 Genel Olarak

TTK'nın ticaret sicili ile ilgili olarak getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden biri, ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve bu kayıtlar ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin elektronik ortamda depolandığı merkezi bir bilgi bankasının kurulmasıdır.

TTK'nın ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ile ilgili 24/2 maddesi şu şekildedir: *"Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Kanunun 26. maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte gösterilir. Bu kayıtlar ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen merkezi ortak veri tabanı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulur."*

Bununla birlikte TTK'nın Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra, fakat yürürlüğe girmesinden önce, kanun koyucu, ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ile ilgili bu düzenlemenin bir an önce yürürlüğe girmesini arzu etmiş olacak ki¹⁴; benzer bir düzenleme, 29.03.2011 tarih ve 6215 sayılı Kanun ile eTTK kapsamına sokulmuştur. Ancak söz konusu Kanun ile eTTK kapsamına TTK'nın Resmi

¹² Kayar, s. 355.

¹³ Yanlı, Veliye, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Ticaret Sicili", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 89.

¹⁴ Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 53.

Gazete’de yayınlanmış ilk halinde bulunmayan kişisel verilerin korunması ile ilgili bir hüküm de eklenmiştir. Bunun üzerine yapılan eleştiriler¹⁵ de dikkate alınarak, 6335 sayılı Kanun ile TTK m.24/4 şu şekilde düzenlenmiştir: *“Ticaret sicili kayıt işlemlerinin elektronik ortamda yapılması için toplanması ve işlenmesi gerekli olan kişisel veriler, kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuata uygun bir şekilde korunur.”*

1.2.2.2 Amaç

Ticaret sicili, ticari hayat ile ilgili gereksinim duyulan bilgilere ulaşılabilen ve ticari hayatın güvenle işlemesine hizmet eden bir kurumdur¹⁶. Ticaret sicilinin bu işlevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi ise aleniyetin tam olarak sağlanmasına bağlıdır. Ticaret sicilindeki kayıtların aleni ve kolay ulaşılabilir olması, sicilin olumlu ve olumsuz etkisi kapsamında üçüncü kişileri koruduğu gibi sicil kayıtlarındaki yolsuzluk, aykırılık ve düzensizlikleri de engellemektedir. Ancak ticaret sicilindeki kayıtların herkese açık olması, tek başına aleniyeti sağlamak için yeterli olmamaktadır¹⁷. İlan yoluyla aleniyeti sağlaması arzu edilen Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi de bu işlevini tam anlamıyla yerine getirememektedir¹⁸. Zira günlük olarak basılan gazete, yüzlerce sayfadan oluşmaktadır¹⁹. Bu nedenle, ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere aleniyetin ve şeffaflığın sağlanması açısından önemli bir rol oynamaktadır.

Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasının, aleniyeti sağlamanın yanında, bir takım başka faydaları da bulunmaktadır. Özellikle bir bilgiye ulaşmak istendiğinde, yüzlerce sayfa incelemek zorun-

¹⁵ Kendigelen, s. 53; Yanlı, s. 91.

¹⁶ Bilge, s. 11-16.

¹⁷ Ünal, Akın, “Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanunu ve Kanun Tasarısına göre bir Değerlendirme)”, Legal Hukuk Dergisi, C. 4, S. 41., İstanbul, 2006, s. 1395.

¹⁸ Battal, Ahmet, “Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi”, BATİDER, C. 19, S. 1, Ankara, 1997, s. 83 vd.

¹⁹ 2013 yılı için günlük ortalama sayfa sayısı 1.123’tür (www.ticaret Sicil.gov.tr/hakimizda.php).

da kalmaksızın teknolojinin verdiği imkânlardan yararlanarak anahtar kelimelerin aratılması ile çok kısa bir süre içerisinde istenilen bilgiye ulaşmak mümkün olabilecektir. Ayrıca ticaret sicili işlemleri yapmak ya da ticaret sicili kayıtlarını incelemek veya örnek alabilmek için mesai saatleri içerisinde ticaret sicili müdürlüğüne gitmeye gerek olmayacaktır. İlgililer, günün her saatinde, internet üzerinden istenilen işlemleri yapabilecek veya istenilen bilgilere ulaşabilecektir. Bu durum, ilgililer açısından işlem kolaylığı sağlayacağı gibi ticaret sicili müdürlüklerinin iş yükünü de azaltacaktır²⁰.

eTTK döneminde, ticaret sicili kayıtları tek bir merkezde değil, yerel sicillerde ayrı olarak tutulmaktaydı. Ancak, merkezi ortak bir veri tabanı olmayışı, aynı ticaret unvanının farklı kişiler tarafından kullanılması gibi uygulamada bazı problemlerin çıkmasına neden olmaktaydı²¹. Bu nedenle eTTK döneminde konu ile ilgili eleştirileri²² de dikkate alan kanun koyucu, Türkiye çapında sicil kayıtlarına elektronik ortamda ulaşılabilmesi amacıyla, söz konusu kayıtların düzenli bir tarzda depolandığı bir bilgi bankasının²³ TOBB nezdinde kurulmasını TTK'da öngörmüştür. Ancak TTK'nın genel gerekçesinde, elektronik ortamda merkezi bir ortak veri tabanı oluşturulacağı, bu süreçte ticaret sicili müdürlüklerinin de kayıtlarını elektronik ortamda tutacakları, bu ikilik bir müddet devam ettikten sonra ise merkezi ticaret siciline geçişin sağlanacağı belirtilmektedir²⁴. Söz konusu ikililik şu an için devam etmekte olup henüz merkezi ticaret siciline geçiş sağlanamamıştır.

²⁰ **Kaya**, İ. Mustafa, "Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması", YÜHFD, Cilt 5, Sayı 1, İstanbul, 2008, s. 83-89.

²¹ Özdamar, s. 50.

²² Merkezi bir sicil tutulması yönünde bkz. **Okutan**, s. 10.

²³ Bu bilgi bankasına derleme eser koruması sağlanması yönünde bkz. **Karahan**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Konya, 2014, s. 122 dipnot 4.

²⁴ **Deliduman**, Seyithan/**Acar**, Serdar, "Elektronik Ortamdaki Ticaret Sicili İşlemleri ve Mersis", Regesta, C. 2, S. 2, İstanbul, 2012, s. 45.

1.2.2.3 Usul ve Esas

Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü, ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulduğu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile TOBB nezdinde oluşturulan ve işletilen merkezi ortak veri tabanını da içeren bilgi sistemi Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) adı altında oluşturulmuş ve faaliyete geçmiştir²⁵.

Sicilde kullanılacak olan sicil esas defteri, gelen evrak defteri, gider evrak defteri, ihtar ve ceza defterleri, ticari işletme rehni kaydına mahsus defterler ile Bakanlığın gerekli gördüğü diğer defterler MERSİS'te tutulacaktır (TSY m. 12). Sicil işlemleri, MERSİS üzerinden gerçekleştirilecek olup buna ilişkin sicil kayıtları bu sistemde tutulacaktır (TSY m. 13/1). Tescil edilen ticari işletmeler ile ticaret şirketleri ve bunların şubelerine, tescilleri ile birlikte MERSİS numarası verilecektir (TSY m. 13/2). MERSİS numarası, MERSİS tarafından verilen ve özel algoritma ile üretilmiş tekil numaraya verilen isimdir. Başka bir ifade ile gerçek kişilere ait "T.C. Kimlik Numarası"nın²⁶ ticari işletmeler ve ticaret şirketlerindeki karşılığıdır. İlgililer, bütün sicil işlemlerini elektronik ortamda yapabilecektir. Ancak bunun için başvuruların güvenli elektronik imza ile yapılması, işlemlerin dayanağı olan belgelerde ise güvenli elektronik imza ile birlikte zaman damgasının²⁷ kullanılması zorunludur (TSY m. 13).

Kaydedilen veriler, hukuki güvenlik, kalıcılık ve kalite açısından uzun süreli elektronik arşivlemeye ilişkin standartlara uygun olarak muhafaza edilir. Verilerin formatı, uluslararası karşılıklı işlerlik ve kabul gö-

²⁵ 238 ticaret sicili müdürlüğünün tamamında MERSİS üzerinden hizmet vermeye başlanmıştır.

²⁶ Özdamar, s. 52.

²⁷ Zaman damgası; bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayda verilen isimdir.

ren standartlar çerçevesinde yaygın olarak kullanılan formatlar dikkate alınarak belirlenir, belirli elektronik sistemler ya da yazılımlar üreten bir firmaya bağımlı olamaz²⁸. Verilerin güvenliği, kabul edilmiş normlara ve güncel teknik standartlara uygun biçimde sağlanır (TSY m. 14). Herkes, sicilin içeriğini ve bunun dayanağı olan tüm senet ve belgeleri elektronik ortamda inceleyebilir (TSY m. 15).

1.2.2.4 Üçüncü Kişilere Etkisi

TOBB nezdinde tutulacak ortak veri tabanındaki kayıtların üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği madde gerekçesinde belirtilmektedir. Ancak bu kayıtların, kaydın yolsuz olduğuna veya kayıt bulunması gerekirken kayda yer verilmemiş olduğuna inanan kişileri, esas sicil kayıtlarında gerekli düzeltmeleri yapmak amacıyla hukuki yollara başvurmak için harekete geçirebileceği ifade edilmektedir. Bu kayıtlara üçüncü kişilere karşı ileri sürülmek gibi hukuki bir güç ve etki tanınmamasının sebebi, sistemin henüz yerleşmemiş ve işleyiş kurallarının tam olarak ortaya çıkmamış olmasıdır. Sistem ile ilgili tereddütlerin son bulması akabinde, bir kanun değişikliği ile veri tabanındaki kayıtlara hukuki sonuç bağlanabileceği anlaşılmaktadır. Bu husus doktrinde eleştirilmiştir²⁹. Gerçekten de bir an önce ortak veri tabanındaki kayıtlara hukuki sonuç bağlanarak merkezi ticaret siciline geçiş yapılmalıdır. Aksi takdirde veri tabanındaki kayıtların aleniyet sağlamak dışında bir işlevi olmayacak olup³⁰ kendisinden beklenen faydayı sağlayamayacaktır.

1.2.2.5 Görüş ve Kanaatimiz

Görüldüğü üzere; ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve merkezi ortak bir veri tabanının oluşturulması için gerekli olan sistem, MERSİS ile yerleşmeye başlamış ve işleyiş kuralları da TSY ile düzenlenmiştir. Bu noktadan sonra, kanun değişikliği ile bir an önce

²⁸ Bu hususun MERSİS sisteminin en önemli ilkelerinden birisi olduğu yönünde bkz. **Deliduman/Acar**, s. 44.

²⁹ **Kayar**, s. 364-365; Ünal, s. 1406; **Yasaman**, Hamdi, “Yeni Ticaret Kanununda Ticaret Sicili ile İlgili Getirilen Düzenlemeler”, Regesta, Sayı 1, İstanbul, 2011, s. 9; **Kaya**, s. 68-69.

³⁰ **Yanlı**, s. 91.

ortak veri tabanındaki kayıtlara hukuki sonuç bağlanarak merkezi ticaret siciline geçiş yapılmalıdır. Böylece TTK'nın arzulamış olduğu tek (merkezi) ticaret sicili sistemi kurulmuş olacaktır.

Elektronik ortamda merkezi ticaret siciline geçilmesi, Avrupa Ticaret Sicilleri Teşkilatı'na³¹ üye olabilmek açısından da önemli bir husustur. Avrupa Ticaret Sicilleri Teşkilatı, Avrupa şirketleri hakkındaki bilgilere online olarak ulaşabilme imkanı sağlayan bir organizasyondur. Şu an için 28 Avrupa ülkesinin üye olduğu Avrupa Ticaret Sicilleri Teşkilatı, 20 milyondan fazla şirket hakkında bilgi sunmaktadır. Türkiye'nin de bu organizasyona üye olması, çok taraflı uluslararası ticaretin ve küreselleşmenin yaygınlaştığı günümüzde, yerli tacirlerin uluslararası piyasalarda faaliyet göstermesi açısından mühim bir konudur.

Bununla birlikte söz konusu kanun değişikliğinde, tescil işlemlerinin elektronik ortamda yapılması halinde, ilanın da kendiliğinden (otomatik olarak) elektronik ortamda gerçekleşeceğini öngören bir düzenlemeye yer verilmelidir³². Zira mevcut sistemde, TTK m. 35/4'te yer alan "*İlan, Türkiye genelinde sicil kayıtlarının ilanına özgü Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile yapılır.*" ifadesi gereğince; tescil işlemi elektronik ortamda yapılmış olsa bile ilanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılması gerekmektedir. Bu durum, öncelikle, ilan kurumuna bağlanan fonksiyon ile çelişmektedir. Tescil edilen bir hususun ilan edilmesinin altında yatan mantık, tescil hakkında bilgisi olmayanlara gerekli bilgileri iletebilmektir. O halde elektronik ortamda tescil edilip herkesin ulaşabildiği bir hususun, ayrıca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi, gereksiz bir prosedür olarak kalacak olup vakit, işgücü ve mali yönden kayba sebep olacaktır. Az sayıda ve yüzlerce sayfa olarak basılan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi yerine, elektronik ortamda kaydedilen bilgiye ulaşmanın daha kolay olduğu göz önüne alındığında, elektronik ortamda tescil edilen her hususun kendiliğinden (otomatik olarak) ilan edilmiş olduğunun kabul edilmesi doğal olacaktır.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.ebr.org

³² Elektronik ortamda tescil edilen her hususun, kendiliğinden ilan da edilmiş sayılmasının doğal olduğu yönünde bkz. **Kaya**, s. 90; Ünal, s. 1408.

2 TESCİL EDİLEN KAYITLARIN İLANI

2.1 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK) Dönemi

eTTK m. 37/3, “İlana tabi tescil ve kayıtlar, kanun veya nizamname-de aksine bir hüküm bulunmadıkça aynen ilan olunur.” demek suretiyle, ilana tabi olan tescil ve kayıtların, aynen ilan edilmesi gerektiği, kısmen veya özet olarak ilan edilemeyecekleri yönünde genel bir kural içermek-teydi. Buna karşılık, eTTK döneminde, tescil ve ilanı gerekli hususlar, genel bir hüküm altında düzenlenmemektedir. Sadece tescil edilmesi yeterli olan ya da tescil yanında ilan da edilmesi gereken hususlar, konu ile ilgili maddelerde ayrı olarak belirtilmekteydi. Böyle genel ve açık bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, tescili öngörülen ama ilan edi-leceği belirtilmeyen hususların ilan edilip edilmeyeceği konusu doktrin-de tartışılmaktaydı³³.

2.2 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) Kapsamındaki Ye-nilikler ve Değişiklikler

eTTK m. 37/3’ün karşılığı olan TTK m. 35/3’de yer alan ifade şu şekildedir: “Tescil edilen hususlar, kanun veya Kanunun 26. maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olu-nur.” Madde gerekçesinde, söz konusu maddenin eTTK m. 37’in aynen tekrarı olduğu belirtilmiş olsa da TTK ile gelen yeni hükmün eTTK m. 37/3’ten farklı olduğu çok açıktır.

TTK m. 35/3’ün lafzı ile anlaşılan, tescil edilen her hususun kural olarak ilan da edilmesi gerektiğidir. Doktrindeki genel görüş de hükmün bu şekilde anlaşılması yönündedir³⁴. Bu hükmün ticaret hukukunda ale-niyetin en üst düzeyde sağlanması amacıyla getirildiği belirtilmektedir³⁵. Ayrıca bir hususun tescilini öngören bir hükümde, artık bir de ilan edil-

³³ Bilge, s. 129-131.

³⁴ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2014, s. 252; Yanlı, s. 94; Kendigelen, s. 56; Ünal, s. 1407-1408; Kayar, s. 363-364.

³⁵ Arkan, s. 252.

mesi gerektiğinin vurgulanmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak ilan edilmesi istenilmiyorsa bunun özellikle belirtilmesi gerekmektedir³⁶.

Buna karşılık *Bahtiyar*³⁷; TTK 35/3'ün sözü ile madde gerekçesi arasında açık bir çelişki bulunduğu, hükmün çoğunluk görüşü yönünde anlaşılması ve uygulanması durumunda, bazen sadece tescilden, bazen ise hem tescil, hem ilandan söz eden kanun hükümlerinin anlamsız hale geleceği gerekçesiyle, uygulamada karışıklık ve tereddütlerin önlenmesi bakımından, ilk fırsatta bir kanun değişikliği yapılması gerektiğini belirtmektedir.

TTK m. 35/3'ün açık lafzı, TTK'nın aleniyeti tam olarak sağlama amacı ve 27.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren TSY'de³⁸ de konunun aynı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, tescil edilen her hususun kural olarak ilan da edilmesi uygun olacaktır. Bununla birlikte kanun değişikliği ile elektronik ortamda tutulan ortak veri tabanındaki kayıtlara hukuki sonuç bağlanarak merkezi ticaret siciline geçiş yapıldığında, söz konusu kanun değişikliğinde, tescil işlemlerinin elektronik ortamda yapılması halinde, ilanın da kendiliğinden (otomatik olarak) gerçekleşeceğini öngören bir düzenlemeye yer verilir ise TTK m. 35/3 kapsamında yapılan bu tartışmalar da son bulacaktır.

3. SİCİLİN TUTULMASINDA SORUMLULUK

3.1 Devletin Sorumluluğu

3.1.1 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK) Dönemi

559 sayılı KHK ile eTTK m. 27 değiştirilmeden önce, madde metni, *“Medeni Kanunun 917. maddesi³⁹ ticaret sicilleri hakkında da tatbik olu-*

³⁶ Kayar, s. 364; Kendigelen, s. 56.

³⁷ Bahtiyar, Mehmet, “6102 Sayılı TTK'da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3)”, Regesta, Cilt 3, Sayı 2, İstanbul, 2013, s. 3-14.

³⁸ TSY m. 41/1: “Tescil edilen olgular, Kanunda veya bu Yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur.”

³⁹ Bu madde Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesinin karşılığıdır.

nur.” şeklindeydi. Bu maddede yapılan atıf nedeniyle, sicilin gereği gibi tutulmamasından dolayı Devletin sorumluluğu bulunmaktaydı. Ancak daha sonra 559 sayılı KHK ile yapılan değişiklik neticesinde, Devletin sorumluluğu ortadan kaldırılmıştı. İlgili odanın veya sicil memurunun sorumluluğu ise TTK’da düzenlenmemiş olsa bile doktrin⁴⁰ tarafından kabul edilmekteydi.

3.1.2 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) Kapsamındaki Yenilikler ve Değişiklikler

eTTK m. 27’nin TTK’daki karşılığı olan m. 25’de ise, ticaret sicilin gereği gibi tutulmasından doğan zararlardan dolayı Devletin sorumluluğu yeniden düzenlenmiştir. TTK m. 25/2 şu şekildedir: *“Ticaret sicilin tutulmasından⁴¹ doğan bütün zararlardan Devlet ve ilgili oda müteselsilen sorumludur. Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurum zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu eder.”* İşlem güvenliğinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için Devlet ile ilgili odanın müteselsilen sorumlu olmaları kabul edilmiştir⁴². Kanun koyucunun, 559 sayılı KHK ile ilgili eleştirileri de dikkate alarak, Devletin sorumluluğunu yeniden düzenlemiş olması yerinde olmuştur⁴³.

TTK’da, tescil edilecek hususların, gerçeği tam olarak yansıtmaları ve üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları şart kılınmıştır. Bu nedenle sicil müdürüne tescil edilecek hususları araştırma ve inceleme yükümlülüğü verilmiştir. Buna rağmen sicil gereği gibi tutulmıyorsa ve bu nedenle zarar meydana gelmiş ise bu durumda da bu

⁴⁰ **Özkorkut**, Korkut, “Ticaret Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 35. **Bilge**, s. 250, 254.

⁴¹ Ticaret sicilin tutulmasından doğan zararlar yerine, “hatalı tutulmasından doğan zararlar” denilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kayar**, s. 358.

⁴² Devlet ile ilgili oda arasındaki sorumluluğun nasıl paylaşılacağı hakkında bkz. **Ulusoy**, Erol, “Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili – Ticaret Sicili Bilgi Bankası – İnternet Sayfası”, Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 98; **Güney**, Necla Akdağ, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul, 2011, s. 99; **Kayar**, s. 358-359.

⁴³ TTK tarafından gözetim ve denetim yetkisi verilen Bakanlığın, sicildeki zararlardan da sorumlu olmasının normal olduğu yönünde bkz. **Yasaman**, s. 11.

zarardan dolayı Devlet ile ilgili oda müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk kusursuz bir sorumluluk halidir, sicil memurlarının kusurunun olup olmadığının bir önemi yoktur⁴⁴. Sicil memurunun kusurlu olması, Devletin kusurlu memura rücu etmesi açısından önemlidir⁴⁵. Ticaret sicilinin gereği gibi tutulmaması, sicil memurunun sadece olumlu davranışı sonucu değil, olumsuz davranışı, ihmali sonucu da meydana gelebilir⁴⁶.

3.2 İlgililerin Sorumluluğu

Sorumluluk ile ilgili diğer bir husus ise, TTK m. 38’de düzenlenmiştir. Buna göre; tescil ve kayıt için gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar, ikibin TL idari para cezasıyla cezalandırılacaktır. Bu hükmün Resmi Gazete’de yayınlanan ilk halinde, tescil ve kayıt için bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası uygulanacağı öngörülmektedir. Madde gerekçesinde de, gün esasına dayalı adli para sistemine göre maddenin yeniden kaleme alındığı belirtilmektedir. Ancak 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucunda madde son şeklini almıştır.

6335 sayılı Kanun ile kast suçun unsurları arasından çıkartılmıştır. Suçun cezası, suç ve cezada orantılılık ilkesine göre yeniden düzenlenerek idari para cezasına dönüştürülmüştür. Ayrıca TTK m. 562/13 uyarınca, söz konusu idari para cezasının mahallin en büyük mülki amiri tarafından verileceği düzenlenmiştir.

Bununla birlikte TTK m. 38/2’de, tescil edilen kayıtların gerçeği tam olarak yansıtmadıklarını, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelikte olduklarını veya kamu düzenine aykırı olduklarını öğrendikleri halde düzeltilmesini istemeyenlerin ve tescil olunan bir hususun de-ğiş-

⁴⁴ Özkorkut, s. 21; Karayalçın, “Ticaret Sicili”, s. 21.

⁴⁵ Karayalçın, “Ticaret Sicili”, s. 21.

⁴⁶ Ticaret sicili memurunun olumsuz davranışı ve TTK m. 33 kapsamında Devlet ve ilgili odanın sorumluluğunun doğması konusunda bkz. Yanlı, s. 92-93.

mesi, sona ermesi veya kaldırılması dolayısıyla, kaydın değiştirilmesini veya silinmesini istemeye ya da yeniden tescili gereken bir hususu tescil ettirmeye zorunlu olup da bunu yapmayanların, bu kusurları nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır.

4. TESCİL VE İLANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

4.1 Genel Olarak

Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisini düzenleyen TTK m. 36, esasen eTTK m. 38 ve 39'un birleştirilmesinden ibarettir. Bu iki maddenin birleştirilerek madde başlığının da madde içeriği ile uyumlu hale getirilmesi, yerinde bir değişiklik olmuştur.

TTK m. 36'nın gerekçesinde, eTTK'da düzenlenen maddelerin aynen alınarak birleştirildikleri ifade edilse de yine de üzerinde durulması gereken küçük ama önemli hususlar bulunmaktadır.

4.2 Olumlu Etkisi

TTK m. 36/1-3 şu şekildedir: *"Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Bu günler, tescilin ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan sürelerle de başlangıç olur. Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez."* Buna sicilin olumlu etkisi denilmektedir.

eTTK'da olduğu gibi TTK'da da ilan edilmeyen ticaret sicili kayıtlarının Türkiye çapında mı yoksa sadece bulunduğu sicil çevresinde mi etkili olacağı açıklanmamıştır. Bu husus doktrinde tartışmalıdır⁴⁷. Ancak elektronik ortamda tutulan ortak veri tabanındaki kayıtlar şu an

⁴⁷ Bilge, s. 219-223.

için üçüncü kişilere karşı ileri sürülemese de ortak veri tabanındaki kayıtlara hukuki sonuç bağlanarak merkezi ticaret siciline geçiş yapılması ile birlikte söz konusu tartışmalar son bulacaktır⁴⁸. Zira ilgililer nerede bulunursa bulunsunlar artık çok kısa bir zaman içerisinde ticaret sicili kayıtlarına ulaşabileceklerdir.

4.3 Olumsuz Etkisi

Ticaret sicilinin olumsuz etkisini düzenleyen TTK m. 36/4 ise şu şekildedir: *“Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”*

TTK’ya, eTTK’da bulunmayan önemli bir ekleme yapılmıştır. Buna göre; eTTK döneminde, tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir hususun üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için üçüncü kişilerin “bunu bildikleri”nin (müspet vukuf) ispat edilmesi gerekirken, TTK’da “bilmeleri gerektiği”nin ispatlanmasının da yeterli olacağı kabul edilmiştir⁴⁹. Bu durumda, TTK’nın yeni düzenlemesi, üçüncü kişilerin yükümlülüklerini arttırarak⁵⁰ ticaret sicilinin olumsuz etkisini daraltmaktadır⁵¹. Zira bildikleri husus yanında, bilmeleri gereken hususlar da artık üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir.

Bununla birlikte TTK’nın ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve bu kayıtlardan oluşan ortak bir veri tabanı oluşturulacağı yönündeki hükümleri göz önünde bulundurulursa, üçüncü kişilerin tescil edilmesine rağmen ilan edilmeyen bir hususu bilmediklerini veya bilebilecek bir durumda olmadıklarını ileri sürmeleri neredeyse

⁴⁸ Ulusoy, s. 103-104; Kaya, s. 91.

⁴⁹ Kendigelen, s. 57.

⁵⁰ Ünal, s. 1407.

⁵¹ Kayar, s. 366; Ulusoy, s. 121.

imkânsız bir hale gelmektedir⁵². Dolayısıyla her ne kadar elektronik ortamda tutulan ticaret sicili kayıtlarına hukuki sonuç bağlanmamış olsa da üçüncü kişilerin bu veri tabanındaki bilgileri bilebilecek bir durumda olmaları nedeniyle, tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan edilmemiş olan hususlar açısından ticaret sicilinin olumsuz etkisi hemen hemen ortadan kalkmış olmaktadır.

4.4 Görünüşe Güven

Ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişilere etkileri bakımından tartışılması gereken bir husus da, tapu sicili için geçerli olan sicile güven ilkesinin ticaret sicili bakımından da kabul edilip edilmeyeceğidir. Başka bir ifade ile ticaret sicilindeki yolsuz bir tescile güvenerek hareket eden iyiniyetli bir kişinin bu güveninin korunması gerekli midir?

eTTK’da, ticaret sicilindeki yolsuz bir tescile güvenerek hareket eden iyiniyetli bir kişinin güvenliğini koruyan bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle doktrinde, ticaret sicili için sicile güven ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilmekteydi⁵³.

TTK’da da ticaret sicili için sicile güven ilkesinin geçerli olup olmadığı düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle ticaret sicilindeki yolsuz bir tescile güvenerek hareket eden iyiniyetli bir kişinin bu güveninin korunması imkânı bulunmamaktadır⁵⁴. Ancak TTK m. 35/3 uyarınca, tescil edilen hususlar kural olarak ilan da edileceğinden, tescile güvenin korunmasından ziyade ilana güvenin korunması daha öncelikli bir husus haline gelmiştir⁵⁵. Bu doğrultuda TTK, “Görünüşe güven” başlığı altında tamamen yeni bir hüküm getirmiştir.

⁵² Kaya, s. 90.

⁵³ Bilge, s. 223-227.

⁵⁴ Modern doktrindeki yeni bir eğilime göre ticaret sicili açısından sicile güven ilkesinin geçerli olabileceği yönünde bkz. Karahan, s. 136.

⁵⁵ Arkan, s. 255 dipnot 1.

TTK m. 37'e göre; *"Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur."*

TTK m. 37, AET'nin 09.03.1968 tarih ve 68/151 sayılı 1. Yönergesi doğrultusunda düzenlenen Alman Ticaret Kanunu (ATK) §15 III göz önüne alınarak düzenlenmiştir. ATK §15 III şu şekildedir⁵⁶: *"Bir kişinin kendini ilgilendiren konularda tescil edilmesi gereken bir husus yanlış ilan edilmiş ise, üçüncü kişi bu kişi karşısında, ilan edilmiş hususa dayanabilir. Meğerki üçüncü kişi yanlışlığı biliyor olsun."*

TTK m. 37'nin gerekçesinde, ilan edilen bir hususun doğru olduğuna güvenen üçüncü kişinin bu güveninin korunacağı, hükmün uygulama alanına tescilin de yanlış yapıldığı veya tescil yokken ilanın yanlış yapıldığı yahut yanlışlıkla ilan yapıldığı ya da tescilde ve ilanda farklı yanlışların yapıldığı hallerin de gireceği belirtilmiştir. Ancak madde gerekçesi, TTK m. 37'nin TBMM'de verilen bir önerge ile değiştirilmeden önceki haline göre hazırlanmıştır. TTK m. 37'nin değişmeden önceki hali şu şekildedir: *"Tescili gereken bir husus yanlış ilan edilmiş ise, üçüncü kişi, tescil edilecek husus kendisini ilgilendiren kişiye karşı ilan edilen hususa dayanabilir; meğerki yanlışlığı biliyor olsun."* Bu nedenle gerekçe ile TTK m. 37 arasında farklılıklar bulunmaktadır.

TTK m. 37, sözü itibariyle yorumlandığında, tescil kaydı ile ilan arasında aykırılık bulunması halinde ilana güveninin korunacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak Yanlı⁵⁷, ilanın yapılmış olması halinde, üçüncü kişilerin ilan edilen hususun gerçeği yansıttığı, tescil edildiği ve sicil kaydı ile örtüştüğüne dair güvenlerinin TTK m. 37 ile korunduğu gerekçesiyle, tescil işlemi yapılmamış olsa da sadece ilanın yapılmış olmasını bu hükmün uygulanması için yeterli bulmaktadır. Yine Arkan⁵⁸ da TTK m. 37'nin kapsamına, tescil yapılmamışken yanlışlıkla ilanın yapıldığı ya da tescil ve ilanda farklı yanlışların yapıldığı hallerin de gireceğini be-

⁵⁶ Yanlı, s. 96.

⁵⁷ Yanlı, 99.

⁵⁸ Arkan, s. 256 dipnot 2.

lirtmektedir. Buna karşılık *Karahan*⁵⁹, üçüncü kişi gerçeğe aykırı ilanın gerçekliğine, tescil gerçeğe uygun ise güvenebilir, tescil gerçeğe uygun değil ise TTK m. 37 uygulanmaz demektir.

Kanunun lafzından açıkça anlaşılmamakla birlikte, bir husus, ticaret siciline tescil edilmeksizin sadece ilan edilmiş ve bu ilan gerçeği yansıtmıyor ise, ilana güvenerek hareket eden üçüncü kişilerin güveninin korunması gerekir. Aynı şekilde hem ticaret siciline tescil kaydı hem ilan gerçek durumla bağdaşmıyor ise de üçüncü kişinin ilana güveni korunmalıdır. Zira TTK m. 37, ilan olunan bir hususun içeriğinin gerçeğe aynı olduğu yönündeki güveni korumaktadır.

TTK m. 37'nin uygulanabilmesi için ilan edilen hususun, kanunen ticaret siciline tescil edilmesi gereken bir husus olması da gerekmektedir. Ticaret siciline tescili zorunlu olmayan bir hususun tescil edilmesi durumunda, TTK m. 37 uygulanma alanı bulmamalıdır⁶⁰.

TTK m. 37'de, üçüncü kişilerin gerçek durumu "bilmeleri" halinde, hükmün sağladığı korumadan yararlanamayacakları düzenlenmiş olup tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edildiği takdirde, ilan edilen hususa güvenleri korunmayacaktır. Buna karşılık, üçüncü kişilerin tescil edilmiş olan gerçek durumu "bilmeleri gerektiği"nin ispat edilmesi, ilan edilen hususa güvenlerinin korunmasına engel oluşturmamalıdır⁶¹. Ayrıca üçüncü kişilerin TTK m. 37 ile öngörülen korumadan yararlanmasını istemeyen ilgilinin, üçüncü kişinin tescil ile ilan arasındaki farklılığı bildiğini değil, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildiğini ispat etmesi gerekmektedir⁶².

TTK m. 37, esas itibariyle üçüncü kişilerin ilan edilen hususa güvenlerini korumaktadır. Buna karşılık tescil edilmesi gereken hususun

⁵⁹ *Karahan*, s. 137.

⁶⁰ *Arkan*, s. 256.

⁶¹ Bu maddede "müspet vukuf" ilkesi korunmuştur (*Kendigelen*, s. 58.).

⁶² *Yanlı*, s. 98.

tescil edilmesini gerçeğe uygun bir şekilde talep eden ancak kusuru olmaksızın, ortaya çıkan yanlış tescil ve ilan nedeniyle üçüncü kişilere karşı korumasız hale gelen ilgililerin menfaatleri korunmamaktadır. Bu durum tescil ve ilanın yanlış yapılmasında hiçbir kusuru olmayan ilgiliyi mağdur etmektedir. O halde hiçbir kusuru olmamasına rağmen, TTK m. 37 kapsamında üçüncü kişiye karşı korumasız hale gelen ilgilinin, uğradığı zararlardan dolayı Devlet ve ilgili odaya başvurabilmesine imkân tanınması gerekmektedir⁶³. Başka bir çözüm yolu olarak da ilgiliye ilandaki yanlışlığı düzeltmesi için imkân ve süre tanınabilir⁶⁴. Nitekim Alman hukukunda, yanlışlığın oluşmasında kusuru olmayan ilgilinin, bu yanlışlık nedeniyle sorumlu olmasının kendisinden beklenemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁵.

SONUÇ

TTK kapsamında ticaret sicili ile ilgili yenilikleri ve değişiklikleri incelemiş olduğumuz bu çalışmamızda, ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve bu kayıtlar ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin elektronik ortamda depolandığı merkezi bir bilgi bankasının kurulmasının en önemli yenilikler olduğunu tespit ettik.

Buna karşılık MERSİS'in faaliyete geçmiş ve TSY'nin yürürlüğe girmiş olması karşısında, halen ortak veri tabanındaki kayıtlara hukuki sonuç bağlanarak merkezi ticaret siciline geçiş yapılmamış olması, TTK tarafından arzu edilen ticaret sicili sisteminin kurulamamış olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bir an önce ilgili kanun değişikliğinin yapılarak elektronik ortamda merkezi ticaret siciline geçiş yapılması uygun olacaktır.

Bununla birlikte söz konusu kanun değişikliğinde, tescil işlemlerinin elektronik ortamda yapılması halinde, ilanın da kendiliğinden (oto-

⁶³ **Kayar**, s. 367.

⁶⁴ **Ünal**, s. 1409.

⁶⁵ **Yanlı**, s. 97.

matik olarak) gerçekleşeceğini öngören bir düzenlemeye yer verilmelidir. Böylece TTK m. 35/3 kapsamında yapılan, tescil edilen her hususun ilan da edilip edilmeyeceği yönündeki tartışmalar son bulacaktır. Buna karşılık bu durum, sicilin olumsuz etkisine oldukça dar bir uygulama alanı bırakacağı gibi TTK m. 37’de düzenlenen görünüşe güven kurumunun uygulama alanını da daraltacaktır. Zira tescil işlemlerinin elektronik ortamda yapılması halinde, ilanın da kendiliğinden elektronik ortamda gerçekleşmesi durumunda, artık tescil edilen husus ile ilan edilen husus arasında farklılık meydana gelmeyecektir.

KAYNAKÇA

Arkan Sabih Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2014.

Bahtiyar Mehmet “6102 Sayılı TTK’da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3)”, Regesta, Cilt 3, Sayı 2, İstanbul, 2013, s. 3-14.

Battal Ahmet “Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi”, BATİDER, C. 19, S. 1, Ankara, 1997, s. 81 vd.

Bilge Mehmet Emin Ticaret Sicili, İstanbul, 1999.

Deliduman Seyithan, **Acar** Serdar “Elektronik Ortamdaki Ticaret Sicili İşlemleri ve Mersis”, Regesta, C. 2, S. 2, İstanbul, 2012, s. 35-47.

Güney Necla Akdağ Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul, 2011.

Karahan Sami Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Konya, 2014.

Karayalçın Yaşar Ticaret Hukuku Dersleri, C. I: Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, 1968.

Karayalçın Yaşar “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri”, BATİDER, C. 8, S. 2, Ankara, 1975, s. 1-29.

Kaya İ. Mustafa “Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması”, YÜHFD, Cilt 5, Sayı 1, İstanbul, 2008, s. 67-100.

Kayar İsmail “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirmesi”, YÜHFD, C. 2, S. 1, İstanbul, 2005, s. 353-382.

Kendigelen Abuzer Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011.

Kendigelen Abuzer Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2015.

Kaya Arslan

Nomer Füsün

Ülgen Hüseyin

Helvacı Mehmet

Kınacı Naci “Ticaret Sicili”, Adalet Dergisi, C. 5, Ankara, 1961, s. 471-485.

Okutan Gül “Ticaret Sicili”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s. 8-18.

Özdamar Mehmet “6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Sicili”, Regesta, C. 2, S. 2, İstanbul, 2012/2, s. 47-61.

Özkorkut Korkut “Ticaret Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 19-36.

Poroy Reha, **Yasaman** Hamdi Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2012.

Ulusoy Erol “Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili – Ticaret Sicili Bilgi Bankası – İnternet Sayfası”, Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 89-127.

Ünal Akın “Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin

Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanunu ve Kanun Tasarısına göre bir Değerlendirme)”, Legal Hukuk Dergisi, C. 4, S. 41., İstanbul, 2006, s. 1395-1412.

Yanlı Veliye “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Sicili”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 89-99.

Yasaman Hamdi “Yeni Ticaret Kanununda Ticaret Sicili ile İlgili Getirilen Düzenlemeler”, Regesta, Sayı 1, İstanbul, 2011, s. 7-13.

KISALTMALAR TABLOSU

AB	Avrupa Birliği
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
ATK	Alman Ticaret Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
c.	Cümle
eTTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	Madde
MERSİS	Merkezi Sicil Kayıt Sistemi
S.	Sayı
s.	Sayfa
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TSY	Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TAKSİRLİ SUÇLARDA ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİ / CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEP

▪ Av. Yeşim DAĞOĞLU

Özet: Dikkat ve özen ihlali dolayısıyla suç sayılan bir neticeye sebep olunması taksir diye adlandırılır. Kişinin taksirle ailesi ya da akrabalarının zarar görmesine neden olması durumunda kişi büyük mağduriyet yaşar; ancak ortada bir suç olduğu için cezalandırılmalıdır. TCK m. 22/6 failin mağduriyetinden dolayı cezalandırılmamasını ya da cezasında indirim yapılmasını sağlamaktadır. Çalışmamız taksirli suçlarda şahsi cezasızlık sebebinin/cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebi anlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: taksir, netice, mağduriyet, şahsi cezasızlık, cezada indirim.

Abstract: Failure to take proper precaution or care during performance of an act is called as negligence. The offender is aggrieved by causing damage to family/relatives by negligent offense; but because there is a crime, the offender must be punished. Turkish Penal Code Article 22/6 because of the victimization of the perpetrator provides not to be punished or reduction of punishment. Our study aims to understand reason of personal impunity or personal reason requiring the reduction of punishment in negligent offences.

Keywords: negligence, result, victimization, personal impunity, reducing of punishment.

GİRİş

Taksir halinde kişi dikkat ve özen yükümlölüğüne aykırı davranmakta ve bu aykırı davranışın sonucu istenmeyen bir netice meydana gelmektedir. Meydana gelen neticenin kişinin çocuğu, ailesi ya da akrabasının zarar görmesi, yaralanması hatta ölmesi olduğu durumlar özellikle ehemmiyet arz eder. Zira bu durumlarda hem o kişinin ölümü hem de o kişinin ölüm sebebinin kendi taksirli hareketi olması dolayısıyla failin pişmanlık ve acı duyarak çok mağdur olmasına rağmen bir de cezalandırılması gündeme gelir. TCK m. 22/6 bu ve benzeri durumlar için failin cezalandırılmaması ya da cezasının indirilebilmesi yönünde bir düzenleme getirmektedir.

TCK m. 22/6 taksirli suçlarda şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep öngörmektedir. Bu sebebin uygulama alanı bulabilmesi için taksirli bir suçun varlığı ve suçun münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından mağduriyete yol açması gerekir. Taksirli suçun varlığı için öncelikle, işlenen suçun taksirli halinin düzenlenip düzenlenmediğine bakılacak; daha sonra ise taksirin diğer koşulları bakımından bir değerlendirme yapılacaktır. Münhasıran kişisel ve ailevi mağduriyet için ise olayda yalnızca faille arasında evlilik ya da akrabalık ilişkisi bulunan bir mağdur zarar görmeli ve mağduriyet ceza verilmesini gereksiz kılacak seviyede olmalıdır.

TCK m. 22/6 bilinçsiz taksir halinde şahsi cezasızlık sebebi, bilinçli taksir halinde ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep teşkil eder. Taksirde, kişi dikkat ve özen yükümlölüğüne aykırı davranmakta ve bu aykırı davranışın sonucu istenmeyen bir netice meydana gelmektedir. Böyle bir neticenin meydana gelebileceğinin öngörölüp öngörölmemesi çalışmamızda değineceğimiz üzere bilinçli ve bilinçsiz taksir türlerine vücut vermektedir.

Çalışmamız taksirli suçlarda şahsi cezasızlık sebebinin ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebin düzenlendiğı TCK m. 22/6'yı kavramayı amaçladığından önce, maddeden ve maddenin geti-

rilış amacından kısaca bahsedilecek; daha sonra da maddenin koşulları incelenecektir. Verilecek bilgiler ışığında genel bir değerlendirme yapılarak çalışmaya nihayet verilecektir.

I. GENEL OLARAK

TCK m. 22/6'ya göre *“taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir”*. Madde gerekçesinde genellikle birden çok çocuk sahibi olan köylü kadınların gün içinde çok fazla uğraşacak işleri olduğu için çocuklarıyla yeterince ilgilenememelerinden dolayı çocuklarının yaralanmaları ya da ölmeleri ile trafik kazalarında failin taksirli hareketi sonucu çocukları ya da ailesinin zarar görmesi halleri vb. durumlar için böyle bir düzenleme yoluna gidildiği ifade edilmektedir¹. Özbek ve Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'nin belirttiği üzere uygulamada failin aynı zamanda mağdur olduğu bu gibi durumlar çok görüldüğünden ve bu durumlarda hakimler ya hukuki olmayan gerekçelerle ceza vermeme ya da verilen hapis cezasını adli para cezasına çevirme yolunu benimsediklerinden, düzenleme çok yerindedir².

¹ Gerekçe için bkz. **Metiner** Haydar/**Koç** E. Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Ankara, Mart-2008, s. 432-434.

² Özbek Veli Özer/**Kanbur** Mehmet Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Eylül 2014, s. 524, (Genel Hükümler); Özbek Veli Özer/**Kanbur** Mehmet Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2015, s. 185, (Özel Hükümler); Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, İzmir Şerhi, C. II, Ankara 2008, s. 381, (Yeni Türk Ceza Kanunu). Doktrinde bu düzenleme “adli af” şeklinde de ifade edilmektedir[**Parlar** Ali/**Hatipoğlu** Muzaffer, “Taksir”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı:13-14, Eylül-Ekim 2005, s. 73, (Taksir); **Parlar** Ali/**Hatipoğlu** Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı Kast ve Taksir, Tümüyle Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s. 347, (Kast ve Taksir)].

I. TAKSİRLİ SUÇLARDA ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİNİN/ CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEBİN KOŞULLARI

TCK m. 22/6'nın uygulanabilmesi için gerekli koşullara bakılacak olursa;

Öncelikle taksirle işlenebilen bir suçun varlığı gerekir³.

Suçta meydana gelen netice, kişisel ve ailevi bakımdan ceza verilmesini gereksiz kılacak seviyede mağduriyete yol açmalıdır⁴.

Fail netice bakımından bilinçsiz veya bilinçli taksirle hareket etmiş olmalıdır. Madde bilinçsiz taksir için “şahsi cezasızlık sebebi”, bilinçli taksir için ise “cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep” teşkil etmektedir⁵.

A. Taksirli Bir Suçun Varlığı

TCK m. 22/6'dan söz edebilmek için taksirle işlenebilen bir suçun varlığı gerekir⁶. Taksirli bir suçun varlığı için failin eyleminde taksirin koşulları bulunmalıdır⁷. Taksirin koşullarını açıklayabilmek için ise öncelikle, taksir kavramından ve taksirin ceza hukukundaki fonksiyonundan bahsedilmelidir.

³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 524; **Apaydın** Cengiz, 2011 Yılı Yargıtay Kararları Işığında Taksirle Yaralama, Taksirle Öldürme ve Olası Kastla İnsan Öldürme Suçları, 2011, s. 263; **Yaşar Osman/Gökcan** Hasan Tahsin/ **Artuç** Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Ankara 2010, s. 2835.

⁴ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 525; **Hafızogulları** Zeki, “Türk Ceza Hukuku Ders Notları”, s. 374, (www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf, E. T.: 29.06.2015).

⁵ Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), İkinci Bası, Ankara 2005, s. 333; **Artuk** Mehmet Emin/**Gökcan** Ahmet/**Yenidünya** A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 321, 357, (Genel Hükümler); **Kangal** Zeynel T., “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Kişisel Nedenler”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 85-86, Eylül-Ekim 2011, s. 49.

⁶ **Apaydın**, s. 263; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 524; **Yaşar/Gökcan /Artuç**, s. 2835.

⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 506.

1. Taksir Kavramı

Taksir “kusur; kısma; kısaltma” olarak tanımlanabilir⁸. Tanımdan anlaşılacağı üzere taksir halinde kişi olması gerektiği şekilde hareket etmemekte, yapması gerekeni eksik yaparak kusur işlemektedir.

5237 sayılı TCK ise taksiri “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlamıştır⁹. Görüleceği üzere taksirde dikkat ve özen yükümlülüğü ihlali dolayısıyla fail kusurlu adedilmektedir. Zira toplum halinde yaşamının gereği olarak kişiler hareketlerinde dikkatli ve özenli olmak durumundadırlar. Böyle davranmazlarsa hukuk düzenince kınanabilir hale gelirler¹⁰. Ancak bu kınamanın cezai boyutta olabilmesi için aykırı davranışın hukuk düzenince yasaklanmış ve failce gerçekleşeceği öngörülmemiş bir neticeye vücut vermiş olması gerekir¹¹.

⁸ Yılmaz Ejder, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2005, s. 662.

⁹ Centel/Zafer/Çakmut’a göre taksirin tanımında “davranış” yerine hukuki bir terim olan fiil kelimesi kullanılmalıdır; böylece fiil teriminde TCK bakımından birlik de sağlanmış olur[Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul 2014, s. 359-360, dn. 76, (Türk Ceza Hukuku)]. Taksirin koşullarından dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, kurallara riayetsizlik dolayısıyla davranış kurallarına uymama şeklinde de ifade edilmektedir[Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukuku, s. 362; Centel Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Kasım 2002, s. 358; Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s. 198; Demirci Bahar, “Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara 2011, s. 106, (acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/24798/BaharDEMIRCI.pdf, E. T. : 27.12.2014)]. Bu nedenle taksirin tanımında her ne kadar hukuki olmasa da davranış kelimesinin kullanılmasında kanımızca sakınca yoktur.

¹⁰ Kişilerin bu davranış şekli toplumsal kuralları/hukuk düzeninin gerektirdiği yükümlülükleri umursamaz bir yaklaşım taşıdığından taksir, aldırma olarak da ifade edilmektedir (Yüce Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s. 59; Keskin O. Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994, s. 83).

¹¹ 12. CD. 01.03.2013 tarih ve E. 2012/9999, K. 2013/4961, “...İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksir, 5237 sayılı TCK’nın 22/2. maddesinde “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörülme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır...”(www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015).

2. Taksirin Çifte Fonksiyonu

Taksirli suçlar, “dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali” koşulunun arandığı suçlardır. Taksirin bu yönüyle tipikliğe dahil bir unsur olduğu savunulmaktadır. Taksirli suçlar için faili sorumlu tutabilmek adına failin taksir düzeyinde kusurunun bulunup bulunmadığına bakılması gerekir. Bu yönüyle ise taksirin, kusurluluğa ilişkin sübjektif bir unsur teşkil ettiği ifade edilmektedir¹². Her ne kadar taksiri tipikliğinin unsuru olarak ele alıp salt haksızlığın işleniş şekli kabul eden yazarlar¹³ bulunsa da taksirin hem tipikliğe hem de kusurluluğa ilişkin olduğu görüşü doktrinde daha çok kabul görmektedir¹⁴. Örneğin, köpeğini parkta gezdirirken elindeki uyuşmadan dolayı tasmayı tutamayıp köpeğinin kaçması ve bir kişiyi ısırması durumunda kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle taksirle hareket ettiği söylenebilir; ancak kusur bakımından olaya yaklaşıldığında eldeki uyuşmanın sebebinin irdelenmesi gerektiğinden kişinin taksir seviyesinde kusurunun olmaması ihtimal dahilindedir.

3. Taksirin Koşulları

Taksirin koşulları doktrin ve uygulama göz önüne alındığında şu şekildedir¹⁵:

¹² Duttge, in: MK, § 15 no. 81 vd.; Gropp, § 12 no. 8; Kaspar, Johannes, Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS 2012, s. 17’den aktaran Öztürk Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK’ya Göre Yenilenmiş 14. Baskı, Ankara 2014, s. 273.

¹³ **Koca** Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2014, s. 181.

¹⁴ Wessels/Beulke, § 15, kn. 657’den aktaran **Koca/Üzülmez**, s. 181-182.

¹⁵ Taksirin koşullarının bu şekilde sınıflandırılması için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 333 vd.; **Centel**, s. 358 vd.; **Metiner/Koç**, s. 438 vd.; **Demirci**, s. 96 vd.; İlçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 136 vd.; **Düzgün** Nuri/**Elmacı** Şerafettin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara 2007, s. 63 vd. . CGK 11.3.2008 tarih ve E. 2007/9-275, K. 2008/49 sayılı kararında “taksirin unsurlarının öğretti ve uygulamada failin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağı bulunması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması, neticenin öngörülebilmesi” şeklinde olduğunu belirtmiştir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 510, dn. 44). Keskin, Parlar/Hatipoğlu, Dönmezer, Demirbaş, Dönmezer/Erman ve Çiftci-oğlu “dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi”ne yer vermeyip taksirin unsurlarını “taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin isteyerek yapılması, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması ve neticenin öngörülebilir olması” şeklinde incelemişlerdir (**Keskin**, s. 88

- Taksirle işlenebilen bir suçun bulunması
- Hareketin iradi, neticenin ise iradi olmaması
- Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi
- Neticenin öngörülebilir olması
- Hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması

a. Taksirle İşlenebilen Bir Suçun Bulunması

Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır(TCK m. 21/1) ve taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır(TCK m. 22/1)¹⁶. Dolayısıyla kast genel kusurluluk şeklidir, açıkça belirtilmese de kastın varlığı aranır. Taksir ise istisnai kusurluluk şekli olduğundan ancak belirtildiği suç tiplerinde kişilerin taksir bağlamında kusurları için sorumlulukları yoluna gidilebilir¹⁷.

Kanunda düzenlenen taksirli suçlar; taksirle öldürme(m. 85), taksirle yaralama(m. 89), taksirli iflas(m. 162), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması(m. 171), radyasyon yayma(m. 172/4), atom enerjisi ile taksirle patlamaya sebebiyet verme(m. 173/2), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma(m. 180), çevrenin taksirle kirletilmesi(m. 182), zehirli madde katma suçunun taksirle işlenmesi(m. 185/2), çocuğun soybağını değiştirme suçunun taksirle işlenmesi(m. 231/2), taksirle askeri tesislerin tahribine neden olmak(m. 307/3), savaş zamanında yükümlülükleri taksirle yerine getirmeme(m. 322/2), devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri taksirle açıklama(m. 329/3),

vd.; **Parlar/Hatipoğlu**, Taksir, s. 54 vd.; **Parlar/Hatipoğlu**, Kast ve Taksir, s. 326 vd.; **Dönmezer** Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 212-213; **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2014, s. 380 vd.; **Dönmezer** Sulhi/**Erman** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1999, s. 256 vd.; Çiftci-oğlu Cengiz Topel, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", ABD, 2013/3, s. 324 vd.).

¹⁶ ETCK m. 45 ise bu durumu "Cürümde kastın bulunmaması cezaı ortadan kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval bundan müstesnadır" şeklinde belirtmiştir(**Kaymaz** Seydi/**Gökcan** Hasan Tahsin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme Ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, s. 92, dn. 171).

¹⁷ Taksir kastın hafif hali değildir. Bu nedenle kasten işlenebilen bütün suçların taksirle de işlenmesi beklenemez. Taksirli suçların kanunda belirtilmeleri gerekir(**Bakıcı** Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı, Ankara 2008, s. 467; Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 316).

yasaklanan bilgileri taksirle açıklama(m. 336/3) ve taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi(m. 338) şeklindedir¹⁸.

b. Hareketin İradi Olması-Neticenin İradi Olmaması

Failin taksirle hareket ettiğinin söylenebilmesi için bu hareketin iradi olması gerekir. Yani fail bilerek ve isteyerek bu şekilde davranmış olmalıdır¹⁹. İradi olması gereken bu hareket icrai ya da ihmali şekilde gerçekleşebilir²⁰. Doktrinde ihmali hareketin iradi olup olamayacağı tartışma konusu olmuş ve ihmalde bulunan failin bunu bilerek ve isteyerek yaptığının söylenip söylenemeyeceği sorgulanmıştır. Ancak ihmali hareket eden fail dikkatli ve özenli davranmak yükümünü bilerek ve isteyerek ihlal etmiştir²¹. Kuyu açılması ve kimsenin kuyunun içine düşmemesi için gerekli tedbirler alınmaması sonucu taksirle ölüme veya yaralanmaya sebebiyet verme durumunda fail gerekli tedbirler almama eylemini iradi olarak yapmıştır²². Ancak failin iradesini ele geçiren bir zorlayıcı güç varsa failin iradi hareket ettiğinden söz edilemez ve fail cezalandırılmaz²³. İşledikleri suçtan sonra kaçmak için taksiye binen kişilerce cebir/tehditle hızlı araba kullanmak zorunda bırakılan taksi şoförü bir kişiye çarparak yaralanmasına ya da ölümüne neden olursa objektif özen yükümünü ihlal etmiş olsa da hareketi iradi olmadığından sorumlu tutulamaz²⁴.

¹⁸ **Parlar/Hatipoğlu**, Kast ve Taksir, s. 318; **Demirci**, s. 99; Özen Muharrem, "TCK'nda Taksir", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, C. III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgen-dorf-Yener Ünver, İstanbul 2010, s. 118.

¹⁹ **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukuku, s. 364; **Centel**, s. 360. Hakeri'ye göre istemediği bir netice-den faili sorumlu tutabilmek için özen yükümünün ihlali yanında hareketinin iradiliği de aranmalıdır(**Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 237).

²⁰ Bu hususa TCK m. 22'nin gerekçesinde de yer verilmiştir. Gerekçe için bkz. **Metiner/Koç**, s. 432-434.

²¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 511; **Dönmezer**, s. 212.

²² **Bakıcı**, s. 468.

²³ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 511; **Kaymaz/Gökcan**, s. 93.

²⁴ İçel Kayıhan/**Sokullu-Akıncı** Füsün/Özgenç İzzet/**Sözüer** Adem/**Mahmutoglu** Fatih S./Ünver Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Eylül 2000, s. 256.

Taksirin mevcudiyeti için neticenin iradi olmaması yani istenmemiş olması gereklidir. Zira neticenin istenmesi durumunda taksir değil, kastın varlığından söz edilir²⁵. Taksirden faili sorumlu tutabilmek için istenmese de bir netice meydana gelmelidir. Zira netice yoksa kişi o suçtan sorumlu tutulamaz; ancak kişinin hareketi bir suça vücut veriyorsa ondan cezalandırılabilir²⁶. Şehir içinde arabasını çok hızlı süren bir sürücü kimseye çarpmazsa taksirle yaralama ya da öldürmeden sorumlu olmaz; ancak hızlı araç kullanmadan dolayı trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılabilir²⁷.

c. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

Taksirin mevcudiyeti için uyulması gereken belli kuralların olması ve kişinin bu kurallara riayet etmemesi nedeniyle neticenin meydana gelmesi gerekir²⁸. Bu kurallar İçel'in belirttiği üzere "hukuki normlar" ve "müşterek tecrübe" şeklinde sınıflandırılabilir²⁹. Hukuki normların gerektirdiği dikkat ve özen yükümü ihlali halinde nizamla riayetsizlik;

²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 334-335; Dönmezer, s. 212; Artuç Mustafa, "Taksirle İnsan Öldürme Suçu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 9, Mayıs 2007, s. 88. Neticenin öngörülmüş olması istendiği anlamına gelmez(Centel, s. 361; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukuku, s. 365; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 511). Öngörme ve istemenin farklı olduğunu ifade için Giyom Tell örneği verilebilir(Demirbaş, s. 382; Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Özbek Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2003, s. 203).

²⁶ Bu nedenle taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir(Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 336; Metiner/Koç, s. 441; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 201; Bakıcı, s. 469). Taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı, teşebbüs kurumunun açıklandığı TCK m. 35/1'de geçen "işlemeyi kastettiği bir suçu" ifadesiyle de ortaya konmaktadır.

²⁷ Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 160.

²⁸ Kurallara riayetsizlik dolayısıyla Centel, Centel/Zafer/Çakmut, Toroslu ve Demirci dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi yerine davranış kurallarına uymama ifadesini kullanırlar(Centel, s. 358, Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukuku, s. 362; Toroslu, s. 198; Demirci, s. 106). Delogu'ya göre "taksirli sorumluluğun temelinde, belirli bir taksirli suçu öngören ve cezalandıran ceza kuralından ayrıca, bir davranış kuralına da riayetsizlik vardır" (Delogu Tullio, "Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi", Çeviren: Yüksel Ersoy, AÜHFCD, C. XXXIX, S. 1-4, 1982-1987, s. 119).

²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya bu kuralları "ruhsat kuralları" ve "tehlikeyi gidermeye yönelik normlar" olarak sınıflandırır. Yazarlara göre ruhsat kurallarına aykırılık, taksire karine teşkil etmez; zira ehliyetsiz araba kullanan kişi birine çarptığında ehliyetinin olmaması kişinin taksirli olduğunu göstermez. Kişinin sorumluluğu için kusuruna bakılmalıdır. Tehlikeyi gidermeye yönelik normlara aykırılık ise taksire karine teşkil eder; zira trafik kurallarına aykırı davrandığı için kişi birine çarparsa taksirli olduğu söylenir(Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 347-348).

müşterek tecrübeye dayalı dikkat ve özen yükümü ihlali halinde ise tedbirsizlik, dikkatsizlik veya acemilik sebebiyle fail sorumlu tutulur³⁰.

Taksirin görünüm şekilleri olan nizamlara riayetsizlik, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemilik kavramlarını tanımlamak gerekirse³¹;

Nizamlara riayetsizlik; yetkili mercilerce toplum halinde yaşam gereği konulan kurallara uyulmaması manasına gelir. Örneğin, demiryolu görevlisinin tren yaklaşırken geçidi kapatmaması taksirle hareket ettiğine delalettir³².

Tedbirsizlik; istenmeyen neticenin meydana gelmemesi için gereken tedbirlerin(önlemlerin) alınmamış olmasıdır. Örneğin, ormanda çukur açan kişi başkalarının bu çukura düşmemesi için etrafını çitle çevirmek vb. tedbirler almazsa ve biri çukura düşüp ölürse kişinin taksir yönünden sorumluluğuna gidilebilir³³.

Dikkatsizlik; yapılan işe gereken dikkatle yaklaşmamak, o işe gerektiği şekilde eğilmemek anlamına gelir. Örneğin, saç keserken aynı zamanda diğer müşterilerle sohbet eden berber dikkat eksikliği sonucu müşterinin kulağını keserse berberin taksirle hareket ettiği söylenebilir³⁴.

Acemilik ise yapılan işin incelik ve esaslarına tam olarak hakim olunmaması, tecrübesizliktir. Örneğin, mühendis projeyi hazırlarken hesap hatası yapar ve binanın yıkılmasıyla insanların ölmesine sebep olursa mühendisin taksir bakımından sorumluluğu yoluna gidilebilir³⁵.

³⁰ İçel, s. 141.

³¹ Dönmezer, s. 215-216; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 199; Bakıcı, s. 467.

³² Dönmezer/Erman, s. 268; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 516.

³³ Erdoğdu Ahmet, "Ceza Hukukunda Taksir", AD, Y. 42, S. 10, Ankara 1951, s. 1642.

³⁴ Demirbaş, s. 389.

³⁵ Delogu, s. 120.

Taksirden söz edebilmek için bu hareketlerden birinin mevcut olması yeterlidir³⁶. Bu noktada faili taksirli hareketinden sorumlu tutabilmek için dikkat ve özen yükümlülüğü bakımından ölçütün ne olacağına değinmek gerekir. Bakıcı ve Apaydın'ın da ifade ettiği üzere failin kişisel durumu esas alınmalıdır³⁷.

Kişi kurallara riayet etse yani dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirir de neticenin meydana gelecek olması halinde kişiyi sorumlu tutup tutamayacağımız sorununa değinmek gerekir. Centel ve Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe bu durumda failin sorumlu tutulamayacağı kanaatindedirler³⁸. Zira burada tesadüf ve kazanın varlığından söz edilebilir³⁹. Kanaatimizce yazarlar haklıdır; zira taksirde cezalandırılan, kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışının kanunca suç sayılan neticeye sebep olmasıdır. Netice kişi doğru davransaydı da meydana gelecektiye o zaman kişiyi cezalandırma nedenimiz ortadan kalkar ve fail neticeden sorumlu tutulamaz. Bu durumda bir suçun değil, kaza ve tesadüfün varlığından bahsedilir.

d. Neticenin Öngörülebilir Olması

Taksir bakımından failin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için neticenin öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Zira neticenin öngörülebilme olanağı yoksa taksirden değil, kaza ve tesadüften bahsedilir⁴⁰. Bir aracın büyükbaş bir hayvana çarpması sonucu hayvanın kafasının karşı şeritte kurallara uygun şekilde giden bir aracın camından içeri girmesi ve bu aracı kullanan kişinin kaza yapıp başka insanların ölümüne neden olması halinde kaza ve tesadüf vardır⁴¹.

³⁶ Bakıcı, s. 467.

³⁷ Bakıcı, s. 476; Apaydın, s. 251.

³⁸ Centel, s. 359; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 512.

³⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 512.

⁴⁰ Dönmezer, s. 213; Bakıcı, s. 468; Çiftcioğlu, s. 326; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 201.

⁴¹ Hakeri, s. 240-241.

Özbek'in belirttiği üzere "öngörebilme neticenin öngörülmesinden farklıdır; zira neticenin öngörülebilmesi kişinin neticeyi tahmin yeteneğini ifade eder"⁴². Kişinin neticeyi tahmin yeteneği bakımından doktrinde failin, en tecrübeli insanın ya da ortalama insanın esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁴³. Kanaatimizce değerlendirmede fail esas alınmalıdır⁴⁴; bu nedenle "failin yaşı, eğitim ve öğrenim düzeyi, kültür seviyesi, mesleği, ekonomik ve sosyal durumu, yaşam tecrübesi ile yaşadığı çevrenin sosyo-kültürel ve ekonomik durumu" göz önüne alınarak bir saptama yapılmalıdır⁴⁵.

e. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Olması

Tüm suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da faili sorumlu tutabilmek adına nedensellik bağının varlığı araştırılmalıdır⁴⁶. Neticenin failin taksirli fiili nedeniyle meydana gelmesi anlamına gelen⁴⁷ nedensellik bağının varlığı tek başına yeterli değildir; zira bu, failin objektif sorumluluğuna gitmek olur. Bu nedenle aynı zamanda neticenin faile objektif olarak isnat edilip edilemeyeceğine bakılmalıdır⁴⁸.

⁴² Özbek bu nedenle neticenin öngörülebilir olmasına taksirin tanımlandığı TCK m. 22/2'de yer verilmesini bir eksiklik sayar[Özbek Veli Özer, "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, S. 5, Ocak 2005, s. 29, (Teşebbüs)].

⁴³ **Toroslu**, s. 201.

⁴⁴ Aynı yönde **Demirbaş**, s. 383.

⁴⁵ **Metiner/Koç**, s. 440. CGK 11.5.2004 tarih ve E. 2004/2-97, K. 2004/115, "... Somut olayda, sanık 21 yaşında, dört yıldır gayriresmi evli, okuma yazma dahi bilmeyen ve kırsal kesimde yaşayan bir ev kadınıdır. Sanığın ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyi, yaşı, öğrenim görmemiş olması ve yaşadığı çevrenin koşulları dikkate alındığında, çocuğunu sevip onunla oynayıp şakalaşırken havaya atıp tuttuğu sırada ve hareketli oldukları bir anda meydana gelen olayda açıklanan kıstaslar gereği neticenin öngörülebilir olmaması nedeniyle sanığa atfı mümkün bir kusur bulunmadığından, atılı suçun manevi unsuru oluşmamıştır..."(**Metiner/Koç**, s. 448-449). CGK 18.02.2014 tarih ve E. 2013/12-10, K. 2014/80, "... Fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle öngörmediği bir neticenin meydana gelmesine neden olmalı..."(www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015).

⁴⁶ Öztürk/Erdem/Özbek'e göre esasen bu unsura ayrıca yer verilmesi gereksizdir(Öztürk/Erdem/Özbek, s. 203).

⁴⁷ **Delogu**, s. 117; **Artuç**, s. 88.

⁴⁸ Objektif isnadiyet fail hukuka uygun davransaydı netice gerçekleşmeyecekti denilebildiği durumlarda söz

Netice sadece failin fiili kaynaklı ise illiyet bağı ve objektif isnadiyetin saptanması bir zorluk arz etmezse de neticede mağdur veya üçüncü kişinin de etkisi mevcutsa bu noktada dikkatli bir inceleme yapılması lüzumu hasıl olacaktır.

Mağdurun veya üçüncü kişinin neticeye etkisi bakımından söz konusu olabilecek ihtimaller şu şekilde belirtilebilir⁴⁹:

- Mağdurun Hareketi

Mağdurun hareketi kusursuz olabilir. Bu durumda nedensellik bağı etkilenmediğinden fail neticeden sorumlu tutulur. Örneğin, araçlara kapalı yolda sağa sola bakmadan karşıya geçen kişiye araba çarpması durumunda sadece araç sahibinin kusuru mevcuttur⁵⁰.

Mağdurun hareketi normal olmasa da hukuka aykırı olmayabilir. Bu durumda failin kusuru incelenir; zira nedensellik bağı halen mevcuttur. Örneğin, bir çocuğa dolu tabancasını verip başkasına götürmesini isteyen kişi çocuğun tabancayla oynayarak adam öldürmesinden sorumludur⁵¹.

Mağdurun hareketi kusurlu olabilir. Netice sadece mağdurun hareketi kaynaklı ise fail sorumlu tutulamaz. Ancak netice her ikisinin kusurlu hareketleri sonucu meydana gelmişse failin sorumluluğu devam ederse de cezasında indirim yoluna gidilir. Örneğin, elektrikli işaretlere uymadan karşıdan karşıya geçmeye çalışan yayaya hızlı olan bir aracın çarpması durumunda hem yayanın hem failin hareketi kusurludur⁵². Bu-

konusu olur(Öztürk/Erdem, s. 278-279).

⁴⁹ Kaymaz/Gökcan, s. 104-105; Dönmezer, s. 212-213.

⁵⁰ Alacakaptan, s. 161.

⁵¹ Alacakaptan, s. 161.

⁵² Dönmezer/Erman, s. 261. 5237 sayılı TCK, ETCK'daki "sekiz üzerinden yapılan hesaplamayı" kaldırmış ve m. 22/4 ile "cezanın failin kusuruna göre belirleneceğini" ifade etmiştir(Özbek, Teşebbüs, s. 30). Kanımızca hakimlerin bilirkişilere başvurmak zorunda kalmaktan kurtarılması yerinde olmuştur. Zira ETCK döneminde sunulan bilirkişi raporları irdelendiğinde bilirkişilerin adeta hakim, hakimlerin ise karara imza atan katip haline geldikleri görülür. Halbuki kusurun yoğunluğuna göre ceza takdir etmek hem bu konuda

rada yayanın kusurluluğunun ölümüne sebebiyet verme boyutuna varması halinde fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusu gündeme gelir. KTK m. 68(c)'ye göre *“Yaya yollarında, geçitlerde veya zorunlu hallerde taşıt yolu üzerinde bulunan yayaların, trafiği engelleyecek veya tehlikeye düşürecek şekilde davranışlarda bulunmaları veya buraları saygısızca kullanmaları yasaktır”*. Maddenin de ifade ettiği üzere yayaların da trafikte dikkatli ve özenli olmaları gereklidir; bu şekilde davranmadıkları takdirde bir kazaya neden olabileceklerini öngörebilmelidirler. Bu nedenle yola atlayan kusurlu yayayı ezmek için frene yüklenip arabasıyla şarampole yuvarlanan kişinin ölmesinden kanaatimizce yaya sorumludur⁵³.

yetkilendirildikleri hem de bu, hukuki bir mesele olduğu için hakimlerin tekelindedir. ETCK dönemindeki taksirle ilgili bilirkişi raporu örnekleri için bkz. **Artuk** Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2003, s. 498-508, (Ceza Hukuku). TCK m. 22'nin gerekçesinde “ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlal edildiğinin belirlenmesi” için bilirkişiye başvurulabileceği belirtilmiştir. Ancak Ünver'in de ifade ettiği üzere olayda trafik kuralı ihlali olup olmadığı hukuki bir problemdir; bu problemi hakim çözebileceğinden bilirkişiye başvurmaya lüzum yoktur (Ünver Yener, “YTCK'da Kusurluluk”, CHD, Yıl:1, Sayı:1, Eylül 2006, s. 60).

⁵³ Aynı yönde Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 514. 12. CD. 20.09.2011 tarih ve 4878/1530 sayılı kararında “... Yayanın karşıdan karşıya geçen kendisine motorlu bir vasıtanın çarpacağını ve bu vasıtada bulunanların yaralanacağını öngörebilmesinin kabulü toplumda yaygın olan ortak düşünceye aykırıdır. Yayaların motorlu taşıt sürücülerine zarar vereceklerini, bu nedenle daha fazla basiretli davranmaları gerektiğini bildikleri ve cezalandırılmaları gerektiği kabul edilemez. İntihar etmek için kendisini hızla gelen otomobilin altına atan ve kazaya neden olan şahsın amacı, kendi yaşamına son vermek olup sürücünün yaralanabileceğini de önceden görebileceği söylenemez. Bu nedenle taksirin “neticinin öngörülebilmesi” unsuru bu gibi olaylarda gerçekleşmemiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 46-67. maddelerinde sürücülerin uyacakları kurallar, 68-70. maddelerde ise yayalar, hayvanla çekilen veya elle sürülen araçlarla hayvan sürücülerinin ve yarışlar hakkında kurallar düzenlenmiştir. Yayalarla ilgili düzenlemelerde uyacakları kurallar belirtilmiş, ışıklı işaret veya yetkili kişilerin bulunmadığı geçitlerde veya kavşaklarda güvenlikleri açısından araçların uzaklık ve hızını göz önüne almalı, yolu kontrol ederek kendi güvenliklerini sağladıktan sonra en kısa zamanda taşıt yolunu geçebilecekleri hükmüne bağlanmıştır. Belirtilen kurallara uymayanlar hakkında ise idari para cezasına hükmolunacaktır. Kanun koyucu tarafından da yayanın kendi can güvenliğini sağlaması için bir takım kurallar konulmuş, trafik kazaları ile ilgili 81. madde ve devamı maddelerinde sadece sürücülerden bahsedilmiş, yayaların motorlu taşıt sürücülerine veya başkalarına verebilecekleri zararlardan dolayı cezai sorumlulukları yönüne gidilmemiştir. Ayrıca ister kasdi, isterse taksirli olsun bir fiilin cezalandırılabilmesi için uygunluk, elverişlilik ve yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Bir yayanın motorlu taşıt vasıtasına çarpmasında bu koşulların gerçekleştiği öne sürülemez. Örneğin bir yayanın otobüse çarpması halinde meydana gelen kazada otobüs içindekilerin ölmesinde veya yaralanmasında, aranan bu yeterlilik, elverişlilik ve uygunluk koşulları yoktur. Bu nedenle trafik kazasına karışan yayanın TCK'nın 85 veya 89. maddeleri gereğince cezalandırılması Ceza Hukukunun vurgulanan bu temel kriterlerine aykırıdır. Bir olayda hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk farklı olup taksirli cezai sorumluluk daha dar olarak düzenlenmiş ve bunun çerçevesi TCK'nın 22. maddesinde çizilmiştir. Trafik kazasında yayanın hukuki sorumluluğunun bulunması cezai yönden de sorumlu olmasını gerektirmez... Her ne kadar Adli Tıp Kurumu başkanlığı yaya H. C.'in olayda 6/8 oranında asli kusurlu olduğunu belirtse bile tüm açık-

• Üçüncü Kişinin Hareketi

Üçüncü kişinin hareketi kusursuz olabilir. Bu durumda fail neticeden sorumludur. Örneğin, doktor penisiline duyarlı hastaya penisilin içeren ilaç yazar, eczacı da reçetede ilacı satarsa hastanın ölümünden yalnızca doktor sorumlu olur⁵⁴.

Üçüncü kişinin hareketi kusurlu olabilir. Bu durumda üçüncü kişi ve fail kusurları oranında neticeden sorumlu tutulurlar. Örneğin, asansörün bakımıyla görevli kişi ihmal göstererek asansörün kapıları kapamadan da işlemesine engel olmaz, bunu bilen ve gören bina sahibi de bir tedbir almaz ve asansöre binen bir çocuk sırf bu yüzden asansörle kat arasında sıkışarak ölürse hem bina sahibinin hem bakım görevlisinin sorumluluğu yoluna gidilir⁵⁵.

B. Kişisel ve Ailevi Mağduriyet

TCK m. 22/6'nın varlığından söz edilebilmesi için ceza verilmesini gereksiz kılacak seviyede mağduriyete yol açan bir netice vuku bulmalıdır. Maddedeki "netice" terimiyle, olayda mevcut olan suç için kanunda öngörülen netice anlatılmak istenmektedir⁵⁶. Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması(m. 171) suçundaki netice "*filin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması*"dır; dolayısıyla failin çığ düşmesine sebebiyet vermesiyle köyde oturan ailesi için tehlike oluşursa m. 22/6 uygulama alanı bulabilir.

Netice, ceza verilmesini gereksiz kılacak seviyede mağduriyete yol açmalıdır. Maddi veya manevi olabilecek bu mağduriyetten kasıt kişi-

lanan bu nedenlerden dolayı sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... kanuna aykırıdır..." Yargıtay'ın bu kararına Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe ve Çiftcioğlu'nun da hem fikir olduğu üzere hem illiyet hem öngörülebilirlik hem de dikkat ve özen yükümü ihlali söz konusu olduğu cihetle sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği için katılmıyoruz (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 514-515, dn. 49; Çiftcioğlu; s. 331-334, dn. 49).

⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 337.

⁵⁵ Dönmezer/Erman, s. 259.

⁵⁶ Koca/Üzülmez, s. 227.

sel ve ailevi bakımdan yıkıma uğramaktır. Bu seviyede bir mağduriyetin olup olmadığını hakim; “failin ekonomik durumu, aile yükümleri, diğer çocuklarının bakımı”⁵⁷ gibi kıstasları esas alarak somut olayın koşullarına göre tayin edecektir⁵⁸. Örneğin, ailesiyle birlikte tatile gitmek üzere

⁵⁷ Gerekçe için bkz. **Metiner/Koç**, s. 432-434.

⁵⁸ **Hafizoğulları**, s. 374; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 525. 12. CD. 21.12.2011 tarih ve E. 2011/3953, K. 2011/9139, “Her ne kadar olayda nişanlısı ölen sanık N. Ç.’nin manevi olarak zarar gördüğü ve üzüntü yaşadığı kabul edilmesi gerekir ise de, yaşadığı üzüntünün münhasıran kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmadığı, asıl mağduriyeti ölenin ailesinin yaşadığı anlaşıldığından, sanık N. Ç.’nin cezalandırılması yerine hakkında TCK’nın 22/6. maddesinin uygulanarak yazılı şekilde hüküm kurulması ...” (**Hakeri**, s. 253, dn. 426). Bu karara evlenmek üzere hazırlık yapılan ve bir ömrü birlikte geçirmenin planlandığı kişi olduğu cihetle nişanlısının ölümü kişiyi nişanlısının ailesi kadar olmasa da yine de ceza verilmesini gereksiz kılacak seviyede etkileyebileceği için katılmıyoruz. Ancak bu olayda TCK m. 22/6 yine de uygulanamaz; zira kişisel ve ailevi mağduriyet için kişiler arasında evlilik ya da akrabalık ilişkisi mevcut olmalıdır.

9. CD. 30.05.2007 tarih ve E. 677, K. 4851, “Ölen Metin Yalçınkaya’nın sanığın eniştesi olmasının sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sonuçtan mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı bu nedenle de 5237 sayılı TCK’nun 22/6. maddesinin olayda uygulama yeri bulunmadığından tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmiştir” (**Gündoğan Kadir/Koç Cihan/Ünlü Hasan Nuri**, Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir, Ankara 2010, s. 122). 9. CD. 30.12.2008 tarih ve E. 2008/18994, K. 2008/14573, “5237 sayılı TCK’nın 22/6. maddesinde, “taksirle sebebiyet verilen neticenin, münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması halinde sanığa ceza verilemeyeceği” hükmü bağlanarak cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep öngörülmüştür. Bu hükmün uygulanabilmesi için, meydana gelen neticenin sanığın mağduriyetine yol açması, bu mağduriyetin sanığın cezalandırılmasını gereksiz kılacak düzeye ulaşması gerekmektedir. Öte yandan, mağduriyet kavramı maddede, “... münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu” ile ilişkilendirilmiştir. Bu itibarla, taksirle sebebiyet verilen neticenin sadece, sanığın bizzat kendisinin veya eşi, anne-babası, çocukları, kardeşleri gibi yakınlarının yahut benzer ilişki oluşturabilecek düzeyde insani bağ ve yakınlığı olan ve aile kavramına dahil edilmesi mümkün bulunan kişilerin, örneğin; bakıp büyüttüğü, birlikte yaşadığı kişilerin mağduriyetine yol açması gerekir. Sanığın kişisel ve ailevi durumu ise hakim tarafından her olayda ayrıca irdelenmeli, sanığın medeni, sosyal ve ekonomik durumu, aile yapısı ve ilişkileri ile aile yükümlülükleri değerlendirilerek, taksirli suçta sebebiyet verilen neticenin sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete yol açıp açmadığı olgusu bu suretle saptanmalıdır. Temyiz davasına konu olayda, sanık K. P. ile ölen U. P.’nin kardeş oldukları, aynı binada anne ve babalarıyla beraber oturup birlikte tuhafiyecilik yaptıkları, olay günü de kışlık yakacak ihtiyaçlarını sağlamak için babalarının köydeki kavak ağaçlarını kestikleri sırada devrilen gövdenin karşıdaki ağaca çarparak dört parçaya ayrıldığı, parçalardan birinin başına isabet etmesi sonucu U.’nun beyin kanaması nedeniyle öldüğü, sanıktan on yaş büyük olan U.’nun ölümünden sonra altı yaşındaki ikiz çocuklarının ve dul kalan eşinin ekonomik ihtiyaçlarının sanık tarafından karşılanmaya devam edildiği, Sosyal Güvenlik Kurumuna olan önemli miktardaki birikmiş borcunun da sanık tarafından üstlenildiği ve taksitle ödenmeye çalışıldığı, taksirli suç nedeniyle ortaya çıkan ölüm neticesinin diğer tüm aile fertleri gibi sanığı da ciddi bir üzüntüye sevk edip mağduriyetine yol açtığı, bu durumun ölenin eşi tarafından da ifade edilip şikayetçi olunmadığı, aile yapısı geçmişte ve halen sürdürdüğü ilişkileri ve yükümlülükleri, yönünden sanığın cezalandırılmasının ölenin eşi ve çocukları bakımından da ayrıca yeni bir mağduriyete yol açacağı bu nedenle de sanığın kişisel ve ailevi mağduriyetinin kendisine ceza verilmesini gereksiz kılacak bir düzeye ulaştığı anlaşıldığından, hakkında ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi gerekirken, (5237 sayılı TCK’nın 85/1, 62/1, 51, 53. maddeleri gereğince), mahkumiyetine hükmedilmesi, Kanuna aykırı ...” (Şahin Cihan, “Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Nedeni veya Cezayı Hafifleten Neden”, TAAD, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013, s. 856-857, dn. 38).

kendi aracıyla yola çıkan kişi tedbirsizlik ya da dikkatsizlik sonucu kaza yaparak çocuklarından birinin ölümüne neden olursa büyük bir pişmanlık ve acı yaşayacaktır; ayrıca bu kişinin cezalandırılması onu ve ailesini daha da mağdur etmekten başka bir işe yaramayacaktır⁵⁹.

Mağduriyet failin kişisel ve ailevi durumu bakımından söz konusu olmalıdır⁶⁰. Kişisel ve ailevi mağduriyet Hafizoğulları ve Koca/Üzülmmez'e göre yalnızca "altsoy, üstsoy ve evlilikle kurulan ilişki" bakımından mevcut olabilir⁶¹. Öztanlı ise kişisel ve ailevi mağduriyetin olayda "anne, baba, kardeşler, büyükanne, büyükbaba, kayınpeder, kayınvalide, eş, çocuklar(üvey olsun olmasın) veya torunların" zarar görmesi halinde söz konusu olacağını; "amca, teyze, hala, yenge, enişte ve nişanlının" zarar görmesi halinde ise TCK m. 22/6'nın uygulanamayacağını savunmaktadır⁶². Kanaatimizce kişisel ve ailevi mağduriyetten kasıt fail ve mağdur arasında evlilik olması veya evlilikle kurulan/kan bağından kaynaklanan akrabalık ilişkilerinin bulunmasıdır⁶³. "Ve" tabiri kullanıldığına göre maddenin uygulanabilmesi için hem kişisel hem de ailevi bir mağduriyet gerekir. Ancak failin çok yakın bir arkadaşının taksirle ölümüne sebebiyet vermesi durumunda da maddenin getiriliş amacı doğrultusunda bir mağduriyet mevcut olursa da madde kişisel mağduriyetin

⁵⁹ Demirbaş, s. 391.

⁶⁰ Ünver'e göre TCK m. 22/6'nın uygulanabilmesi için keyfiliğe yol açabilecek "kişisel ve ailevi mağduriyet" ölçütü yerine "failin neticeye nedensel katkısının azlığı, cezalandırmada bireysel ve toplumsal bir amacın gerçekleşmesi beklentisinin bulunmaması vb." şeklinde adil bir ölçüt saptanmalıdır(Ünver, s. 59). Böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmesinin nedeni toplumsal bir gerçeklik olarak kişisel veya ailevi mağduriyetlere sebebiyet veren fiillerin çokluğudur. Bu nedenle kanımızca ölçüt bakımından bir sorun yoktur.

⁶¹ Hafizoğulları, s. 373-374; Koca/Üzülmmez, s. 227.

⁶² Öztanlı İlhan, "Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:32, Nisan 2009, s. 60.

⁶³ 12. CD. 18.12.2013 tarih ve E. 2013/22499, K. 2013/29743, "Sanığın birlikte yaşadığı eşi ve oğlunun, evin doğalgaz bacasının temizlenmemesi nedeniyle, karbon monoksit zehirlenmesinden öldükleri olayda; sanık lehine olan 5237 sayılı TCK'nın 22/6 maddesinin uygulanma koşullarının değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması..." (Yiğit Onur, Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar, Ankara 2014, s. 76). 9. CD. 19.12.2006, E. 2006/5431, K. 2006/7415, "... Ölenin sanığın üvey kızı olduğu ve sanık tarafından bakılarak büyütüldüğüne ilişkin savunma araştırılarak sonucuna göre olayda 5237 sayılı TCK m. 22/6'nın uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının tartışılması..." (Düzgün/Elmacı, s. 97). 9. CD. 27.04.2006 tarih ve E. 1060, K. 2464, "Olayda, ölenin sanığın oğlu, yaralananın da yeğeni olması ve şikayetinin bulunmaması karşısında sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp değerlendirildikten sonra lehe yasanın tayini gerektiğinin gözetilmemesi, kanuna aykırıdır" (Apaydın, s. 272).

yanında ailevi mağduriyeti de aradığından fail bu maddeden yararlanamayacaktır⁶⁴. Bu nedenle maddede “veya” tabirinin kullanılması daha yerinde olacaktır⁶⁵. Ayrıca mağduriyet failin kişisel ve ailevi durumu bakımından “doğrudan etkili” olmalıdır. Bu husus “münhasıran” ifadesiyle bağdaştırılarak açıklanmaktadır⁶⁶; zira münhasıran, “yalnızca ya da özellikle”⁶⁷ anlamına geldiği için mağduriyetin yalnızca/özellikle kişisel ve ailevi durum bakımından etkili olması gerektiğini açıklamaktadır.

Failin taksirli hareketiyle neden olduğu olayda, kişisel ve ailevi durum bakımından mağduriyete yol açacak netice yanında başka neticeler de söz konusu olursa maddenin uygulanıp uygulanamayacağı soruna değinmek gerekir. TCK m. 22’nin gerekçesine göre bu durumda madde uygulanamaz⁶⁸. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe ve Şahin maddede geçen “münhasıran(yalnızca) kişisel ve ailevi mağduriyet” ifadesi dolayısıyla maddenin uygulanamayacağını savunmaktadırlar⁶⁹. Hafizo-

⁶⁴ Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 381; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 525; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 186.

⁶⁵ Özbek, Teşebbüs, s. 30.

⁶⁶ Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 382; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.186.

⁶⁷ Yılmaz, s. 483.

⁶⁸ Gerekçe için bkz. Metiner/Koç, s. 432-434. Gerekçedeki görüşün aksinin savunulduğu şu karar dikkat çekicidir: 12. CD. 29.9.2011 tarih ve E. 2011/1881, K. 2011/2020, “...Adalet Komisyonunca hazırlanan TCK’nın genel gerekçesinde “Madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır” ve aynı Kanunun 22. madde gerekçesinde 6. fıkrı bakımından “başka bir netice de meydana gelmişse bu fıkrı hükmü uygulanmayacaktır.” açıklamaları bulunsa bile gerekçeler kanun hükmüne dahil olmayıp ilgili hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesinde bir yorum aracıdır. Yine aynı şekilde TCK m. 2/3’teki “Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” hükmünden hareketle burada sorumluluğu genişletici değil dar yorumlamak gerektiği de birlikte değerlendirildiğinde davaya konu trafik kazası sonrası sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından, Adli Tıp raporu, mahkemenin gözlemi ve oluşan başka bir netice bakımından da olay değerlendirildiğinde artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sanığın mağdur olduğu ve mahkemenin ceza verilmesine yer olmadığına dair uygulamasının da yerinde olduğu düşünüldüğünden...” (www.adalet.org/cbckran.php?id=7561, E. T. : 05.12.2012).

⁶⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 525; Şahin, s. 860. CGK 29.04.2014 tarih ve E. 2013/9-104, K. 2014/216, “...Asli kusurlu olarak eşinin ölümü, biri şikâyetçi olmak üzere altı kişinin yaralanmasına sebebiyet veren sanığın, eşinin ölümü nedeniyle kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğu açık ise de olayda münhasıran kendisi ve ailesi dışında başkalarının da zarar gördüğü, mağdurlardan birisinin şikâyetçi olduğu ve üzerine atılı suçun bölünmesinin de mümkün olmadığı anlaşıldığından, hakkında 5237 sayılı TCK’nın 22/6. maddesinde hüküm altına alınmış olan şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu nedenle yerel

ğulları ile Koca/Üzülmez ortada bir suç bulunduğu ve diğer neticede kişisel ve ailevi mağduriyet mevcut olmadığı için failin bu netice sebebiyle cezalandırılacağı düşüncesindedirler⁷⁰. Hafizoğulları'na göre taksirle birden fazla insanın ölümüne ya da birden fazla kişinin ölümü ile birlikte birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmanın düzenlendiği TCK m. 85/2 ve taksirle birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmanın düzenlendiği TCK m. 89/4 açısından yine de kuşkuvar bulunmaktadır⁷¹. “Münhasıran” ifadesi, diğer neticelerin varlığı halinde TCK m. 22/6'nın uygulanmasına engel olduğundan Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe ve Şahin'in görüşüne katılmaktayız; ancak başka bir neticenin de meydana gelmiş olması failin kişisel ve ailevi bakımdan ağır mağduriyetini ortadan kaldırmayacağından münhasıran(yalnızca) ifadesi madde- den çıkarılmalı ve fail yalnızca diğer neticeden ceza almalıdır⁷².

mahkemenin direnme hükmü isabetli değildir. Bu itibarla, katılan vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, yerel mahkeme direnme hükmünün, taksirli hareketi neticesi asli kusurlu olarak eşinin ölümü ve katılanın yaralanmasına neden olan sanık hakkında TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanamayacağını gözetilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir...”(www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015). 12. CD. 09.02.2012 tarih ve 18248/2359, “5237 sayılı TCK'nun 22/6. maddesinin uygulanabilmesi için taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık hakkın- da bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekli olup; olayda sanığın taksirli hareketi sonucunda annesi ile birlikte Faden Savaş'ın öldüğü ve katılan Naciye Çelik'in yaralandığının anlaşılması karşısında; sanığın ceza tayini sırasında taksirle iki kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan sorumlu tutulması gerekirken, hükmün gerekçesinde eylem bölünmek suretiyle, meydana gelen sonuç bakımından iki ayrı suç kabul edilerek sanığın annesinin ölümüne neden olması nedeniyle hakkında TCK'nun 22/son maddesinin uygulama koşullarının bulunduğu bahisle ceza uygulaması sırasında değerlendirme dışında tutulması ve kısa kararda sanığın bir kişinin ölümü ve bir kişinin yaralanmasından sorumlu tutulması suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması...”(Artuk/Gökçen/ Yenidünya, Genel Hükümler, s. 357, dn. 692). 9. CD. 19.04.2007 tarih ve E. 2006/7496, K. 2006/3466, “Sanığın kiracısı olduğu evin çatısının yanmış olması karşısında, yangında sanık dışında başkalarının da zarar gördüğünün anlaşılması nedeniyle somut olayda 5237 sayılı TCK'nın 22/6 maddesinin uygulanma koşulla- rının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...”(Öztañlı, s. 64). 9. CD. 21.06.2007 tarih ve E. 2007/3578, K. 2007/5496, “... Oluşu ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketiyle neden olduğu kendisine ait fabrikanın yanması olayında başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlike ve zarar oluşup oluşmadığı araştırılıp, 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp değerlendirildikten sonra, lehe yasanın tespiti ile uygulan- ması gerektiğinin gözetilmemesi...”(Apaydın, s. 267).

⁷⁰ Hafizoğulları, s. 374; Koca/Üzülmez, s. 227.

⁷¹ Hafizoğulları, s. 374.

⁷² Aynı yönde Şahin, s. 862.

C. Bilinçsiz veya Bilinçli Taksir

Fail netice bakımından bilinçsiz veya bilinçli taksirle hareket etmiş olmalıdır. Madde bilinçsiz taksir için “şahsi cezasızlık sebebi”, bilinçli taksir için ise “cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep” yaratmaktadır⁷³. Bu nedenle öncelikle bilinçsiz-bilinçli taksir ayrımına değinilmeli, sonra da şahsi cezasızlık sebebi ile cezada indirimi gerektiren şahsi sebebi incelenmelidir.

1. Bilinçsiz-Bilinçli Taksir

Taksir bilinçli ve bilinçsiz olmak üzere iki türe⁷⁴ ayrılır⁷⁵.

⁷³ Özgenç, s. 333; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 321, 357; Kangal, s. 49. Hafizoğulları TCK m. 22/6'nın basit taksir için “kendine özgü bir cezalandırılabilme şartı”, bilinçli taksir için ise “cezaı azaltan bir neden” teşkil edebileceği kanaatinde dir (Hafizoğulları, s. 373). Cezalandırılabilme şartının yokluğu halinde her ne kadar suç ortadan kalkmasa da fail cezalandırılmaz. Şahsi cezasızlık nedeninin yokluğu halinde ise fail cezalandırılır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 465-466). TCK m. 22/6'daki koşullar oluşmadığında fail cezalandırılabilir; bu nedenle kanaatimizce TCK m. 22/6'nın şahsi cezasızlık nedeni olarak nitelendirilmesi daha doğrudur.

⁷⁴ Hafizoğulları TCK m. 22/6'daki faile ceza vermeme ya da failin cezasında indirim yapmayı öngören düzenlemeyi bir taksir türü olarak nitelendirmekte ve bu taksir türü için “ceza verilmesini gereksiz kılan/ daha az ceza verilmesini gerektiren taksir” şeklinde bir ad önerisinde bulunmaktadır (Hafizoğulları, s. 371). TCK m. 22/6 maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde bilinçsiz taksirde faile ceza verilmemesini, bilinçli taksirde ise cezada indirim yapılmasını öngörmüştür. Taksirli bir suç mevcutsa failin cezalandırılması kuralda da TCK m. 22/6'nın taksirli suçun cezasız bırakılması/ failin daha az bir ceza almasını öngörmesi yeni bir taksir türü yaratmaz; yalnızca cezalandırma bakımından istisna teşkil eder. Zira maddede bilinçli ve bilinçsiz taksir hallerine yer verilmesi de taksir türlerinin bu ikisinden ibaret olduğunu ortaya koymaktadır.

⁷⁵ Bu ayrımın sonuçları şunlardır:

-Bilinçli taksir halinde taksirle işlenen suça ilişkin ceza üçte birden yarisına kadar arttırılır (TCK m. 22/3).
-Taksirli hareket sonucu meydana gelen netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir ceza hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarısından altıda bire kadar indirilebilir (TCK m. 22/6).

-Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, TCK m. 50/1(a)'ya göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak bilinçli taksir halinde bu madde uygulanmaz (TCK m. 50/4).

-Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Ancak TCK m. 89/1'e giren yaralamalar hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmaz (TCK m. 89/5) (Metiner/Koç, s. 442-443; Bakıcı, s. 476). Ünver'e göre bilinçli taksirde ceza artırımına gidilmesi vb. şekilde cereyan eden bilinçli taksire otomatik olarak sonuçlar bağlanması yerinde bir yaklaşım değildir. TCK m. 61/f ve g'de belirtilen failin kusurun ağırlığıyla saik ve amacına göre değerlendirme tabi yapılmalıdır (Ünver, s. 58). Yazarın yaklaşımı adilane bir yargılama amacı gütmekte ise de kanaatimizce bilinçli taksire sonuçlar bağlanması yerindedir. Zira sorunun salt TCK m. 61 ile çözülmeye çalışılması uygulama farklılıklarına neden olup her hakime göre farklı bir yargılama yapılması ve farklı kararlar verilmesini sonuçlayacağından sorunlara ve karmaşaya yol açacaktır.

a. Bilinçsiz Taksir

Bilinçsiz taksir öngörülebilir neticenin failce öngörülmemesi halini ifade eder. Bu nedenle taksirin esas şekli bilinçsiz taksirdir⁷⁶. Şuursuz/basit⁷⁷ taksir olarak da adlandırılan bu taksir türünde fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediği için neticeyi öngörmemekte ve netice meydana gelmektedir⁷⁸. Örneğin, çalıhtaki tavşana ateş etmeden önce etrafı kontrol etmesi gerekirken bunu yapmadığı için bir köylüyü vuran avcı bilinçsiz taksirle hareket etmiştir⁷⁹.

b. Bilinçli Taksir

aa. Genel Olarak

Bilinçli taksirde fail öngörülebilir olan neticeyi bilinçsiz taksirden farklı olarak öngörür⁸⁰; ancak istemediği bu neticenin gerçekleşmeye-

⁷⁶ Demirbaş, s. 390; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 517.

⁷⁷ Gerekçede “basit taksir” ifadesi kullanılmıştır. Gerekçe için bkz. Metiner/Koç, s. 432-434.

⁷⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 517; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 349.

⁷⁹ Toroslu, s. 207. CGK 15.07.2008 tarih ve E. 2008/1-150, K. 2008/192, “...yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, hem 765 sayılı Yasa açısından, hem de 5237 sayılı Yasa yönünden “taksirle öldürme” suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir...”(www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015).

⁸⁰ Hafizoğulları TCK m. 22/2’de taksir tanımlanırken neticenin öngörülmemesini ararken taksirin bir türü olan bilinçli taksirde neticenin öngörülmesinin aranmasının çelişki teşkil ettiği kanaatindedir; bu nedenle taksirin tanımı “neticenin öngörülmemiş olması veya öngörülmüş olsa bile istenmiş olmaması” şeklinde olmalıdır(Hafizoğulları, s. 367). 3. CD. 01.10.2012 tarih ve E. 2010/6651, K. 2012/32108, “... olay günü sanığın müstekiye eliyle kasten vurup harici lezyon bırakmayacak şekilde TCK’nın 86/2. maddesi kapsamında yaralaması sonucunda gerçekleşen ağır ve başka netice (kalp krizi sonucu yaşamın tehlikeye girmesi) bakımından... mağdurdaki kalp rahatsızlığının önceden sanık tarafından bilinip bilinmediği araştırılıp bilmediğinin anlaşılması durumunda sanığın basit taksirle yaralama suçundan TCK’nın 89/1-2. maddesiyle, bilmesi halinde bilinçli taksirle yaralamadan TCK’nın 89/1-2, 22/3. maddeleriyle cezalandırılması cihetine gidilmesi gerekirken...”(www.kararara.com, E. T. : 07.01.2015). Benzer kararlar için bkz. İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y. 47, S. 564, Aralık 2007, s. 5324-5325; İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y. 49, S. 585, Eylül 2009, s. 6668.

12. CD. 14.05.2014 tarih ve E. 2013/19812, K. 2014/11843, “... 1- Olay günü gündüz saat 16:25 suların-

ceğine inanarak hareket eder, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eder. Şuurlu/öngörülü taksir olarak da adlandırılan⁸¹ bu taksir türünde fail neticenin gerçekleşmeyeceğine “olayın şartları, kendi tecrübesi, becerisi, talihi, bilgisi vb.” nedenlerle inandığı için hareketine devam etmek-tedir⁸². Sürat motorunu çok hızlı kullanan kişinin plajın yakınından geçerken denizdekilerden birinin yaralanabileceğini öngörmesine rağmen

da açık havada, meskun mahalde, tek yönlü, 6,5 metre genişliğindeki yüzeyi kuru, asfalt kaplama, belediye görevlilerinin çalışması sebebiyle trafiğe kapalı ve kaza noktasına 30 metre mesafede “Girilmez” trafik işaret levhası bulunan yolda geri geri manevra yapan sanığın, arkasından karşıdan karşıya geçmek üzere sol taraftan kaplamaya giren yaya mağdura çarpması şeklinde gelişen ve mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan olayda, yolun trafiğe kapalı olmasına duydukları güvenle yayaaların, araç trafiğini kontrol etmeden serbestçe yola girebileceklerini öngören sanığın eyleminde bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu nazara alınmadan 5237 sayılı TCK’nın 22/3. maddesinin uygulanmaması suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini... kanuna aykırı...” (www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015).

⁸¹ Alacakaptan, s. 159; Bakıcı, s. 473.

⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 349; Bakıcı, s. 473; Önder, s. 320; Kaymaz/Gökcan, s. 79. 12. CD. 16.05.2014 tarih ve E. 2013/21595, K. 2014/12058, “...Polis memuru olarak görev yapan sanığın, son 5-6 yıldır depresyon hastası eşi ile eşinin babasının köyde bulunan evine gittikleri, sanığın silahını yanında dolu şarjörü ile birlikte odalardan birinde koltuğun üzerine bıraktığı, ev halkı balkonda ve bahçede bulunurken ölen eve girip eşinin koltuk üzerinde bulunan silahına şarjörü takıp başına bir el ates ederek öldüğü olayda; sanığın ölü muayenesi sırasında verdiği ifadesinde; eşinin depresyon hastası olduğunu, olay günü eşinin rahatsızlığı nedeniyle psikiyatri bölümünde muayene olduğunu, doktorunun yatış önerdiğini ancak eşinin kabul etmemesi üzerine eşinin babasının köyde bulunan evine gittiklerini, eşinin daha önce yine kendi silahı ile iki kez intihara teşebbüs ettiğini, bu nedenle silahı eşinden sakladığını ve mermileri cebinde taşıdığını, hastaneden geldikten sonra cebinde taşıdığı mermileri şarjöre yerleştirerek silahı ve şarjörünü ayrı vaziyette odalardan birindeki koltuğun üzerine koyduğunu, eşinin şarjörün silahı nasıl takıldığını bildiğini beyan ettiği dikkate alındığında; sanığın eşinin hastalığının aktif döneminde intihara teşebbüs edebileceğini öngörebileceği ve eşinin silah kullanmayı bildiği halde dolu şarjör ve silahı herkesin kolayca ulaşabileceği bir yere bırakarak bilinçli taksirle hareket ettiği anlaşılmakla; sanık hakkında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında isabetsizlik görülmemiş olup...” (www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015). CGK 25.03.2014 tarih ve E. 2013/12-11, K. 2014/139, “...Sanık oturduğu sitenin kenarındaki orta refüjle bölünmüş yolda kendi beyanına göre güneş ışıklarının tam karşı yönden gözüne gelmesi nedeniyle önünü iyi göremediği halde ters yönde ve mağdurdaki yaralanmanın şekli ve neticelerine bakıldığında yavaş sayılamayacak bir hızla araç kullanmış ve orta refüjden karşıya geçmeye çalışan mağdura çarparak yaralanmasına neden olmuştur. Sanık acil işi olduğundan doğru istikamette gidip yolu uzatmak istememiş, kısa bir mesafeyi ters yönden giderek kestirmeden anayola çıkmaya çalışmıştır. Daha önce kendisinin ve sitede oturan bir çok kişinin sorunsuz bir şekilde benzer şekilde davranışları da kararında etkili olmuştur. Sanık ters yönde araç kullandığından yoldan geçmek isteyen bir kişinin kendisini fark edemeyebileceğini ve karşı istikametten gelen güneş ışıkları nedeniyle görüş mesafesinin yetersizliğinden çarpmaya engel olabilecek bir mesafede aracını durduramayabileceğini ve sonuçta da birisine çarparak yaralayabileceğini öngörmüş, ancak gideceği mesafenin kısa olmasına, tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, özellikle de şansına ve yoldan geçenlerin kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmiş ve böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü, ancak istemediği neticeye neden olmuştur. Bu nedenle sanığın eylemini bilinçli taksirle yaralama olarak vasıflandıran yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır...” (www.kararara.com, E. T. : 24.01.2015).

tecrübesine güvenip hızını azaltmaması⁸³ veya görüşü çok zorlaştıran yoğun sisin varlığına rağmen tekne kaptanının tecrübe ve ustalığına güvenip yolcuların zarar görmeyeceği düşüncesiyle denize açılması⁸⁴ hallerinde bilinçli taksir söz konusudur. Zira fail neticenin gerçekleşeceğini bilseydi bu şekilde davranmayacaktı⁸⁵. Bu nedenle fail olay anında neticenin gerçekleşmemesi için elinden geleni yapar.

bb. Bilinçli Taksir-Olası Kast

Bilinçli taksir halinde fail öngörülebilir neticeyi öngörse de neticenin gerçekleşmeyeceğine inandığından hareketine devam eder. Dolayısıyla bilinçli taksirde fail neticenin gerçekleşeceğini bilmediği için dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eder. Neticenin meydana gelmesini istemez ve bunun için çaba sarfeder⁸⁶. Yakında okul olduğunu gösteren trafik levhasının varlığı dolayısıyla gereken azami hıza uymayan kişinin bir öğrenciye çarparak ölümüne sebebiyet vermesi bilinçli taksire örnek teşkil eder⁸⁷.

Olası kast halinde ise fail öngörülebilir neticeyi öngörür, neticenin meydana gelebileceğini bilir ancak bu ihtimali kabullenir. Fail neticeyi göze aldığından neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesini “olayın seyrine bırakır” ve neticeyi engelleme çabasına girmez. Bu nedenle failin olası kastta neticeyi istediği söylenebilir⁸⁸.

⁸³ Demirbaş, s. 390.

⁸⁴ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 246.

⁸⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 518.

⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 349; Bakıcı, s. 473.

⁸⁷ Düzgün/Elmacı, s. 91.

⁸⁸ Özgenç, s. 333; Metiner/Koç, s. 443; Kaymaz/Gökcan, s. 80. Cebir ve şiddet kullanarak kaçırdığı kızın 18 yaşından küçük olabileceğini mümkün görse de (TCK m. 109) kişi “küçük olursa olsun” düşüncesindeyse “olursa olsun kastı” denen olası kastla hareket etmiş olur (Yüce, s. 61). 1. CD. 09.12.2010 tarih ve E. 2010/2880, K. 2010/7890, “...Maktulün kullandığı minibüsün önüne geçen, hayati bölgeleri hedef alarak, maktule av tüfeğiyle birden fazla ateş eden sanığın, araç içerisinde bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen, atışlarına devam ederek katılan D...’i yaraladığı olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile eylemine uyan TCK.nun 86/2, 86/3-e, 21/2, 62. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine, TCK.nun 86/2, 86/3-e, 62. maddelerine göre cezalandırılması, bozmayı gerektirmiştir...” (www.kararara.com, E. T. : 26.01.2015).

Kanun bilinçli taksir ve olası kastı netice öngörülmesine rağmen hareketin yapılarak neticeye neden olunması şeklinde aynı tanımları kullanarak açıklamıştır. Kanunun yaklaşımı ispat sorunlarının yanı sıra olası kast yerine bilinçli taksirden ceza verilmesi ve suçun taksirli hali düzenlenmediyse kişinin cezasız kalması vb. durumlara neden olabilir⁸⁹. Bu nedenle bilinçli taksirin tanımında “çaba sarfetme” unsuruna⁹⁰; olası kastın tanımında ise “sonucu göze alma ya da kabullenme” unsuruna⁹¹ yer verilmelidir.

2. Şahsi Cezasızlık Sebebi/Cezada İndirim Yapılmasını Gerek-tiren Şahsi Sebep

Şahsi cezasızlık sebebi/cezalandırılmaya engel olan şahsi sebep kişinin sıfatı ya da ilişkileri dolayısıyla söz konusu olan haldir⁹². Bu sebebin varlığı halinde kişinin suç teşkil eden fiili cezalandırılmaz. Sebep her kim için geçerliyse yalnızca onu cezadan kurtarır⁹³. Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep ise kişinin sıfat ya da ilişkileri dolayısıyla cezasında indirim yapılması sonucunu doğurur⁹⁴ ve yalnızca bu sebebin geçerli olduğu kişi bakımından uygulama alanı bulur⁹⁵.

⁸⁹ Ünver, s. 55, 58.

⁹⁰ **Bakıcı**, s. 473. Apaydın bilinçli taksir için çaba unsurunu içeren şu tanımı önermektedir: “Failin hareketinden tipe uygun, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimal dahilinde bulunmakla beraber, failin neticeyi öngörmesine rağmen, bu neticeleri önleyebileceğine yükümlülüklerle aykırı biçimde güvenerek çaba sarf etmesine karşın istenmeyen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır”(Apaydın, s. 77).

⁹¹ **Özen**, s. 137.

⁹² **Kangal**, s. 43.

⁹³ **Özbek**, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 381; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız /Tepe**, Özel Hükümler, s. 185.

⁹⁴ **Özgenç**, s. 267. 12. CD. 20.02.2013 tarih ve E. 2012/7848, K. 2013/3853, “Katılan sanık Y.Ç.’nin mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre kırmızı ışıktaki geçtiği ve bu nedenle eyleminin bilinçli taksir halini oluşturduğu, dolayısıyla hakkında TCK’nın 22/6. maddesi gereğince hükmedilecek cezasının yarıdan 1/6’sına kadar indirilmesine karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”(**Şahin**, s. 846, dn. 8).

⁹⁵ **Kangal**, s. 43.

CMK m. 171/1'e göre “şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir”. Dolayısıyla TCK m. 22/6'nın bilinçsiz taksirli hali için savcının kamu davası açmada takdir yetkisi vardır, bilinçli taksir halinde ise savcı kamu davasını açmak zorundadır. CMK m. 173/5'e göre kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde itiraz yoluna gidilemez⁹⁶. Savcı kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermez ve kamu davasını açarsa, hakim tarafından maddedeki koşulların olayda oluştuğu saptandığı takdirde kişi hakkında CMK m. 223/4-b'ye göre “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilir.

TCK m. 22/6 bilinçsiz taksirde cezasızlık, bilinçli taksirde ise cezada indirim öngörmektedir. Ancak kanun maddesinde geçen ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyet ifadesi bilinçli taksir için de söz konusudur ve bu durumda ceza indirimine gidilebileceği söylenmektedir. Ancak Ünver'in de belirttiği üzere ceza verilmemesi gereken bir durum olduğu söylenip aynı zamanda faile azaltılarak da olsa ceza verilmesi çelişki arz eder⁹⁷. Bilinçli taksir halinde de faile ceza verilmez veya “ceza verilmesini gereksiz kılacak ya da cezada indirim yapılmasını gerektirecek derecede mağduriyet” şeklinde bir ifade kullanılarak kanun metni yeniden düzenlenmelidir.

Maddede basit taksirde “ceza verilmez” ifadesine yer verildiği için koşulların gerçekleştiğini saptayan hakim in ceza verip vermeme konusunda takdir yetkisi yoktur. Madde bu yönden kötüye kullanılmaya elverişlidir. Örneğin karısından kurtulmak isteyen kocanın trafik kazası süsü ile karısını öldürmesi durumunda cezasız kalmasını sonuçlar⁹⁸. Bu nedenle hakime takdir yetkisi tanıyan “ceza verilmeyebilir” ifadesi daha

⁹⁶ Düzgün/Elmacı, Bakıcı ve Metiner/Koç'a göre itiraz olanağı getirilmeli ve şahsi cezasızlık sebebinin varlığı ya da yokluğu hakim tarafından yapılacak bir değerlendirme ile saptanmalıdır (Düzgün/Elmacı, s. 99; Bakıcı, s. 480; Metiner/Koç, s. 444-445). Kanaatimizce yazarlar haklı kabul edilebilirse de uygulama göz önüne alındığında bunun mahkemelerin iş yükünü arttıracakı görülür; ayrıca savcı da neticede bir hukuk adamı olduğundan bu değerlendirmeyi yapabilir.

⁹⁷ Ünver, s. 60.

⁹⁸ Özbek, Teşebbüs, s. 30; Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 382; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. S25-S26; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 186.

yerinde olur⁹⁹. Bilinçli taksir halinde ise “ceza indirilebilir” ifadesi sebebiyle cezada indirim yapıp yapmamak bakımından hakim, kanaatimizce takdir yetkisine sahiptir¹⁰⁰. Koca/Üzülmez ve Apaydın’a göre ise maddedeki koşullar olayda mevcutsa hakim, indirim yapmak mecburiyetindedir¹⁰¹.

SONUÇ

Taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın istenmeyen neticeye vücut vermesi olarak ifade edilebilir. Taksir halinde özellikle trafik kazalarında çok sık rastlandığı üzere kazaya kendi sebep olsa da failin aynı zamanda mağdur duruma düştüğü olaylar için kanun bir düzenleme getirmiştir. TCK m. 22/6’da yer alan bu düzenleme ile bilinçsiz taksirde şahsi cezasızlık sebebi, bilinçli taksirde ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep öngörülmüştür.

TCK m. 22/6’nın uygulanabilmesi için öncelikle taksirli bir suç bulunmalıdır. Taksirli suçtan söz edilebilmesi olayda taksirin koşullarının bulunmasına bağlıdır. Hem kusurluluğa hem de tipikliğe dahil bir unsur olan taksir halinde kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı iradi bir hareket var olmalı, bu hareket istenmeyen ve kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olmalı ve hareket ile netice arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır.

TCK m. 22/6 taksirli hareket sonucu münhasıran kişisel ve ailevi bakımdan ceza verilmesini gereksiz kılacak seviyede mağduriyet yaşanmasını şart koşturmaktadır. Kişisel ve ailevi mağduriyet faille mağdur

⁹⁹ **Özbek**, Teşebbüs, s. 30; **Özbek**, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 382; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 525; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 186; **Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: 1, 2. Baskı, Mart 2011, s. 110, (Kişilere Karşı Suçlar).

¹⁰⁰ Aynı yönde **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, s. 109; **Kaymaz/Gökcan**, s. 119. 9. CD. 06.11.2006 tarih ve E. 4325, K. 5806, “5237 sayılı TCK.nun 22. maddesi 6. fıkrası, son cümlesi uyarınca bilinçli taksir halinde verilecek cezanın yaridan altıda bire kadar indirilebileceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” (**Gündoğan/Koç/Ünlü**, s. 128).

¹⁰¹ **Koca/Üzülmez**, s. 228; **Apaydın**, s. 266.

arasında evliliğin bulunmasını veya evlilikle kurulan/kan bağından kaynaklanan akrabalık ilişkilerinin mevcudiyetini gerektirir. Kanaatimizce “ve” yerine “veya” kelimesi kullanılarak maddenin kapsamı genişletilmelidir; zira aynı mağduriyet yakın arkadaşlar vb. kişiler için de söz konusu olabilir. Kanun ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyet ifadesini kullanmaktadır; ancak bilinçli taksirde ceza indirimi öngörmektedir. Çelişki arz eden bu durum bilinçli taksirde de ceza verilmez veya “ceza verilmesini gereksiz kılacak ya da cezada indirim yapılmasını gerektirecek derecede mağduriyet” ifadesi kullanılarak giderilmelidir. Açıklığa kavuşturulması gereken bir durum da, failin şahsi ve ailevi bakımdan mağduriyetine yol açan netice dışı başka neticelerin de meydana gelmesi halinde maddenin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Münhasıran(yalnızca) ifadesi sebebiyle gerekçenin de belirttiği üzere bu durumda madde uygulanamaz. Ancak başka netice failin ağır mağduriyetini ortadan kaldırmayacağı için kanaatimizce maddeden münhasıran ifadesi çıkarılmalı ve fail yalnızca diğer netice dolayısıyla cezalandırılmalıdır.

TCK m. 22/6 bilinçsiz taksirde failin cezalandırılmamasını, bilinçli taksirde ise failin cezasında indirim yapılmasını öngörmüştür. Taksirin basit hali olan bilinçsiz taksirde netice öngörülmemekte, bilinçli taksirde ise fail neticeyi öngörmekte ancak gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareket etmektedir. Bu yönüyle kastın bir türü olan olası kasta yaklaşmaktadır. Olası kastta da netice öngörülmektedir; ancak göze alınmaktadır. Dolayısıyla bilinçli taksirde fail netice için “olmasın” derken, olası kastta “olursa olsun” demektedir. Öngörme unsurunda birleşen ancak neticeyi kabullenme ya da olmayacağına inanma ve olmaması için gereken çabayı gösterme bakımından ayrılan bu kavramların kanundaki tanımları bu iki kavramı birbirinden ayırmaya yarayacak hususları içermediğinden maddeler yeniden düzenlenmelidir. Bilinçsiz taksirde maddedeki diğer koşulların varlığı halinde faile ceza verilmez; ancak trafik kazası süsüyle yakınından kurtulmak isteyen kişinin cezasız kalmasına imkan verdiğinden “ceza verilmeyebilir” şeklinde bir düzenleme yapılmalıdır. Bilinçli taksirde ise “ceza indirilebilir” ifadesi ile hakime indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınarak yerinde bir düzenleme yapılmıştır.

KAYNAKÇA

Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1975.

Apaydın Cengiz, 2011 Yılı Yargıtay Kararları Işığında Taksirle Yaralama, Taksirle Öldürme ve Olası Kastla İnsan Öldürme Suçları, 2011.

Artuç Mustafa, “Taksirle İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 9, Mayıs 2007, s. 81-96.

Artuk Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, (Genel Hükümler).

Artuk Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** A. Caner, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2003, (Ceza Hukuku).

Bakıcı Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı, Ankara 2008.
Centel Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Kasım 2002.

Centel Nur/**Zafer** Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul 2014, (Türk Ceza Hukuku).

Centel Nur/**Zafer** Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 2. Baskı, Mart 2011, (Kişilere Karşı Suçlar).

Çiftcioğlu Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanunu’nda Taksir”, ABD, 2013/3, s. 317-338.

Delogu Tullio, “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, Çeviren: Yüksel Ersoy, AÜHFD, C. XXXIX, S. 1-4, 1982-1987, s. 115-124.

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş

10. Baskı, Ankara 2014.

Demirci Bahar, “Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara 2011, (acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/24798/BaharDEMIRCI.pdf, E. T. : 27.12.2014).

Dönmezer Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.

Dönmezer Sulhi/**Erman** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1999.

Düzgün Nuri/**Elmacı** Şerafettin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara 2007.
Erdoğan Ahmet, “Ceza Hukukunda Taksir”, AD, Y. 42, S. 10, Ankara 1951, s.1631-1642.

Gündoğan Kadir/**Koç** Cihan/Ünlü Hasan Nuri, Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir, Ankara 2010.

Hafızogulları Zeki, “Türk Ceza Hukuku Ders Notları”, (www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf, E. T.: 29.06.2015).

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014.

İçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

İçel Kayıhan/**Sokullu-Akıncı** Füsun/Özgenç İzzet/**Sözüer** Adem/**Mahmutoğlu** Fatih S./Ünver Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Eylül 2000.

İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y. 47, S. 564, Aralık 2007, s. 5324-5325.
İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y. 49, S. 585, Eylöl 2009, s. 6668.

Kangal Zeynel T., “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Kişisel Nedenler”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 85-86, Eylöl-Ekim 2011, s. 38-60.

Kaymaz Seydi/Gökcan Hasan Tahsin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006.

Keskin O. Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994.

Koca Mahmut/Üzölmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2014.

Metiner Haydar/Koç E. Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Ankara, Mart 2008.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, İzmir Şerhi, C. II, Ankara 2008, (Yeni Türk Ceza Kanunu).

Özbek Veli Özer, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, S. 5, Ocak 2005, s. 16-39, (Teşebbüs).

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Eylöl 2014, (Genel Hükümler).

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2015, (Özel Hükümler).

Özen Muharrem, “TCK’nda Taksir”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf-Yener Ünver, İstanbul 2010, s. 111-145.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), İkinci Bası, Ankara 2005.

Öztanlı İlhan, “Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:32, Nisan 2009, s. 57-64.

Öztürk Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK’ya Göre Yenilenmiş 14. Baskı, Ankara 2014.

Öztürk Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan/ **Özbek** Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2003.

Parlar Ali/**Hatipoğlu** Muzaffer, “Taksir”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı:13-14, Eylül-Ekim 2005, s. 41-106, (Taksir).

Parlar Ali/**Hatipoğlu** Muzaffer, 5237 Sayılı TCK’da Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı Kast ve Taksir, Tümüyle Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2010, (Kast ve Taksir).

Şahin Cihan, “Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Nedeni veya Cezayı Hafifleten Neden”, TAAD, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013, s. 841-869.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008.

Ünver Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, CHD, Yıl:1, Sayı:1, Eylül 2006, s. 41-78.

Yaşar Osman/**Gökcan** Hasan Tahsin/ **Artuç** Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Ankara 2010.

Yılmaz Ejder, (Öğrenciler İçin)Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2005.

Yiğit Onur, Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar, Ankara 2014.

Yüce Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E. T.	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
JuS	: Juristische Schulung
K.	: Karar
kn.	: Kenar Numarası
KTk	: Karayolları Trafik Kanunu
m.	: Madde
no.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK : Türk Ceza Kanunu
vb. : Ve Benzeri
vd. : Ve Devamı
Y. : Yıl
YTCK : Yeni Türk Ceza Kanunu

BAZ İSTASYONUNUN FAALİYETİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK HAKKINDA BİR YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARAR İNCELEMESİ

▪ Av. Ayşe EROL SARIYEV*

Özet: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce, 2003 yılından 2011 yılına kadar baz istasyonlarının kaldırılması taleplerine ilişkin aynı doğrultuda kararlar verilmiştir. Buna karşılık, 2011 yılından itibaren ise Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin görüş değiştirilerek farklı kararlar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da baz istasyonlarını konu alan davalarda aynı görüşte olmadıkları görülmektedir.

Bu sebeple çalışmamızda, 30.05.2012 tarihli ve 4-147/327 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı incelenmek suretiyle, fikir ayrılıklarına ve tartışmalara yol açan baz istasyonlarının kaldırılması konulu davalara açıklık kazandırılmak istenmiştir. Bu doğrultuda, baz istasyonlarının faaliyetinin maddî-manevî tazminat davaları ve eski halin iadesi (müdâhalenin men'i) davasına konu olup olamayacağı ile baz istasyonunun maliki ile işleteninin hangi hukukî sorumluluk sebepleri doğrultusunda sorumlu tutulabilecekleri değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Baz İstasyonu, Baz İstasyonunun Faaliyeti, Baz İstasyonunun Faaliyetinde Zarar Olgusu, Baz İstasyonunun Faaliyeti ve Hukukî Sorumluluk, Baz İstasyonu Malikinin Hukukî Sorumluluğu, Baz İstasyonu İşleteninin Hukukî Sorumluluğu

Abstract: Decisions related to the demands about the removal of the base station have been given in the same direction by The Forth Civil Panel of the Supreme Court of Appeals from 2003 up to 2011. However, it is seen that, by changing the opinion, The Forth Civil Panel of The Supreme Court of Appeals have given different decisions since 2011. In addition, it is also seen that, The Forth Civil Panel of The Supreme Court of Appeals and The General Board of The Supreme Court of Appeals aren't holding the same opinion about the cases of the base stations. Therefore, in our study, by being examined the decision of The General Board of The Supreme Court of Appeals the date of which was 30.05.2012 and which was numbered as 4-147/327, the cases about the removal of the base stations that cause disagreements and debates have been expected to be clarified. In this respect, whether the activity of base stations will be the subject of the material-moral compensation cases and a possessory action or not and which legal liability reasons the owner and the operator of the base station will be responsible for, have been evaluated.

Key Words: Base Station, Base Station's Activity, Harm Phenomenon in Base Station Activity, Base Station Activity and Legal Responsibility, Legal Responsibility of Base Station's Owner, Legal Responsibility of Base Station's Operator

* İzmir Barosu Üyesi - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel (Medeni) Hukuk Doktora Öğrencisi

I-OLAYIN ÖZETİ

Davacı, maddî-manevî zararları yönünden talep hakkı saklı kalmak kaydıyla evinin yakınında faaliyet gösteren baz istasyonunun kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davacı, evinin 25 metre kadar yakınındaki boş arsada bulunan davalı Bedaş'a ait elektrik direğine diğer davalı Gsm şirketi A. İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından baz istasyonu kurulduğunu, uzmanlarca baz istasyonunun faaliyet halindeyken radyasyon yaydığını belirtildiğini, 1994 doğumlu kızının lenf kanserine yakalandığını, bu durumun aile açısından yıkıma neden olduğunu, baz istasyonunun faaliyetine devam etmesinin kendisinde ve diğer aile bireylerinde sağlıklarının olumsuz etkileneceği yönünde endişeye yol açtığını belirtmiştir. Buna karşılık davalı Bedaş ise, dava konusu baz istasyonunun faaliyetinin Baz İstasyonunun Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkındaki Yönetmeliğin Resmî Gazete'de yayımlanan tebliğindeki kriterlere uygun olduğunu, bu sebeple baz istasyonuna güvenlik sertifikası verildiğini, baz istasyonunun diğer davalı A. İletişim Hizmetleri A.Ş. ile aralarında imzalanan 04.03.2008 tarihli sözleşme gereği kurulduğunu, kendilerine herhangi bir kusur atfedilemeyeceğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Benzer şekilde diğer davalı Gsm şirketi A. İletişim Hizmetleri A.Ş. de, dava konusu baz istasyonunun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından verilen güvenlik sertifikasına istinaden ve Yönetmelik'te belirlenen limit değerler ve kısıtlar çerçevesinde çalıştırıldığını ve denetlendiğini, baz istasyonlarının insan ve çevre sağlığını olumsuz etkilediği konusunda bilimsel bir dayanak bulunmadığını, baz istasyonunun ithali, montajı ve işletilmesinin yasal mevzuat çerçevesinde yapıldığını, davacının iddiasının varsayma dayandığını belirterek davanın reddini talep etmiştir¹.

II-ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

Çözümlemesi gereken hukukî problem, güvenlik sertifikası bulunan ve yetkili mercilerce faaliyetine izin verilmiş olan baz istasyonunun

¹ HGK., 30.05.2012, 4-147/327 (KHYK-J); Aynı yönde ayrıca bkz. HGK., 20.02.2013, 2012/4-575, 2013/249 (KHYK-J).

faaliyetinin insanlara ve çevreye zarar verip vermediği, Gsm şirketi ve taşınmaz maliki olan diğer davalı Bedaş sorumlu bulundukları takdirde sorumluluklarının hangi hukukî sebebe ya da sebeplere dayandırılabilceği ve saklı tutulan maddî ve manevî tazminat taleplerinin yerinde olup olmadığıdır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle, baz istasyonunun faaliyetine ilişkin hukukî düzenlemelere değinilerek, baz istasyonunun faaliyetinin yaşama ve sağlığa zarar verip vermediği ile zararın ispatı hususları üzerinde durulmuştur. Bunların dışında, baz istasyonunun kaldırılması davasında Gsm şirketi ve Bedaş'ın hangi hukukî sorumluluk sebeplerine göre sorumlu tutulabilecekleri, hukukî sorumluluğun, "*taşınmaz malikinin sorumluluğu*" (TMK.m.730) kapsamında mı yoksa "*yapı malikinin sorumluluğu*" (TBK. m.69) kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Zira baz istasyonlarının nitelikleri itibariyle genellikle bir taşınmaz üzerinde kurulduğu ve zarar gördüğünü ileri sürenlerin baz istasyonu yakınında ikâmet eden komşu taşınmaz malikleri olduğu göz önüne alındığında söz konusu sorumluluk sebepleri öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, dava konusu olayda sorumluluğun tespitinde "*tehlike sorumluluğu ve denkleştirme*" (TBK.m.71) adı altında yürürlüğe girmiş bulunan ve "*çevreyi kirletenin sorumluluğu*" (ÇK.m.28) başlığı altında düzenlenen hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı da değerlendirilmiştir.

III-MERCİİLERİN ÇÖZÜM TARZI

A-YEREL MAHKEMENİN KARARI

Yerel Mahkeme, dava konusu baz istasyonunun yararının haberleşmeyi sağlamak olduğunu ancak zararının insan sağlığı ve yaşamı ile ilgili olduğunu, bu sebeple ikinci değere önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, yapılan belirlemelerde dar anlamda parayla ölçülebilen bir zarar olmasa da çevre binalarda ve davacının oturduğu konutta yaşayanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdıkları, bu durumun davacının ve diğer aile bireylerinin psikolojik yapılarında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı ve bu sebeple burada oturmanın olumsuz hale geleceği de kararda gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Böylece

Yerel Mahkeme, davacının zarar gördüğüne ve aralarındaki sözleşme nedeniyle her iki davalının müteselsilen sorumlu olduklarına kanaat getirerek davanın kabulüne karar vermiştir.

B-YARGITAY DAİRESİNİN KARARI

Yerel Mahkeme kararının önce onanmasına karar veren Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, davalı A. İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin karar düzeltme istemi üzerine bu kez kararın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bozma kararının gerekçesinde, baz istasyonunun şehir dışına çıkartılması halinde çok yüksek elektromanyetik dalgalar oluşturacağını, abone cep telefonunun da baz istasyonuna sinyali ulaştırabilmek için daha fazla güç harcayacağını, bu sayede daha fazla insanın daha fazla elektromanyetik alana maruz kalmasının kaçınılmaz olacağını belirtmiştir. Yargıtay, baz istasyonlarının çevreye ve sağlığa zarar vermeyecek şekilde nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını Bilgi Teknolojileri Kurumu Başkanlığı tarafından düzenlenen Yönetmelik’te belirlendiğini, dava konusu baz istasyonunun bu Yönetmelik’te belirtilen yer, ölçü ve limit değerlere uygun olması sebebiyle verilen güvenlik sertifikası gereğince kurulduğunu da gerekçesine eklemiştir. Bunlarla birlikte Yargıtay, davacının, baz istasyonlarının belirtilen limit değerlere aykırı olarak kurulduğu veya sonradan limit değer ve güvenlik mesafesine aykırı davranıldığı iddiasını idarî yargıda Bilgi Teknolojileri Kurumu’na karşı ileri sürmesi gerektiğini, limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olsa dahi baz istasyonunun zararlı olduğu iddiasında ise, bu kez de Yönetmeliğin iptali davası açması gerektiğini ifade etmiştir. Bunların dışında, davacının, Türk Medeni Kanunu’nun 737. maddesi uyarınca komşuluk hukukuna göre adli yargıda açtığı davasında da baz istasyonunun faaliyetinin sağlığa zarar verdiğini ve Yönetmelik’te belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığını ispatlaması gerektiği, kanıtlanamayan soyut bir takım “uzun vadede zarar verir, baz istasyonu görünce moralim bozuluyor...” gibi nedenlerle dava açılmayacağı, baz istasyonunun davacının sağlığına zarar verdiğinin teknik, ilmî ve inandırıcı delillerle kanıtlanamadığı da Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin gerekçesinde yer almıştır.

C -YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN KARARI

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nce bozulan hükmün yeniden Yerel Mahkeme önüne gelmesi ile yapılan yargılama neticesinde Yerel Mahkeme kararında direnmiştir. Direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa tarafından koruma altına alınan yaşam hakkı, haberleşme hürriyeti ve mülkiyet hakkı gibi temel haklar arasında bir çatışma meydana gelmesi halinde çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerektiğini, verilen hizmetin insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına üstünlük tanınması gerektiğini, yaşam hakkının tehlikede olduğu bir yerde diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin hiçbir değerinin kalmayacağını, Türk Medenî Kanunu’nun 737. maddesi ile kişilere taşınmaz mülkiyetini kullanırken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıklardan kaçınma yükümlülüğünün getirildiğini ve baz istasyonu Yönetmeliğe uygun olarak çalıştırılrsa dahi zararın veya zarar ihtimalinin bulunması halinde zarar verenin sorumluluktan kurtulamaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bunların yanında kararda, Yönetmeliğe göre verilen sertifikayı bağlayıcı kabul etmenin mümkün olmadığına, dosya arasında bulunan nükleer tıp uzmanı öğretim üyesi tarafından verilen bilirkişi raporunda, *“uzun süre baz istasyonlarının yakınında yaşayanların genel vücut sağlıklarının olumsuz etkilendiği, baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgalara maruz kalanlarda sık olarak baş ağrısı, konsantrasyon bozuklukları, huzursuzluk, uykusuzluk ve el titremesi semptomlarının görüldüğü, kanser yapıcı etkisinin tam olarak ortaya konamadığı ancak bunun ileride ortaya konmayacağı anlamına gelmediği, telafisi mümkün olmayan kanser gibi hastalıkların önlenmesi açısından toplumu baz istasyonlarının yaydığı radyasyondan korumak gerektiği, davacının kızının 1994 yılından beri bir lenf kanseri çeşidi olan malign lenfoma tanısı ile izlendiğinin Ankara Üniversitesi tarafından düzenlenen epikrizden anlaşıldığı, bu nedenle endişeli olan ailenin baz istasyonu nedeniyle de ek endişeler taşıdığı, baz istasyonunun psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz etkilediğinin gözlemlendiği bu sebeple baz istasyonunun mevcut yerinden alınarak başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağının”* belirtildiğine de değinilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu genel olarak, davacının dar anlamda para ile ölçülebilen bir

zararı kanıtlanmamış olsa da baz istasyonunun zarar verme ihtimalinin bulunmasını, baz istasyonunun davacının evine yakınlığını, davacının kanser hastası bir kızının bulunmasını, davacının içinde bulunduğu psikolojik ortamın kendisinde tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı yönündeki doktor bilirkişi raporu ile davacının yaşamdaki sağlık değerlerini, Anayasa’da teminat altına alınan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını birlikte değerlendirerek kararını vermiştir. Böylece Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, verilen hizmetin davacıya ait konutun bulunduğu yerde verilmesinde zorunluluk bulunmadığına, davacıya ve çevreye zarar verme ihtimali olmayan bir başka yerde de verilmesinin olanak dahilinde bulunduğu kanaat getirerek Yerel Mahkemenin direnme kararının onanmasına karar vermiştir.

IV-GÖRÜŞÜMÜZ

A-BAZ İSTASYONUNUN FAALİYETİ VE ZARAR OLGUSU

1-Baz İstasyonunun Faaliyeti

Baz istasyonu, cep telefonları ile ana santraller arasında bağlantıyı sağlayan, telsiz yayınına benzer prensiplerde çalışan, elektromanyetik dalgalar yayan, alıcı ve verici yayın yapar nitelikte çeşitli nitelik ve sayıda anten ve bunun tamamlayıcı unsuru radyolink çanak anten içeren sistem olarak tanımlanmaktadır². Baz istasyonu, ana santraller ile cep telefonu aboneleri arasındaki bağlantıyı sağlamakla görevlidir. Günümüz teknolojisinde, internet iletişiminin mini pc özelliklerini de barındırır şekilde cep telefonlarına eklenmesi ile baz istasyonları da yenilenmiş, konuşmanın dışında internet, televizyon, görüntülü görüşme, hızlı veri transferi hizmetlerini sunar hale getirilmiştir³.

² <http://www.bazsikayet.com/baz-istasyonu-nedir.html#ixzz2QADGCQys> (Erişim Tarihi 11 Nisan 2013).

³ <http://www.bazsikayet.com/baz-istasyonu-nedir.html#ixzz2QAD0U52P> (Erişim Tarihi 11 Nisan 2013).

a) Baz İstasyonunun Faaliyetinin Dayandırıldığı Hukukî Düzenlemeler

aa) Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü ve Denetimi Hakkındaki Yönetmelik⁴

Yönetmeliğin 3. maddesinde belirtildiği üzere, bu Yönetmelik Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 37. maddesine⁵ dayanılarak hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 2. maddesinde, Yönetmeliğin amacı, elektromanyetik alan oluşturan sabit elektronik haberleşme cihazlarının kuruluş yeri, montajı, denetlenmesi ve güvenlik sertifikalarının düzenlenmesine ilişkin hususlar ile uluslararası standartlar temelinde elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin, ölçüm yöntemlerinin ve ölçüm yapılacak kuruluşların belirlenmesi, ölçüm sonuçlarına göre elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerine uygun olmayan sabit elektronik haberleşme cihazlarının limit değerlere uygun hale getirilmesinin sağlanması ve bunlara uyulmaması halinde işleticiler ve işletmecilere uygulanacak Kanun'da belirtilen müeyyidelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olarak belirtilmektedir.

bb) İyonlaştırıcı Olmayan Radyasyonun Olumsuz Etkilerinden Çevre Ve Halkın Sağlığının Korunmasına Yönelik Alınması Gereken Tedbirlere İlişkin Yönetmelik⁶

Yönetmeliğin 1. maddesinde, Yönetmeliğin amacı, iyonlaştırıcı ol-

⁴ RG., 21.4.2011, S. 27912.

⁵ Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 37/4. maddesi: "Ulusal ve uluslararası kuruluşların belirlediği standart değerleri dikkate almak suretiyle telsiz cihaz ve sistemlerinin kullanımında uyulacak elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin belirlenmesi, kontrol ve denetimleri münhasıran Kurum tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu işlemler ile ilgili usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığının görüşleri de dikkate alınmak suretiyle Kurum (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir. Yönetmelik ile belirlenen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun bulunan ilgili tesisler başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Kurum tarafından güvenlik sertifikası düzenlenmesini müteakip kurulur ve faaliyete geçirilir." (RG., 10.11.2008, S. 27050).

⁶ RG., 24.7.2010, S. 27651.

mayan radyasyonun yayılımı sonucu oluşan elektromanyetik alanların, insan sağlığı ve çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin bilimsel olarak araştırılmasını sağlamak ve bu olumsuz etkilerin azaltılmasına esas olacak kriterleri belirlemek, iyonlaştırıcı olmayan radyasyonun bu radyasyonu oluşturan cihazların insan ve çevre sağlığı üzerinde sebep olduğu olumsuz etkiler konusunda halkın bilgilendirilmesini sağlamak ve kurum ve kuruluşların alması gereken tedbirleri belirlemek olarak belirtilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesine göre, sabit telekomünikasyon cihazları için kuruluş yeri, Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'te belirlenen güvenlik mesafesi ve diğer hususlar gözetilerek, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunca tespit edilen yerler olarak belirlenmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında da, elektronik haberleşme cihazları için 10 kHz - 60 GHz frekans bantlarındaki elektrik alan şiddeti, manyetik alan şiddeti, manyetik akı yoğunluğu ve eşdeğer düzlem dalga güç yoğunluğu değerlerinin, meskûn mahâlde, Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'te belirlenen ve bu Yönetmeliğin Ek-1'inde yer alan Tablo-2'de verilen limit değerleri aşamayacağı belirtilmektedir.

cc) Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği⁷

Yönetmeliğin 3. maddesinde belirtildiği üzere, bu Yönetmelik Çevre Kanunu'nun 10. maddesine⁸ dayanılarak hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacı, çevresel etki değerlendirme sürecinde uyulacak idarî ve teknik usul ve esasları düzenlemek olarak belirtilmektedir. Çevresel etki değerlendirme (ÇED), Yönetmeliğin 4. maddesinin c bendinde, gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye

⁷ RG., 17.7.2008, S. 26939.

⁸ Çevre Kanunu'nun 10. maddesi: "Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler. "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır. Çevresel Etki Değerlendirmesine tâbi projeler ve Stratejik Çevresel Değerlendirmeye tâbi plân ve programlar ve konuya ilişkin usûl ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." (RG., 9/8/1983, S. 2872).

yönelik olumsuz etkilerinin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesi ve projelerin uygulanmasının izlenmesi için sürdürülecek çalışmalar olarak tanımlanmaktadır.

**dd) Çevre Bakanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki
9/8/1991 Tarihli 443 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamesi**

Kararname'de Çevre Bakanlığı'nın, çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi amacıyla ülke şartlarına uygun olan teknolojiyi ve bu amaçla kurulacak tesislerin niteliklerini belirlemek, çevreye olumsuz etki yapabilecek her türlü plan ve projenin fayda ve maliyetleri ile çevresel olguların ortak bir çerçeve içinde değerlendirilmesini gerçekleştirecek çevresel etki değerlendirmesi çalışmasının yapılmasını sağlamak, bu çalışmaları denetlemek ve izlemek, çevreye olumsuz etkileri olan her türlü faaliyeti ülke bütününde izlemek ve denetlemek gibi görevlerinin bulunduğu belirtilmektedir.

ee) Çevre Bakanlığı'nın 11/5/2000 Tarihli "Elektromanyetik Kirlilik" Konulu Genelgesi

Genelge'de, bilim ve teknolojiadaki gelişmelere paralel olarak bireysel, endüstriyel ve ticarî amaçlı olmak üzere yaşamın her alanında yaygın biçimde kullanılmaya başlanan, televizyon, radyo vericileri, bilgisayar, cep telefonu ve baz istasyonu, yüksek gerilim hatları, mikro dalga fırınlar, endüstriyel ve tıbbî tanı için kullanılan aletler, radarlar ve benzeri iyonlaştırıcı olmayan radyasyon kirliliği yaydığı bilinen sistemlerin, çevre ve insan sağlığı açısından birtakım risklere yol açtığı, bilim adamları arasında tartışmalara yol açtığı ve bu sebeple birçok araştırma yapılmasına neden olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte Genelge'de, elektromanyetik kirliliğe neden olan kaynaklardan birinin de baz istasyonu olduğu, söz konusu istasyonların son yıllarda kontrolsüz olarak kurulup faaliyete geçmesine ilişkin olarak Çevre Bakanlığı'na kurum, kuruluş ve kişilerden çok sayıda şikayet dilekçesi ulaştığı, baz istasyonlarının radyasyon frekansları için Uluslararası İyonlaştırıcı Olmayan Radyas-

yondan Koruma Kurulu (International Commission on Nonionizing Radiation Protection) tarafından getirilen sınır değerlerin 900 MHz (Megahertz) için 42 V/m elektrik alan şiddeti, 1800 MHz frekans birimi için ise elektrik alan şiddetinin 59 V/m olarak belirlendiği, söz konusu değerlerin cihazdan kaynaklanan değerler olmayıp, çevrede maruz kalınabilecek maksimum değerler olduğu, bu değerler üzerinde elektrik alan şiddetine maruz kalınmasının insan sağlığı açısından zararlı olduğunun bilim çevrelerince kabul edildiği de belirtilmektedir. Bu sebeple Genelge'de, baz istasyonu kuracak firmalarca bu istasyonun kurulacağı bölgede kurulma öncesinde ortamın elektrik alan şiddeti değeri ölçümünün konuyla ilgili laboratuvar donanımına sahip üniversitelere veya Tübitak'a yaptırılması, sınır değerlerin altında kalması halinde istasyonun kurulacağı mekân incelendikten sonra Valiliklerce İl Mahalli Çevre Kurulu'nda alınacak karar doğrultusunda kurulma izninin verilmesi, İl Mahalli Çevre Kurulu'nca gerekli görülmesi halinde üniversiteler veya Tübitak'tan görüş alınması, söz konusu baz istasyonlarının kamu binaları, okul, hastane, kreş, kışla ve park gibi yapı ve alanlarda kurulmaması ve kurulu bulunanların da yukarıda yer alan esasları sağlaması, Genelge'nin yayım tarihinden itibaren kurulacak baz istasyonlarının meskun mahâl dışında kurulması ve mevcut baz istasyonlarının da ölçümler sonunda yukarıda belirtilen elektrik alan şiddeti sınır değerlerinin üzerinde olması halinde meskun mahâl dışına taşınmasının sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

ff) Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 29/05/2000 Tarihli 2000/56 Sayılı "İyonlaştırıcı Olmayan Radyasyon Elektromanyetik Kirlilik" Konulu Genelgesi

Genelge'de, elektromanyetik alanların, bulundukları yer, topoğrafik ve meteorolojik koşullar, işletme koşulları, alınan tedbirler, frekansları, boy ve şiddetleri, maruziyet miktar ve sürelerine bağlı olarak önemli olumsuz etkilere sahip oldukları belirtilmektedir. Bu sebeple, insan ve çevre sağlığı üzerindeki etkiler ve riskler açısından, elektromanyetik alan kaynaklarının uygun yer seçimleri yapılarak kurulmaları, işletilmeleri ve kullanılmalarında gerekli tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmakta-

dır. Bununla birlikte Genelge’de, elektromanyetik kirlilik ile ilgili etkiler, riskler ve tedbirler hakkında kamuoyunun ve ilgililerin bilgilendirilmesi ve alınan tedbirlerin Kaymakamlıklara, Belediye Başkanlıklarına, İl ve İlçe Umumî Hıfzısıha Meclislerine ilgili valiliklerce duyurulması gereği de belirtilmektedir.

gg) Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’nun 7/8/2000 Tarihli “Cep Telefonları ve Baz İstasyonları” Konulu Genelgesi

Genelge’de, valiliklerce, baz istasyonlarının Sosyal Hizmet Kuruluşları (çocuk yuvaları, yetiştirme yurtları, huzurevleri, rehabilitasyon merkezleri, çocuk ve gençlik merkezleri, kreş ve gündüz bakımevleri, toplum merkezleri, kadın konukevleri ve diğer kuruluşlar) binalarının çatısına, bahçesine ve yakın çevresine kurulmasına izin verilmeyeceği, daha önce bu yerlere kurulmuş olan baz istasyonlarının söktürüleceği ve elektromanyetik kirlilik konusunda kuruluşlardaki tüm idarî personel ile koruma ve bakım altında bulunan çocuk, genç, yetişkin ve kadınların bilinçlendirilmesi ve çevrenin korunması yönünde her türlü önlemin alınacağı belirtilmektedir.

hh) Çevre İçin Hekimler Derneği ve İstanbul Tabip Odası’nın 17/7/2000 Tarihli Bildirgesi

Bildirge’de, birçok laboratuvar çalışmasının elektromanyetik alanlara maruziyet ile ciddi sağlık problemleri arasındaki ilişkiyi rapor ettiği, bağışıklık, sinir, nöroendokrin, kalp, damar sistemi ve kan parametrelerinin elektromanyetik alanlardan etkilendiği, cep telefonları ve baz istasyonlarının bireysel olarak ölçülebilir düzeyde olmasa da toplum düzeyinde çok ciddi sağlık riskleri oluşturabileceği, önemli sağlık sorunlarının uzun yıllar sonra ortaya çıkabileceğinin göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu sebeple, toplumun taşıyacağı risk düzeyinin halk sağlığı değerlendirmelerinde kural olarak benimsenen “önlem (ihtiyat) ilkesi” temel alınarak en aza indirilmesi gereğinin ortaya çıktığı, baz istasyonlarının okul bahçeleri, kreşler, hastaneler, parklar gibi toplu yaşa-

ma ve kullanım alanlarına kurulmasının kesinlikle önlenmesi gerektiği, binaların çatılarına ve dış cephelerine baz istasyonlarının kurulmasının önerilmediği de belirtilmektedir. Bununla birlikte, binalara baz istasyonu kurulabilmesinin ancak tüm kat maliklerinin, bina sakinlerinin ve komşu binalar ya da işyeri sakinlerinin ortak rızası ile gerçekleşmesinin mümkün olabileceği, baz istasyonlarının kurulduğu yerlerde oluşturduğu elektromanyetik alan şiddetine göre uyarı işaretleri konulması ve açık alanlardaki istasyonların çevresinin uyarı işaretleri ile sınırlandırılması gerektiği, çocukların, hamilelerin ve yaşlıların elektromanyetik alanların sağlık etkilerinden en çok zarar görecektir risk grupları oldukları konusunda aydınlatılmalarının gerektiği de Bildirge’de vurgulanmaktadır.

b- Baz İstasyonunun Faaliyetinde Zarar Olgusu

Günümüzde, baz istasyonlarının insan ve çevre sağlığı üzerindeki etkilerine dair yapılan araştırmalarda, bilim çevresinin ikiye bölündüğü görülmektedir. Azınlıkta olan birinci görüşü paylaşılanlar, baz istasyonlarının *“henüz kanıtlanmış bir zararının olmadığı”* noktasında birleşmektedirler. Buna karşılık ikinci ve çoğunluk görüşün taraftarları ise, *“baz istasyonlarının kısa vadede insan ve çevre sağlığı üzerinde psikolojik ve fiziksel olmak üzere birtakım olumsuz etkilerinin söz konusu olduğunu”* ve *“kansere gibi ciddi rahatsızlıkların da uzun vadede oluşabileceğinin muhtemel olduğunu”* kabul etmektedirler.

aa) Baz İstasyonunun İnsan ve Çevre Sağlığına Zarar Verdiğine İlişkin Görüşler

Tübitak Başkanlık Tıp Danışmanı Doç. Dr. Selçuk Aslan, *“baz istasyonlarının genellikle 4 metre boyunda dolap biçiminde olan antenleri adeta radyo vericisi gibi küçüktür. Şirketler her ne kadar bu antenlerin 100 Watt’lık ampulle aynı olduğunu söylemekte ise de, ampulün frekansı 50, antenin ise 1 milyar kadardır. 1 GHz (1 Frekans Birimi) Anten UHF (Ultra Yüksek Frekans) üzerinden her yöne veya tek bir yöne yayın yapmaktadır. Tek yönlü yayında MD’lar dar bir huzme şeklinde gönderilmekte huzme daraldıkça güç artmakta, dar huzme, civar binalara girmekte veya onlar-*

dan yansımaktadır. Şirketler elektromanyetik ışın şiddetinin mesafenin karesiyle ters orantılı olarak azaldığını söylemekte ise de azalan elektromanyetik alan şiddetidir. Kansere yapıcı etki mesafeyle azalmaz. Cep telefonu ve dam antenleri özellikle çocuklar için tehlikelidir.” yönündeki ifadeleriyle cep telefonlarının sağlığa zararlı olduğunu belirtmektedir⁹.

Ankara Üniversitesi Çevre Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Nühmet Turgut da 4 Şubat 2001 tarihli Radikal Gazetesi’nde yayımlanan yazısında, “baz istasyonları hakkında çıkarılacak yönetmelikte, bir çok ülkedeki gibi çevre hukukunun “ihtiyat ilkesi” nin hareket noktası olmasına, ilkenin temelinde her şeyden önce insan sağlığının düşünülmesi gerektiğine ve bilimsel veriler kesin bir “neden-sonuç” bağı çerçevesinde belirgin bir zarar ortaya koymasa bile “risk olasılığı” düşünülerek önlemler alınması gerekliliğine” değinmektedir¹⁰.

Prof. Dr. Nesrin Seyhan ATALAY, 1999 yılında düzenlenen “Bilişim Toplumuna Giderken Elektromanyetik Kirlilik Etkileri Konulu Sempozyum”da yaptığı açılış konuşmasında, elektromanyetik alan maruziyetinin sakıncalarını, “doku ve hücre sistemlerinde bozulma, kanser, bağışıklık sisteminde zayıflama, sinir sistemine olumsuz etkiler, kalp hızında düşüş, DNA’da bozulma gibi ciddi rahatsızlıklara yol açması” olarak ifade etmektedir¹¹.

Antalya Tabip Odası, Hekim Güncesi adı altında yayınladıkları bültende baz istasyonları hakkında yapılan bir basın açıklamasına yer vermektedir. Bu basın açıklamasında, 28 Mayıs 2009 tarihinde bir çalıştayda bildiri sunan Boğaziçi Üniversitesi Elektrik-Elektronik Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi Prof. Dr. Selim Şeker’in, baz istasyonlarının okul bahçeleri, hastaneler, kreşler, parklar gibi toplu yaşam alanlarına

⁹ İzmir Barosu Kent ve Çevre Komisyonu, Cep Telefonu Baz İstasyonları Raporu, <http://bianet.org/bianet/cevre/3098-cep-telefonu-baz-istasyon-raporu> (Erişim Tarihi 13 Nisan 2013).

¹⁰ İzmir Barosu Kent ve Çevre Komisyonu, Cep Telefonu Baz İstasyonları Raporu, <http://bianet.org/bianet/cevre/3098-cep-telefonu-baz-istasyon-raporu> (Erişim Tarihi 13 Nisan 2013).

¹¹ Taşkın, Ş. Cankat ; “Baz İstasyonlarında Hukukî Süreç”, Bursa Barosu Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2009, S. 87, s. 6-7.

kurulmalarının kesinlikle önlenmesi gerektiği görüşünde olduğu belirtilmektedir¹².

Yeni Asır Gazetesi'nde de, Adnan Menderes Üniversitesi Tıp Fakültesi Biyofizik Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Mehmet Dinçer Bilgin'in, Aydın Adnan Menderes Stadyumu içine kurulan baz istasyonu sebebiyle sürekli mikrodalga radyasyonuna maruz kalan sporcuların performansının düştüğünü ifade ettiği belirtilmektedir. Haberde, Bilgin'in *"Sporcuların hem beyin elektriksel aktivitesi değişiyor, hem de melatonin hormon düzeyi azalıyor. Kas ve reflekslerdeki değişiklikler, yorgunluk hissi, sinirlilik, uykusuzluk sporcu performansını düşürüyor. Baz istasyonlarının spor alanlarına kurulması önlenmeli"* ifadelerine yer verilmektedir¹³.

Benzer şekilde diğer bilimsel çalışmalarda da, cep telefonu iletişiminin yaydığı radyo frekans dalgalarının insan bedeni üzerinde iki farklı yolla etki ettiği, bunlardan birincisinin ölçülebilen ısı etkiler olduğu, diğerinin mekanizması ve etkileri henüz tam olarak anlaşılamayan ısı olmayan etkiler olduğu, cep telefonlarından yayılan radyo frekans dalgalarının vücudun çoğunlukla baş olmak üzere sadece bir bölümünü etkilediği, baz istasyonlarından yayılan dalgaların ise tüm vücudu etkilediği belirtilmektedir¹⁴. Bununla birlikte, elektromanyetik dalgalara maruz bırakılmış deney hayvanlarında da birçok organ veya doku sisteminde zarar oluştuğunu bildiren araştırmaların bulunduğu da bilinmektedir¹⁵.

Diğer araştırmalarda da, baz istasyonun yakınında oturanlarda, baz istasyonuna 300 metre ya da daha uzakta oturanlara göre bazı semptomların daha fazla görüldüğü, baz istasyonundan 200-300 metre mesafede

¹² Antalya Tabip Odası, Hekim Güncesi, "Basın Açıklaması (Baz İstasyonları Hakkında)", C. 3, S. 3, Kasım 2009, s. 7, http://www.antalyatabip.org.tr/antalyatabip/dsy/hekimguncesi/kasim_2009.pdf (Erişim Tarihi 26 Haziran 2015).

¹³ <http://www.yeniasir.com.tr/kenthaberleri/2015/06/26/aydinspor-baz-istasyonu-kurbani-mi> (Erişim Tarihi 26 Haziran 2015).

¹⁴ **Özgüner F./Mollaoglu H.**; "Manyetik Alanın Organizma Üzerindeki Biyolojik Etkileri", Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 2006, 13(1), s. 38.

¹⁵ **Hassoy, Hür**; Balıkesir 1.Asliye Hukuk Mahkemesi 2011/106 Esas sayılı dosyasına sunulan bilirkişi raporu,s.1.

oturanlarda yorgunluğun anlamlı olarak daha fazla görüldüğü, 200 metreye kadar baş ağrısı ve uyku bozukluğunun, 100 metreye kadar depresif duygu durumu ve libido kaybının, 10 metreden daha yakın oturanlarda da bulantı, iştah kaybı ve görme bozuklukları belirtilerinin daha fazla görüldüğü tespit edilmiştir¹⁶. Navarro'nun 2003 yılında İspanya'da yaptığı çalışmada, baz istasyonuna 150 metreden daha yakın oturanlarda uykusuzluk, baş ağrısı, konsantrasyon güçlüğü gibi rahatsızlıkların daha fazla görüldüğü tespit edilmiştir¹⁷. 2004 yılında Eger ve arkadaşlarının Almanya'da 1994-2004 yılları arasındaki 1000 kadar hastayı inceleyerek yaptıkları araştırmaya göre, baz istasyonuna 400 metreden yakın oturanlarda diğerlerine göre anlamlı oranda kanser meydana geldiği, yeni kanser sıklığının da 3 kat fazla olduğu görülmüştür¹⁸. Bu araştırma, yasal limit değerlerin altında maruziyet durumunda dahi elektromanyetik dalgaların hastalığın klinik olarak gelişimine katkıda bulunabileceğini göstermesi açısından önem taşımaktadır¹⁹. 2004 yılında Wolf'un yaptığı çalışmada, baz istasyonuna 350 metre mesafeden daha yakın oturanlarda kanser insidansının 4.15 kat daha fazla olduğu belirlenmiştir²⁰. Mısır'da yapılan bir araştırmada da, baz istasyonuna yakın oturanlarda baş ağrısı, hafıza bozukluğu, baş dönmesi, titreme, depresyon bulgusu, uyku bozukluğu sorunlarının istatistiksel olarak anlamlı düzeyde daha fazla olduğu görülmüştür²¹.

Bunların dışında, 2011 yılında yayımlanan Brezilya'da yapılan bir çalışmada 1996-2006 yılları arasında bir şehirde görülen 7191 kansere

¹⁶ Santini R, Santini P, Danze J, Ruz PL, Seigne M. Enquete sur la sante de riverains de stations relais de telephonie mobile: I/ Incidences de la distance et du sexe. Pathol Biol. 2002; 50:369-73 (naklen Hassooy, s. 4).

¹⁷ Navarro EA, Segura J, Portoles M, Gomez-Perretta C. The microwave syndrome: a preliminary study in Spain. Electromagn Biol Med. 2003; Vol. 22 (N. 283): 161-9, USA (naklen Hassooy, s. 4).

¹⁸ Eger H, et al. The influence of being Physically Near to Cell Phone Transmission Mast on the Incidence of Cancer. Umwelt Medizin Gesellschaft. 17, 4, 2004 (naklen Hassooy, s. 5).

¹⁹ Hassooy, s. 5.

²⁰ Wolf R, Wolf D. Increased incidence of cancer near a cell-phone transmitter station. Int J Cancer Prevention. April 2004; 1(2) (naklen Hassooy, s. 5).

²¹ Abdel-Rassoul G, et al. Neurobehavioral effects among inhabitants around mobile phone base stations. Neurotoxicology. 2007 Mar; 28(2): 434-40 (naklen Hassooy, s. 5).

bağlı ölüm vakıası incelendiğinde, baz istasyonuna 500 metre uzaklıktaki bir zon içinde kanserden ölüm hızı on binde 34,76 olarak tespit edilmiş ve bu alanın dışına çıkıldıkça kanserden ölümlerin sıklığının azaldığı görülmüştür²². Almanya’da yapılan ve 2001 yılında yayımlanan bir başka bilimsel araştırmada da, limit değerlerin altında olan baz istasyonuna bağlı yayılan elektromanyetik ışımanın, vücudun adrenalin gibi hormonları düzenleyen sisteminde düzensizliğe neden olduğu belirlenmiştir²³. Bu araştırmalar doğrultusunda, iyonize olmayan radyasyonun izin verilen limitler içinde dahi uzun süreli maruziyet halinde insan sağlığını olumsuz etkileyebileceği belirtilmektedir²⁴. Bunlarla birlikte, çeşitli ülkelerin radyofrekans ışıyım maruziyet sınırlarını oldukça aşağıda tuttukları görülmektedir. Örneğin, Türkiye’de geçerli olan 900 MHz frekansı için 41V/m’lik elektrik alan şiddeti yerine; Çin 12 V/m’yi, İsveç 4V/m’yi, İsviçre 3,88 V/m’yi, İtalya 6 V/m, Rusya, Macaristan, Polonya ve Bulgaristan ise 6,14 V/m’yi sınır değer olarak kabul etmiştir²⁵.

Baz istasyonlarının yaydığı iyonize olmayan radyasyonun insan sağlığı üzerindeki etkilerinin, genel etkiler ve özel etkiler olmak üzere iki başlık altında değerlendirildiği görülmektedir. Genel etkilerin (insanlar üzerinde gözleme dayalı epidemiyolojik araştırmalarla kanıtlanmış olan etkiler), yorgunluk, baş ağrısı, uyku bozukluğu, boğazda kuruluk, seslere karşı duyarlılık, işitme güçlüğü, görme bozukluğu, alerji, kan basıncında artış, hafıza değişiklikleri, titreme, baş dönmesi ve depresif semptomlar olduğu belirtilmektedir²⁶. Buna karşılık, insan deneyleri, hayvan deneyleri ve doku kültürleri ile gerçekleştirilen uygulamalı araştırmalarla ka-

²² Dode AC,et al.Mortality by neoplasia ad cellular telephone base stations in the Belo Horizonte municipality, Minas Gerais state,Brazil.Science of the Total Environment 409 (2011) 3649-3665 (naklen Hassoy, s. 5).

²³ Buchner K at al.Changes of Clinically Important Neurotransmitters under the Influence of Modulated RF Fields-A Long Term Study under Real-Life Conditions.Umwelt-Medizin-Gesellschaft 24(1):44-57(naklen Hassoy,s. 5).

²⁴ Hassoy, s. 4.

²⁵ Gazi_non_ionizan_radyasyondan_korunma_merkezi (GNRK), “Üçüncü Nesil (3N, 3G) Elektromanyetik Kirlilik ve Sağlığımız”, s. 3, <http://www.cekod.org/images/GNRK.pdf> (Erişim Tarihi 13 Nisan 2013).

²⁶ Seyhan, N.; “Elektromanyetik Kirlilik ve Etkileri, Korunma Yöntemleri”, WHO Uluslararası Elektromanyetik Alan Projesi, Ulusal ve Uluslararası Politikalar Güvenlik Dergisi Ekim 2000, 1(4), s. 12-13.

nıtlanan özel etkiler ise, hücre proteinlerinde bozulma, parçalanma ve hücre ölümü, bağışıklık sisteminde işlev bozuklukları, sinir sisteminde bozukluklar, kan tablosunda değişiklikler, kalp işlevlerinde bozulma, büyüme ve gelişmede bozukluklar, erkek üreme hücrelerinde kromozom bozuklukları ve üreme yetisinde azalma, uzun süreli maruziyet sonucu katarakt, beyin ve cilt kanseri, lösemi, meme kanseri olarak belirtilmektedir²⁷.

bb) Baz İstasyonunun Kanıtlanmış Bir Zararının Olmadığına İlişkin Görüşler

Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Halk Sağlığı Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. Kayıhan PALA, “Bugün baz istasyonlarının kansere yol açtığına ilişkin “kanıtlanmış” epidemiyolojik veriler henüz ortada yoktur. Ancak bilindiği gibi, “kanıtın yokluğu, yokluğun kanıtı değildir”. Baz istasyonlarının gerçek zararlarının ortaya çıkması on yılları alabilecektir. Bu konuda, kamu üzerine düşeni yapmakta oldukça gecikmektedir.” ifadesiyle baz istasyonunun henüz kanıtlanmış bir zararının olmadığını ancak bu durumun ileride herhangi bir zarar meydana gelmeyeceği anlamına da gelmediğini belirtmektedir²⁸.

Tübitak tarafından 2001 senesinde yayımlanan “Elektromanyetik Dalgalar ve İnsan Sağlığı, Sıkça Sorulan Sorular ve Yanıtları” adlı bülteninde, “İyonlaştırıcı radyasyonun hücrelerin genetik malzemesini (DNA) etkileyerek mutasyon ve kansere yol açtığı bilinmekle birlikte, radyo frekans dalgaların benzer etkiler yaptığı kanıtlanmamıştır. Son yıllarda cep telefonlarının özellikle beyin tümörlerini arttırıp arttırmadığı konusu gündeme gelmiş, ancak bugüne kadar yapılan incelemelerde cep telefonu kullanımının kansere yol açtığını gösterecek kesin deliller bulunamamıştır. Öte yandan bugüne kadar yapılan çalışmalar, cep telefonu teknolojisiyle kanser arasında kesinlikle bir ilişki yoktur demek için yetersizdir. Bu nedenle, başta Dünya Sağlık Örgütü (WHO) olmak üzere çeşitli kuruluşlar bu konuda daha kapsamlı

²⁷ Seyhan, s. 12-13.

²⁸ Pala, Kayıhan; Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2008/404 E. sayılı dosyasına sunulan bilirkişi raporu, s. 5 (naklen Taşkın, Ş. Cankat, s. 7).

çalışmalar başlatmışlardır. Bu çalışmaların sonuçlarının önümüzdeki yıllarda alınması beklenmektedir.” ifadelerine yer verilmektedir²⁹.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nda yapılan basın toplantısında Bilişim Uzmanı Ali Rıza Özdemir de, “*istasyonların insan sağlığına zararlı olduğuna dair genel kanının yanlış olduğunu, şehir dışında kurulmaları halinde baz istasyonlarının yüksek güçle yayın yapmalarının gerekeceğini, yüksek güçle çalışacak istasyonların, istenilen seviyede kapsama alanını sağlayamayacağı gibi elektromanyetik kirliliğe de sebep olacağını*” ifade etmektedir³⁰.

2- Zarar Olgusu ile Maddî-Manevî Tazminat Talebinin İlişkilendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile hangi hallerde zararı tazmin borcunun doğacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu hükme rağmen, kusursuz sorumluluk hallerinde doğan zararın da, kusur koşulu aranmaksızın tazmini söz konusu olabilir. Maddî zarar, malvarlığında meydana gelen para ile ölçülebilen eksilmeleri ifade eder. Buna karşılık manevî zarar ise, kişisel değerlerde uğranılan kayıpları ifade eder. Bununla birlikte, şahısvarlığı değerlerinin ihlâli de malvarlığında irade dışı eksilmeye yol açabilir ve böylece maddî zarara neden olabilir. Maddî zararda tazminatın amacı, malvarlığının haksız fiilden önceki durumuna gelmesini temin etmektir³¹. Manevî zararda, manevî acıların giderilmesi (tazmini) değil bir anlamda dindirilmesi veya yatıştırılması hedef tutulmaktadır³². Manevî tazminatın gerekli olup olmadığı hususunda ve miktarının tayininde hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır. İnceleme konusu karara ilişkin olayda davacının, baz istasyonunun faaliyeti ile arasında illiyet bağı

²⁹ Tübitak, Bülten; “Elektromanyetik Dalgalar ve İnsan Sağlığı Sıkça Sorulan Sorular ve Yanıtları 2001”, s. 4-5, <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/sandik/gsm.pdf> (Erişim Tarihi 13 Nisan 2013).

³⁰ Kayakuzgun, Özge; “Baz İstasyonları ve İnsan Hakları”, Hukuk Gündemi Dergisi, 2009, S. 10, s. 39.

³¹ Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 411.

³² Altınay, Selim; “Maddi Zararın Tespitinde Denkleştirme”, Adalet Dergisi, Mayıs 2010, S. 37, s. 171.

kurulabilen, malvarlığına yansımış, parasal olarak hesaplanabilen maddî zararının henüz doğmamış olduğu açıktır³³. Ancak davacının manevî zararının doğup doğmadığı tartışılabilir.

Manevî zararın sujesi olan kişilik hakkı, kişinin hür ve bağımsız varlığının bütününe oluşturan değerler üzerindeki hakkı ifade eder³⁴. Kişinin bağımsız varlığına, başka bir deyişle hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, dil, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet ve itibar, ün, ad, sır ve resim gibi kişisel varlıklarına ilişkin hakkı, doğum ile kazanılan ve kişiliğe bağlı olan bir haktır³⁵. Bu kişisel varlıkların zarar görmesinin manevî tazminatın ön koşulu olduğu ve vücut bütünlüğünün sadece fiziksel bütünlük değil, ruhsal ve sinirsel bütünlüğü de kapsadığı belirtilmektedir³⁶. Baz istasyonunun insanın ruhsal ve sinirsel bütünlüğüne etkisini anlayabilmek için öncelikle baz istasyonunun çevresel etkisini ortaya koymak gerekir. Yapılan araştırmalara göre, baz istasyonları alıcı-verici görevi üstlendiklerinden çevrelerinde statik elektrik (elektromanyetik alan) oluşur³⁷. Söz konusu elektromanyetik alan, insan vücudundaki ve doğal çevremizdeki elektromanyetik alandan çok daha fazladır. Bu sebeple, mevcut biyolojik ve fizyolojik uyumun bo-

³³ Elektronik zararlarla ilgili olarak ileri sürülen tahribatlar en erken 10 ila 20 yıl sonra ortaya çıkabilir. Bu durumda TBK. m.72 gereğince hüküm altına alınan fiilin işlendiği tarihten itibaren söz konusu olan 10 yıllık zamanaşımı süresi, zararın çok sonra ortaya çıkması hallerinde hakkaniyetli bir çözüm olmayacaktır. Örneğin, ayıplı binanın yapılıp teslim edilmesinden yıllar sonra deprem felâketinin yaşanmasında olduğu gibi, zararın her zaman hukuka aykırı fiilin işlendiği tarihte değil, uzun yıllar sonra da ortaya çıkması mümkündür. Deprem zararının konu edildiği ve kanun hükmünde düzenlendiği gibi zamanaşımı süresinin “fiilin işlendiği” tarihten değil, zararın doğduğu tarihten başlaması gerektiği yönünde ayrıca bkz. HGK., 4.6.2003, 4-400/393 sayılı kararı (KHYK-J). Zarar ortaya çıktığı halde işletici bu sıfatını kaybetmişse, kime karşı dava açılacağı da sorun olabilir. Bu sebepler de göz önünde bulundurularak bazı yazarlarca, bazı ülkelerde nükleer enerji işletenlerin sorumluluğunda olduğu gibi, muhtemel zarar riskine karşı güçlü bir sigorta biriminin kurulması gerektiği ve bu yönde “Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukukî Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi” nde etkili bir sigorta sisteminin zorunlu kılındığı belirtilmektedir (**Korkusuz**, M. Refik/**Korkusuz**, M. Halit; “Baz İstasyonlarının Yaydığı Elektromanyetik Zararlardan Doğan Hukuksal Sorumluluk”, YYÜHFD. 2013, C. 1, S. 1, s. 122, 125). Bununla birlikte, elektronik zararlara ve nükleer zararlara yönelik olarak zamanaşımı süresinin 30 yıla çıkarılması gerektiği de belirtilmektedir (**Korkusuz/Korkusuz**, s. 105).

³⁴ **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 257.

³⁵ **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014, s. 781; **Kılıçoğlu**, s. 439 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 257.

³⁶ **Eren**, Borçlar, s. 744; **Oğuzman/Öz**, s. 257, dn. 22.

³⁷ http://tr.wikipedia.org/wiki/Baz_istasyonu (Erişim Tarihi 14 Nisan 2013).

zulduğu ve bunun da elektromanyetik kirlilik adı verilen bir tür çevre kirliliğine neden olduğu bilinmektedir³⁸. Böylece çevre zararının ortaya çıkması da kaçınılmaz olmaktadır. Çevre zararı ya da çevresel zararın, ekolojik zarar dışında kalan başka zarar öğelerini de içermesi sebebiyle geniş kapsamlı olduğu ifade edilmektedir³⁹. *Gürseler*, çevresel zararı, “... doğal çevrenin flora ve fauna gibi öğeleri, ekosistemin bütünü, ekolojik süreçler, peyzaj değerleri, kültürel çevre ve güzel duyuşsal (estetik) çevre öğeleri çevresel zarar kavramının türlü öğeleridir. Özel hukuktaki alışlagelmiş zarardan farklı olarak çevresel zarar, toplu, yaygın ve genel bir nitelik taşır. Belli bir faaliyetin yapıldığı yerden uzakta duyumsanacağı gibi, aradan pek çok yıl geçtikten sonra da etkisini gösterebilir. Çevresel zararlardan birçoğu, geriye dönülmesi olanağı bulunmayan zararlardır. Özel hukuktaki zarar kavramı ile çevre zararı kavramları arasındaki fark nedeniyle, geleneksel sorumluluk hukukunda asıl ilgi mülke, yani bireyin mal varlığına verilen zararın ölçülmesine yöneldiği halde; yaşam kalitesi, doğanın güzelliği gibi para ile ölçülmesi olanaksız ve bireylerin mal varlığının bir parçasını oluşturmeyen çevre öğelerindeki bozulmalar her zaman dikkate alınmamaktadır.” ifadeleriyle anlatmaktadır⁴⁰. Çevre öğelerindeki bozulmanın her zaman dikkate alınmadığı yönündeki görüşü destekler şekilde, bir Yargıtay kararında⁴¹ da çevre kirlenmesi sebebiyle oluşan manevî zarar talebinin, “... davacının kirli hava nedeniyle kendisi, ailesi ve hemşerileri adına endişe duyduğu ve bu nedenle manevî tazminat istediği anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi davacı sağlığındaki somut bir eksilmeye dayanmamaktadır.” gerekçeleri ile reddedildiği görülmektedir. Buna karşılık, bu karara karşı oy kullanan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Başkanı Bilal Kartal ise karşı oy yazısında, “Kişi sağlıklı yaşamak ve doğanın sağladığı olanaklardan yararlanmak hakkına sahiptir. O halde, kişinin mutluluğundan ve sağlıklı yaşamından söz edilebilir. Ancak bu halde kişi kendini geliştirebi-

³⁸ http://tr.wikipedia.org/wiki/Baz_istasyonu (Erişim Tarihi 14 Nisan 2013).

³⁹ **Yılmaz Turgut**, Nükhed; Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 290; **Gürseler**, Güneş; “Çevre Zararının Manevî Giderimi ve Bir Yargıtay Kararı”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2003, s. 1944.

⁴⁰ **Gürseler**, s. 1944-1945.

⁴¹ 4. HD., 11.7.2002, 2001/12708, 2002/8915 (KHYK-J). Bu karar, çevreye verdiği zarar yargı kararları ile saptanan Yatağan Termik Santrali’nin uzun süredir tam kapasite ile çalışarak davacının kendisi, ailesi, hemşerileri ve kenti açısından derin üzüntü, endişe ve eleme yol açtığı iddiası ile açılan manevî tazminat davasına ilişkindir.

lır, sađlıklı dűűnebilir ve őretici hale gelebilir.” gőrűűűne yer vermektedir. Bu gőrűűe paralel olarak ancak sűz konusu kararın aksine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin bir baűka kararında⁴² da, “Dava konusu kesilen ınar ađacı, İstanbul’da Beűiktaű-Ortakűy yolu őrzerinde bulunan 70-80 yaűlarındaki ınar ađaçlarından biridir. ınar ađaçlarının kentin bu kesiminde oluűturduđu toplu gőrűnűműn (peyzaj) yarattıđı gűzellik (estetik) tartıűsmasız bir olgudur. Bu nitelikteki gőrűnűmler, bireylerin duygusal veya manevű sevinç, coűkuları açısından gereksinimlerini karűılayarak insanın ruhsal bűtűnlűđűnűn korunması ve geliűmesine etkili olurlar. Çađımızda gűzel, temiz ve sađlıklı bir çevrede yaűamanın bir insanlık (kiűilik) hakkı kabul edilmesinin nedeni budur. Bűtűn bu deđerlendirmeler karűısında, en őrnemli evre sorunlarından biri olan hava kirliliđini yaűayan, kirli havayı soluyan ve bu kirliliđin yarattıđı çevresel zarar ve deđerimi gűzleyen duyarlı bir insanın kendisi, ailesi, űlkesi, tűm insanlık ve gezegenimiz için duyduđu endiűe ve bunun yarattıđı ruhsal ve sinirsel rahatsızlıđın manevű tazminatı gerektirdiđi kabul edilmelidir.” ifadelerine yer verilmektedir. Yargıtay bu hűkmű ile, evre zararının kiűisel haklara saldırı niteliđinde olduđunu ve evre ihlallerinde zarar gűrenlerin manevű tazminat hakları bulunduđunu kabul etmektedir. Dolayısıyla kiűinin yaűadıđı çevreye verilen zararın, kiűiye de zarar vereceđi, kiűinin yaűamında, verimli alıűmasında ve ruhsal durumunda olumsuzluđa sebep olabileceđi gűz ardı edilmemelidir. Manevű nitelikteki evre kirlenmesi, bir faaliyetin çevrede yaűayan insan ve diđer canlıların ruh sađlıđının olumsuz etkilenmesidir. Nitekim nűkleer santralin çevrede yaűayanlar őrzerinde yarattıđı korkunun, manevű kirlenmenin insanlar őrzerindeki etkisinin en gűzel őrneklerinden biri olduđu kabul edilmektedir⁴³. Benzer űekilde, bazı yazarlarca “evre etkisi yaratan műdűhaleler” baűlıđı altında ele alınan “manevű műdűhalelerin”, bir taűınmazın iűletilmesine veya kullanılmasına bađlı olarak koműşuların manevű bűtűnlűklerini etkileyen, ruh huzurlarını bozan, hoűa gitmeyen, taciz eden műdűhaleler oldukları kabul edilmektedir⁴⁴. Bununla birlikte,

⁴² 4. HD., 16.2.1993, 1993/7876, 1994/5878 (Gűrseler, s. 1947); Aynı yűnde ayrıca bkz. 4. HD., 20.12.2012, 2003/12540, 2004/7006 (Yűcel, őrze; Tűrk Borçlar Kanunu’na Gűre Genel Tehlike Sorumluluđu, Ankara 2014, s. 150-152).

⁴³ Ertaű, űeref; evre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Bası, İzmir 2012, s. 104.

⁴⁴ Eren, Fikret; Műlkiyet Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014, s. 380; Sirmen, Lale; “Taűınmaz Műlkiyetinin

aynı yazarlarca çevre etkisi yaratan bir diğer müdâhale türü olan olumlu müdâhalelerin de, katı, sıvı ve gaz halindeki müdâhaleler yoluyla çevre etkileri doğurdukları belirtilmektedir⁴⁵. Olumlu müdâhaleler⁴⁶, havanın kirlenmesine sebebiyet veren is, kurum, duman, toz oluşturmak, kötü koku yaratmak, gürültü yapmak, yer sarsıntısına yol açmak, nükleer atık yaratmak ve bu vesileyle toprağı, suyu, havayı kirletmek olarak örnek-lendirilmektedir⁴⁷.

Tüm bu görüş ve kararlar göz önüne alındığında, baz istasyonuna yakın mesafede oturan davacının, yaşam koşullarını tehdit eden elektro-manyetik kirliliğın kendisinin ve ailesinin sağlığını olumsuz etkileyeceğı düşüncesine kapılarak yaşadığı korku ve psikolojik rahatsızlıklar doğal kabul edilmelidir. Bu sebeple davacının, manevî zararının tazminini talep hakkının bulunduğu kabul edilebilir⁴⁸. Ancak baz istasyonunun faaliyetleri hukuk düzenince izin verilmiş sınırlar kapsamında olduğu sürece, hukuka uygun bir faaliyetten ve hukuka uygun bir çevre kirlenmesinden söz edilebilir. Bu durumda, ileride daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, mahkemelerce baz istasyonunun kaldırılması kararının verilemeyeceğı; sadece manevî zararın denkleştirilmesi kararının verilebileceğı göz ardı edilmemelidir.

Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdâhalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğı", AÜHFD. 1988, C. 40, S. 1-4, s. 288; **Petek**, Hasan; Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğı, Ankara 2005, s. 237; **Ulus**, İlhan; Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2.Tıpkı Bası, İstanbul 2012, s. 164.

⁴⁵ **Eren**, Mülkiyet, s. 380; **Sirmen**, s. 287; **Petek**, s. 202; **Ulus**, s. 161 vd.

⁴⁶ Bir taşınmazın işletilmesi ya da kullanılması sebebiyle komşu taşınmazın hava, ışık, rüzgâr gibi enerji kaynaklarından yararlanmasının engellenmesine neden olan veya manzarasını kapayan davranışlar, olumsuz müdâhale olarak tanımlanmaktadır (**Eren**, Mülkiyet, s. 380; **Sirmen**, s. 287; **Petek**, s. 223; **Ulus**, s. 166).

⁴⁷ **Eren**, Mülkiyet, s. 379-380; **Sirmen**, s. 287; **Petek**, s. 202; **Ulus**, s. 161 vd.

⁴⁸ Ancak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.09.2009 tarihli 7995/10277 sayılı bir kararında, baz istasyonunun kaldırılması ve manevî tazminat talebini kabul eden Yerel Mahkeme kararının, baz istasyonunun kaldırılması yönünde onanmasına, manevî zararın kabulü yönünde ise bozulmasına karar vermiştir. (KHYK-J). Söz konusu karar ile aynı yönde baz istasyonları için men'i müdâhale davası açılmasının mümkün olduğu ancak, baz istasyonu işleticilerine karşı herhangi bir maddi zarar olmaksızın manevî zarar talep edilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüş için ayrıca bkz. **Korkusuz/Korkusuz**, s. 121.

B- BAZ İSTASYONLARININ KALDIRILMASI TALEBİNİN DAYANDIRILACAĞI HUKUKİ SORUMLULUK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “*Hukukun Uygulanması*” başlıklı 33. maddesinde, “*Hâkim, Türk hukukunu re’sen uygular.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, hâkimin önüne gelen her meselede öncelikli görevi, maddî olayı niteleyip uygulayacağı hukuk kuralını belirlemektir. Türk Borçlar Kanunu’nun “*Sebeplerin Yarışması*” başlıklı 60. maddesinde de, “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir. Hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile de koşullar oluştuğunda hukuk kuralının tespiti hâkime bırakılmaktadır. Görüldüğü üzere, hukuk düzenimiz hâkime bazı yükümlülükler getirmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda, baz istasyonunun kaldırılması talebi karşısında hâkimin ve baz istasyonunun kaldırılması talebinde bulunan davacının hangi hukukî sorumluluk sebeplerini dikkate alması gerektiği değerlendirilmiştir.

1-Gsm Şirketi ve Taşınmaz Maliki (Bedaş) Açısından Çevre Kanunu’na Aykırılık Nedeniyle Sorumluluk

İnceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, 1982 Anayasası’nın 56. maddesinde yer alan “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*” hükmüne dayanılmış ancak, Çevre Kanunu’na aykırılığa değinilmemiştir. Çevre Kanunu’na aykırılık nedeniyle sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu’nda düzenlenen diğer sorumluluk sebepleriyle yarışabilir. Ayrıca talep eden açısından da avantajlı bir sorumluluk halidir. Bu sebeple, inceleme konusu olay açısından Çevre Kanunu kapsamında hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığı tartışılmıştır.

Çevre Kanunu’nun “*Kirletenin Sorumluluğu*” başlıklı 28. maddesinde, “*Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve*

bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden çevreyi kirletenin sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk türü olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Çevreyi kirletenin sorumluluğunun doğabilmesi için kusur unsuru aranmasa da, zarar veren, zarar gören, zarar veren olay, zarar ve illiyet bağı unsurlarının varlığı gerekir.

Çevre Kanunu’nun 2. maddesinde çevreyi kirleten, “*faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Bu hükme göre, bir gerçek kişinin veya tüzel kişinin çevreyi kirleten sayılabilmesi için herhangi bir taşınmaza veya işletmeye malik veya zilyet olması gerekmez. Bu durumda, mülkiyet hakkına sahip olmayan çevreyi kirleten (zarar veren), sınırlı bir aynî hakka veya kişisel bir hakka dayanarak kullandığı taşınmazı sebebiyle çevreye zarar vermişse de sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, çevrenin kirlenmesinin bir işletmenin faaliyetinden kaynaklandığı hallerde de, kirletenin sorumlu tutulabilmesi için işletmenin maliki olması da gerekmez⁴⁹. Çevre Kanunu’nda zarar gören açısından da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Buna ilişkin olarak, Yargıtay bir kararında⁵⁰, “*Çevre Kanunu, aktif dava ehliyeti yönünden hiçbir sınırlama getirmeksizin, çevrenin kirlenmesinden zarar gören herkesi dava açabilmeye yetkili kılmıştır.*” ifadelerine yer vermektedir. Zarar gören, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi ile gerçek bir kişi olabileceği gibi⁵¹ sadece çevrenin zarar görmesi de mümkündür. Çevre Kanunu uyarınca çevreyi kirletenin sorumluluğu için bir diğer şart, çevrenin kirlenmesidir. Çevre Kanunu’nun 2. maddesinde çevre kirliliği, “*Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengiyi bozabilecek her türlü olumsuz etki*” olarak ta-

⁴⁹ Ertaş, s. 107.

⁵⁰ 3. HD., 6.2.1997, 458/1307 (KHYK-J).

⁵¹ Yılmaz Turgut, s. 304.

nımlanmaktadır. Çevrenin kirlenmesi olayının gerçekleşmesi ile sorumluluğun şartlarından biri yerine gelmiş olur. Çevrenin kirlenmiş olup olmadığı, çevresel zararlardan korunmak amacıyla yürürlüğe konulan ilgili yönetmeliklerde öngörülen sınır değerlerin aşılmamasına, belirlenen standart ve ölçülere göre tespit edilir⁵². Kirlenme fiili süreklilik arz ediyorsa, bu fiil sona ermeden zamanaşımı işlemeye başlamaz⁵³. Her ne kadar çevreyi kirleten tanımlanırken madde metninde, “*faaliyetler*” inden kaynaklanan çevre kirliliğine işaret edilmişse de, bu ifade ihmâlleri de kapsayacak şekilde değerlendirmelidir. Bu doğrultuda, kirlenenin hâl ve şartlara göre kendisinden beklenen tedbirleri alarak zararı önlemesi mümkün olduğu halde aksi yönde davranışının hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir⁵⁴. Çevrenin kirlenmesi, yukarıda belirtildiği gibi olumlu, olumsuz ve manevî müdahale şeklinde gerçekleşebilir⁵⁵. Çevre Kanunu’nun 28. maddesi gereğince sorumluluğun doğması için, kirlenmeden kaynaklanan bir zararın varlığı yanında, bu zarar ile çevre kirlenmesi arasında uygun illiyet bağının varlığı da aranmalıdır. Zarar, kirlenmeye yol açan davranışın sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır. Anılan zarar doğrudan eşyanın özünü zedeleme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, eşyanın piyasadaki değerinin azalması olarak da ortaya çıkabilir. Bu durumda anılan zararların tazmininde fiili zararlarla birlikte, yoksun kalınan kârlar da istenebilir⁵⁶. Bununla birlikte, maddî zararın yanında çevre kirlenmesinden kaynaklanan manevî zararın da giderilmesi istenebilir. Bunun için maddî veya manevî zararın, zarar gören tarafından ispatı gerekir. Ancak olayda ortaya çıkan duruma göre, çevre kirlenmesine davalının sebep olduğunun kabulü hayatın normal akışına uygun ise, hâkim başka delil aramaksızın “*kirlenmeye sebep olmanın*” varlığını kabul etmelidir⁵⁷. Çevre Kanunu’na göre açılacak durdurma ve önleme

⁵² Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer; Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku, Ankara 2010, s. 894.

⁵³ Oğuzman/Öz, s. 230.

⁵⁴ Ertaş, s. 138.

⁵⁵ Ertaş, s. 103; Petek, s. 98; Çakırca, Seda İrem; “Çevreyi Kirlenenin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No. 47, Ekim 2012, s. 83.

⁵⁶ Çakırca, s. 85.

⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 227.

davalarında da, hukuka aykırı şekilde çevre kirlenmesinin veya böyle bir tehlikenin mevcudiyeti yeterlidir. Burada zararın yerini, salt çevre kirlenmesi veya kirlenme tehlikesi alır⁵⁸. Keza Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde, Kanun'un amacı, *"bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak"* olarak belirtilmektedir.

Bazı yazarlarca, çevreyi kirletenin sorumluluğu bir araç olarak kullanılarak çevre hukukunun *"kirleten öder"* ve *"önleyicilik"* ilkelerinin hayata geçirilebileceği belirtilmektedir⁵⁹. Nitekim Çevre Kanunu'nun 3/g. maddesinde yer alan *"çevreyi kirletenler, kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamaları karşılamakla yükümlüdürler. Kirletenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir."* hükmü kirleten öder ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Bununla birlikte, Çevre Kanunu'nun *"kirletme yasağı"* başlıklı 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, *"Her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaktır. Kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hallerde kirleten, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür."* hükmü de önleme ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilmektedir⁶¹. Çevresel zararlar, nitelikleri gereği, zararı doğuran olaydan yıllar sonra ortaya çıkabilecekleri gibi zaman za-

⁵⁸ Ertaş, s. 134.

⁵⁹ Badur, Emel; "Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu", Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara 2006, s. 105.

⁶⁰ Badur, Çevre, s. 106.

⁶¹ Badur, Çevre, s. 107.

man giderilmesi mümkün olmayan zararlara da yol açabilirler⁶². Termik santrallerin bacalarından çıkan zehirli gazların, fabrikaların atıklarının, siyanürle altın ve gümüş çıkaran işletmelerin neden oldukları çevre kirliliğinin çok ağır sonuçlara ulaştığı bilinmektedir. Bu durumda, bazı hallerde kirliliği, ortaya çıktıktan sonra gidermek, sadece masraflı değil aynı zamanda imkânsız olabilir⁶³. Bu sebeple, hem çevre değerlerinin zarar görmeden korunması hem de tasarruf sağlanması açısından önleme ilkesinin yeterince iyi işletilmesi oldukça önemlidir⁶⁴. Benzer şekilde, çevre kirlenme sınırının zarar gören lehine yorumlanması gerektiğini savunan Ulusoy'un da, "kirlenme ilgili standarda ulaşırsa, ilgilinin artık kirlenmenin oluştuğunu ve bundan zarar gördüğünü ispatlamasına gerek yoktur. Fakat kirlenme standarda ulaşmadıysa, bu, kişinin o kirlenmeden zarar görmediği veya ortada kişilere zarar verecek bir kirlenmenin mevcut olmadığı anlamına gelmemelidir. Bu durumda, standardın altında kalan bir kirlenmeden dolayı zarar gören bir kimse, bilirkişinin standardın altında kalan bu kirlenmeden dolayı da zarar oluşabileceğini tespit etmesi üzerine Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin uygulanmasını ve zararının giderimini isteyebilmelidir... yönetmelik ile oluşturulacak standartlar, ilgili faaliyetin çevreyi kirlettiğine dair "karine" olabilir; faaliyetin çevreyi kirletmediğine dair bir dayanak olamaz. Dolayısıyla bu karine, faaliyetten zarar görenin, faaliyetin gerçekten çevreyi kirlettiğini ispatlamasına gerek olmadan giderim istemesini mümkün kılan, onun lehine öngörülmüş bir olgudur." yönündeki ifadeleri ile önleyicilik ve kirleten öder ilkelerini desteklediği görülmektedir⁶⁵.

İnceleme konusu karara ilişkin olayda bir çevre kirlenmesi mevcut olsa dahi, dava konusu baz istasyonu Yönetmelik tarafından izin verilen limit değerler içinde faaliyet göstermektedir. Bu sebeple, hukuk düzenince izin verilmiş baz istasyonu faaliyetinden kaynaklanan, başka bir deyişle hukuka uygun kirlenmenin önlenmesi, durdurulması veya olu-

⁶² Badur, Çevre, s. 107.

⁶³ Badur, Çevre, s. 107.

⁶⁴ Badur, Çevre, s. 107.

⁶⁵ Ulusoy, Ali D.; "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD., C. 43, S. 1-4, 1993, s. 128.

şan zararın giderilmesi Çevre Kanunu kapsamında talep edilemez. Zira “hukuka uygun olarak verilen zararların hakkaniyet ölçüsünde giderimi” anlamına gelen “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” Çevre Kanunu kapsamında düzenlenmemiştir. Çevre Kanunu’nun 8. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen “Her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak...” ibaresinden ancak hukuka aykırı faaliyetlerin Çevre Kanunu kapsamında değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, hukuka uygun kirlenmenin önlenmesi ya da ortaya çıkan zararın giderilmesi, ancak diğer genel hükümler çerçevesinde mümkün olabilir. Dolayısıyla gerek Gsm şirketi gerekse taşınmaz maliki Bedaş açısından Çevre Kanunu’na aykırılık nedeniyle sorumluluk söz konusu olamaz.

2- Gsm Şirketi Açısından Tehlike Sorumluluğu

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesi kapsamında sorumluluğun sözkonusu olabilmesi, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden⁶⁶ bir zarar meydana gelmiş olmasına bağlıdır. Bu durumda önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin maliki ve/veya işleteninin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bununla birlikte, tehlike sorumluluğu için kusur gerekli bir şart değildir. Zira tehlike sorumluluğunun hüküm altına alındığı Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin, Kanun’da diğer kusursuz sorumluluk halleri ile birlikte kusursuz sorumluluk başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu hükümde geçen “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti” ibaresinde yer alan “tehlike” ölçütü de, “bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça zarar doğurmaya elverişlilik” ya da “ağır zararlar doğurmaya elverişlilik” ifadeleri ile hükmün içeriğinde somutlaştırılmıştır. Bu iki durumdan birinin veya her ikisinin aynı anda varlığı, tehlikenin de varlığını kabul için gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, hükümde ge-

⁶⁶ Hükümde geçen işletme faaliyeti ile kastedilenin, maddi ve belirli bir alana özgü risk içeren faaliyetler olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Yücel**, s. 114 vd.; İşletme faaliyetinde teknik anlamda bir organizasyonun varlığının dikkat çektiği yönünde bkz. **Yücel**, s. 117.

çen “işletme” ibaresi de, sadece esnaf faaliyeti sınırlarını aşacak düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, devamlı ve bağımsız şekilde yürütülen ticarî işletmeleri kapsamamaktadır. Gsm şirketinin, baz istasyonunun faaliyetiyle gelir sağlamayı hedef tuttuğu, faaliyetin devamlılık ve bağımsızlık arz ettiği düşünüldüğünde baz istasyonunun da bir işletme olduğu kabul edilebilir. Petrol arama ve üretimi, maden arama ve üretimi, nükleer santraller⁶⁷, barajlar, doğalgaz üretim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi gibi işletme faaliyetleri sonucu bedensel, bina ya da ürün zararları gibi zararların ortaya çıkabildiği ve bunların önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetleri olduğu belirtilmektedir⁶⁸. İşletmenin niteliği, işletmede kullanılan malzeme (örneğin patlayıcılar), araçlar (yüksek enerji ile çalışan kompresörler) ya da güçler (örneğin yüksek elektrik ya da doğalgaz enerjisi) göz önünde tutulmak kaydıyla uzman bir kişiden beklenen azamî özenin gösterilmesi halinde bile işletmenin faaliyetinin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu kanıtlanırsa önemli ölçüde zarar tehlikesinin varlığı kabul edilmelidir⁶⁹. Böylece, mesleğinin icrası sırasında muhafaza ettiği ya da kullandığı malzeme, araç veya enerjinin istatistiksel verilerin ışığı altında kabul edilebilirlik sınırları dışında kalan tehlikelerini bilen ya da bilmesi gereken kimse, tehlikenin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulabilir⁷⁰. Bazı yazarlarca, usulüne uygun biçimde denemeleri yapılmış olan baz istasyonunun, kullanımına başlandığı gün tıp biliminin verilerine göre zararlı etkileri olmadığını saptandığı ancak bilimin gelişmesi sonucunda baz istasyonu elektromanyetik dalga enerjilerinin belli şartlarda deri kanserine neden olduğuna ilişkin bulgular elde edildiği belirtilmektedir⁷¹. Aynı yönde bazı yazarlarca da radyasyondan kaynaklanan elektromanyetik zararların, elle tutulur gözle görülür zararlar olmadıkları, bu sebeple önceden

⁶⁷ Bir nükleer santralde gerçekleşecek bir patlama ya da nükleer sızıntının oldukça büyük çaplı ve ağır zararlara yol açabileceği ve böylesine nitelikli bir riskin tehlike sorumluluğuna tâbi kınması gerektiğine dair bkz. **Yücel**, s. 132.

⁶⁸ **Kılıçoğlu**, s. 362; **Yücel**, s. 116-117.

⁶⁹ **Kılıçoğlu**, s. 365.

⁷⁰ **Büyüksağış**, Erdem; “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, DEÜHFD., 2006, C. 8, S. 1, s. 16.

⁷¹ **Büyüksağış**, s. 12-13.

öngörülerek önlenmelerinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁷². Baz istasyonları yasa ve yönetmeliklere uygun limit değerlere göre inşa edilmiş olsa da, bu zararların önüne geçilemeyeceği belirtilmektedir⁷³. Bu doğrultuda baz istasyonlarının da, tehlike sorumluluğu kapsamında, sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişli, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler olduğu söylenebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin 4. fıkrasına göre de, hukuka aykırılık şartının varlığının, zararın tazmini konusunda önem arz ettiği görülmektedir. Burada *"izinsiz tehlikeli işletmeler"* ile *"izne tâbi tehlikeli işletmeler"* şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. İzne tâbi tehlikeli işletmeler söz konusu olduğu halde, sorumluluk, denkleştirme ilkesine tâbi tutulmaktadır. Başka bir deyişle, bu durumda zarar gören bir kısım zararlar katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Bununla birlikte, bazı yazarlarca, burada kastedilenin sadece malvarlığı zararları olduğu, kişinin sağlığına, yaşamına ve/veya vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar sebep olunması halinde anılan zararlar için denkleştirme esasının uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Ancak hüküm metninde bu yönde bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin 4. fıkrasında hüküm altına alınan zararın denkleştirilmesi, malvarlığı zararlarının yanında manevî zararlar için de mümkün olmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin 3. fıkrasında da, *"Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri"*⁷⁵ saklıdır." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile, burada düzenlenen sorumluluk sebebinin genel bir tehlike sorumluluğu olduğu vurgulanmaktadır.

⁷² Korkusuz/Korkusuz, s. 115.

⁷³ Korkusuz/Korkusuz, s. 115.

⁷⁴ Akkayan-Yıldırım, Ayça; "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu", İÜHF 2012, C. LXX, S. 1, s. 220.

⁷⁵ Burada söz edilen özel sorumluluk hükümlerini düzenleyen Özel Kanunlar, hukukumuzda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'nun yolcu taşıma ile ilgili hükümleri, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu (m. 28), 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu (m. 62/1), 6326 sayılı Petrol Kanunu (m.86) olarak sayılabilir. İsviçre Hukukunda da, yukarıda bahsedilenler dışında, elektrik tesisatları, treybüs ve teleferikler ile yakacak gaz ve sıvıları taşıyan boru hatları ve avcılar için de tehlike sorumluluklarının öngörüldüğü belirtilmektedir (Büyüksağış, s. 2).

b) “Çevreyi Kirletenin Sorumluluğu” ile Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin 3. fıkrasında, belirli bir tehlike hali için özel bir hükmün varlığı halinde, bu hükmün öncelikle uygulanacağı belirtilmektedir. Bu sebeple, özel hüküm niteliğinde olan Çevre Kanunu’nun 28. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çevreyi kirletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu karşısında uygulanabilir bir hükümdür. Bununla birlikte, çevreyi kirletenin sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunun şartlarının aynı anda sağlanması her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin Çevre Kanunu’na göre çevreyi kirletenin sebep olduğu zararlar, her zaman tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanmayabilir. Bununla birlikte, dikkatsizliği ve ihmaliyle çevre zararına sebebiyet veren bireyin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesi her somut olayda hakkaniyetli bir çözüm oluşturmaz⁷⁶. Her ne kadar küreselleşen dünyada çevre kirliliği, çoğu zaman önemli derecede tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden kaynaklansa da, çevreyi kirletenin sorumluluğunu her koşulda tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirmek doğru değildir⁷⁷. Ancak şartlar gerçekleştiğinde, zarar görenin çevreyi kirletenin sorumluluğu yanında tehlike sorumluluğuna başvurması için de bir engel bulunmamaktadır⁷⁸.

Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesi inceleme konusu olay ve karar tarihinde henüz yürürlükte değildir. Bu sebeple, somut olayda Gsm şirketi bu hükme göre sorumlu tutulamaz⁷⁹. Bununla birlikte, şartlar oluştuğu takdirde kiracı sıfatıyla baz istasyonunu işleten ve aynı zaman-

⁷⁶ Çakırca, s. 80.

⁷⁷ Çakırca, s. 90. Çevreyi kirletenin sorumluluğunu düzenleyen hükümde, özel tehlike taşıyan tesis, faaliyet ve işletmelerde o faaliyete özgü tehlikenin gerçekleşmesinden söz edilmediği için burada bir tehlike sorumluluğunun değil, kurtuluş delili olmayan bir sebep sorumluluğunun söz konusu olduğuna dair ayrıca bkz. Tiftik, Mustafa; Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Bası, Ankara 2005, s. 104.

⁷⁸ Çakırca, s. 90.

⁷⁹ Ancak herhangi bir olayda, zararın 01.07.2012 tarihinden sonra meydana geldiği söylenebiliyorsa, bu durumda zamanaşımı engeli söz konusu olmadığı sürece tehlike sorumluluğu hükümleri burada da uygulanabilir.

da işletme sahibi konumunda bulunan Gsm şirketi, “*tehlike sorumluluğu ilkesi*”⁸⁰ kapsamında sorumlu tutulabilir. Zira 01.07.2012 tarihinden önce “*tehlike sorumluluğu ilkesi*” bazı Yargıtay kararlarında⁸¹ da esas alınmıştır.

3- Taşınmaz Maliki (Bedaş) Açısından Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

a) Genel Olarak

Taşınmaz malikinin, Türk Medenî Kanunu’nun 730. ve 737. maddeleri kapsamında sorumlu tutulabilmesi için mülkiyet hakkını aşkın ya da kötüye kullanması, bunun sonucunda bir zarar veya zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması ve taşkın davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Kanun’un 730. maddesinin 1. fıkrası gereğince, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin veya uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Bununla birlikte, 730. maddenin 2. fıkrasında da “*Hâkim yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile, hukuka uygun faaliyetlerin kaçınılmaz olarak bir zarara sebep olduğu hallerde de taşınmaz malikinin sorumluluğu kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesi kapsamında yukarıda yapılan açıklamalarda belirttiğimiz üzere, hüküm metninde herhangi bir ayırım yapılmadığından burada da kişinin maddî veya manevî zararı denkleştirmeye tâbi tutulabilir.

730. maddenin lafzına bakıldığında, sadece taşınmaz malikinin bu madde kapsamında sorumluluğunun söz konusu olabileceği düşünül-

⁸⁰ Bazı yazarlarca, tehlike sorumluluğunda temel fikir, toplumun büyük sermayeye ve teknolojiye dayalı faaliyet ve işletmelere karşı korunma güdüsü olarak açıklanmaktadır. Böylece büyük bir kitlenin himayesi ve güçlünün karşısında güçsüzün korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir (**Korkusuz/Korkusuz**, s. 112).

⁸¹ Bkz. 4.HD., 14.10.2008, 2007/12688, 2008/11813; 4.HD., 13.10.2008, 1554/11727; 4.HD., 29.01.2004, 2003/16434, 2004/971; Tapu sicilinin tutulmasında veya tapuda yapılan haksız satışlarda devletin sorumluluğunun da bir tehlike sorumluluğu olduğuna dair ayrıca bkz. HGK., 09.05.2007, 4-212 /261 (KHYK-J).

mektedir. Ancak öğretilde, bazı sınırlı aynî hak (irtifak hakkı gibi) sahiplerinin de haklarını taşkın kullanımları halinde, bundan doğan zararlardan malik gibi sorumlu tutulabilecekleri kabul edilmektedir⁸². Bununla birlikte, kişisel hak sahipleri, bazı yazarlara ve Yargıtay kararlarına göre taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulamazlar⁸³. Öğretilde bazı yazarlarca, Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinde öngörülen sorumluluğun taşınmazın normalde maliki tarafından işletileceği düşünülerek düzenlendiği ancak malik dışında bir başkasının (şahsi hak sahibinin) malike ait yetkileri kullanarak taşınmazı taşkın olarak işlettiğinde de, malikin 730. maddeye göre sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir⁸⁴. Bununla birlikte, malikin tazminatı ödedikten sonra kiracıya rücu edebileceği, kiracının da Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi kapsamında haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulacağı öngörülmektedir⁸⁵. Bunların dışında, dava konusu taşınmazın ve taşınmaz üzerine kurulu bulunan diğer bir taşınmazın farklı kişilere ait olması halinde sorumluluğun nasıl paylaştırılacağı hususunda henüz öğretilde herhangi bir görüş bulunmamakla birlikte, çalışma konumuz kapsamı dışında kaldığından bu husus ayrıca değerlendirilmemiştir.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamında zarar gören, zarar verenden farklı olarak sadece malik ve taşınmazı sınırlı bir aynî hakka (irtifak, intifa, süknâ hakkına) dayanarak kullanan değil, aynı zamanda kişisel hakka dayanarak kullanan da olabilir. Öğretilde baskın görüşe göre, komşu taşınmazda o anda tesadüfen bulunan veya oradan geçen bir kimse komşu sayılmadığından, zarar gören sıfatını kazanamaz⁸⁶. Sadece ortak bir sınıra sahip (bitişik) taşınmazlar değil, mülkiyet hakkının

⁸² **Petek**, s. 177, 370 vd.

⁸³ **Eren**, Borçlar, s. 660; **Eren**, Mülkiyet, s. 480; **Petek**, s. 374 vd.; 1. HD., 20.04.1981, 5559/5379: "Komşuluk hukuku açısından taşınmaz maliki mülkiyet hakkını kullanırken, komşu taşınmaza verdiği zarardan sorumlu olacağı gibi, taşınmaz üzerindeki irtifak, intifa hakkı gibi sınırlı aynî hak sahibi olan kişi de bu haktan kaynaklanan yetkilerini kullanmanın meydana getirdiği zarardan sorumludur. Ne var ki; kira, hizmet, vekillik gibi bir sözleşme ilişkisi gereğince taşınmazı elinde bulunduran kimselerin, yetkilerini aşmaktan doğan zararlardan sorumlu tutulmaları olanaksızdır." (KHYK-J).

⁸⁴ **Petek**, s. 376, 379.

⁸⁵ **Petek**, s. 379-380.

⁸⁶ **Eren**, Borçlar, s. 662; Karşı görüş için bkz. **Petek**, s. 351 vd.

taşkın kullanımından olumsuz olarak etkilenen bütün taşınmazlar taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamında “komşu taşınmaz” sayılmalıdır⁸⁷.

Türk Medenî Kanunu’nun 730. maddesinin adeta bir tamamlayıcısı olan 737. maddesinin 1. fıkrasında “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetlerini sürdürürken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.” hükmü yer almaktadır. Hükümde geçen “taşkınlık kavramı”, hükmedilemez şekilde ortaya çıkan, başka bir taşınmaza dışarıdan gelen, fark edilebilir ancak katlanılması mümkün olmayan, mekanik ya da doğal yollarla komşu taşınmaza, havaya veya toprağa etki eden, taşınmaz üzerinde etkisini göstererek komşuyu rahatsız eden veya ona (sağlığına veya taşınmaz üzerinde bulunan eşyaya, hayvan ve bitkilere) ya da taşınmazda bulunan diğer kişilerin sağlığına zarar veren haksız müdâhale olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Bu doğrultuda haksız müdâhaleler, taşınmazın kullanımıyla ilgili olmalıdır. Bunun tespiti için taşınmazın tahsis amacı, malikin eyleminin amacı ve sürekliliği de göz önünde tutulmalıdır. Zira bir taşınmazın işletilmesiyle ilgili komşuları rahatsız eden eylemlerin genellikle devamlı ve tekrarlanan fiiller olduğu belirtilmektedir⁸⁹. Türk Medenî Kanunu’nun 737. maddesinin 2. fıkrasına göre, hâkim somut olayda nelerin taşkınlık oluşturduğu hakkında karar verirken, “taşınmazın durumu, niteliği ve yerel âdeti dikkate alarak komşular arasında hoşgörülebiyecek dereceyi aşıp aşmadığını” değerlendirmelidir. Taşkın kullanımın söz konusu olması için, bu müdâhalelerin etkilerinin mutlaka doğrudan doğruya olması gerekmez. Türk Medenî Kanunu’nun 737. maddesinin uygulama alanına dolaylı müdâhaleler de girer. Dolaylı müdâhale, bir kişinin, taşınmazı üzerindeki mülkiyet hakkını kullanırken davranışları veya tutumu ile istemeyerek de olsa komşusuna verebilece-

⁸⁷ **Abik**, Yıldız; “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdâhaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, EÜHFD. 2010, C. 14, S. 3–4, s. 180.

⁸⁸ **Petek**, s. 186-187; **Abik**, s. 179.

⁸⁹ **Tandoğan**, Haluk; Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 210.

ği zararlar ve rahatsızlıklar olarak tanımlanmaktadır⁹⁰. Söz konusu davranış veya tutumlar, bir taşınmazın işletilmesi veya kullanılması sonucu ortaya çıkan ve diğer komşu taşınmaz üzerinde etkileri duyulan, komşu taşınmazdan gereği gibi yararlanılmasına tamamen veya kısmen engel olan bir yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşebilir⁹¹. Kanun'un 737. maddesinin 2. fıkrasında müdâhaleler, duman, kurum, toz, buğu ve koku çıkarmak, gürültü ve sarsıntı yapmak olarak belirtilmektedir. Ancak bu müdâhalelerin sayılanlarla sınırlı olmadığı ve teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkabilecek, hoşgörü sınırlarını aşan başka fiillerin de bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁹². Bazı yazarlarca müdâhaleler, duman, buğu, is, kurum ve tozdan kaynaklanan; sıvılardan kaynaklanan; kokudan kaynaklanan; gürültüden kaynaklanan; yer sarsıntısından kaynaklanan; ışık, kıvılcım, sıcaklık, nükleer enerji ve atom artıklarından kaynaklanan müdâhaleler olarak sınıflandırılmaktadır⁹³. Bir taşınmazda oluşan bu tür müdâhalelerin, hava, toprak, su gibi doğal araçlarla veya mekanik araçlarla yayıldıkları, müdâhalelerin zararlı fiziksel etkilerinin komşu taşınmazlarda duyu organlarıyla veya dedektör yardımıyla hissedildiği ve hatta genel olarak çevrede rahatsızlık, sıkıntı ve zarar yarattıkları kabul edilmektedir⁹⁴. Bu müdâhalelerin önlenmesi ve bunlardan doğan zararların tazmini, sadece komşunun korunmasını değil, çevrenin korunmasını da sağlar⁹⁵. Bir taşınmazın işletilmesi veya kullanılması sırasında, komşuda tiksinti, bulantı, korku, derin üzüntü gibi duygular uyandırarak manevî huzursuzluklara sebep olabilecek faaliyetlerde bulunmak veya görüntüler oluşturmak da haksız müdâhale sayılır⁹⁶. İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim görüş, manevî taşkınlık olarak nitelendirilen bu tür faaliyetlerin de taşınmaz malikinin sorum-

⁹⁰ **Petek**, s. 201.

⁹¹ **Petek**, s. 201.

⁹² **Petek**, s. 198-199.

⁹³ **Petek**, s. 203 vd.

⁹⁴ **Abik**, s. 179.

⁹⁵ **Ertaş**, s. 104.

⁹⁶ **Abik**, s. 180.

luluğunu gerektirdiği yönündedir⁹⁷. Örneğin bir şehirde otellerin yoğun olduğu bir mahallede pis kokular yayan bir deri imalathanesinin kurulması, yazlık evlerin hemen yakınında bir akıl hastalıkları kliniğinin veya bir cüzzam hastanesinin açılması⁹⁸ ya da yaşam alanının yakınındaki özel havaalanından kalkan uçakların belli bir yüksekliğin altında uçarak gürültü çıkarmaları bu tür müdâhalelerdendir.

Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 1. fıkrası kapsamında mülkiyet hakkının hukuka aykırı kullanılması sonucu oluşan müdâhalelere karşı açılacak davalar, eski hale getirme davası, tazminat davası ve tehlikenin giderilmesi davasıdır. Eski hale getirme davasının amacı, taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalarına aykırılık teşkil eden davranışın bertaraf edilmesidir⁹⁹. Taşkınlık devam ederken hem taşkınlık sebebinin sona erdirilmesi (eski hale getirme) hem de uğranılmış zararın tazmini birlikte dava edilebilir. Eski halin iadesi davası hukukî niteliği itibarıyla, Türk Medenî Kanunu'nun 683. maddesinde hüküm altına alınmış olan müdâhalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davasının özel bir şeklidir¹⁰⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 730. maddesinin 1. fıkrasından, müdahalenin men'i davası açabilmek için zararın yanında bir zarar tehlikesinin varlığının da yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, zarar verici taşkınlık, durmaksızın, sürekli olarak devam ediyorsa zamanaşımı işlemez. Bu durumda, zamanaşımı süresi ancak zarar verici taşkın kullanmanın sona ermesinden itibaren işlemeye başlar¹⁰¹. Tehlikenin giderilmesi davası da, bir zarar tehlikesinin ortaya çıkması halinde tehlikeye maruz kalan kimseye, henüz zarar meydana gelmeden tehlikenin giderilmesini talep etme imkânı verir¹⁰². Örneğin, malikin taşınmazında yapacağı kazılar neticesinde komşu taşınmaz üzerindeki binaların çatlama, sarsılma veya yıkılma tehlikesinin belirmesi

⁹⁷ **Abik**, s. 180.

⁹⁸ **Tandoğan**, s. 210.

⁹⁹ **Çakırca**, s. 71.

¹⁰⁰ **Badur**, Emel; "Gayrimenkul Malikin Sorumluluğu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/3, s. 863.

¹⁰¹ **Badur**, Gayrimenkul, s. 863.

¹⁰² **Badur**, Gayrimenkul, s. 864.

ihtimalinin varlığı halinde, malikin kazı faaliyetine başlamasının bu dava ile engellenebileceği ve bu davanın tehlike var olduğu sürece açılabilmesi kabul edilmektedir¹⁰³. Bunların dışında, Kanun’da açıkça belirtilmemesine rağmen, tehdit ve tehlike altında bulunan komşu, her zaman mülkiyetin taşkın kullanımının tespiti davası da açabilir¹⁰⁴. Buna karşılık, Türk Medenî Kanunu’nun 730. maddesinin 2. fıkrası ile hüküm altına alınan hukuka uygun taşkınlıklar için ise, yukarıda belirtilen davaların açılması öngörülmemiştir. Bu hüküm ile, zarar görenlere taşınmazların hukuka uygun taşkınlıklarına katlanma yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece katlanma fedakârlığı sebebiyle uğranılan zararların adalete uygun şekilde denkleştirilmesi sorumluluğu da taşınmaz maliklerine yüklenmiştir.

Bunların dışında, taşınmaz malikinin sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kusur şartı arandığına dair bir ibare de madde metninde yer almamaktadır. Taşınmaz malikinin sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk halidir. Malik, taşınmazının kendi rızası dışında başka bir kişinin elinde bulunduğunu, bu kişinin zararın meydana gelmesine kusuru ile yol açtığını ve kendisinin olayda ek bir kusuru olmadığını veya illiyet bağıını kesen sebeplerin (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru) varlığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir.

b) “Çevreyi Kirletenin Sorumluluğu” ile Karşılaştırılması

Taşkınlık teşkil eden haksız müdâhaleler, Türk Medenî Kanunu’nun 737. maddesinin yanında Çevre Kanunu hükümlerinin konusunu da teşkil edebilir¹⁰⁵. Çevre Kanunu’nun 28. maddesinin 2. fıkrasında, “*Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, kirlenmeden doğan zararlardan sorumluluk için genel hükümlere de başvuru-

¹⁰³ Badur, Gayrimenkul, s. 864.

¹⁰⁴ Abik, s. 176.

¹⁰⁵ Sirmen, s. 287.

labilir. Başka bir deyişle, çevre etkileri yaratan müdâhaleler sebebiyle taşınmaz malikinin sorumluluğu ile yapı malikinin sorumluluğuna da seçimlik olarak başvurulabilmesi mümkündür¹⁰⁶.

Medenî Kanun'da taşınmaz malikinin sorumluluğu düzenlenirken “komşuluk ilişkileri” esas alındığı halde, Çevre Kanunu'nda kirletenin sorumluluğunda “çevreyi koruma” düşüncesi esas alınmıştır. Dolayısıyla her iki sorumluluğun doğmasına sebep olan temel ilkeler birbirinden farklıdır. Bu sebeple, taşınmazın her taşkın kullanımının çevre kirliliğine yol açmayacağını ve her çevre kirliliğinin de mülkiyetin taşkın kullanımından doğmayacağını göz ardı etmemek gerekir. Bununla birlikte, haksız müdâhalenin hem çevreyi kirletici hem de taşkın nitelik taşıdığı durumlarda da, zarar gören her iki sorumluluk sebebinden birine dayanarak dava açıp tazminat talep edebilir. Bu durumda zarar gören aksini istemedikçe hâkim zarar gören açısından en avantajlı hükme göre karar vermelidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 1. fıkrasına dayanıldığında, mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı kullanıldığının ispat edilmesi gerekir. Kanun koyucunun hukuka uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklar için hüküm altına aldığı 730. maddesinin 2. fıkrasına dayanıldığında da, zarar görenin zararın bir kısmına katlanması gerekebilir. Bu durum Çevre Kanunu'nun 28. maddesine kıyasen zarar gören açısından olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilir. Zira Çevre Kanunu'nda böyle bir katlanma yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu sebeple hukuka uygun kaçınılmaz taşkınlıkları düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 2. fıkra hükmü ile hukuka aykırı kirlenmeyi düzenleyen Çevre Kanunu'nun 28. madde hükmünün yarışması düşünülemez¹⁰⁷. Buna karşılık, Çevre Kanunu'nun 28. maddesi ile Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 1. fıkrası yarışabilir. Burada, Çevre Kanunu'nun 28. maddesi ile hüküm altına alınan beş yıllık zamanaşımı süresi, taşınmaz malikinin sorumluluğunda uygulanacak Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde hüküm altına alınan iki yıllık zamanaşımı süresine kıyasla tercih sebebi olabilir.

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, s. 230; Yılmaz Turgut, s. 300.

¹⁰⁷ Petek, s. 474.

İnceleme konusu kararda, taşınmaz malikinin sorumluluğu hükümlerine ve Anayasa'nın 17.¹⁰⁸, 56.¹⁰⁹ maddeleri ile İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi'nin 25. madde¹¹⁰ hükümlerine dayanılmıştır. Ancak Gsm şirketi ve taşınmaz malikinin hukukî sorumluluk sebepleri açıkça ortaya konulmamıştır. Kararın içeriğine bakıldığında çok açık olmamakla birlikte, Gsm şirketinin de taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 730. ve 737. maddeleri kapsamında sorumlu tutulduğu görülmektedir. Oysa ki, malik sıfatını taşımayan Gsm şirketinin, sınırlı aynî hak sahibi de olmadığı sürece bu hükme göre sorumlu tutulması mümkün değildir. Buna karşılık taşınmaz maliki ise, söz konusu baz istasyonu faaliyetinin kendi taşınmazında sürdürülmesine izin vererek müdâhaleye imkân sağlamaktadır. Zarar veya zarar tehlikesi de taşınmazda yürütülen faaliyet dolayısıyla taşınmazın kullanılması veya işletilmesi sebebiyle meydana gelmektedir. Ancak, olayda hukuk düzenince izin verilmiş bir faaliyet söz konusudur. Bu sebeple, taşınmaz malikinin sorumluluğunun, Kanun'un 730. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değil, 730. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu fıkra kapsamında eski hale getirme (müdâhalenin önlenmesi) davası öngörülmemiştir. Bu durumda davacının baz istasyonunun kaldırılmasını talep edemeyeceği düşünülmektedir. Bu hükme dayanan ve manevî zararı bulunan davacı, bu hüküm gereğince zararın bir kısmına katlanarak zararının denkleştirilmesini talep edebilir. Ancak, inceleme konusu olayda tazminat hakkı saklı tutulmuş; tazminat talep edilmemiştir. Bu sebeple, inceleme konusu olay bakımından zararın denkleştirilmesi de söz konusu değildir.

¹⁰⁸ "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..."

¹⁰⁹ "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir..."

¹¹⁰ "Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır..."

4- Taşınmaz Maliki (Bedaş) Açısından Yapı Malikinin Sorumluluğu

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinin 1. fıkrasına göre sorumluluğun doğması, bir bina veya diğer bir yapı eserinin yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden bir zarar meydana gelmesine bağlıdır. Bina, kişilerin barınmak ya da korunmak amacıyla toprağa bağlı olarak yaptıkları, etrafları çevrili genellikle üstü örtülü olan sabit yapı olarak tanımlanmakta ve ev, daire, mahzen, sığınak, dükkân, garaj, ağıl, spor salonu ve benzeri olarak örneklendirilmektedir¹¹¹. Toprağa doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan, insan eliyle yapılmış tarlada açılan çukur, bahçede açılan su kuyusu gibi taşınmazların veya reklâm levhası, enerji hattı, teleferik gibi taşınırın da yapı eseri sayılabileceği belirtilmektedir¹¹². Bununla birlikte, telefon direkleri, elektrik tesisleri, doğalgaz boruları, raylar, asansörler, köprüler, kanalizasyonlar, yeraltı geçitleri, kömür madenleri, kayak pistleri, caddeler, yaya kaldırımları, yer altı şehirleri ve hatta geçici olarak kurulan sirk çadırı, gösteri iskelesi veya sahne de yapı eseri olarak kabul edilmektedir¹¹³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinin 1. fıkrasına göre, burada ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulacak kişi, binanın veya diğer yapı eserinin malikidir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası ile binanın bakımındaki eksikliklerden kaynaklanan sorumluluğa intifa ve oturma hakkı sahipleri de dahil edilmiştir. Yapı malikinin sorumluluğu, özen ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk halleri arasında kabul edilmektedir. Bu sebeple, bina ve yapı eserindeki bozukluk ya da bakım eksikliği malikin bir kusurundan ileri gelmese dahi malik yine de sorumlu tutulabilir. Bu durumda, binanın yapım ve bakımı üçüncü kişilerce gerçekleştirilmiş olsa dahi malik sorumluluktan kurtulamaz. Bununla birlikte, binanın

¹¹¹ Kılıçoğlu, s. 348.

¹¹² Kılıçoğlu, s. 348.

¹¹³ Kılıçoğlu, s. 348-349.

veya yapı eserinin şahsî hakka dayalı olarak başka kişilerce kullanılması da malikin sorumluluğunu etkilemez. Öğretide ve Yargıtay kararlarında, madde metninin lafzı ve kusursuz sorumluluk hallerinin yorum yoluyla da olsa genişletilemeyeceği ilkesi göz önüne alınarak, kiracıların yapı malikinin sorumluluğu hükmü kapsamında sorumlu tutulamayacakları kabul edilmektedir¹¹⁴. Yapı malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için bir diğer şart, bina veya yapı eserinde “*yapım bozukluğu ve bakım eksikliği*” nin gerçekleşmiş olmasıdır. Yapım bozukluğu, genel olarak, inşaatın kötü yapılmasını, bilimin ve tekniğin gereklerine uyulmamasını ifade eder. İnşaatın plan ve projelerinin idarî makamlarca tasdik edilmesi veya denetimi maliki sorumluluktan kurtarmaz¹¹⁵. Tesisin yerinin iyi seçilmemesi, yapının tahsis amacına uygun olmaması ve gerekli tedbirlerin alınmamış olması da yapım bozukluğuna dahil edilebilir¹¹⁶. Buna karşılık bakım eksikliği ise, yapının kullanılmaya elverişli, tehlikeleri önleyecek biçimde muhafaza edilmemesi¹¹⁷ ve yapıların zaman içinde eskiyip yıpranacakları göz önünde bulundurulmaksızın düzenli olarak bakımlarının yapılmaması olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte, sorumluluğun doğması için bahsedilen yapım hatası veya bakım eksikliği ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹¹⁸.

Yapı malikinin sorumluluğu hükmü kapsamında, zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kişiye eski hale iade davası açma imkânı tanınmamıştır. Bu hükme göre, zarar gören ancak zararının giderilmesini isteyebilir. İlliyet bağıni kesecek nitelikteki mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurunun varlığı halinde yapı malikinin sorumluluğu yoluna gidilemez. Burada da malike gerekli özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulma imkânı (kurtuluş kanıtı) tanın-

¹¹⁴ Yargıtay 4.HD.’nin 11.12.1989 tarih ve 4885/9568 sayılı kararında; kiracının galeri ocak açma faaliyetleri sonucu komşu taşınmazda çökmeler yaratması, maden atıklarını komşu taşınmaza yığılması nedeniyle doğan zararın gideriminde; maden işletme ruhsatını kiraya vermesine rağmen ruhsat sahibinin BK. m. 58 (TBK. m.69) gereğince sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir (**Kılıçoğlu**, s. 348, dn. 375); **Kılıçoğlu**, s. 350; **Petek**, s. 64.

¹¹⁵ **Petek**, s. 59-60.

¹¹⁶ **Petek**, s. 60.

¹¹⁷ **Petek**, s. 60.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. 4.HD., 22.05.2003, 1798/6720 (KHYK-J).

mamıştır. Ancak Kanun'un 69. maddesinin 3. fıkrasına göre, kusursuz olarak sorumlu tutulacak malikin ve intifa ve oturma hakkı sahiplerinin kendilerine karşı sorumlu olan, binayı yapan mimar, mühendis gibi kişilere rücu hakları bulunmaktadır.

Bunların dışında, Türk Borçlar Kanunu'nun 70. maddesine göre, bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir. Bu hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere¹¹⁹, kanun koyucu bu hüküm ile, Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde öngörülen bakım eksikliği veya yapım bozukluğu hallerinde gerekli önlemlerin alınması talebi için de zararın doğması gerektiği yönündeki yanlış izlenimi ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

b) “Çevreyi Kirletenin Sorumluluğu” ile Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenen yapı malikin sorumluluğu ile Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenen çevrenin kirlenmesinden doğan sorumluluğun da bazı hallerde yarışıkları söylenebilir. Kurtuluş kanıtı getirilemeyen, kusursuz sorumluluk hali olan her iki sorumluluk sebebi de, hukuka aykırı faaliyetlerden kaynaklanır. Yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine göre, malik sorumlu tutulabilir. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malik ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulabilirler. Buna karşılık, Çevre Kanunu'nun 28. madde hükmünde ise, benzer yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bunların dışında, yapı malikinin sorumluluğunda zarar veren, binanın veya yapı eserinin yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan sorumlu tutulduğu halde, Çevre Kanunu'na göre sorumluluğun doğması için sorumluluğa sebep olan yapıda herhangi bir bozukluk veya eksikliğin olması gerekmez. Bununla birlikte, somut olaya göre aynı anda her iki sorumluluk sebebinin şartları da sağlanmış olabilir. Taşınmaz üzerindeki tesisin duman, koku, gürültü gibi çevre etkileri yara-

¹¹⁹ Dinç, Mutlu; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, S. Bası, Ankara 2012, s. 119.

tan müdâhalelere yol açması, onun yapımı aşamasındaki aksaklıklardan veya bakımındaki eksikliklerden kaynaklanabilir¹²⁰. Örneğin, bir kalorifer tesisatının bakımındaki eksiklik çevreye zarar verecek biçimde duman çıkmasına neden olabilir¹²¹. Dolayısıyla Çevre Kanunu anlamında “kirletici” sayılan bir müdâhale, taşınmazda bulunan yapı eserinin “*kötü yapılmasından*” veya “*bakımındaki eksiklikten*” ileri geliyorsa, zarar gören bunu kanıtlamak suretiyle yapı malikinin sorumluluğuna veya çevreyi kirletenin sorumluluğuna dayanabilir¹²². Bunun üzerine hâkim, Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesi gereğince zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir. Ancak gerek yapı malikinin sorumluluğu gerekse çevreyi kirletenin sorumluluğu hükümleri kapsamında, hukuka uygun müdahaleler sebebiyle sorumluluk düzenlenmemiştir.

c) “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu” ile Karşılaştırılması

Bina ve yapı eserleri de nitelikleri gereği, birer taşınmaz veya taşınmazların mütemmim-cüzleri olabilirler. Bu sebeple, yapı malikinin sorumluluğu ve taşınmaz malikinin sorumluluğu arasındaki benzerlik ve farkların ortaya konulması önem arz etmektedir. Zira her iki sorumluluk sebebinin farklı yönleri olmakla birlikte, öğretide ve mahkeme kararlarında, sıklıkla birbirleriyle yarıştıkları kabul edilmektedir¹²³. Her iki sorumluluk sebebi, benzer yönleri sebebiyle çoğu somut olayda birbirlerinin yerine gündeme getirilmektedir. Kurtuluş kanıtına yer verilmeyen kusursuz sorumluluk hali sayılan her iki sorumluluk sebebinde de, sorumluluk malike (yapı malikinin sorumluluğunda ek olarak intifa ve oturma hakkı sahiplerine) yüklenmektedir¹²⁴. Bu benzerliğin aksine, taşınmaz malikinin sorumluluğunda zarar veya zarar tehlikesi taşınmazın taşkın kullanılmasından kaynaklanmakta iken, yapı malikinin sorumlu-

¹²⁰ Sirmen, s. 302.

¹²¹ Sirmen, s. 302.

¹²² Sirmen, s. 301-302.

¹²³ Badur, Gayrimenkul, s. 874.

¹²⁴ Kılıçoğlu, s. 361.

luğunda bina veya diğer yapı eserinin bakım eksikliği veya yapım bozukluğundan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, taşınmaz malikinin sorumluluğunda zarar görenin sadece komşu olması gerektiği hususu üzerinde durulurken, yapı malikinin sorumluluğunda zarar gören için böyle bir tereddüt söz konusu değildir. Örneğin, yoldan geçen veya binada oturan arkadaşını ziyarete gelen herhangi bir üçüncü kişi dahi, yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine dayanarak ve zarar gördüğünü iddia ederek yapı eseri malikini dava edebilir¹²⁵. Bunların dışında, yapı malikinin sorumluluğunda malikin pasif bir tutumu, taşınmaz malikinin sorumluluğunda aktif bir taşkın kullanımı söz konusudur¹²⁶. Nitekim bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğunda, malikin yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinin ortaya çıkmaması için gerekli özeni gösterip göstermediği gözönünde tutulurken, taşınmaz malikinin sorumluluğunda malikin ortaya çıkan zarara taşkın bir kullanımıyla sebep olup olmadığı göz önünde tutulur. Başka bir deyişle, taşınmaz malikinin sorumluluğunda malikin icrai bir eylemi söz konusu olmalıdır. Örneğin tarlasında zirai mücadele için ilaç kullanan kişinin, bu fiili sebebiyle komşu tarladaki diğer bitkiler ilaçtan zarar görmüşse, taşınmaz malikinin sorumluluğu söz konusu olur¹²⁷. Buna karşılık, tarlada inşa edilmiş ahır yapım bozukluğu nedeniyle yıkılıp komşu tarladaki hayvan ve bitkilerin zarar görmesine yol açmışsa, bu durumda da yapı malikinin sorumluluğu hükümleri uygulanır¹²⁸. Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesine göre mülkiyet hakkını aşan malikin zarar verici davranışı, genellikle gürültü yapmak, koku ve duman yaymak gibi sürekli veya tekrarlanır bir nitelik taşıırken, Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesine dayanan zarar çoğu zaman bir defada ve aniden meydana gelir¹²⁹. Öngörülen farklılıklara rağmen, Yargıtay ve öğretide çoğu olayda her iki sorumluluk sebebine de dayanılabileceği görüşü yaygındır. Örneğin yapım bozukluğu olan dam parça-

¹²⁵ **Sirmen**, s. 302. Aynı şekilde "komşu" olmasa da zarar gören herkesin, TMK. m. 730 kapsamında da dava açma hakkı bulunduğu dair ayrıca bkz. **Petek**, s. 64, s. 351 vd.

¹²⁶ **Kılıçoğlu**, s. 361.

¹²⁷ **Kılıçoğlu**, s. 361.

¹²⁸ **Kılıçoğlu**, s. 361.

¹²⁹ **Tandoğan**, s. 213; **Badur**, Gayrimenkul, s. 876.

sının koparak komşu taşınmaza uçup orada bir zarara yol açması halinde somut olayda her iki hükmün de uygulanabileceği kabul edilmektedir¹³⁰. Keza Yargıtay da bir kararında¹³¹, komşu taşınmazda bir kanal açılması sebebiyle zarara uğrayan diğer komşu taşınmaz malikinin, zararının tazmini için hem yapı malikinin sorumluluğu hem de taşınmaz malikinin sorumluluğu hükümlerine dayanabileceğini kabul etmiştir.

İnceleme konusu karara konu davalı Bedaş'a ait elektrik direğine kurulan baz istasyonu da, yukarıda örnekseme yoluyla sayılanlar gibi bir taşınmaz üzerine inşa edilmiş, toprağa dolaylı olarak bağlı, sabit nitelik taşıyan bir yapı eseridir¹³². Ancak yapı malikinin sorumluluğu hükümleri kapsamında sorumluluğun söz konusu olması için öncelikle hukuka aykırı bir faaliyet olmalıdır. Böylece taşınmaz maliki, yapı eseri maliki olarak yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Gsm şirketinin de aynı hüküm gereğince, baz istasyonu üzerinde intifa hakkı sahibi olması şartıyla ve baz istasyonunun bakımındaki eksikliklerden dolayı malikle birlikte müteselsilen sorumlu olabileceği düşünülebilir. Ancak inceleme konusu olayda hukuka aykırı bir faaliyet söz konusu değildir. Hukuka uygun faaliyetlere ilişkin sorumluluk da yapı malikinin sorumluluğu hükmü kapsamında düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, sorumluluk için, Yönetmeliğe uygun olarak faaliyet gösteren baz istasyonunda bir yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinin de bulunması gerekir. Dolayısıyla davalı taşınmaz malikinin ve Gsm şirketinin, komşu taşınmazda hissedilen rahatsızlıklardan Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi kapsamında sorumlu tutulmaları mümkün görünmemektedir. Ayrıca söz konusu baz istasyonunun Yönetmeliğe aykırı olarak çalıştırıldığı düşünülse dahi, baz istasyonunun kaldırılması için eski hale iade (müdâhalenin men'i) davası açılması da, bu hüküm kapsamında mümkün değildir. Zira hükümde eski hale iade davası açma imkânı düzenlenmemiştir. Bu hüküm kapsamında ancak hukuka aykırı faaliyetler sebebiyle uğranılan zararın tazmini talep edilebilir.

¹³⁰ Tandoğan, s. 214.

¹³¹ 4.HD., 23.11.1957, 6612 /6934 (Tandoğan, s. 214-215).

¹³² Apartman dairelerinin üzerine inşa edilen baz istasyonlarının, binaların mütemmim-cüzü değil, binaların eklentisi olabileceği görüşü için ayrıca bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 114.

Çoğu zaman “*tehlikeli işletmeler*” de bina ve yapı eseri niteliği taşırlar. Bu sebeple, hukuka aykırı olarak faaliyette bulunan bu tür işletme ve tesislerden henüz “*zarar görmemiş*” olmakla birlikte, “*zarar görme tehlikesiyle karşılaşan*” kişiler, Türk Borçlar Kanunu’nun 70. madde hükmü kapsamında tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilirler¹³³. Örneğin, bir fabrikanın bacasından çıkan dumanların havayı kirletmemesi için filtre takılması, zehirli atıkların dereye veya denize salınmaması, arıtma tesisleri kurulması, zararlı etkileri uzun yıllar sonra ortaya çıktığı bilinen radyasyon yayan tesislerin, baz istasyonlarının (henüz bir zarar doğmadan) bulundukları yerden kaldırılması, yüksek gerilim hatlarının binaların yakınından geçmesinin önlenmesi gibi önlemler bu hükmün konusunu teşkil edebilir¹³⁴. Ancak, inceleme konusu olayda hukuka uygun bir faaliyet söz konusu olduğundan, Türk Borçlar Kanunu’nun 70. madde hükmünün de burada uygulama alanı bulamayacağı düşünülmektedir.

V-SONUÇ

Özellikle son yıllarda gelişen teknolojinin de etkisiyle sayıları oldukça artan, genellikle insanlardan gizlemek amacıyla kapalı kutu şeklindeki konteynırların veya bacaların içine kurulan baz istasyonlarının faaliyeti, insan ve çevre sağlığı açısından risk teşkil etmektedir. Keza Çevre ve Sağlık Bakanlığı, Başbakanlık, Hekimler Derneği ve Tabip Odası tarafından, baz istasyonlarının kuruluşunun, işletilmesinin, yaydıkları radyasyon değerlerinin sıkı bir denetime tâbi tutulması gerektiği, hastane, kreş, okul bahçesi gibi yerlerin yakınına kurulmalarının uygun olmadığı, mümkünse meskun mahâl dışına kurulmaları ve her türlü olumsuz etkinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması yönünde bir çok hukukî düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, çoğu bilim insanı da, baz istas-

¹³³ Çelik, Ahmet, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yeni bir düzenleme işletme tehlikeleri ve tehlike sorumluluğu”, s. 5-6, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/6098-sayili-turk-borclar-kanunu-nda-yeni-bir-duzenleme-isletme-tehlikeleri-ve-tehlike-sorumlulugu.htm> (Erişim Tarihi 20 Nisan 2013).

¹³⁴ Çelik, Ahmet, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yeni bir düzenleme işletme tehlikeleri ve tehlike sorumluluğu”, s. 6, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/6098-sayili-turk-borclar-kanunu-nda-yeni-bir-duzenleme-isletme-tehlikeleri-ve-tehlike-sorumlulugu.htm> (Erişim Tarihi 20 Nisan 2013).

yonunun yaydığı elektromanyetik dalgaların yönetmeliklerde belirtilen limit değerlerin altında olsa dahi, yakın vadede veya uzun vadede insan sağlığı üzerinde psikolojik ve fiziksel olmak üzere bazı olumsuz etkilere yol açtığı görüşünü paylaşmaktadır.

Baz istasyonunun, mahiyeti, faaliyetinde kullanılan malzeme, araçlar, güç kapasitesi ve sabit şekilde bir taşınmaz üzerinde kurulduğu da göz önüne alındığında, yapı eseri niteliğinde önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu söylenebilir.

İnceleme konusu karara ilişkin olayda, baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalgalar nedeniyle davacı, kendisi, ailesi ve kanser hastası olan kızının sağlığı için endişe duymaktadır. Dava konusu baz istasyonu, davacının manevî bütünlüğünü etkileyen, ruh huzurunu bozan, hoşla gitmeyen manevî müdâhaleye sebep olmaktadır. Başka bir deyişle, davacı baz istasyonundan manevî yönden olumsuz etkilenmektedir. Bu sebeple kanaatimizce, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin davacının herhangi bir zararının bulunmadığı ve ispatlanamadığı yönündeki kararı yerinde değildir. Buna karşılık, Yerel Mahkeme ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, *"davacının, birlikte yaşadığı aile bireyleri ile çevre binalarda yaşayanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, bunun da psikolojik yapılarında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı, davacının zarar gördüğü kabul edilmiştir."* yönündeki tespitleri ise yerindedir. Bununla birlikte, mercilerin kararlarında Gsm şirketi ile taşınmaz malikinin sorumlulukları için belirlenen hukukî sebeplerin ise hukuka ve usule uygun olmadığı düşünülmektedir. Zira malik sıfatına sahip olmayan ancak baz istasyonunu kiracı sıfatıyla şahsî hak sahibi olarak işleten Gsm şirketinin, taşınmaz malikinin sorumluluğu hükümleri kapsamında sorumlu tutulması mümkün değildir. Bununla birlikte, inceleme konusu olayda hukuka aykırı bir faaliyet bulunmadığından, gerek Gsm şirketinin gerekse Bedaş'ın Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 1. fıkrası, Çevre Kanunu'nun 28. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi kapsamında sorumlulukları da söz konusu olamaz. Başka bir deyişle, hukuka uygun faaliyet sebebiyle, Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 1. fıkrası gereğince eski halin iadesi davası ile veya Çevre Kanunu gereğince

ce kirlenmenin önlenmesi, durdurulması davaları ile baz istasyonunun kaldırılması istenemez. Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde de eski halin iadesi davası öngörülmediğinden, bu hükme göre de gerek hukuka uygun gerekse hukuka aykırı faaliyet sebebiyle baz istasyonunun kaldırılması istenemez. Bu durumda, taşınmaz maliki Bedaş'ın, hukuka uygun faaliyet sebebiyle ancak Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 2 fıkrası gereğince, zararın tazmini (denkleştirilmesi) yönünde sorumlu olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, o dönemde hukuk düzenince izin verilmiş tehlikeli işletmelere dair sorumluluğu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin 4. fıkrası yürürlükte olmadığından, Gsm şirketi'nin de ancak zararın tazmini (denkleştirilmesi) yönünde "tehlike sorumluluğu ilkesi" kapsamında sorumlu olduğu düşünülebilir¹³⁵. Ancak, inceleme konusu olayda davacı, zararının tazmini talep etmemektedir; maddi-manevî tazminat haklarını saklı tutmaktadır. Bu durumda inceleme konusu olay açısından davacının sadece, hukuka uygun baz istasyonu faaliyeti sebebiyle, taşınmaz maliki yönünden Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddesinin 2 fıkrası ve Gsm şirketi yönünden "tehlike sorumluluğu ilkesi" veya zarar daha sonra ortaya çıkmışsa inceleme konusu olay tarihinden sonra yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin 4. fıkrası hükümlerine dayanarak manevî zararının denkleştirilmesi yönünde yeni bir dava açabileceği kabul edilebilir.

2003 yılından 2011 yılına kadar, baz istasyonlarının kaldırılması taleplerine ilişkin Yerel Mahkemelerin red kararlarının genellikle, inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yer verilen

¹³⁵ Aynı yönde bkz. 4.HD., 14.10.2008, 2007/12688, 2008/11813; "Dava, komşu binaya yerleştirilen baz istasyonunun kaldırılması talebiyle istasyonu kuran şirket aleyhine açılmıştır. Cep telefonu baz istasyonları uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiğinden yerleşim yerlerinden uzakta kurulmaları gerekmektedir. Baz istasyonundan kaynaklanan zararlardan tesis sahibi de sorumludur. Hatta bu sorumluluk kusura dayanmayan, tehlike sorumluluğudur... Dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi itibarıyla de kamuya hizmet vermeyi amaçladığı da tartışmasızdır. Ne var ki, bu hizmetin verilmesinde ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibi sorumludur. Hatta bu sorumluluğun kusura dayanmayan, tehlike sorumluluğu olarak da kabul edilmesi gerekir. Bu özelliği itibarıyla tesisi kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde, en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurması kaçınılmazdır." (KHYK-J). Aynı yönde ayrıca bkz. 4.HD., 13.10.2008, 1554/11727; 4.HD., 27.09.2004, 2954/10516; 4.HD., 29.01.2004, 2003/16434, 2004/971 (KHYK-J).

gerekçelere¹³⁶ dayanılarak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce bozulduğu¹³⁷; kabul kararlarının da aynı gerekçelerle onandığı¹³⁸ görülmektedir. Buna karşılık, 2011 yılından itibaren ise Yerel Mahkemelerin kabul kararlarının, genellikle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce *"kamıtlanmayan, soyut, uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede, görünce moralim bozuluyor... vs gibi nedenlerle dava açılmayacağı"* gerekçesiyle bozulduğu görülmektedir¹³⁹. Bazı Yerel Mahkeme kabul kararlarının da temyiz istemi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce önce onandığı, karar düzeltme istemi üzerine ise yukarıda söz edilen aynı gerekçeyle bozulduğu da görülmektedir¹⁴⁰. Bununla birlikte, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun baz istasyonlarını konu alan davalarda aynı görüşte olmadıkları görülmektedir¹⁴¹. Aynı hukuk dairesin-

¹³⁶ "...Yukarıdan beri açıklanan dosyadaki tüm bilgi, belge ve bilirkişi raporlarına göre kullanılan istasyonun konumu itibarıyla uzun sürede kişi ve çevreye zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gereklidir. Bu belirlemeler itibarıyla dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacıların oturmakta olduğu binada yaşayanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, baz istasyonunun bu yerde oturanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilediği ve bunun da psikolojik

yapılarında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı, bu haliyle de yaşamdaki sağlık değerleri düşünüldüğünde o yerde oturmanın olumsuz hale geleceği göz önünde tutulduğunda, davacının zarar gördüğü kabul edilmeli ve davanın kabulüne karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmadığından kararın bozulması gerekmiştir."

¹³⁷ 4.HD., 05.05.2009, 3119/6329; 4.HD., 06.11.2008, 2007/14402, 2008/13542; 4.HD., 22.9.2008, 2007/14629, 2008/10720; 4.HD., 12.6.2008, 6419/8094; 4.HD., 27.11.2008, 4841/14685; 4.HD., 20.11.2008, 1773/14364; 4.HD., 14.10.2008, 2007/12688, 2008/11813; 4.HD., 13.10.2008, 1554/11727; 4.HD., 29.11.2007, 1801/15148; 4.HD., 27.9.2004, 2954/10516; 4.HD., 29.5.2003, 2278/7119 (KHYK-J).

¹³⁸ 4.HD., 29.1.2004, 2003/16434, 2004 /971; 4.HD., 10.02.2009, 2008/14158, 2009/1909; 4.HD., 07.07.2009, 6476/9108 (KHYK-J).

¹³⁹ 4.HD., 18.01.2012, 2011/15870, 2012/414: "...Kamıtlanmayan mücerret (soyut) "uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede, görünce moralim bozuluyor,..vs gibi" nedenlerle dava açılması ve kabulü hukuka ve yasalara uygun değildir. Bu şekilde adli yargıda açılan davalarda mahkemece, tarafların delil ve belgeleri toplandıktan sonra dava konusu baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olup olmadığı, davacının sağlığına zarar verip vermediği konusunda uzman bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak, alınacak bilirkişi raporu ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir." (KHYK-J). Aynı yönde bkz. 4.HD., 20.10.2011, 11469/10833; 4.HD., 12.07.2011, 7078/8249; 4.HD., 20.06.2011, 7024 /7211; 14.HD., 18.01.2013, 2012/13883, 2013/622 (KHYK-J).

¹⁴⁰ 4.HD., 5.5.2011, 3701/5164; HGK., 30.05.2012, 4-147/327 (KHYK-J).

¹⁴¹ Örneğin inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.05.2012 tarih ve 4-147/327 sayılı kararında, baz istasyonunun kaldırılması talebi Yerel Mahkeme tarafından kabul edilmiştir; karar, davalının temyiz istemi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından önce onanmış ancak davalının karar düzeltme istemi üzerine bu kez aynı daire tarafından bozulmuştur. Bozma kararı üzerine Yerel Mahkeme kararında

den birbirinden bu denli farklı kararların çıkması, aynı hukuk dairesinin temyiz istemi üzerine onama, karar düzeltme istemi üzerine ise bozma kararı vermesi, Yargıtay Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan birbirinden farklı kararlar çıkması toplum nezdinde adalet duygusunu zedelemektedir. Bu sebeple, söz konusu içtihat uyuşmazlıklarını gidermek üzere, ivedilikle bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç bulunduğu düşünülmektedir. Zira Yargıtay dairelerinden biri, yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak Hukuk Genel Kurulu'nun görevleri arasında yer almaktadır¹⁴². Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun görevleri arasındadır¹⁴³.

Sonuç olarak, belirli bir tehlike hali için öngörülen özel kanunlar gibi, baz istasyonunun faaliyetine ilişkin olarak taşınmaz malikin ve Gsm şirketinin sorumluluklarını bir arada ele alan özel bir kanun düzenlenebileceği kanaatindeyiz. Böylece, hukukî sorumluluk sebeplerine ilişkin söz konusu yanılgi ve karışıklığın önemli ölçüde azalacağı düşünülmektedir.

direnmiştir. Bunun üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararının aksi yönünde direnme kararının onanmasına karar vermiştir (KHYK-J). Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.02.2013 tarih ve 2012/4-575 Esas ve 2013/249 Karar sayılı bir başka kararında da, baz istasyonunun kaldırılması talebi öncelikle Yerel Mahkeme tarafından kabul edilmiştir; karar, davalının temyiz istemi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur. Bozma kararı üzerine, Yerel Mahkeme kararında direnmiştir. Bunun üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, önüne gelen dosyada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararının aksi yönünde direnme kararının onanmasına karar vermiştir (KHYK-J).

¹⁴² Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin 2. fıkrasının c bendi: "Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri şunlardır: ... "Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak..." (RG, 8.2.1983, S. 17953).

¹⁴³ Yargıtay Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendi: "Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevleri şunlardır: ... "Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir dairesi ceza arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek..."

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız; “Taşınmaz Malikin Olumlu Müdâhaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, EÜHFD. 2010, C. 14, S. 3-4, s. 145-186.

Akkayan-Yıldırım, Ayça; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFM. 2012, C. LXX, S. 1, s. 203-220.

Altınay, Selim; “Maddî Zararın Tespitinde Denkleştirme”, Adalet Dergisi, Mayıs 2010, S. 37, s. 165-181.

Badur, Emel; “Çevreyi Kirletenin Hukukî Sorumluluğu”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara 2006, s. 105-116 (Çevre).

Badur, Emel; “Gayrimenkul Malikin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2001/3, s. 835-879 (Gayrimenkul).

Büyüksağış, Erdem; “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, DEÜHFD. 2006, C. 8, S. 1, s. 1-19.

Çakırca, Seda İrem; “Çevreyi Kirletenin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No.47, Ekim 2012, s. 59-94.

Çelik, Ahmet; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yeni bir düzenleme işletme tehlikeleri ve tehlike sorumluluğu”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/6098-sayili-turk-borclar-kanunu-nda-yeni-bir-duzenleme-isletme-tehlikeleri-ve-tehlike-sorumlulugu.htm> (Erişim Tarihi 20 Nisan 2013).

Dinç, Mutlu; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 5. Bası, Ankara 2012.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014 (Borçlar).

Eren, Fikret; Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014 (Mülkiyet).

Ertaş, Şeref; Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Bası, İzmir 2012.

Gürseler, Güneş; “Çevre Zararının Manevî Giderimi ve Bir Yargı-tay Kararı”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2003, s. 1943-1949.

Kayakuzgun, Özge; “Baz İstasyonları ve İnsan Hakları”, Hukuk Gündemi Dergisi, 2009, S.10, s. 37-54.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013.

Korkusuz, M. Refik/**Korkusuz**, M. Halit; “Baz İstasyonlarının Yaydığı Elektromanyetik Zararlardan Doğan Hukuksal Sorumluluk”, YYÜHFD. 2013, C. 1, S. 1, s. 105-126.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Bası, İstanbul 2013.

Özgüner F./Mollaoğlu H.; “Manyetik Alanın Organizma Üzerindeki Biyolojik Etkileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2006, 13(1), s. 38-41.

Parlar, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku, Ankara 2010.

Petek, Hasan; Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Ankara 2005.

Seyhan N.; “Elektromanyetik Kirlilik ve Etkileri, Korunma Yöntemleri”, WHO Uluslararası Elektromanyetik Alan Projesi, Ulusal ve Uluslararası Politikalar Güvenlik Dergisi Ekim 2000, 1(4), s. 9-16.

Sirmen, Lale; “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, AÜHFD. 1988, C. 40, S. 1-4, s. 281-306.

Tandoğan, Haluk; Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.

Taşkın, Ş. Cankat; “Baz İstasyonlarında Hukukî Süreç”, Bursa Barosu Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2009, S. 87, s. 9- 20.

Tiftik, Mustafa; Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Bası, Ankara 2005.

Ulusan, İlhan; Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2.Tıpkı Bası, İstanbul 2012.

Ulusoy, Ali D.; “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medenî Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD. 1993, C. 43, S. 1-4, s. 125-142.

Yılmaz Turgut, Nükhet; Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.

Yücel, Özge; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFĐ.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BK.	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Ç.K.	: 2872 Sayılı Çevre Kanunu
DEÜHFĐ.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
dn.	: dipnot
f.	: fıkra
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurul
İÜHFĐ.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
KHYK-J.	: Kazancı Hukuk Yargı Kararları- Jurisdictio Mevzuat Programı
m.	: madde
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı

Baz İstasyonunun Faaliyetinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Hakkında
Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Karar İncelemesi

TBK. : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK. : 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu

vd. : ve devamı

YYÜHFD. : Yeni Yüz Yıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

VIYANA SATIM ANTLAŞMASI'NDA BOŞLUK DOLDURMA

(Kısaltma: CISG)

▪ Yrd. Doç. Dr. Ebru KARADEMİR*

Anahtar sözcükler: Uluslararası satım sözleşmeleri, Viyana Satım Antlaşması, CISG, boşluk doldurma.

“Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (“UNCITRAL”)” tarafından hazırlanan 10.04.1980 tarihli “Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (“Viyana Satım Antlaşması” veya “CISG”) Türkiye tarafından kabul edilmiş ve 01.08.2011’de yürürlüğe girmiştir. Bundan böyle, uluslararası satımlara Viyana Satım Antlaşması uygulanırken iç satımlara Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaktadır. Viyana Satım Antlaşması’nın yeknesak yorumlanması ve uygulanması için CISG m. 7 hükmü getirilmiştir.

GAP-FILLING IN VIENNA SALES CONVENTION (Abbreviation: CISG)

Key words: : International Sales Contracts, Vienna Sales Convention, CISG, gap-filling.

“United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (“Vienna Sales Convention” or “CISG”) prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”)” dated April 10, 1980 has been accepted and entered into force in Turkey on August 1, 2011. Hereafter, the Vienna Sales Convention is applied to international sales whereas, Turkish Commercial Law, Turkish Obligations Law and Turkish Consumer Protection Law are applied to local sales. CISG Article 7 was brought for uniform interpretation and application of the Vienna Sales Convention.

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

VİYANA SATIM ANTLAŞMASI'NDA BOŞLUK DOLDURMA

1. Giriş

Uluslararası ticaretin en önemli sözleşme türlerinden biri satım sözleşmesidir. Özellikle 2010 sonrası uluslararası satım hukukuna ilişkin hem uluslararası hem de ulusal hukuk kaynaklarında önemli değişiklikler ve yenilikler olmuştur. Bu gelişmelerden en önemlisi, 5870 sayılı ve 02.04.2009 tarihli Kanun ile 01.08.2011 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe giren¹ ve “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu - United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”)” tarafından hazırlanan 10.04.1980 tarihli “Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması - United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (“Viyanalı Satım Antlaşması” veya “CISG”)”² olmaktadır. Ayrıca, “Uluslararası Ticaret Odası - International Chamber of Commerce (“ICC”)” tarafından hazırlanan yeknesak kurallar olan 2010 tarihli “International Commercial Terms – Uluslararası Ticari Terimler (“INCOTERMS”)”³ de önemli değişiklikler içermektedir. Buna ilaveten, “Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü - The International Institute for the Unification of Private Law (“UNIDROIT”)” tarafından yayınlanan 2010 tarihli “Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri – UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (“UNIDROIT İlkeleri”)”⁴ de uluslararası satım hukukunun önemli bir kaynağıdır. Bu düzenlemelerin yanısıra, “Avrupa Birliği Komisyonu” tarafından hazırlanan 11.10.2011 tarihli “Commission Communication on a Common European Sales Law to Facilitate Cross-border Transactions in the Single Market - Tek

¹ RG S. 27545, T. 07.04.2010.

² Tam metin için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, United Nations, NY, 2010.

³ Tam metin için bkz. Incoterms® 2010 English Edition, by the International Chamber of Commerce (ICC), ICC Publication No. 715E, 2010.

⁴ Tam metin için bkz. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, *UNIDROIT Principles of International Contracts 2010*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 2010.

Pazarda Sınırötesi Faaliyetleri Kolaylaştırmak için Avrupa Ortak Satım Hukuku Oluşturulması Hakkında Komisyon Tebliği (“Avrupa Ortak Satım Hukuku Oluşturulması Hakkında Tebliğ”)⁵ ile “Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu” tarafından hazırlanan 1998/2002 tarihli “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri - Principles of European Contract Law (“PECL”)⁶ de bulunmaktadır.

Uluslararası alandaki bu gelişmeler yanında Türk hukukunda da 6098 sayılı ve 11.01.2011 tarihli yeni “Türk Borçlar Kanunu (“TBK”)⁷ ve 6102 sayılı ve 13.01.2011 tarihli yeni “Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)⁸ 1 Temmuz 2012 tarihinde, 6502 sayılı ve 07.10.2013 tarihli yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (“TKHK”)⁹ ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, satım hukuku için Türkiye’de tacirler arasındaki ulusal satımlarda TTK (m. 23) ve TBK (m. 207-236) hükümleri; tacirler arasındaki uluslararası satımlarda maddi satım hukukunu düzenleyen CISG hükümleri; tüketiciler arasındaki satımlarda TBK hükümleri; tacirler ve tüketiciler arasındaki satımlarda ise TKHK hükümleri uygulanacaktır. Bu hükümler kısmen örtüşürken kısmen de özellikle CISG ve TBK hükümleri önemli farklılıklar arz etmekte olduğundan sorunların doğması kaçınılmazdır¹⁰.

Uluslararası satım hukukuna ilişkin hem kanunlar ihtilafı hem de maddi hukuk kurallarının yeknesekleştirme çalışmalarının sonucu yapı-

⁵ Tam metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:S2011DC0636>, Commission Communication on a Common European Sales Law to Facilitate Cross-border Transactions in the Single Market (“European Sales Law”) (erişim: 06.07.2015).

⁶ Tam metin için bkz., Lando, Ole / Beale, Hugh (Ed.), *The Principles of European Contract Law - Parts I and II by the Commission on European Contract Law*, 1999, Kluwer Law International Publications, The Hague; Lando, Ole / Prüm, Andre / Clive, Eric / Zimmerman, Reinhard (Ed.), *The Principles of European Contract Law - Part III by the Commission on European Contract Law*, 2003, Kluwer Law International Publications, The Hague.

⁷ RG S. 27836, T. 04.02.2011.

⁸ RG S. 27846, T. 14.02.2011.

⁹ RG S. 28835, T. 28.11.2013.

¹⁰ Geniş bilgi için bkz. Atamer, Yeşim, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, İnceoğlu, Murat M. (Ed.), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 187-221.

lan bu güncel düzenlemelere rağmen forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği durumlar söz konusudur. Nitekim Antlaşma'nın açıkça kapsamı dışında bırakılan durumlar (harici boşluklar) olabileceği gibi, Antlaşma'nın kapsamı içinde olmakla birlikte düzenlenmeyen konular (dâhili boşluklar) da olabilmektedir¹¹.

CISG II. Bölüm'de yer alan CISG m. 7 (1) hükmü, CISG hükümlerinin nasıl uygulanacağını ve uygulama alanının nasıl tespit edileceğini düzenlerken¹² CISG m. 7 (2) hükmü, Antlaşma hükümlerinin yorumlanmasına rağmen uygulanacak kuralların bulunamaması halinde boşluğun kıyasen Antlaşma hükümlerinin uygulanması yoluyla veya genel ilkeler uyarınca doldurulup doldurulamayacağını düzenlemektedir¹³. Dâhili boşlukların bu şekilde doldurulamaması halinde forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanması gereken ülke hukukuna göre çözüm yoluna gidilmektedir¹⁴.

¹¹ Schwenzer, Ingeborg / Hachem, Pascal, "Md. 7", Schwenzer, Ingeborg / Çağlayan Aksoy, Pınar (Ed.), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi: Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) ("Md. 7")*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 273-274.

¹² Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 160-166; Ferrari, Franco, "Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler", Atamer, Yeşim M. (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ("CISG Gap-filling")*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 37-67; Kasap, Gözde, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükümünün Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014; Schwenzer, Ingeborg / Fountoulakis, Christiana / Dimsey, Mariel, *International Sales Law: A Guide to the CISG*, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 52-59; Schwenzer / Hachem, "Md. 7", s. 259-273; Tarman, Zeynep Derya, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 78-80; Viscasillas, Pilar Perales, "Article 7", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 154-174; Zeytin, Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG*, 2. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 65-76.

¹³ Kasap, s. 117; Schwenzer, Ingeborg, "Interpretation and Gap-filling under the CISG", *Current Issues in the CISG and Arbitration ("Gap-filling")*, Schwenzer, Ingeborg / Atamer, Yeşim M. / Butler, Petra (Ed.), Eleven International Publishing, Den Haag, 2014, s. 109, s. 114.

¹⁴ Ayoğlu, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, 2. bs., Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 218; Çalışkan, s. 176-177; Schwenzer / Fountoulakis / Dimsey, s. 52.

Ancak, uygulamada işbu hükmün bu iki fıkrası arasındaki sınır çok net değildir. Örneğin, CISG m. 79 hükmünde belirtilen engelin bir yorum meselesi mi yoksa zorlayıcı hale ilişkin bir boşluk mu olduğu konusu tartışılabilir¹⁵. Buna karşılık, her iki fıkra da Antlaşma'nın kaleme alanlar tarafından öngörülemediği olan teknolojik ve ekonomik gelişmelere uyum sağlaması adına geliştirilmesi için kullanılmaktadır¹⁶.

2. Antlaşma'daki Dâhili Boşlukların Doldurulması

2.1. Genel

CISG, satım sözleşmesinden kaynaklanabilecek bütün meselelere bir çözüm üretmemektedir. CISG m. 4 uyarınca, CISG'de düzenlenen hususlar, satım sözleşmesinin kurulması ve alıcıyla satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçları ile sınırlıdır. Bu sınırlı uygulama alanı, CISG'in eksikliğinden kaynaklanan meselelerin çözülmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla CISG m. 7 (2) hükmü öngörülmüştür¹⁷.

CISG m. 7 (2) hükmü, boşlukların nasıl doldurulacağına ilişkin açık bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, "Bu Antlaşma kapsamındaki hususlara ilişkin olmakla beraber Antlaşma'da açıkça düzenlenmemiş meseleler Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelere mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir".

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, m. 7 (2) hükmü, Antlaşma'nın uygulama alanı içinde bulunan fakat Antlaşma'da açıkça düzenlenmemiş konulara ilişkindir. Diğer deyişle, bu hükümde düzenlenen boşluk doldurma meselesinin yalnızca dâhili boşluklar söz konusu olduğunda gündeme geleceği söylenmelidir¹⁸. Hâkimin önce önüne gelen olayda,

¹⁵ Schwenzer, *Gap-filling*, s. 115.

¹⁶ Schwenzer / Hachem, "Md. 7", s. 261.

¹⁷ Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 68.

¹⁸ Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 69.

meselenin açıkça Antlaşma'nın kapsamına girip girmediğini veya Antlaşma dışında bırakılmış olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Ancak, dâhili boşluk ile harici boşluk arasındaki sınır çok net olmadığından dâhili boşlukların tespiti zordur. Bu konuda çeşitli yaklaşımlar vardır¹⁹. Meselenin Antlaşma'nın kapsamına girdiğinin tespiti halinde hâkim, meseleye uygulanabilecek açık bir hüküm bulunmaması halinde öncelikle, Antlaşma hükümlerinin CISG m. 7 (1) uyarınca yorumu suretiyle (örneğin, aksi ile kanıt veya kıyas yöntemiyle) meseleye uygulanacak bir norm saptamaya çalışacaktır. Bu şekilde bir kural tespit edilememesi halinde dâhili boşluk vardır ve bunun tamamlanması için CISG m. 7 (2) uyarınca, yine doğrudan ulusal hukuklara başvurulamamakta, meseleye Antlaşma sistemi dâhilinde bir çözüm üretilmesi, hâkim tarafından adeta hukuk yaratılması gerekmektedir²⁰.

2.2. Dâhili Boşlukların Genel İlkeler Göre Doldurulması

CISG m. 7 (2) hükmünde bahsi geçen boşlukların doldurulmasında Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkeler kavramından anlaşılması gereken husus, boşlukların ilk önce Antlaşma'nın genel hükümlerine uygun olarak doldurulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, Antlaşma'nın kendisi boşluğun doldurulmasında ilk çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır²¹.

CISG'in temelinde yatan genel ilkeler, Antlaşma metninde açıkça düzenlenmiş olabileceği gibi benzer madde düzenlemelerinden kıyasen de çıkarılabilir. Örneğin, irade özerkliği, sözleşme serbestisi, şekil serbestisi, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ölçülülük

¹⁹ Schwenzer / Hachem, "Md. 7", s. 274; Wethmer Lemmer, Marlene, "The Vienna Sales Convention and Gap-filling", *Journal of South African Law*, Johannesburg, 2012 / 1, s. 277-281.

²⁰ Ayoğlu, s. 218, dn. 672; Çalışkan, s. 174; DiMatteo, Larry A., "CISG as Basis of Comprehensive International Sales Law", *Villanova Law Review*, Villanova, 2013, Vol. 58, s. 697; Kaya, Cansu, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 24; Magnus, Ulrich, "Interpretation and Gap-filling in the CISG and in the CESL", *Journal of International Trade Law and Policy*, Bingley, 2012, Vol. 11, No. 3, s. 275-276; Tarman, s. 81-82; Wethmer Lemmer, s. 276, s. 282; Zeytin, s. 77.

²¹ Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 72; Kasap, s. 133; Kaya, s. 24; Zeytin, s. 77.

ilkesi, güven ilkesi, bilgi verme ilkesi²². CISG uygulamasına baktığımızda CISG'in temelinde yatan genel ilkeler ayrıca, mahkemeler ve doktrin tarafından tespit edilmiştir²³.

Bu genel ilkelerden en önemlisi CISG m. 6'da öngörülen "irade özerkliği"²⁴ ilkesidir denilebilir. Bu ilke, CISG'in hükümlerinin emredici olmadığını ve tali bir fonksiyona sahip olduğunu göstermektedir. Mahkeme kararlarında irade özerkliğine sadece genel bir ilke olarak atıfta bulunulmamış, diğer genel ilkelere üstünlüğü de kabul edilmiştir. CISG m. 11'de öngörülen "şekil serbestisi"²⁵ ile ilgili kuralın ise CISG'in dayandığı genel ilkelere biri olduğu birçok mahkeme kararında açıkça belirtilmiştir.

CISG m. 27 hükmünde, Antlaşma'da aksi belirtilmedikçe, bu Antlaşma uyarınca ve duruma uygun yollarla yapılan ihtar, talep veya diğer herhangi bir bildirimin gecikmesinin, ulaşmasında hata ortaya çıkmasının veya ulaşmamasının gönderenin bu bildirimle dayanma hakkını engellemeyeceği, diğer deyişle, "gönderilme ile hüküm doğması ilkesi"²⁶ düzenlenmiştir.

CISG m. 77'de öngörülen zararın artmasını engelleme külfeti uyarınca, sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır ve bu önlemlerin alınmaması halinde ihlal eden tarafın za-

²² Kasap, s. 133; Schwenzer / Fountoulakis / Dimsey, s. 53; Wethmer Lemmer, s. 285; Zeytin, s. 77.

²³ Çalışkan, s. 175; Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 71; Magnus, s. 276; Schwenzer / Hachem, "Md. 7", s. 275.

²⁴ Polimeles Protodikio Athinon, Greece, 2009, docket no. 4505/2009, *Pace University Law School, Institute of International Commercial Law, CISG Database ("CISG Database")*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html> (erişim: 06.07.2015); Hof van Beroep Gent, Belgium, 15.05.2002, case no. 1017, *Case Law on UNCITRAL Texts ("CLOUT")*, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html, (erişim: 06.07.2015); Rechtbank van Koophandel Ieper, Belgium, 29.01.2001, *CISG Database*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010129b1> (erişim: 06.07.2015); Landgericht Stendal, Germany, 12.10.2000, case no. 432, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015).

²⁵ Tribunale di Padova, Italy, 25.02.2004, *CISG Database*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html> (erişim: 06.07.2015); Tribunale di Rimini, Italy, 26.11.2002, case no. 608, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015); Oberster Gerichtshof, Austria, 09.03.2000, case no. 424, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015).

²⁶ Oberster Gerichtshof, Austria, 30.06.1998, case no. 305, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015).

rarın azaltılabilecek olduğu miktarda “tazminattan indirim yapılmasını isteme hakkı”²⁷ CISG’e ilişkin genel bir ilke olarak görülmüştür.

Aksi kararlaştırılmadıkça, “ tarafların bildikleri veya bilmeleri gereken teamüller ile uluslararası ticarete yaygın olarak bilinen ve ilgili ticari alandaki sözleşmelerde düzenli olarak kullanılan teamüller ile zımni olarak bağlı olduğu”²⁸ varsayılmaktadır. CISG m. 9 hükmüyle bu durum, *lex mercatoria*’nın boşluk doldurmada kullanılabileceği açıkça kabul edilmiştir.

“Sözleşme lehine yorum (*favor contractus*)”²⁹, çoğu mahkeme kararında genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Buna göre, mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin ayakta tutulması lehine çözümler kabul edilmeli ve taraflardan birinin insiyatifiyle sözleşmenin süresinden önce sona ermesine karşı bir çözüm benimsenmelidir.

“Dürüstlük kuralı”³⁰ da Antlaşma’da yer alan genel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar CISG m. 7 (1) hükmünde Antlaşma’nın yorumlanmasında dikkate alınması gereken bir ilke olarak düzenlenmiş olsa da dürüstlük kuralının, Antlaşma anlamında genel bir ilke olarak kabul edilip boşluk doldurmada önemli rol oynadığı kabul edilmektedir. Sözleşme özerkliği, hakkın kötüye kullanılması yasağı (*estoppel*), çelişkili davranma yasağı, şekil serbestisi, tarafların eşitliği, tam tazmin, ifa etmeme hakkı ve birçok ilkenin temelini dürüstlük ilkesi oluşturmaktadır.

²⁷ Tribunale di Padova, Italy, 25.02.2004, *CISG Database*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html> (erişim: 06.07.2015); Tribunale di Rimini, Italy, 26.11.2002, case no. 608 at *CLOUT*; Oberster Gerichtshof, Austria, 09.03.2000, case no. 424, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015).

²⁸ Tribunale di Padova, Italy, 25.02.2004, *CISG Database*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html> (erişim: 06.07.2015); Tribunale di Rimini, Italy, 26.11.2002, case no. 608, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015); Oberster Gerichtshof, Austria, 09.03.2000, case no. 424, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015); Rechtbank Koophandel Ieper, Belgium, 29.01.2001, *CISG Database*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010129b1.html> (erişim: 06.07.2015).

²⁹ Oberster Gerichtshof, 07.09.2000, case no. 428, *CLOUT & CISG Database*, www.cisg.at/8_2200v.html (erişim: 06.07.2015); Cour de Justice, Genève, Switzerland, 10.10.1997, case no. 249, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015).

³⁰ Oberlandesgericht München, Germany, 15.08.2004, case no. 595, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015); Tribunale di Padova, Italy, 31.03.2004, *CISG Database*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040331i3.html> (erişim: 06.07.2015).

Ayrıca, CISG m. 40 hükmünün Antlaşma'nın genel bir ilkesini içerdiği ve ticarete dürüstlük ilkesinin bir ifadesi olduğu belirtilmiştir³¹.

“Para borçlarının ifa yeri”, “seminin hangi para birimiyle ödeneceği”, “ispat yükü” ve “tam tazmin” konularında genel bir ilkenin mevcut olup olmadığı konularında farklı görüşte kararlar vardır³². Aynı şekilde, “CISG çerçevesinde doğmuş alacakların takas edilebilirliği” meselesinin CISG kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve “vadesi geçmiş borçlar için faize hak kazanmak için borçluya usulüne uygun bildirimde bulunmanın gerekip gerekmediği” hususları da tartışmalıdır³³.

CISG m. 78'de faiz maddesi düzenlenmiş olmasına rağmen “faiz oranının nasıl hesaplanacağı” konusuna Antlaşma'da değinilmemiştir. Bu boşluğun Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere göre mi yoksa milletlerarası özel hukuk kurallarınca mı doldurulması gerektiği konusu tartışmalıdır³⁴.

UNIDROIT İlkeleri'nin başlangıç bölümünde İlkeler'in uluslararası yeknesak hukuk belgelerinin yorumunda ve tamamlanmasında kullanılabileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, bazı hakem³⁵ ve mahkeme kararlarında³⁶ CISG'in temelinde yatan ilkelerin gerçek anlamını tespit etmek için UNIDROIT, PECL ve sair yeknesaklaştırma projelerinden yararlanılabileceği belirtilmiştir. Doktrinde bu konu tartışmalıdır.

31 Çalışkan, s. 175; Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 79; Schwenzer, *Gap-filling*, s. 116-117; Wethmer Lemmer, s. 290-291.

32 DiMatteo, s. 697; Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 73-75; Schwenzer, *Gap-filling*, s. 116.

33 Ayoğlu, s. 222; Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 77-78.

34 Ayoğlu, s. 223; Çalışkan, s. 178-179; Magnus, s. 276; Schwenzer, *Gap-filling*, s. 116; Wethmer Lemmer, s. 276, s. 294-297.

35 ICC, case no. 9117, *Centre for Comparative and Foreign Law Studies, Database on CISG and UNIDROIT Principles* (“UNILEX Database”), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=661&do=case> (erişim:06.07.2015); ICC, case no. 8817, *UNILEX Database*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=659&do=case> (erişim: 06.07.2015); ICC, case no. 8769, *UNILEX Database*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=656&do=case> (erişim: 06.07.2015); ICC, case no. 8128, *UNILEX Database*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=637&do=case> (erişim: 06.07.2015).

36Rechtbank Zwolle, 05.03.1997, *UNILEX Database*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=640&do=case> (erişim: 06.07.2015); Cour d'appel, Grenoble, France, 23.10.1996, case no. 205, *CLOUT* (erişim: 06.07.2015).

Bir görüşe göre, CISG m. 7 (2) hükmü, açıkça CISG'in temelinde yatan ilkelere yollama yaptığından dolayı UNIDROIT İlkeleri veya PECL gibi harici ilkelere başvurulması imkânı dışlanmış gözükmektedir. Ayrıca, UNIDROIT İlkeleri'nin esnek hukuk niteliği, CISG'den daha sonra yürürlüğe girmiş olması, bazı hükümlerinin Kıta Avrupası hukuk sisteminin etkisinde olup uluslararası nitelikte olmaması ve öngördüğü bazı çözümlerin CISG ile çelişmesi nedeniyle CISG'in yorumunda ve boşluk doldurmada kullanılamayacağı savunulmaktadır. Ancak, CISG kurallarının uygulanması ile varılan sonucu desteklemek ve CISG'in temelinde yatan ilkelerin gerçek anlamını tespit etmek için çeşitli mahkeme ve hakem kararlarında ortaya konulduğu üzere bu ilkelerin kullanılması mümkündür³⁷.

Diğer bir görüşe göre, UNIDROIT İlkeleri'nin uluslararası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini yansıttıklarını ve *lex mercatoria*'nın kaynaklarından birini oluşturduklarını kabul ettikten sonra, CISG'in temelinde bulunan genel prensiplerin tespiti için İlkeler'e başvurulmasını doğal karşılamak gerekir. Her iki metnin de mukayeseli hukukta ticari sözleşmelere ilişkin genel kabul gören ilkelere hareketle hazırlandıkları göz önüne alınırsa CISG'de boşluk bulunan hallerde İlkeler'e başvurulması genel hüküm - özel hüküm ilişkisinin zorunlu bir sonucu olarak da düşünülebilir³⁸. Ancak, bu ihtimal yalnızca dâhili boşluklar için söz konusu olup harici boşluklar açısından UNIDROIT İlkeleri'ne başvurarak boşluğu doldurabilme imkânı yoktur. Çünkü harici boşluklar, CISG tarafından hakkında yeknesak hukuk yaratılması hedeflenmemiş, bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır ve bunların tamamlanması için kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek milli hukuk sistemine müracaat edilmesi zorunludur³⁹.

³⁷ Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 79-80; Schwenzer, *Gap-filling*, s. 117-118; Schwenzer / Hachem, "Md. 7", s. 279; Veneziano, Anna, "UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court", *Uniform Law Review*, Oxford, 2010, Vol. 15, s. 142.

³⁸ Ayoğlu, s. 221; Wethmer Lemmer, s. 288.

³⁹ Ayoğlu, s. 221-222; Magnus, s. 276; Veneziano, s. 143.

Diğer taraftan, tarafların CISG'in uygulama alanı içerisinde kalan bir sözleşmeye UNIDROIT İlkeleri'nin uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu takdirde, bu iki metnin bir arada nasıl uygulanacakları tartışma konusudur. Bir görüşe göre, CISG hükümlerinin bağlayıcı ve özel hüküm karakteri nedeniyle öncelikli olarak uygulanmaları gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre, yalnızca CISG ile İlkeler arasında çelişki bulunan hükümlerle sınırlı kalmak kaydıyla, kısmi bir opting-out (bazı CISG hükümlerinin aksinin taraflarca sözleşmede kararlaştırılması) bulunduğu kabul edilmesi zorunludur⁴⁰.

2.3. Dâhili Boşlukların Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Doldurulması

CISG m. 7 (2) uyarınca, dâhili boşlukların Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere göre doldurulamaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken ülke hukukuna göre çözüm yoluna gidilir. Diğer deyişle, forum devleti mahkemesi, kendi milletlerarası özel hukuku kurallarına göre tespit edeceği satım sözleşmesi konusunda yetkilendirilen hukuka göre boşluğu dolduracaktır⁴¹. Ancak, kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği milli hukukun uygulanması, Antlaşma'nın yeknesak olarak uygulanmasını zedeleyeceğinden dolayı boşlukların doldurulmasında başvurulacak son çare (ultima ratio) olarak öngörülmüştür⁴².

Antlaşma'daki boşluklar doldurulurken, uygulayıcılar mümkün olduğu ölçüde ulusal hukuk kural ve kavramlarından kaçınmalıdırlar. Nitekim Antlaşma'nın boşluklarının doldurulması meselesinin, öncelikli olarak Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere göre çözümlenmesinin istenmesindeki amaç, Antlaşma'daki boşlukların doldurulmasında yeknesak yöntemler seçilmesidir. Ancak, Antlaşma'nın hazırlayıcıları,

⁴⁰ Ayoğlu, s. 223-224; Dennis, Michael J., "Modernizing and Harmonizing International Contract Law: the CISG and the UNIDROIT Principles Continue to Provide the Best Way Forward", *Uniform Law Review*, Oxford, 2014, Vol. 19, s. 132; Veneziano, s. 140.

⁴¹ Ayoğlu, s. 218; Çalışkan, s. 176-177; Schwenger / Fountoulakis / Dimsey, s. 52.

⁴² Ferrari, *CISG Gap-filling*, s. 81; Wethmer Lemmer, s. 293; Zeytin, s. 78.

ulusal hukuktan bağımsızlığın katı olarak uygulanmasının mümkün olmadığına bilincinde oldukları için Antlaşma'nın genel ilkeleri ile kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği ulusal hukuklara başvurulmasını birleştiren bir yöntem tercih etmiştir⁴³.

Milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurmak son çare olarak zorunlu olsa da bu durumdan faydalanıp Antlaşma'nın temelini teşkil eden genel ilkeleri uygulamadan doğrudan milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmaması gerekmektedir. CISG'in yeknesak uygulanması bunu gerektirir. Ancak, uygulamada hem Antlaşma'nın yorumlanmasında hem de Antlaşma'daki boşlukların doldurulmasında bazı mahkemelerin kendi ulusal hukuk kurallarını doğrudan uygulama yoluna gitme eğilimi maalesef görülebilmektedir. Buna "Homeward Trend" adı verilmektedir⁴⁴.

3. Antlaşma'daki Harici Boşlukların Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Göre Doldurulması

Türk hâkimi, önüne gelen uluslararası satım sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta Antlaşma'nın uygulama şartlarının varlığı halinde, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, CISG'i doğrudan uygulamak zorundadır. Ancak, CISG'de düzenlenmeyen ve Antlaşma'nın kapsamı alanına girmeyen konularda, yani harici boşluklarda, Türk hâkimi, 5718 sayılı ve 27.11.2007 tarihli "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK")"⁴⁵ kurallarını uygulayarak uygulanacak hukuku tespit edecektir.

CISG I. Bölüm, Antlaşma'nın uygulama alanını ele almakta ve iki grup hükmü içerisinde barındırmaktadır: İlk grup (m. 1, 2 ve 3), han-

⁴³ Ferrari, *CISG Gap-filling* s. 69.

⁴⁴ Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, s. 177-186; Zwinge, Tamo, "The United Sale Convention: Delimitation, Influences and Concurrent Application of Domestic Law", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Richmond, 2011, Vol. 10: 2, s. 235-238; Schwenger, Ingeborg, "Divergent Interpretations: Reasons and Solutions", *International Sales Law: A Global Challenge ("Interpretation")*, DiMatteo, Larry A. (Ed.), Cambridge University Press, NY, 2014, s. 102-120.

⁴⁵ RG S. 26728, T. 12.12.2007.

gi sözleşmelerin Antlaşma'nın uygulama alanına girdiğini düzenlerken ikinci grup (m. 4 ve 5), Antlaşma'nın kapsamını belirlemektedir (örneğin, satım hukukunun ve genel sözleşme hukukunun hangi kısımlarının CISG kapsamında kabul edileceği). CISG m. 6 düzenlemesi ise taraflara CISG'i kısmi olarak dışlama imkânı verdiğinden ikinci gruba dâhil edilebilir. CISG I. Bölüm, boşluk doldurma ve Antlaşma'nın yeni gelişmelere uyulanması hususlarında önem taşımaktadır⁴⁶.

CISG'in doğrudan uygulanmasına ilişkin düzenleme olan m. 1 (1) (a) hükmü çerçevesinde, tarafların işyerlerinin CISG'e taraf farklı ülkelerde bulunması durumunda Antlaşma doğrudan uygulanacaktır. Ancak, Antlaşma'nın uygulama alanını ortadan kaldıran ve Antlaşma'nın m. 92-96 hükümlerinde belirtilen hususlarda çekince konulmuş ise, çekince konulan hususlar açısından CISG, uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durumlarda, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir. CISG'in m. 1 (1) (b) hükmü uyarınca, dolaylı olarak uygulanabilmesi için forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf bir ülkenin hukukunu yetkili kılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, işyerleri farklı ülkelerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine CISG'in doğrudan uygulanma imkânı bulunmadığı durumda da, eğer forum ülkesinin milletlerarası özel hukuk kuralları CISG'e taraf bir ülkenin hukukunu yetkili kılmış ise CISG uygulama alanı bulacaktır⁴⁷.

⁴⁶ Schwenzer, Ingeborg / Hachem, Pascal, "Md. 1-6", Schwenzer, Ingeborg / Çağlayan Aksoy, Pınar (Ed.), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi: Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) ("Md. 1-6")*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 156.

⁴⁷ Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, s. 126-142; Ferrari, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention ("CISG Application")*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, s. 59-151; Ferrari, Franco, "PIL and CISG: Friends or Foes?", Şıpka, Şükran / Yıldırım, Ahmet Cemil (Ed.), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri ("PIL and CISG")*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 59-88; Hachem, Pascal, "Applicability of the CISG – Articles 1 and 6", Schwenzer, Ingeborg / Atamer, Yeşim M. / Butler, Petra (Ed.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Eleven International Publishing, Den Haag, 2014, s. 31-43; Mistelis, Loukas, "CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından", Atamer, Yeşim M. (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 13-19; Mistelis, Loukas, "Article 1", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 21-39; Özdemir, Fatma Özgü, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler

CISG'in uygulanabilmesi için aranan şartlardan birisi, uluslararası taşınır mal satımına ilişkin bir sözleşmenin bulunması gerekliliğidir. CISG m. 2 hükmü açıkça bazı malların satımını kapsam dışı bırakmıştır⁴⁸. CISG'in uygulama alanı bakımından satım sözleşmesinin konusu olmayan işbu mallara ilişkin sözleşmelerde uygulanacak hukuk, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenecektir⁴⁹. CISG m. 3 uyarınca, satım ile yakınlık gösteren bazı sözleşmeler de kapsam dışı tutulmuştur⁵⁰.

CISG m. 4 uyarınca, CISG'de düzenlenen hususlar, satım sözleşmesinin kurulması ve alıcı ve satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçları ile sınırlı olup sözleşmenin geçerliliği ve malın mülkiyetine etkileri konusu CISG'in kapsamı dışındadır⁵¹. Bu durumda, Türk

Antlaşması'nın Birinci Madde Hükmünün İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 1-29; Schwenzler / Hachem, "Md. 1-6", s. 165-180; Schwenzler / Fountoulakis / Dimsey, s. 1-10; Tarman, s. 23-34; Zeytin, s. 42-46.

⁴⁸ Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, s. 124-136; Erdem, Ercüment, "Vienna Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", Şıpka, Şükran / Yıldırım, Ahmet Cemil (Ed.), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 133-142; Ferrari, *CISG Application*, s. 97-151; Ferrari, *PIL and CISG*, s. 65-72; Hachem, s. 31-43; Rençber, Erenalp, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın İkinci Madde Hükmünün İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 29-43; Hachem, s. 31-43; Heiderhoff, Bettina, "CISG'in Uygulama Alanı: Konu Bakımından", Atamer, Yeşim M. (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 25-33; Schwenzler / Hachem, "Md. 1-6", s. 185-197; Schwenzler / Fountoulakis / Dimsey, s. 18-22; Spohnheimer, Frank, "Article 2", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 39-53; Tarman, s. 35-49; Zeytin, s. 56.

⁴⁹ Çalışkan, s. 125.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, s. 128-129; Erdem, s. 142-145; DiMatteo, s. 715-716; Hachem, s. 31-43; Heiderhoff, s. 27-31; Mistelis, Loukas / Raymond, Anjenette, "Article 3", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 53-62; Schwenzler / Hachem, "Md. 1-6", s. 198-209; Schwenzler / Fountoulakis / Dimsey, s. 22-30; Ünal, Esin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Üçüncü Madde Hükmünün İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 43-67; Tarman, s. 49-55; Zeytin, s. 52-55.

⁵¹ Geniş bilgi için bkz. Aydın, Öztürk, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Dördüncü Madde Hükmünün İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 67-91; Erdem, s. 146-147; Ferrari, *PIL and CISG*, s. 96-99; DiMatteo, s. 696-697; Djordjevic, Milena, "Article 4", *UN Convention on Contracts*

hâkimi uluslararası satım sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin soruna MÖHUK m. 32 hükmünü uygulayacaktır. Bu düzenlemeye göre, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir⁵². Uluslararası satım sözleşmesine konu malın mülkiyetine uygulanacak hukuk ise, MÖHUK m. 21 hükmü uyarınca tespit edilecektir. Bu hükmeye göre, sözleşme konusu taşınır mallara ilişkin mülkiyet ve diğer aynı haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Taşınmakta olan mallar üzerinde aynı haklara varma yeri hukuku uygulanır. Yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış aynı haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tabidir⁵³.

Ayrıca, sözleşme konusu malın sebep olduğu cismani zarar veya ölümden dolayı sorumluluk (CISG m. 5) durumlarında CISG'in uygulanmayacağı Antlaşma'da açıkça belirtilmiştir⁵⁴. Örneğin, imalatçının sorumluluğu konusunda uluslararası satım sözleşmesi konusu olan satılan malın sebep olduğu cismani zarara ilişkin bir sorunda Türk mahkemeleri, imalatçının sorumluluğu konusunda imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunu düzenleyen MÖHUK m. 36 hükmünü uygulayacaktır. Buna göre, imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutlak meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin o mamu-

for the International Sale of Goods, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 62-89; Heiderhoff, s. 34-35; Hachem, s. 31-43; Schwenzer / Hachem, "Md. 1-6", s. 210-232; Schwenzer / Fountoulakis / Dimsey, s. 30-36; Tarman, s. 88-123; Zeytin, s. 59-61.

⁵² Çalışkan, s. 170-171.

⁵³ Çalışkan, s. 172.

⁵⁴ Geniş bilgi için bkz. Arlanoglu, Cansu İste, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Beşinci Madde Hükmünün İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 91-99; Çalışkan, s. 172-173; Erdem, s. 147-148; Ferrari, *PIL and CISG*, s. 100-107; Mistelis, Loukas / Ribeiro, John, "Article 5", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 89-99; Heiderhoff, s. 35-36; Hachem, s. 31-43; Schwenzer / Hachem, "Md. 1-6", s. 233-239; Schwenzer / Fountoulakis / Dimsey, s. 36-39; Zeytin, s. 59-61.

lün o ülke rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir⁵⁵. Ancak, bu hükümler yanında, Antlaşma'da açıkça ifade edilmese de Antlaşma'nın uygulama alanı dışında bırakılan başka hususlar da bulunmakta olup bunlar da harici boşluk olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, tarafların hak ve fiil ehliyetleri, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin düzenleme içeren klotun geçerliliği sorunu, sulh anlaşmasının geçerliliği, cezai şartın geçerliliği, alacağın temliki, borcun nakli, takas, zama-naşımı, sözleşmenin üçüncü kişiler açısından doğurabileceği sonuçlar, alacaklılar ve borçlular arasında teselsül, mahkemenin yetki sorunu ve usul hukukuna ilişkin diğer sorunlar açısından uygulanacak hukuk, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde tespit edilecektir⁵⁶. CISG m. 6 hükmü çerçevesinde CISG, irade özerkliği dikkate almakta ve bunu temel bir ilke olarak kabul etmektedir. Bu hüküm uyarınca, taraflara CISG'i uygulama alanı dışı bırakma imkânı tanınmıştır. Bu durumda, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendireceği hukuk uygulanacaktır⁵⁷.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarına baktığımızda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel bir düzenleme olan MÖHUK m. 24 hükmünün de tarafların irade muhtariyetine öncelik verdiği görülür. Ayrıca bu hüküm, tarafların irade muhtariyeti kapsamında bir hukuk seçmemeleri durumunda ne olacağına ilişkin objektif bağlama kuralına da yer vermiştir. Bu hükme göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır⁵⁸.

⁵⁵ Çalışkan, s. 172-173.

⁵⁶ Çalışkan, s. 173-174; DiMatteo, s. 696-697; Ferrari, *PIL and CISG*, s. 103-106; Tarman, s. 110-123.

⁵⁷ Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, s.148-160; Erdem, s. 107-112; Ferrari, *CISG Application*, s. 151-183; Ferrari, *PIL and CISG*, s. 107-112; Hachem, s. 31-43; Haseski, Belkis Melis, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Altıncı Madde Hükmü ile Bu Hüküm Bağlamında 12. ve 96. Madde Hükümlerinin İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 99-113; Mistelis, Loukas, "Article 6", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 99-111; Schwenzner / Hachem, "Md. 1-6", s. 240-258; Schwenzner / Fountoulakis / Dimsey, s. 39-45; Tarman, s. 55-71; Zeytin, s. 63-65.

⁵⁸ Geniş bilgi için bkz. Çalışkan, s. 56-79.

Özetle, Türk hâkimi önüne gelen uluslararası satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta CISG'in uygulama alanını inceleyecek, Sözleşme'nin kapsamı dışında kalan hususlarda başta MÖHUK m. 24 hükmü olmak üzere konuya göre MÖHUK'un ilgili hükümlerini (örneğin, şekle ilişkin olarak m. 7, zamanaşımına ilişkin olarak MÖHUK m. 8, ehliyeteye ilişkin olarak m. 9, satım sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olarak m. 32) uygulayacak ve bu maddelerde belirtilen kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde somut uyuşmazlık çözüme kavuşturulacaktır⁵⁹.

4. Sonuç

Viyana Satım Sözleşmesi'nin kapsamının tüm satım akitlerine uygulanacak şekilde düzenlenmemiş olması, sözleşmenin geçerliliği gibi önemli ve zor meseleleri kapsam dışı bırakmış olması ve taraflara irade serbestisi tanınması, yeknesekleştirme gayesine ters düşmektedir. Buna rağmen CISG, satım hukukunun birleştirilmesi açısından büyük bir başarıdır. Antlaşma'nın günümüzde uluslararası satımların büyük kısmına uygulandığı, bir satım sözleşmesinin taraflarına nispeten kesinlik ve öngörülebilirlik sağladığı, çok daha geniş kapsamlı ve karışık düzenlemeler içeren ulusal hukukları uygulanacak hukuk olarak seçmek zorunluluğundan bir anlamda kurtardığı söylenebilir⁶⁰.

Viyana Satım Antlaşması'nın Türkiye tarafından kabulüyle birlikte Türk satım hukuku çok başlı hale gelmiştir. Uluslararası satımlara Viyana Satım Antlaşması uygulanırken ulusal satımlara TBK, TTK ve TKHK hükümleri uygulanmaktadır. Ancak, ulusal hukuk düzenlemeleri Antlaşma ilkelerinden farklılık göstermekte olup özellikle yeknesaklığı sağlamak anlamında bunların, uluslararası uygulamalar ve genel kabul gören kurallarla uyumlu hale getirilmesinde fayda vardır⁶¹.

⁵⁹ Çalışkan, s. 82-83.

⁶⁰ Erdem, s. 149; Ferrari, *PIL and CISG*, s. 43-45, s. 115-116.

⁶¹ Atamer, s. 188; Erdem, s. 150.

CISG'in kısıtlı uygulama alanı nedeniyle milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasından kaçınılamayacağı aşikârdır. Nitekim, Antlaşma kapsamında açıkça kapsam dışı bırakılan durumlar (harici boşluklar) olabileceği gibi, Antlaşma kapsamı içinde olmakla birlikte düzenlenmeyen konular (dâhili boşluklar) da olabilmektedir. Ayrıca, dâhili boşlukların Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelerle doldurulması yöntemi de genel ilkelerin belirli ve kesin olmamasından dolayı amaçlananın aksine her konuda yeknesaklığı sağlayamamakta, bu durumlarda ulusal hukuklar devreye girmektedir. Bu nedenle, yeknesaklaşma için ulusal hukukların birleştirilmesi, ancak CISG benzeri yeknesak maddi düzenlemelerin yanı sıra yeknesak milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin de yapılmasıyla mümkün olabilir. Hâlihazırda, uluslararası satım hukukuna ilişkin hem kanunlar ihtilafı hem de maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırma çalışmalarının sonucu yapılan tüm güncel düzenlemelere rağmen forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği durumlar söz konusudur⁶².

CISG m. 7 Antlaşma'nın en temel hükmü olup üzerinde en çok yazılan ve tartışılan konu durumundadır. Dâhili boşluğun tanımlanması ve boşluk doldurma meselesi, Antlaşma'nın geliştirilmesinde ve ticaret hayatının güncel gereksinimlerine uyarlanmasında önemli bir araçtır. Eğer Antlaşma'nın yeknesak yorumu yapılamazsa Antlaşma'nın ticaret hayatındaki öngörülebilirliği sağlama amacı gerçekleşemez ve Antlaşma'nın geliştirilmesi mümkün olamaz⁶³.

CISG'in yeknesak yorumlanması ve uygulanması için getirilen CISG m. 7 hükmüne rağmen uygulamada ulusal yargı mercilerinin bu kuralı ne kadar dikkate aldıkları tartışmalı bir konudur. Çünkü hâkimler iş yoğunluğu nedeniyle ulusal mevzuatlarındaki yenilikleri dahi yeterince takip edemezken yabancı mahkeme kararlarını ve doktrini takip ederek önlerindeki meseleyi bunların ışığında çözmeye çalışmaları neredeyse imkânsızdır. Bunun önüne geçmek ve yabancı hukuka ulaşmayı

⁶² Ferrari, *PIL and CISG*, s. 116; Schwenzer, *Gap-filling*, s. 118; Wethmer Lemmer, s. 283, 298-299; Zwinge, s. 234.

⁶³ Schwenzer, *Gap-filling*, s. 115.

kolaylaştırmak için çeşitli kurumlar ve elektronik kaynaklar oluşturulmuştur⁶⁴.

Sonuç olarak, günümüzde uluslararası ticaretin ve satım sözleşmelerinin hacmi düşünülürse Viyana Satım Antlaşması'nın doğru yorumlanması ve yaygın olarak uygulanması yolunda hukukçulara büyük bir görev düşmektedir. Türk mahkemelerinin önüne uluslararası satıma ilişkin bir uyuşmazlık geldiğinde hâkimin öncelikle uyuşmazlığın CISG kapsamına girip girmediğini tespit etmesi gereklidir. Eğer CISG'de bu uyuşmazlıkla ilgili bir çözüm yoksa uyuşmazlığı ulusal hukuk metinleriyle değil bu çalışmada ele alınan CISG m. 7 (2) hükmünde öngörülen yöntemle çözümlmelidir. Diğer deyişle, uyuşmazlığı Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde son çare olarak MÖHUK uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlmelidir.

⁶⁴ Kasap, s. 137.

KAYNAKÇA

Arlanoğlu, Cansu İste, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Beşinci Madde Hükmünün İncelenmesi”, Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 91-99.

Atamer, Yeşim, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Inceoğlu, Murat M. (Ed.), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 187-221.

Ayoğlu, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, 2. bs., Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011.

Aydın, Öztürk, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Dördüncü Madde Hükmünün İncelenmesi”, Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 67-91.

Çalışkan, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilaflı Meseleleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Dennis, Michael J., “Modernizing and Harmonizing International Contract Law: the CISG and the UNIDROIT Principles Continue to provide the Best Way Forward”, *Uniform Law Review*, Oxford, 2014, Vol. 19, s. 114-151.

DiMatteo, Larry A., “CISG as Basis of Comprehensive International Sales Law”, *Villanova Law Review*, Villanova, 2013, Vol. 58, s. 691-721.

Djordjevic, Milena, “Article 4”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 62-89.

Erdem, Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Şıpka, Şükran / Yıldırım, Ahmet Cemil (Ed.), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Ferrari, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention (“CISG Application”)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.

Ferrari, Franco, “Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG’da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler”, Atamer, Yeşim M. (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (“CISG Gap-filling”)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 37-83.

Ferrari, Franco, “PIL and CISG: Friends or Foes?”, Şıpka, Şükran / Yıldırım, Ahmet Cemil (Ed.), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri (“PIL and CISG”)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 43-117.

Hachem, Pascal, “Applicability of the CISG – Articles 1 and 6”, Schwenzer, Ingeborg / Atamer, Yeşim M. / Butler, Petra (Ed.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Eleven International Publishing, Den Haag, 2014, s. 31-43.

Haseski, Belkıs Melis, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Altıncı Madde Hükümü ile Bu Hüküm Bağlamında 12. ve 96. Madde Hükümlerinin İncelenmesi”, Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 99-113.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html>, Pace University Law School, Institute of International Commercial Law, CISG Database ("CISG Database") (erişim: 06.07.2015).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011DC0636>, Commission Communication on a Common European Sales Law to Facilitate Cross-border Transactions in the Single Market ("European Sales Law") (erişim: 06.07.2015).

http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html, Case Law on UNCITRAL Texts ("CLOUT") (erişim: 06.07.2015).

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, NY, 2010.

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, UNIDROIT Principles of International Contracts 2010, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 2010.

<http://www.unilex.info/>, Centre for Comparative and Foreign Law Studies, Database on CISG and UNIDROIT Principles ("UNILEX Database") (erişim: 06.07.2015).

Incoterms® 2010 English Edition by the International Chamber of Commerce (ICC), ICC Publication No. 715E, 2010.

Kasap, Gözde, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükmünün Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 113-141. Kaya, Cansu, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Lando, Ole / Beale, Hugh (Ed.), *The Principles of European Contract Law - Parts I and II by the Commission on European Contract Law*, 1999, Kluwer Law International Publications, The Hague.

Lando, Ole / Prüm, Andre / Clive, Eric / Zimmerman, Reinhard (Ed.), *The Principles of European Contract Law - Part III by the Commission on European Contract Law*, 2003, Kluwer Law International Publications, The Hague.

Magnus, Ulrich, "Interpretation and Gap-filling in the CISG and in the CESL", *Journal of International Trade Law and Policy*, Bingley, 2012, Vol. 11, No. 3, s. 266-280.

Mistelis, Loukas, "CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından", Atamer, Yeşim M. (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 7-25.

Mistelis, Loukas, "Article 1", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 21-39.

Mistelis, Loukas, "Article 6", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 99-111.

Mistelis, Loukas / Raymond, Anjenette, "Article 3", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 53-62.

Mistelis, Loukas / Ribeiro, John, "Article 5", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 89-99.

Özdemir, Fatma Özge, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Birinci Madde Hükmünün İncelenmesi”, Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 1-29.

Rençber, Erenalp, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın İkinci Madde Hükmünün İncelenmesi”, Giray, Faruk Kerem / Öztekin Gelgel, Günseli (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 29-43.

Schwenzer, Ingeborg, “Interpretation and Gap-filling under the CISG”, *Current Issues in the CISG and Arbitration (“Gap-filling”)*, Schwenzer, Ingeborg / Atamer, Yeşim M. / Butler, Petra (Ed.), Eleven International Publishing, Den Haag, 2014, s. 109-118.

Schwenzer, Ingeborg, “Divergent Interpretations: Reasons and Solutions”, *International Sales Law: A Global Challenge (“Interpretation”)*, DiMatteo, Larry A. (Ed.), Cambridge University Press, NY, 2014

Schwenzer, Ingeborg / Hachem, Pascal, “Md. 1-6”, Schwenzer, Ingeborg / Çağlayan Aksoy, Pınar (Ed.), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi: Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (“Md. 1-6”)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 155-259.

Schwenzer, Ingeborg / Hachem, Pascal, “Md. 7”, Schwenzer, Ingeborg / Çağlayan Aksoy, Pınar (Ed.), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi: Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (“Md. 7”)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 259-285.

Schwenzer, Ingeborg / Fountoulakis, Christiana / Dimsey, Mariel, *International Sales Law: A Guide to the CISG*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

Spohnheimer, Frank, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 39-53.

Tarman, Zeynep Derya, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Veneziano, Anna, "UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court", *Uniform Law Review*, Oxford, 2010, Vol. 15, s. 137-151.

Viscasillas, Pilar Perales, "Article 7", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas / Viscasillas, Pilar Perales (Ed.), Beck Publications, Munich, 2011, s. 111-142.

Wethmer Lemmer, Marlene, "The Vienna Sales Convention and Gap-filling", *Journal of South African Law*, Johannesburg, 2012 / 1, s. 274-299.

Zeytin, Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG*, 2. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Zwinge, Tamo, "The United Sale Convention: Delimitation, Influences and Concurrent Application of Domestic Law", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Richmond, 2011, Vol. 10: 2, s. 227-258.

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARADEMİR

MAKALELER

TİCARET HUKUKU YÖNÜNDEN E-FATURA UYGULAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

▪ Av. Murat EREN, Arda VURAL (SMM)

Özet: Günümüz teknolojisinin yardımıyla tacirler açısından günlük ticari işlemlerin yürütülmesinde hayati önem taşıyan “Fatura” artık matbu basılı olmaktan çıkartılmış, Vergi Usul Kanununda yapılan değişiklik ve çıkartılan uygulama tebliği ile Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB)’nin düzenleme ve gözetiminde, elektronik ortamda imzalanıp gönderilmeye ve teslim alınmaya imkân verecek hale getirilmiştir. Çalışmamızda mevcut e-fatura uygulamasının özellikle ispat külfeti yönünden ticari hayatta yarattığı sorunlardan ve bu yönüyle vergi mevzuatı ile ticaret hukuku ile arasındaki çelişkiden bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: e-fatura, e-faturaya itiraz edilmesi, e-fatura red / iade, fatura ispat külfeti, VUK Tebliğ No.447

Abstract: As per the amendments done in the Turkish Tax Procedural Law and the related Communiqués, “Invoices” which are crucially important documents for traders during operating daily commercial activities, have become eligible to be signed, sent and received electronically under the regulation and supervision of Turkish Revenue Administration (GİB) and these may not be paper based any further. The commercial disputes -especially in respect to the onus of proof issues- triggered by the current e-invoice application, and the conflict between tax legislation and trade law are comprehended in our study.

Keywords: e-invoice, dispute on e-invoices, e-invoice rejection/return, onus of proof for e-invoices, Tax Procedural Law Communiqué No.447

Tacirler arasındaki ticari ilişkilerin internet ve ulaşım ağlarının gelişmesi, tüketim alışkanlıklarının değişmesi sonucunda ticaret ve vergi hukukunun temelini teşkil eden belgelerin oluşturma, muhataba iletme ve ticari kayıtlara işleme usullerinde büyük değişiklikler meydana gelmiştir.

Bu belgelerin en önemlisi, alınan mal ve hizmetin miktar ve bedelini belgeleyen, hem ticaret hukukunun hem de vergi hukukunun ayrı ayrı hüküm ve sonuç bağladığı doküman olan “Fatura”dır. Bu belge basılı olarak tanzim edilip muhataba belli süreler içinde yollanıp, karşılıklı ticari defterlere işlenmesi sonucu gerek vergi hukuku gerek ticaret hukuku işlemlerinde kullanılmaktadır. Bu uygulama Türkiye’de yaklaşık 60 yıllık gelişim sürecine sahip olup, oturmuş bir pratiği bulunmaktadır.

Ancak günümüz teknolojisinin de yardımıyla tacirler açısından basit ama çok önemli olan bu belge artık basılı olmaktan çıkıp Vergi Usul Kanununda yapılan değişiklik ve çıkartılan uygulama tebliği ile Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB)’nin düzenleme ve gözetiminde, elektronik ortamda imzalanıp gönderilmeye ve teslim alınmaya imkân verecek hale getirilmiştir.

Bahsi geçen düzenleme ışığında çalışmamızda mevcut e-fatura uygulamasının ticari hayatta yarattığı ihtilaflardan ve bu yönüyle vergi mevzuatı ile ticaret hukuku ile arasındaki çelişkiden bahsedilecektir.

I. E-Fatura Uygulaması

06.06.2008 tarih ve 26898 Sayılı (Mükerrer) Resmi Gazetede yayımlanan 5766 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanunu (VUK)’nun Mükerrer 242. Maddesi değiştirilmiş olup bu değişiklikle Maliye Bakanlığı; elektronik defter, kayıt ve belgelerin oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması ve düzenlenmesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, elektronik ortamda tutulmasına ve düzenlenmesine izin verilen defter ve belgelerde yer alması gereken bilgileri internet de dahil olmak

üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında Maliye Bakanlığına veya Maliye Bakanlığının gözetim ve denetimine tabi olup, kuruluşu, faaliyetleri, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenecek olan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir şirkete aktarma zorunluluğu getirmeye, bilgi aktarımında kullanılacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu Kanun kapsamına giren işlemlerde elektronik imza kullanım usul ve esaslarını düzenlemeye ve denetlemeye yetkili kılınmıştır.

Maliye Bakanlığı söz konusu yetkisini kullanarak sırasıyla 397,416,421,424,433,447 ve 448 No’lu VUK Tebliğleri ile e-fatura uygulama esaslarını düzenlemiştir. Öte yandan uygulamayla ilgili teknik açıklamalar ve standartları ise 397 No’lu VUK Tebliğ’inde atıfta bulunan internet sitesindeki (<http://www.efatura.gov.tr>) kılavuzlar aracılığıyla kamuoyunun bilgisine sunmuştur.

Kağıt baskı halinde kullanılan faturalardan farklı olarak bahsi geçen kılavuzlarda açıklandığı üzere Bakanlık, mükelleflere “temel senaryo” ve “ticari senaryo” olmak üzere iki tür e-fatura düzenleme olanağı getirmiştir. Bu iki tür arasında hangisinin uygulanacağı e-faturayı düzenleyen/satıcı tarafın kendi iradesine bırakılmıştır. Ticari Senaryo türündeki faturalar için alıcı tarafın Gelir İdaresi Başkanlığı’nın e-fatura sistemi üzerinde gerektiğinde faturayı “red” veya “iade” imkanı tanınırken; temel senaryo için benzer teknik bir imkan sağlanmamıştır.

Kılavuzlarda yapılan açıklamalar uyarınca, “temel senaryo” türündeki bir e-faturanın reddi veya iadesi durumunda, bu işlemin alıcı tarafından “harici yollarla” gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Burada “harici yollarla” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği çok açık olmamakla birlikte, mevcut ticaret ve genel hukuk hükümleri ışığında kağıt faturalar için uygulanan red/iade prosedürleri örnek alınabilir. Nitekim uygulamada mükellefler noter, iadeli taahhütlü posta veya kayıtlı elektronik posta (KEP) aracılığıyla gerektiğinde bu tür e-faturalara itiraz edebilmektedirler.

Ancak, hangi senaryo türünde olursa olsun, alıcıların kendilerine düzenlenen e-faturalar için hangi sürelerde itiraz etmesi gerektiği konusu günlük ticari hayatta taraflar arasında ihtilaflara sebep olabilmektedir. Bu ihtilafların çözümünün ticaret hukuku mevzuatı yerine salt vergi mevzuatında veya Maliye Bakanlığı'nın yönlendirmelerinde aranıyor olması ise ne yazık ki uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir yanılgıdır. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın e-fatura portalı üzerinde yer alan uygulamasında, faturaların iletim tarihini **sekiz gün geçtikten sonra** alıcı tarafından gönderilen red/iade yanıtlarını kabul etmediğini belirten uyarı yazılarına yer veriyor olması ise bu yanılgıları daha da körüklemektedir. Nitekim, son olarak 4 Nisan 2015 tarihli 447 No'lu VUK Tebliğ'nin 3. Bendinin son fıkrasında *“Elektronik fatura uygulamasına dâhil olan mükelleflerin, elektronik fatura uygulamasına kayıtlı olan diğer mükellefler tarafından gönderilen elektronik faturaları almaları zorunludur. Bu zorunluluğa uymayan mükellefler hakkında Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinde belirtilen fatura almayan mükelleflere tatbik olunan cezai hükümlerin uygulanacağı tabiidir.”* düzenlenmesi yapılmıştır.

Gelir İdaresi Başkanlığının bu düzenlemesi ve uygulamaları, ihtilaflı faturaların alıcının ticari kayıtlarına işlenmesi yönünde bir dayatma olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu düzenlenmenin Türk Ticaret Kanunu (TTK) 'nın 21. Maddesinin 2.fıkrasında yer alan; **“Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır.”** hükmüne dayandırılması da mümkün değildir. Zira, aşağıda açıklanacağı üzere bu hükmün uygulanabilmesi için bir takım koşullar vardır ve yarattığı sonuçlar bakımından da esasen işlemin özüne bakılmadan peşin bir yargıya varılmamalıdır.

II. E-Fatura Uygulamasında Vergi Hukuku - Ticaret Hukuku İlişkisi

Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda “Fatura” kavramı tarif edilmiş, sadece fatura tanzim etme ve verme mükellefiyeti sıralanarak fatura mündericatinin kabulü ile faturaya itirazın nasıl gerçekleştirileceği dü-

zenlemiş ve dolaylı olarak fatura kaynaklı **ispat külfetine** değinilmiştir. “Elektronik fatura (E-fatura)” ile ilgili olarak ise TTK’da sadece (Md. 1525-1) aşağıdaki şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Tarafların açıkça anlaşmaları ve 18 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder.”

Buna karşılık Vergi Usul Kanunu ve ilgili vergi mevzuatında faturanın tanımı, şekli unsurları, ticari kayıtlara işlenme şekilleri bu kurallara uyulmamasının yaptırımları çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve kurallara bağlanmıştır.

“Bu durumda tacirler arasında kullanılan bu belgenin temelini teşkil eden Ticaret Kanunu mu yoksa faturayı mali bir belge olarak gören Vergi Usul Kanunu hükümlerine mi üstünlük tanınacaktır?”

Fatura TTK yönünden tacir olmanın sonuçları arasında yer aldığı için, tacirler dışındaki mükellefler arasındaki faturalaşma işlemlerine yönelik olarak salt vergi mevzuatı hükümleri uygulanabilir. Ancak, tacir sıfatına haiz gerçek ve tüzel kişiler için hem TTK hem de vergi mevzuatına başvurularak ilgili hükümler kendi kanunlarına özgü anlam ve amaçlarına uygun olarak kullanılmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, E-Fatura ile ilgili olarak da vergi mevzuatında yapılan özel düzenlemelerin ticaret hukuku açısından doğuracağı hüküm ve sonuçlar belirli sınırlarda kalacaktır. Nitekim, TTK’da zaten özel olarak düzenlenmiş (fatura itiraz koşulları gibi) bazı hükümlerin, vergi mevzuatında TTK’ya herhangi bir atıfta bulunulmaksızın ayrı ve özel hükümlerle düzenlenmesi, sınırlandırılması veya değiştirilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi bir yorum oldukça önemli bir çelişkiye

sebebiyet verecektir ki; aslen Kanun koyucunun ticari hayatı ve ilişkileri düzenlemeye yönelik bu derece önemli bir yetkiyi Vergi Usul Kanunu'na eklenen çok dolaylı hükümlerle Maliye Bakanlığı'na verme niyeti taşıdığı kanaatinde de değiliz. Dolayısıyla da hali hazırda e-fatura ile ilgili olarak yukarıda bahsi geçen hüküm dışında TTK'da özel düzenleme bulunmadığı için, ticaret hukuku yönünden konu genel olarak fatura ile ilgili hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

III. Faturanın Ticaret Hukuku ve İspat Hukuku Açısından değerlendirilmesi

Türk Ticaret Kanunu (TTK) faturanın kesilmesine, tebliğine ve ticari kayıtlara alınmasına bazı hüküm ve sonuçlar bağlamıştır.

TTK'nın 21. Maddesinin 1. Fıkrasında “*Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla da TTK kapsamında faturadan söz edilebilmesi için, taraflar arasında önceden alım-satım, hizmet, üretim ve benzeri sözleşmeden doğan bir ilişki kurulmuş olması zorunludur. Bu hükümden hareketle ticaret hukuku doktrininde fatura, sözleşmenin şartlarını tespit eden değil, tespit edilmiş olan şartların bir kısmını gösteren ve bunları belirli şartlarla tevsik eden bir belge olarak nitelendirilmiştir.

Aynı maddenin 2. Fıkrasında yer alan hüküm ile ise faturanın ispat vasıtası olma niteliğine bir adi kanuni karine bağlanmıştır. Buna göre, TTK 21/2. maddesi gereği faturayı alan kişi **sekiz günlük süre içinde faturanın içeriğine (münderecatına)** itiraz etmemesi halinde fatura içeriğini kabul etmiş sayılmaktadır. Diğer bir ifade ile faturayı alan kişi süresinde itiraz etmemiş ise **faturanın içeriğinin aksini ispat külfetini yüklenecektir.** Başka bir ifade ile itiraz etmeyen muhatap, faturada yer alan bilgilerin **doğru olmadığını, geçerli vasıtaları kullanarak (ticari kayıt, ticari defter, makbuz, sevk irsaliyeleri, mutabakat mektupları, depo kayıtları, ticari ihbar ve ihtarnameler) ispatlamak yükümlülüğü altına girmektedir.**

Fatura içeriği, yukarıda izah edilen ispat külfetine yönelik karinenin uygulama kapsamı açısından önemlidir. Nitekim içerikten sayılmayan / mutata olmayan bir kayda (Vade farkı, hizmet bedeli, iade faturası) TTK 21. maddede yer alan karinenin uygulanmasının hukuki mesnedi bulunmamaktadır. Ancak temel borç ilişkisinin dayanağı olan sözleşmede düzenlenen bir husus var ise (Örneğin vade farkı uygulanacağı, ilave ciro primi veya hizmet bedeli tahsil edileceği sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa) fatura edilebilir ve istenebilir bir hakka dönüşecektir.

Sonuç olarak fatura içeriği dışında olan bir hususun talep edilebilmesi için mutlaka bir sözleşme olmalı veya taraflar arasında daha önceki ticari ilişkilerde bu husus teamül haline gelmiş, başka bir deyişle benimsenmiş olmalıdır. TTK 21. Maddedeki bu karene kanun lafzında açıkça “fatura içeriği” ne özgülenmiştir. **Fatura içeriğinde bulunması olağan olmayan ve bu konuda teamülde bulunmayan hususlara itiraz edilmemesi kanuni karinenin uygulanmasına ve ispat külfetinin yer değiştirmesine imkan tanımamaktadır.**

Öte yandan **faturaya itiraz edilmemesi her halükarda faturaya sözleşme niteliği de kazandırmamaktadır.** Bu haliyle fatura tebliği, teyit mektubu tebliğinden farklı bir sonuç doğurur. **Söz konusu kanuni karene, faturaya yazılması mutata olan hususlara özgü olmak üzere sadece ispat külfetinin yer değiştirmesini sağlayabilir¹.**

Ayrıca, ticaret hukuku doktrinde genel kabul gördüğü üzere faturaya itiraz için öngörülen **sekiz günlük süre**, hak düşürücü veya zamanasını süresi değildir. Zira kanunda düzenlenen bu süreye adi kanuni karinenin hüküm ifade edebilmesi için yer verilmiştir. Dolayısıyla bahse konu sürenin temel borç ilişkisine herhangi bir etkisi bulunmadığı için tacir olan **tarafların anlaşmaları ile bu sürenin uzatılması veya kısaltılması da hukuken mümkündür.**

¹ T.C.YARGITAY11. HUKUK DAİRESİ. 2004/7832K. 2005/4738T. 5.5.2005“Oysa, faturanın içeriğine 8 gün içerisinde itirazda bulunulmadığı takdirde sadece faturada belirtilen verilerin doğru olduğu karinesi doğar; yoksa faturanın verilmesine neden olan iş veya hizmetin de yapılmış olduğunun kabulü anlamını taşımaz. Uyuşmazlık halinde, işin yapılmış olduğunun kanıtlanması gerekir. Ayrıca, davalıya tebliğ edilmiş olan fatura içeriğinin kesinleşmesi söz konusu olamaz. Faturanın deftere kaydı taşımanın gerçekleştiğine yalnızca karene teşkil eder. Bu karinenin aksinin ispatı her zaman olanaklıdır.”

IV. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar ışığında E-Faturanın hüküm ve sonuçlarını ticaret hukuku açısından değerlendirdiğimizde:

- E-Fatura ile ilgili TTK'da yer alan tek düzenleme olan 1525/1. Madde uyarınca, **tarafların açıkça anlaşmaları** şartıyla faturaların elektronik ortamda düzenlenebileceği, yollanabileceği, itiraza uğrayabileceği ve kabul edilmişse hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Ancak, taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın vergi mevzuatı ve GİB düzenlemeleri gereği e-fatura göndermek ve almak zorunda olan tacirler için olası ticari ihtilaflarda nasıl hareket edilmesi gerektiği açık değildir.

- Aynı şekilde, elektronik ortamda oluşturulan faturalara yapılacak itirazlarla ilgili olarak yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı gibi 447 No'lu VUK Tebliği'nin son fıkrasında yer alan ("*Elektronik fatura uygulamasına dâhil olan mükelleflerin, elektronik fatura uygulamasına kayıtlı olan diğer mükellefler tarafından gönderilen elektronik faturaları almaları zorunludur.*") düzenleme ve sekiz günlük süre kısıtı tartışmaları beraberrinde getirmektedir. Nitekim, haksız veya mesnetsiz kesilen faturalara karşı alıcının itiraz hakkını ve imkanını elinden alan; haksız faturaların her halükarda alıcının ticari kayıtlarına alması gerektiği yönünde dayatmalarda ve telkinlerde bulunan mevcut uygulamaların Vergi ve Ticaret Hukuku ilişkisinde, dolayısıyla da kanunlar hiyerarşisinde çelişki yarattığı kanaatindeyiz.

- Ticari hayatta yakın gelecekte doğabilecek sıkıntılı süreçlerin ve uyuşmazlıkların bertaraf edilmesi adına bugünden bazı cevapların verilmesi en azından tartışmaya açılmasının uygulamaya ve ileride yaşanacak ihtilafların çözümüne büyük katkı sağlayacağına inanıyoruz.

KAYNAKLAR

“Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti”; **Oğuz Kürşat Ünal**; **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Aralık 1997. C.1.**

“Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi”; **Özlem Tüzüner**; **Ankara Barosu Dergisi C .1 2011/4.**

“Elektronik Fatura (E-Fatura) Düzenlenmesi İletilmesi, Muhafaza ve İbrazi Usul ve Esasları”; **Mustafa İnanç**; **Mali Çözüm Eylül-Ekim 2010.**

“Vade Farkı Kaydı Fatura Münderatından Sayılır mı?”; **Oğuz Kürşat Ünal**; **Gazi Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi Harican 1999 C.3.**

“Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçerğine İtiraz”; **Mehmet Özdamar**; **Ankara Barosu Dergisi 2008/1.**

“E-Fatura Sisteminde Faturaya İtiraz”; **Rüknettin KUMKALE**, <http://www.alomaliye.com/2014/ruknettin-kumkale-e-fatura-sisteminde-faturaya-itaraz.htm> **22 Nisan 2014**

“Vergi Hukuku, Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar”: **Sadık Kırbaz**; **Ankara 1996.**

“Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti”; **Oğuz Kürşat Ünal**; **Ankara 2003**

Av. Murat EREN, Arda VURAL (SMM)

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA İHTİYATİ TEDBİR SORUNU

-Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 01.04.2009 tarihli
2009/11432 E. 2011/2072 K. sayılı İctihadının İncelenmesi-

▪ Av. Zeynep VİLDAN AKKAYA

Özet: Günümüzde özellikle alacaklı ve borçlu birbirlerinin ticari yaşamlarını ve ödeme güçlerini yeterince bilmiyor iseler, karşılıklı edimlerin alacak ve borçlu arasında garanti altına alınması konusunda başvurulacak en güvenli yöntem bir gayri nakdi ödeme aracı olarak banka teminat mektuplarıdır. İşbu karar incelemesinde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere teminat mektubu banka tarafından muhataba hitaben düzenlenmektedir. Bankalar, teminat mektupları ile asıl sözleşmenin alacaklısı olan muhataba, borçlu konumunda olan lehtarın edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde ortaya çıkabilecek zararları karşılamayı taahhüt etmektedirler. Bankalar kendi ticari itibarlarının zedelenmemesi açısından ilk talepte ödeme kaydını, teminat mektubunun içeriğinde bulundurmakta ve bu durum da teminat mektubunun kötüniyetli olarak paraya çevrilmesi riskini doğurmaktadır. Bu riskin önüne geçilebilmesi, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenilebilmesi amacıyla lehtar tarafından muhataba yönelik olarak ihtiyati tedbir kararının alınması mümkün olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Banka Teminat Mektupları, Lehtar, Muhatap, İhtiyati Tedbir, Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, İlk talepte ödeme kaydı, Kefalet sözleşmesi, Garanti sözleşmesi, icra takibi, Temerrüt faizi,

Abstract : Today, particularly if creditor and debtor doesn't know enough regarding each other's commercial life and doesn't aware of their purchasing powers, safest solution to guarantee actions of each other's mutual debts and credits would be letter of guarantee, which is a non-cash payment method. Letter of guarantee has been issued by the bank in favor of the interlocutor and this will be explained in detail at this article. Banks commits to interlocutor, who is the recipient of letter of guarantee and the original contract, and to debtor beneficiary, whose losses may arise due to not breach his actions properly. In terms of their commercial reputations, banks keep the first request for payment record in the context of letter of guarantee and this raises the risk of conversion this letter to cash. In order to avoid this risk, it is possible to be taken preliminary injunction decision by beneficiary to interlocutor on purpose of avoiding conversion of the letter of guarantee to cash.

Keywords: Bank letter of guarantee, beneficiary, interlocutor, preliminary injunction, Legal Status of Letter of Guarantee ,In the first request for payment record, contract of surety, contract of guaranty, Executive proceeding, Default interest,

I. KARAR

“ Davacı vekili, müvekkili ile dava dışı Bayındır İnşaat A.Ş. arasında Pakistan Otoyolu Projesinin Islamabad-Peshawar bölümünün yapımı için bir otoyol yapım sözleşmesi imzalandığını, bu çerçevede müvekkilince anılan şirkete (2.523.009.751,70) Pakistan Rupisi (ile bu davanın konusu olmayan (96.645.563,50) USD) tutarında tedarik avansı verildiğini, bu paranın geri ödenmesini garanti altına almak amacıyla dava dışı İş Bankası A.Ş.’nin lideri ve temsilcisi davalı bankaların da ortağı bulunduğu konsorsiyumdan iki adet avans teminat mektubu alındığını, müteahhidin yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine sözleşmenin haklı nedenlerle feshedildiğini, müteahhidin hak edişleri düşüldükten sonar bakiye (1.871.245.548,20) Pakistan Rupisi’nin derhal ödenmesi için müvekkilince konsorsiyum temsilcisine keşide edilen ihtarnameye rağmen ödeme yapılmadığını ileri sürerek, her bir davalı için ayrı ayrı hissesine düşen ve dava dilekçesinde belirtilen miktarlarda ana para ve 27.04.2001 temerrüt tarihinden itibaren işlemiş faiz alacağının, ana para kısmına dava tarihinden itibaren avans faizi uygulanmak suretiyle davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, ayrı ayrı davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, dava konusu teminat mektubu metninde davalı bankaların katılım yüzdelerinin ve miktarlarının açıkça belirtildiği ve davalıların teminat mektubu bedelini kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünde bulundukları, teminat mektuplarının asıl borç ilişkisinden bağımsız, garanti sözleşmesi niteliğinde bir ödeme taahhüdü olduğu, bu nedenle tazmin için başvurulduğunda, teminat mektubu bedelinin derhal ödenmesi gerektiği, davacının Bayındır İnşaat A.Ş.’nin edimini yerine getirmediği gerekçesiyle otoyol yapım sözleşmesini feshedip 27.04.2001 tarihinde teminat mektubunun tazmini için İş Bankası A.Ş.’ye müracaat ettiği, anılan banka hakkındaki davacının açtığı itirazın iptali davasının kabulüne karar verilip temyiz incelemesinden geçerek kesinleştiği, bu kararla teminat mektubunun kesin teminat mektubu olduğunun anlaşıldığı, buna göre davalıların te-

minat mektubunda belirtilen katılım payları ve miktarları üzerinden davacıya karşı sorumlu bulundukları, teminat mektubunun tazmininin önlenmesi amacıyla ihtiyati tedbir kararı verilmişse de kararın 12.09.2003 tarihinde kaldırıldığı, davacı ile Bayındır İnşaat A.Ş arasındaki uyuşmazlığın halli için uluslararası hakem heyetinde devam eden davanın sonucunun beklenmesine gerek görülmediği , dava dışı İş Bankası A.Ş'nin konsorsiyumun temsilcisi olduğu, davacının 27.04.2001 tarihinde anılan bankaya başvurusu ile davalı bankaların tazmin borcunun sadece muaccel olacağı ,temerrüdün ise BK'nın 101/1. maddesi uyarınca davalıların alacaklı tarafından yapılacak bildirim ile gerçekleşeceği ,buna göre davalıların 16.09.2002 icra takip tarihinde temerrüde düştükleri gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne ,her bir davalı yönünden kararda belirtilen asıl alacak ve faiz alacağının ,asıl alacak miktarlarına dava tarihinden itibaren uygulanacak avans faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı ,taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava açan yabancı ,MÖHUK 32.maddesi uyarınca teminat göstermek zorundadır.Bu husus dava koşudur. Ancak somut olayda ,karar tarihinden önce 11.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi ile akit devlet vatandaşlarının ve tüzel kişilerin teminat gösterme yükümlülüklerinin bulunmadığı kararlaştırılmış olup, davacının anılan uluslararası sözleşme gereğince teminat gösterme yükümlülüğü de ortadan kalkmıştır. Dava şartının davanın açılmasından sonra gerçekleşmesi halinde engel kalkar. Dairemiz aynı davacı ile ilgili 11.06.2007 tarih ve 2006/6131 Esas 2007/8889 Karar sayılı ilamında da, davacının teminat göstermekten muaf olduğu sonucuna varmıştır.

Diğer yandan davacının takip talebindeki tercihi ile bağlı olması nedeniyle alacağını ancak yabancı para cinsinden isteyebileceğine ilişkin davalıların itirazları doğru ise de, somut uyuşmazlıkta talep edilen Pakistan Rupisi'nin Türkiye'de tedavülünün bulunmaması nedeniyle 3095sayılı kanunun 4/a maddesinin uygulanması mümkün olmadığına

dan, mahkemece davacının anılan yabancı para cinsinden asıl alacağı-
nın, temerrüt tarihi itibarıyla TL karşılığına avans faizi yürütülmesinde
bir isabetsizlik yoktur.

Ayrıca davacı tarafından sunulan dava dilekçesinde ve yargılama
boyunca sunduğu diğer tüm dilekçelerde, davalılardan payları oranında
tahsil talebinde bulunulması karşısında, mahkemece bu yönde hüküm
tesisi de doğrudur.

Yine dava konusu teminat mektubunun, “*kayıtsız şartsız ilk ödeme*”
koşulunu içermesi ve esasen teminat mektuplarının BK’nın 110.mad-
desi gereğince asıl borç ilişkisinden bağımsız bir taahhüt, dolayısıyla ga-
ranti sözleşmesi niteliği taşıması karşısında, otoyol yapım sözleşmesinin
 tarafları olan muhatap ve lehtar arasındaki tahkim davasının sonucunun
 beklenmesine, diğer bir anlatımla sözleşmedeki edimlerin yerine getiri-
 lip getirilmediğinin, teminat mektubunun tazmin istemi açısından araş-
 tırılması gerektiğine yönelik davalı taraf savunması da yerinde değildir.
Buaçıklamalarave davadosyasıiçerisindekibilgiwebelgelere, mahkemeka-
rarının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde
usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm
ve davalılar vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan ve ye-
rinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Ancak dava, teminat mektubu bedelinin temerrüt faiziyle birlikte
davalılardan sorumluluk payları oranında tahsili istemine ilişkindir.
27.04.2001 tarihinde dava dışı İş Bankası A.Ş’ye ulaşan ilk tazmin ta-
lebini havi ihtarnamenin usulsüz olduğu, Dairemizin 18.05.2010 tarih
ve 2008/10422 Esas 2010/5533 Karar sayılı ilamı ile tespit edilmiş ve
bu husus anılan davanın tarafları arasında kesinleşmiştir. Dolayısıyla
anılan ihtarnamenin işbu davada da bir sonuç doğurabilmesi mümkün
değildir. Yine davalılar hakkında icra takibine girilmeden önce ihtiyati
tedbir kararı verildiğinden, davalıların icra takip tarihinde de temerrüde
düşmeleri söz konusu olamaz. Zira ihtiyati tedbir kararına rağmen öde-
me yapmaları halinde lehtara karşı sorumlulukları doğacağından, davalı
bankaların muhataba ödeme yapmama hakları vardır. Bu durumda da-

valı bankaların temerrüdü anılan ihtiyati tedbir kararının kalktığına davalılara bildirildiği tarihte, eğer davacı tarafından davalılara daha sonraki bir tarih için atıfet mehili verilmişse bu tarihte başlayacaktır. O halde mahkemece davalıların temerrüt tarihinin yukarıda açıklanan şekilde tespit edilmesi gerekirken, 16.09.2002 icra takip tarihi olarak tespiti doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

3- Ayrıca mahkemece 07.12.2006 tarihinde davacıdan, her bir davalı için ayrı ayrı talep ettiği asıl alacak ve faiz alacağı toplamı üzerinden harç alınmış, diğer bir deyişle davacı tarafından işbu dava da talep edilen işlemiş faiz alacağı da müddeabihe dahil edilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalılar yararına takdir edilecek vekalet ücretinin de her bir davalı yönünden reddedilen asıl alacak ve faiz alacağı toplamı üzerinden hesaplanması gerekirken, karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT hükümlerine göre hükmedilmesi gerekenden çok daha az miktarlarda vekalet ücreti takdiri dahi doğru olmamış, hükmün kabul şekli bakımından da bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) no’lu bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin tüm ve davalılar vekillerinin diğer temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) ve (3) no’lu bentlerde açıklanan nedenlerle davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalılar yararına BOZULMASINA oybirliğiyle karar verilmiştir¹.

II. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

İnceleme konusu kararda temel olarak çözülmesi gereken hukuki problem; milletlerarası nitelikteki banka teminat mektuplarında bankanın muhataba yapacağı ödemenin bir geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati tedbir ile durdurulabilip durdurulamayacağıdır. Bu nedenle çalışmamızda banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ve banka teminat mektuplarında ihtiyati tedbir kararı verilebilmesinin usul ve esaslarına da yer verilmiştir. Kararda tartışılan konunun daha iyi anlaşıl-

¹ 11. HD, 01.04.2009, 2009/11432 E. 2011/2072 K. (yayımlanmamıştır).

labilmesi amacıyla tedbir talep edildikten sonra açılması gereken davanın niteliği ve bankanın ihtiyati tedbir kararına uymamasının sonuçları ile bu konudaki görüşlerimiz de bu çalışma kapsamında ele alınmıştır.

III. YARGITAY’IN GÖRÜŞÜ

A. Yargıtay’ın Genel Görüşü

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğini açıklayan Yargıtay’ın 1967 ve 1969 tarihli olmak üzere iki İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır. 1967 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre² “..Bankanın *sıfatı teminat veren olduğundan, taahhüdü* esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamen müstakildir. Bankanın *taahhüdü lehtarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü* olarak tecessüm eder “.

Teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin değerlendirme 1967 tarihli içtihadın kararın gerekçe kısmında yer almasına rağmen, sonuç kısmında yer almamış olması sebebiyle ilk derece mahkemeleri teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olduğu yönünde kararlar vermeye devam etmiştir. Bu durumun önüne geçilebilmesi amacıyla 1969 yılında Yargıtay ikinci bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir.

Yargıtay’ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında³ “..Teminat mektuplarının mahiyet itibarıyla Borçlar Kanunu’nun 110.maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın *filini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple parayı fiili taahhüt edilen üçüncü şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu isteyemeyeceğine* oy çokluğuyla karar verildi“ şeklindedir. Yargıtay’ın genel görüşünü anlatan bu iki içtihadı birleştirme kararı işbu karar incelemesinin temelini oluşturan banka teminat mektuplarının niteliğini de açıklamaktadır.

² YİBK, 13.12.1967 , 1966/16 E. , 1967/7 K. (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

³ YİBK, 11.06.1969 , 4/6. (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası)

Yargıtay'ın belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararlarından da anlaşılacağı üzere, banka teminat mektuplarının genel niteliğini garanti sözleşmesi şeklinde kabul etmektedir.

B. Yargıtay'ın Benzer Konularda Görüşü

Yargıtay 1967 ve 1969 yılında vermiş olduğu İçtihadı birleştirme kararlarını destekleyici şekilde ilerleyen süreçte de çokça karar vermiştir. Özellikle teminat mektuplarının ticari hayatta yaygınlaşması ile birlikte, teminat mektubunun banka tarafından muhataba kötüniyetli olarak ödenmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla yasal yollar başlatılmış buna bağlı olarak temerrüt faizi ihtiyati tedbir sorunu, icra takipleri ve esas hakkındaki davalar çokça gündeme gelmiştir.

Yargıtay'ın 1987 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında da *“..muhatabın tazmin talebi halinde lehdarın yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleme durumunda olmamasına ve derhal istenilen tutarı ödemesi gerekmesine, diğer taraftan lehdarın teminat mektubunun ödenmemesi için mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak ödemeyi engellemesi mümkün iken, bunu yapmayarak bu ihmalkar davranışlarının sonuçlarını yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir işlemde bulunmamış olan bankaya yüklenmenin yerinde olmadığına..”*⁴ belirterek ihtiyati tedbir kararı alınarak bankanın ödeme yapmasının durdurulabileceğine karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 tarihinde verdiği karara göre⁵ *“Türk mevzuatında Garanti Akdine ilişkin düzenleme mevcut olmakla birlikte, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu'nun 01.12.1967 gün 1966/16 esas, 1967/7 karar sayılı ve 11.06.1969 gün 1969/4-6 sayılı kararlarında açıklandığı ve öğretide baskın şekilde kabul edildiği gibi Banka Teminat Mektupları Garanti Akdi niteliğinde bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak banka, teminat mektubu vermekle bir asli*

⁴ 11.HD, 28.09.1987, 5096 / 4856 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁵ Y HGK, 14.11.2001, 11-996 / 1026 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

*borç yüklenmiş olmaktadır. Teminat borcunu öderken kendi borcunu öde-
miş olmaktadır. Banka mücbir sebepleri, beklenmeyen halleri, imkansızlığı,
lehtarın ölümünü, iflasını ileri sürerek tazmin talebini reddedemez. Banka
teminat mektubunun geçersiz olduğu, zamanaşımına uğradığı, mahkeme-
ce ödememe konusunda tedbir bulunduğu gibi sırf kendisine ait defileri ileri
sürmek suretiyle mektup bedelini ödemekten kaçınabilir.(...) Somut olayda
kesin teminat mektubu mahkemenin tedbir kararı bulunmadığı 26.08.1999
tarihinde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurunun
yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken hiçbir neden ileri sürme-
den ödemeden kaçınmış, daha sonra da bir gün sonra verilen mahkeme ted-
bir kararını bu ödememeye gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen
tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı
açıktır.”.*

Yine Yargıtay 2011 yılında vermiş olduğu kararında⁶ icra takibi baş-
latılmadan önce ihtiyati tedbir kararının alınmış olması halinde temer-
rüt faizinin söz konusu olmayacağını ve ihtiyati tedbir kararına rağmen
banka tarafından muhataba ödeme yapılması halinde bankanın müşte-
risi lehtara karşı sorumlu olacağı belirtilmiştir. Şöyle ki : “Yine davalılar
hakkında icra takibine girilmeden evvel ihtiyati tedbir kararı verildiğin-
den, davalıların icra takip tarihinde de temerrüde düşmeleri söz konusu ola-
maz. Zira ihtiyati tedbir kararına rağmen ödeme yapmaları halinde lehda-
ra karşı sorumlulukları doğacağından, davalı bankaların muhataba ödeme
yapmama hakları vardır. Bu durumda davalı bankaların temerrüdü, anı-
lan ihtiyati tedbir kararının kalktığından davalılara bildirildiği tarihte, eğer
davacı tarafından davalılara daha sonraki bir tarih için bir atıfet mehili
verilmişse bu tarihte başlayacaktı.”.şeklindedir.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, Türleri

Banka teminat mektupları bir nesnel teminat olmayıp, kişisel

⁶ 11. HD, 01.03.2011, 2009/11432 E. 2011/2072 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

teminattır. Söz konusu ilişkide banka, temel borç ilişkisinin borçlusu durumunda olan lehtarın talebi üzerine muhataba, lehtarın edimini sözleşmenin koşullarına uygun olarak ifa edeceğini taahhüt etmekte, aksi takdirde uğrayacağı zararları karşılayacağı yönünde teminat vermektedir⁷. Teminat mektuplarının niteliğinin garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Kısacası banka teminat mektuplarında garanti veren banka, bankadan ödeme yapılması konusunda garanti isteyen lehtar ve garanti alan muhatap olmak üzere üç köşeli bir ilişki söz konusudur. Gerçek ve tüzel kişilerin garanti sözleşmelerinde garanti veren olmaları mümkünken uygulamada yalnızca bankaların garanti veren sıfatına haiz oldukları görülmektedir. Bankalar, temsile yetkili personelinin imzalarını taşıyan teminat mektuplarından da evleviyetle sorumludurlar. Bu ilişkiyi biraz daha açıklamamız gerekirse; garanti veren banka teminat mektubunda muhatap karşısında borçlu tarafını oluşturmaktadır. Muhatap ise garanti alan sıfatına haizdir ve garanti veren banka, müşterisi olan lehtar ile kredi ilişkisi çerçevesinde lehtarın isteği üzerine muhataba hitaben teminat mektubu düzenlemektedir. Teminat mektubu düzenlenmeden önce garanti veren banka ile garanti alan muhatap arasında herhangi bir hukuki ilişki mevcut değilken banka düzenlediği teminat mektubu ile lehtar ve muhatap arasındaki ilişki çerçevesinde lehtarın yükümlülüklerini yerine getireceğini banka garanti etmektedir. Lehtar ise banka tarafından teminat mektubunda eylemi muhataba karşı garanti edilen gerçek veya tüzel kişidir. Lehtar aynı zamanda bankaya teminat veren ve tazmin halinde bankanın başvuracağı, yani kredi ilişkisi kurulan kişidir. Teminat mektubu ile garanti edilen riskin doğup doğmaması ve kapsamı da lehtar ile muhatap arasındaki sözleşme ilişkisine yakından bağlıdır. Teminat mektuplarında sadece lehtarın tek başına garantör olduğu durumlar haricinde lehtarla birlikte veya lehtarın dışında bağımsız olarak üçüncü kişiler de garantör olabilmektedir. Bu kişiler kontrgaranti veren sıfatıyla anılmaktadırlar. Teminat mektubunun tazmini halinde, bankanın tazmin edilen

⁷ Doğan, Vahit ; Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2002, s.27.

tutarı geri almak için başvurabileceği kontrgarantiyi veren, lehtara kefil olan veya lehtara kullandırılan kredinin teminatı olarak taşınır veya taşınmaz malları rehin veren yurtiçi veya yurtdışı yerleşik gerçek veya tüzel kişilere denilmektedir.

Bankalar itibar müessesidir ve teminat mektupları ile itibarlarını ortaya koymaktadırlar. Teminat mektubunu düzenleyen bankalar belirli bir işin yapılacağını, bir borcun ifa edileceğini işi yapan kişiye garanti etmektedirler. Burada banka teminat mektuplarının garanti fonksiyonu üzerinde de durulması gerekir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'nda da belirtildiği üzere banka teminat mektuplarının niteliği garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Uygulamada garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmeleri karıştırılmaktadır. Dolayısıyla garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden farklarının da belirtilmesi işbu Yargıtay kararının anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Her iki tip sözleşme arasındaki temel farklılıklar şunlardır⁸.

➤ Kefaletin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı miktarın, kefaletin niteliğinin, kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile gösterilmesine bağlıdır. Garanti sözleşmesi ise özel bir şekle tabi değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yeniliği gözden kaçırmamak gereklidir. Türk Borçlar Kanunu 603. maddesi uyarınca⁹ kefalet-

⁸ Diğer farklar için bkz: **Reisoğlu**, Seza; Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4.bası, Ankara, 2003, s.74vd.4

⁹ 6098 sayılı TBK'nın 603. maddesi : “ Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.” Bu uğurda Yargıtay 11. HD'nin 2014/1231 E. 2014/7837 K. 25.04.2014 tarihli içtihadında : “ 6098 sayılı TBK'nın 584 maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecek olup, aynı Kanun'un 603. maddesine göre de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Aval de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefaletle benzemesi yönünden avale poliçe kefaleti ismi de verilmektedir (Prof. Dr. Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku Turhan Kitabevi 2. bası s.792). Bu nedenle, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK'nın 603. maddesi uyarınca aval de de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır. (Prof. Dr. İsmail Kırca-Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin izni s. 437; Prof. Dr. A. Zevkliler/Doç. Dr. K. Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B., Ankara 2013 s. 670; Doç. Dr. Burak Özen Kefalet Sözleşmesi,

tin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler kişisel güvence sağlama amacı güden garanti sözleşmesine de uygulanacaktır.

➤ Kefalet asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Garanti sözleşmesi ise asıl borcun varlık ve geçerliliğinden dava ve takip edilebilirliğinden bağımsızdır¹⁰.

➤ Kefil yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına kanune halef olduğu halde, garanti verenin kanundan doğan böyle bir halefiyet hakkı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak denilebilir ki; bankanın vermiş olduğu teminat ile temel ilişki birbirinden bağımsız ise banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinden söz edilmelidir. Buna karşın teminat ile temel ilişki birbiriyle bağımlı haldeyse kefalet sözleşmesi niteliği kabul edilmelidir. Dolayısıyla her somut olayda mektubun taşıdığı özellikler ve tarafların gerçek iradeleri araştırılmalı ve nitelendirme buna göre yapılmalıdır¹¹.

İnceleme konusu kararda adı geçen avans teminat mektupları da banka teminat mektuplarının bir türüdür¹². Avans teminat mektuplarının konusu müteahhitlere veya imalatçılara verilecek avansları bir bankanın garanti altına alması ile ilgilidir. Yargıtay'ın görüşünün aksine avans teminat mektubu kesin teminat mektubuna dönüştürülmemeli ve bu teminat mektuplarının birbirleri yerine tazmin edilmesi istenmemelidir¹³.

İstanbul 2012 Özen, s.50; Prof. Dr. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2014 s. 369-370.). Bu itibarla; mahkemece bu yön üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmektedir.” şeklindedir.

¹⁰ **Tandoğan**, Haluk ; Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, C.II, 3.bası, Ankara, 1987, s.812vd.

¹¹ **Gümrah**, Ali Toker ; “Yabancılık Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk” (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi), C.12, Özel sayı(Prof.Dr.Burhan Ceyhan’a Armağan) , İzmir, 2012, s.1008.

¹² Diğer türler için bkz: **Reisoğlu**; Teminat Mektupları,s.143vd.

¹³ 11 HD. 18.05.1999 , 2189/4122 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Banka teminat mektupları özellikle milletlerarası nitelik taşıyor ise, alıcı için olmazsa olmaz bir ödeme aracı niteliğine haizdir. Teminat mektubunun satıcı açısından rolü de sözleşmenin kurulmasında teminat mektubunun ibrazının sözleşmenin asli edimi olduğuna işaret etmesidir. Satıcı, borcun ifası ile ilgili uyuşmazlık çıktığı zaman alıcının hukukuna tabi olmaksızın banka teminat mektubu ile garanti altına alınan alacağını tahsil edebiliyorsa asıl sözleşme ilişkisine girmeye yanaşmaktadır¹⁴. Banka, teminat mektubu ile asıl borç ilişkisinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları dikkate almaksızın muhatabın talebi ile belirli bir miktar parayı ödeme borcu altındadır. Lehtar da bankadan teminat mektubu talep ederken muhatap tarafından bankaya yönelik olarak hukuka aykırı şekilde ödeme talep edilebileceğini bilecek durumdadır ve bu riski göze almaktadır. Bu nedenle muhatabın teminat mektubuna başvurmasının hukuka uygunluğu prensibinin de ancak ödeme yapıldıktan sonra tartışılması gereklidir¹⁵.

Teminat mektuplarına konulan kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünün incelenmesi hukuki açıdan önem arz etmektedir¹⁶. Bu kaydın konulması ile garanti veren banka asli ve bağımsız bir yükümlülük üstlenmektedir. Uygulamada bankalar, muhatabın ilk yazılı talebi üzerine lehtarın riskin doğmadığı veya gerçekleşme imkanı bulunmadığı itirazlarını dikkate almaksızın ödemede bulunmaktadırlar.

Bu kayıta dayanarak bankaların inceleme yükümlülüğünü yerine getirmeden ödeme yapmasının da bir nevi “*önce öde sonra dava et*” mantığı ile Türk Medeni Kanunu m.2’ye aykırı olarak kullanıldığı iddia edildiği için bankaların muhataba yönelik olarak ödeme yapması ihtiyati tedbir kararı ile durdurulabilmelidir. Teminat mektubunun muhatap tarafından paraya çevrilmesi talebinden önce lehtarca muhataba yönelik olarak alınmış olan ihtiyati tedbir kararı ile ödeme yapılmasının önüne geçilebilecektir.

¹⁴ Postacıoğlu, İlhan ; “ Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesi İhtiyati Tedbir Kararı ile Durdurulabilir mi? ”, (İdare Hukuk ve İlimler Dergisi), 1982/1-3 , s.186.

¹⁵ Erişir, Evrim ; “ İhtiyati Tedbir Türleri ”, (Doktora Tezi), İzmir, 2010, s.409.

¹⁶ Arslan , Kaya ; “ İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz ”, (Prof. Dr.Hayri Domaniç’e Armağan), İstanbul, 1995 , s.140.

B. Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesinin İhtiyati Tedbir Yolu ile Durdurulması

Banka teminat mektuplarının niteliğini oluşturan garanti sözleşmesinin tarafları; garanti veren olarak banka ile garanti alan muhataptır. Sözleşme ilişkisi bakımından edimi garanti edilen lehtar, garanti sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle garanti sözleşmesinin tamamen dışında olan lehtarın, sözleşmenin ifasını ihtiyati tedbir kararı aldirarak durdurup durduramayacağını incelenmesi gerekmektedir¹⁷.

Banka teminat mektuplarının muhatap tarafından kötüye kullanılması mümkündür. Bu gibi hallerde muhatap bankaya başvurduğunda, banka sırf itibari değerinin zedelenmemesi için ‘ İlk talepte ödeme’ kaydını içeren teminat mektubunun ödemesini yapmaktadır. Oysaki kötüniyetin var olduğu hallerde bankanın muhataba ödeme yapmasının engellenmesi gereklidir. Bu engelleme de ancak lehtarın mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir kararı aldirması ile mümkün olabilecektir.

Bankaların ilk yazılı talepte muhatabın beyanını yeterli görerek ödeme yapmaları teamülü bazen teminat mektuplarının haksız olarak tazminine yol açmaktadır. Mahkeme kararıyla konulan ihtiyati tedbir bankanın teminat mektubu bedelini muhataba ödemesini durduracak tek hukuki imkândır. İhtiyati tedbir kararının bankaya tebliği halinde, teminat mektubunun tazmin talebi reddedilebilir. Mektup metninde; “... ihtiyati tedbir kararına rağmen ödeme taahhüdü” ibareleri bulunsa dahi, muhataba ödeme yapılmasından imtina edilebilir. Kaldı ki teminat mektubu üzerinde ihtiyati tedbir kararı bulunmakta ise bankanın tedbire uymayarak muhataba ödeme yapması kendi sorumluluğunun doğmasına da neden olacaktır.

¹⁷ Canpolat, Ferhat ; “Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler ”, (Doktora Tezi), Ankara, 2008, s.292.

İhtiyati tedbir yargılamasında tedbire maruz kalacak kişinin kim olduğunun belirlenmesi de önem arz etmektedir¹⁸. Tedbir talep eden taraf lehtardır. Peki lehtar garanti alan muhataba karşı mı yoksa garanti veren sıfatına sahip bankaya karşı mı bu tedbir talebini ileri sürecektir? Tedbirin konusu, söz konusu banka teminat mektubunun paraya çevrilmemesi ve muhataba ödemede bulunulmamasına ilişkindir. Teminat mektubunu paraya çevirme talebinde bulunacak kişi muhatap olduğu için tedbirin lehtar tarafından muhataba yönelik olarak alınması gereklidir.

Muhataba yöneltilen tedbir de banka, hukuki alanına müdahalede bulunulan 3.kişi konumunda olmaktadır. Çünkü her ne kadar tedbir muhataba yöneltilmiş olsa da bankanın teminat mektubunu paraya çevirmemesi gereklidir. Aksi takdirde bankanın müşterisi lehtara karşı hukuki sorumluluğu olduğu gibi bu fiili gerçekleştiren kişilerin cezai yaptırımla da karşı karşıya kalması olasıdır. Zira bankanın müşterisi lehtarlar olan sözleşme ilişkisi nedeniyle onu koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla bu nedenle ihtiyati tedbir kararının 3.kişi olan bankanın hukuki alanına müdahalesi ortaya çıkmaktadır.

Doğrudan bankaya yönlendirilerek istenmiş olan ihtiyati tedbir kararı ise kanımızca alınamamalıdır. Çünkü banka asıl uyuşmazlığın tarafı değildir. Kaldı ki, ihtiyati tedbir kararının icrasından sonra açılması gereken dava ya da takibin de bu takdirde bankaya yöneltilmesi gerekir. Bu da 3.kişi konumunda olan bankanın uyuşmazlığın tarafı haline gelmesine neden olacaktır. İhtiyati tedbir çekişmeli yargının bir sonucudur. Ancak banka ile müşterisi olan lehtar arasında çekişmeli bir durum yoktur yalnızca bankacılık hukukundan kaynaklanan bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Aralarında uyuşmazlık söz konusu olmadığı için ne tamamlayıcı merasimin bankaya yöneltilmesi ne de ihtiyati tedbir kararının bankaya yönelik olarak alınması gereklidir. Ancak bir istisnayı belirtmek gerekir ki o da bankanın müşterisi olan lehtar aleyhinde davranışlarda bulunduğu hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse ancak o

¹⁸ Erişir ; İhtiyati tedbir, s.411.

halde bankaya yönelik tedbir kararının alınmasının mümkün olacağıdır. Bankaya karşı alınan tedbir kararında bu sefer muhatap 3. kişi sıfatına haiz olacak ve teminat mektubunu paraya çevrilmesi engellenecektir. Bu halde Anayasa'nın 36.maddesinden kaynaklanan lehtarın hukuki korunma talebi ile muhatapın hukuki dinlenilme hakkı karşı karşıya gelecektir¹⁹. Lehtar, muhatap ve banka arasında menfaat dengesinin kurulabilmesi için de ihtiyati tedbirin 3.kişinin hukuki alanına müdahalede bulunması mutlak bir yasak olarak kabul edilmemelidir. Bu halde lehtarın tedbir talebinde bulunması ile doğacak muhtemel zararların da ispat ölçüsü yükseltilecek ve teminat miktarı arttırılarak giderilmesi amaçlanmalıdır.

İhtiyati tedbir esas davadan ayrı bir yargılamadır. Dolayısıyla ihtiyati tedbir yargılamasının görülmesi için esas davanın sonucunun beklenmesine gerek yoktur. İnceleme konusu Yargıtay kararında belirtildiği üzere esas dava tahkimde devam ederken bir yandan da ihtiyati tedbir yargılaması görülebilecektir. Bu iki durum birbirinden ayrı olarak düşünülmelidir.

Henüz ihtiyati tedbir kararı alınmadan teminat mektubunun nakde çevrilmesi için muhatapın bankaya başvurusu fakat bankanın geçerli bir neden ileri sürmeksizin teminat mektubunu paraya çevirmekten imtina etmesi halinde ise banka ortaya çıkan zarardan sorumlu olacak ve muhatapın zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Muhatap tarafından bankaya başvurma anı bu noktada oldukça önem taşımaktadır. Teminat mektubunun nakde çevrilmesi için bankaya başvurulduğunda banka o günlük yeterli bakiyesinin olmaması sebebiyle nakde çevirme işlemini ertesi gün yapabileceğini belirtse ve bu arada lehtar tarafından teminat mektubunun paraya çevrilmemesi yönünde muhataba yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı alınmış olsa dahi, banka muhatapın kendisine başvurduktan sonra alınmış olan ihtiyati tedbir kararını gerekçe göstererek sorumluluğunu ortadan kaldıramayacaktır. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.11.2001 tarihli 2001/11-996 E. 2001/1026 K. tarihli içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır.

¹⁹ Erişir ; İhtiyati tedbir, s.413.

Cevaplanması gereken bir başka soru da icra takip tarihinde hali hazırda bankaya yönelik olarak alınmış ihtiyati tedbir kararının bankanın icra takip tarihinde temerrüde düşmesini engelleyip engellemeyeceğine ilişkindir. İhtiyati tedbir kararı icra takibinden önce alındığı için, karar tarihi ile takip tarihi arasındaki süreçte banka temerrüde düşmüş haldedir ve temerrüt faizinin işleyeceği aşıkardır²⁰. İcra takibinin sonradan başlatılması temerrüt faizinin işlemesini durdurmayacaktır²¹. Zira temerrüt faizi asıl alacaktan doğmaktadır ve ihtiyati tedbir yargılaması ile bir ilgisi bulunmamaktadır. İhtiyati tedbir talebinde bulunan lehtardır. Lehtarın bu ihtiyati tedbir kararını aldırması nedeniyle bankanın muhataba ödeme yapması yasaklanmış ve muhatabın alacağına kavuşamaması nedeniyle zararı doğmuştur. Banka sorumlu olduğu temerrüt faizini belirttiğimiz nedenlerle ödemek zorundadır fakat tedbiri alan müşteri lehtar olduğu için banka temerrüt faizini ödemesi nedeniyle doğan zararını müşteri lehtara rücu ederek tazmin edebilecektir.

Yargıtay'ın 2009 yılında ihtiyati tedbir alınmış bir banka teminat mektubuna tedbir kararının kaldırılmasından sonraki süreçte, asıl yargılamada temerrüt olgusunun ispatlanamamış olması gerekçesiyle bankanın muhataba ödeme yapması sırasında temerrüt faizinden sorumlu olmayacağına ilişkin içtihadı da bulunmaktadır. Buna göre²²: “(...) davacı yüklenicinin yukarıda açıklanan sözleşme hükümler gereğince davalıdan otobüs tahsisinin talep edildiğini ve talebe rağmen tahsisin yapılmadığını ve bu şekilde davalının temerrüdünün oluştuğunu kanıtlayamadığından asıl davanın reddine, birleşen dava açısından, ihtiyati tedbir kararının kalkmasından sonra davacı EGO Gen. Müd'nün teminat mektubunun paraya çevrilmesini isteme hakkı doğduğu, davalı bankanın ihtiyati tedbir kararına uygun olarak işlem yaptığı ve dava açılmasına neden olmadığından yargılama gideri ve faizden sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle de birleşen davanın kısmen kabulüne, 195.000 USD teminat mektubu bedelinin davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiştir(...)” şeklindedir. Ancak

²⁰ **Reisoğlu** ; Banka Teminat Mektupları, s.316.

²¹ Karşı görüş için bkz. **Reisoğlu** ; Banka Teminat Mektupları, s.317

²² 12. HD. 09.07.2009, 2007/13658, 2009/8523

söz konusu Yargıtay içtihadında davalı bankanın ihtiyati tedbir kararına uygun davrandığı ve temerrüt olgusunun bu nedenle oluşmamış olduğu sonucuna varılmaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere ihtiyati tedbir kararı icra takibinin başlatılması ve takibin kesinleşmesinden sonra alınmış olsa, tedbiri talep eden taraf, gerçekleştirilecek yargılama sonucunda muhatabın alacağına geç kavuşmasına neden olacağı için kanımızca temerrüt olgusunun doğmuş olacağından bahisle temerrüt faizinden de sorumlu tutulmalıdır.

İhtiyati tedbir kararının alındığının bankaya bildirilmesi zorunlu olduğu gibi kararın kaldırıldığının da aynı şekilde bildirilmesi gereklidir. Muhatap tarafından konsorsiyuma²³ ödeme yapılması için başvurulduğu anda temerrüde zaten düşülmüştür. İhtiyati tedbirin işlemeye devam eden temerrüt faizini durdurma gibi bir yetkisi yoktur. Zira temerrüdün durması gibi bir durum hukuk düzenimiz içerisinde de düzenlenmemiştir.

Yargıtay da son dönemde verdiği kararlarda menfi tespit davasında temerrüt faizinin ihtiyati tedbir kararı ile durdurulamayacağını belirtmektedir. Buna göre²⁴: “ Kesinleşen takip üzerine borçlu tarafından icra vizesine yatan paranın, açılan menfi tespit davasında İcra ve İflas Kanununun 72/3.maddesi gereğince alınan tedbir kararı nedeniyle ödenmemesi durumunda, paranın icra vizesine yatış tarihi ile tedbir kararının kaldırılması tarihi tarihine kadar icra müdürlüğüne faiz yürütüleceğine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygundur”. Menfi tespit davasında temerrüt faizinin işleminin ihtiyati tedbir yolu ile durdurulamayacağına karar veren Yargıtay, aynı durum banka teminat mektuplarında söz konusu olduğunda da çelişkiye düşmemelidir. Banka teminat mektuplarının ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı alındığında, tedbir süresince temerrüt faizinin işlemesi gerektiğine dair Yargıtay’ın bu yönde vereceği

²³ İki yada daha çok gerçek yada tüzel kişiden her birinin belli bir iş yapması amacı ile, ortaklara taahhüt etmiş oldukları bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmeleri suretiyle katkılarını birleştirmelerine konsorsiyum denir (**Tekinalp**, Ünal/**Tekinalp**, Güngören ; Joint Venture, Yaşar Karayalçın’a 65.Yaş Armağan’ı, Ankara, 1988, s.162).

²⁴ 12 HD. 13.10.2003, 16129/19894 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

kararlarının varlığı suretiyle ulaşılabilmelidir. Ne yazık ki hukuk düzeni içerisinde bu halde boşluk bulunmakta ve ancak yorum ile kıyas yöntemlerinin uygulanması sureti ile bahsettiğimiz sonuca ulaşılmaktadır. Aynı doğrultuda Yargıtay 12. hukuk dairesinin verdiği bir başka karar da²⁵ : “İcra ve İflas Kanununun 72.maddesi uyarınca alınmış teminat, alacağın tahsilindeki gecikmeden doğan zararları karşılamak içindir. Zarar mefhumunun da ifade ettiği gibi, bu meblağ temerrüt faizinin karşılığı değildir. Hal böyle olunca da, teminat olarak mahkeme veznesine yatırılan miktar uyarınca ve yatırıldığı tarihten itibaren temerrüt faizinin artık işlemeyeceği yolundaki gerekçe, kanunun ne lafzına ne de ruhuna uygun düşer. Merciin aksine düşüncesinde isabet görülmemiştir.” şeklindedir.

C. İhtiyati Tedbir Kararı İcra Edildikten Sonra Açılacak Olan Davanın Niteliği

İhtiyati tedbir kararından alınmasından itibaren 2 hafta içinde esas hakkında davanın açılması gereklidir. Bankaya ihtiyati tedbir kararı bildirildiği gibi, esas hakkındaki dava sonunda tedbirin kaldırılmasına karar verilirse bu bilginin, 2 hafta içinde esas hakkındaki dava açılmadığı takdirde tedbir kendiliğinden kalkacağı için bankaya tedbirin kaldırıldığının da yine bildirilmesi gereklidir. Aksi durumda banka ödeme yükümlülüğü altına girmemiş olacaktır.

Genel olarak ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra 2 hafta içinde açılacak olan davanın teminat mektubunun hükümsüzlüğünün ya da konusuz kaldığının tespiti davası olduğu doktrinde ileri sürülmektedir²⁶. Lehtarın muhataba karşı teminat mektubunu paraya çevirmemesi veya bankaya yönelik olarak teminat mektubunu ödememesi şeklindeki tedbirlerin konusu bir işin yapılmamasıdır. İhtiyati tedbirleri etkilerine göre sınıflandırdığımız zaman bir işin yapılmamasına yönelik olarak alınan

²⁵ 12 HD. 16.11.1989, 4144/14013 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶ Barlas, Nami; Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986. s.74.

ihtiyati tedbirler eda tedbiri kategorisine dahil olmaktadır²⁷. Eda tedbirlerinin söz konusu olduğu hallerde tamamlayıcı merasim gereği açılacak olan davanın da eda davası niteliğinde açılması gereklidir. Eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davasının açılması da 6100 sayılı HMK'nın 114.maddesinde belirtilen hukuki yarar şartı eksik olduğu için mümkün olmayacaktır²⁸. Açılması gerekli olan eda davası, diğeri bir ifade ile men davası banka teminat mektuplarının yanında uygulamada en çok haksız rekabet ile fikri ve sınai mülkiyet hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Banka teminat mektuplarında ise bahsedilen bu davanın görünümü, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin men'i davası şeklinde olmaktadır.

Türk hukukunda ihtiyati tedbiri tamamlayıcı merasim gereği 2 hafta içinde açılması gerekli olan davanın banka aleyhine değıl teminat mektubunun muhatabı aleyhine açılması görüşü hakimdir.Çünkü banka taraflar arasındaki temel ilişkiden tamamen bağımsız 3.kişi konumundadır ve bankaya karşı ihtiyati tedbir kararına dayanarak ancak ödeme yasağı kararı verilebilmeli denilmektedir²⁹.

İhtiyati tedbir kararının banka aleyhine alınması halinde de yukarıda bahsettiğimiz gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. İhtiyati tedbir kararının bankaya karşı alınıp daha sonra müteakiben açılacak olan davayı bankaya yöneltmemek Hukuk Muhakemeleri Kanunu 397. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Tedbir kime karşı alınmışsa dava da husumetin de ona yöneltilmesi gereklidir. Bu nedenle yukarıda açıkladığımız gibi ihtiyati tedbir kararının muhataba yönelik olarak alınması ve müteakiben açılacak dava da muhatabın taraf gösterilmesi daha uygun olacaktır.

²⁷ Erişir ; İhtiyati Tedbirler, s.406.

²⁸ Umar, Bilge ; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 2011, s.398.

²⁹ Kaya ; 'İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir, s.171; Reisoğlu ; İhtiyati Tedbirler, s.306.

Uygulamada ihtiyati tedbir talebinden sonra açılan dava müdahale, muarazanın men'i, teminat mektubunun iadesi veya iptali adlarıyla da anılmaktadır. Ancak teminat mektupları kıymetli evrak niteliğini haiz olmadıkları için iade yada iptal davasının açılmasına gerek yoktur³⁰.

D. Bankanın İhtiyati Tedbir Kararına Uymamasının Sonuçları ve Tazminat

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398.maddesinde tedbir kararı na uymamanın 1 aydan 6 aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Teminat mektuplarına konulmuş olan; bankalar tarafından konulan ihtiyati tedbir kararına rağmen ödeme yapma vb. kayıtlar kamu düzenine ve ahlaka aykırı kabul edilmiş ve geçersiz sayılmıştır³¹. Kanımızca tedbir bankaya yönelik olarak değil de muhataba yönelik olarak alınmışsa, banka tedbir yargılamasında taraf olmayacağı için ona karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398.maddesi uygulanmamalıdır. Ancak yine de ihtiyati tedbir kararının bankaya tebliğ edilmesi, bankanın olası bir sorumluluğa aykırı davranışı halinde ona rücu edilmesinde kolaylık sağlayacaktır.

İhtiyati tedbir kararı icra edilmiş ve tedbirin haksız olduğu anlaşıldığı takdirde tedbir nedeniyle banka veya muhatap zarara uğramış , zarar ile ihtiyati tedbir arasında uygun illiyet bağı da bulunmakta ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilecektir³². Tazminat davası da haksız olarak ihtiyati tedbir davasını açtığı için lehtara yöneltilmelidir.

V. SONUÇ

Banka teminat mektubu esas sözleşmeden bağımsızdır. Esas sözleşmenin tarafları ilgili Yargıtay kararında Bayındır İnşaat A.Ş. ile dava-

³⁰ **Türkçü**, Ayşe Nilüfer; "Teminat Mektupları Tazminin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması", (düzeltilmiş yüksek lisans tezi), İstanbul, 2005, s.61 vd.

³¹ **Reisoğlu**; Teminat Mektupları, s.315.

³² **Canpolat**; Banka Garantisinde Savunma İmkanları, s.331.

cı Pakistan şirkettir. Davacı Pakistan şirketi ile Bayındır inşaat şirketi arasındaki esas sözleşme sona erdiğinde, lehtar teminat mektubundan doğan alacağın muhataba ödenmemesi için bankalara yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı aldırılmıştır. İhtiyati tedbir derhal ödemenin sakıncalarını ortadan kaldıran bir mahkeme kararıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere yalnız istisnai durumlarda bankaya yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı alınmalıdır. Asıl tedbir kararının muhataba yönelik olarak alınması gereklidir. Bunun nedeni de muhatabın tazmin talebinin asıl borca değil banka ile arasındaki garanti sözleşmesine dayanması ve teminat mektubunu paraya çevirme talebinde bulunanın yine muhatap olmasıdır. İhtiyati tedbir yargılamasının asıl davadan bağımsız bir yargılama olduğunu karar incelemesinde ayrıntısı ile belirtmiştik. Bu nedenle Yargıtay kararında asıl dava olan otoyol yapım sözleşmesinin sonucunun beklenmesi ihtiyati tedbir yargılamasının yapılması ve kararın verilebilmesi için gerekli değildir. Her ne kadar ilgili Yargıtay kararında asıl dava tahkim de görülüyor olsa da ihtiyati tedbir kararının Türk mahkemelerinden istenmesinde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri gereğince bir yasak bulunmamaktadır. Yine tarafların özel olarak kararlaştırmaları halinde hakem yargılamasında hakeminde ihtiyati tedbir kararı HMK'nın 414.maddesi uyarınca verme yetkisi bulunmaktaysa da inceleme konusu kararda böyle bir yetkiden bahsedilmediği için mahkemeden alınmış olan ihtiyati tedbir kararı da usulüne uygun şekildedir.

İhtiyati tedbir kararı devam ettiği sürece konsorsiyumu oluşturan bankalar muhataba ödeme yapamayacaktır. Yaptıkları takdirde sorumlulukları doğacak ve o miktarda lehtar sıfatına sahip davacı Pakistan şirketine ödeme yapmaları gerekecektir. Alınan ihtiyati tedbir kararı ile bankaların ödeme yapmaktan men edilmesi nedeniyle bu sırada temerrüde düşmeleri de söz konusu olmayacaktır. Ancak Yargıtay kararında, ihtiyati tedbir kararı alınmadan önce bankalara ödeme yapmaları konusunda başvuruda bulunulmuştur. Dolayısıyla bu ödeme talebi ile birlikte bankaların muhataba karşı banka teminat mektubundan doğan alacağı ödeme yükümlülükleri doğmuştur. Bankalar ödeme yapmadıkları için

temerrüde düşmüş ve 3095 sayılı kanunun 4/a maddesi uyarınca miktarı daha yüksek olan faiz miktarından sorumlu tutulmuştur. Temerrüde düşen banka, temerrüde kendi kusuru ile düşmüştür. Dolayısıyla temerrüde düşmesi nedeniyle ödemeyeceği temerrüt faizini ödemekten kendisi sorumlu tutulmalıdır.

Bankaların temerrüt halinin ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmasının mümkün olmadığını karar incelememizin genelinde belirtmiştik. Bu nedenle temerrüt halinden kaynaklanan ve işlemeye başlamış olan temerrüt faizi de durmayacaktır. Kaldı ki temerrüt faizi ihtiyati tedbir yargılamasıyla bir ilgisi yoktur ve tamamıyla asıl alacaktan doğmaktadır.

İcra takibi süresince devam edecek olan temerrüt faizinden de belirttiğimiz üzere banka sorumlu tutulmalıdır. Bankanın sorumluluğunun doğmasının nedeni de ödeme için kendisine başvurulduğunda ödeme yapmayı reddetmesidir. Temerrüt faizinin banka yerine lehtardan tazmin edilmeye çalışılması da yine 3.kişinin hukuki alanına müdahale olarak nitelendirilmelidir. Banka sorumlu olduğu temerrüt faizini ödemeli ancak daha sonra aralarındaki sözleşme ilişkisi gereğince bu miktarı müşterisi olan lehtardan tahsil edebilmelidir.

İhtiyati tedbir kararının alınmasını müteakip iki hafta içerisinde 6100 sayılı HMK'nın 397.maddesinde belirtildiği üzere tamamlayıcı merasim olarak esas hakkında asıl davanın açılması gerekmektedir. Açılacak olan bu davanın niteliği kanımızca tespit davası olmalıdır. Ancak inceleme konusu Yargıtay kararında olduğu gibi, taraflar arasındaki ilişki milletlerarası nitelik arz ediyor ise açılacak olan esas dava tahkimde de görülebilecektir. Tahkimde açılmış olan bu dava da tamamlayıcı merasimin yerine geçecektir.

İhtiyati tedbir çekişmeli yargının bir sonucudur. Ancak banka ile müşterisi lehtar arasında çekişmeli bir durum söz konusu değildir. Somut olayda danışıklı dövüşün söz konusu olduğu aşıkardır. Lehtarın banka aleyhine almış olduğu ihtiyati tedbir kararı müşteri ile banka arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Mahkemeden alınmış

olan ihtiyati tedbir kararı sonucundaki bankaya yönelik olarak verilen men talebi bankanın müşterisini koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır ve bankanın ödeme yapma tehlikesinin bu şekilde önüne geçilmektedir. Alınmış olan ihtiyati tedbir kararında taraflar, aynı zamanda tedbir yargılamasının da taraflarıdır. Muhatap Bayındır İnş. A.Ş. söz konusu ilişkiye taraf değildir ancak ihtiyati tedbir kararının sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür. Yine de yukarıda ayrıntısıyla belirttiğimiz gibi ihtiyati tedbir kararının bankaya karşı değil de muhataba karşı alınması gerektiğinden, açılacak olan esas hakkındaki davanın tarafı olarak da muhatabın gösterilmesi bu nedenle doğru olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
C.	: Cilt
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
'm'	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
's'	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
'vd'	: Ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

VI. KAYNAKÇA

Barlas, Nami; Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986.

Canpolat, Ferhat; “Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve Haksız İhtiyati Tedbirler” (Doktora Tezi), Ankara, 2008.

Doğan, Vahit; Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2002.

Doğan, Elif; “Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları” (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, 2010.

Ekşi, Nuray; Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2010.

Erişir, Evrim ; “İhtiyati Tedbir Türleri”

Gümrah, Ali Toker; ‘Yabancılık Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk’ , Burhan Ceyhan’a Armağan, İzmir, 2012.

Kaya, Arslan; “İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz ”, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1999.

Pekcantes, Hakan / Özekes, Muhammet/ **Atalay**, Oğuz; Medeni Uusl Hukuku Ders Kitabı, İzmir, 2013.

Postacıoğlu, İlhan; “ Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesi İhtiyati Tedbir Kararı ile Durdurulabilir mi? ” , (İdare Hukuk ve İlimler Dergisi), 1982/1-3.

Reisoğlu, Seza; Banka Teminat Mektupları ve Kontragrantieler, 4.bası, Ankara, 2003.

Reisoğlu, Seza; “ Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Orta-

ya Çıkan Sorunlar”, Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1977.

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku,Özel Borç İlişkileri, C.II, 3.bası, Ankara, 1987.

Teoman, Ömer; “ Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, 30 Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim-1981-2001, İstanbul, 2001.

Tekinalp, Ünal/ **Tekinalp**, Güngören; ‘Joint Venture’,Yaşar Karayalçın’a Armağan, Ankara, 1987.

Türkçü, Ayşe Nilüfer; “Banka Teminat Mektupları Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması” (Düzeltilmiş Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2005.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 2011.
<http://www.kazancı.com.tr>

Av. Zeynep VİLDAN AKKAYA

MİLLETLER ARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDAKİ KANUNUN 59. MADDESİ KARŞISINDA YABANCI MAHKEME KARARININ KESİN HÜKÜM VEYA KESİN DELİL ETKİSİ İLE ZAMAN AŞIMININ BAŞLANGICI SORUNU

(5718 Sayılı Kanun)*

▪ Av. Yusuf ULUÇ **

Anahtar kelimeler: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun – MÖHUK 59. Madde – Yabancı Mahkeme Kararı – Yabancı İlamın Kesin Hüküm veya Kesin Delil Etkisi – Mal rejimleri ve tasfiyesi – Tanıma ve Tenfiz Kararı – Yabancı Mahkemenin Boşanma Kararı – Hukuki Yarar İlkesi.

International Private and Civil Procedure Law (IPCP) – Article 59 of the IPCP – Foreign Court Judgment – Res Judicata or Conclusive Evidence Effect of the Foreign Judgment– Division of Matrimonial Assets – Judgment on Recognition and Enforcement– Foreign Court’s Ruling on Divorce – the Principle of Legal Interest.

Özet: Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının (somut olayda boşanma kararının) kesinleştiği tarihten itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Zamanaşımı da tanıma ve tenfiz kararının kesinleştiği tarihten itibaren değil, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlar.

The foreign court judgment’s res judicata or conclusive evidence effect gives rise to legal consequences from the date of the foreign court judgment’s (in our case the judgment of divorce) finalization. On the other hand, the limitation period runs from the finalization date of the foreign court judgment, not from the finalization date of the judgment of enforcement and recognition.

* 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 12.12.2007 Tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

** Ankara Barosu Avukatı (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı)

BİRİNCİ BÖLÜM

1- GİRİŞ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 59. maddesine göre; “Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.”

Söz konusu kanun. 27.11.2007 tarihinde kabul edilip, 12.12.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

22.5.1982 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK’da 5718 sayılı Kanunun 59. maddesine benzer bir hükme yer verilmemişti.

2675 SK.nun 34. maddesinde; “Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk Mahkemesi tarafından TENFİZ kararı verilmesine bağlıdır” denilmek suretiyle bu madde ile devamı maddelerinde, “Yabancı mahkeme kararının kesin hüküm veya kesin delil etkisini” ne zaman doğuracağı konusunda bir açıklama yer almamaktaydı.

2675 SK.nun “TANIMA” başlıklı 42. maddesinde ise; “Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespiti-ne bağlıdır...” denilmekteydi. 2675 SK.nun 42 vd. maddelerinde, yine “Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm etkisini” ne zaman doğuracağı yönünde bir açıklık bulunmamaktaydı.

Hiç şüphesiz bu durum gerek uygulamada (yargısal kararlarda) ve gerekse doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına ve uygulamada duraksamaya yol açıyordu.

İstisnalar hariç, uygulamada ağırlıklı olarak, yabancı mahkeme kararının tanınmasına/tenfizine ilişkin kararının kesinleştiği tarihten itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı yönündeydi. 5718 SK.nun 59. maddesine karşı Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu yöndeki uygulamasını ısrarla sürdürmektedir. Yüksek Yargıtay'ın diğer Hukuk Daireleri ise, 5718 SK.nun yürürlüğe girdiği 12.12.2007 tarihinden itibaren ağırlıklı olarak, bu Kanunun 59. maddesinin açık hükmü doğrultusunda uygulamasını sürdürmektedirler.

“Mal Rejimleri ve Tasfiyesi” davalarının temyiz incelemesinin yapılması görevinin 8. Hukuk Dairesine verildiği Mart 2009 tarihinden itibaren iki veya üç karar hariç (bunlardan biri kitaplarda ve Dairenin görüş değiştirmesi sonucu kararında yer verdiği 8.6.2009 tarih ve 2009/2030 E, 2009/2937 Karar sayılı karardır)¹ istisnaen oy çokluğuyla ve ağırlıklı olarak oybirliğiyle 5718 SK.nun 59. maddesi doğrultusunda kararlarını oluşturmuş ve bu doğrultuda uygulamasını 16.4.2015 tarihine kadar sürdürmüştür.

Ancak, 8. Hukuk Dairesi; 16.4.2015 tarih ve 2015/3525 E, 2015/8509 Karar sayılı kararı ile görüşünü değiştirerek, “Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren DEĞİL, tam aksine bu yabancı ilamın TANINMASINA/TENFİZİNE yönelik Ulusal mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade eder, görüşünü benimsemiştir. 16.4.2015 tarihinden sonraki uygulaması bu yönde olup, Yüksek 2. Hukuk Dairesinin görüşüne paralel karar oluşturduğu gözlenmiştir.

ESASEN SÖZ KONUSU BU MAKALEDE BU NEDENLE ELE ALMA GEREĞİ DUYULMUŞTUR. Yazılış nedeni 8. Hukuk Dairesinin görüş değiştirmesi ile ilgilidir.

¹ Uluç, Yusuf; Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014 Baskı, Yetkin Yayınları, s.652 ila 685; 175,176,177, 178,179,180,181,182,183,184,185,186,187 ve 188 nolu kararlara bkz.

- Çelikel, Aysel Prof.Dr.; Erdem, B.Bahadır Prof.Dr.; Milletler arası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul Ocak 2012, s.668

- Nomer, Ergin Prof.Dr.; Şanlı, Cemal Prof.Dr.; Devletler Hususi Hukuk Beta, İstanbul Ekim 2010, 18. Bası, s.502, dn:293

Bu makale ile konuya ilişkin görüşlerimi ortaya koyacağım. Asıl amacım; 5718 SK.nun 59. maddesini tartışmaya açmak, farklı görüşlerin ortaya çıkmasını sağlamak, anılan maddeye aykırılık oluşturan kararları eleştirmek ve doğru uygulamanın oluşmasına yardımcı olmaktadır ibarettir.

5718 SK.nun yürürlüğe girdiği 12.12.2007 tarihinden önce ve sonrada yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisini yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren doğuracağı doktrin tarafından ağırlıklı (hâkim) görüş olarak savunulmaktadır.

İşte doktrinde yer alan ve savunulan bu hâkim görüş; 5718 SK.un 59. maddesiyle kanun hükmü haline getirildi.

Ne var ki, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi; 5718 SK.nun 59. maddesini farklı yorumlamakta ve yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisini, “Yabancı mahkeme kararının tanınmasına/tenfizine yönelik kararının kesinleştiği tarihten itibaren doğuracağı” yönündeki görüşünü 12.12.2007 tarihinden önce olduğu gibi bu tarihten sonrada sürdürmektedir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi de, az yukarıda açıklandığı gibi 16.4.2015 tarihli kararıyla eski görüşünden dönülerek 2. Hukuk Dairesinin görüşüne katılmış bulunmaktadır.

Ancak, Yargıtay’ın hukuk dairelerinin ağırlıklı görüşü; doktrin ve 59. madde doğrultusunda şekillendiği belirlenmiştir.

Saptanan bu durum karşısında “TANIMA ve TENFİZ” tanımları ile yasal dayanakları üzerinde durmakta yarar vardır.

2- TANIMLAR

a- Tanıma; Hukukta tanıma; “Bir mahkeme kararının kesin hüküm veya kesin delil kuvvetinin (etkisinin) yabancı ülkede kabulü” olarak ifade edilmektedir.

Tanınmanın LÜGAT anlamı ise; “Bir şeyi tanımak eylemi” (Tanımak) varlığını kabul etmek olarak değerlendirilmiştir.²

b- Tenfiz: “Bir mahkeme kararının, sahip olduğu kesin hüküm veya kesin delil kuvvetinin (etkisinin) sonucu olarak, maddi icra işlemlerini (muamelelerini) gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren bir eylem (nitelik) olarak kabul edilmektedir.

Tenfiz Kararı: Yabancı memleket mahkemelerince verilen hükümlerin Türkiye’de yerine getirilmesi bakımından Türk mahkemelerince verilmesi gerekli bulunan karar, biçiminde tanımlanmaktadır.³

Konu, “Mal Rejimleri ve Tasfiyesini” ilgilendirdiğinden ÖRNEK OLARAK YABANCI MAHKEMEDEN VERİLEN VE MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNE DAYANAK ALINAN “BOŞANMA KARARLARI” BU ÇALIŞMAYA ESAS ALINACAKTIR.

İKİNCİ BÖLÜM

1- YABANCI MAHKEME KARARININ TANINMASINA VE TENFİZİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER İLE KAVRAM VE KURUMLARIN İRDELENMESİ

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)un İkinci Kısımının İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Kanunun 50 ile 57. maddeleri “tenfiz”e, 58 ile 59. maddeleri ise “tanıma”ya ilişkindir.

A- 5718 SAYILI KANUNUN;

1- “Zamanaşımı” başlıklı 8. maddesinde; (1) “Zamanaşımı, hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabidir”

² Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, s.1900

³ Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik LÜGAT, Aydın Kitabevi Yayınları, 2010, 26. Bası, s.1257

2- “Tenfiz Kararı” başlıklı 50. maddesinin 1. fıkrasında;

“Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır”

3- “Tenfiz İstemi” başlıklı 52. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde; “Kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir..”

4- “Tenfiz Şartları” başlıklı 54. maddesinde; “(1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir:

a- Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması.

b- İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şatıyla ilamın, dava konusu veya taraflara gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c- Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç- O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması”

5- “Tebliğ ve İtiraz” başlıklı 55. maddesinde;

(1) Tenfiz istemine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İhtilafsız kaza kararlarının tanınması ve tenfizi de aynı hükme tabidir. Hasımsız ihtilafsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz. İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır.

(2) Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir”

6- “Karar” başlıklı 56. maddesinde; “Mahkemece ilamın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilamının altına yazılır ve hakim tarafından mühürlenip imzalanır”

“Yerine Getirme ve Temyiz Yolu” başlıklı 57. maddesinde:

“(1) Tenfizine karar verilen yabancı ilamlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra olunur.

(2) Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur.”

“Tanıma” başlıklı 58. maddesinde:

“(1) Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımda 54. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz.

(2) İhtilafsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tabidir.

(3)Yabancı mahkeme ilamına dayanılarak Türkiye’de idari bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır”

7- “Kesin Hüküm ve Kesin Delil Etkisi” başlıklı 59. maddesinde;

“Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder”

Hükümleri yer almaktadır.

B- TANIMA VE TENFİZE İLİŞKİN KAVRAM VE KURUMLARIN İRDELENMESİ İLE BOŞANMA KARARININ NİTELEN-DİRİLMESİ

Hemen belirtmelidir ki, her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki ayrı sonucu bulunmaktadır. Kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararları istisnalar dışında, icra kabiliyeti de taşırlar. Ne var ki, hem kesin hüküm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımayan mahkeme kararları da bulunmaktadır.

Bir mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu birlikte taşıyıp taşımadığı, kesin hüküm teşkil eden o mahkeme kararının hukuki niteliğine göre belirlenir. Aynı sonuç yabancı mahkeme kararları için de söz konusudur.

Kesin hüküm, bir uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran ve o hususun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır ve kararın aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple yeniden yargı organı önünde muhakeme konusu yapılamamasıdır.

İstisnalar dışında icra kabiliyeti olan kararlar, hem maddi hem de şekli kesinlik taşıyan kararlardır.

Maddi anlamda kesin hükmün, taşıdığı niteliğin gereği olarak, iki sonucu bulunmaktadır. Kararın kesin delil teşkil etmesi ve aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple dava açılması halinde karşı tarafın kesin hüküm itirazında bulunabilmesidir.

İşte yabancı mahkeme kararının tanınmasının hukuki gerekçesini, kararın kesin hüküm kuvveti oluşturmaktadır.

Tanıma; “Bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin yabancı ülkede kabulü”; **tenfiz ise;** “Bir mahkeme kararının, sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak, maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasfıdır.

Her mahkeme kararı hem kesin hüküm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımamakta; bazı kararlar nitelikleri gereği yalnız kesin hüküm teşkil etmekte, fakat icra kabiliyetleri bulunmamaktadır.

İşte bu tür yabancı mahkeme kararları yalnız tanınabilir; tenfiz edilemezler. Çünkü icra kabiliyetleri yoktur.

Tespit kararları ile yenilik doğurucu kararların Türkiye’de yalnız tanınmaları mümkün olup, bunlara tanıma şatları uygulanacaktır. Eda kararlarının ise, hem tanınmaları hem de tenfizleri mümkündür.

Eldeki davada, talep konusu boşanma kararı oluşturmakta, yeri gelmişken boşanma kararlarının hukuki nitelikleri üzerinde de durulmalıdır;

Boşanma kararları hukuksal nitelikçe yenilik doğurucu kararlardır. Yenilik doğurucu kararlar ise, bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için hak sahibinin iradesinin kafi gelmemesi ve durumun ancak bir mahkeme kararı ile doğmasının gerekli olduğu hallerde açılan dava sonucu verilen karardır. Bu kararların hukuki alanda etkili olmaları için icraya ihtiyaçları yoktur.

Bu kararlar taşıdıkları inşai tesir (yenilik doğurucu etki) ile arzu edilen sonuçları doğururlar. **Hukukumuzda**, yenilik doğurucu oldukları kabul edilen kararlar, babalık kararı, evlenmenin butlanı, ölüme bağlı tasarrufların iptali, nesebin reddi, evlat edinmeye izin ve boşanma kararları olarak sayılabilir. Bu kararların icra özelliği olmayıp, yabancı mahkeme kararı sadece bu kararlara yönelikse ve Türkiye’de nüfus kayıtlarında işlem yapılması amaçlanıyorsa, tanıma kararı bu amacı gerçekleştirmeye yeterli olacaktır.

Görülmektedir ki, boşanma kararları hukuki nitelikçe yenilik doğurucu kararlardan olmakla, tanınmaları olanaklıdır.

Ne var ki, bir boşanma kararı aynı zamanda icraya koymayı gerektiren, bir eda kararını da (tazminat, nafaka, çocuk teslimi gibi) da taşıyorsa bu halde kararın eda bölümü için tenfiz şartlarının aranması gerekir.

Diğer taraftan, tanıma yabancı mahkemece verilen kesinleşmiş bir kararın kabul edilmesi işlemi olup; tanımada amaç, sadece kararın maddi anlamda kesinliğinden yararlanılmasıdır.

O halde, tanıma kararı verilebilmesinin ön koşulu bir yabancı mahkeme kararının varlığı ve bu kararın kesinleşmiş olmasıdır.

5718 sayılı Kanunun (MÖHUK), yukarıya metni aynen alınan 59. maddesinde; yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir.

Bu hükümle, yabancı mahkemeye ait ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin yabancı mahkeme kararının tanınmasından itibaren değil, tanımaya konu yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren etkisini göstereceği kabul edilmiştir.

Bir başka deyişle, tanıma kararları nitelikleri gereği, verildikleri andan geriye etkili olarak yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibariyle hüküm ifade edecektir. Bunun sonucu olarak da; boşanma kara-

rının tanınması halinde taraflar, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren boşanmış kabul edilecek; boşanmanın kesinleşmesine bağlı hukuki sonuçlar da, yine bu tarihten itibaren hüküm ifade edecektir.

C- NÜFUS HİZMETLERİ KANUNUNUN UYGULANMASINA YÖNELİK VE KONUYA İLİŞKİN YÖNETMELİĞİN 58 VE 157. MADDELERİ

Açıklanan bu yasal düzenlemeye paralel bir başka düzenleme de, 23.11.2006 gün 26355 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 58. maddesinde yer almaktadır. Sözü edilen düzenlemede; yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararları için Türk mahkemelerince tenfiz veya tanıma kararı verilip, tanıma ve tenfiz kararının kesinleşmesi halinde; boşanma tarihinin tanıma ve tenfiz kararının kesinleşme tarihi değil, yabancı mahkemece verilmiş olan kararın kesinleşme tarihi olacağı kabul edilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin 157. maddesinde;

“(1)...Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, yabancı devlet mahkemelerinden verilen ve ilgili devletin kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların işleme konulabilmesi için, yetkili Türk mahkemesince tenfiz edilmesi veya tanınması zorunludur.

(2)Devletimizin taraf olduğu Uluslar arası sözleşmelerin bu konudaki hükümleri saklıdır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hükme göre de, yabancı mahkeme kararlarının Nüfus Müdürlüklerince işleme konulabilmesi için, yetkili Türk Mahkemesince tenfizi veya tanınması gerekmektedir.

Öte yandan, 5718 sayılı Kanunun (MÖHUK) 52. maddesinin ilk cümlesinde, kararın tenfiz edilmesinde **“hukuki yararı” bulunan “herkes”in tenfiz isteminde bulunabileceği düzenlenmiştir.**

Vurgulamakta yarar vardık ki, bu düzenleme, daha önceki Kanun metninde olmayıp, 5718 sayılı Kanunla getirilmiştir.

2- 8. HUKUK DAİRESİNİN MART 2009 TARİHİNDEN 16.04.2015 TARİHİNE KADARKİ UYGULAMASI

Az yukarıda açıklandığı gibi “Mal Rejimleri ve Tasfiyesi” davalarının temyiz inceleme görevi Mart 2009 tarihinde Yüksek 2. Hukuk Dairesinden alınarak Yüksek 8. Hukuk Dairesine verildi.

Mart 2009 tarihinden itibaren iki ya da üç karar hariç (bu da doktrinde eleştiri bakımından örnek alınan ve önce yazılan karşı oy yazılarına sonrada 8. Hukuk Dairesinin görüş değişikliğine gidilen kararlarına gerekçe yapılan 08.06.2009 gün ve 2009/2030 E, 2009/2937 K. sayılı karardır) çoğunlukla oy birliği ile istisnaen oyçokluğuyla verilen kararlarda; “Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisini, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hukuki sonuçlarını doğurur” görüşüne yer verilmiş ve MÖHUK’un 59. maddesine uygun kararlar oluşturmuştur. Bu konuda doktrinle paralellik sağlanmıştı.

Başlangıçta farklı çıkan iki ya da üç karar ise, 8.Hukuk Dairesinin ilk defa bu tür davalara bakmasından ve bu dava dosyalarının geldiği 2. Hukuk Dairesinin uygulamasının farklı kararlarına esas alınmasından kaynaklandığını açık yüreklilikle belirtmek isterim.

MÖHUK’un 59. maddesine uygun olarak verilen 8. Hukuk dairesinin şu kararını görüşünün anlaşılması açısından ÖRNEK göstermeyi yeterli görmekteyim.

“...mahkemece, boşanma kararının kesinleştiği tarihten, dava tarihine kadar 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği ve zamanaşımı definin yerinde bulunduğu gerekçesiyle 5718 sayılı Kanunun 59. maddesi uyarınca davanın REDDİNE karar verilmiştir,

(...) tanıma kararı 03.06.2004 tarihinde kesinleşmiş ise de, yabancı mahkemenin boşanmaya ilişkin ilamı 16.01.2002 tarihinde kesinleşti-

ğinden hukuki sonuçlarını bu tarih itibarıyla doğurduğu, anılan madde (MÖHUK 59) hükmü gereğidir. (....) Dava TMK.nun 5. maddesi yoluyla TBK.nun 146. maddesi uyarınca on yıllık zamanasımı süresine tabidir,

Yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının kesinleştiği 16.01.2002 tarihinden eldeki davanın (mal rejimi davasının) açıldığı 15.02.2012 tarihine kadar TBK.nun 146. maddesindeki on yıllık zamanasımı süresi geçtiğinden, mahkemece, zamanasımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı bir yön bulunmadığından (....) yerel mahkeme hükmünün ONANMASINA..”⁴

3- YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİNİN MÖHUK’UN 59. MADDESİNE AYKIRI OLARAK VERİLEN VE GÖRÜŞ DEĞİŞİKLİĞİNİ ÖNGÖREN KARARI (8. HD. 16.04.2015 T. ve 2015/3525 E, 2015/8509 K)⁵

Niyazi Küçükdoğan ile Leyla Atay aralarındaki dava hakkında Ankara 11. Aile Mahkemesinden verilen 18.11.2011 tarih ve 722/1559 sayılı hükmün Dairenin 09.04.2013 gün ve 2012/11493-2013/5223 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmişti. Davacı vekili tarafından süresinde kararın düzeltilmesi istenilmiş almakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Davacı evlilik birliği içerisinde edinilen 911 ada 34 parselde kayıtlı 8 ve 9 nolu bağımsız bölümler ile davalı adına Merkez Bankasında açılan mevduat hesabına katkısı sebebiyle fazla hakkı saklı kalmak üzere şimdilik 300.000 TL katkı payı alacağının dava tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

⁴ 8.HD. 05.06.2014 T. ve 2013/13153 E, 2014/11554 K. sayılı Kararı

⁵ Görüş değişikliğinin daha iyi anlaşılması için özetlenmeden karar aynen alınmıştır.
8. HD. 16.04.2015 T. ve 2015/3525 E, 2015/8509 K. sayılı Kararı

Davalı, 1993 yılında Ahlen Asliye Hukuk Mahkemesi kararı ile boşandıklarını, kararın 03.08.1993 tarihinde kesinleştiğini, TMK.nun 178. maddesinde belirtilen 1 yıllık zamanaşımı süresinin geçtiğini, davanın yetkili mahkemede açılmadığını, evlilik süresince çalıştığını, davacının bu dönemlerde kendisinden ayrı yaşadığından katkısının bulunmadığını, bankadaki paranın ise 27.01.1995 tarihinde açılan hesaba yatırıldığını, bu bakımdan hak iddia edilemeyeceğini açıklayarak davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, yabancı mahkemece verilen boşanma kararının 03.08.1993 tarihinde kesinleştiği katkı payı davasının ise bu tarihten itibaren 1 yıl içinde açılmadığı, ayrıca 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin de dolduğu açıklanarak davanın reddine karar verilmiştir. Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece 09.04.2013 gün ve 2012/11493 E, ve 2013/5223 Karar sayılı kararlar onanmıştır. Davacı vekili tarafından süresi içerisinde sunulan karar düzeltme isteği ile, dilekçede belirtilen nedenlerle, onama kararının düzeltilmesi, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi istenilmiştir.

Taraflar 30.11.1971 tarihinde evlenmişler, Alman Ahlen Asliye Hukuk Mahkemesinde 04.06.1993 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne karar verilmesi üzerine boşanmışlar, hüküm 03.08.1993 tarihinde kesinleşmiştir. Söz konusu boşanma ilamı, Ankara 4. Aile mahkemesinin 14.01.2015 tarihinde kesinleşen kararıyla tanınmıştır. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin temyize konu dava ise 23.05.2011 tarihinde açılmış, davalı tarafça, süresinde zamanaşımı def'inde bulunulmuştur.

Mahkemece, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 50. maddesi hükmüne göre yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o Devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Aynı Kanunun 58/1.

maddesine göre de, yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. 59. madde de ise, yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceğine yer verilmiştir.

Karşılığı Mülga 2675 sayılı Kanunda bulunmayan 5718 sayılı Milletlerarası Özel hukuk ve Usul hukuku Hakkında Kanunun 59. maddesi, yabancı mahkemelerce verilen kararların maddi hukuk bakımından ülkemizde hüküm ifade etmeye başlayacağı tarihi göstermeye ilişkin olup, önemli bir eksikliğin giderilmesi bakımından oldukça yerinde bir düzelenmedir. Bu kanun maddesi gereğine, yabancı mahkemelerce verilen hukuk davalarına ilişkin ilamların maddi hukuka ilişkin etkisinin tanıma tenfiz kararının kesinleşmesinden sonra değil de, yabancı mahkeme ilamlarının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade edeceği belirlenmiştir. Söz konusu kanuni düzenleme sayesinde, özellikle ticaret, borçlar, miras ve aile hukuku yönünden maddi hukuk bakımından belirsizlik giderilmek suretiyle önemli haksızlıklar engellenmiştir.

Somut olay bakımından anılan kanun maddelerinin değerlendirilmesi gerekirse, tanıma tenfiz kararı verilmek koşuluyla, eşler yabancı mahkemenin boşanmanın kabulüne ilişkin ilamın kesinleştiği tarihten itibaren boşanmış sayılırlar. Bu kanuni düzenlemeye göre, sonraki tarihlerde tanıma tenfiz kararı verilse dahi, evlilik birliği yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihte sona erer. 5718 sayılı Kanunun 59. maddesiyle getirilen bu düzenleme sayesinde, eşler yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihten itibaren boşanmış sayılacaklarından tanıma tenfiz kararının verildiği tarihe kadar geçen ara dönemde birbirlerine mirasçı olmayacaklar, duruma göre doğan çocuk evlilik dışı doğmuş sayılacaktır. Bu düzenlemeyle, yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarih ile tanıma tenfiz kararının kesinleştiği tarih arasındaki ara dönemdeki belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Aksi taktirde bu dönemde henüz tanıma tenfiz kararı verilmediğinden evliliğin devam ettiğinin kabulü gerekir ve beraberinde çözümü zor yeni uyuşmazlıklara neden olur. Açıklandığı üzere 59. madde, yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından etkisinin hüküm ifade edeceği döneme açıklık getirmiştir.

Sorun, dava hakkının kullanılmasında karşılaşılan zamanaşımı süresinin yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesi tarihinde mi? Yoksa tanıma tenfiz kararının kesinleştiği tarihte mi? Başlatılacağıdır.

Yabancı mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş boşanma ilamı hakkında, Türk mahkemelerince tanıma tenfiz kararı verilmedikçe eşler, Türk kanunlarına göre boşanmış sayılmayacaklarından, ara dönemde boşanmaya bağlı olarak Türkiye’de açılacak tazminat, nafaka ve mal rejiminin tasfiyesi gibi bazı dava haklarının kullanılması imkanı olmayacaktır. Başka bir anlatımla, bu ara dönemde açılan davaların, davanın görülebilirlik ön koşulu (evlilik devam ettiğinden) gerçekleşmediğinden reddedilmesi gerekecektir. Dairemiz, daha önceki tarihlerde verdiği kararlarda, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin alacak davalarında, zamanaşımının yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihte başlatılması gerektiğini kabul etmekte idi. Bu görüşün benimsenmesi durumunda, tanıma/tenfiz kararından önceki ara dönemde taraflar boşanmaya bağlı diğer dava haklarını kullanamayacak, ancak zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Zamanaşımı yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihte başlayacağından, tanıma tenfiz kararından sonra açılacak davaların zamanaşımı süresinin geçmiş olması sonucu ile karşılaşılmaması kaçınılmaz olacaktır. Bu görüş, hak sahibinin haktan yararlanmasına izin vermeden, zamanaşımını başlatmak demektir ki, bu durum, hakkın özüne, hakkaniyete, toplum vicdanına ve adalete aykırıdır. Bu bakımdan Dairece görüş değişikliğine gidilerek boşanmaya bağlı mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak davalarında zamanaşımının başlangıç tarihinin, yabancı mahkeme ilamıyla ilgili tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmiştir.

Zamanaşımının işlemeye başlamayacağı, başlamışsa duracağı halleri düzenleyen 6098 sayılı Borçlar Kanununun 153. maddesinin 6. fıkrasına göre (eBK 132/6); ancak, Türk mahkemelerinde ileri sürülemez durumda ise zamanaşımı işlemez. Söz konusu kanuni düzenleme olmasa bile, modern hukuk öğretisi ve evrensel hukuk genel ilkelerine göre; ileri sürülmesi zamanaşımına bağlanan hakların kullanılmasında zamanaşımı, söz konusu hakkın kullanılabilir duruma geldiği tarihte başlar. Bir hak kullanılabilir duruma gelmeden zamanaşımı işletilmez.

Bu bakımdan, bir alacak davası olarak mal rejiminin tasfiyesine ilişkin alacak davalarında zamanaşımı süresinin boşanmaya bağlı dava haklarının kullanılabilir hale geldiği, tanıma/tenfiz kararının kesinleşmesi tarihinden başlatılması gerekir. Nitekim Yargıtay 2. HD.nin 15.07.2009 gün ve 8466/4071 ile 15.07.2009 gün ve 8466/14071 ve 8. HD.nin 08.06.2009 gün ve 2030/2937 sayılı içtihatları da aynı doğrultudadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın süresinde açıldığı kabul edilerek iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak bir karar verilmesi gerektiği yönünde yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekirken, bu hususların değerlendirilmemesi sonucu onandığı, karar düzeltme isteği sonucu yapılan incelemeyle belirlenmiş olduğundan, davacı vekilinin karar düzeltme isteğinin kabulüne, Dairenin 09.04.2013 gün 2012/11493 E, 2013/5223 Karar sayılı onama ilamının ortadan kaldırılmasına ve karşı karar düzeltme yolu kapalı bulunduğuna (...) 16.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1- MİLLETLER ARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDAKİ KANUNUN 59. MADDESİNE AYKIRI OLARAK VERİLEN KARARININ İRDELENMESİ (8. HD.nin 16.04.2015 T. ve 2015/3525 E, 2015/8509 K).

5718 sayılı MÖHUK’un 59. maddesine göre; “Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade” eder.

Görüldüğü gibi hükümde, yabancı mahkeme kararlarının ne ile ilgili olduğu, hangi konuları kapsar kararlar olması gerektiği ve kısaca yabancı mahkeme kararlarının belirtilen özellikleri ile nitelikleri konusunda bir ayırım gözetilmeksizin kural olarak her türlü kararları kapsar biçimde bir düzenlemeye yer verilmiş ve “yabancı mahkeme kararlarının kesinleştiği andan itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı” açıklanmıştır. Bu konuda kanaatimce hiçbir duraksama söz konusu değildir.

Hiç şüphesiz yabancı mahkeme kararının tanınacağı ve tenfiz edileceği ülkede hukuki sonuçlarını doğurması için o ülke mahkemelerince TANINMASINA/TENFİZİNE karar verilmesi zorunludur.

Ülkemiz açısından yabancı mahkeme kararının, mahkemelerimizce 5718 sayılı MÖHUK'un 50 vd. maddeleri uyarınca TENFİZİNE, aynı Kanunun 58 vd. maddelerince de TANINMASINA karar verilmesi gerekir ki, ülkemiz ve hukukumuz açısından hukuki sonuçlarını doğurabil-
sin.

22.5.1982 tarihinde yürürlüğe giren ve 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe konulan 5718 sayılı MÖHUK'un 64/1. fıkrası ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı MÖHUK'ta sözü edilen 59. maddede benzer bir hükme yer verilmemişti.

Uygulamanın (yargısal kararların) aksine öteden beri doktrinde savunulan görüş (5718 SK.nun yürürlüğe girdiği 12.12.2007 tarihinden önce ve sonra) 59. maddenin esasını oluşturdu ve kanun hükmü haline getirildi.

Bu ve bundan önceki açıklamalar ve belirtilen kararlar ışığında 8. HD.nin 16.04.2015 T. ve 2015/3525 E, 2015/8509 K. sayılı kararının irdelenmesine gelince:

A- İLAMDA YER ALMASI GEREKEN VE YER ALAN İLKE- LER İLE ELEŞTİRİSİ

a- Dairenin Kabul Şekli: Dairenin 16.04.2015 tarihli ilamının 2/5. sayfasında “Karşılığı Mülga 2675 sayılı Kanun...” ve “Somut olay bakımından ...” ibareleriyle başlayan iki paragrafta açıklandığı üzere **Daire**; esasen MÖHUK'un 59. maddesinin kapsamını ve açıklanan konularda yabancı ilamın hukuki sonuçlarını yabancı mahkemenin boşanma kararının kesinleştiği andan itibaren doğuracağını kabul etmektedir.⁶ Bu yerinde bir benimsemedir.

⁶ İkinci Bölüm, üç nolu başlık altında yer alan karara bkz.

b- Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu: İlamda (sayfa 2/5, sorunla başlayan paragraf), MÖHUK'un 59. maddesi karşısında, “Sorun; dava hakkının kullanılmasında karşılaşılan zamanaşımı süresinin yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesi tarihinde mi? Yoksa tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarihte mi? Başlatılacağı” hususu olduğu açıklanmış ve bunun tartışılması gerektiğine işaret edilmiştir.

Evet tartışılmasında yarar vardır.

Kural olarak, mahkemece, evliliğin “**boşanma sebebiyle**” sona erdirilmesine karar verilmesi halinde, eşler arasındaki mal rejimi, boşanma davasının açıldığı tarihten geçerli olmak üzere sona erer (TMK. m.225/2.fık.).

Yine kural olarak, Ulusal mahkemenin boşanmaya ilişkin kabul kararının kesinleştiği tarihten sonra, ancak eşler arasındaki “Mal Rejiminin ya da Rejimlerinin Tasfiyesi” yapılabilir.⁷ Uygulama hep bu yönde gelişme göstermiştir. Bu konuda bir duraksama söz konusu değildir. Doktrinde de bu görüş hâkimdir.

Şu halde, mal rejimleri için uygulanması gereken 6098 s. TBK.nun 146. maddesinde yer alan on yıllık zamanaşımının başlangıç tarihi ne zaman olacaktır?

İlke olarak, eşler arasındaki mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarihte sona erer. Aslında on yıllık zamanaşımının da bu tarihte başlaması gerekir.

Ne var ki, 6098 s. TBK.nun 153/1-3. bendi (818 s. BK.nun 132/1-3. bendi) uyarınca, “alacaklar konusunda eşler arasında zamanaşımı işlemmez”

⁷ Uluç, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 Bası, s.526 vd.

Öte yandan eşler arasındaki evlilikte ancak, kabule ilişkin boşanma kararının kesinleştiği tarihte sona erer ve iki eş arasındaki alacaklar bakımından zamanaşımı işlemeye başlar.

Tüm bu hususlar gözönünde tutularak, mal rejimleri açısından TMK.nun 5. maddesinin yollamasıyla TBK.nun 146. maddesinde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı boşanma kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmiştir.⁸ Uygulamada bu yöndedir.⁹

Açıklanan nedenlerle Ulusal mahkemelerce verilen kabule ilişkin boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren zamanaşımının başlayacağı kabul edildiği ve bu uygulamanın halende Dairece yapıldığı halde, yabancı mahkemeden verilen boşanma kararı bakımından zamanaşımının başlangıcı, boşanma kararının kesinleştiği tarih değil, tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarih olduğunun kabulü ilkesi, Milletlerarası Özel Hukukun temel ilkelerine aykırı düşen bir ilke olur. Kabul edilen bu ilkenin vicdani ve adil olduğu yönünde (Mal rejimi davasını açan ve normal zamanaşımı süresini kaçırان davacıya adeta yeniden bir süre tanındığı için) bir gerekçesi olabilir, ama haklı ve hukuki bir gerekçesi olduğunu söylemek mümkün değildir.

Çünkü küreselleşen dünyanın ihtiyaç duyduğu evrensel hukuk kuralları ile Uluslar arası Özel Hukuka hakim olan ilkeler ve 1982 Anayasasının 90. maddesi karşısında, 5718 sayılı MÖHUK'un 59. maddesi gözardı edilerek ve maddeye olduğundan fazla ve çok farklı bir anlam yükletilerek yabancı mahkemenin verdiği boşanma ilamının kesinleştiği tarihin zamanaşımının başlangıç tarihi olarak değil, tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarihin zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabulü yönündeki görüşte isabet olmadığını düşünüyorum.

MÖHUK'un 8. maddesine göre; "Zamanaşımı, hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabidir." Bu çok önemli bir ilke olup, gözönünde bulundurulmalıdır.

⁸ Uluç, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 Bası, s.708 vd.

⁹ HGK.nun 17.04.2013 T. ve 2013/8-375 E, 2013/520 K, yayımlanmıştır; YKD c:39, Eylül 2013; 8. HD. 2.7.2013 T. 2012/10275 E, 2013/10341 K; Uluç, Yusuf, a.g.e. s.719 vd. 205 ve 206 nolu kararlar

Türk hukukunda zamanlaşımı maddi hukukun bir müessesesidir. Bu sebeple zamanlaşımına konu olan “talebin tabi olduğu hukuk” (Lex causae, hüküm statüsü veya “Lex obligatianis”) zamanlaşımı hakkında da karar verir (MÖHUK m.8).¹⁰

ba- Doktrinde, Zamanlaşımının Başlangıç Tarihi Konusunda Belirlenen Görüşler (Kesin Hüküm Etkisinin Kabul Edildiği An)

“...Yabancı mahkemenin boşanma kararının Türkiye’de tanınması ön koşulu ile, bu boşanma kararı yabancı mahkemede kesinleştiği andan itibaren hüküm doğurmuş sayılacağından, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda da Yargıtay’ın kabul ettiği zamanlaşımı süresi olan bir yıllık süre, yabancı mahkemede kesinleşen boşanma davasının kesinleşme tarihinden itibaren başlaması gerekir. Zira boşanma kararlarının tenfizi için belirli bir zamanlaşımı süresi bulunmadığından, yabancı mahkemeye verilen kesinleşmiş boşanma kararı uzun yıllar sonra Türkiye’de açılan tenfiz kararının kesinleştiği tarihten başlatmak, 5718 sayılı MÖHUK’un 59. maddesinin hükmüne, amacına ve gerekçesine aykırı olduğu gibi, bu uygulama sonucunda, 20-25 yıl önce yabancı ülkelerde boşanmış olan eşleri, bugün dahi mal rejimi tasfiyesi ya da katkı payı davaları ile karşı karşıya getirebileceği endişemizi belirtmek isteriz.”¹¹

“Tanıma, yabancı kararın başka bir devlet ülkesinde kesin hüküm etkisinin kabul edilmesi demektir. Yabancı boşanma kararının tanınması ile kesin hüküm kuvvetinin etkileri Türkiye’ye teşmil edilmektedir.¹² Bu sebeple yabancı boşanma kararı, Türk mahkemesinin tanınma tarihinden itibaren değil, verildiği ülke hukukuna göre kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.¹³

¹⁰ Nomer, Ergin Prof.Dr.-Şanlı, Cemal, Prof.Dr. Devletler Hususi Hukuku, Beta, Ekim 2010 Baskı, s.213

¹¹ Şipka, Şükran, Doç.Dr., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 2011, 1. Baskı, İstanbul, s.361-365

¹² Tezgel, Mehmet, Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012 Bası, s.143; dn:483-Nomer/Şanlı s.464

¹³ Tezgel, Mehmet; a.g.e. s.143; dn:484 Ansay, Yabancı Mahkeme Kararı, s.35-36; Çelikel/Erdem, s.637; Nomer/Şanlı, DHH, s.490; Özbakan, s.138; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s.216; Sakmar, Sonuçlar, s.183; Tiryakioğlu, s.64

Buna karşılık Yargıtay, yabancı boşanma kararının Türk mahkemesince tanınması tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağını, yabancı boşanma ilamı hakkında verilen tanıma kararı Türk hukukuna göre şekli anlamda kesinleşinceye kadar eşler arasındaki evlilik birliğinin hüküm ve sonuçlarını devam ettireceğini kabul etmekteydi.¹⁴ **Yargıtay’ın görüşü, tanımanın niteliğine aykırı olduğu gibi, bazı adil olmayan sonuçların doğmasına da neden olabildi. ÖRNEĞİN; yabancı mahkemeden boşanma kararı alan eş, Türk mahkemesinde tanıma davası açmıştır. Tanıma davası devam ederken diğer eş ölmüştür. Türk mahkemesi yabancı boşanma kararının tanıma koşullarını taşıdığını tespit ederek tanıma kararı vermiştir. Böyle bir durumda tanıma kararı verildiği ülke hukukuna göre kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağından evliliğin boşanma ile sona erdiği kabul edilip, sağ kalan eşin diğer eşin (ölen eşin) mirasçısı olmaması gerekirken, Yargıtay’ın görüşüne göre yabancı boşanma kararı Türk mahkemesinden verilen TANIMA KARARININ kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağından evliliğin ölümle kendiliğinden sona erdiği kabul edilerek, sağ kalan eş diğer (ölen) eşin mirasçısı olacaktır. Yargıtay’ın görüşü doğrultusunda ortaya çıkan bu sonucun adil olduğu söylenemezdi. Nitekim, iç hukukta bu gibi haksız sonuçları önlemek için TMK. m.181/2. Fıkra hükmüne yer veren yasa koyucunun yabancı boşanma kararlarının tanınmasından farklı bir amaç taşıdığını gösterecek bir gerekçede ileri sürmek mümkün değildi. İşte doktrin ve uygulama arasındaki duraksamayı gidermek amacıyla 5718 sayılı MÖHUK’un 59. maddesiyle, “yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder,” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu yasal düzenlemeler karşısında Yargıtay’ın yabancı boşanma kararının Türk mahkemesince tanınması tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin görüşü “POZİTİF HUKUK” açısından dayanaksız kalmıştır.¹⁵**

¹⁴ Tezgel, Mehmet, a.g.e. s.143; dn:485- 2. HD.nin 20.4.2006 T. ve 2005/21087 E, 2006/5882 K, aynı eser aynı dip nota bkz.

¹⁵ Tezgel, Mehmet, a.g.e. s.144 vd; Uluç, Yusuf, a.g.e. s.667 vd.

“Yabancı boşanma kararının tanıma davası sürerken ölüm gerçekleşse, ölen eşin mirasçıları davaya devam edebilecekler midir? Ya da Türkiye’de hiç tanıma davası açılmadan eşlerden birisi ölse, Türkiye’deki miras davasında ölen eşin mirasçıları yabancı ülkede kesin hükümle gerçekleşmiş bulunan boşanma kararının tanınmasını talep edebilecekler mi? Yargıtay bu konuda olumsuz görüş içindedir.¹⁶ Yargıtay’a göre, “boşanma davası şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır” ve kişinin kendisi tarafından açılmadığı müddetçe, yabancı ülkede gerçekleşen boşanmanın ölen eşin mirasçıları tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir. 5718 sayılı MÖHUK’un açık hükmü ile birlikte tanımanın kesin hüküm veya kesin delil etkisi düşünüldüğünde, Yargıtay’ın söz konusu kararlarındaki yaklaşımına katılmak mümkün görülmemektedir. (...) Tanıma kararları, nitelikleri itibariyle verildikleri andan, geriye doğru olarak yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarih itibariyle hüküm ifade ederler. Zira tanımanın konusu olan davalar yenilik doğurucu, inşai nitelikte kararlardır ve verildikleri andan itibaren hukuk camiasında yenilik doğururlar.¹⁷

Yabancı mahkemece verilen ve kesinleşen bir boşanma kararı hukuk camiasında gerçekleşmişken, söz konusu boşanma kararının çeşitli sebep ve engeller nedeniyle Türk hukukunda tanınması henüz gerçekleşmedi diye, Türk Nüfus kütüğünde evli görünen ancak, boşanma kararının verildiği ülkede boşanmış olan ve hatta yabancı ülkedeki boşanma davasının da kendisi tarafından açılmış olması ihtimali dahi bulunan sağ kalan diğer eşe, miras hakkı tanınması “Devletler Özel Hukuku Hakkıniyeti” ile bağdaşmamaktadır.¹⁸

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yukarıda işaret edilen görüşte iken daha sonra verdiği kararlarla; tanıma/tenfiz kararı verilmeden eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eş veya ölenin mirasçılarının MÖHUK’un

¹⁶ Çelikel, Aysel Prof.Dr.-Erdem, B.Bahadır Prof.Dr. Milletlerarası Özel Hukuk, Ocak 2012 Bası, İstanbul, s.666-667; dn:148; 2.HD.nin 23.2.2006 T. 2005/17418 E, 2006/2192 ve 09.03.2006 T. 2005/18525 E, 2006/3076 sayılı kararları

¹⁷ Çelikel, Aysel- Erdem, B.Bahadır, a.g.e. Ocak 2012 Baskı, s.667

¹⁸ Çelikel, Aysel- Erdem, B.Bahadır, a.g.e. Ocak 2012 Baskı, s.667

52. maddesinin açık hükmü uyarınca ve hukuki yarar ilkesi gereğince yabancı mahkemeden verilen kabule ilişkin boşanma kararı için tanıma/tenfiz davasını açabileceklerini, tanıma/tenfiz davasının kabulüne karar verilmesi halinde, boşanmaya yönelik yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihten itibaren kesin hüküm veya kesin delil etkisini doğuracağından sağ eş, ölen eşin mirasçısı olamayacağı yönünde görüşünü değiştirmiştir.¹⁹

Çünkü 5718 sayılı MÖHUK'un 52. maddesine göre, "Kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir..."

Her ne kadar MÖHUK'un 52/1. fıkrasında sadece "...tenfiz isteminde bulunabilir," denilmekte ise de, bu fıkra aynı zamanda tanımayı da kapsadığından kuşku duyulmamalıdır. Zira MÖHUK'un 58. maddesinde bulunan yabancı mahkeme ilamının esin hüküm veya kesin delil olarak kabul edilebilmesinin yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığından mahkemece tespitine bağlıdır, şeklindeki düzenleme karşısında 52. maddenin "tanıma" için de geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.

bb- Konuya İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararı

(Yabancı Mahkemenin Kesinleşmiş Boşanma İlamı Hakkında Henüz Tanıma/Tenfiz Kararı Verilmeden Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Diğer Eş (Sağ Eş) Mirasçısı Olamaz. Sağ Eş veya Ölenin Mirasçılarının Tanıma/Tenfiz Davası Açmakta Hukuki Yararları Vardır. MÖHUK m.52, 58, 59)

"Davacı Alaattin Şenol (ölen eş Kamile Aktaş'ın mirasçısı) annesi ile üvey babasının Alman Mahkemesi önünde kesinleşmiş mahkeme kararı ile boşandıklarını, ancak tanıma/tenfiz işlemleri yapılmadan annesinin öldüğünü iddia ederek Alman mahkemesi kararının tanınması ve tenfizini istemiştir.

¹⁹ Çelikel, Aysel- Erdem, B.Bahadır, a.g.e. Ocak 2012 Baskı, s.667; 2.HD.nin 9.3.2009 T. ve 2008/15353 E, 2009/4235 sayılı kararı; Nomer/Şanlı, DHH Ekim 2010, 18. Bası, s.509, dn:312; 2.HD.nin 21.12.2009 T. ve 9678 E, 2009/22090 K; 2.HD.nin 20.01.2010 T. ve 2008/19620 E, 2010/1034 K.

Mahkemece, davacının taraf ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile istem reddedilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Alman mahkemesinden verilen boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ölen eşin, Türkiye’den alınan veraset ilamına göre, sağ kalan eşiyile birlikte mirasçı olan davacının; yabancı ülkede kesinleşen boşanma kararının Türkiye’de tanınması ve tenfizini istemekte hukuki yararının bulunup bulunmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda da, murisinin boşanmasına ilişkin kararın mirasçılık haklarını etkilemesi ve bunu ancak mahkeme kararı ile elde edebilmesi söz konusu olan davacının, eldeki davayı açmakta hukuki yararının olduğunun ve “hukuki yararı bulunan herkes” kavramı içinde yer aldığının kabulü gerekir.

Diğer taraftan, 5718 sayılı Kanunun 52. maddesinin, “Tenfiz İste mi” başlığı altında düzenlenmiş olması karşısında, maddede yer alan unsurların “tanıma” için de uygulanıp uygulanmayacağı konusu da ayrı bir tartışma konusu yapılmış, aynı Kanunun 58. maddesinde bulunan, yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesinin yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlı olduğu, düzenlemesi karşısında 52. maddenin “tanıma” için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Tüm bunların yanında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın 181. maddesine göre, boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde, birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacakları ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi bu tasarruftan anlaşılmadıkça kaybedecekleri, düzenlenmiş iken; bundan da ileri tanıma ile Türkiye’de yabancı mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade eden boşanma kararının mevcudiyeti karşısında, eşinin ölümünden önce boşanmış sağ kalan eşin, kesinleşmeden sonra da boşandığı eşine mirasçı olmasının, TMK’nun 181. maddesine de aykırılık oluşturacağı açıktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davacının annesi Kamile ile üvey babası davalı Sadi, şiddetli geçimsizlik nedeniyle 18.06.2002 tarihli Wetzlar Mahkemesi kararı ile boşanmışlar ve bu karar 30.07.2002 tarihinde kesinleşmiştir.

Tanıma ve tenfiz konusunda herhangi bir başvuru yapılmamışken, 07.08.2003 tarihinde davacının annesi Kamile vefat etmiş; Ankara Sulh Hukuk Mahkemesinin 18.3.2005 tarihli veraset ilamında davalı Sadi'nin de davacı yanında mirasçı olarak yer alması üzerine, davacı 5.4.2005 tarihinde, annesi ile davalının boşanmalarına ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi istemiyle eldeki davayı açmıştır.

Yukarıda belirtilen ilkeler dikkate alındığında, tanınması ya da içeriğinde eda hükmü varsa tenfizi ile birlikte boşanma kararının, yabancı mahkeme kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği; buna bağlı olarak da nesep, nafaka ve miras hukukuna ilişkin hukuکی sonuçların da aynı tarihten itibaren doğacağı kuşkusuzdur.

Yabancı mahkemece verilen kesinleşen bir boşanma kararının mevcudiyeti karşısında, bu kararın çeşitli saiklerle Türk mahkemelerince tanınmadığı gerekçe gösterilerek, Türk nüfus kütüğünde evli görünen ve fakat yabancı mahkeme kararının verildiği ülkede boşanmış olan sağ kalan eşin dahi bu kararın tanınmasını talep etme hakkı varken, diğer mirasçılara tanıma ve tenfiz isteme hakkının tanınmaması, öylece sağ kalan eşin kesinleşmiş boşanma kararından sonra ölen eşten miras hakkına sahip olması hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, tanımanın, kararda eda hükmü varsa tenfizin, hukuki niteliği ile yabancı mahkeme kararlarının tanınmakla, ya da tenfizle, Türk hukuku açısından, o kararın kesinleştiği tarih itibarıyla hüküm ifade etmeye başlayacağı, bu tarihin de boşanan eşlerden birinin ölüm tarihinden önce olduğu gerçeği karşısında; yabancı ülkede kesinleşen boşanma kararının, Türk Hukukuna göre tanınması ya da tenfizi sağlanamadan eşlerden birinin ölmesi durumunda; bundan

hukuku etkilenen, ölen eşin mirasçılarının, yabancı mahkeme kararının tanınmasını ya da tenfizini istemekte, hukuki yararının bulunduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

Hal böyle olunca, yabancı mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş boşanma kararının, salt Türk Mahkemelerince tanınmaması ya da tenfiz edilmemesi nedeniyle, ölen eşin veraset ilamında, davalı sağ kalan eş ile birlikte mirasçı durumunda olan, ölenin evladı davacının; bu boşanma kararının tanınmasını veya tenfizini talep etmekte hukuki yararının bulunduğu işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da açıklanan nedenlerle benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyularak, işin esasının incelenmesi gerekirken, aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen “Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırıma geri verilmesine, 30.11.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi”²⁰

Hukuk Genel Kurulunun sözü edilen kararına aynı zamanda Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulamasına İlişkin Yönetmeliğin 58. maddesi gerekçe yapılmıştır. Yönetmeliğin bu maddesinde “Yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararları için Türk mahkemelerince tanıma veya tenfiz kararı verilir, tanıma ve tenfiz kararının kesinleşmesi halinde; boşanma tarihinin tanıma ve tenfiz kararının kesinleşme tarihi değil; yabancı mahkemece, verilmiş olan kararın kesinleşme tarihi olacağı kabul edilmiştir.

²⁰ HGK.nun 30.11.2011 T. ve 2011/2-593 E, 2011/726 sayılı Kararı; tam metni, Uluç, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi Ankara 2014 Bası, s.624 vd. 163 nolu karar Not: 43 kişiden 6 kişi karşı oy kullanmıştır.

Bu yönetmeliğin 58. maddesi de görüldüğü gibi MÖHUK'un 59. maddesine paralel olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, 8. Hukuk Dairesince, anılan 58. madde de görmemezlikten gelinmiştir.

Yapılan açıklamalar ve Hukuk Genel Kurulunun kararı, doktrinin görüşü ve yasal düzenlemeler ile ilgili yönetmelik maddesi de, Yüksek 8. Hukuk Dairesinin önceki görüşünün daha isabetli olduğunu göstermektedir.

**c-8. Hukuk Dairesinin 16.04.2015 Tarihli İlamında;
(sayfa 2/5 yabancı mahkemelerce verilmiş ibaresiyle başlayan paragraf)**

Yabancı mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş boşanma ilamı hakkında, Türk mahkemelerince tanıma/tenfiz kararı verilmedikçe eşler Türk kanunlarına göre boşanmış sayılmayacaklarından, ara dönemde boşanmaya bağlı olarak Türkiye'de açılacak tazminat, nafaka ve mal rejiminin tasfiyesi gibi bazı dava haklarının kullanılması imkanı olmayacaktır. Başka bir anlatımla, bu ara dönemde açılan davaların, davanın görülebilirlik ön koşulu (evlilik devam ettiğinden) gerçekleşmediğinden reddedilmesi gerekecektir. Dairemiz daha önceki tarihlerde verdiği kararlarda, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin alacak davalarında, zamanaşımının yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihte başlatılması gerektiğini kabul etmekte idi. Bu görüşün benimsenmesi durumunda, tanıma/tenfiz kararından önceki ara dönemde taraflar boşanmaya bağlı diğer dava haklarını kullanamayacak, ancak zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Zamanaşımı, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihte başlayacağından, tanıma/tenfiz kararından sonra açılacak davaların zamanaşımı süresinin geçmiş olması sonucu ile karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır. Bu görüş, hak sahibinin haktan yararlanmasına izin vermeden, zamanaşımını başlatmak demektir ki, bu durum, hakkın özüne, hakkaniyetine, toplum vicdanına ve adalete aykırıdır. Bu bakımdan Dairece görüş değişikliğine gidilerek, boşanmaya bağlı mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak davalarında zamanaşımının başlangıç tarihinin, yabancı mahkeme ilamıyla ilgili tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarih

olarak kabul edilmiş ve Dairenin önceki görüşünden dönüşün gerekisi olarak boşanma davasının fer'i haklarına ilişkin istekleri ile boşanma kararının kesinleşme tarihi kabul edildiği takdirde zamanaşımı olgusunun gerçekleşeceği ve haktan yararlanmasının engelleneceği ve toplum vicdanı gerekçe gösterilmiştir.

Biraz önce de açıkladığım gibi, Dairece görüş değişikliği için gösterilen gerekçenin hukuki bir gerekçe olduğunu söylemek güçtür.

Şöyle ki;

ca- Boşanma Davasının Fer'i Hakları Sorunu: Boşanmanın fer'i hakları niteliğinde bulunan haklarla ilgili davalar boşanma davası ile birlikte açılabilirdiği gibi ayrı bir dava ile de açılabilirler. Bu davaların nitelikleri gereği ve kamu düzeni ilkesi ile bağlantılı olmaları nedeniyle boşanma kararının kesinleşmesinden önce de açılmalarını engelleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Görülebilirlik ön koşulları gerçekleşmediği gerekçesiyle de bu fer'i haklarla ilgili davaların reddedilmesi mümkün değildir.

Zira boşanma davasıyla birlikte açılan mal rejimi davaları başlangıçta 2. Hukuk Dairesi ve 8. Hukuk Dairesi tarafından davanın görülebilirlik ön koşulu gerçekleşmediğinden yani henüz boşanma kararı kesinleşmediğinden mal rejimi davalarının reddine karar verilmesi gerektiği yönünde bozmalar yapılmaktaydı.

Ancak, direnme sonucu Hukuk Genel Kuruluna intikal eden bir dava nedeniyle henüz boşanma kararı kesinleşmeden açılan mal rejimi davalarının usul ekonomisi ilkesi nedeniyle reddine değil, bekletici mesele yapılmasına karar verildi (HGK. 27.06.2012 T. ve 2012/8-268 E, 2012/420 K.).²¹

²¹ Uluç, Yusuf, Mal Rejimi Davaları ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 Bası, s.557,559 -138 ve 139 nolu kararlar

Dairenin bu yöndeki (bekletici mesele) görüşü böylece Yüksek Hukuk Genel Kurulunca da benimsendi ve uygulama bu yönde istikrarını sürdürmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararı boşanmanın fer'i hakları bakımından da uygulanabilir ve uygulanmaktadır. Sadece, TMK.nun 178. maddesi uyarınca boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık süre geçtikten sonra açılan fer'i haklarla ilgili davalar reddedilmektedir.

cb- Bekletici Mesele: Yabancı mahkemenin boşanma kararı kesinleşmiş, zamanaşımı süresinde mal rejimi davası açılmış, ancak tanıma/tenfiz için açılan dava henüz devam etmekte ise yine Dairece, devam eden davanın bekletici mesele yapılması yönünde kararlar oluşturulmuştur. Hatta tanıma/tenfiz davası henüz açılmamış ve mal rejimi davası derdest ise dahi tanıma/tenfiz davasının açılması için süre verilmesi yönünde de karar bulunmaktadır.²²

Dairenin 16.04.2015 tarih ve 2015/3525 E, 2015/8509 Karar sayılı kararına konu yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının kesinleşme tarihi 03.08.1993, bu kararın tanınmasına ilişkin kararın kesinleşme tarihi ise 14.01.2015 ve mal rejimi davası da 23.05.2011 tarihinde açılmıştır. Kural olarak, TBK.nun 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren 03.08.2003 tarihinde sona ermiştir. En geç bu tarihte mal rejimi davası açılması gerekirken, yaklaşık 18 yıl sonra açılmıştır.

Tanım/tenfiz davasının açılması için herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmediğine ve sonsuza dek açılabilmesine göre Dairece, benimsenen görüş esas alındığında tanıma/tenfiz davası yabancı mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren 30-40 yıl sonra da açılabilir tanıma/tenfiz kararının kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde mal rejimi davası açılabilir ve böylece eşler arasındaki uyuşmazlık 40-50 yıl sonraya da taşınmış olabilir. Bunda, başta eşler ve çevresi olmak üzere kamu düzeninin etkilenmemesi mümkün mü? Kamu yararından söz edilebilir mi? Kamu vicdanının bundan etkilenmemesi düşünülebilir mi?

²² Uluç, Yusuf, a.g.e. Ankara 2014 Bası, s.642- 169 nolu karar; HGK.nun 27.06.2012 T. ve 2012/8-268 E, 2012/420 K; aynı eser s.558- 139 nolu karar

Aile hukukuna hâkim ilkelerin ağırlığı, kamu düzeni ile çok yakından ilgili olup, sosyal içerikli bu tür aile hukuku uyumsuzluklarının bir an evvel sonuçlandırılması kuralı esastır. Aksi durum vicdanları sızlatacağı gibi adalet duygularını da incitmemesi mümkün değildir. Tanınan on yıllık zamanasımı süresi hiçte az bir süre sayılmaz. O halde neden 10 yıllık zamanasımı süresi içinde davanın açılmadığı nedenleri üzerinde de durulması gerekmez mi?

Şunu da belirtmekte yarar vardır. Kaynak kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu sistematigi içinde mal rejimi davaları da “Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi” kapsamında boşanmanın diğer fer’i hakları ile birlikte aynı dava içerisinde görüldüğü halde, bizde mal rejimi davaları boşanma davasının fer’i niteliğinde bir dava olarak kabul edilmediğinden, kural olarak boşanma davalarından ayrı açılıp görülebilmektedir.

cc- TBK.nun 153/1-6. Bendi ve Dairenin Bu Konudaki Görüşü: Yüksek Dairenin yeni görüşünün gerekçesi olarak ileri sürdüğü ve gerekçesine dayanak yaptığı 6098 sayılı TBK.nun 153/1-6. bendin (818 s.BK. m.132/1-6.bent) somut olayda uygulama olanağı bulunmadığı kanaatindeyim. Kanımca söz konusu maddenin 6. bendine yanlışlıklarla anlam verilerek anılan gerekçe yaratılmıştır.

“Altıncı bentte sözü edilen imkânsızlığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Sözleşmeler tayin eyler. Zamanasımını tatil eden sebep, borçlunun yabancı memleketlerde bulunması ve Türkiye’de belli bir ikâmetgahı olmaması halini gözönüne almıştır”²³

²³ Olgaç, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Olgaç matbaası Ankara 1976, c:2, s.696, dn:4- BK.132/1-6 gereğince, “alacak bir İsviçre (Türk) mahkemesi önünde kovuşturulmadığı sürece”, zamanasımı işlemeye başlamaz ya da işlemeye başlamışsa durur. Doktrinde, bu şartın yalnız yabancı memlekette İKÂMET eden borçlu hakkında İsviçre’de (Türkiye’de) yetkili bir mahkemenin bulunmaması ya da adalet görevlerinin işleyişinin durması nedeniyle, alacağın bir İsviçre (Türk) mahkemesinde kovuşturulamaması halinde gerçekleştiği görüşü savunulmaktadır (Von Tuhr-Sieghart, s.667; Oser-Schönenberger, OR.Art. 134, N.10,12). Diğer bazı yazarlar ise alacak hakkının MADDİ İMKÂNSIZLIK, mesela MÜCBİR sebepten ötürü, (Becker, OR.Art. 134, N.9; Guhl, Or. S. Bası, s.250; Blach, Sijz. 51, s.353 vd. Spira, Bim. 1959, s.232 vd.) ya da alacaklının kusuru olmaksızın alacak hakkını bilmemesi nedeniyle (Gulh, a.g.e) kovuşturulamamasını da bu kuralın kapsamında sayılmaktadır (FMK. 1.HD. 9.10.1962 T. Çev.Kaneti, N.224).

Kaldı ki, MÖHUK'un 59. maddesi daha yeni 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Ve Borçlar Kanununa göre özel bir kanundur. Bu nedenle sözü edilen maddenin öncelikle uygulanması gerekmektedir.

Bu sebeplerle Dairenin bu yöndeki görüşüne katılma olanağı yoktur.

B- YÜKSEK 8. HUKUK DAİRESİNİN MÖHUK'UN 59. MADDESİNE AYKIRI YENİ GÖRÜŞÜ BENİMSENDİĞİ TAKDİRDE KARŞILAŞILAN VE KARŞILAŞILABİLECEK ŞU SONUÇLARI ORTAYA ÇIKARMAK MÜMKÜNDÜR

1- Mal rejimi yabancı mahkemede açılan boşanma davasının dava tarihinde değil, yabancı mahkeme kararının tanıma ya da tenfizi kararının kesinleştiği andan itibaren sona erer ve tasfiye bu tarihten sonra yapılabilir, görüşüne yol açacaktır.

2- **Zamanaşımının başlangıcı;** zamanaşımı tanıma/tenfiz edilen ve kesinleşen bu kararlardan sonra yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren değil, tanıma ve tenfiz kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak ve eşler arasındaki uyuşmazlıkları olabildiğince (ucu açık bir süre ile) uzatmaya ve sosyal problemleri çoğaltmaya neden olacaktır. Ucu açık bu sürenin verilmiş yeni bir ek süre olduğu yorumlarına meydan verecektir.

3- Eşler arasındaki evlilik, bu durum karşısında 5718 SK.nun 59. ve Yönetmeliğin 58. maddesine karşı yabancı boşanma kararının tanınmasından ya da tenfizinden sonra boşanma kararının kesinleştiği tarihte değil, tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarihte sona erdiği kanaatini uyandıracaktır.

4- Boşanmanın fer'i (eki) haklarına ilişkin olarak zamanaşımının yer aldığı TMK.nun 178. maddesindeki bir yıllık özel zamanaşımı süresinin başlangıcı, yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarih (MÖ-

HUK. m.59) değil, tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarih olacaktır. Buda kamu düzenini aksi yönde etkileyecektir.

5- Eşlerin ikisi de Türk asıllı ve yurt dışında çalıştıklarını varsayalım (sayısız örnek verilebilir) eşlerden biri yabancı mahkemede açtığı boşanma davasının reddedilmesi ve o ülke hukukuna göre kesinleşmesi durumunda ve TMK.nun 166/4. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile 3 yıllık fiili ayrılığa dayanılarak yeniden boşanma davası açıldığında 3 yıllık sürenin başlangıç tarihi hangi karara göre ve nasıl değerlendirilecektir?²⁴

Yabancı mahkemeden verilen boşanmanın reddine ilişkin kararın yetkili Türk mahkemesince tanınmasına ya da tenfizine karar verilip, bu karar da kesinleştiğinde MÖHUK'un 59. maddesinin amacına uygun olarak yabancı mahkemenin kesinleşme tarihi esas alındığında tarafların boşanmalarına karar verilmesi mümkün olacaktır.

Tanıma ya da tenfiz kararının kesinleşme tarihi baz alındığında ise, aradan belki de çok uzun süre geçmesine karşın yine en azından bir 3 yıl daha bekleyecekler ve ondan sonra TMK.nun 166/4. fıkrasına dayanılarak boşanma davasını açabileceklerdir.

Bunun ise, toplum ve aile yapısı üzerinde yaratacağı aksi yöndeki etki, eşlerin karşı karşıya kalacağı psikolojik sorunlar vs.lerin etkisini hesaplama mümkün müdür?

TMK.nun 166/4. maddesindeki 3 yıllık sürenin başlangıcı konusu önemli bir sorun olarak ortada kalmaktadır.

6- Boşanma kararlarının tenfizi ya da tanınması için belirlenmiş bir zamanaşımı süresi de yoktur. Bu nedenle, yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizi konusunda her zaman dava açılabilir. Tanıma ya da tenfizin kesinleşme tarihi esas alındığında işin daha da uzamasına neden

²⁴ Uluç, Yusuf, a.g.e. Ankara 2014 Bası, s.653 vd. 665; Tezgel, Mehmet, a.g.e. s.145

olacağı açıktır. Yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının kesinleştiği tarihten tanıma/tenfiz kararının kesinleştiği tarihe kadar edinilen malların durumu ne olacaktır?

7- Yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmesinden sonra fakat bu kararın tanınması ya da tenfizi için yetkili Türk mahkemesinde açılan davanın devamı sonrasında veya böyle bir dava hiç açılmamış ancak bu arada eşlerden biri ölmüş olsa, böyle bir varsayımda; yabancı mahkemenin verdiği boşanma kararının tanınmasına ya da tenfizine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarih zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edildiğinde, sağ kalan eş, ölen eşin mirasçısı olmayacaktır. Bu durum, TMK'nun 181, MÖHUK'un 52,54,58 ve 59. maddelerinin amacına uygun düşecektir. Fakat zamanaşımının başlangıcı tanıma ya da tenfiz kararının kesinleşme tarihi kabul edildiğinde ise, sağ kalan eş, ölen eşin mirasçısı olabilecektir.

8- Eşlerden biri Türk vatandaşı, diğeri ise, yabancı uyruklu olduğu varsayımından hareket edildiğinde yabancı uyruklunun ülkesinde verilen boşanma kararı kesinleştiği tarihte o ülke hukukuna göre tüm hukuki sonuçlarını doğuracak, yabancı uyruklu eş kararın kesinleştiği tarihten itibaren boşanmış olacak, ancak Türk vatandaşı eş tanıma ve tenfiz kararının kesinleştiği tarihten itibaren boşanmış kabul edilecektir. Böyle bir çelişkili ve garip bir durum ortaya çıkmış olacaktır.

MÖHUK'un 59. maddesinin uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sorunlar yukarıda sayılanlarla sınırlı olmayıp, düşündükçe daha başka sorunlarında ortaya çıkacağı konusunda kuşku duyulmamalıdır.

C- SONUÇ

Yukarıda açıklanan hususlar, gösterilen ilkeler ve yasa maddeleri gözönünde bulundurulduğunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 59. maddesiyle, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına Yönelik Yönetmeliğin 58 ve 157. maddelerinin açık hükümleri karşısında boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı ve bu nedenle TBK.nun 146. maddesinde yer alan ve mal rejimleri içinde uygulanması öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağının kabulü gerektiği görüşündeyim.

Gerek uygulamada ve gerekse doktrinde hakim (ağırlıklı) görüşünde bu yönde olduğu görülmektedir. Gösterilen gerekçeler nedeniyle Dairenin görüş değiştirme yönündeki uygulamasına açıklanan nedenlerle katılmıyorum.

KAYNAKÇA

-Ansay, T. : “Türkiye’de Tanınan Bir Yabancı Mahkeme Kararı Hangi Andan İtibaren Geçerli Olur” Ergin Nomer’e Armağan, MHB, S..2 Y.22, s.29-37 (Yabancı mahkeme kararı)

-Çelikel, Aysel Prof.Dr.-Erdem B.Bahadır Prof.Dr. : Milletlerarası Özel Hukuk Beta, Ocak 2012- İstanbul, 11. Bası

-Çelikel, Aysel Prof.Dr.-Erdem B.Bahadır Prof.Dr. : Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul, 2009

-Nomer, Ergin Prof.Dr.-Şanlı, Cemal Prof.Dr. : Devletler Hukuku, Beta, Ekim 2010, İstanbul, 18. Bası

-Nomer, Ergin Prof.Dr.-Şanlı, Cemal Prof.Dr. : Devletler Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2003

-Nomer, Ergin Prof.Dr.-Şanlı, Cemal Prof.Dr. : Devletler Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008

-Olgaç, Senai : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Olgaç Matbaası, Ankara, 1976, C.2,

-Özbakan, I. : Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 1987

-Ruhi, A.C. : Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2003

-Sakmar, A. : Yabancı ilamların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul 1982

-Tiryakioğlu, B. : Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 1996

-Uluç, Yusuf : Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, 2014 Bası, Ankara (a.g.e.)

TEBLİĞLER

KADINA KARŞI İŞLENEN EZİYET SUÇU*

■ Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ**

Giriş: TCK m.96’da eziyet suçu düzenlenmektedir. Söz konusu maddede eziyet suçunun mağduru, herkes olarak düzenlenmiş, ancak maddenin ikinci fıkrasında suçun gebe kadına karşı işlenmesi, eşe karşı işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak daha ağır ceza ile cezalandırılması hükme bağlanmıştır. Bu makalede, kadının korunması bakımından önemli bir madde olarak görülen 96. maddedeki eziyet suçunun gerçek anlamda kadını koruyup korumadığını ortaya koymak amacıyla, suçun temel ve nitelikli hali benzer suçlarla mukayese edilerek, yargı kararları ve öğreti görüşleri çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1- Genel Olarak

TCK m.96’da Eziyet Suçu,

“(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında **iki yıldan beş yıla** kadar hapis cezasına hükmolunur.

* 26.12.2014 tarihinde İzmir Barosu Kadın Hakları Merkezi Hizmet içi eğitim çalışmasında tebliğ olarak sunulmuştur.

** Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da **gebe kadına karşı**,

b) Üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da **eşe karşı**, işlenmesi halinde, kişi hakkında **üç yıldan sekiz yıla** kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiş, gerekçesinde ise;

“Eziyet olarak, bir kişiye karşı **insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması** gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. **Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler.** Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, **işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır.** Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran **daha ağır ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmiştir.**”

Maddenin ikinci fıkrasında, eziyet suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları belirlenmiştir. Bu unsurlara ilişkin açıklama için, kasten yaralama suçunun gerekçesine bakılmalıdır.”
değerlendirmesi yapılmıştır.

Eski TCK’da bu suçun karşılığı olan bir hüküm mevcut değildi. TCK m. 96 ile sivil kişiler tarafından işlenen işkence niteliğindeki fiiller, özel olarak düzenlenmiştir¹. Bu noktada uygulamanın böyle bir hükme ihtiyacı olup olmadığı sorusu sorulabilir. Bu soruya kanaatimce hayır cevabını vermek yanlış olmayacaktır. Zira, kişi işlediği fiilin niteliğine göre TCK’da yer alan diğer hükümler çerçevesinde yine sorumlu tutulabilirdi. İctima başlığı altında üzerinde daha detaylı duracak olmamız nedeniyle burada kısaca şunu ifade etmemiz mümkündür: *Eziyet suçu-*

¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, 11. bası, s.158

nun fiil unsurunu oluşturan hareketler, aynı zamanda TCK'da yer alan diğer suçların da maddi unsuru olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle bu suç kapsamında içtima sorunları, sıkça karşımıza çıkan bir durum olarak gündeme gelmektedir.

2- Korunan Hukuki Değer

Anayasanın 17. maddesinde «kimseye işkence ve eziyet yapılmaz» hükmü bulunmaktadır. Anayasa ile soyut olarak düzenlenmiş olan bu eziyet yasağı, TCK m. 96 ile somut düzenlemeye kavuşturulmuştur². Bu suç ile korunan hukuki değerlerin, kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, şeref ve haysiyeti olduğunu, diğer bir ifade ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması olduğunu ifade edebiliriz³.

3- Suçun Unsurları

A- Maddi Unsurlar

a- Fiil

Maddede yasaklanan, bir kimsenin eziyet çekmesine yol açan davranışlardır. Eziyet teşkil eden davranışların neler olduğu hükümde gösterilmemiştir⁴. Gerekçeye göre eziyet, sistematik şekilde bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak nitelikte olmalıdır⁵. Ancak gerekçe yerine bu hususun madde metninde düzenlenmiş olması gerekirdi.

² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.158

³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, 11 bası , s. 269; KOCA/ÜZÜLMEZ; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.266; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.158; YOKUŞ SEVÜK H.; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Füsün Sokullu Akıncı Armağanı, c.LXXI, sayı. 1, 2013, 2.cilt, s.1274

⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.270; YOKUŞ SEVÜK H., s.1275

⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.270; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.267; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.159

Gerekçedeki tanımdan hareket edersek, işkence teşkil eden fiillerin sivil şahıslar tarafından gerçekleşmesi halinde eziyet suçunun oluşacağını ifade edebiliriz⁶. İşkence suçunun faili kamu görevlisi iken, eziyet suçunun faili herkes olabilir. Fail bakımından, özgü suç olarak düzenlenmemiştir.

Bir kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olmaksızın herhangi bir kimse üzerinde gerçekleştirdiği sistematik nitelikteki insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı veren, aşağılayıcı hareketler de eziyet olarak değerlendirilir.

Eziyet teşkil eden hareketler, işkencede olduğu gibi belirli bir süreç içerisinde **SİSTEMATİK** olarak gerçekleşen insan onuruyla bağdaşmayan davranışlardır⁷. “Sistematik olma”yı, belli bir süreç içerisinde aynı hareketlerin tekrarlanması olarak anlamak gerekir. Kişiye bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren veya aşağılayan çeşitli hareketlerin belli bir süreç içerisinde bütünlük arz edecek şekilde bir arada uygulanması halinde veya aynı hareketin belli süreç içerisinde tekrarlanması halinde eziyet suçunun maddi unsuru olan fiil gerçekleşmiş olacaktır. Buna göre, vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketlerin ani bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde kasten yaralama, aynı hareketlerin bir süreç içerisinde sistematik olarak uygulanması halinde eziyet suçu oluşacaktır⁸. Düzenleme eleştiriye açıktır. Bunları ayrıca içtima başlığı altında değerlendireceğim.

Sistematik veya belirli süreç içerisinde gerçekleşme koşulu⁹; fiili

⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 270

⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 271

⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 270; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.267

⁹ “Dosya kapsamına göre, her ne kadar mahkemece eylemin eziyet suçunu oluşturmaya yönelik *süreklilik arz etmesi* gerektiği, bu nedenle sanığın eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 86/2. maddesine mümas kasten yaralama ve aynı Kanun’un 106/1. maddesine mümas tehdit suçunu oluşturduğu, 5235 sayılı Kanun’un 10. maddesi uyarınca bu suçlardan yargılama ve delilleri değerlendirme görevinin sulh ceza mahkemesine ait olduğundan bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun’unun 170/3. maddesinde, iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı Kanun’un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceği belirtildiği ve anılan Kanun’un 174/2. maddesi uyarınca suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iade kararı verilemeyeceği gözetilmelidir.” (Yrg.

KASTEN YARALAMA, TEHDİT, HAKARET gibi suçlardan ayırır¹⁰. Diğer bir ifade ile, söz konusu fiiller genel bir tutum çerçevesinde, bir bütünün parçası olarak, belirli bir plan dahilinde ve süreçte işlenirlerse eziyet; ani olarak işlenirlerse fiilin niteliğine göre ilgili suç tipini oluşturur.

İşkence suçunda “ihmal” bir davranış şekli olarak düzenlenmişken, eziyet suçu bakımından benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle bu suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir¹¹. Ancak ihmali davranışla suça yardım etmek mümkün olabilir.

b- Fail

Eziyet suçunun faili, herhangi bir kimse olabilir. Failin kamu görevlisi olması halinde fiil, işkence suçunu oluşturur¹².

c- Mağdur

Mağdur açısından bir özellik aranmamıştır. Ancak, mağdurun çocuk, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan bir kişi veya gebe olması yada fail ile arasında üstsoy, altsoy, babalık, analık, eş ilişkisi olması, suçun nitelikli halini oluşturur¹³.

4. C.D. E. 2006/7065 K. 2006/16049 T. 8.11.2006)

¹⁰ “Mağdurun sanık S'nin oğlu olduğu ve diğer sanık E ile aynı evde ikamet ettikleri, doktor raporlarına, fotoğraflara ve dosya kapsamına göre sanık E'nin farklı zamanlarda uzun süre mağduru çeşitli şekillerde dövdüğü, bacaklarını, ayaklarını, sırtını ve cinsel organını demir ve soba ile yaktığı, aşağıladığı, vücuduna çok sayıda darp ve yanık izlerinin bulunduğu, mağdurun olaya yakın hazırlık beyanına, elemelerin ağırlığına, sayısına ve yerine nazaran aynı evde yaşayan sanık S'nin olanları bildiği bazen tokat ve yumruk atarak eyleme katıldığı ve sanık E'ye «döv onu» demek suretiyle teşvik edip cesaret verdiği, eylemlerini gizleyerek devamlılığı sağladığının anlaşılması karşısında, sabit olan eylemlerinin bütün halinde eziyet suçunu oluşturacağı gözetilmeden» cezaya hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Ancak bu olayda çocukların cinsel istismarı suçundan da ayrıca ceza verilmiştir.” (Yrg. S. CD 17.1.2011, 6869/47)

¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 270

¹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 269; SOYASLAN D.; Ceza Hukuku Özel Hükümler; 6.Baskı, s.150; YOKUŞ SEVÜK H., s.1274-1275; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.159

¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.269; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.160; YOKUŞ SEVÜK H., s.1275

d- Konu

Suçun konusu, eziyet suçuna muhatap olan kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, şeref ve haysiyetidir. Bu suç, zarar suçudur¹⁴.

e- Suçun Nitelikli Unsurları

Eylemin; çocuğa, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, **gebe kadına** karşı, üst soy- alt soya karşı; babalık- **analığa** karşı, **eşe karşı** işlenmesi halinde ceza artırılır. (3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası)

Mağdurun beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olduğu, uzman bilirkişi raporu ile tespit edilmelidir¹⁵.

Gebe kadına karşı işlenmesinin nitelikli hal olarak uygulanması noktasında gebeliğin hangi aşamada olduğu önemli değildir. Önemli olan, failin mağdurun gebe olduğunu bilmesidir, eğer fail bu bilgiye sahip değilse, bu takdirde kast, nitelikli hali kapsamadığı için nitelikli halin uygulanması mümkün olmaz; ancak mağdur kadının görüntüsü gebeliğin varlığını ortaya koyuyorsa, artık gebelik anlaşılabilir olacağı için ayrıca sözlü olarak veya başka türlü bilgi almadığı gerekçesiyle fail sorumluluktan kurtulamaz¹⁶.

TCK m. 96/2-b'deki ilişki bakımından nitelikli hallerin uygulanması için bentte aranan türden ilişkilerin Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca ve suç tarihinde mevcut olması, resmi sicille de belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususlar nüfus aile tablosu getirtilerek saptanacaktır. Eziyet suçu neticesinde ölümün meydana gelmesi durumu özel olarak düzenlenmediği için böyle bir durumda gerçekleşen ölüm neticesi açısından failin taksiri (m. 23) varsa TCK m. 87/4 (neticesi sebebiyle ağırlaştırılan yaralama) hükmüne göre işlem yapılacaktır¹⁷.

¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.160

¹⁵ YOKUŞ SEVÜK H., s.1280

¹⁶ YOKUŞ SEVÜK H., s.1280

¹⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 275; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 269; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,

B- Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru kasttır. Failin belirli bir amaçla veya saikle hareket etmiş olmasının önemi yoktur. Diğer bir ifade ile suçun oluşması, özel kastın varlığına bağlanmamış, genel kastın varlığı yeterli bulunmuştur. Fail, insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal acı veren, algılama ve irade yeteneğini ortadan kaldıran veya aşağılayıcı nitelikte hareketleri yaptığını bilecek ve bu neticenin gerçekleşmesini isteyecektir¹⁸. Ayrıca failin, belli bir süreç içerisinde uyguladığı hareketlerin bir bütün teşkil ettiğini de bilmesi gerekir¹⁹.

C- Hukuka Aykırılık Unsuru

Eziyet teşkil eden davranışlar, insan onuru ile bağdaşmayan nitelikte bulundukları ve bu sebeple mağdurun kişi bütünlüğü üzerinde mutlak tasarruf yetkisi olmadığından²⁰, bu suçta “mağdurun rızası”²¹ hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinin de somut olayda gerçekleşmesi kolay gözükmemektedir²².

4- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A- Teşebbüs

Bu suçta teşebbüsün değerlendirilmesi bakımından öğretide iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre²³; fail eziyet teşkil eden hareketlere başladıktan sonra engel bir nedenin ortaya çıkması dolayısıyla

s.161

¹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 274, “Ayrıca eziyet suçunun terör amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi «terör suçu» sayılır ve ceza ağırlaşır (TMK m.4/1-a, m.5).”; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 268 YOKUŞ SEVÜK H., s.1279; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.160

¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 274

²⁰ YOKUŞ SEVÜK H., s.1279

²¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.160

²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 274; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.268

²³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.160; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.269; YOKUŞ SEVÜK H., s.1282

icra hareketlerini tamamlayamazsa, eziyet suçuna teşebbüs söz konusu olabilir. Elverişli hareketlerle icrasına başlanan eziyet fiillerinden gönüllü olarak vazgeçilmesi durumunda, vazgeçme anına kadar oluşan suçlardan failin sorumluluğuna gidilir. TCK m.36'daki gönüllü vazgeçmeye ilişkin genel kurallar uygulanır.

İkinci görüşe²⁴ göre, suçun oluşması için failin belirli süreç içinde süreklilik arz eden sistematik fiilleri tekrarlaması gereklidir. Suçun tamamlanması için bu şarttır. Eğer hareketler sistematik olarak gerçekleşmemiş ve tekrarlanmamışsa, bu durumda zaten eziyet değil, yerine göre kişilere karşı işlenen diğer suçlardan biri söz konusu olur. Örneğin failin mağduru koltuğa bağlayıp kızgın demirle dağlamak veya üzerinde sigara söndürmek üzereyken yakalanması halinde eziyet suçuna teşebbüsten değil, kasten yaralama suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir. Çünkü eziyet suçu için belli bir süreç içerisinde hareketlerin sistematik olarak, süreklilik arz ederek tekrarlanması ve kastın bunu kapsamaması gerekir. Eğer bu hareketler daha önce işlenmiş ve tekrarlanmışsa, bu takdirde artık teşebbüsten değil süreklilik gerçekleştiği için tamamlanmış eziyet suçundan bahsetmemiz gerekir. Kanaatimce ikinci görüş, suçun özellikleri dikkate alındığında daha yerindedir.

B- İştirak

Suç, iştirak bakımından bir özellik göstermez²⁵. İştirak iradesi ile farklı kişiler tarafından yapılan birden çok, eş zamanlı veya birbirini izleyen birden fazla hareket bir arada değerlendirildiğinde sistematik olma unsuru gerçekleşmişse, bunlardan her biri eziyet suçunun birlikte faili sayılır²⁶. Faili eziyet teşkil eden fiilleri gerçekleştirmeye azmettirenler azmettiren, suç işleme kararı vermiş olan faile TCK m. 39'da belirtilen

²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.275

²⁵ ARTUK/GÖKCEN /YENİDÜNYA, s.161

²⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278; YOKUŞ SEVÜK H., s.1282-1283 “Yargıtay 5.CD 17.01.2011 t., 2010/6869 E., 2011/47 K. sayılı kararında “döv onu” demek suretiyle annenin babayı cesaretlendirdiği eylemlerinden dolayı, eylemlerin bir bütün olarak eziyet suçunu oluşturduğu gerekçesiyle, anne ve babayı birlikte fail olarak sorumlu tutmuştur.”

şekillerde yardım edenler de yardım eden olarak sorumlu olacaklardır²⁷. Kamu görevlisinin yetki alanı dahilinde, fakat bu sıfatı taşımayan kim-selerce eziyet niteliğindeki fiillerin işlenmesi durumunda, fiili gerçek-leştiren kişiler bakımından eziyet suçunun; kamu görevlisi bakımından ise, işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi mümkün olduğu için, işkence suçunun gerçekleştiği ifade edilebilecektir²⁸. Öğretide bundan farklı olarak, burada ihmal suretiyle eziyet ve de görevi kötüye kullanma suçu açısından sorumluluk doğacağı da ileri sürülmektedir²⁹.

C- İçtima

a- Genel Olarak

Eziyet suçu bakımından uygulamada en çok sıkıntı yaratan durum içtima noktasında kendisini göstermektedir. Özellikle yaralama suçu ile TCK m. 96 arasında içtima sorunu çıkmaktadır. Bu durumda fikri içti-ma m. 44 hükümlerinden hareket edilmektedir. Fikri içtima uygulaması neticesinde, münferit fiiller ile TCK m. 96 daki suç karşılaştırılmakta ve ağır ceza ile cezalandırılan madde dikkate alınarak hüküm kurulmakta-dır. Fakat bu uygulama ile eziyet suçunun yaratılması suretiyle sağlan-mak istenen yarar elde edilememektedir³⁰.

Şöyle ki; gerekçeye göre, « bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere naza-

²⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 269

²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278

²⁹ MAHMUTOĞLU S.F.; Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağan'ı, TCHD, c.II, Ankara 2008, s.1033

³⁰ “Sanıkların muhtelif zamanlarda katılanın 13 aylık çocuğu olan mağdurun vücudunda sigara söndürmek, ısırmak ve olay günü de arabada saatlerce tek başına aç susuz bırakıp bakımını da yap-madan, dövüp kolunu kırmak suretiyle süreklilik gösteren eylemlerinin eziyet suçunu oluşturduğu ancak işkence suçunda netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenleyen maddesine benzer bir düzen-lemenin eziyet suçunda yer almayıp nitelikli hallerin belirtilmiş bulunması karşısında, sonuçta mey-dana gelen yaraların niteliği gözetilerek sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde nitelikli eziyet suçunu (TCK m.96/2-a maddesinde yaptırımı bağlanan) ve yaraların ağırlığı nedeniyle orantılılık ilkesi ile asgari haddin üzerinde ceza tayini gerektiği gözetilmelidir. Ayrıca yaralama suçundan ceza tayin edilmesi hukuka aykırıdır.” Yrg. 8.CD. 18.06.2012 3608/20031

ran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.» Ancak fikri içtima uygulamasına gidilince, bunun tam aksi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Çünkü eğer bu hareketleri tek tek değerlendirirsek; özellikle de kasten yaralama suçu bakımından bu durum önem arzedecektir. TCK m.43/3 gereği, kasten yaralama suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmayacağı için, fiil sayısı kadarı yaralama suçu oluşacak ve tümünün cezası içtima edilecektir. Ne var ki bunlar tek bir eziyet suçu sayılırsa, tek suç gündeme gelecek ve ceza da daha az olacaktır³¹.

Yargıtay bu gibi durumlarda fikri içtima ilişkisi kurup, eziyet suçundan ceza vermektedir. Sadece cinsel dolunulmazlığa karşı suçlar bakımından ayrıca ceza verildiği göze çarpmaktadır.

Kaldı ki yaralama suçunun netice yüzünden ağırlaşmış hallerinde öngörülen ceza, çoğu zaman eziyet suçunun cezasından zaten ağır olmaktadır. Mağdurun eziyet neticesinde ölmesi halinde TCK m. 81,82, 83,85 uygulanmalı, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerinde ise TCK m.87 uygulanmalıdır³². Böylece süreklilik arz eden kötü muamelelerde bulunan failin daha az ceza alarak ödüllendirilmesi engellenmiş olur.

Eziyet suçunun ödül olarak uygulanmasının önüne geçilmek isteniyorsa, fikri içtima değil gerçek içtima uygulama yoluna gidilmelidir. Bunun yapılabilmesi için klasik suç tipleri çerçevesinde haksızlık içeriği karşılanamayan ve insan onuruna yönelik saldırı bakımından ayrıca ce-

³¹ **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 276; “Sanık Fırat hakkında mağdurlar Yunus ve Mustafa’ya yönelik eylemleri nedeniyle yaralama suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde, mağdurların aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve bu beyanları doğrulayan aynı koşu altında kalan E., M., A., C., ve mağdur O.nun anlatımları ile tüm dosya içeriğine göre sanığın olay tarihinde tutuklanarak cezaevine konulan mağdurları jilette tehdit etmek suretiyle banyoya götürüp iki kez soğuk suyla duş alırdığı ve elbise askısı ile dövdüğü, ayrıca koşu altında bulundukları sırada komiklik yapıp beni eğlendirin diyerek şarkı söylemelerini ve oynamalarını istediği, mağdurların kabul etmemesi üzerine onları tekrar dövdüğü şeklinde sübuta eren ve süreklilik arz eden eylemlerin her bir mağdur yönünden TCK’nın 96/2-a maddesinde düzenlenen eziyet suçunu oluşturduğu halde suç vafında yanılığa düşerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Yrg. 14.CD. 28.01.2013 13107/658”; Benzer yönde bkz. **YOKUŞ SEVÜK H.**, s.1283

³² **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 269; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s.161; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 275

zalandırılmayı gerektiren bir nitelik aranmalı ve aralarında gerçek içtima ilişkisi kurulmalıdır³³. Uygulama bu yolu tercih etmez ise, bu takdirde yapılması gereken kanun koyucu tarafından suçun karşılığı olan cezanın arttırılması ve eylemin ağırlığı dikkate alınarak, üst sınırın işkence suçunda olduğu gibi yukarı çıkarılması olmalıdır. Bu sayede hakim, somut olayın özelliklerine göre adil bir cezaya hükmedebilir.

Eziyet suçunda, kendi aralarında bütünlük arz eden birden çok sistematik hareketin varlığı suçun unsuru olduğundan, bu davranışlar hukuki anlamda tek fiil oluşturmakta ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, öğretide³⁴, hareketlerin arasına kastın yenilendiğini gösteren bir zaman diliminin girmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği de ifade edilmektedir. Ancak burada, ispat sorunu ortaya çıkacaktır. TCK m.43/2 bakımından ise, aynı neviden fıkri içtima kapsamında birden fazla kişiye karşı aynı hareketlerle eziyet edilirse, eziyet suçunun birden fazla kişiye karşı, tek bir fiille işlenmesi söz konusu olacağından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin, 2 kişinin belli bir süre soğuk bir odada tutulması, ıslatılması gibi sistematik olarak devam eden hareketlerin bir arada olması halleri, bu kapsamda değerlendirilecektir³⁵.

Yargıtay uygulamasına baktığımızda, eziyet kapsamında gerçekleştirilen cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarının eziyet suçundan ayrılarak, ayrıca cezalandırıldığını görmekteyiz. Ancak cinsel taciz, gerekçe de eziyetin hareketleri arasında sayıldığı için, cinsel taciz niteliğindeki davranışların eziyet suç tipinin içerisinde eridiğini görmekteyiz.

b- Kötü Muamele Suçu TCK m.232 ile arasındaki ilişki

Kötü muamele suçunun düzenlendiği TCK m.232/1'de, aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan

³³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 277

³⁴ YOKUŞ SEVÜK H., s. 1285

³⁵ YOKUŞ SEVÜK H., s. 1285

kimsenin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kötü muamele suçunun fail ve mağduru aynı konutta yaşayan kimselerdir. Eziyette böyle bir sınırlandırma yoktur³⁶.

Kötü muamele, merhamet, acıma ve şevkatle bağdaşmayacak nitelikteki davranışlar olarak belirtilebilir. Bu davranışlar özellik itibariyle insan onuru ile bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren kişiyi aşağılayan nitelikte olabilir³⁷. Fakat kötü muamelenin varlığı için süreklilik, sitematiklik aranmamıştır. Bu itibarla aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine, **bir kez de olsa** kötü muamele sayılacak mahiyette davranışlarda bulunulması, 232/1'in uygulanması için yeterlidir. Ayrıca fiilin kasten yaralama biçiminde işlenmesi halinde, m. 86/2 deki sınır aşılmamalıdır. Birlikte yaşadığı kişilerden birine sistematik olarak merhamet, acıma ve şevkatle bağdaşmayacak hareketlerde bulunan fail, fıkri içtima kuralları çerçevesinde, eziyetten sorumlu tutulmalıdır³⁸. Ancak Yargıtay'ın içtihatlarına baktığımızda³⁹, TCK m.232/1'in uygulama-

³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 272-273; ARTUK /GÖKCEN /YENİDÜNYA, s.161

³⁷ "Aile bireylerine kötü davranma suçu; yaralama, tehdit, sövme gibi kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan, çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemlerini kapsamadığı, somut olayda ise, sanığın aralarında çıkan tartışma sonrasında eşine hakaret sözleri söylemesi sırasında evden git demesi biçimindeki eylemlerinin, kötü muamele suçunu oluşturmayaacağı anlaşılmıştır. Sanığın beraatine karar verilmesi gerekir." Yrg. 14. C.D. , E. 2012/15657 , K. 2014/288, T. 15.1.2014; "Dosya içeriğine ve kabule göre, mağdurenin üvey annesi olan ve yaramazlık yaptığı zamanlarda mağdurenin ellerine vurduğu anlaşılan sanığın eyleminin 5237 Sayılı T.C.K.nın 86/2. maddesindeki kasten yaralama suçunu oluşturduğu ve mağdureyle müştekinin de şikayet-ten vazgeçtikleri gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek kötü muamele suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır." Yrg. 14. C.D. , E. 2012/15664, K. 2014/216, T. 14.1.2014

³⁸ ZAFER H., Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s.127 " Fıkri içtima uygulaması için en ağır suç belirlenirken, eziyet suçunun cezası ile kötü muamele suçunun cezaları karşılaştırılmalı, ancak zincirleme suç nedeniyle artırım dikkate alınmamalıdır. Çünkü zincirleme suç halinde zincirleme suç oluşturan suçlar cezanın belirlenmesi dışındaki ceza hukuku bakımından bağımsızlıklarını korurlar."

³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 273, "Katılanın eşi ve kaynanası olan sanıkların aynı konutta birlikte yaşadıkları katılana yönelik eziyet boyutuna varmayan hakaret, basit yaralama ve evden atma eylemlerinin bir bütün olarak kötü muamele suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eziyet suçundan hüküm kurulması hukuka aykırıdır. (Yrg. 8. CD E. 2012/8951K. 2012/28574,T. 26.9.2012); Kötü muamele suçunun, yaralama, tehdit, sövme gibi kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan, çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemleri kapsadığı, sanığın resmi nikahlı eşi olan mağdureyi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralaması eyleminin eşe karşı kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek kötü muamele suçundan hüküm kurulması hukuka aykırıdır." Yrg. 14. C.D. , E. 2012/14474 , K. 2013/3681, T.

masında **sürekliliği** arayan bir anlayışı esas aldığını görmekteyiz. Böyle bir durumda, fikri içtima hükümleri uygulanarak eziyet suçundan ceza verilecek; münferit bir muamelenin varlığı halinde ise, sadece kasten yaralama veya ilgili hükümden ceza verilecektir ⁴⁰.

TCK m.232/2, idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kimsenin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada, fail ile mağdur arasındaki ilişki önem arz etmektedir. Eziyet suçunda böyle bir şart aranmamıştır⁴¹.

Ayrıca TCK m.232/2’de failin eylemi terbiye veya itaat ettirme yetkisinin kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmelidir. Fiil yaralama şeklinde tezahhür ettiğinde bunun sınırı basit tıbbi müdahaledir. Bu sınırın aşılması durumunda, artık kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanır⁴². Bu fiiller sistematik olarak gerçekleştiğinde ise, aynı zamanda eziyet teşkil edebilir. Bu ihtimalde failin TCK m.96’dan cezalandırılması söz konusu olacaktır.

5- Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

Eziyet suçu, işkence suçuna paralel olarak düzenlenmiş bir suç olmasına rağmen yaptırım bakımından karşılaştırıldıklarında aralarında ciddi anlamda bir fark yaratılmış olduğunu görmekteyiz. İşkence suçunun temel şeklinin cezası 3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasına mah-

1.4.2013)

⁴⁰ “5237 Sayılı TCK’nın 232.maddesinde düzenlenen aile bireylerine kötü muamele suçu; (çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi) kapsamaktadır. İddianamede sanığın kötü muamele suçunu oluşturacak eylemlerinden söz edilmediği gibi, buna dair kanıtın da bulunmaması karşısında, sanığın ikrarı, mağdurenin anlatımı ve adli raporla kanıtlanan, sanığın resmi nikahlı eşi olan mağdureyi dövere basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralamaktan ibaret eyleminin 5237 Sayılı T.C.K’nın 86/2, 3-a maddesine uyan eşe karşı kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülmerek kötü muamele suçundan aynı Kanunun 232/1. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması, Kanuna aykırıdır. (Yrg. 14. C.D. E. 2012/5512 K. 2012/5064 t. 3.5.2012)

⁴¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 273

⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.162

kumiyet, nitelikli halleri TCK m.94/2-a,b kapsamında 8 yıldan 15 yıla kadar hapis ve TCK m.94/3 kapsamında 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali TCK m.95 kapsamında ağırlaşmış müebbet hapis cezasına kadar ilerlemekte iken; eziyet suçunun cezası; temel şekli için 2 yıldan 5 yıla kadar hapis, nitelikli halleri için 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet suçunun düzenlenmemiş olması da önemli bir boşluk olarak kendisini göstermekte; bu gibi durumlarda yukarıda da izah ettiğimiz üzere, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan hareket edilerek ceza verilmesi yoluna gidilmektedir.

Kanun koyucu, suçun kamu görevlileri tarafından işlenmesini sivil kişiler tarafından işlenmesine göre daha ağır kabul etmiş ve daha ağır cezalandırmıştır. Oysa ki, söz konusu eylemlerin niteliği aynıdır ve ceza yaptırımı bakımından aynı düzenlenmeseler dahi, en azından paralellik oluşturma adına yakın düzenlenmeleri mümkün olabilirdi. Özellikle üst sınırlar arasında aşırı bir fark yaratılmış olmasının yerinde olmadığını düşünmekteyim⁴³.

Kovuşturma usulü bakımından, eziyet suçunun temel şekli ile nitelikli halleri arasında bir ayırım gözetilmemiş, her iki durum da re'sen kovuşturma usulüne tabi kılınmıştır.

⁴³ Benzer yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 270

YARGI KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ

Esas No : 2014/194

Karar No : 2015/55

ÖZET: 3.7.2005 tarihli ve 5393 s. Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 s. Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinin "...ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresinin Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine, "...veya kamu hizmetlerini aksatacak..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri ile 6552 sayılı Kanun'un 123. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu hususundadır.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 11. İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun;

1- 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın,

2- 6552 sayılı Kanun'un 123. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Belediyeye ait taşınmazlar ile diğer hak, alacak ve mallar üzerine konulan hacizlerin kaldırılmasına ilişkin icra dairesi kararının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Davada uygulanacak ve iptali istenen madde ile Anayasa maddelerinin ilişkisi;

İptali istenen yasa maddelerinin Anayasamızın 2., 5., 10., 13., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Türkiye Cumhuriyetinin Demokratik bir ülke olduğundan bahsederken belediyenin hangi mallarının hacze dilmesine müsaade ettiğinin borçludan sorulması borçlunun 10 gün içinde bildirmesi halinde sadece bildirdiği mallara haciz uygulanmasının gerekmesi eski hacizlerde de aynı uygulamanın yapılması, 10 gün içinde bildirilmemesi halinde borç miktarım aşmayacak ve kamu hizmetim aksatmayacak kadar haciz yapılmasının belirtildiği, bu madde-fıkranın tamamen belirsiz ifadeler, içerdiği eski hacizlerde para haczi varken mevcut haczi kaldırarak taşınmaza haciz konulmasının taşınmazın satış süresinin ortalama 2-3 yıl gerektirmesi masrafların asgari 3.000,00 TL - 3.500,00 TL yi bulması masrafsız kısa sürede alınması mümkünken alacağı belirsiz bir süreye ve masraflı olarak ötelemenin demokratik bir ülkenin savunamayacağı durum olacağı ikinci maddeye uymadığı düşünülmektedir.

Anayasanın 5. maddesindeki sosyal bir hukuk Devletidir ilkesiyle şahısların hiçbir halde haciz yapamaması hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığı hatta kullanılmasını engellediği düşünülmektedir.

Anayasanın 10. maddesindeki “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (Ek ibare: 5735 - 9.2.2008 / m. 1) (...) (*) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” “Devlet kendi kuruluşu dahi olsa kimseye ayrıcalık tanıyamaz.” ilkelelerinde belirtilen kanun önünde eşitlik ve kimseye ayrıcalık tanınamaz ilkesiyle çelişmektedir. Devlet kendi kuruluşu olsa dahi kimseye ayrıcalık

tanıyamayacakken yasa maddesinde kamuya hiçbir kısıtlama olmadan alacağını alma imkanı verirken vatandaşa hakkım kullanmanın hatta para haczi yapılmışken haczin kaldırılması yüzünden belediyelere böyle bir imtiyazın tanınması alacağın imkansıza yakın hale getirmesinin 10. maddeye aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.

Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması tabirine de girmediği yasanın hangi nedenle böyle bir kısıtlama getirdiği belediye mallarının haczinin hangi kamu düzenim ihlal eder olduğu da gerek yasanın lafzından gerekse de gerekçesinden anlaşılamamıştır.

Anayasanın 125. maddesi yasanın haczi yasaklayan kuralının idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması kuralını da engellediği, mahkeme kararının infazını engellediği belki çok zor şartlara tabi kılması nedeniyle yargısal denetim dışında bıraktığı düşünülebilir.

İlgili maddelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde Anayasanın 138/son maddesindeki “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” Kuralını ihlal eder mahkeme kararının uygulanmasını engeller en azından yerine getirilmesini geciktirecek nitelikte olduğu kanaatine varılmakla;

SONUÇ VE İSTEM ; Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 19. maddesine 6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle eklenen “İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz.”

2- 5393 sayılı Belediye Kanununa 6552 sayılı Kanunun 123. maddesiyle eklenen ek 8. maddesindeki “15 inci maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır. ” Madde-fıkralarının Anayasamızın 2, 5, 10, 13, 125 ve 138. maddelerine aykırı olduğundan 2949 sayılı Kanunun 28/2. maddesi gereğince iptal davası açılmasına aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesine arz olunur. ”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- Kanun’un 15. maddesine, 6552 sayılı Kanun’un 121. maddesiyle eklenen itiraz konusu fıkra şöyledir:

“İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz”

2- Kanun’un 6552 sayılı Kanun’un 123. maddesiyle eklenen itiraz konusu geçici 8. maddesi şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 8-15 inci maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır.

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa’nın 2., 5., 10., 13., 125. ve 138. maddelerine dayanılmış, Anayasa’nın 35. ve 36. maddeleri ise ilgili görülmiştir.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Ali-feyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabı DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Haşan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.12.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Başraportör Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 15. Maddesine 6552 Sayılı Kanun'un 121. Maddesiyle Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Başvuru kararında, hangi mallarının haczedilmesine müsaade ettiğinin borçlu olan belediyeden sorulmasını ve sadece belediyenin bildirmediği mallara haciz uygulanmasını öngören kuralın belirsiz ifadeler içerdiği, alacağın tahsilinin belirsiz bir süreye ve masraflı olarak ötelenmesine yol açtığı, hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırdığı ve hatta engellediği, eşitlik ilkesi gereğince Devletin kendi kuruluşu dahi olsa ayrıcalık tanımaması gerekirken belediyelere böyle bir imtiyaz tanınmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca mahkeme kararlarının infazını engellediği gibi zor şartlara tabi kılması nedeniyle yargısal denetimi de önlediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri

Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasalın 35. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

1- Birinci Cümle

Kanun'un 15. maddesine 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen itiraz konusu fıkranın birinci cümlesinde, icra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesinin isteneceği ve haciz işleminin sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 74. maddesinde, "Mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerim ve yaşayış tarzına göre geçim membalarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya şifahen icra dairesine bildirmesidir." denilmektedir. İtiraz konusu kuralda yer alan "İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir" şeklindeki hüküm, 2004 sayılı Kanun'un 74. maddesi ile aynı mahiyette olup, alacağın bir an önce tahsilini sağlamaya yöneliktir. Böyle bir düzenleme ise anayasal sınırlar içerisinde kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Ayrıca kuralın bu bölümü, alacaklının alacağını cebri icra ile almasına engel teşkil etmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu cümlelerin bu bölümü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır. Kuralın, Anayasa'nın 5., 10., 13., 125. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

İtiraz konusu cümlemin kalan bölümünde haciz işleminin sadece belediye tarafından gösterilen mal üzerine uygulanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerinden biri hukuk güvenliğidir. Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Kanunlara göre bir alacağın, cebri icra yoluyla elde edilmesinin engellenmesi ve ödeme şekli ve zamanı belirtilerek başka bir güvenceye de kavuşturulmaması hukuk güvenliğini zedeler.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır.

Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsur olup, kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması "mahkemeye erişim hakkı" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli

olmayıp, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, davanın haklı olan tarafının aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, “mahkemeye erişim hakkı da anlamını yitirir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması, hukuk devletinin gereklerindedir.

Anayasa’nın 35. maddesinde, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır.

Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla öngörülen amacın gerektirdiğinden fazla ol-

ması düşünülemez. Bunun yanında, demokratik hukuk devletinde amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde "belediye", belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmış, aynı Kanun'un 14. maddesinde de belediyenin görevleri ve sorumlulukları düzenlenmiştir.

Belediyeler, belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileri olmaları nedeniyle, bunlara kanunlarla verilen görevler, yerel toplumsal yaşamın gereksinimlerinden oluşmaktadır. Bu gereksinimleri karşılamak amacıyla belediyeler ayni ve nakdi varlığa ihtiyaç duyarlar. Mahalli müşterek ihtiyaçların sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde karşılanabilmesi için belediyelerce yürütülen etkinliklerin kesintiye uğramasını önlemek amacıyla belediyelerin bazı nakdi ve ayni mal varlıklarına haciz yasağı getirilmiştir. Söz konusu yasağın amacı da, belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinin bazılarının, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi gereğidir. Başka bir deyişle, toplum yararının kişisel yarara üstün tutulmasıdır. İcra ve İflas Kanunu ve takip hukuku hükümlerine göre asıl olan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkün olup bir malın haczedilememesi için bu yönde bir yasal düzenlemenin bulunması zorunludur.

Bu kapsamda, Kanun'un 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında; "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez." denilmekte, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi-

nin birinci fıkrasında da, belediyelere verilen genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda belediyeye verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu hüküm altına alınarak, belediyelerin bir kısım gelirleri ve malları alacaklılara karşı koruma altına alınmaktadır. Aynı zamanda, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinde haczi caiz olmayan mallar ve haklar gösterilmekte ve bu hüküm de belediyeler için uygulanmaktadır.

İtiraz konusu kuralın, belediyeler aleyhine yapılan icra takiplerinde alacak miktarına bakılmaksızın belediyelerin mallarına doğrudan haciz konulmasını engelleyerek ve borçlu belediyenin gösterdiği mallar üzerine haciz konulmasını sağlayarak, belediyelerin hizmet görme kapasitelerinin kısıtlanmasının neden olacağı sakıncaları gidermek için kamu yararı amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu, itiraz konusu kural ile belediyelerin borçlarının tahsilini zorlaştıran bir hüküm getirmiştir. İtiraz konusu kuralla, belediyenin mallarına veya alacaklarına haciz işlemi uygulanmadan önce borçlu belediyeden borca yetecek miktarda haczedilebilecek mal göstermesi istenecek ve sadece belediyenin on günlük süre içerisinde bildireceği mallar üzerine haciz konulabilecektir. Düzenleme ile belediyenin başka mal ve alacakları bulunsa ve alacağın bu mal ve alacaklardan tahsil edilmesi daha kolay ve kısa sürede olsa dahi borçlu belediyenin bu mal ve alacaklarını bildirmediği takdirde bunlara haciz konulamayacaktır.

Kişilerin alacak haklarının Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu bağlamda, kişilerin alacağının elde edilmesini zorlaştıran düzenlemeler, mülkiyetten yararlanma ve mülkiyet üzerinde tasarruf etme yetkilerini sınırlandıracağından mülkiyet hakkına müdahale niteliğini taşır. İtiraz konusu kuralla, haczedilebilecek malların belirlenmesi borçlunun iradesine bırakılarak, belediyelerin yalnızca kendi gösterdikleri mallar üzerine haciz konulabileceği olması, belediyeden alacaklarını icra yoluyla tahsil etmek zorunda kalanların mülkiyet haklarına bir sınırlama getirmektedir. Alacaklının alacağını belediyenin göstermiş olduğu mallardan

tahsil edememesi halinde itiraz konusu kural uyarınca belediyenin borcu karşılama ya elverişli başka bir malı bulunsa dahi bu mallar üzerine haciz konulamayacak ve kuralda, belediyelerden alacaklı olanların alacaklarına kavuşmalarını sağlayacak başka bir yöntem de öngörülmediğinden alacaklının alacağını elde etmesi zorlaşabilecek hatta imkansız hale gelebilecektir. Bu bağlamda itiraz konusu kural, mülkiyet hakkının kullanılmasını ölçüsüzce sınırlandırdığı gibi kanunlara göre tespit edilmiş bir alacak hakkının cebri icra yoluyla elde edilmesini zorlaştırdığından hukuk güvenliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, yukarıda belirtilen hükümlerle belediyenin bir kısım mallarına haciz yasağı konularak koruma altına alınmasına karşın, itiraz konusu kural ile haciz konulabilecek mallardan da sadece borçlu belediye tarafından gösterilen mala haciz uygulanmasının öngörülmesi suretiyle haciz uygulanabilecek malların daha da kısıtlanması, mülkiyet hakkını ölçüsüzce sınırlandırdığı gibi demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin gereklerine de uygun değildir.

Diğer taraftan alacaklı taraf, haklı olduğunu mahkemede ispat ederek alacağını hüküm altına aldırması ve alacağı ödenmediği için icra yoluna başvurmuş olsa dahi, itiraz konusu kural nedeniyle alacağına kavuşması gecikmekte ya da imkânsız bir hâl almaktadır. Mahkemele- rin tarafların hakkını teslim eden kararından sonra asıl ve önemli olan, alacaklının alacağına kavuşmasıdır. Bu da borçlunun borcunu rızası ile ödemesiyle, ödenmediği takdirde borçlunun borcunu karşılayacak mallarının haczedilip satılmasıyla olanaklıdır. Yargı kararlarının etkinliği bu kararların yerine getirilmesi yani uygulanmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararı ile tespit edilen alacağın elde edilmesini zorlaştıran kural, hak arama özgürlüğünü etkisiz hale getirmesi nedeniyle bu özgürlüğe yapılan ölçüsüz bir müdahaledir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın birinci cümlesinde yer alan “... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır” ibaresi, Anayasa’nın 2., 13., 35. ve

36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 5., 10., 125. ve 138. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- İkinci Cümle

Kanun'un 15. maddesine 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın itiraz konusu ikinci cümlesinde, belediye tarafından on gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işleminin alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar.

2004 sayılı Kanun'un 85. maddesinde, borçlunun mallarına alacaklının bütün alacaklarına yetecek miktarda haciz konulacağı belirtilmektedir. İtiraz konusu kuralda yer alan on gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işleminin alacak miktarını aşacak şekilde yapılamaması da belirtilen hüküm ile aynı mahiyettedir. Ayrıca haciz işleminin alacak miktarını aşacak şekilde yapılamaması ise tüm haciz işlemlerinde uygulanan ana kuraldır. Bu konularda düzenleme yapma yetkisi ise anayasal sınırlar içerisinde kanun koyucuya aittir. Bunun yanında, itiraz konusu kural alacaklının alacağını cebri icra ile almasına olanak tanıdığından hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın “On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak ... şekilde yapılamaz.” bölümü Anayasalın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa’nın 5., 10., 13., 125. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

İtiraz konusu kuralın kalan bölümünde ise belediye aleyhine haciz işleminin kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacağı belirtilerek, belediyelerin mallarının önemli bir kısmı alacaklılara karşı koruma altına alınmaktadır. İtiraz konusu kuralda belirtilen kamu hizmetlerinin hangi hizmetleri içerdiği açık ve belirgin değildir. Her ne kadar Kanun’un 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, belediyenin kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları konusunda haciz yasağı konulmuş ve söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi’nin 16.12.2010 tarihli ve E.2007/37, K.2010/114 sayılı kararıyla Anayasa’ya aykırı bulunmamış ise de itiraz konusu kuralda benzer nitelikte bir belirleme yapılmamış ve bu durum “belirlilik” ilkesine aykırılığa neden olmuştur.

Diğer taraftan belediyelerin tüm mal varlıklarını kamu hizmetine özgülemeleri halinde, itiraz konusu kural ile belediyeler aleyhine yapılan icra takiplerinde, alacaklıların haciz yoluyla haklarına ulaşmaları engellenmiş olacaktır. Bu kapsamda, Kanun’un 15. maddesine 6552 sayılı Kanun’un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan “... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır” ibaresine ilişkin gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralda yer alan “... veya kamu hizmetlerini aksatacak ...” ibaresi, Anayasa’nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 5., 10., 125. ve 138. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

B- Kanun'un 6552 Sayılı Kanun'un 123. Maddesiyle Eklenen Geçici 8. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararında, belediyenin hangi mallarının haczedilmesine müsaade ettiğinin borçludan sorulmasını ve sadece bildirdiği mallara haciz uygulanmasını belirten 15. maddenin son fıkrası hükmünün eski hacizlere de uygulanmasını öngören kuralın bir önceki başlıkta belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, Kanun'un 15. maddesinin son fıkrası hükümlerinin, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanacağı, bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizlerin, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi düzenlenmiştir. Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelere biri hukuk güvenliği ilkesidir. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu

hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. “Kanunların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayırıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindendir. Ancak, kanun koyucunun kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.

İtiraz konusu kural, Kanun’un 15. maddesinin son fıkrasının, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanmasını öngörmekte ve bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizlerin de söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu düzenleme Kanun’un 15. maddesinin son fıkra hükmünün devam eden her türlü icra takibi hakkında da uygulanmasını ve maddenin yürürlük tarihi olan 11.9.2014 tarihinden önce belediyeler aleyhine yapılmış icra takipleri gereğince konulan hacizlerin kaldırılmasına yol açmakta ve kesinleşmiş haciz kararına karşın alacaklıların haklarına kavuşmalarını engellemektedir.

Kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak sürdürülebilmesi için çeşitli önlemlerin alınması doğal kabul edilmekle birlikte, bu konuda kişilerin hakları ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

İtiraz konusu kuralın, belediyelerin hizmet görme kapasitelerinin kısıtlanmasına yol açmasını engellemek için çıkarıldığı anlaşılmakta ise de, Kanun’un 15. maddesinin son fıkrası hükmünün devam eden her türlü icra takiplerinde uygulanması ve bu maddenin yürürlük tarihinden önce belediye aleyhine yapılmış olan icra takipleri gereğince konulan hacizlerin kaldırılması, kişilerin alacaklarının tahsilini geciktireceği ya da alamamalarına neden olabileceğinden hukuka olan güven duygusu-

nu zedelemekte ve hukuk güvenliği ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, hak arama yollarına başvuran bireylerin bu yolla elde etmek istedikleri alacaklarını almalarının yasama tasarruflarıyla etkisizleştirilmesi, sübjektif hakların ihlal edilmesine yol açmakta ve Devlete olan güven duygusunu zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 5., 10., 13., 125. ve 138. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun;

A-15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın;

1- Birinci cümlesinin;

a- “...ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUGUYLA,

2- İkinci cümlesinin;

a- “...veya kamu hizmetlerini aksatacak...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN ile Kadir ÖZKAYA’nın karşıoyları ve OYÇOKLUGUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın RED-DİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ’nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 6552 sayılı Kanun’un 123. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE, 17.6.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü Arslan, Üye Nuri Necipoğlu, Üye Hicabi Dursun ve Üye Kadir Özkaya’nın Karşı Oy Gerekçesi:

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun’un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde, icra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesinin isteneceği ve haciz işleminin sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanacağı belirtilmekteydi. Mahkememiz, bu cümlede yer alan “...ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır” hükmünü oybirliğiyle iptal etmiştir.

Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise belediye tarafından on gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işleminin, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacağı öngörülmektedir. Buna göre, on gün içinde yeterli mal beyanında bulunulmadığı takdirde, belediyenin haczedilebilecek tüm malları üzerine haciz konabilecek, ancak bu haciz alacak miktarını aşacak ve kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacaktır. Mahkeme çoğunluğu, ikinci cümlede yer alan “veya kamu hizmetlerini aksatacak” ibaresinin de Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

İptal kararı, söz konusu ibarenin (a) belirsiz olduğu ve (b) belediyelerin tüm mallarını kamu hizmetine özgülemelerine yol açabileceği, bunun da alacaklıların alacaklarına ulaşmalarını engelleyeceği şeklinde iki gerekçeye dayanmaktadır. Bu gerekçelerin yerinde olmadığını düşünüyoruz.

1. İtiraz konusu fıkra bir bütün olarak değerlendirildiğinde, fıkranın belediyelere haczedilebilecek malların belirlenmesi konusunda inisiyatif vermeyi ve gösterilen bu mallar dışında belediyelerin mallarının haciz dışında tutulmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Birinci cümlede yer alan, haciz işleminin sadece gösterilen mallar üzerine uygulanabileceğine dair hüküm iptal edildikten sonra, fıkranın Anayasa'ya uygun hale geldiği açıktır. Zira fıkranın her iki cümlesindeki kalan kısımları, hacze ilişkin gerek Belediye Kanununda gerekse diğer kanunlarda yer alan kuralların büyük ölçüde tekrarı niteliğindedir.

Bu çerçevede, “kamu hizmetlerini aksatacak” ibaresinin açık ve belirgin olmadığı söylenemez. Sistematik yorum gereğince, bu ibarenin belediye mallarının haczine ilişkin diğer kurallarla birlikte ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu düzenlemeyi, kendisinden hemen önce gelen 15. maddenin dokuzuncu fıkrasındaki haciz yasaklarıyla birlikte değerlendirmek gerekir.

15. maddenin dokuzuncu fıkrasına göre “Belediyenin... kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları... haczedilemez.” Kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malların haciz yasağı kapsamına alınmasının amacı, belediye tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesini sağlamaktır.

İtiraz konusu ibarenin amacı da, 15. maddenin dokuzuncu fıkrasına paralel şekilde, belediyeler tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin aksatılmadan devamını sağlamaktır. Bu anlamda, dokuzuncu fıkra ifade edilen “kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar” ibaresi ile onuncu fıkradaki itiraz konusu “kamu hizmetlerini aksatmayacak” ibaresi aynı amaca yöneliktir. İkinciyle kastedilenin, kamu hizmetlerinde fiilen

kullanılan belediye malları olduğu açıktır. Dolayısıyla, burada belediye mallarına yönelik haciz yasağının genişletilmesinden ziyade mevcudun hatırlatılmasından ibaret bir durum söz konusudur. Başka bir ifadeyle, “kamu hizmetlerini aksatmayacak” ibaresi, belediye mallarının haczi konusunda yeni bir yasak getirmemekte, kamu hizmetine tahsisli belediye mallarının haczine ilişkin var olan ve Anayasa Mahkemesince Anayasa’ya aykırı bulunmayan haciz yasağını ifade etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralda belirsizlik bulunmadığından Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık söz konusu değildir.

2. Bu açıklamalar ışığında, belediyelerin haczi kabil olmayan malları dışında tüm mallarına haciz konmak suretiyle alacaklıların alacaklarına ulaşabilecekleri, iptal edilen ibarenin de buna engel olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme çoğunluğunun, iptal edilen ibare uyarınca belediyelerin tüm mal varlıklarını kamu hizmetine tahsis ederek borçlarını ödemekten kaçınabilecekleri yönündeki görüşüne de katılmak mümkün değildir. Kuralda bu görüşü destekleyecek herhangi bir ibare yoktur. Tersine, haciz işleminin kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaması, kamu hizmetlerini aksatmayacak şekilde yapılabileceği, yapılması gerektiği anlamına gelmektedir.

Bir an için, itiraz konusu ibarenin istismarı sonucu, belediyelerin uygulamada tüm mallarını, kamu hizmetlerine tahsis etmek suretiyle hacizden kaçırabileceği düşünülse bile, bu durumun anayasallık denetiminin dışında diğer yargı organları önünde çözümlenmesi gereken bir uyumsuzluk konusu olacağı açıktır. Kaldı ki, benzer argümanın 15. maddenin dokuzuncu fıkrası uyarınca “kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar” ibaresi yönünden de ileri sürülmesi mümkündür. Belediyelerin alacakları kararlarla tüm mallarını kamu hizmetlerine tahsis etmeleri durumunda da, kanunun tanıdığı istisnaların kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, haciz işleminin kamu hizmetini aksatmayacak şekilde yapılmasındaki amaç, belediye hizmetlerinin sürekli ve

düzenli yürütülmesini sağlamaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan "kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar"ın haczedilemeyeceğine dair düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirlerken belediyelerce yerine getirilmesi gereken kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesinin toplum yararına yönelik olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, red kararını şöyle gerekçelendirmiştir: "Belediyelere ait bazı ayni ve nakdi varlıklara haciz yasağı getirilmesindeki amaç da, belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinin bazılarının, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi gereğidir. Yani toplum yararının üstün tutulmasıdır. Yine belirtmek gerekir ki, belediyelerin devamlılık gösteren kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan tüm kaynaklarının hacze konu olabilmesinin, bu hizmetlerin ifa araçlarını tamamen ortadan kaldırmak gibi bir sonuç doğurabileceği de kuşkusuzdur." (AYM, E.2007/37, K.2010/114, K.T: 16.12.2010, RG: 16.12.2010- 27986).

Kamu yararı amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu ibarenin, yine dokuzuncu fıkrada olduğu gibi, mülkiyet hakkını ölçsüz bir şekilde sınırlandırdığı, alacaklıların alacaklarına ulaşmalarını engellediği söylenemez. Kanun koyucu, belediye mallarına kamu hizmetini aksatmayacak şekilde haciz konabileceğini belirtmek suretiyle, kamu hizmetlerinde kullanılan malların ve kanunlarda belirtilen belli başlı gelirlerin dışında kalan ayni ve nakdi varlıklar üzerine haciz konabileceğini kurala bağlamıştır. Böylece, mülkiyet hakkı kapsamında olan alacaklının alacağına kavuşma hakkı ile kamu hizmetlerinin aksatılmamasının amaçladığı toplumsal yarar arasında adil bir denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Kural, belli sınırlamalar çerçevesinde alacaklının alacağını cebri icra yoluyla almasına imkan tanıyan ölçülü bir müdahale olduğundan Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, çoğunluğun iptal yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Üye Burhan Üstün, Üye Recep Kömürcü ve Üye Erdal Tercan'ın Karşı Görüşü:

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın iptali istenmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinin "... veya kamu hizmetlerini aksatacak..." ibareleri dışındaki kısmının iptal talebinin reddine, söz konusu ibarelerin ise iptaline oyçokluğu ile karar verilmiştir.

İptal edilen ibarelerle birlikte fıkra şu şekildedir: "İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz." veya kamu hizmetlerini aksatacak..." ibarelerinin iptaline aşağıda belirtilen gerekçelerle katılmamız mümkün olmamıştır:

İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinde haczi caiz olmayan mallar sayılmış, birinci fıkrasının 1. bendinde de, "Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar"ın da haczi kabul edilmemiştir. Bu bağlamda, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde de bu yönde bir kural getirilmiştir.

Belediyelerin kamu hizmetinde kullandığı araç ve gereçlerin kamu yararı amacıyla haczedilemeyeceği kabul edilmiştir. Nitekim, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesine 6552 sayılı Kanunla iptali istenen fıkra eklenmeden önce de, sekizinci fıkrasında fiilen kamu hizmetine tahsis edilen malların haczedilemeyeceğine ilişkin bir hüküm kabul edilmiştir. Getirilen bu hükümdeki "... ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri..." ibarelerinin de iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesi bu iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme, kararında kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malların haczedilememesi ile ilgili şu gerekçelere yer vermiştir:

“Anayasa’nın 13. maddesinde ‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz’ denilmiş; 35. maddesinde de, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır.

İtiraz konusu kuralla, belediyelerin bazı varlıkları haciz yasağı kapsamına alınarak belediyeden olan alacaklarını icra yoluyla tahsil etmek zorunda kalanlar bakımından mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmiş ise de, belediyelerin, 5393 sayılı Kanun’un 15. maddesinin son fıkrasında belirtilenlerin dışındaki gelir ve varlıkları üzerine haciz işlemi yapılabilmesi imkânının bulunması, kişilerin bu hakkının tamamen ortadan kaldırılmadığını ve hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilme imkânlarının bulunduğunu göstermektedir.

Ayrıca belediyelerin, belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileri olmaları nedeniyle, bunlara yasalarla yüklenilen görevler, yerel toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimleridir. Belediyeler bu gereksinimleri karşılamak amacıyla bazı etkinliklerde bulunurlar. Bunun için de aynı ve nakdi varlığa ihtiyaç duyarlar. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için, bu etkinliklerden bazılarının kesintisiz bir biçimde yürütülmesi; bunun sağlanabilmesi bakımından da belediyelerin aynı ve nakdi varlığa sahip olmaları gerekir. Belediyelere ait bazı aynı ve nakdi varlıklara haciz yasağı getirilmesindeki amaç da, belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinin bazılarının, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi gereğidir. Yani toplum yararının üstün tutulmasıdır. Yine belirtmek gerekir ki, belediyelerin devamlılık gösteren kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan tüm kaynaklarının hacze konu olabilmemesinin, bu hizmetlerin ifa araçlarını tamamen ortadan kaldırmak gibi bir

sonuç doğurabileceği de kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamadaki amaç da belirtilen nitelikteki istenilmeyen sonucun ortaya çıkmasını engellemektir” (AYM 16.10.2010, E.2007/37, K.2010/114). Mahkememiz çoğunlunca iptaline karar verilen ibarelerle de, aynı şekilde belediyelerin sunduğu kamu hizmetini yerine getirmeye yönelik mallarının haczini yasaklayan yeni bir hüküm getirilmiştir. Aslında 5393 sayılı Kanun’un 8. fıkrasında, belediyelerin, kamu hizmetine tahsis edilen mallarının haczini engelleyen bir hüküm varken, bu şekilde yeni bir hüküm getirmek, mevcudun tekrarı mahiyetinde olmuştur. Ancak, yeni getirilen hükümde ifade olarak “ fiilen kamu hizmetine tahsis edilen” ifadeleri değil, kamu hizmetini aksatacak şekilde belediyelerin mallarının haczedilemeyeceği öngörmüştür. Bu açıdan, aralarında kamu hizmetine tahsis edilmiş olma ve kamu hizmetini yerine getiren bir malvarlığı ise onun haczinin caiz olmayacağı konusunda tereddüt yoktur. Bu nedenle, iptali istenen ibareler, yukarıda Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçelerle Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir.

Mahkememiz çoğunluğu, iptaline karar verilen ibareleri ayrıca belirsiz bulmuş Anayasa’nın 2. maddesi gereğince de iptali gerektiğini belirtmiştir. Ancak, iptaline karar verilen ibareler, belirsiz olmayıp, hangi konuda nasıl bir düzenleme getirildiği son derece açıktır. O nedenle Anayasa’nın 2. maddesine de aykırılık yoktur. Belediyelerin kamu hizmetine tahsis ettiği, o nedenle haczedildiğinde, kamu hizmetinin aksamasına neden olacak mallar haczedilemeyecektir. İptaline karar verilen ibarelerden, kamu hizmetine fiilen tahsis edilen mallar dışında, belediyenin her türlü malvarlığının dolaylı olarak kamu hizmetini gerçekleştirme amacına katkıda bulunduğu, o nedenle, belediyenin hiçbir malının haczinin mümkün olmayacağı sonucunu çıkarmak mümkün değildir, uygun da değildir.

İptali istenen kural gereğince belediyelerin malları, onların sunduğu kamu hizmetlerini aksatacak şekilde haczedilemez. Buradan hareketle, belediyenin kamu hizmetine doğrudan tahsis ettiği, haczedilip muhafaza altına alınması halinde, ilgili kamu hizmetinin aksaması söz konusu ise, o mal haczedilemeyecektir.

Bazı belediyelerde, borçlarını ödememe, alacaklılarından mal kaçırma gibi kötü niyetli davranışlarda bulunulabilir. Ancak, anayasallık denetimi Anayasadaki kurallara göre yapılır; uygulamadaki bazı kötü niyetli davranışlar anayasal denetiminde esas alınamaz.

Kaldı ki, belediyenin bir malının kamu hizmetine tahsis edilip edilmediği, dolayısıyla haczinin caiz olup olmadığı konusunda, alacaklının yahut borçlunun şikayeti üzerine icra mahkemesi karar verecektir. Bu şekilde bazı kötü niyetli girişimlerin engellenmesi de mümkündür.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesine 6552 sayılı Kanun’un 121. maddesiyle eklenen fıkranın ikinci cümlesindeki “... veya kamu hizmetlerini aksatacak...” ibareleri Anayasa’ya uygun olduğundan, Mahkememiz çoğunluğunun iptal yönündeki kararma katılmadık.

Üye Serdar Özgüldür ve Üye Serruh Kaleli’nin Karşılıy Gerekeçesi ve Değişik Gerekeçesi:

“İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması na Dair Kanun Tasarısı” Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce (TBMM) 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 11.9.2014 tarih ve 29116 Mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun’un 121 nci maddesiyle 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanun’un 15 nci maddesine eklenen fıkranın ve yine aynı Kanun’un 123 ncü maddesiyle 5393 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 8’in iptali istemiyle Ankara 11. İcra Hukuk Mahkemesince yapılan itiraz başvurusunun incelenmesinde; iptali istenen her iki kuralın da “Kanun Tasarısı”nda yer almadığı ve bunların TBMM Plân Bütçe Komisyonu’na Tasarı metnine eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esas ilgilendiren bir sakatlardan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar..."

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilânını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki" değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır..." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelterceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki "şekil denetimi" kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; çoğunluk tarafından iptaline karar verilen kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmeleri nedeniyle iptali gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan iptal isteminin Reddine karar verilen kuralların da aynı gerekçeyle iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden, çoğunluğun bu yoldaki kararına da katılmıyoruz.

Gönderen: Talih UYAR

**YARGITAY
HUKUK DAİRE
KARARLARI**

T.C.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/1443

Karar No : 2015/5163

ÖZET: Ortaklığın satış yoluyla giderilmesi kararının infazı için görevlendirilen satış memurunun “icra dairesi görevlisi olmadığı” gerekçesiyle İİK. mad. 5’e dayalı açılan tazminat davasının reddedilmesinin isabetsiz olduğu hususundadır.

Davacı Yasin vekili Avukat V. A. K. tarafından, davalı Adalet Bakanlığı aleyhine 01/10/2013 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; yargı yolu bakımından davanın reddine dair verilen 13/12/2013 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, yargı yolu bakımından görevsizlik nedeniyle ret kararı verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Dava dilekçesinde, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararının infazı için satış memurunun görevlendirildiği; davacının, ihaleye çıkarılan taşınmazı satın aldığı; ancak, taşınmazın gerçek yüzölçümü ile tapu ve satış ilanında yer alan miktarın farklı olduğunun ortaya çıktığı; bunun da İİK’nun 5. maddesi uyarınca sorumluluğu gerektirdiği ileri sürülerek, maddi tazminat isteminde bulunulmuştur.

Mahkemece, satış memurunun İİK’nun 5. maddesi kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle yazılı biçimde karar verilmiştir.

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararları, İİK hükümleri uyarınca yerine getirilmektedir. Satış memuru da İİK'nun 5. maddesi anlamında icra dairesi görevlisi konumundadır. Şu durumda, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir. Mahkemece usulden ret kararı verilmesi yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 27/04/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Alper UYAR

T.C.

YARGITAY

8. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/3602

Karar No : 2015/9932

ÖZET: *Hacizde İİK'nun 96, 97. maddelerinin uygulanmasına yönelik şikâyet başvurusuna dair icra mahkemesince verilen kararın kesin nitelikte bulunduğu- 02.07.2012'de yürürlüğe giren 6532 s. K. ile değişik İİK. mad. 97/13'deki tazminat oranının %20'ye indirilmiş olduğu, bu orandan düşük tazminata hükmedilmesinin isabetsiz olduğu, bu tazminatın alacaklı miktarı ike hacizli malın değerinden hangisi az ise onun üzerinden hesaplanması gerektiği hususundadır.*

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki temyiz eden tarafından duruşmalı olarak istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daire'ye gönderilmiş olup, duruşma istemi gider olmadığından reddedilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı üçüncü kişi vekili, Konya 6. İcra Müdürlüğü'nün 2013/7255 sayılı takip dosyasında yapılan 19.08.2013 günlü hacze konu menkulün davacı üçüncü kişiye ait olduğunu, 17.05.2008 tarihli fatura ile dava ve takip dışı bir firmadan alındığını, haczin borçlunun adresinde yapıldığını, davacının tamir için bıraktığı yerde yapıldığını belirterek, istihkak iddiasının kabulü ile haczin kaldırılmasına, tazminata ve hacizde İİK'nun 99. maddesinin uygulanması gerektiğine karar verilmesini istemiştir.

Davalı alacaklı vekili, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı borçlular usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmalara katılmadığı gibi cevap da vermemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre; borçlu Ahmet'in davacı şirketin ortağı olduğu, haczin araç yoldayken yapıldığı, davacının sunduğu delillerin istihkak iddiasını kanıtlamaya elverişli olmadığı, her zaman düzenlenmesi mümkün belgelerden olduğu gerekçesi ile davanın reddine ve alacaklı lehine mahcuzun değeri üzerinden %15 oranında tazminata karar verilmiş; hüküm, davacı üçüncü kişi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, üçüncü kişinin İİK'nun 96. vd. maddeleri uyarınca açtığı "istihkak" davası ve İİK'nun 99. maddesinin uygulanması isteğine yönelik "şikâyet" başvurusu niteliğindedir.

1. Şikâyet başvurusuna ilişkin temyiz incelemesinde;

İcra mahkemesi kararlarından hangilerinin temyiz olunabileceği özel hükümlerle ve genel olarak da İİK'nun 363. maddesinde birer birer açıklanıp gösterilmiştir. Bunların dışında kalan mahkeme kararları kesindir. Yargıtay'ca incelenmesi İstenen karar, hacizde 96, 97. maddelerinin uygulanmasına yönelik şikâyet başvurusu niteliğinde olup, bu maddelerle tespit edilen kararlar arasına girmeyip kesin nitelikte bulunduğundan temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir.

2.İstihkak davasının temyiz incelemesine gelince:

A- Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı üçüncü kişi vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine,

B- İİK'nun 97/13. maddesindeki tazminat oranı hükümden önce 02.07.2012'de yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile %20'ye indirilmiş olup, bu orandan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

Mahkemece tazminat oranının %15 olarak uygulanmış olması hatalı ise de temyiz edenin sıfatına göre bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.

İİK'nun 97/13. maddesindeki tazminat gecikme tazminatı niteliğinde olup, takibin taliki nedeni ile alacaklının alacağından bu dava dolayısıyla istifası geciken miktar üzerinden, yani alacak miktarı ile hacizli malın değerinden hangisi az ise onun üzerinden hesaplanması gerekir.

Belirtilen hususlar dikkate alınmadan yazılı biçimde mahcuzun değeri üzerinden tazminat hesabı hatalı olmuştur.

Ne var ki, yapılan yanlışlığın düzeltilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden 6100 sayılı HMK'nun ek geçici 3. maddesi yollaması ile 1086 sayılı HUMK'nun 438/7. maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz dilekçesinin REDDİNE, (2-A) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı üçüncü kişi vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine; (2-B) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın hüküm fıkrasının 3. bendindeki "Mahcuzun değeri üzerinden..." ibaresinin çıkartılarak yerine "Alacak miktarı olan 30.169,11 TL..." ibaresinin yazılmasına, hükmün düzeltilen bu şekli ile ONANMASINA, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 25,20 TL peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 04.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Talih UYAR

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/34770

Karar No : 2015/13592

ÖZET: Alacaklı şirketin temsile yetkili müdürleri tarafından şirket feshedilmeden önce verilen vekaletnameye istinaden borçlunun mallarına haciz konulduğu, TTK. mad. 636 atfı ile TTK. mad. 533/2’de öngörüldüğü üzere şirketin tüzel kişiliği tasfiye sonuna kadar devam edeceğinden ve vekilin temsil yetkisi de TBK. mad. 43/2. maddesine göre tüzel kişilik sona ermesi halinde sona ereceğinden, alacaklı şirketin mahkeme kararı ile feshedilmiş olması ve bu feshin kesinleşmiş olmasının daha önce şirketin yetkili müdürlerince yetkileri dahilinde verilmiş olan vekaleti sona erdirmeyeceği hususundadır.

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. D. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlu hakkında, genel haciz yolu ile ilamsız icra takibine geçildiği, borçlu tarafından, mahkemece 17/04/2012 tarihinde alacaklı şirketin feshine karar verildiği ve kararın 09/10/2012 tarihinde kesinleştiği, alacaklı şirket müdürlerinin şirketi temsil yetkisinin 06/05/2013 tarihinde sona erdiği, takip alacaklısı şirket müdürlerinin temsil yetkilerinin sona ermiş olması sebebiyle dosya alacaklısı şirket vekili avukatın da vekillik görevinin de sona erdiği, 18/04/2014 tarihli haciz kararı ile 01/08/2014 tarihli haciz kararının iptal edilmesi için mahkemeye şikayet yoluna başvurduğu, mahkemece şikayetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

6102 sayılı TTK'nun 638/2. maddesinde her ortağın haklı sebeplerin varlığı halinde limited şirket ortaklığından çıkartılmasına karar verilmesi için dava açabileceği, aynı yasanın 636. maddesinde haklı sebeplerle binaen şirket ortağı ya da ortaklarınca açılacak şirketin feshine ilişkin dava sonucunda fesih kararı verilmesinin şirketin sona ermesi sebeplerinden biri olduğu, sona ermenin sonuçlarına ilişkin anonim şirketler hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. 636. maddenin yol-lamada bulunduğu 533. maddede ise sona eren şirketin tasfiye haline gi-receği, tasfiye hâlindeki şirketin, pay sahipleriyle olan ilişkileri de dâhil, tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini koruyacağı ve ticaret unvanını "tas-fiye hâlinde" ibaresi eklenmiş olarak kullanacağı, bu hâlde organlarının yetkilerinin TTK'nın 540. ve devamındaki maddelerde açıklanan tasfiye amacıyla sınırlı olduğu düzenlenmiştir.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinde hukuki işlem den doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğ ine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durum-larında sona ereceği,ve aynı maddesinin 2. fıkrasında bu hükmün, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanacağı belirtilmiştir.

Alacaklı şirketin Edremit 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/442 Esas 2012/287 Karar sayılı ilamı ile feshine ve tasfiyesine karar verildiği, söz konusu kararın 09/10/2012 tarihinde kesinleştiği, Edremit Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün 11/07/2014 tarihli yazısında şirketi temsile yetki-li şirket müdürleri H. H. S. ve Ö. S.'nin 06/05/2013 tarihi itibari ile yet-kilerinin sona erdiği ve yeniden şirkete müdür atamasının yapılmadığı anlaşılmıştır.

Alacaklı şirketin temsile yetkili müdürleri tarafından şirket feshe-dilmeden önce verilen vekaletnameye istinaden borçlunun mallarına haciz konulmuştur. TTK'nun 636. maddesinin atfı ile 533/2. madde-sinde öngörüldüğü üzere şirketin tüzel kişiliği tasfiye sonuna kadar de-vam edeceğinden ve vekilin temsil yetkisi de TBK'nun 43/2. maddesine göre tüzel kişilik sona ermesi halinde sona ereceğinden, alacaklı şirketin

mahkeme kararı ile feshedilmiş olması ve bu feshin kesinleşmiş olması daha önce şirketin yetkili müdürlerince yetkileri dahilinde verilmiş olan vekaleti sona erdirmeyecektir.

O halde mahkemece, şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Alper UYAR

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/10206

Karar No : 2015/13585

ÖZET: *Alacaklının başlattığı taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile takipte, rehinli aracın kazaya karışmış olması sebebiyle açılan hasar dosyasında borçluya yapılacak olan sigorta tazminatının icra dosyasına gönderilmesinin istenebileceği, alacaklının rehin hakkının sigorta tazminatı üzerinde devam edeceği (TTK. 1456) hususundadır.*

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi N. Y. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine 12.08.2014 tarihinde başlatılan taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takipte; alacaklının rehinli aracın kazaya karışmış olması sebebiyle A... AŞ. nezdinde hasar dosyası açıldığından borçluya yapılacak sigorta tazminatı ödemesinin icra dosyasına gönderilmesini icra memurluğundan talep ettiği, icra memurluğunca rehinli malın satılarak paraya çevrilmesi dışında takibin dışına çıkılamayacağı gerekçesiyle talebin reddi yönünde işlem tesis edildiği, alacaklının icra memurluk işleminin kaldırılması istemiyle şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir.

Somut olayda takibin itirazsız kesinleştiği ve rehinli aracın takip tarihinden sonra 25.09.2014 günü kazaya karıştığı anlaşılmıştır.

6102 sayılı TTK'nun 1456. maddesi "Sınırlı ayni hak ile takyit edilmiş bir mal üzerindeki, malike ait menfaat sigortalandığı takdirde,

kanunda aksi öngörülmemişse, sınırlı ayni hak sahibinin hakkı sigorta tazminatı üzerinde de devam eder” hükmünü içermektedir.

Bu durumda alacaklının rehin hakkı, sigorta tazminatı üzerinde devam edeceğinden, mahkemece şikayetin kabulü yerine reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK’nun 366 ve HUMK’nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Alper UYAR

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/4678

Karar No : 2015/14165

ÖZET: Sıra cetveline itiraz edilmesi nedeniyle alacaklıya ödenmeyen paranın icra müdürünce banka hesabına yatırılması sonucu elde edilen faiz gelirinin alacaklıya değil, hazineye ait olduğu; ihale kesinleşmiş olduğundan İİK. 134/5’de yer alan nemalandırmaya yönelik düzenlemenin uygulanamayacağı hususundadır.

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki Maliye Hazinesi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi K. K. C. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Genel haciz yoluyla ilamsız icra takibinde, hacizli taşınmazın satıldığı ve ihalenin kesinleştiği, düzenlenen sıra cetveline itiraz edilmesi üzerine satış bedelinin alacaklılara ödenmediği ve icra müdürlüğünce bankaya yatırılarak nemalandırıldığı anlaşılmıştır.

İİK.nun 140 vd. maddelerinde sıra cetveline itiraz edilmesi halinde icra müdürlüğünce alacaklılara ödenmeyen paranın nemalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.

İİK.nun 134/5. maddesinde yer alan nemalandırmaya yönelik düzenleme ise ihalenin feshi davası açılması halinde ihale bedelinin icra müdürlüğünce nemalandırılması hakkında olup, ihalenin kesinleşmiş olduğu somut olayda uygulanmasına imkan bulunmamaktadır.

Buna göre sıra cetveline itiraz edilmesi nedeniyle alacaklıya ödenmeyen paranın icra müdürünce banka hesabına yatırılması sonucu elde

edilen faiz gelirinin alacaklıya ödenmesinin yasal dayanağı olmayıp, nemalandırma sonucu elde edilen para hazineye aittir.

O halde, mahkemece şikayetin reddi yerine kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Maliye Hazinesinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25/05/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Cüneyt UYAR

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/34770

Karar No : 2015/13592

ÖZET: Alacaklı şirketin temsile yetkili müdürleri tarafından şirket feshedilmeden önce verilen vekaletnameye istinaden borçlunun mallarına haciz konulduğu, TTK. mad. 636 atfı ile TTK. mad. 533/2’de öngörüldüğü üzere şirketin tüzel kişiliği tasfiye sonuna kadar devam edeceğinden ve vekilin temsil yetkisi de TBK. mad. 43/2. maddesine göre tüzel kişilik sona ermesi halinde sona ereceğinden, alacaklı şirketin mahkeme kararı ile feshedilmiş olması ve bu feshin kesinleşmiş olmasının daha önce şirketin yetkili müdürlerince yetkileri dahilinde verilmiş olan vekaleti sona erdirmeyeceği hususundadır.

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. D. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlu hakkında, genel haciz yolu ile ilamsız icra takibine geçildiği, borçlu tarafından, mahkemece 17/04/2012 tarihinde alacaklı şirketin feshine karar verildiği ve kararın 09/10/2012 tarihinde kesinleştiği, alacaklı şirket müdürlerinin şirketi temsil yetkisinin 06/05/2013 tarihinde sona erdiği, takip alacaklısı şirket müdürlerinin temsil yetkilerinin sona ermiş olması sebebiyle dosya alacaklısı şirket vekili avukatın da vekillik görevinin de sona erdiği, 18/04/2014 tarihli haciz kararı ile 01/08/2014 tarihli haciz kararının iptal edilmesi için mahkemeye şikayet yoluna başvurduğu, mahkemece şikayetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

6102 sayılı TTK'nun 638/2. maddesinde her ortağın haklı sebeplerin varlığı halinde limited şirket ortaklığından çıkartılmasına karar verilmesi için dava açabileceği, aynı yasanın 636. maddesinde haklı sebeplerle binaen şirket ortağı ya da ortaklarınca açılacak şirketin feshine ilişkin dava sonucunda fesih kararı verilmesinin şirketin sona ermesi sebeplerinden biri olduğu, sona ermenin sonuçlarına ilişkin anonim şirketler hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. 636. maddenin yorumlamada bulunduğu 533. maddede ise sona eren şirketin tasfiye haline gireceği, tasfiye hâlindeki şirketin, pay sahipleriyle olan ilişkileri de dâhil, tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini koruyacağı ve ticaret unvanını "tasfiye hâlinde" ibaresi eklenmiş olarak kullanacağı, bu hâlde organlarının yetkilerinin TTK'nın 540. ve devamındaki maddelerde açıklanan tasfiye amacıyla sınırlı olduğu düzenlenmiştir.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinde hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona ereceği, ve aynı maddesinin 2. fıkrasında bu hükmün, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanacağı belirtilmiştir.

Alacaklı şirketin Edremit 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/442 Esas 2012/287 Karar sayılı ilamı ile feshine ve tasfiyesine karar verildiği, söz konusu kararın 09/10/2012 tarihinde kesinleştiği, Edremit Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün 11/07/2014 tarihli yazısında şirketi temsile yetkili şirket müdürleri H. H. S. ve Ö. S.'nin 06/05/2013 tarihi itibarı ile yetkilerinin sona erdiği ve yeniden şirkete müdür atamasının yapılmadığı anlaşılmıştır.

Alacaklı şirketin temsile yetkili müdürleri tarafından şirket feshedilmeden önce verilen vekaletnameye istinaden borçlunun mallarına haciz konulmuştur. TTK'nun 636. maddesinin atfı ile 533/2. maddesinde öngörüldüğü üzere şirketin tüzel kişiliği tasfiye sonuna kadar devam edeceğinden ve vekilin temsil yetkisi de TBK'nun 43/2. maddesine göre tüzel kişilik sona ermesi halinde sona ereceğinden, alacaklı şirketin

mahkeme kararı ile feshedilmiş olması ve bu feshin kesinleşmiş olması daha önce şirketin yetkili müdürlerince yetkileri dahilinde verilmiş olan vekaleti sona erdirmeyecektir.

O halde mahkemece, şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Cüneyt UYAR

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/8683

Karar No : 2015/12602

ÖZET: İhaleye konu olan taşınmazın, muhammen bedelinin yüzde yüzünün üzerinde satıldığı ve dolayısıyla satış bedeli, taşınmazın muhammen bedelinin üzerindeyse de, satış ilanı tebliği ve kıymet takdiri tebliğinin de usulsüz olması karşısında kıymet takdirinin kesinleşmediği ve borçlunun şikayet *dilekçesinde kıymet takdirine itiraz ettiği anlaşıldığından, mahkemece, mahallinde keşif yapılarak, taşınmazın icra müdürlüğünce yaptırılan kıymet takdiri tarihine göre değeri belirlenerek, belirlenen değer in ihalede esas alınan muhammen bedelin üzerinde olması halinde ihalenin feshine karar verilmesi, muhammen bedelin altında olması halinde ise İİK. 134/8 gereğince zarar unsuru oluşmayacağından ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerektiği hususundadır.*

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi E. A. E. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Şikayetçi borçlu icra mahkemesine başvurusunda, sair şikayet nedenleri ile birlikte, kıymet takdiri ve satış ilanı tebliğ işleminin usulsüz yapıldığını, kıymet takdirine itiraz edemediğini ileri sürerek 22.10.2014 tarihinde satışı yapılan taşınmaz ihalesinin feshini istemiş, mahkemece kıymet takdiri raporu ile satış ilanının usulsüz tebliğ edilmesi nedeniyle ihalenin feshine karar verildiği görülmüştür.

Somut olayda, şikayetçiye yapılan kıymet takdiri ve satış ilanı tebliğ işlemi mahkemenin de kabulünde olduğu üzere usulsüz yapıldığı anlaşılmaktadır.

İİK'nun 128/a maddesi uyarınca kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililer raporun tebliğinden itibaren 7 gün içinde raporu düzenleten icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesinde şikayette bulunabilirler. Kıymet takdir raporu, borçluya usulüne uygun tebliğ edilmediği için, kıymet takdirine ilişkin hususların ihalenin feshi davası sırasında mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir.

İİK'nun 134/8. maddesinde; "İhalenin feshini şikayet yolu ile talep eden ilgili, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur" düzenlemesi yer almaktadır.

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre satış bedelinin muhammen bedelin yüzde yüzünün üstünde olması halinde zarar unsuru oluşmayacağından, ihalede zarar unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekir.

Her ne kadar somut olayda, feshi istenilen ihaleye konu olan taşınmazın, muhammen bedelinin yüzde yüzünün üzerinde satıldığı ve dolayısıyla satış bedelinin, taşınmazın muhammen bedelinin üzerinde olduğu anlaşılmakta ise de, satış ilanı tebliği ve kıymet takdiri tebliğinin de usulsüz olması karşısında kıymet takdirinin kesinleşmediği ve borçlunun şikayet dilekçesinde kıymet takdirine itiraz ettiği görülmektedir.

O halde mahkemece, mahallinde keşif yapılarak, taşınmazın icra müdürlüğüne yaptırılan kıymet takdiri tarihine göre değeri belirlenerek, belirlenen değerin ihalede esas alınan muhammen bedelin üzerinde olması halinde ihalenin feshine karar verilmesi, muhammen bedelin altında olması halinde ise İİK'nun 134/8. maddesine göre zarar unsuru oluşmayacağından ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ihalenin feshi talebinin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Cüneyt UYAR

