

Yıl: 81 • Ocak 2016 • Sayı: 1

Dört ayda bir yayımlanır

ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

ULAKBİM



Hakemli Makaleler

Dr. Ahmet TAŞKIN

Alt İşverenlik Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesi
Arasındaki Ayrım

Av. Selim YALÇIN

Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Bağlı Şirketin
Hakim Şirket Müdahalesi Sonucu
Kayba Uğratılması ve
Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin
Bu Kayıptan Doğan Sorumluluğu

Makaleler

Av. İbrahim TUNÇOL

Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin
Denkleştirme İstemi

Av. Talih UYAR

İİK'nun 88. Maddesi Üzerinde Bir İnceleme

M. Serhat YENER

Türk Özel Hukuk Sisteminde Vakıf Tüzel Kişiliği ve
Vakıfların Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde Düşünceler

Dr. Serhan DİNÇ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre
Ticaret Ünvanı

Av. Abdülkadir Özdemir

Orman, Çevre Ve Doğal Kaynaklara İlişkin
Anayasa Değişikliği Üzerine Düşünceler

Prof. Dr. Huriye Kubilay

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında
Kanun'la İlgili Genel Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Zafer GÖREN

Status Activus

YIL.81 | 1

Yargı Kararları

Yargıtay Daire Kararları
Danıştay Daire Kararları

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 81 • Ocak 2016 • Sayı: 1 • 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
Av. Buket YALÇIN
Stj. Av. Burak KEÇECİOĞLU

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	(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. Füsün 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. Serkan ÇINARLI	(İzmir Ü. Huk. Fak. İdare 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. 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
09.08.2016

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. 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.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

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

6. 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. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

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

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

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

10. 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.

11. 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.

12. 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. Gerektiğinde 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.

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

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

15. 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.

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

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

Alt İşverenlik Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesi Arasındaki Ayrım Dr. Ahmet TAŞKIN	13
---	----

Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Bağlı Şirketin Hakim Şirket Müdahalesi Sonucu Kayba Uğratılması ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bu Kayıptan Doğan Sorumluluğu Av. Selim YALÇIN	75
--	----

MAKALELER

Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi Av. İbrahim TUNÇOL	99
--	----

İİK'nun 88. Maddesi Üzerinde Bir İnceleme Av. Talih UYAR	173
--	-----

Türk Özel Hukuk Sisteminde Vakıf Tüzel Kişiliği ve Vakıfların Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde Düşünceler M. Serhat YENER	206
---	-----

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Ünvanı Dr. Serhan DİNÇ	235
--	-----

Orman, Çevre Ve Doğal Kaynaklara İlişkin Anayasa Değişikliği Üzerine Düşünceler Av. Abdülkadir Özdemir	252
---	-----

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la İlgili Genel Bir Değerlendirme Prof.Dr. Huriye Kubilay	272
---	-----

Status Activus Prof.Dr. Zafer GÖREN	292
---	-----

YARGI KARARLARI

YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI.....	327
DANIŞTAY DAİRE KARARLARI.....	339

HAKEMLİ MAKALELER

ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ İLE ESER SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ AYRIM

▪ Dr. Ahmet TAŞKIN*

Özet: İş hukukunun en önemli konularından birisi olan alt işverenlik sözleşmesi, niteliği gereği çalışma hayatını, sendikaları, ekonomiyi ve siyaseti yakından ilgilendirmektedir. Alt işverenlik ilişkisinin benzer konu ve kavramlardan ayırt edilmesi, amacının, kusurlu ve sakıncalı yönlerinin iyi bilinmesi çalışma ve toplum hayatı için oldukça önemlidir. İş davalarının önemli bir kısmını oluşturan alt işverenlik ilişkisi, hizmet alım, fason imalat, kamu ihale ve eser sözleşmesi gibi birçok hukuki ilişki ile karıştırıldığı için muvazaalı olduğu gerekçesiyle geçersiz görülmekte ve yargı kararları binlerce işçiyi ilgilendiren uyuşmazlıklarda emsal oluşturmaktadır. Çoğu sözleşmenin kanunda tanımlanmasına ve bunlara ilişkin kavramların açıklanmasına rağmen bu sözleşmeler birbirine karıştırılmakta, çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de sorunlar yaşanmaktadır. Bu makalede alt işverenlik sözleşmesi ile eser sözleşmesi incelenerek farklılıkları ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Alt işverenlik, eser (istisna) sözleşmesi, işçi, işveren, sözleşme, muvazaa.

Abstract: Subcontracting agreement is one of the most important issues of the labor law and in nature, labor, unions, economy and politics are closely related. To distinguish it from similar issues and concepts of the subcontracting relationship, the goal of defective and objectionable aspects are very important for the well-known work and social life. Subcontracting agreements that make up a significant part of the business case, service procurement contracts, contract manufacturing agreements, public procurement contracts and work contracts, as to where it is mixed with many legal relationship is seen invalid on the grounds that the fictitious and judgments constitute a precedent in disputes concerning thousands of workers. Although most contracts to be defined by the law and an explanation of the concept for them, these contracts are mixed together, the problems being experienced in resolving the dispute. Examining the contract of work with subcontracting agreements in this article were put forward differences.

Keywords: Subcontracting, contract of construction, employee, employer, contract, collusion.

* Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

GİRİŞ

Alt işverenlik konusu, iş hukukunun en sorunlu ve en tartışmalı alanlarından birisini oluşturmaktadır. Tartışma ve sorun, salt hukuk değil, sendika, çalışma hayatı, siyaset ve toplumla da yakından ilgilidir. İşçiler açısından alt işverenlik bir an önce kaldırılması gereken; iş dünyası, çalışma hayatı, ekonomik yapı ve piyasalar için de varlığı kaçınılmaz bir kurumdur. Alt işverenlik ilişkisi ve sözleşmesi birçok sözleşme ile kolaylıkla karıştırıldığı, çok kolay istismar edildiği ve kötüye kullanıldığında ekonomik, sosyal ve siyasal sonuçları ağır olduğu için de sorunlu bir alandır. Belki de hukuki açıdan muvazaa iddiasına en fazla konu edilen ve bu nedenle de geçersiz kılınan tek sözleşme alt işverenlik sözleşmesi veya ilişkisidir. Çünkü sözleşme asıl ve alt olmak üzere iki işveren arasından meydana gelmekte ve her iki işyerinde çok sayıda işçi çalışmaktadır. Ayrıca verilen yargı kararları benzer durumlarda emsal teşkil ettiğinden binlerce çalışanı ve işvereni doğrudan etkilemektedir.

Alt işverenlik ilişkisinin karıştırıldığı hukuki ilişkilerden birisi ve belki de en önemlisi hizmet alım sözleşmeleri ile eser sözleşmeleridir. Bu makalede alt işverenlik ilişkisi tanımlanmış, unsurları açıklanmış ve eser sözleşmesinden ayrılan yönlerine vurgu yapılmıştır. Alt işverenlik ilişkisinin sonuçları birçok borçlar hukuku sözleşmesine göre çok ağırdır. En basit şekliyle alt işverenlik ilişkisi geçersiz olduğunda muvazaaya hükmedilmekte ve alt işveren işçileri işin başından beri asıl işveren işçisi sayılmaktadır. Asıl işverenin bir kamu kurumu olması durumunda sonuçlar çok daha ciddi bir hal almaktadır.

I. ALT İŞVERENLİK KAVRAMI

A. Tarihsel Gelişimi

Tarihsel süreç bakımından Türkiye’de ve dünyada alt işverenlik ilişkisi, önceleri daha çok inşaat sektöründe görülmüş, sonrasında ise diğer sektörlerde de yaygın hale gelmiştir.¹ Dünyada ekonomik ve tek-

¹ Bkz. AYKAÇ, Hande B., İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1.

nolojik alanlarda yaşanan değişim ve gelişmeler sonucunda işletmeler bu değişim ve gelişmelere uyum sağlayabilmek ve işletmelerin rekabet edebilirliğini sürdürebilmek için üretim organizasyonlarında değişiklik yapma ihtiyacı duymuşlardır. İşletmelerin bu değişiklik ihtiyacında üretimi kendi işçileriyle değil, başka işverenlerin işçileriyle gerçekleştirmek istemeleri ortak nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. İşletmeler bu şekilde bir esneklik aracı olarak bir taraftan üretimi diğer taraftan ise istihdamı dışsallaştırma yöntemlerini kullanmaktadırlar. İstihdamın dışsallaştırılmasında kullanılan yöntemlerden biri de alt işverenliktir.²

Türk çalışma hayatında alt işverenlik olgusu temel hukuki nitelikleriyle 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı ilk İş Kanunu ile düzenlenmiştir.³ 1950 yılında çıkartılan 5518 sayılı Kanunla 3008 sayılı Kanunun ilgili maddesi değiştirilmiştir. 1967 yılında çıkarılan 931 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince 1475 sayılı İş Kanunu çıkarılmıştır.⁴ Bu Kanunda alt işveren, *“bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçileri münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran”* kişidir. Alt işverene verilebilecek işlerin, asıl iş ve yardımcı işler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaması bu ilişkinin yaygınlaşmasına neden olmuştur.⁵ 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan hükümler ve 2008 yılında bu hükümlerin daha ayrıntılı ve somut hale getirilmesi amacını taşıyan Alt İşverenlik Yönetmeliği asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi birçok açıdan ele almış, bu alanda yaşanan sıkıntıların engellenmesi doğrultusunda önemli adımlar atmıştır.⁶ Alt işveren uygulaması

² BAYBORA, Dilek, “İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, 2010, s. 20.

³ CANBOLAT, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 1. Anılan Kanunun 1/4. maddesine göre, “işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür.”

⁴ CANBOLAT, s. 4.

⁵ ÇANKAYA, Osman Güven ve ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 54. (Üçlü İlişkiler)

⁶ TOZLU, Ahmet ve ERASLAN, Mehmet Tark, “Türkiye’de Alt İşverenlik Uygulaması”, Sayıştay Dergisi, Sayı:84, Ocak-Mart 2012, s. 47.

temel olarak, başlangıçta, bir işyerinde teknolojik nedenlerle uzmanlığı gerektiren bazı işlerin, bu işlerde uzmanlaşmış kişi ve kuruluşlara yaptırılması ihtiyacından ortaya çıkmıştır.⁷ Bununla birlikte günümüzde alt işverenlik, istihdamın dışsallaştırılması yöntemlerinden biri olarak kullanılmaktadır.⁸ Ayrıca işverenlerin, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında bazı yükümlülüklerden kaçınmak istemeleri, sendikal örgütlenmeye sıcak bakmamaları ve insan gücü sevk ve idaresinin getireceği yoğunluktan kurtulma düşünceleri de alt işveren uygulamasının ortaya çıkması ve yaygınlaşmasında etkili olmuştur.⁹

Gerek kamu, gerekse özel kesim işyerlerinde sıkça başvurulanan alt işverenlik ilişkileri personel istihdamında esneklik, üretimde verimlilik ve sektörde rekabet gücü sağlayan bir iş hukuku kurumudur.¹⁰ Çalışma hayatında esneklik, üretkenlik, verimlilik, rantabilite ve rekabet edebilirlik sadece personelin çalışma saatleriyle ve üretim araçlarının kullanımıyla ilgili değil, personelin çalıştırılması, üretim araç ve gereçlerinin kullanım biçimi ve hizmet gördürme şekliyle de ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, bir işverenin diğer bir işverene iş gördürmesi üretimin dışsallaştırılmasının, dolayısıyla da esnekliğin bir örneğidir. Alt işverenliğin yaygınlaşması zamanla sendika ve toplu pazarlık hukuku alanında doğrudan işçilerin hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırılması amacına yönelmiş ve bu alanda sorunları da beraberinde getirmiştir.¹¹

⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 34; ŞEN, Murat ve NANEÇİ, Aslı, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi", Sicil, 4: 15, Eylül 2009, s. 24 (s. 24-53)

⁸ GÜZEL, Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 33.

⁹ ÇANKAYA, O. Güven ve ÇİL, Şahin, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi", Sicil, Yıl: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, s. 54 (s. 54-80) (Asıl İşveren-Alt İşveren); Bkz. EYRENCİ, Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak 2004, Sayı: 1 s. 21.

¹⁰ AKYİĞİT, Ercan, "Kamuda Alt İşverenlik ve Mütעהhide İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 4, 2011, s. 1-33. (Kamuda Alt İşverenlik)

¹¹ ŞAFAK, Can, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi", TBBD, Sayı: 51, 2004, s. 112 (s. 111-132).

B. Alt İşverenliğin Amacı, Önemi ve Gerekliliği

Alt işverenlik kurumunun ortaya çıkmasının temel nedeni, teknolojinin, ulaşımın ve iletişimin çok hızlı gelişmesine bağlı olarak, ekonomik, ticari, siyasi, kültürel ve sosyal yönleriyle küreselleşen dünyamızda işletmelerin rekabet, sürdürülebilirlik, verimlilik, kârlılık ve büyüme gibi konularda bir çıkış araması, ekonomik krizleri atlatacak güçlü bir örgütsel yapıya kavuşma düşüncesidir. Gelişmiş ülkeler uzay teknolojisine dayalı üretimlerinde bile yabancı ürünler kullanmaktan çekinmemektedir. Büyük şirketler ekonomik ve kârlı görmedikleri alanlarda yatırım yapmaktan kaçınmakta, kâr oranı düşen işlerini başka şirketlere devretmektedir. Dış hizmet kullanımı ile işletmeler, yaptıkları bazı işleri uzman işletmelere aktarmakta ve bu şekilde maliyet ve zaman tasarrufu elde etmekte, üretimde etkinlik ve kalite sağlamaktadır. İşletme bu yöntemle, tüm enerjisini uzmanlık konuları üzerine yönelterek verimliliği ve rekabet gücünü artırmaktadır.¹² Ülkemizde özellikle 1970'lerden sonra yaşanan ekonomik krizler ve değişen personel yönetimi, personelde esneklik gereğini ortaya çıkarmıştır. İşte ekonomik nedenler ve işverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve sürekli istihdam anlayışı onları alt işverenlik uygulamasına itmiştir.¹³ İşverenler ürettikleri mal ve hizmetleri bir yandan müşteri memnuniyetini karşılayacak şekilde kaliteli yapmak, diğer yandan ise bunları müşterilerin satın alabilmesini sağlayacak şekilde makul bir fiyatla pazara sunmak zorundadırlar. Özellikle rekabet piyasası şartlarının baskısı nedeniyle çoğu işveren, önemli maliyet unsuru olarak gördüğü işçi giderlerini asgari düzeyde tutmaya çalışmaktadır. İngiltere'de yapılan bir araştırmaya göre asıl işverenler; kapasite esnekliği, uzmanlık ve maliyet gibi unsurlar nedeniyle alt işverenlik ilişkisine girdiklerini ortaya koymuştur.¹⁴

¹² Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren, TİSK Yayınları, Ankara, 2012, s. 7.

¹³ AKYİĞİT, Ercan, "Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı", TÜHİS, Cilt: 22, Sayı: 4-5, Şubat 2009-Kasım 2010, s. 1. (Benzer İlişkiler)

¹⁴ SWEET, Justin, Legal Aspects of Architecture, Engineering and Construction Process, St. Paul, 1994, s. 620 (Aktaran: Türker YALÇINDURAN, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 23.)

Asıl işveren, yapmayı planladığı veya üstlendiği bir işin bütün süreçlerini bizzat yerine getirmek zorunda değildir. Özellikle bazı işler, nitelikleri gereği uzmanlık veya yüksek maliyet ya da belli bir yatırım yapmayı gerektirebilir. İşte bu gibi hallerde, asıl işveren işin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla başka işverenlere ihtiyaç duyabilir. Kısaca işyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵ Alt işverenliğin, sermaye yoğun sektörlerin çözümedeği istihdam problemini çözebileceği umulmaktadır.¹⁶

C. Alt İşverenlik İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi

1) Genel Olarak Sözleşme

Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için iki irade açıklamasına ihtiyaç vardır. Bunlardan zaman bakımından önce yapılanına icap (sözleşme yapma önerisi), icabı yapan kişiye de icapçı denir. İcap tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır. İcap mutlaka belli bir kimseye yapılmak zorunda olmadığı için kamuya da icap yapılabilir. Alt işverenlik sözleşmesi herşeyden önce Türk Borçlar Kanunu (TBK) anlamında bağımsız bir sözleşmedir. Dolayısıyla TBK'nın sözleşmelere ilişkin hükümleri alt işverenlik sözleşmesi için de geçerlidir. TBK'ya göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir (m.1). Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığın özelliğine bakarak karara bağlar. Sözleşmelerin şekline ilişkin hükümler saklıdır (m. 2). *Amaç, sözleşmeyi ayakta tutmaktır.* Az sayıdaki alt işveren işçisinin farklı işlerde çalıştırılmasının bu işçiler yönünden muvazaa teşkil etmesi, alt işverenlik ilişkisinin diğer işçiler yönünden geçerli sayılması bu amaca hizmet eder. Sözleşmenin tali noktalarında uyuşmazlık

¹⁵ Bkz. GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 270.

¹⁶ SÖNMEZ, Ahmet Miraç, Türkiye'de Kamu Personel Rejiminde Yardımcı Hizmetler Sınıfında Alt İşverenlik: Sağlık Bakanlığı Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2011, s. 18-19.

bulunsa da bu husus sözleşmeyi geçersiz hale getirmez. Borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü esastır. Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (m.26). “Kanonun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” (m. 27).

2) Alt İşverenlik Sözleşmesi

Asıl işveren ile alt işveren arasında geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken koşullar Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; a) Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır. b) Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. c) Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. ç) Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır. d) Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez. Alt işverenlik sözleşmesinin geçersiz olması alt işverenlik ilişkisinin de geçersiz olacağı anlamına gelmez. Alt işverenlik ilişkisinin tüm unsurları bulunmakla birlikte alt işverenlik sözleşmesinin bazı koşulları eksik ise yine de geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilir.

a) Alt İşverenlik Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerliliği

Alt işverenlik sözleşmesi İş Kanunu'nda düzenlenmiş bağımsız bir sözleşme tipi olduğu halde kanunda açıkça tanımlanmış değildir. İş Kanunu, 2/6. maddesinde “asıl işveren-alt işveren ilişkisi”ni tanımlamış, ancak alt işverenlik sözleşmesinin bir tanımını yapmamıştır. Bununla birlikte Alt İşverenlik Yönetmeliğinde alt işverenlik sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Yönetmeliğe göre, *asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilen hususları ihtiva eden sözleşmeye alt işverenlik sözleşmesi denilir* (m. 3/b).

Geçerli bir alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar Alt İşverenlik Sözleşmesinin 10. maddesinde gösterilmiştir. Alt işverenlik sözleşmesinde bulunması zorunlu hususlardan bir veya birkaçının yokluğu taraflar arasındaki alt işverenlik ilişkisini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde sözleşmede yer alması gereken hususlar geçerlilik değil, ispatla ilgili bir konudur. Örneğin asıl veya alt işverenlerin ya da onların vekillerinin sözleşmede imzaları yoksa sözleşme geçersiz hale gelmez. Kanun, alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiğinden söz etmekte ise de (İK, m. 3/2) yazılı yapılmayan alt işverenlik sözleşmeleri salt bu nedenle geçersiz sayılmamaktadır. Alt işverenlik sözleşmesi ile alt işverenlik ilişkisi farklı kavramlar olduğu için diğer sözleşme türlerinin bu kavramlarla ilişkisini farklı değerlendirmek gerekir. Buna göre, alt işverenlik sözleşmesi varken bir başka sözleşme türündün söz edilmemesi gerekir. Örneğin, bir hukuki ilişki kira sözleşmesi ya da komisyon sözleşmesi ise bu sözleşme aynı zamanda taşıma veya istisna ya da ödünç sözleşmesi olamaz. Oysa asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan, asıl işverene ait olan bir işin alt işveren tarafından yapılmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, uygulamada sık görülen eser (istisna) sözleşmesi olabileceği gibi, bu ilişkinin kira ya da taşıma sözleşmesine dayanması da mümkündür.¹⁷ Çünkü İş Kanunu (m. 2/6) alt işverenlik sözleşmesinden değil, alt işverenlik ilişkisinden söz etmek-

¹⁷ CANBOLAT, s. 13.

tedir. Alt işverenlik sözleşmesi geçerli olmasa da alt işverenlik ilişkisinin geçerli olması mümkündür. Taraflar kendi aralarında birden fazla sözleşme imzalayabilir. Ne var ki bir sözleşme aynı anda hem vekâlet hem de hizmet sözleşmesi veya hem eser hem de satım sözleşmesi olamaz.

b) Alt İşverenlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için; asıl işverene ait olan belirli bir işin, alt işveren tarafından üstlenilmiş olması gerekmektedir. Her iki işveren arasındaki ilişkinin belirli bir sözleşmeye dayanması, ortada serbest irade açıklaması ile kabul edilmiş hukuki bir borç ilişkisinin varlığını gerektirir. Bu nedenle, tarafların serbest iradelerine dayanmayan, örneğin, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, işverenin, belirli işlerinin yapımını, idare ya da bazı kamu işverenlerine devretmek zorunda kalmış olduğu durumlarda; asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz etme olanağı bulunmamaktadır.¹⁸

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin dayanağını oluşturan sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen bir fikre göre, asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişki eser (istisna) sözleşmesine dayanmaktadır.¹⁹ Bu görüş taraftarlarına göre, bir işverenin eser sözleşmesine dayanarak, asıl işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alınmış olduğu durumlarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilecektir. Kanaatimizce, alt işverenlik ilişkisini herhangi bir sözleşmeye dayandırmaya çalışmak doğru değildir. Alt işverenlik ilişkisi iş hukuku sözleşmesi olan alt işverenlik sözleşmesine dayanır. Aksi halde alt işverenlik sözleşmesinin mevzuatta tanımlanması ve buna hukuki sonuçlar bağlanması anlamsız ve gereksiz olur. Başka bir deyişle alt işverenlik sözleşmesi, konusu bir eserin yapılması, bir malın üretimi, bir eşyanın ya da personelin taşınması veya bir ürünün tanıtılması olsa da; eser, taşıma, kira, fason üretim

¹⁸ CANBOLAT, s. 39.

¹⁹ ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 148; REİSOĞLU, Seza, "Aynı İşyerinde; Birden Çok İşverenin İşçilerinin Birlikte Çalışmasından Doğan Hukuki Sorunlar", TÜHİS, Kasım 1990, s. 3-4.

ve pazarlama gibi bir sözleşme türü olarak görülemez. Alt işverenlik sözleşmesinin konusuna bakarak bu ilişkiyi başka bir sözleşme türü olarak isimlendirmek ve nitelendirmek doğru değildir. Alt işveren, asıl işverene ait belirli bir işin yapımını üstlenen kimsedir. Alt işverenle asıl işveren arasındaki ilişki de, belirli bir işin yapılmasına, bir eserin ortaya konulmasına ya da hizmetin sunulmasına yöneliktir. Kanunda, bunun istisna ya da başka bir sözleşme türü olması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm yoktur. Kanun koyucu İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde, *“Bir iş-verenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş”* alınmasından söz etmiş, ancak, bu işin hangi sözleşmeye dayanarak alınması gerektiği konusunda herhangi bir şey belirtmemiştir. Bu nedenle, asıl işveren-alt işveren ilişkisi için önemli olan, kanun koyucunun yukarıda belirttiği nitelikte bir işin üstlenilmesidir. Alt işverenlik ilişkisinin veya sözleşmesinin geçerli olmaması halinde bu ilişkinin ne tür bir hukuki ilişki olduğu önem kazanır. Taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, bunların, sözleşmeden doğan hak ve borçlarının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Bu nedenle, asıl işveren ya da alt işverenden birinin diğerine karşı ileri sürebileceği taleplerin konusunu aralarındaki sözleşme belirler.

TBK'ya göre; kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılması- nı veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi (m. 299); ürün kirası, kiraya verenin kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılması ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı (m. 357); kullanım ödöncü sözleşmesi, ödöncü verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödöncü alana bırakmayı ve ödöncü alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi (m.379); hizmet sözleşmesi, işçinin iş-verene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi (m. 393); pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık

ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (m. 448). Söz konusu sözleşmelerin tanımı, tarafları, şekli, unsurları ve hukuki sonuçları kanunda gösterilmiştir. Alt işverenlik sözleşmesinin bu sözleşmelerden farkı yoktur. TBK'nın sözleşmeden doğan borç ilişkileriyle ilgili genel hükümleri (m. 1 vd) alt işverenlik sözleşmesi için de geçerlidir.

c) Alt İşverenlik Sözleşmenin Geçersizliği ve Sona Ermesi

Uygulamada alt işveren sözleşmelerinin geçersizliği muvazaaya dayanmaktadır. İrade ile beyan arasında istenmeden meydana gelen uyumsuzluklara alt işveren sözleşmelerinde rastlanmaz. Yine uygulamada alt işverenlik sözleşmesinin değil, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğundan söz edilmektedir. Çünkü sözleşmede yer alması gereken hususlardan birisinin yokluğu sözleşmeyi geçersiz hale getirmemektedir. Bu durum TBK'nın 27/2. maddesindeki “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez.” hükmüyle de uyumludur. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmayan, konusu itibarıyla da imkânsız bulunmayan sözleşmeler geçerlidir. Bu nedenle alt işverenlik sözleşmelerinin geçersizliğindeki iddialar muvazaaya, alt işverenlik ilişkisindeki geçersizlik de unsurlarına yönelik olmaktadır. Dolayısıyla alt işverenlik ilişkisinin unsurlarından birisi eksik bulunduğu anda derhal ilişkinin ve sözleşmenin muvazaalı olduğuna hükmedilmektedir. Burada şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Alt işverenlik sözleşmesi geçerli olsa da alt işverenlik ilişkisi unsurları yönünden eksik ise muvazaalı ve dolayısıyla geçersiz kabul edilir. Bu durum iş hukukunda özel muvazaa nedenleri olarak anılmaktadır. Başka bir deyişe Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 10. maddesinde “Alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar” tamamı bulunsa da sözleşme özel muvazaa kriterleri nedeniyle geçersiz sayılabilmektedir.

Sözleşmenin sona ermesi, kararlaştırılan sürenin bitimi ile olur. Bu durum, tarafların anlaşarak sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmelerine engel değildir. Sözleşmede belirtilen hususlar aynı zamanda alt işverenlik ilişkisinin de unsurlarından ise bu koşulun kaybi halinde de alt

işverenlik sözleşmesi sona erer. Örneğin, alt işveren çalışanlarının işçi sıfatını kaybetmesi böyledir.

d) Alt İşverenlik Sözleşmesinin Süresi

Alt işverenlerin üstlendikleri işler, asıl işverenle aralarındaki sözleşmede kararlaştırılan belirli sürenin sonunda bitebileceği gibi, niteliği gereği belirli süreli işler de olabilir. Kısaca alt işverenlik sözleşmesi, belirli, belirlenebilir veya belirsiz olabilir. Örneğin, dokuma işiyle uğraşan bir işverenin işinin bir bölümü olan iplikleri boyama ya da kumaşlara desen basma işini iki yılına bir alt işverene verdiği durumda, alt işverenin işinin ne kadar süreceği sözleşmede kararlaştırılmış olan iki yıldır. Buna karşılık, projeye dayalı işlerde süre işin bitimi ile ilgilidir. Fabrikanın bahçesinde veya binasına ek bir yerde yemekhane inşaatının alt işverene verilmesi asıl veya yardımcı işin bir parçası değilse alt işverenlik ilişkisine konu bir iş değildir.²⁰ Bazen sözleşme belirsiz süreli olabilir. Örneğin, üretim yapılan bir işyerinde makinelerin bakım ve onarımı sürekli bir iştir. Niteliği itibarıyla belirsiz süreli olan bir iş sözleşme ile belirli bir süreliğine alt işverene verilebilir. Buna göre bir sözleşmenin süresine veya niteliğine bakarak bunun alt işverenlik sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilemez.

e) Alt İşverenlik Sözleşmesinin Şekli

TBK’da yer alan sözleşmelere ilişkin genel kurallar alt işverenlik sözleşmesi için de geçerlidir. Buna göre; “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen

²⁰ Bkz. CANBOLAT, s. 13. Bize göre, eser sözleşmesi ile iş alt işverenlik sözleşmesi birleşemez. Örneğin, bir konfeksiyon veya tekstil işinde, işin bir kısmı bir başka işverene veriliyor ve bu işveren aldığı işi kendi atölye ya da işyerinde yapıp teslim ediyorsa fason imalat (üretim) sözleşmesi; bir bina yapıp teslim ediliyorsa eser sözleşmesinden söz edilir. Dolayısıyla alt işverenlik ilişkisinde, alt işverenin unsurlarının bulunup bulunmadığına bakılır. Bu unsurlar varsa alt işverenlik ilişkisinden ve koşulları varsa alt işverenlik sözleşmesinden bahsedilir. Alt işverenlikle ilgili davaların çok büyük bir kısmı muvazaa iddiasıyla açılmakta, söz konusu davalarda alt işverenlik ilişkisi olup olmadığına ve bu ilişkide muvazaa bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Alt işverenlik sözleşmesinin gerekli koşulları taşıması ve bu yönüyle geçerli olması onun muvazaalı olmasına engel değildir. Kısaca şeklin geçerli olan bir sözleşme esas yönüyle muvazaalı olabilir.

şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” (m.12). “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır (m.13). Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. İş Kanunu’nda alt işverenlik sözleşmesi tanımlanmadığı için buna ilişkin şekil şartı da açık bir şekilde gösterilmemiştir. Bununla birlikte İş Kanunu’nun 3/2. maddesinde “*alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.*” ifadesine yer verilmiştir. Gerek bu hüküm ve gerekse Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 9/1. maddesi alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Yönetmeliğin 9/1. maddesi açıkça “Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır.” denilmektedir. TBK’nın 12/2. maddesi “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir.” demektedir, alt işverenlik sözleşmesinin istisna olması için herhangi bir neden de bulunmamaktadır.

3) Alt İşverenlik İlişkisi

4857 sayılı İş Kanunu’na göre; “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” (m.2/6). İş Kanunu alt işverenlik sözleşmesi değil, alt işverenlik ilişkisinden söz etmiştir. Alt işverenlik sözleşmesi Alt İşverenlik Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla “alt işverenlik ilişkisi” ile “alt işverenlik sözleşmesi” aynı kavramlar değildir. Geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için ilk koşul, işin bir “işveren”den alınmış olmasıdır²¹. İş Kanunu’na göre; “Bir iş

²¹ TOZLU/ERASLAN, s. 47-48.

sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” denir. Bir kimseye iş veren (iş yaptıran) kimse İş Kanunu anlamında işveren sayılmaz. Örneğin, terziye takım elbise yapması için kumaş veren kimse terziye iş vermiş olur ama bu durum onu işveren haline getirmez. Benzer şekilde bir hamala veya bir taşıma şirketine taşıması için yük ya da eşya veren kimse işveren olarak kabul edilemez.

Doktrinde birçok hukuki sözleşme alt işverenlik ilişkisi ve dolayısıyla alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Örneğin, bir görüşe göre; “Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, çok çeşitli hukuki temellere dayanabilir. Bu bir istisna veya kira sözleşmesi olabileceği gibi, bir taşıma sözleşmesi de olabilir. Benzer şekilde, bina inşaatında kalorifer tesisatının alt işverene verilmesi istisna akdine; bir oteldeki restoran işletmesinin bir başkasına bırakılması kira akdine; üretilen malların teslim yerine kadar götürülmesi ise taşıma sözleşmesine dayanır. Akdin hukuki niteliği, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından herhangi bir önem taşımaz. Verilen örneklerin hepsinde, diğer koşullar da mevcutsa asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir.”²² Bir hukuki ilişkide alt işverenlik ilişkisinin koşulları varsa bunu alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. Aksi halde birçok sözleşmenin alt işverenlik sözleşmesi olarak ele alınması, alt işverenlik ilişkisinin koşulları bulunmadığı için de muvazaalı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Hastanenin bir bölümünün kantin olarak çalıştırılması için kiraya verilmesi alt işverenlik sözleşmesi değil, kira sözleşmesidir. Bunun; otogarlarda, limanlarda, üniversite kampüslerinde veya havalimanlarında büro, dükkân veya işyerlerinin kiraya verilmesinden farkı yoktur. Hastanelerde kantin işletmeciliği asıl iş olan sağlık işinin yerine getirilmesi ile ilgili bir faaliyet değildir. Hastane yönetimi (veya işveren) hastanede mevcut olan kantinin işletilmesi işini bir başka işverene vermiş ise bu durumda koşulları varsa alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilir. Yoksa asıl işverenin hastanenin bir bölümünü kantinciye, bir bölümünü kuaföre, bir bölümünü eczacıya kiraya vermesi koşulları bulunmadığından alt işverenlik ilişki-

²² CANPOLAT, s. 17.

sini oluşturmaz. Benzer şekilde otellerde hediyelik eşya veya kozmetik ürünleri satan dükkanların ya da konfeksiyon ürünleri satan mağazaların bulunması alt işverenlik ilişkisi oluşturmaz. Çünkü otelciliğin asıl işleri arasında söz konusu işler yoktur ve bunlar yardımcı iş de sayılmaz. İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde ... iş alan ... işveren ...” denilmektedir. Bu nedenle alt işverene verilen işin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olması zorunludur.

Yukarıdaki örnekte otel bünyesinde lokanta (restoran) işletilmesi otelcilik faaliyetiyle ilgili olduğu için yardımcı iş sayılırken, kozmetik veya hediyelik eşya için dükkân kiralama alt işverenlik sözleşmesi oluşturmaz. Alt işverene verilen iş, asıl işin (mal veya hizmet üretimi) yürütümü ile ilgiliyse, alt işverenlik ilişkisinden söz etmek gerekir. Çünkü söz konusu durumda kiralayan ve kiracı ilişkisi değil, alt işverenlik ilişkisi bulunmaktadır. Taraflar, aralarındaki hukuki ilişkinin kira ilişkisi olduğunu asliye hukuk mahkemesine açacakları davada iddia edebilirler, ama bir iş mahkemesi hukuki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi oluşturup oluşturmadığına, oluşturmuyorsa muvazaanın bulunup bulunmadığına bakabilir. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu ile ilgili olarak İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde; “... Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” denilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğu İş Kanunu, iş sözleşmesi ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla asıl işverenin örneğin, taşıma, kira veya eser sözleşmesinden kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu değildir. Bu nedenle iş mahkemesinin üzerine düşen, hukuki ilişkinin unsurları yönünden alt işverenlik ilişkisi oluşturup oluşturmadığı ile bu ilişkinin muvazaalı olup olmadığının tespitidir. Asıl işverenin İş Kanunu yanında, TBK veya Türk Ticaret Kanunu'ndan kaynaklanan sorumlulukları da olsaydı aradaki hukuki ilişkinin aynı zamanda taşıma veya kira ya da eser sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesi önem arz edebilirdi. Bir işin niteliğinin alt işverenlik ilişkisine uygun olması iki işveren arasın-

daki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olması için yeterli değildir. Örneğin, alt işveren işçileri münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışmıyorsa münhasırlık koşulu gerçekleşmeyeceği için alt işverenlik ilişkisinden söz edilemeyecektir.

II. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

Alt işverenlik ilişkisi her şeyden önce, bir işverene ait işyerindeki yardımcı işlerde veya belirli koşullara bağlı olarak asıl işin bir bölümünde iş alan diğer bir işverenin varlığını gerektirir. Böyle bir durumda, işin niteliğine ve yerine getirilmesine ilişkin diğer koşulların da mevcut olması halinde, o işyerindeki işverene asıl işveren, asıl işverenden iş alan diğer işverene alt işveren ve bu iki işveren arasındaki ilişkiye de alt işverenlik ilişkisi (asıl işveren- alt işveren ilişkisi) denilmektedir.²³ Alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilmesi için aşağıdaki unsurların birlikte bulunması zorunludur.

A. İki Ayrı İşverenin ve Bir İşyerinin Bulunması

1) Asıl İşverene Ait Bir İşyerinin Bulunması

Alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işverene ait bir işyerinin ve biri asıl, öteki alt olmak üzere iki işverenin bulunması zorunludur. Alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin bir işyerine sahip olması gerekli değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine göre işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için öncelikle mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri ve işveren ile asıl işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin (alt işverenin) bulunması şarttır. Ancak bu halde asıl işveren alt işverenin ilişkisinden söz edilebilir. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin bulunması gerekli değildir. Alt işveren, işveren sıfatının ilk kez asıl işve-

²³ ÇALIK, Abdurrahman, "Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler", Çalışma Dünyası Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, Eylül -Aralık 2014 , s. 64 (s. 62-90).

renden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri itibariyle kazanabilir.²⁴ Arsası üzerinde ev yapmak isteyen bir kimsenin kaba inşaatı birisine, sıva ve doğrama işini başka birisine vermesi sıvacı, doğramacı ve inşaatçı ile mal sahibi arasında alt işverenlik ilişkisinin varlığını göstermez.

2) Asıl ve Alt İşverenin Bulunması

Alt işveren sıfatının kazanılabilmesi için asıl işverenin varlığı zorunlu olduğu gibi, bu sıfatın devam edebilmesi için de asıl işverenin varlığı zorunludur. Asıl işverenlerin bu sıfatlarını kaybetmeleri halinde, bunlardan iş alan alt işverenlerin de alt işverenlik sıfatları sona erecektir. Çünkü alt işverenlerin üzerinde devamlı, işlerinin belirli bir bölümünü ya da işyeri eklentisinde iş aldıkları, asıl işverenlerin varlığı zorunludur. Asıl işverenlerin bu sıfatları, alt işverenlere verdikleri iş dolayısı ile ya da asıl işyerinde işçi çalıştırmamaları nedeniyle işveren sıfatlarını kaybetmeleri ile son bulacaktır. Asıl işverenlerin bu sıfatlarına kaybetmeleriyle birlikte bunlardan iş alan alt işverenlerin de alt işverenlikleri sona erer. Sıfatı sona eren asıl işverenin yerine başka bir işveren geçmiş ve bu işverenle alt işveren arasında açık ya da zımni bir anlaşma varsa alt işverenlik ilişkisi devam eder.²⁵ Asıl işverenden alınan işte işçi çalıştırılmadan, bu işin başkasına verildiği durumlarda; bu işi işçi çalıştırmayan kimseden alanın aldığı işte kendi adına işçi çalıştırıyor olması halinde, alt işveren sayılıp sayılamayacağı sorunu ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda, asıl işverenden iş alan kimsenin, bu işle işçi çalıştırmadığı için işverenlik sıfatı yoktur. Bundan iş alan kimse aldığı işte kendi işçilerini çalıştırıyor olsa dahi, işin asıl işverenden alınması söz konusu olmadığı için, alt işveren sayılmasına olanak yoktur. Ancak bu durum, anılan kimsenin, aldığı işte işçi çalıştırması nedeniyle işveren sayılmasına engel değildir. Bu gibi durumlarda, İş Kanunu yönünden asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmadığı için, söz konusu olan işlerde çalışan işçilere karşı asıl işverenin ya da bundan iş alıp işçi çalıştırmadan başkasına veren kimsenin her-

²⁴ ÇANKAYA, s. 13.

²⁵ Bkz. CANBOLAT, s. 21.

hangi bir sorumluluğu yoktur.²⁶ Ancak, asıl işveren sözleşmesel ve yasal yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla işveren niteliği bulunmayan birisine asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işini vermiş ise bu durumda muvazaanın varlığını kabul etmek gerekir. Gerçekten de alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için diğer unsurlarla birlikte işi veren ile alanın işveren sıfatını taşıması gerekir. İşveren sıfatı bulunmayan ve alacağı işte çalıştıracak işçisi de bulunmayan bir kimse ile sözleşme yapmak açıkça kötü niyeti gösterir. Kanuna karşı hile ve kötü niyet yasal korumadan yararlanamaz. Alt işverenlerin, asıl işverenden aldıkları iş dolayısı ile işveren sıfatına sahip olmaları gereklidir. Bu da ancak, aldıkları işlerde kendi işçilerini çalıştırmakla mümkündür. Asıl işverenden alınan işlerde işçi çalıştırmadan, başka işlerde işçi çalıştırılması nedeniyle işveren sıfatına sahip olmaları, bu kimseleri aldıkları iş dolayısı ile alt İşveren yapmağa yetmez. Bunun gibi, aldığı işte işçi çalıştırmadan bizzat yapan kimse de alt işveren sayılamaz. Çünkü anılan kimsenin işçi çalıştırmaması nedeniyle işverenlik sıfatı yoktur.²⁷

İşveren sıfatını taşımayan bir gerçek ya da tüzel kişinin, kaç işverene iş verirse versin, “asıl işveren” sıfatını kazanması mümkün değildir.²⁸ Asıl işveren, asıl işinin tamamını bir başka işverene devretmemiş olmalıdır. Çünkü asıl işverenin asıl işin devredilmeyen kısmında işçi çalıştırması zorunludur. İşveren alt işverene verdiği işin diğer kısmında hiçbir işçi çalıştırmıyorsa ya da asıl işin tamamını alt işverene vermiş ise geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez. Kamu kurumları bölerek alt işverene verdiği asıl işin diğer kısmında işçi çalıştırmıyor, örneğin sadece memur ve sözleşmeli personel istihdam ediyorsa alt işverenlikten söz edilmemesi gerekir. Çünkü mevcut hukuki düzenlemeler buna engelidir. Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 4/1-a maddesine göre; “*Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.*” İşçinin tanımı da kanunda bellidir. Bu tanım yorumla genişletilemez veya değiştirilemez. Kısaca, Kanunda geçen; “Bir iş sözleşmesine

²⁶ CANBOLAT, s. 29.

²⁷ CANBOLAT, s. 29.

²⁸ ÇALIK, s. 64.

dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi” denir (İK, m. 2/1) tanımı, “sözleşmeli veya memur olarak ya da iş sözleşmesine bağlı şekilde çalışan gerçek kişiye işçi denir” şeklinde değiştirilemez.

İş sahibi ile işveren kavramları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işi alt işverene veren kimsenin iş sahibi değil, işveren olması gerekir. Öte yandan, asıl işverenin “işveren” niteliği, alt işverene verilen iş ile ilgili olmalıdır. Başka bir deyişle, işyerindeki asıl işin bir kısmını veya yardımcı işlerini alt işverene/ alt işverenlere gördüren asıl işverenin, işin geri kalan kısmında kendisi de işçi çalıştırmalıdır. Aksi takdirde, işin tamamının anahtar teslimi olarak yahut bölümler halinde farklı işverenlere verilmesi söz konusu olur ki, bu durumda asıl işverenden değil, iş sahibinden söz edilir.²⁹ Yine bir işverenin “asıl işveren” sayılabilmesi için işin sahibi olması gerekmeyip, işi aldıktan sonra bunun bir kısmını başka bir işverene veren kişi de, işin geri kalan kısmında kendisi de işçi çalıştırıyorsa asıl işveren sayılır.³⁰

İşyerindeki yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde başka işverene iş veren ancak işin geri kalan kısmını işçi çalıştırmaksızın memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getiren kamu kurum ve kuruluşlarının asıl işveren sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Zira kanunun lafzına bakıldığında, işçi çalıştırmayan kamu idareleri İş Kanunu anlamında işveren sıfatı taşımadığından, bu kanun kapsamına girmemektedir. Bu durumda bu kamu idareleri “asıl işveren” olarak kabul edilmediği takdirde, yüklenici işçilerinin işçilik hakları konusunda yüklenici ile birlikte müteselsil sorumluluğunun da bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.³¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu güne kadar kamu kurumlarında alt işverenlik ilişkisi yönünden asıl işverenin kendi işçilerinin de olup olmadığı noktasında bir araştırmayı gerekli görmemiştir. Buna rağmen Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin bir kararında, asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için asıl işverenin kendi

²⁹ AKYİĞİT, Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.30-31 (Sosyal Güvenlik); SÜZEK, İş Hukuku, s. 142.

³⁰ AKYİĞİT, Sosyal Güvenlik, s. 32.

³¹ ÇALIK, s. 65.

adına işçi çalıştırdığı bir işyerinin olması gerekliliğinden söz edilmiştir.³² İş Kanunu'nun 2/1. maddesi açıkça, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” denir şeklinde. Dolayısıyla alt işveren ilişkisindeki işverenlerin işçi çalıştırması gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi kime işçi denileceği İş Kanunu'nun 2/1. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu işçi, 4857 sayılı Kanun kapsamında kalabileceği gibi Basın İş Kanunu veya Deniz İş Kanunu kapsamında da kalabilir. İş Kanunu'nun 2. maddesine göre bir kimsenin alt işverenlik ilişkisi kapsamında işveren olabilmesi için işçi çalıştırması zorunludur. İşçi çalıştırmayan kamu kurumlarına bu nedenle alt işverenlik ilişkisi kapsamında işveren denilmesi mümkün değildir.

Çalık'a göre; konuya ideal hukuk ve iş hukukunun işçiyi koruma amacı açısından bakıldığında, kimi zaman binlerce personel çalıştıran kamu idarelerinin salt işçi çalıştırmadığı gerekçesiyle “asıl işveren” olarak kabul edilmemesi ve yüklenici işçilerine karşı birlikte sorumlu tutulmaması hakkaniyetli görünmemektedir. Ne var ki, konunun doğrudan doğruya İş Kanunu'nun kapsamı ile ilgili olduğu dikkate alındığında, işveren sıfatı taşımadığı için kanun kapsamına girmeyen kamu idarelerinin salt yorum yolu ile bu Kanun kapsamına alınması hukuki yönden sıkıntılı görünmektedir. Alt İşverenlik Yönetmeliği'ndeki (m.4/a) “Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.” şeklindeki açık ve kesin hüküm de bu yöndeki yorumlara engeldir. Konunun en sağlıklı çözümünün, kanun veya en azından yönetmelik değişikliği yapılarak, işçi çalıştırmasa bile memur veya diğer kamu görevlisi çalıştıran kamu idarelerinin de asıl işveren olabileceği yönünde hüküm getirilmesidir.³³ Bizce de doğru olan ve yapılması gereken de budur. Asıl işverenin, kendi işyerinde işçi çalıştırması gerektiğine ilişkin hükmü sadece yönetmelikte yer almış olsaydı yönetmelikler kanuna aykırı olamayacağı için kanun uygulanabilirdi. Ne var ki gerek İş Kanunu ve gerekse bu Kanun gereğince çıkarılmış olan Alt İşveren Yönetmeliği aynı düzenlemeyi getirmekte ve aynı ifadelerle yer

³² ÇANKAYA/ ÇİL, Üçlü İlişkiler, s. 22.

³³ ÇALIK, s. 65-66.

vermektedir. Asıl veya alt işverenin işverenlik sıfatı sona erdiğinde alt işverenlik ilişkisi de sona erer. Çünkü tarafların “işveren” sıfatı alt işverenlik için zorunlu bir unsurdur.

B. İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Varlığı

İş Kanununa göre, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” denildiğine göre, alt işveren olabilmek için işveren, işveren olabilmek için de işçi çalıştırmak gerekir. Alt işverenlik açısından işçi çalıştırmayan bir işverenden söz edilemez. İş Kanununa göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi” denir. (m.2/1). İşçilik sıfatının iş sözleşmesinden doğmuş olması gerekir. İşçi, iş hukuku tarafından koruma altına alınan iş hukuku süjesidir. İşçinin herhangi bir sözleşme değil, “iş sözleşmesi” ile çalışması zorunludur. Çünkü işçi tanımında iş sözleşmesiyle çalışma koşulu bulunmaktadır. İş Kanunu’na göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır.³⁴ İşçi sıfatından bahsedebilmek için öncelikle tarafların karşılıklı serbest iradeleri ile oluşturdukları bir iş sözleşmesinin varlığı aranır.³⁵ Bu nedenle aile içindeki yardımlaşma çerçevesinde yapılan işler aile üyelerini işçi statüsüne sokmaz. Benzer şekilde ceza infaz kurumlarında veya ıslah evlerinde yapılan çalışmalar tarafların serbest iradeleri yerine kamu hukukuna ilişkin yükümlülüğe dayandıkları için İş Kanunu anlamında iş sözleşmesinden söz edilemez.³⁶ Bir kimsenin işçi niteliği taşıyabilmesi için söz konusu işin türünün hiçbir önemi yoktur. İşin işçi açısından yorucu olması, bedensel veya düşünsel güç kullanılarak icra edilmesi bu açıdan fark etmez. Bir kimse kamu kurumunda çalışsa da işveren ile yaptığı sözleşme iş sözleşmesi ise işçi sıfatını kazanır. İşçilik sıfatı, İş Kanunu’na göre iş sözleşmesinin varlığına dayanır.³⁷ Bu

³⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 2014, s. 121.

³⁵ AKYİĞİT, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 402. (İş Kanunu Şerhi)

³⁶ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 2014, s. 122.

³⁷ GENÇTARİH, Sabahat, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Yönetmeliği Işığında Uygulamadaki Sorunlar, Çağ Üniversitesi SBE, 2009, s. 19-20.

nedenle diğer iş görme sözleşmelerine göre çalışanlar işçi sayılmamaktadırlar.

Deniz İş Kanunu'na göre “Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere” gemi adamı denir (m. 2/B). Bu hüküm uyarınca iş sözleşmesine dayanarak yasanın kapsamına giren bir gemide çalışan kişi yani “gemi adamı” Deniz İş Kanunu anlamında işçi sayılır. Gemi adamları, kaptan, zabıt ve tayfa gibi kişilerden ibaret değildir. Deniz İş Kanunu'nun anılan maddesinde “diğer kimse-ler” ibaresi kullanıldığına göre gemilerde çalışan aşçı, garson, kamarot, müzisyen, temizlikçi vb. kişiler de bu kanun anlamında işçi niteliği taşırlar. Basın İş Kanunu anlamında işçi sayılanlar anılan Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre: “Bu kanunun şümülüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir”. O halde, bir gazete, dergi veya ajansta iş sözleşmesiyle fikir ve sanat işle-lerinde çalışanlara gazeteci denir ve bu kişiler Basın İş Kanunu anlamında işçi niteliği taşırlar. Gazetede fikir ve sanat işlerinde çalışmayanlar iş-verene iş sözleşmesiyle bağlı olsalar da gazeteci sayılmazlar ve Basın İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalırlar³⁸. Bu kanun kapsamı dışında kalan işçiler iş sözleşmesiyle işverene bağlı olarak çalıştıkları için İş Kanunu kapsamında işçi sayılırlar. Nihayet, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 2/4. maddesine göre, “İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır.” Bu düzenlemeye göre, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleş-mesine dayanarak çalışanlar işçi sayılış ise de amaç bu kişilerin de sendi-kal haklardan yararlandırılmasıdır. Bu nedenle söz konusu kişilere 6356 sayılı Kanunun toplu iş sözleşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözü-mü ile grev ve lokavtı düzenleyen hükümleri uygulanmaz. Alt işverenlik sözleşmesinin tarafı olan kimse ya da kişinin işveren olabilmesi iş sözleş-mesi ile işçi çalıştırması gerekir. Dolayısıyla sadece eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesi gibi sözleşmelerle işçi çalıştıranlar

³⁸ ŞÜZEK, İş Hukuku, 2014, s. 122-123.

alt işverenlik ilişkisinde işveren sıfatını kazanamaz. İş Kanunu'nun 2/1. maddesinde geçen “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.” hükmü lâfzî olarak yorumlandığında işçinin iş sözleşmesiyle çalışan kimse olduğu ve böyle bir kimseyi çalıştıran kişiye ya da kurum ve kuruluşa da işveren denildiği görülür. Bu hüküm uyarınca alt işveren, asıl işverenden aldığı işte iş sözleşmesi ile çalışan kimseleri istihdam etmelidir. Alt işveren işçilerinin tamamının iş sözleşmesiyle çalışması gerekli değildir, ancak çalışanların ağırlıklı olarak iş sözleşmesiyle hizmet görmesi gerekir. Benzer şekilde alt işveren, asıl işverenden aldığı işte sadece çırak ve stajyer çalıştıramaz. Çünkü çıraklarla işveren arasında iş sözleşmesi değil, “çıraklık sözleşmesi” vardır. Alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilmesi için alt işverenin de kendisine bağlı olarak işçi çalıştırması gerekir. Onbeş-yirmi işçinin bir araya gelerek asıl işverenden iş alması ve bu işi asıl işverene ait işyerinde yapması alt işverenlik ilişkisi sayılmaz. Çünkü bu durumda işveren yoktur.

C. Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Bir İşin Varlığı

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı gerekir. Asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine yardımcı işler ile koşulları mevcutsa asıl işin bir bölümünü alt işverene verebilecektir. Sadece işçilik hizmetlerinin temini için asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması mümkün değildir. İşyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi dışında kalan işler asıl iş veya yardımcı iş olarak alt işverene verilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde bu konu “*buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işverenin örneğin işyerinde ek bir inşaatın yapılması ya da bina onarımı işini alan diğer işveren alt işveren olarak değerlendirmesi mümkün olamayacaktır*” şeklinde açıklanmıştır.³⁹ Alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilmesi için üretilen bir mal veya hizmet, diğer bir deyişle bir mal veya hizmetin üretimine ilişkin iş olmalı,

³⁹ ÇANKAYA, s. 10-11.

mal veya hizmet de asıl işverenin işyerinde üretilmelidir. Mal ve hizmet, asıl işverenin işyerinde değil de başka bir işyerinde üretilirse duruma göre fason üretim sözleşmesinden söz edilir. İşin eser sözleşmesine konu bir iş de olmaması gerekir. TBK'nın 470. maddesine göre, *“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”* İşin ihale kapsamında anahtar teslim bir iş olması halinde alt işverenlik ilişkisi yoktur. Anahtar teslimi bir binanın yapımını üstlenen kişi alt işveren değil, işveren olarak yüklenici veya müteahhit niteliği taşır. Alt işverene verilen işin sürekli olması gerekli değildir. Belirli süreli işler de alt işverene verilebilir. Önemli olan alt işverenliğe ilişkin diğer koşulların bulunmasıdır. Örneğin, anahtar teslim inşaat işi alan bir yüklenici bu inşaatın su ve elektrik tesisat işini alt işverene verebilir. Bir binanın çeşitli işlerini ayırıp farklı işverenlere veren kimse işçi çalıştıran müteahhit ise alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilir. İşveren sıfatı olmayan bir arsa sahibi bina yapmak için inşaatın farklı kısımlarını çeşitli işverenlere vermiş ise alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez.

D. İşçilerin Sadece Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırılması-Münhasırlık

Alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmalarının üç yönü vardır. Bunlardan birincisi, asıl işverenden alınan işin herhangi bir iş olmaması, esas işin bir bölümü veya yardımcı iş olması; ikincisi, alt işveren işçilerinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışması; üçüncüsü de, işin belli veya belirlenebilir olmasıdır. Alt işverene verilecek işler iki kısımdır. Bunlar; asıl işveren tarafından yapılan esas iş ve bu işin yapılmasına katkıda bulunan yardımcı işlerdir. Başka bir deyişle işyerinde yürütülen asıl iş ile bu işin yürütümüne yardımcı olan işler dışında kalan bir iş alt işverenlik ilişkisine konu olamaz. Örneğin, bir otomobil veya tekstil ya da donmuş gıda üreten bir fabrikada esas iş otomobil imalatı, tekstil ürünlerinin imalatı ve donmuş gıda üretimidir. İşyerinde diğer yapılanma ve organizasyonlar bu işin yerine getirilmesine yardımcı olan işlerdir. Belirtilen bu işyerlerinde fabrikaya ek bina yapılması söz konusu işyerleri açısından ne esaslı ne de yardımcı bir iştir. Dolayısıyla

bina inşaatının bir müteahhide verilmesi alt işverenliğin konusu olamaz. İşçilerine elbise yardımı yapan işverenin bir mağazadan elbise alması ve bunu sürekli tekrarlaması alt işverenliğe konu olamaz. Çünkü çalışanlara işveren tarafından yapılan elbise yardımı ne esaslı ne de yardımcı iştir. Daha önce de belirtildiği gibi asıl iş, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi veya işyerinde amaçlanan mal veya hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan ve bu süreç açısından olmazsa olmaz faaliyetleri içeren işlerdir.⁴⁰ Bir başka ifadeyle, işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimidir.⁴¹

Alt İşverenlik Yönetmeliğine göre asıl iş; mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş (m. 3/1-c); yardımcı iş ise; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iştir (m. 3/1-g). Hangi işin esas ve hangi işin yardımcı iş olduğu işyeri veya işletmenin faaliyet alanına göre belirlenir. Çünkü bir işletme için yardımcı iş mahiyetinde olan bir faaliyet bir başka işletme için esas iş olabilir. Örneğin, temizlik veya güvenlik işi yardımcı iş olsa da temizlik firması için temizlik ve güvenlik firması için de güvenlik işi yardımcı değil esas iştir. Keza, yemek fabrikasında yemek imalatı ve bunun fabrikalara servise hazır hale getirilmesi esaslı iştir.

4857 sayılı Kanun'un 2/6. maddesinde yer alan “...bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran...” ifadesi iki hususu kapsamaktadır. Birinci olarak alt işveren, kendi işçisini sadece bu işyerinden aldığı işte çalıştırmalı ve işçiye belli dönemlerde başka işyerlerinde görevlendirmemeli; ikincisi de, işçileri münhasıran o işte görevlendirmelidir. Yani, alt işveren işçisinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve asıl işverenin diğer işlerinde çalıştırmamasını gerektirir. Asıl işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçileri aynı zamanda başka işverenlere ait işyerlerinde çalışıyorsa alt işverenlik ilişkisinden söz

⁴⁰ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Yayınları, Konya, 2009, s.22 (Uygulama)

⁴¹ EKONOMİ, Alt İşveren, s. 37.

edilemez. Çünkü alt işveren, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran kimsedir. Buna göre, işçilerini münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalıştırmayan kimseler, İş Kanunu yönünden alt işveren sıfatını kazanamaz. Ayrıca, alt işverenlerin, üstlendikleri işin asıl işverene ait işlerin belirli bir bölümünü oluşturması ve bunun, asıl işverene ait işyerinde yapılıyor olması gereklidir. Asıl işin belirli bir bölümünü oluşturmayan işlerin üstlenilmesinde veya asıl işin belirli bir bölümü olmakla beraber asıl işverene ait işyeri sınırları dışında yapılıyorsa alt işverenden söz edilemez.⁴² Ayrıca asıl işverenden alınan işin asıl işverene ait işyerinde yapılması gerekir. Örneğin; makinelerin bakım ve onarım işini alan alt işveren, asıl işverene ait makineleri kendi işyerine götürüp tamir ve bakım yaptıktan sonra yerine teslim ediyorsa, aynı zamanda başka işverenlere ait makinelerin de bakımını yapıyorsa alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez. Alt işverenlik ilişkisinde münhasırlık koşulu sadece İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12/6. maddesinde yapılan alt işverenlik tanımında münhasırlık koşuluna değinilmiştir. Bu hükme göre; “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.” Fıkra hükmünde geçen, “bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran” ifadesi münhasırlık koşulunu göstermektedir. Bu hüküm, 4857 sayılı Kanun'un 2/6. maddesindeki ifade ile paraleldir. Bir işyerinin personel taşıma işini üstlenen alt işveren, aynı araç ve sürücülerini başka işverene ait personelin taşınmasında da kullanıyorsa münhasırlık koşulu gerçekleşmez. Uygulamada personel taşıma firmaları genellikle birden fazla işveren ile çalışmakta, örneğin, sabahları iki veya üç işverene ait personel veya öğrenciyi götürüp akşamları da başka sürücülerini aynı şekilde almaktadır. Yine bu işveren aynı araç ve personelinin başka işlerde de kullanabilmektedir. Bu gibi durumlarda alt işverenlik sözleşmesinden değil, taşıma sözleşmesinden söz etmek gere-

⁴² CANBOLAT, s. 17.

kir. Çünkü alt işverenlik ilişkisinde alt işveren, araç-gereç ve ekipmanını asıl işverenden aldığı işe tahsis etmeli ve münhasıran bu işte çalıştırdığı personelinin de başka işlerde istihdam etmemelidir.

E. Asıl İşveren İle Alt İşveren Arasında Muvazaanın Bulunmaması

Asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaanın bulunması halinde alt işverenlik sözleşmesi geçersiz sayılacağı için sözleşmenin gerçeği yansıtması alt işverenlik ilişkisi için zorunludur. Genel olarak muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşmadır. Üçüncü kişileri aldatmak kastı muvazaa için zorunludur. Aldatma kastının yokluğu, işlemi muvazaalı olmaktan çıkarır. Muvazaanın varlığı genel ispat kuralları ile kanıtlanabilir. Ancak 4857 sayılı Kanun'un 2/7. maddesinde, *“asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görürler.”* kuralına yer verilmiştir. Bir alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın olup olmadığı bir kısım kriterlere bakılarak değerlendirilir. İş Kanunu ile Alt İşverenlik Yönetmeliği temel olarak muvazaa kriterlerini ortaya koymuştur. Bunlar sınırlı sayıda belirtilmese de söz konusu kriterleri olabildiğince genişletmek ve alt işverenlik müessesini işlemez hale getirmek doğru değildir. TBK anlamında muvazaadan söz edilebilmesi için; görünürde bir işlemin olması, taraflar arasında muvazaa anlaşması ile gizli bir işlemin bulunması ve tarafların üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket etmeleri gerekir. Dolayısıyla muvazaanın bu unsurlarından birisi yoksa hukuki işlemin muvazaalı olduğuna hükmedilemeyecektir. Muvazaadan söz edilebilmesi için söz konusu unsurların birlikte bulunması zorunludur. Zaten muvazaa da *“Tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları”* şeklinde tanımlanmaktadır. TBK açısından bir hukuki işlemin muvazaalı

olduğu üçüncü kişiler tarafından iddia ve ispat edilmek durumundadır. Bir işlemin muvazaalı olduğuna karar verilmesi için üçüncü kişilerce sadece iddiada bulunulmuş olması yeterli değildir. Muvazaa iddiası karşısında sözleşmenin tarafları muvazaanın olmadığını ispatlamak zorunda değildir. Muvazaanın ispatı, salt bir iddia nedeniyle yer değiştirmez. Buna göre, bir hukuki işlemde muvazaanın ispatı bunu iddia eden tarafa düşmektedir. Oysa İş Kanunu açısından alt işverenlik ilişkisinin unsurlarından birisinin bulunmaması halinde taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna hükmedilmektedir. Elbette ki muvazaa iddiasında bulunan kimsenin bu iddiasını somutlaştırması gerekir. Çünkü HMK'nın 194. maddesine göre, *“Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.”* Buna göre, muvazaa iddiasının ispata elverişli şekilde somutlaştırılması yeterli olup tam bir ispat gerekli değildir. Böyle bir durumda asıl ve alt işveren, kendi aralarında geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunduğunu, söz konusu ilişkinin muvazaalı olmadığını ispat edecektir. HMK'nın 194. maddesinde ifadeye bakıldığında, bir iddianın ispatı ile ispata elverişli şekilde somutlaştırılmasının farklı kavramlar olduğu görülür. Gerçekten, bir iddianın ispat edilmesi ayrı, onun somutlaştırılması, yani maddi vakıalarının ortaya konulması ayrı konudur.

F. İşin, Asıl İşverene Ait İşyerinde Yapılması

1) Asıl İşverene Ait İşyerinin Kapsamı

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için alt işverence yerine getirilen asıl işin asıl işverene ait işyerinde yerine getirilmesi gerekir. Çünkü İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin ... işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”* denilmektedir. Bu nedenle alt işveren asıl işverenin mal veya hizmet yürüttüğü işyerinde iş almak ve faaliyette bulunmak zorundadır. Örneğin

alt işverenliğin konusu “yemek” hazırlanması ise bunun asıl işverene ait işyerinde yapılması gerekir. Alt işveren kendi işyerinde yemek yapıp asıl işverenin işyerine getirirse alt işverenlik ilişkisinden değil eser sözleşmesinden söz edilir. Benzer şekilde asıl işin bir bölümü alt işverenin kendi işyerinde yapılıyor ve asıl işverene mal veya ürünler teslim ediliyorsa bu durumda da fason üretim sözleşmesinden bahsedilir.⁴³

Öğretide alt işverenin yüklendiği işin asıl işyerindeki bir iş olması gerekliliği işyeri kavramının dar veya geniş yorumlanması açısından tartışılmıştır. “İşyeri” kavramı dar yorumlandığında işyeri dışındaki faaliyetlerin alt işverenliğe konu olmayacağı sonucu çıkabilir. Alt işverenlik ilişkisinde “işyeri” kavramının geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin görüşler bizce de yerindedir. Buna göre, alt işveren tarafından yapılan işin, niteliği gereği, asıl işverenin işyeri dışındaki bazı yerlerde de yerine getirilmesi mümkündür. Örneğin, termik santrale kömür getirilmesi ve/veya yakılan kömürlerden çıkan kül ve cürufaların üretim yerinden alınarak başka yerlere götürülmesi, personel taşımacılığı, işyerindeki üretimde kullanılan hammadde işyerine getirilmesi ve ürünlerin ilgili yerlere taşınması gibi işler işyeriyle bağlantılı olsa da işyeri dışında da yürütülen bir faaliyettir.⁴⁴ “İşyeri” kavramı geniş yorumlansa da yapılan işin işyeri ile bağlantılı olması gerekir. Bu bağlamda alt işverene verilen iş, niteliği itibarıyla işyeri dışında yerine getirilmesi gereken bir iş ise, ancak işyeriyle bağlantısı varsa alt işverenlik ilişkisinden söz edilebilecektir. Örneğin, çalışanların evlerinden alınarak işyerine getirilmesi veya iş çıkışı evlerine götürülmesi, termik santrallerde kömür madenlerinden alınan kömürlerin santrale getirilmesi ve çıkan kül ve cürufaların üretim yerinden alınması işyeri bağlantılı faaliyetlerdir. Buna karşın piyasadan hammadde veya üretimde kullanılacak ürünlerin ya da işyeriyle ilgili tüketim maddelerinin satın alınması, satın alınan ürün, madde veya malzemenin satıcı firma tarafından işyerine getirilmesi bir alt işverenlik

⁴³ Bkz. SÜZEK, Sarper, “Alt İşveren İlişkinin Kurulması”, Legal İHSGH Dergisi, Sayı:25, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 15 (Alt İşveren İlişkinin Kurulması); ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s. 24; TAŞKENT, Savaş, “Alt İşveren”, Legal İHSGH Dergisi, Sayı:2, Nisan-Mayıs- Haziran 2004, s. 364 (Alt İşveren).

⁴⁴ Bkz. AKYİĞİT, Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Alt İşverenlik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 19, s. 50-51 (Sosyal Güvenlik); SÜZEK, Sarper, “Alt İşveren İlişkinin Kurulması”, Legal İHSGH Dergisi, Sayı:25, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 16. (Alt İşveren)

ilişkisi değildir. Bununla birlikte örneğin temizlik ürünleri üreten fabrikanın hammadde getirilmesi işini bırakarak bir lojistik firmasına vermesi alt işverenlik ilişkisine konu olabilir. Bu durumda alt işveren işçileri münhasıran asıl işverenin işini yapmak zorundadır. Aynı lojistik firması birden fazla işverene mal ve ürün sevkiyatı yapıyorsa ve bu sevkiyatta münhasırlık koşuluna uymuyorsa bu durumda alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez.

Doktrindeki çoğunluk görüşüne ve yargı kararlarına göre, işyeri kavramının geniş yorumlanması gerekir. Canbolat'a göre, üstlenilen iş asıl işin belirli bir bölümü olduğunda ve bunun asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde yapılması olanağı bulunmadığı durumlarda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi halde üstlenilen iş asıl işin belirli bir bölümü de olsa, alt işveren sıfatının kazanılabilmesi için bunun asıl işyerinde yapılıyor olması zorunludur. Bir işyerinde yürütülmekte olan asıl iş, genellikle doğrudan doğruya o işyerinden beklenen, hizmet ya da üretime yönelik olan işlerdir. Gerçekten de, öyle bazı işler vardır ki, asıl işin belirli bir bölümü olmasına rağmen, bunların niteliği, bu işlerin asıl işyerinden sayılan yerlerde yapılmasına engeldir. Örneğin, yapılmakta olan bir yolun kum taşıma işlerini üstlenen veya gemilerle limana gelen hammaddeleri asıl işverenin işyerine taşıyan ve bu işini yalnız asıl işveren için yürüten kimsenin işini asıl işyerinden sayılan yerlerde yapma olanağı bulunmamaktadır.⁴⁵

Asıl işverenin birden fazla işyeri varsa, hangi işyerinde çalışılması gerektiğini alt işverenlik sözleşmesi belirler. Sözleşmede açık bir hüküm yoksa işin mahiyeti ile işyerlerinin konumundan tarafların iradelerinin ne olduğu anlaşılıyorsa buna göre hareket edilir. Örneğin, aynı ilde olsa da uzak mesafelerde bulunan işyerlerinin temizlik, güvenlik veya yemek hizmetlerinin farklı yerlerde bulunan işyerlerini kapsamadığına hükmetmek daha uygundur. Bunu somut olayın özelliklerine göre belirlemek gerekir. İşyerleri aynı bölgede veya birbirine yakın ya da bitişik yerlerde ise alt işverenlik sözleşmesinin birden fazla işyerini kapsadığı söylenebilir. Önemli olan tarafların bu konuda iradeleridir. Doğal olarak bu ira-

⁴⁵ CANBOLAT, s. 23-24.

de, işyerlerinin konumu, bir birine yakınlığı, işin özelliği ve alt işverene ödenecek ücretin miktarı gibi hususlarla belirlenir. İşyerlerinin tek bir işyeri sayılabilmesi için organizasyonel, yönetsel, ekonomik, hukuksal, örgütsel ve hiyerarşik bütünlük olmalıdır. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası "işyerleri" değil, "işyeri" ibaresini kullanmıştır. Kanun koyucu söz konusu fıkra, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde ..." ifadesi yerine "Bir işverenden, işyeri veya işyerlerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde ..." ya da "Bir işverenden, işyerlerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde ..." ifadesini kullanabilirdi. Bir görüşe göre; asıl işverenin işyerinde yürütülmesi gereken işte, işyerinin organizasyonel bütünlüğü dışına çıkılmamalıdır. Bu açıdan işyeri fiziksel veya coğrafi alanı değil, daha çok organizasyonel bütünlüğü ifade etmektedir.⁴⁶ Bu nedenle "asıl işverenin işyeri" ifadesi ile asıl işverenin iş organizasyonu anlaşılmalıdır.⁴⁷ Alt işverenin üstlendiği işi yaptığı yer onun açısından işyeridir. İşin yeni bir alt işverene verilmesi işyeri devri olarak görülür. İş Kanunu'nun 3/2. maddesinde yer alan, "Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür." şeklindeki düzenleme de asıl işverenden alınan işin yürütüldüğü yerin işyeri olarak görüldüğünü göstermektedir. Çünkü alt işveren asıl işverenden aldığı işin yapıldığı yeri Bakanlık Bölge Müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Bu husus Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 5/3. maddesinde de "Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir." denilmektedir. Asıl işverene ait işyeri fiziki ve coğrafi olarak tek bir yer olsa da alt işverenlik ilişkisinin kurulması ile birlikte alt işverene verilen işin yapıldığı kısımlar hukuken işyeri haline gelir.⁴⁸ Asıl işin tamamının alt işverene verilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda asıl işveren

⁴⁶ Bkz. EKONOMİ, Alt İşveren, s. 28; AKYİĞİT, Sosyal Güvenlik, s. 50;

⁴⁷ Bkz. AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 211; CANBOLAT, s. 53-54.

⁴⁸ Bkz. Yargıtay HGK'nin 14.11.2001 Tarih, 2001/9-711 Esas ve 2001/820 sayılı Kararı.

alt işveren ilişkisi değil işyeri devri söz konusu olabilir. Asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde yasa bir sınırlama getirmemiştir.

2) İşin, Asıl İşverenin Organizasyonuna Tabi Olması

Alt işveren, asıl işverenden aldığı işi asıl işverenin iş organizasyonu içinde gerçekleştirilmelidir. Bu kapsamda alt işveren İş Kanununun “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanan işyeri ile işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan asıl işverenin iş organizasyonu içinde mal veya hizmet üretiminde bulunmalıdır.⁴⁹ Buna göre otomobil üreten bir fabrikada aracın müzik sistemini ya da aracın boyasını yapma işlerinin verildiği işverenler gibi spor salonunun temizliğini yapan, kreşinde çocuk bakım hizmeti sunan veya mal sevkiyatı yapan araçların bakım ve onarımını yapan işverenler ile asıl işveren arasındaki ilişki alt işverenlik uygulaması kapsamında değerlendirilecektir.⁵⁰ İşveren asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işini alt işveren verirken işletmenin yönetim hakkını devretmemektedir. İşletmenin yönetimi, organizasyonu, örgütlenmesi ve faaliyetleri konusunda asıl işveren söz sahibidir. Alt işverene verilen şey, sadece işin belli bir kısmıdır. Bu durumda dahi asıl işverenin çalışanlara karşı yükümlülükleri ve sorumlulukları devam etmekte, bu yükümlülükler de ona gözetim, denetim, iş sağlığı ve güvenliği ile çalışma koşulları konusunda bir kısım yetkiler bahşetmektedir. Alt işverenin teknik, idari ve hukuki bağımsızlığı almış olduğu işin yürütümü ile ilgilidir. Asıl işveren belli ölçülerde alt işvereni denetlese de alt işverenin asıl işvereni denetleme yetkisi yoktur. Örneğin, asıl işveren alt işveren işçilerinin mesai saatlerini, işe geliş ve gidişlerini, ücretlerini alıp almadıklarını kontrol edebilir. Buna karşın alt işverenin asıl işveren işçilerini denetlemesi söz konusu olamaz. Çünkü alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu’ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf

⁴⁹ ERSÖZ, Deniz, Alt İşverenlik El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 70.

⁵⁰ ERSÖZ, s. 70.

olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Alt işverenin asıl işveren işçilerine karşı benzeri bir yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle alt işverenin üstlenmiş olduğu işteki bağımsız organizasyonu işyerinin veya işletmenin bütünündeki organizasyonla çıkılamaz. Asıl işveren alt işverenin organizasyonuna değil, alt işveren asıl işverenin işletme veya işyerine ait organizasyona uyması gerekir. Zaten tarafların uyacakları kurallar ile yetki ve sorumlulukları alt işverenlik sözleşmesinde gösterilmektedir.

G. Asıl İşin Bir Bölümünün veya Yardımcı İşin Alt İşverene Verilmesi

Asıl işin tamamının alt işverene verilmesi söz konusu değildir. Çünkü İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açıkça, *“asıl işin bir bölümünde”* veya mal ya da hizmet üretimine ilişkin *“yardımcı işlerinde”* alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceği düzenlenmiştir. Kısaca, sadece asıl işin bir bölümü ile yardımcı işler alt işverenlik ilişkisine konu olabilir. Asıl işin tamamının başka bir işverene verilmesi halinde alt işverenlikten değil, işyeri devrinden söz edilir. Alt işveren tarafından yürütülen işin başka bir alt işverene devredilmesi asıl işin devri anlamına gelmez. Bu gibi durumlarda çoğunlukla işyeri devrinden bahsedilse de, birçok durumda devirden de söz edilemez. Asıl işin bir bölümünün alt işveren tarafından bir başka alt işverene devri yine asıl işin bir bölümünün devri olarak kabul edilir.

Bazı yazarlar İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde belirtilen iki ölçütün⁵¹ bölünebilir olduğunu kabul ettiklerinden, bu iki ölçütün bir arada değerlendirilmemesi gerektiğini, her iki ölçütün aynı olayda gerçekleşmesinin güç olması ile tarafların kısıtlanarak ekonomik hayatın zarar görebileceğini savunmaktadırlar.⁵² Bazı yazarlara göre de, yardımcı işler

⁵¹ İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler. Bizce burada dört neden bulunmaktadır. Birincisi, işletmenin gereği; ikincisi, işin gereği; üçüncüsü, işin teknolojik olması ve dördüncüsü ise işin uzmanlık gerektirmesidir. Bize göre asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için dört koşulun da bulunması gerekir.

⁵² Bkz. Sabahattin ŞEN, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 82; ARSLANOĞLU, Anıl Mehmet, İş Kanun'unda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel

bakımından bir kısıtlama öngörmeyen kanun koyucunun, maliyetleri düşürmek ve işçilerin haklarını kısıtlamak gibi kötü niyetli yaklaşımlar dışında, tam olarak ne anlama geldiği bile belli olmayan her iki ölçütü bir arada aramasının Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen girişimcilik özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.⁵³

Şahlanan'a göre; işletmenin ve işin gereği; kalite, maliyet ve rekabet edebilirlik anlamlarını içermektedir. Bu nedenlerle işletmenin ve işin gereği olarak, asıl işin bir bölümü alt işverene verilebilir. Örneğin, sadece maliyetin azaltılması ya da bir işin süratle yapılması gibi nedenlerle işin bir bölümünü alt işverene vermek mümkündür.⁵⁴ Şahlanan, "İşin ve işletmenin gereği sözcüğü, elbette olaya işveren açısından baktığımızda, kaliteyi de gerektirebilir, maliyeti de gerektirebilir."⁵⁵ demektedir. Alpagut'a göre, 'işletme ve işin gereği' olarak işin alt işverene verilmesi; kalite, verimlilik, işin daha hızlı yerine getirilebilmesi veya teknolojik açıdan olmamakla birlikte objektif olarak uzmanlık gerektiren işlerden kaynaklanabilir; ancak ucuz işgücü kullanılması bu anlamda kabul edilemez.⁵⁶ Asıl işin bir bölümünün salt ucuz işçilik nedeniyle alt işverene verilmesini kabul etmek iş hukukunun işçiyi koruyuculuk hükümleriyle ve amacıyla bağdaşmaz. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde getirilen sınırlamaların temel nedeni de budur. Aksi takdirde yardımcı işlerde olduğu gibi herhangi bir sınırlayıcı hüküm getirmeye gerek kalmazdı. Çünkü yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde temel neden, işyeri veya işletmenin insan kaynaklarından, yani istihdamdan doğan mali yükün azaltılması, kısaca maliyetlerin düşürülmesidir. Yardımcı

İlişkiler, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2005 İstanbul, s.110; TAŞKENT, Savaş, EYRENCİ, Öner ve ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 2004, s. 31; TAŞKENT, Savaş, "Alt İşveren", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran, Sayı: 2, 2004, s. 364 -365; Bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 26. (İş Kanunu Yorumu)

⁵³ Bkz. KUNT, s. 136, EKONOMİ, Alt İşveren, s. 45-47; SÜZEK, Alt İşveren, s. 19.

⁵⁴ Bkz. ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s. 21.

⁵⁵ ŞAHLANAN, Fevzi, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş, Bolu, 2003, s. 71. (Konferans Notları)

⁵⁶ ALPAGUT, Gülsevil, "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakış-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri", İNTES, 2004, s. 18. (Alt İşveren Kurumuna Bakış)

hizmetlerde kalite ve zaman, kamu işverenleri açısından söz konusudur. Çünkü istihdam edilenlerden verim alınmasında özel sektörün başarısı kamu sektörüne göre çok daha fazladır. Kamu kurum ve kuruluşlarında azami 100 kişinin istihdam edileceği bir yerde 300 kişinin istihdam edildiğine çok rastlanır. Kamuda daha çok çalışanın kariyer planlamasında ve terfisinde önü açık olmayıp başarı ve performansı da ödüllendirilmez. Kamu kurumlarında çürük elmanın sağlam olanları bozmasına daha çok rastlanır. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşlarında yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde salt maliyetin yanı sıra verimlilik ve kalite de ön plana çıkar.

İş hukukunda kural olan, bir işverenin işlerini kendi uzmanlığı ve organizasyonu ile kendi işçilerine gördürmesi; istisna olan da işlerinin bir kısmını başka işverenlerin işçilerine yaptırmasıdır. Bu nedenle bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilmektedir.⁵⁷ Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için bu işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenle uzmanlığı gerektirmesi ya da bu konuda özel bir yasa hükmünün bulunması zorunludur. Örneğin; belediyeler asli işleri olan temizlik işini, hastaneler sağlık işini, Karayolları Genel Müdürlüğü yol, köprü ve viyadük işini yasalarındaki özel hüküm nedeniyle alt işverene verebilmektedir. Özel sektöre ait bir işverenin asıl işin bir bölümünü alt işverene verebilmesi için İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasındaki koşulların bir arada bulunması gerekir. Aynı şekilde bir kamu işvereni özel yasasında hüküm bulunmadığı sürece asıl işin bir bölümünü işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenle uzmanlığı gerektirmemesi halinde alt işverene veremez. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde İş Kanunu'nda kamu kurumları lehine düzenleme yapılması doktrinde ayrımcılık ve eşitliğe aykırı bir durum olarak nitelendirilse de bunun eşitsizlik olduğu fikrine katılmıyoruz. Çünkü kamu kurum ve kuruluşlarını özel sektöre ait işyerleri ile bir tutmak ve bunları her yönüyle eşit görmek doğru değildir. Aksi halde bazı kamu kurumlarının yargılama harcından muaf olmasını da eşitsizlik olarak de-

⁵⁷ GÜZEL, Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 48-50. (İş Yasasına Göre Alt İşveren)

ğerlendirmek gerekir. Başka bir deyişle, yargılamada tüm taraflar eşit ise bazı kamu kurumlarının yargılama harcından muaf tutulmaması gerekir. Özel sektör işverenleri istedikleri kişiyi işe almakta özgürdür. Bunun için herhangi bir usule uymak zorunda da değildir. Oysa kamu işverenleri kamuda işçi istihdam etmek istediklerinde, yasal prosedürlere uymak zorundadır. Özel sektör insan kaynaklarının sayısını, niteliğini ve örgütlenmesini istediği gibi belirleyebilir. Oysa kamu kurum veya kuruluşu işçi istihdamında tamamen özgür olmayıp kurallarla sıkı sıkıya bağlıdır.

H. Uygun Ekipman, Sertifika ve İş Bitirme Belgesinin Bulunması

İş Kanunu'na göre, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi için teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekir (m.2/6). Kanunda asıl işin alt işverene verilme koşulu belirtilmekte ise de bu işi alacak alt işverenin hangi koşulları taşıması gerektiğine değinilmektedir. Kısaca kanunda alt işverene verilecek asıl işin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren işlerden olması gerektiği söylenmekte ama bu işi yapacak işverenin uzman olması gerektiği ifade edilmemektedir. Bu konudaki eksiklik Alt İşveren Yönetmeliği ile giderilmiştir. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 10/2. maddesinde, *“Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.”* denilmektedir. Teknolojik nedenlerle uzmanlığı gerektiren bir işin alt işverene verilmesinde alt işverenin bu işi yapacak uzmanlığa sahip olması gerektiği gayet doğaldır. Çünkü böyle bir durumda asıl işveren, uzmanlığı gerektirdiği için işi alt işverene vermektedir. Yönetmelik, uzmanlığın belgelendirilmesinden söz etmekte ve bunun ispatlanması için de sözleşme kapsamındaki işe uygun ekipmanın, iş bitirme belgesinin, operatör ve teknik eleman sertifikalarının sözleşmeye eklenmesini istemektedir. Dolayısıyla Yönetmelikte sayılan bu hususlardan birisi eksik ise alt işverenin uzman olmadığına ve ilişkinin de muvazaalı olduğuna hükmedilebilecektir.

1) Uygun İş Ekipmanı

İşle ilgili faaliyetlerin istenilen amaca uygun olarak gerçekleştirilmesi için kullanılan her türlü araca iş ekipmanı denir. Diğer bir deyişle iş ekipmanı, işin yapılmasında kullanılan herhangi bir makine, alet, tesis ve tesisatı; iş ekipmanının kullanımı da, iş ekipmanının çalıştırılması, durdurulması, kullanılması, taşınması, tamiri, tadili, bakımı, hizmete sunulması ve temizlenmesi gibi iş ekipmanı ile ilgili her türlü faaliyeti ifade eder. Kompresör, vinç, forklift, transpalet, konveyör, kazan, jeneratör, gaz tüpleri, kaldırma ve iletme araçları, tezgahlar, her türlü makineler, kalorifer ve buhar kazanları, tanklar, asansör, su, elektrik, gaz ve havalandırma tesisatları birer ekipmandır. İşin yerine getirilmesi için uygun ekipmanın kullanılıp kullanılmadığı, bu ekipmanı kullanan kişinin ekipmanın kullanımıyla ilgili kurallara uyup uymadığı işverenin yükümlülükleri arasındadır. İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre işveren, gerekli önlemleri almak zorundadır. 155 No'lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi'ne göre de işverenin işyerinde iş sağlığını ve güvenliğini sağlama ve koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde, "İşin yapılabilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmanın sayısına ve niteliğine dokümanda yer verilir. Tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman için kendi malı olma şartının aranmaması esastır." (m. 41/1); "Geçici ithalle getirilmiş veya finansal kiralama yoluyla edinilmiş tesis, makine, teçhizat ve ekipmanın, kira sözleşmesinin sunulması ve ihalenin ilk ilan veya davet tarihine kadar olan kiralalarının ödendiğinin belgelenmesi şartı ile adayın veya isteklinin kendi malı sayılır." (m. 41/4) denilmektedir. Buna göre alt işveren işte kullanacağı uygun ekipmanın sahibi olmak zorunda değildir.

2) İş Bitirme Belgesi- İş Deneyim Belgesi

Kamu idarelerince yapılan hizmet alım ihalelerine girmek isteyen istekliler, ihale konusu işi yapma ehliyetine sahip olduklarını ispat etmek için birtakım belgeleri de ihalede tevsik etmek zorundadırlar. Bu

belgelere ihale mevzuatında “iş deneyim” veya “iş bitirme” belgesi denilmektedir.⁵⁸ Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 3/1-d maddesine göre; iş deneyim belgesi; adayın veya isteklinin ihale konusu iş veya benzer işlerdeki deneyimini gösteren; iş bitirme belgesi, iş durum belgesi, iş denetleme belgesi ve iş yönetme belgesini ifade etmektedir. Kısaca, inşaat sektörü başta olmak üzere diğer alanlarda bitirilen işlerden sonra yetkili makamlardan alınan belgeye iş bitirme belgesi denir.⁵⁹ İş bitirme belgesi yurt içi ve yurt dışında devlet kurumlarına yapılan işlerin direkt olarak taahhüt edildiğini gösterir. İş bitirme belgesi sözleşme imzalanan kamu kurumunun iş sahibi tarafından düzenlenir. Bu belge sözleşmeyi yapan yetkili makam tarafından onaylanır. İş sahibi eğer gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi ise ve yapılan iş belediye sınırları içerisinde bulunuyorsa iş bitirme belgesi, bağlı bulunan belediye tarafından düzenlenir. Aynı tüzel kişiler işini belediye dışında bir alanda bitirmişse iş bitirme belgesi bağlı bulunulan alanın düzenlemesini Bayındırlık ve İskân İl Müdürlüğüne yaptırır. Belediye tarafından kabul görülen iş bitirme belgeleri belediye başkanı tarafından Bayındırlık ve İskân Müdürlüğüne bağlı alanlar ise valilik tarafından onaylanır. İş bitirme belgeleri yurt içinde ve yurt dışında kamu ve özel kuruluşlara taahhüt edilen işlere bağlı olarak tek bir sözleşme esaslı imzalanır.⁶⁰

Bir işin geçici kabulü yapılmış ise iş sahibi iş bitirme belgesi alabilir. Bununla birlikte geçici olarak iş kabulü yapılmamış kişiler de sözleşme bedelinin asgari ücretini ödemesi durumunda iş bitirme belgesi alabilir. Kamu sektöründe yapılan iş düzenlemelerinde taahhüt edilen iş bitirme belgesi, geçici iş durum belgesi olarak da alınabilir. İş bitirme belgesi alabilmek için sözleşme bedelinin asgari yüzde yetmişe karşılık gelen kısmı yatırılmalıdır. İş bitirme ve iş durum belgesinde belgenin geçici kabulü için ilk aşama bu kısım olarak kabul edilir. Ortak olarak yapılan işlerde iş bitirme belgesinin alınabilmesi için ortakların iş hissesindeki paylarını belirtmesi gerekir. Yabancı şirketler ile yapılan projelerde iş bitirme

⁵⁸ www.kilichukuk.org/images/29mart2014gazete.pdf (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

⁵⁹ <http://nasilkolay.com/is-bitirme-belgesi-nasil-alinir> (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

⁶⁰ <http://nasilkolay.com/is-bitirme-belgesi-nasil-alinir> (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

belgesinin alınabilmesi için işin gerçekleştiği ülkenin mevzuatına göre düzenleme yapılır. Kamu veya özel sektörde yapılan işlerin depremde belirlenen orandan yüksek hasar görmesi durumunda işte adı geçen mühendis veya mimarlara iş bitirme belgesi verilmez. Daha önce verilen iş belgelerinin ise geçerliliği iptal edilir.⁶¹

3) Operatör ve Teknik Eleman Sertifikaları

İş ekipmanını kullanma görevi verilen çalışan veya çalışanlara operatör denir. Diğer bir tanımla operatör; iş makinesini yaptığı iş ve özelliğine uygun emniyetli ve verimli kullanan, iş makinesinin çalışma öncesi ve çalışma sonrası kontrol, bakım ve ayarlarını yapabilen operatörlük belgesine sahip nitelikli kişidir.⁶² Karayolları Trafik Kanunu'na göre, iş makinesi sürücülerinin eğitimleri ve sınavda başarılı olanların belgeleri Millî Eğitim Bakanlığınca veya Millî Eğitim Bakanlığınca yetkilendirilen kurumlarca verilir (m.42/8). Aynı Kanuna göre iş makineleri; yol inşaat makineleri ile benzeri tarım, sanayi, bayındırlık, milli savunma ile çeşitli kuruluşların iş ve hizmetlerinde kullanılan; iş amacına göre üzerine çeşitli ekipmanlar monte edilmiş; karayolunda insan, hayvan, yük taşımada kullanılmayan motorlu araçlardır (m.3). İş makinesi kullanacak olan alt işveren işçilerinin bu makineleri kullanabileceklerine dair sertifikalarının bulunması gerekmektedir. Bir işçi söz konusu makineleri kullanma konusunda uzmanda olsa sertifika sahibi olmalıdır. Aynı durum teknik elemanlar için de geçerlidir. İş makineleri çağdaş, planlı, sağlıklı kentlerin oluşumunda, imar, inşaat ve sanayi işlerinde kullanımının yaygınlaşması ile yaşantımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. İşyerinde forklift, loder, ekskavatör, bekoloder, dozer, grayder, finişer, silindir, vinç ve zemin delgisi gibi iş makinelerini motorlu veya elektrikli, paletli veya tekerlekli araçları kullanacak olanların bunların kullanımına ilişkin sertifikaya ve/veya ehliyeteye sahip olması ve bu belgelerin alt işveren tarafından asıl işverene sunulması zorunludur.

⁶¹ <http://nasilkolay.com/is-bitirme-belgesi-nasil-alinir> (Erişim Tarihi: 17.3.2016); İş bitirme (deneyim) belgesinin düzenlenmesi ve koşulları için bkz. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.4 ve 5.

⁶² www.uzmanlaroperatorluk.com/soru-9-operator-kime-denir.html (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

III. ESER SÖZLEŞMESİ

A. Eser Sözleşmesi Kavramı ve Tanımı

Mülga olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 355-371'inci ve yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nın 470-486'ıncı maddelerinde yer alan sözleşme türüne genel olarak "eser sözleşmesi" denilmektedir. Söz konusu sözleşmeye BK'nın 355 vd. maddelerinde istisna akdi denilirken TBK'nın 470 vd maddelerinde eser sözleşmesi denilmiştir. Hemen belirtmek gerekirse "eser sözleşmesi" ve "istisna sözleşmesi" terimleriyle anlatılmak istenen şey aynı olduğu için birçok yazar söz konusu terimleri birlikte kullanmaktadır.⁶³ Bununla birlikte literatürde terim konusunda fikir birliği yoktur. Bazı yazarlar "istisna sözleşmesi", bazıları da "eser sözleşmesi" terimini tercih etmektedir. "İstisna" kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve maharet emeği vererek bir şeyi meydana getirmek;⁶⁴ bir şeyi meydana getirmek için sanat ehlinde biri ile anlaşma yapmak anlamına gelmektedir.⁶⁵ Eser sözleşmesinde yüklenilen sonuç "eser" olarak isimlendirilir. Sözleşmesel zeminde bu denli önemli olan sonuç ya da eser, ancak iş görme faaliyetiyle doğar. İş görme faaliyeti az çok, uzun kısa hatta belli belirsiz bir zamanın geçmesini gerektirir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirmesi zamana yayılan cinstendir.⁶⁶

Eser sözleşmesi TBK'nın 470. maddesinde "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmışken istisna sözleşmesi

⁶³ Bkz. ÖZER, Serhat, İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s. 13; .

⁶⁴ SELİMOĞLU, Y. Engin, "Eser Sözleşmesi ve Kavramlar", Prof. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999, s.685; ERDOĞAN, İhsan, , "İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması", Selçuk Üniversitesi HFD, Cilt:3, Sayı: 1, 1990, s. 135; KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2009, s. 29.

⁶⁵ DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 22.Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2005, 453.

⁶⁶ ACAR, Faruk, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 134, Aralık 2013, s. 2.

BK'nın 355. maddesinde “İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu adlandırmanın uygulama alanını tam belirtmediği, eser denilince daha çok edebiyat, sanat ve bilim eserleri akla geldiği için isabetli olmadığı söylenebilir.⁶⁷ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun konusu eserlerdir. Arapçada “eser”, sanat gerektiren bir işin yapılmasıdır.⁶⁸ Buna göre, sanat gerektirmeyen bir işin yapılması eser sözleşmesine konu olamaz. Bir bina veya yapı, sanat değeri taşııyorsa veya tarihsel bir niteliği yoksa ona “eser” yerine bina veya yapı demek daha doğrudur. Bir yükleniciyle yapılan inşaat sözleşmesinde, onun meydana getireceği nesnenin adı bina, ev, apartman, işyeri veya herhangi bir yapıdır. Her ne kadar yasada “yapı eseri” deymi kullanılmış ise de, kimse yüklenicinin bir “eser” yarattığını söyleyemez. Bunun gibi, hazır satın alınmayıp, taraflar arasında önceden kararlaştırılan niteliklere göre “ısmarlanan” ve işin ustası olan kişiden yapımı istenen bir mobilya, elbise, ayakkabı, halı, perde, el işlemesi gibi gereksinim duyulan “özel yapım” nesnelere de halkımız “eser” demez. Öte yandan, Yasa'da eser sözleşmesi, “bir eser meydana getirme” olarak tanımlanmış ise de, bu sözleşme türünün konusu, yalnızca kararlaştırılan ve “ısmarlanan” bir nesnenin “yapımı”, bir nesneyi “meydana getirme” ile sınırlı değildir. Bir eşyanın, bir aletin, bir motorlu aracın bakımı ve onarımı, bir yapının boyası badanası, binalardaki elektrik, su, kalorifer tesisatının bakımı ve onarımı, bir fabrikanın makinelerinin onarımı ve elden geçirilmesi, bir işin düzenlenmesi (organizasyonu), bir gösteri ve konser, ilân ve reklâm yaptırılması, bir proje ve plân üretimi ve benzerleri, iş sahibinin buyruğu altına girmeksizin, bağımsız olarak yapılan, yaptırılan tüm işler bu sözleşme türünün konuları arasındadır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinde eser sözleşmesi tarif edilirken, TBK ile paralel bir tarif yapılmıştır.⁶⁹ Eser sözleşmesinin ka-

⁶⁷ SELİMOĞLU, s. 685.

⁶⁸ AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C. 2, İstanbul, 1996, s. 254-255

⁶⁹ DAYINLARLI, Kemal, İstisna Aktinin Ademi İfasi İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, s.2. (Ademi İfa)

nundaki tanımı dışında, öğretide yapılan daha geniş kapsamlı başka bir tanımı şu şekildedir; “İş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, kural olarak şekle bağlı olmayan, rızai, ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir”.⁷⁰ Yargıtay’a göre “... Eser sözleşmesi, yanlara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme aktidir. Yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftirler...”⁷¹

B. Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesinden söz edilebilmesi için ortada bir *anlaşma* olmalı ve bu anlaşmaya göre *meydana getirilmiş* (imal edilmiş) bir *eser* olmalı ve bu eser bir *ücret* karşılığında yapılmalıdır. Bu unsurlardan birisinin bulunmaması halinde eser sözleşmesinden söz edilemez.⁷²

1) Anlaşma

Eser sözleşmesi, bir bedel karşılığında emek harcayarak ortaya bir eser meydana getirme anlaşmasıdır.⁷³ Bu nedenle eser sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekir. Uyuşma, sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsamalıdır.⁷⁴ TBK’nın 2/1. maddesine göre, “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*” Anlaşmanın varlığı sözleşmenin kurucu unsurlarındandır. Anlaşma yönündeki irade beyanı açık (sarih) olabileceği gibi (örneğin, kumaşı terziye götürerek, bir model üzerinde

⁷⁰ ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997, s. 25; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1989, s. 2. (Borç İlişkileri)

⁷¹ Yargıtay 15. HD’nin 23.01.2006 Tarih, 2006/7623 Esas ve 2006/166 sayılı Kararı.

⁷² Bkz. YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Hazırlayanlar: C. Yavuz, F. Acar ve B. Özen), 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 508-510.

⁷³ ERDOĞAN, s. 135; Bkz. KÖKEN, Çiğdem, Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011, s.

⁷⁴ BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 37.

anlaşılması gibi), örtülü (zımni) bir şekilde de olabilir (örneğin, temizleyiciye bir elbisenin ütülenmek veya temizlenmek üzere bırakılmasında olduğu gibi).⁷⁵ Eser sözleşmesi şeklindeki anlaşmanın kapsamına ısmarlanan şey, bunun teslim süresi, ısmarlanan şeyin özellikleri ve ücret miktarı gibi hususlar girmektedir.⁷⁶ Diğer bir deyişle anlaşma bu hususları içermeli, ayrıca ısmarlanan şey konusu itibarıyla hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır.

Taraflar, sözleşmenin tali noktaları üzerinde hiç durmamışlarsa, bu durum sözleşmenin kurulmasını engellemez. Ancak taraflar, ikinci deredeki hususları anlaşmak suretiyle esaslı unsurlar haline getirebilirler. Objektif yönden esaslı olmayan bir noktayı taraflardan biri sözleşme yapma iradesinin zorunlu şartı, yani sübjektif yönden esaslı bir nokta olarak öngörüyorsa, bu hususu açık olarak karşı tarafa bildirmek zorundadır. Aksi halde bu durum ikinci (tali) derecedeki bir husus sayılır ve sözleşmenin kurulmasını engellemez.⁷⁷ Taraflar, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen tali derecedeki noktalar üzerinde hiç durmamışlar ya da bu konuda anlaşmayı sonraya bırakmışlarsa sözleşme yine de kurulmuş olur. Ancak bu gibi durumlarda sözleşmede boşluk olduğu kabul edilir. Söz konusu boşluk taraflarca doldurulmazsa hâkim tarafından doldurulur. TBK'nın 2/1. maddesine göre "İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar."

2) Eser

Eser sözleşmesinde, sözleşmeye konu olan, harcanan emek veya maharet değil, yüklenicinin bu emeği sonucu ortaya çıkacak eserdir. Diğer bir deyişle yüklenicinin borcu, bir edim borcu, yani sonuç borcudur. Eser sözleşmesi ile ortaya çıkarılacak olan şeyin mutlaka maddi bir şey

⁷⁵ ÜNSAL, s. 5.

⁷⁶ ÇALIŞKAN, İbrahim, "İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, 1990, s. 359-360

⁷⁷ OĞUZMAN, Kemal ve ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012, s. 74-75; BÜYÜKAY, s. 39; Yargıtay 14. HD'nin 2010/5177 Esas ve 210/7104 sayılı Kararı.

olması gerekli değildir.⁷⁸ Bununla birlikte bazı yazarlar iş görme sonuçlarının maddi bir şeyde kendini göstermesi ve bu suretle devamlılık arz etmesi gereğini savunurken⁷⁹, diğer bir kısım yazarlar ise; kendi içinde bir bütünlüğe sahip, belli ölçüde belirlenebilir nitelik taşıyan her iş görme sonucu eser sözleşmenin konusunu oluşturabilir⁸⁰, demektedir.

Doktrinde hâkim olan görüş, eser kavramını geniş yorumlamaktadır. Bu görüş dâhilinde, eserin (sonucun) mutlaka maddi bir şekilde kendini göstermesi gerekli değildir; insan emeği bir ürün olup bir bütün görünüşü arz eden ve iktisadi değeri olan her hukuki varlık, objektif olarak saptanma olanağı olan maddi nitelikte olsun ya da olmasın bir eser sayılmaktadır. Diğer bir ifade ile istisna akdi çerçevesinde maddi olmayan sonuçların da dikkate alınması artık kabul edilmektedir.⁸¹ İsviçre’de önceleri sadece maddi varlığı olan ve teslimi mümkün insan emeği ürünler, örneğin bir bina veya giysiler, eser sözleşmesi çerçevesinde eser olarak kabul görmekteydi. Ancak daha sonraları maddi olmayan ancak maddi varlıkta sürekli olarak kendini gösterebilen fikri çalışma ürünleri de eser olarak kabul görmeye başladı. Böylelikle çizilen planlar, yazılan kitaplar, kayıtlar, görüntüler, yazılar veya senaryolar da eser olarak kabul edilmiştir.⁸²

Yargıtay, bir çalışma sonucunun maddi bir varlığa sahip olsun veya olmasın eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini kabul etmek-

⁷⁸ Bkz. ÇALIŞKAN, s. 350

⁷⁹ TANDOĞAN, Borç İlişkileri, s. 21 vd; ARAL, s. 320.

⁸⁰ HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona ve ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992 s.352-353; Zarife ŞENOCAK, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002 s.17.

⁸¹ TUNÇOMAÇ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 953; TANDOĞAN, Borç İlişkileri, s. 3; Bkz. HATİPOĞLU ÜNSAL, Ayşe, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Çankaya Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 4; KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 29.

⁸² Bkz. YAKUPPUR, Sendi (D. Baruh), Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2009, s. 6.

tedir.⁸³ Buna göre eser sözleşmesinin “maddi” ve “fikri” eser sözleşmesi olarak iki kısma ayrıldığı söylenebilir. Fikri eserler bakımından ayırıcı olan, bu tür eserlerde zihni çabanın ön planda olmasıdır.⁸⁴ Kuşkusuz her maddi olmayan çalışmayı fikri eser olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bir fikri çalışma sonucunun eser olarak nitelendirilebilmesi için bu sonucun yüklenici tarafından objektif olarak taahhüt edilebilir olması gerekir.⁸⁵ Bunun anlamı, yüklenicinin yapacağı çalışmadan beklenen sonucu objektif olarak gerçekleştirebilecek durumda olması, sonucun başarıyla gerçekleşmesinde onun üzerinde etki edemeyeceği unsurların belirleyici olmamasıdır.⁸⁶ Örneğin, eğitim verme faaliyetinin sonucu, bir davanın akıbeti veya tıbbi bir müdahalenin etkileri, yüklenicinin taahhüdünün konusu olamaz. Zira öğrencinin öğrenmesi, davanın kazanılması, hastanın iyileşmesi gibi sonuçların gerçekleşmesi yüklenicinin üzerinde etkili olamayacağı pek çok etkene bağlıdır.⁸⁷ Öte yandan, eser sözleşmesine konu olacak iş görme sonucunun belirlenebilir, diğer bir deyişle objektif esaslara göre değerlendirilebilir olması gerekir. Resim, heykel gibi sanat eserlerinin de yaratıcısına geniş bir takdir payı bırakılmak kaydıyla objektif olarak değerlendirilmesi mümkün olduğundan, eser sözleşmesine konu olabileceği genel olarak kabul edilmektedir.⁸⁸

3) Meydana Getirme

Eser sözleşmesinin konusunu bir şeyin imali, daha doğru bir ifadeyle meydana getirilmesidir. Eser sözleşmesinde önemli olan eser (şey) olup ona ilişkin işler değildir. Dolayısıyla ortada eser yoksa yapılan çalışmaların, emeğin ve harcanan zamanın da bir önemi yoktur. Bazı yazarlar, imal etme kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve mevcut bir eserin değiştirilmesinin, onarılmasının, bakımının, tamirinin veya orta-

⁸³ Yargıtay HGK’nın 18.11.2009 Tarih, 2009/15-459 Esas ve 2009/541 sayılı Kararı.

⁸⁴ ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 14.

⁸⁵ Bkz. KURT, s. 31.

⁸⁶ KURT, s. 31.

⁸⁷ ŞENOCAK, s. 17; KURT, s. 31.

⁸⁸ KURT, s. 31.

dan kaldırılmasının (yıkımı) da TBK m. 470 anlamında eser sözleşmesi kapsamına dâhil olduğunu savunmaktadırlar.⁸⁹

Eser sözleşmesinden söz edilebilmesi için *bir eserin imal edilmesi veya meydana getirilmiş olması* gerekir. Doktrinde “imal” kelimesi yerine daha isabetli olan “meydana getirme” ifadesini öneren yazarlar da bulunmaktadır. “İmal” kelimesini yeterli bulan yazarlar imal etme kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve mevcut bir eserin değiştirilmesinin, onarılmasının, bakımının, tamirinin veya ortadan kaldırılmasının (yıkımı) da TBK’nın 470. madde anlamında eser sözleşmesi kapsamına dâhil olduğunu savunmaktadırlar.⁹⁰ Hemen belirtmek gerekirse TBK’nın 470. maddesi “imal” değil, “meydana getirme” ifadesini kullanmıştır. İmal, yeni bir eser meydana getirmektir. Eser sözleşmesi ile yeni bir eser meydana getirmenin yanında, aynı zamanda, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması da konu edinilebilir. Eser sözleşmesinde asıl olan bir iş görme fiili neticesinde eskisinden değişik bir varlık doğmasıdır.⁹¹ Teslim edilen eser, yüklenicinin taahhüt ettiği nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli unsurları taşımıyorsa yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkar. Bu yönüyle “ayıp”, sözleşmede üzerinde anlaşılan veya lüzumlu olan niteliklerin teslim edilen eserde bulunmamasıdır.⁹²

4) Bedel (Ücret)

Eser sözleşmesinin varlığı için gerekli olan diğer bir koşul da ücret yani bedeldir. Ancak eser sözleşmesinde bir ücret ödeme taahhüdü yeterli olup bunun miktarının sözleşmede belirtilmesine gerek yoktur. Bu açıdan eser sözleşmesinde ücret miktarı sözleşmenin esaslı (objektif)

⁸⁹ ZEVLİLİLER, Aydın, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004, s.325; ARAL, s. 315; TANDOĞAN, Borç İlişkileri, s. 2; ERİŞEN, s. 24; ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2012, s. 16.

⁹⁰ Bkz. TANDOĞAN, Borç İlişkileri, s. 2; YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 508-509; ARAL, s. 315; ÜNSAL, s. 4.

⁹¹ ŞAHİN, s. 16; ARAL, Borçlar Hukuku 2003, s.325; YAKUPPUR, s. 9; BİLGE, inşaat Sözleşmesi, s.4.

⁹² AKKURT, s. 45.

unsurlarından değildir. Meydana getirilecek eser karşılığında ücret ödenmesi kararlaştırılmış ancak bunun miktarı belirtilmemiş ise eser sözleşmesi yine de kurulmuş olur. Ücret ödenmesi konusunda taraflar açık veya örtülü olarak anlaşmış olabilirler. Taraflar meydana getirilecek eser karşılığında ne kadar ücret verileceğini belirtmemiş olabilirler.⁹³ Böyle bir durumda, TBK'nın 481. maddesindeki yaklaşık ücret ile ilgili kurallara göre ücretin ne kadar olacağı belirlenir. Belirli bir emek sonucunun meydana getirilmesi herhangi bir ücret almaksızın taahhüt edilmişse, ortada eser sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesi vardır.⁹⁴

Eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt eden husus ücret veya iş sahibinin değil, yüklenicinin edim borcudur. Ücretin hesaplanış tarzı da eser sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde büyük önem arz etmektedir. Ücretin, eser için tek bir rakam olarak veya çeşitli işler ve masraflar için çalışma günlerine veya saatlerine, ölçü veya ağırlığına göre ya da parça başına birim fiyatları üzerinden belirlenmesi mümkündür. Eser sözleşmesine hazırlayıcı çalışmalarda, özellikle bir inşaat için plan hazırlanması ve proje çizilmesi gibi durumlarda ücret istenip istenmeyeceği tartışmalıdır.⁹⁵

C. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser (istisna) sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı,⁹⁶ şekle tabi olmayan, rızai nitelikte ve kural olarak da ani edimli ivazlı bir sözleşmedir.⁹⁷ Çünkü bu sözleşme her iki tarafa çeşitli haklar tanırken aynı zamanda birbirlerine birtakım borçlar da yüklemiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmede taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumundadır. Eser sözleşmesinde iş sahibi, eser karşılığı olarak ücret ödeme, yüklenici de ödenecek olan ücret mukabilinde iş

⁹³ BÜYÜKAY, s. 39.

⁹⁴ TANDOĞAN, Borç İlişkileri, s.19.

⁹⁵ BÜYÜKAY, s. 41.

⁹⁶ Bkz. AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 29.

⁹⁷ KURT, s. 45.

sahibinin ifa menfaatini karşılayacak ölçüde sözleşmeye uygun, ayıpsız bir eser imal ederek iş sahibine teslim etme borcu altına girmektedir.⁹⁸

Doktrinde, eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi niteliğinde mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde mi olduğu konusunda tartışmalar yer almaktadır.⁹⁹ Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu ileri süren yazarlara göre; eser sözleşmesinin asıl amacının bir eseri meydana getirme ve teslim etme borcu olmasıdır. Bu nedenle yüklenicinin asıl ifa borcu eseri teslim olduğundan, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında süre geçmiş olması sebebiyle sürekli borç ilişkisi doğmaz.¹⁰⁰ Karma görüşe göre eser sözleşmesi, her iki tür sözleşmenin de özelliklerini taşımaktadır.¹⁰¹ Zira bu görüşün savunucularına göre, eser sözleşmesinde, alacaklı iş sahibinin teslimden kaynaklanan çıkarını esas almak doğru ise de, sözleşme, yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyeti içinde tazminatlı olarak sona erdirilecek olursa, bu durumda sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi taşıdığı da düşünülebilir.¹⁰² Karma görüşe göre, sözleşmenin sona ermesinde, olayın özelliğine göre ve sona erme sebebine göre geçmişe etkili dönme ya da ileriye etkili fesih hükümlerinden biri uygulanacaktır.¹⁰³ Bize göre de eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir.¹⁰⁴ Sözleşmeler birden fazla eseri içerse ve peş peşe olsa da ani edimli olma özelliğini korurlar. Örneğin, mobilyacıya önce mutfak dolabı, daha sonra kitaplık ve nihayetinde bir masa yaptıran kimse ani edimli üç eser sözleşmesi yapmış olur.

⁹⁸ UÇAR, Ayhan, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, Erzincan HFD, Cilt: V, Sayı: 1-4, 10. Öğretim Yılına Armağan, 2001, s. 513; Bkz. AKKURT, Sinan Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2008, s. 33 (s.13-64).

⁹⁹ HATİPOĞLU ÜNSAL, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Çankaya Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 6.

¹⁰⁰ ARAL, s. 315; YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 452; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.26

¹⁰¹ GÜRPINAR, s.19.

¹⁰² GÜLEÇ, Şafak, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2007, s. 4.

¹⁰³ ÖZ, Turgut, İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1989, s. 19.

¹⁰⁴ Bkz. ÖZ, s. 9; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 17. (Ek İş)

D. Eser Sözleşmesi ile Alt İşverenlik Sözleşmesinin Karşılaştırılması

1) Ayrımın Gerekliliği

Eser sözleşmesinin uygulamada en sık karıştırıldığı sözleşme tiplerinden birisi hizmet, diğeri ise alt işverenlik sözleşmesidir. Burada konu itibarıyla hizmet sözleşmesine değinilmeyecek, sadece alt işverenlik sözleşmesi ile karşılaştırma yapılacaktır. Çünkü eser sözleşmesi uygulamada gerek iş ve gerekse sosyal güvenlikle ilgili uyuşmazlıklarda sorun teşkil etmektedir. Bir sözleşmenin eser sözleşmesi olması halinde varılacak hukuki sonuçlar diğerinden farklı olacaktır. Söz konusu gereklilik alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinde de önem arz etmektedir. Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararda¹⁰⁵ gerçek kişinin yaptırmayı planladığı bir inşaatın kaba kısmını birisine, diğer kısımlarını da başka kişilere vermesini alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirmiş, meydana gelen kazada tarafların kusur oranını belirleme yoluna gitmiştir. Bir inşaat işinde iş kazasının meydana gelmesi durumunda sözleşmenin niteliği tarafların sorumlu olacağı tazminat miktarında önem arz etmektedir. Hukuki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirilmesi durumunda asıl ve alt işverenin müteselsil sorumluluğuna gidilecek, eser sözleşmesi denilmesi halinde iş kazasının hukuki sonuçlarından sadece müteahhit (yüklenici) sorumlu olacaktır. Yukarıda adı geçen kararda: “Somut olayda tüm dosya kapsamından davalı S.S. tarafından yapılması planlanan inşaatın kaba inşaat işçiliği kısmının bir sözleşme ile diğer davalı şirkete verildiği ve davacı Y.T.’nin bahse konu kaba inşaat işlerinin yapımı sırasında davalı şirket işçisi olarak bekçilik yaptığı sırada kazalandığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalı S.S.’nin inşaat işini bölümlere ayırıp yapılması gereken her bir işi de başkaca kişilere vermekle inşaat işinin mütahitliğini üstlendiği, bu kabul doğrultusunda da davalılar diğ asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğduğu ortadadır. Yukarıda da değinildiği üzere birden fazla davalı arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut ise alt işverenin kusurlu eyleminden ötürü asıl işveren de (ku-

¹⁰⁵ Yargıtay 21. HD, E: 2015/20728, K: 2016/3660. (Kişisel Arşiv).

sursuz sorumluluğu kapsamında) sorumlu olur. Halin böyle olmasına göre eldeki dosyada davalı S.S.'nin asıl işveren olarak kusursuz sorumluluğu kapsamında hüküm altına alınacak tazminattan mesul tutulması gerektiği gözetilmeden hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” denilmiştir.¹⁰⁶

Hukuki ilişkinin alt işverenlik veya eser sözleşmesi olması iş davalarında da önem taşımaktadır. Hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olması halinde işçilik alacaklarından sadece müteahhit (yüklenici) sorumludur. Böyle bir ilişkide işçi, işe iade davası açmış ise asıl işverenlik-alt işverenlik ilişkisinde muvazaa olup olmadığı değerlendirilmekte muvazaa yoksa ve işçinin işe iade talebi haklı bulunursa iade alt işverene, muvazaa bulunması halinde ise asıl işverene yapılmaktadır. Asıl işverenin kamu kurumu olması ve muvazaanın bulunmaması halinde davacı işçi alt işveren işçisi olarak geçirdiği çalışma dönemi için ilave tediye alacağını isteyememektedir.¹⁰⁷ Yargıtay bir kararında, “...işverence yapılan feshin geçersizliği ile davacının davalı alt işveren işyerindeki işine iadesine karar verilmeli, işe iadenin mali sonuçlarından ise her iki davalı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.”¹⁰⁸; bir başka kararında da “Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi sözkonusu olduğunda işe iade hükmünün sadece alt işveren aleyhine kurulması gerekir.”¹⁰⁹ demiştir. Kısaca gerek işçilik alacaklarında ve gerekse işe iade davalarında hukuki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olup olmadığı ve bu ilişkide muvazaa bulunup bulunmadığı büyük önem taşımaktadır. Çünkü hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olması durumunda işçilik alacaklarından asıl ve tek işveren olan müteahhit sorumlu olacak, işe iade davaları açısından, haksız fesih halinde işe iade müteahhit olan davalı işverene yapılacaktır.

¹⁰⁶ Söz konusu kararda iki üye muhalif kalmış ve karar oy çokluğu ile çıkmıştır. Sorun Dairein kendi içinde dahi tartışmalıdır.

¹⁰⁷ Yargıtay 22. HD, E: 2015/33083, K: 2016/399. (Kişisel Arşiv).

¹⁰⁸ Yargıtay 22. HD, E: 2016/1168, K: 2016/4507. (Kişisel Arşiv).

¹⁰⁹ Yargıtay 22. HD, E: 2014/35120, K: 2015/440; Bkz. Yargıtay 22. HD, E: 2014/35122, K: 2015/442. (Kişisel Arşiv).

2) Eser Sözleşmesinin Alt İşverenlik Sözleşmesinden Farklılığı

Yukarıda da belirtildiği üzere eser sözleşmesi ile alt işverenlik sözleşmesinin birbirine karıştırılması uygulamada ciddi sorunlara yol açmaktadır. Çünkü her iki sözleşmenin hukuki sonuçları farklıdır; eser sözleşmesinde bir, alt işverenlik sözleşmesinde ise iki işveren vardır. Her iki sözleşme arasındaki temel farkları şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) İşveren Açısından

Birinci olarak, alt işverenlik sözleşmesinde alt ve asıl olmak üzere iki işveren vardır. Asıl işveren, alt işveren, işçi ve iş sözleşmesine ilişkin tanımlar 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılmıştır. Buna göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri; (m.2/1) “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçiler ini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren -alt işveren ilişkisi denir.” (m.2/6). Diğer kanunlardaki tanımlar da çok farklı değildir. Eser sözleşmesinde ise işi yapanın işveren olması gerekmemektedir. Taraflardan biri işi veren, diğeri ise bir eseri yapandır.

b) İşyeri Açısından

Alt işverenlik ilişkisinde teknik anlamda bir olsa da hukuki anlamda en az iki işyeri bulunmak zorundadır. Birinci işyeri asıl işverene, ikinci işyeri ise alt işverene aittir ve alt işverene verilen iş asıl işverene ait işyerinde yapılmak zorundadır. Eser sözleşmesinde iki işverene ait iki farklı işyeri bulunmak zorunda değildir. Hatta işi verenle işi yapanın işveren sıfatını haiz olması gerekmediği gibi, bir işyerine sahip olması da gerekli

değildir. Örneğin, müşterisine bir tablo yapan ressam bu tabloyu evinde de yapabilir. Burada ev, bir işyeri değildir. Çünkü işyerinin ne olduğu yasada tanımlanmıştır ve mekansal olarak ev bu tanıma uymamaktadır. Bu tanıma uymayan bir yerin işyeri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, "Alt işveren, kendi işyeri için Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Alt işveren, işyerinin tescili için şekli Bakanlıkça belirlenen işyeri bildirgesi ile birlikte 6 ncı maddede belirtilen belgeleri bölge müdürlüğüne verir. Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir." denilmektedir. Bu hükme göre alt işveren, işyerini gerekli belgelerle birlikte bölge çalışma müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Eser sözleşmesinde ise eserin meydana getirildiği mekanın işyeri olması gerekmediği için böyle bir bildirim yükümlülüğü söz konusu değildir.

c) Sözleşmenin Unsurları Açısından

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesine göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; a) Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır. b) Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. c) Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. ç) Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır. d) Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez. Oysa eser sözleşmesinin unsurları tamamen farklıdır. Örneğin, müteahhide (yükleniciye) yapması için bir iş veren kimse bu işle ilgili olarak işçi çalıştırmak zorunda değildir. Eser sözleşmesinde "asıl iş" ve "yardımcı iş" ayrımı da yoktur. Keza bir eseri

meydana getirmeyi üstlenmiş olan kimse işçilerini sadece bu işte istihdam etmek zorunda değildir.

Alt işverenlik sözleşmesi iki işveren arasında yapılırken, eser sözleşmesi bir işverenle başka bir işveren ya da işveren olmayan diğer bir kişi arasında yapılabilir. Başka bir deyişle, eser sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından birisinin işveren olmasına gerek yoktur. Bir alt işverenlik ilişkisinde alt işverenliğin unsurları yoksa hukuki ilişki kendiliğinden eser sözleşmesi haline dönüşmez. Önemli olan husus, bir hukuki ilişkide sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunup bulunmadığıdır.

d) Sözleşmenin Konusu Açısından

Eser sözleşmesinde, sözleşmeye konu olan, harcanan emek veya maharet değil, yüklenicinin emeği sonucunda ortaya çıkacak olan eserdir. Diğer bir deyişle yüklenicinin borcu, bir edim borcu, yani sonuç borcudur. Eser sözleşmesi ile ortaya çıkarılacak sonucun mutlaka maddi bir şey olması¹¹⁰ alt işverenlik sözleşmesinde de somut bir eserin varlığı gerekli değildir. Örneğin, alt işverenlerin sunduğu temizlik veya güvenlik hizmetleri eser niteliğinde değildir.

SONUÇ

Alt işverenlik ilişkisi, iş hukukunda ortaya çıktığı tarihten beri en fazla tartışılan ve yargıya intikal eden konulardan biri olmuştur. Bu tartışmalar, açılan davalarla veya akademik çalışmalarla sınırlı kalmamış, sendikalara, işverenlere, çalışma ve toplum hayatı ile potikikaya da yansımıştır. İşçi ve işçi sendikaları emeği sömürdüğü, ayrımcılık ve eşitsizliğin kaynağı olduğu için alt işverenlik kurumunun bir an önce kaldırılmasını isterken, işverenler alt işverenliğin vazgeçilmezliğini ileri sürüp korunması gerektiğini söylemişlerdir. Yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda mahkemeler, işçinin işveren karşısında ekonomik ve sosyal yönden güçsüz olduğunu, iş hukukunun işçiyi koruma yönünde gelişt-

¹¹⁰ Bkz. ÇALIŞKAN, s. 350

ğini gerekçe göstererek işçi lehine yorumla birçok davada alt işverenlik ilişkilerini geçersiz görmüştür.

Alt işverenlik sözleşmesinin eser, hizmet alımı, ihale ve fason imalat gibi pek çok hukuki ilişki ile benzerliği bulunduğu tartışmasızdır. Bu benzerlik nedeniyle bir çok davada alt işverenlik ilişkisi benzer kavram ve konularla karıştırılmakta ve bazen de Yargıtay'ın aynı dairesi tarafından verilen kararlar arasında çelişkiler görülmektedir. Alt işverenlik ilişkisi (sözleşmesi) bazı noktalarda eser sözleşmesine benzese de bir çok hususta farklılık göstermektedir. Herşeyden önce İş Kanunu'ndaki tanımdan da (m.2/6) açıkça anlaşılacağı üzere alt işverenlik ilişkisinin tarafları işveren olmak zorundadır. Anılan düzenlemede *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”* denilmektedir. Kanunun 2/1. maddesinde işçi, işveren, iş sözleşmesi ve işyerinin de çok net bir tanımı yapılmıştır. Buna göre; bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi; işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. Hakim, kanunun emredici hükümlerini bilimsel temelden yoksun yorumlarla genişletemez veya daraltamaz. Örneğin; hakim, çalışmanın dayanağı olan vekalet sözleşmesini iş sözleşmesi yerine koyamaz, sadece memur çalıştırılan bir yere İş Kanunu anlamında işyeri diyemez ya da memurlara İş Kanunu hükümlerini uygulayamaz. Benzer şekilde, işçi ve işveren dışındaki kişiler arasında kurulan hukuki ilişkileri iş ilişkisi olarak göremez. Kanunun ikinci maddesi açıkça “bir işverenden iş alma”dan, “işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl veya yardımcı iş”ten, işçilerin (münhasıran) alınan işte çalıştırılmasından söz etmektedir. Birisine iş vermenin o kimseyi işveren yapmayacağı, birisinden iş alan kimsenin de her zaman alt işveren olmayacağı açıktır. Bir imalat atölyesine sahip olan işverenin istihdam ettiği seksen işçi için

bir konfeksiyon atölyesine özel önlük yaptırmak istemesi, kendi arsası üzerinde ev yapmak isteyen bir kimsenin bir müteahhit ile anlaşması, bu anlaşmaya rağmen ıslak zemin ile mutfak dolaplarının yapımını başka kişilere vermesi birer eser sözleşmesidir.

İş Kanunu’nun 16. maddesi uyarınca iş verdiği kişilerle takım sözleşmesi yapan bir kimsenin her koşulda asıl işveren olarak görülmesi mümkün değildir. Alt işverenlik ilişkisinin unsurları ile eser veya fason imalat ya da diğer sözleşmelerin unsurları birbirinden farklıdır. Her hukuki ilişkide iş vermek, vereni asıl işveren, iş almak da alanı alt işveren haline getirmez. Hukuki niteleme yapılırken sözleşmenin unsurlarına, tarafların arzu ve iradelerine ve işin niteliğine bakmak gerekir. Aksi takdirde her alt işverenlik ilişkisi muvazalı görülecek ve farklı hukuki sonuçlara hükmedilecektir.

KAYNAKLAR

ACAR, Faruk, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 134, Aralık 2013.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Cilt: 2, İstanbul, 1996. **AKKURT, Sinan Sami**, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2008 (s.13-64).

AKYİĞİT, Ercan, “Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS, Cilt: 22, Sayı: 4-5, Şubat 2009-Kasım 2010 (Benzer İlişkiler)

AKYİĞİT, Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 4, 2011, (s. 1-33). (Kamuda Alt İşverenlik)

AKYİĞİT, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1, 2. Baskı, Ankara 2006. (İş Kanunu Şerhi).

AKYİĞİT, Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011 (Sosyal Güvenlik)

ALPAGUT, Gülsevil, “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, İNTES, 2004. (Alt İşveren Kurumuna Bakış)

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997.

ARSLANOĞLU, Anıl Mehmet, İş Kanun’unda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul. 2005ç

AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

AYKAÇ, Hande B., İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

BAYBORA, Dilek, “İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, 2010.

BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

CANBOLAT, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992 (Alt İşveren İlişkileri).

ÇALIK, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler”, Çalışma Dünyası Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, Eylül -Aralık 2014 (s. 62-90).

ÇALIŞKAN, İbrahim, “İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, 1990.

ÇANKAYA, Osman Güven ve ÇİL, Şahin, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, Sicil, Yıl: 1, Sayı: 3, Eylül 2006 (s. 54-80). (Asıl İşveren-Alt İşveren).

ÇANKAYA, Osman Güven ve ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011. (Üçlü İlişkiler).

ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986.

ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

DAYINLARLI, Kemal, İstisna Aktinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986 (Ademi İfa)

DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 22.Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2005.

EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren -Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.

ERDOĞAN, İhsan, “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması”, Selçuk Üniversitesi HFD, Cilt:3, Sayı: 1, 1990.

ERSÖZ, Deniz, Alt İşverenlik El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

EYRENCİ, Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 1, Ocak 2004.

GENÇTARİH, Sabahat, Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Yönetmeliği İşığında Uygulamadaki Sorunlar, Çağ Üniversitesi SBE, 2009ç

GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

GÜLEÇ, Şafak, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2007.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2004.

GÜZEL, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2004/1 (İş Yasasına Göre Alt İşveren)

HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona ve ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HATİPOĞLU ÜNSAL, Ayşe, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Çankaya Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

HATİPOĞLU ÜNSAL, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Çankaya Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

<http://nasilkolay.com/is-bitirme-belgesi-nasil-alinir> (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2009.

KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, İstanbul, 2005 (İş Kanunu Yorumu)

KÖKEN, Çiğdem, Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011.

KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

OĞUZMAN, Kemal ve ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükmüler, Cilt I, İstanbul, 2012.

ÖZ, Turgut, İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1989.

ÖZER, Serhat, İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.

REİSOĞLU, Seza, “Aynı İşyerinde; Birden Çok İşverenin İşçilerinin Birlikte Çalışmasından Doğan Hukuki Sorunlar”, TÜHİS, Kasım 1990.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

SELİMOĞLU, Y. Engin, “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Prof. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999.
Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren, TİSK Yayınları, Ankara, 2012.

SÖNMEZ, Ahmet Miraç, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminde Yardımcı Hizmetler Sınıfında Alt İşverenlik: Sağlık Bakanlığı Üzerine

Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2011.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Yayınları, Konya, 2009.

SÜZEK, Sarper, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, Legal İHSGH Dergisi, Sayı:25, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 15. (Alt İşveren)

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2014. (İş Hukuku, 2014).

SWEET, Justin, Legal Aspects of Architecture, Engineering and Construction Process, St. Paul, 1994, s. 620 (Aktaran: Türker YALÇINDURAN, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

ŞAFAK, Can, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, TBBD, Sayı: 51, 2004 (s. 111-132).

ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2012.

ŞAHLANAN, Fevzi, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş, Bolu, 2003. (Konferans Notları)

ŞEN, Murat ve NANEÇİ, Aslı, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, Sicil, 4: 15, Eylül 2009 (s. 24-53)

ŞEN, Sabahattin, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3.

ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1989.

TAŞKENT, Savaş, “Alt İşveren”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran, Sayı: 2, 2004 (s. 364 -365)

TAŞKENT, Savaş, “Alt İşveren”, Legal İHSGH Dergisi, Sayı:2, Nisan-Mayıs- Haziran 2004 (Alt İşveren).

TAŞKENT, Savaş, EYRENCİ, Öner ve ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 2004ç

TOZLU, Ahmet ve ERASLAN, Mehmet Tarık, “Türkiye’de Alt İşverenlik Uygulaması”, Sayıştay Dergisi, Sayı:84, Ocak-Mart 2012.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977.

UÇAR, Ayhan, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, Erzincan HFD, Cilt: V, Sayı: 1-4, 10. Öğretim Yılına Armağan, 2001.

www.kilichukuk.org/images/29mart2014gazete.pdf (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

www.uzmanlaroperatorluk.com/soru-9-operator-kime-denir.html (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

YAKUPPUR, Sendi (D. Baruh), Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2009.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Hazırlayanlar: C. Yavuz, F. Acar ve B. Özen), 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Zarife ŞENOCAK, Eser Sözlüşmesinde Ayıbın Giderilmesini İste-me Hakkı, Ankara 2002.

TTK.'NA GÖRE BAĞLI ŞİRKETİN HAKİM ŞİRKET MÜDAHALESİ İLE KAYBA UĞRATILMASI VE BAĞLI ŞİRKET YÖN. KUR. ÜYELERİNİN BU KAYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

▪ Av. Selim YALÇIN

Özet: Bağlı şirket yöneticileri çoğunlukla hakim şirket talimatına uygun olarak şirketi yönetmektedir. Topluluk politikalarına uygun olan iş ve işlemler her zaman bağlı şirket menfaatiyle paralel olmayabilir, hatta bağlı şirketin kayba uğramasına sebebiyet verebilir. Kayba sebebiyet veren talimatı uygulayan bağlı şirket yöneticilerinin sorumlu tutulması her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar vermemektedir. Ticaret Kanununda bu husus göz önünde bulundurularak, bağlı şirket yöneticilerinin bazı koşulların sağlanması halinde sorumluluktan kurtarılmasına imkan tanınmıştır. Kısmi hakimiyet halinde eğer kayıp denkleştirilirse bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Tam hakimiyet halinde ise talimat serbestisi sonucu uğranılan kayıplar sebebiyle bağlı şirket yöneticileri sorumlu tutulamayacaktır. Ayrıca, sorumluluğun hakim şirket tarafından üstlenilmesine ilişkin tazmin sözleşmesi yapma hakkı da bağlı şirket yöneticilerine tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, yöneticilerin özen ve bağlılık yükümlülüğü, hakim şirket talimatı, kayıp, bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu

Abstract: Managers of subsidiary are usually open to influence by the parent company. Sometimes, decisions in line with the group's interests may not accord with the subsidiary's interests and even it may cause loss on the subsidiary. Holding managers of the subsidiary liable for such losses will not be just. Under the Commercial Code, this issue is taken into account and if some criteria is fulfilled, the right to discharge from a liability is given to the managers of subsidiary. In case of partially owning the share capital of subsidiary, if the loss incurred on subsidiary is balanced by the parent company, the managers of subsidiary will not be held liable. In case of fully owning the share capital of subsidiary, the right of giving instructions is granted to the parent company and the managers of the subsidiary will not be held liable for losses as a result of instructions. Additionally, in both situations, the managers of subsidiary have the right to request to conclude a hold harmless agreement with the parent company.

Key Words: Group of companies, duty of care and loyalty of managers, parent company's power to direct, loss, liability of the subsidiary company's managers

I. GİRİŞ

Bağlı şirket, her ne kadar bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olsa da, çeşitli kontrol araçlarıyla hakim şirketin etkisi altında faaliyet göstermekte ve bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri çoğunlukla hakim şirket talimatlarına/yöneltilmelerine¹ uygun olarak şirketi yönetmektedir. Fakat bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, topluluk politikalarıyla uyumlu olarak hareket ederken yönetici oldukları şirkete karşı özen ve bağlılık yükümlülüklerini de göz ardı etmemelidirler. Zira, bazen topluluk politikalarına uygun olan iş ve işlemler, bağlı şirketi kayba uğratabilecek nitelikte olabilir. Bağlı şirketin kayba uğramasına sebebiyet verecek bir kararın uygulanması, grup dışı pay sahipleri ve alacaklılar açısından çeşitli problemlere yol açmaktadır. Fakat, bu tür kayıplardan doğan sorumluluğun hakim şirket talimatına/yöneltilmesine uygun olarak hareket eden bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine yüklenmesi hakkaniyete her zaman uygun düşmemektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ("**Ticaret Kanunu**"), topluluk menfaati ile şirket menfaatinin çatıştığı bu gibi durumlarda bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtarılmasına olanak sağlayan çeşitli hükümler öngörülmüştür.

Ticaret Kanunuyla getirilen sistemde, bağlı şirkette kayba sebebiyet verebilecek nitelikteki kararların uygulanmasının koşul ve sonuçları hakimiyetin türüne göre farklı düzenlenmiştir. Kısmi hakimiyetin söz konusu olduğu hallerde, hakim şirketin bağlı şirketi yönetmesi sonucu meydana gelen kayıp eğer aynı faaliyet yılı içerisinde denkleştirilirse hukuka aykırılık giderilecek ve böylece bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Tam hakimiyet halinde ise, kayıp bir hakim şirket talimatıyla gerçekleşmişse, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacaktır. Buna rağmen alacaklılar açısından bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin durumu Ticaret Kanununda açıkça belirtilmemiştir.

¹ Topluluk Hukuku içerisinde her iki kelime de hakimiyetin niteliğine göre farklı kullanımlara sahiptir. Ticaret Kanunu, tam hakimiyet halinde "talimat"tan bahsederken, kısmi hakimiyet halinde "yöneltilme" olgusundan söz etmektedir.

İşbu çalışmada, topluluk menfaati ile şirket menfaatinin çatıştığı hallerde bağlı anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin durumu inceleneyecektir. Bu sebeple, öncelikle şirketler topluluğu olgusu genel hatlarıyla açıklanacak ardından genel kural olan yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü incelenecek ve son olarak kısmi hakimiyet ve tam hakimiyet halinde hakim şirket müdahalesi sonucu bağlı şirkette uğranılan kayıptan doğan sorumluluk ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin bu sorumluluğu bertaraf edebilmesine olanak sağlayan düzenlemeler incelenecektir.

Anonim şirket yöneticileri açısından yapılacak açıklamalar, limited şirket müdürlerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen Ticaret Kanunu m. 626/1 sebebiyle, limited şirket müdürleri için de geçerlidir. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” kelimesi, limited şirketlerde “müdürler”i ifade etmektedir.

II. ŞİRKETLER TOPLULUĞU

Öğretide çok genel bir ifadeyle yapılan tanıma göre, şirketler topluluğu; çeşitli kontrol araçlarıyla aynı sevk ve idare altında toplanan hukuken birbirinden bağımsız birden fazla teşebbüsün bütününe oluşturduğu topluluktur.²

Ticaret Kanununun 195nci maddesinde göre ise, kural olarak, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

(i) oy haklarının çoğunluğuna sahipse,

(ii) şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse,

(iii) kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa veya

² Cumhuriyet Boyacıoğlu, Konzern Kavramı, Nobel Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara 2006, s.121.

(iv) bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hakim, diğeri bağılı şirkettir. Bu haller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hakimiyetinin varlığına karine olarak kabul edilmektedir.

Böylece, hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağılı bulunan şirketler, hakim şirketle birlikte şirketler topluluğunu oluşturmaktadır. Bir hakim şirketin, bir veya birkaç bağılı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hakim olması durumunda dolaylı hakimiyetten söz edilmektedir.

Şirketler topluluğu dahilindeki bir bağılı şirketin yönetim kurulunun hukuki konumu ise Ticaret Kanunu gerekçesinde “bağılı yönetim kurulu” terimiyle ifade edilmektedir.³

III. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ÖZEN VE BAĞLI-LIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağılılık yükümlülüğü 1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (“**Eski Ticaret Kanunu**”) da düzenlenmekteydi. Eski Ticaret Kanununun “Azaların İhtimam Derecesi” başlıklı 320nci maddesinde 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 528/2’ye atıf yapılarak yönetim kurulu üyelerinin şirketi idare ederken gösterecekleri özene ilişkin ilkeler belirlenmişti.

Eski Ticaret Kanunu düzeninde yönetim kurulu üyesinden beklenen özen ölçüsünün tespitinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Öğre-

³ Ticaret Kanunu madde 195 ila 209ncu maddelere ilişkin genel gerekçe.

tide bazı yazarlar yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almamasına göre ayırım yaparak; (i) ücret alan üyelerin, “ücretli çalışan işçinin göstermesi gereken özeni” göstermesi, (ii) ücret almayan üyelerin ise “kendi işlerinde göstermesi gereken özeni” göstermesi gerektiğinden söz etmekteydi.⁴ Bunun dışında, ücret alıp almamasına bakılmaksızın tüm yönetim kurulu üyeleri için “dikkatli ve basiretli bir yöneticinin aynı durum ve şartlarda göstermesi gereken özen”in ölçüt olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktaydı.⁵

Tamamen göndermelerden oluşan ve özen ölçüsünün tespitinde karışıklığa yol açan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin ilgili Eski Ticaret Kanunu hükmü, Ticaret Kanunu ile tamamen farklı bir yapıya bürünmüştür. Ticaret Kanununun 369ncü maddesinde;

“Yönetim kurulu üyeleri, ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.” denilerek, yöneticilerin göstermesi gereken özenin sınırları, “tedbirli yönetici” ölçüsüyle belirlenmiş ve şirket menfaatinin dürüstlük kuralı çerçevesinde gözetilmesi gerekliliği hükme bağlanmıştır.

B. TEDBİRLİ YÖNETİCİNİN ÖZENİYLE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Ticaret Kanununun 369ncü maddesinde, Eski Ticaret Kanununda öngörülen “basiret” ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta, gerekçede de açıkça belirtildiği üzere “basiretli işadami” ölçüsünden bilerek uzak durulmuştur. Bunun sebebi, Yargıtay’ın “basiretli işadami” ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek şekilde tanımlamasıdır.⁶

⁴ Özge Ayan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 29.

⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 1. Cilt, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1975, s. 290; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Kutulmuş Matbası, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1970, s. 176.

⁶ Ticaret Kanunu 369ncü madde gerekçesi

Tedbirli yönetici ölçüsü, “basiretli işadami” ölçüsünden farklıdır. Tedbirli yönetici ölçüsü, bilgi edinerek, tartışarak, karşılaştırma yaparak ve mantığa, önceki tecrübelerle dayalı olarak karar vermeyi gerektirir.⁷ Şirketin lehine olanı mutlaka yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Bu tür bir anlayış, ekonomide meydana gelecek krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden ve benzeri durumlardan doğan bütün riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri almasını gerektirir. Aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir.⁸ “Tedbirli yönetici” ölçüsü, bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamamaktadır.⁹

“Tedbirli yönetici” ölçüsü aynı zamanda, yönetim kurulunun Amerika Birleşik Devletleri içtihatlarınca geliştirilen “işadami kararı” (*business judgement rule*) verebileceğini kabul etmekle beraber, riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanmaktadır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.^{10, 11}

⁷ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2013, s.241.

⁸ Ticaret Kanunu 369ncü madde gerekçesi

⁹ Ticaret Kanunu 369ncü madde gerekçesi

¹⁰ Ticaret Kanunu 369ncü madde gerekçesi

¹¹ “İşadami Kararı” ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Adalet Yayınevi, Değişiklikler ve İkincil Mevzuat Düzenlemeleriyle Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1145 vd.; Kürşat Göktürk, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadami Kararı İlkesi,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C.2, S.2, s. 207 vd.; Emrullah Kervankıran, “Alman Hukuku’nda Business Judgement Rule’nin Kodifikasyonu – Türk Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme,” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 249 vd.

C. ŞİRKET MENFAATLERİNİN DÜRÜSTLÜK KURALI ÇERÇEVESİNDE GÖZETİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Ticaret Kanunu m. 369’da belirtilen “şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetme yükümlülüğü” önemli temel bağlılık kuralıdır. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirketin menfaati için şirketi rekabet şartlarına uygun olarak yönetmesini ifade eder.¹²

Ayrıca, bu hüküm ile yönetim kurulu üyesinin ve yakınlarının menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi amaçlanmıştır.¹³ Ticaret Kanunu’nda yönetim kurulu üyesiyle şirket menfaatinin çatışmasının söz konusu olduğu hallerde çeşitli önlemler öngören hükümlere yer verilmiştir. Müzakereye katılma yasağını düzenleyen Ticaret Kanunu m. 393; yönetim kurulu üyelerinin bazı mali haklarının sadece esas sözleşme ve genel kurul kararıyla belirlenmesini öngören Ticaret Kanunu m. 394; şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağını düzenleyen Ticaret Kanunu m. 395 ve yönetim kurulu üyesi olunan şirketle aynı işletme konusuna giren işlerde rekabet etmeme yükümlülüğü getiren Ticaret Kanunu m. 396, bu tür önlemlere örnek olarak gösterilebilir.

IV. BAĞLI ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI

A. Genel Olarak

Yukarıda da bahsedildiği gibi, yönetim kurulu üyeleri şirketi idare ederken dürüstlük kuralı çerçevesinde şirket menfaatlerini gözetmeli ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmelidir. Fakat, şirketler topluluğu dahilindeki bir bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, çoğu zaman şirket menfaatini topluluk menfaatine feda ederek, yöneticisi bulundu-

¹² Ticaret Kanunu 369ncu madde gerekçesi

¹³ Ticaret Kanunu 369ncu madde gerekçesi

ğu şirketi kayba uğratacak kararlar vermek durumunda kalmaktadır.¹⁴ Eski Ticaret Kanunu düzeninde hakimiyet olgusu göz ardı edilerek, topluluk menfaatleri doğrultusunda hareket eden bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri hakkaniyete aykırı bir yaklaşımla sorumlu tutulmuştur. Örneğin, bir kararında Yargıtay, şirket başkanının emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden limited şirket müdürünü şirketi zarara uğrattığı gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir. Olayda limited şirket müdürü, şirketi zarara uğraticı işlemleri kişisel çıkarı için değil, şirket başkanının emir ve talimatları doğrultusunda yaptığını belirtmiş fakat Yargıtay, müdürün ortaklık sözleşmesi ve ortaklar kurulu kararlarıyla bağlı olduğunu ve şirkette pay sahipliği bulunmayan üçüncü kişinin talimatı çerçevesinde yaptığı zarar doğurucu gider ve işlemlerden bizzat sorumlu olacağını belirtmiştir.¹⁵ Bu ve benzeri durumlardaki yönetim kurulu üyelerine mahkemelerin yaklaşımı Ticaret Kanununun gerekçesinde şu şekilde eleştirilmiştir:

“Kanunlar, şirketler topluluğu olgusunu dikkate almadan, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu istisnasız düzenlemiş, hakim şirketin talimatlarına uyan yöneticileri sorumlu saymış, hatta, yargı onları tazminata mahkûm etmiştir. Haklılık temelinden yoksun bağımsız şirket dogmasına göre, bağlı şirketin yönetim kurulunun, bu şirketin menfaatini gözeterek karar alması gerekir; aksi halde sorumlu olur. Oysa, yavru şirketin yönetim kurulu, talimat altında çalışan, menfaatler çatıştığında, hemen daima hakim şirketin ve topluluğun menfaatlerini ön planda tutmak zorunda olan, aksi halde işini yitiren, hakim şirketin, topluluğun veya makro politikalar sebebiyle bir topluluk şirketinin yararına olup, kendi ortaklığının kaybı sonucunu doğuran kararlar veren bir organdır.”¹⁶

¹⁴ Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim – Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 237.

¹⁵ Y. 11. HD, 12.03.2002, E. 10309, K. 2256 (Gönen Eriş, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Seçkin Yayıncılık, C III, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 3591)

¹⁶ Ticaret Kanunu madde 195 ila 209ncu maddelere ilişkin genel gerekçe.

Gerekçede belirtilen bu sebepler üzerine, yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğüne ilişkin hükmün, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri lehine esnetilmesine olanak veren düzenlemeler yapılmıştır. Ticaret Kanununun 369/2nci maddesinde, “203 ilâ 205 inci madde hükümleri saklıdır” denilerek, tam hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda, hakim şirket talimatı sonucu bir kayba uğranılması halinde, özen ve bağlılık yükümlülüklerine aykırı hareket ettiklerinden bahisle bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.

Bunun dışında, Ticaret Kanunu m. 369/2’nin lafzı, kısmi hakimiyetin söz konusu olduğu hallerde hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirkete kayba neden olacak şekilde kullanmasını (Ticaret Kanunu m. 202) açıkça kapsamıyor gibi gözükse de, Ticaret Kanununun 202nci maddesinde düzenlenen denkleştirmeye ilişkin hükümlerden hakim şirket yöneltmesi sonucu uğranılan kayıp sebebiyle bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmasını engelleyecek düzenlemelerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

B. “Kayıp” Kavramı

Esas tartışmaya geçmeden önce “kayıp” kelimesinden ne anlaşılması gerektiğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun (Aktiengesetz) 311. paragrafında “nachteil” şeklinde belirtilen¹⁷ “kayıp” kavramı, gerekçede de açıklandığı üzere kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde seçilmiş olup, borçlar hukuku anlamındaki “zarar” dan farklı ve “zarar”ı da kapsayacak genişliktedir.¹⁸

Kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde ol-

¹⁷ Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun İngilizce çevirisinde “Nachteil” kavramı “disadvantage” olarak karşılık bulmuştur. Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-109100.pdf>

¹⁸ Ticaret Kanunu 202nci madde gerekçesi. Kayıp ve zarar kavramlarının farkı hakkında detaylı açıklama için bkz. Aslı E. Gürbüz Usluel, “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, MÜHF-HAD, C. 18, S. 2. Y. 2012, (281-307), s. 291 vd.

duğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilir.¹⁹ Örneklerle açıklamak gerekirse; bağılı şirketin kârını azaltmak veya başka bir şirkete aktarmak, bağılı şirkete kefalet, garanti benzeri sorumluluklar yüklemek, haklı bir sebep olmaksızın bağılı şirketin tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak ve benzeri haller kayıp olarak nitelendirilebilir.

C. Kısmi Hakimiyet Halinde Kayıp Sebebiyle Sorumluluk

1. Genel Olarak

Ticaret Kanunu m. 202 uyarınca, genel kural, hakim şirketin hakimiyetini bağılı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanmamasıdır. Her ne kadar tam hakimiyette tanındığı ölçüde bir talimat serbestisi söz konusu olmasa dahi, kısmi hakimiyet halinde de hakim şirketin belirli kararların uygulanması/uygulanmaması hususunda bağılı şirket yönetim kurulu üyelerini yöneltmesi mümkündür.

“Yöneltme” kavramı, öğretilerde, aktif bir fiille sevk etme, sebep olma, yol açma veya yönlendirme olarak nitelendirilmektedir.²⁰ Hakim şirket örneğinin, bağılı şirket yönetim kurulundaki oy gücünü kullanarak veya bağılı şirket yönetim kurulu üyelerinin üzerinde çeşitli baskı uygulamalarına giderek bağılı şirkette çeşitli kararların alınmasını sağlayabilir.²¹ Ticaret Kanunu m. 202/1-a’da hakim şirket yöneltmesinin uygulamada en sık karşılaşılan örnekleri sınırlı sayı prensibi olmadan sayılmıştır. Buna göre, hakim şirket bağılı şirketi, özellikle; (i) iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya, (ii) karını azaltmaya ya da aktarmaya, (iii) malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya, (iv) kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye, (v) ödemelerde bulunmaya, (vi) haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi ve-

¹⁹ Ticaret Kanunu 202nci madde gerekçesi

²⁰ Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, XII Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 271.

²¹ Ticaret Kanunu 202nci madde gerekçesi.

rimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya, (vii) açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul kıymet ihracı ve önemli esas sözleşme değişiklikleri kararı almaya yöneltmez.

Bağlı şirkette meydana gelen kayıp, hakim şirketin müdahalesiyle gerçekleşmiş olsa da, Ticaret Kanununun gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere bağlı şirket yöneticilerinin genel hükümlerden doğan sorumluluğu tam olarak ortadan kaldırılmamıştır.²² Buna karşılık, bazı koşulların sağlanması halinde, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulması mümkündür.

2. Denkleştirme ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluktan Kurtulması

Genel kuralın hakim şirketin bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde yönlendirmemesi olmasına rağmen, eğer uğranılan kayıp aynı faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilirse veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınırsa hukuka aykırılık giderilecek ve sorumluluk bertaraf edilecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere, kısmi hakimiyet halinde, tam hakimiyette olduğu gibi talimat serbestisi ve talimata uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin çeşitli değerlendirmeler yaparak denkleştirmenin kanuni süre içerisinde yapılıp yapılmayacağını tespit etmeleri lazımdır. Bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri tedbirli ve dürüst bir yönetici olarak kendi değerlendirmeleri sonucu kayba sebebiyet verecek işlemin aynı faaliyet yılı içerisinde denkleştirileceğine ilişkin bir sonuca varmış olmakla haklı görülebili-

²² Ticaret Kanunu 202nci madde gerekçesi: “Uygulamada, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, kendilerinin sorumluluğunu gerektirebileceğini düşündükleri için yapmaktan çekinecekleri bazı tasarrufları, yukarıdan gelen talimat nedeniyle yapmak zorunda kalabilmektedirler. Böyle bir durumda kalan yönetim kurulu üyesi, kanundan doğan sorumluluğunu bertaraf edemez.”

yorsa, denkleştirme yapılmasa dahi sorumluluğun söz konusu olmaması gerekmektedir.²³ Fakat, eğer bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin yapmış olduğu değerlendirmeler sonucu kayba sebebiyet verecek işlemin denkleştirilmeyeceği önceden öngörülüyorsa, hakim şirketten gelen yönlendirmeye uyulmaması gerekmektedir.²⁴ Bu durumda, eğer aynı faaliyet yılı içerisinde denkleştirme de yapılmazsa bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir.²⁵

3. Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sözleşme ile Sorumluluktan Kurtarılması

Kısmi hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasının ortaya çıkardığı kayıptan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmalarının engellenmesi amacıyla, Ticaret Kanunu 202/5'te bağlı şirket yöneticilerinin hakim şirket ile bir sözleşme yapmasına olanak tanınmıştır. İlgili maddede;

“Bağlı şirketin yöneticileri, bu madde [202] hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hakim teşebbüsten isteyebilir.”

denilmektedir. İki tarafa borç yükleyen bu tür bir sözleşmeyle, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri hukuk ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hakim şirketten gelen talimatları uygulayacağını, bunun karşılığında ise hakim şirket verdiği talimatlar sebebiyle doğacak sorumluluğa karşı bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini koruyacağını taahhüt etmektedir.²⁶ İlgili hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, yukarıdan gelen talimatlar nedeniyle şirkette kayba sebebiyet verecek işlemleri yapmak zorunda kalabilmektedirler. Kısmi hakimiyet halinde, talimat serbestisi ve buna uyma zorunluluğu tanınmadığı

²³ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 371.

²⁴ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 422.

²⁵ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 372.

²⁶ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 372.

için, böyle bir durumda kalan yönetim kurulu üyesi, kanundan doğan sorumluluğunu bertaraf edemez.²⁷ Şirketin kayba uğradığı gerekçesiyle alacaklılar ve grup dışı pay sahiplerinin bağlı yönetim kurulu üyelerine başvurusu mümkündür. Bu nedenle, bağlı şirket yönetim kurulu üyesinin, kendisine düşebilecek sorumluluğun hakim şirket tarafından karşılanması için hakim şirketle sözleşme yapması gerekmektedir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus, ilgili hükmün sadece bu tarz bir sözleşmenin geçerliliğini belirten bir hüküm mü olduğu yoksa, bağlı şirket yöneticilerine bu yönde bir istem hakkı tanıyan bir hüküm mü olduğudur. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Pulaşlı'ya göre TTK m. 202/5'in getiriliş amacı, bu tür sözleşmelerin hukuken "*meşru ve geçerli*" olduğunu hükme bağlamaktır.²⁸ Okutan Nilsson'a göre ise, Ticaret Kanunu m. 202/5'te bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine böyle bir hak tanınması, hakim şirkete sözleşme yapma zorunluluğu getirdiği anlamına gelmektedir.²⁹ Okutan Nilsson bu görüşünü, yasalasmadan önce Ticaret Kanununun geçirdiği değişikliklere ve 1/1138 esas ve 123 karar sayılı Adalet Alt Komisyon Raporuna dayanmaktadır.³⁰ Gerçekten de, 9.11.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısında yapılan değişiklik ve Adalet Alt Komisyonunun Raporu göz önüne alındığında, Ticaret Kanunu 202/5'in getiriliş amacının sadece tazmin sözleşmesinin geçerliliğini belirtmek olmadığı, bağlı şirket yöneticilerinden talep gelmesi halinde, hakim şirkete sözleşme yapma borcu yüklediği anlaşılmaktadır.

²⁷ Ticaret Kanunu 202nci madde gerekçesi.

²⁸ Pulaşlı, a.g.e., s. 336.

²⁹ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 373.

³⁰ Kasım 2005 yılında yayınlanan hükümetin teklif ettiği taslak Ticaret Kanununda, ilgili fıkra şu şekilde düzenlenmişti: "*Bağlı şirketin yöneticilerinin, yukarıdaki hükümler dolayısıyla pay sahipleri ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının sonuçlarının hakim şirket tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşme geçerlidir.*" (Bknz. 9.11.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (<http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> adresinden 2 Ekim 2015 tarihinde erişilmiştir)).

Adalet Alt Komisyonunun kabul ettiği metinde, Ticaret Kanunu m. 202/5'in değiştirilmiş ve bunun sebebi 1/1138 esas ve 123 karar sayılı Adalet Komisyonu Raporunda şu şekilde belirtilmiştir: "*Maddenin beşinci fıkrasında yapılan değişiklik ile bağlı şirketin yöneticilerinin sorumluluktan kurtarılmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliğinin belirtilmesi yerine yöneticilere bu yolda bir istem hakkının tanınmasının amaca daha uygun olacağı düşünülmüştür.*" (Bknz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) (S. Sayısı: 96), s. 479 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> adresinden 2 Ekim 2015 tarihinde erişilmiştir)).

D. Tam Hakimiyet Halinde Kayıp Sebebiyle Sorumluluk

1. Genel Olarak

Ticaret Kanunu m. 203 uyarınca, tam hakimiyetin varlığında, hakim şirket topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kayba sebebiyet verebilecek nitelik taşıyıcılar bile bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Fakat, bu talimatlar bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek veya önemli malvarlıklarını kaybetmesine sebebiyet verebilecek nitelikte olmamalıdır.

2. Talimat Serbestisinin Şartları

Talimat serbestisinin varlığından söz edebilmek için aşağıda açıklanan üç adet şartın sağlanması gerekmektedir.

a. Tam Hakimiyetin Varlığı

Talimat serbestisinin uygulanabilmesi için, hakim şirketin, bağlı şirketin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne yani tamamına sahip olması gerekmektedir.

b. Talimatın Topluluğun Belirlenmiş ve Somut Politikalarının Gereği Olması

Ticaret Kanunu m. 203'ün gerekçesinde “belirlenmiş ve somut topluluk politikası” kavramı ile ilgili olarak 4 Şubat 1985 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesinin vermiş olduğu Rozenblum Kararına atıf yapılmıştır.³¹ Böylece, Rozenblum Kararı “belirlenmiş ve somut topluluk politikası”ndan anlaşılması gerekenin ne olduğunun tespitinde büyük öneme sahiptir.

³¹ Kararın bir kısmının çevirisi için bkz. Müge Tekil, “Fransız Ticaret Mahkemesinin “Rozenblum” Kararı ve Grup Çıkarı Kavramı”, HPD 2005, S. 3, s. 214-216.

Fransız Ticaret Kanunu (*Code de commerce*) uyarınca, anonim ve limited şirket yöneticilerinin kötü niyetle, şirket mal ve kredilerini, şirket çıkarına aykırı olduğunu bilerek, kendi kişisel çıkarları veya doğrudan yahut dolaylı olarak ilgili bulundukları diğer bir şirket veya işletmeye çıkar sağlamak amacıyla kullanmaları, “şirket malvarlığının suistimali” (*abus de biens sociaux*) olarak anılmakta ve hapis ve para cezasıyla cezalandırılmaktadır.³² Fransız Yüksek Mahkemesi konusu şirket malvarlığının suistimali olan Rozenblum Kararında, topluluk menfaati ile şirket menfaati arasında bir denge kurarak, bağlı şirketin malvarlığının topluluk menfaati yönünde kullanılmasının bazı şartlar dahilinde kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir.³³

Şirket malvarlığının topluluk menfaatleri doğrultusunda kullanılması için öncelikle, hukuki, mali ve ekonomik açıdan yeterince yapılandırılmış bir şirketler topluluğunun varlığı gerekmektedir.³⁴ İkinci koşul, bir topluluk politikasının varlığına işaret etmektedir.³⁵ Rozenblum Kararında belirtilen son koşul ise, bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek derecede aşırı bir mali yükümlülük altına sokulmaması ve bağlı şirket tarafından sağlanan fedakarlıkların uzun vadede de olsa dengelenmesine (denkleştirilmesi) ilişkin koşuldur.³⁶

Rozenblum Kararında, Ticaret Kanunu m. 203 açısından önem taşıyan ve gerekçede de atıf yapılan asıl husus “topluluk politikası”na ilişkin yapılan açıklamalardır. Rozenblum Kararında belirtildiği üzere, topluluk politikası, sadece hakim şirketin menfaatinin gözetildiği değil, grup olarak bütünün menfaatinin gözetildiği ve topluluğun gelişimi

³² Tekil, a.g.m., s. 213.

³³ Forum Europaeum Corporate Group Law, “Corporate Group Law for Europe”, EBOR, C. 1, S. 2, Nisan 2000, s. 198

³⁴ Tekil, a.g.m., s. 216; Forum Europaeum Corporate Group Law, a.g.m., s. 198; Tulu Harsa, Şirketler Topluluklarında Tek Elden Yönetim ve Hakim Şirketin Tek Elden Yönetimden Kaynaklanan Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi SBE, Özel Hukuk ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 41, dn. 135

³⁵ Tekil, a.g.m., s. 216; Forum Europaeum Corporate Group Law, a.g.m., s. 199; Harsa, a.g.e., s. 41, dn. 135.

³⁶ Tekil, a.g.m., s. 217; Forum Europaeum Corporate Group Law, a.g.m., s. 201; Harsa, a.g.e., s. 41, dn. 135.

için grup dahilindeki bütün şirketlerin ticari faaliyetlerinin belirlendiği ve koordine edildiği bir politikadır.³⁷ Topluluk içi çeşitli iş ve işlemlerin orta ve uzun vadeli hedeflerle uyumlu olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hakim şirketin kendini sırf bağlı şirketlerden gelen anlık talepler doğrultusunda hareket etme şeklinde kısıtlaması (örneğin likiditenin sağlanması amacıyla bir grup şirketinden diğerine para aktarımı) bir topluluk politikasının varlığı için yeterli değildir.³⁸ Gerekçede de bu husus vurgulanarak günlük gereksinimler uyarınca verilen talimatların, talimat serbestisinin kapsamında olmadığı ifade edilmiştir.³⁹

Topluluğun belirlenmiş somut politikalarının tespitinde somut olaya bakılmalıdır. Genel kurul kararları, yönetim kurulu kararları ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporlarında belirlenen hedefler bu açıdan yol gösterici olabilir.⁴⁰

c. Talimatın Bağlı Şirketin Varlığını Tehlikeye Düşürecek Nitelikte Olmaması

Ticaret Kanununun 204ncü maddesi uyarınca, talimatın bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürecek veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu sınırlama ile alacaklıların korunması amaçlanmaktadır. Çünkü, bağlı şirketi iflasa sürükleyecek nitelikteki bir talimatın uygulanması halinde şirket alacaklılarının alacak hakları tehlikeye düşecektir.⁴¹ Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus, bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek nitelikteki bir talimatın denkleştirmeyle hukuka uygun hale getirilip getirilemeyeceğidir. Denkleştirmeye ilişkin Ticaret Ka-

³⁷ Tekil, a.g.m., s. 216.

³⁸ Forum Europaeum Corporate Group Law, a.g.m., s. 200.

³⁹ Ticaret Kanunu 203nci madde gerekçesi.

⁴⁰ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 425-426. Ayrıca, Fransız Temyiz Mahkemesinin 23.04.1991 tarihli bir kararında da yönetim kurulu ve genel kurul kararlarının grup politikasının tespitinde olan önemi vurgulanmıştır. (Tekil, a.g.m. s. 217; Forum Europaeum Corporate Group Law, a.g.m., s., 200)

⁴¹ Okutan Nilsson, eğer talimat sonucu bağlı şirketin önemli varlıklarını kaybetmesi alacaklıların durumunu tehlikeye düşürmüyorsa, bu hususun da talimat serbestisi içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. (bkz. Okutan Nilsson, a.g.e., s. 426.)

nunu hükümlerinin lafzından bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek nitelikteki uygulamaların denkleştirmeye dahi hukuka uygun hale getirilemeyeceği anlaşılmaktadır.⁴² Kısaca açıklamak gerekirse, Ticaret Kanunu m. 206/1 hükmünden⁴³, sadece serbesti kapsamında verilmiş talimatlardan doğan kayıplar için denkleştirme yapılabileceği anlaşılmaktadır.

3. Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Talimata Uyma Zorunluluğu

Ticaret Kanunu m. 203 uyarınca, yukarıda belirtilen şartlara uygun olarak verilen talimatlara bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin uyması zorunludur. Bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek nitelikte bir talimatın uygulanması ise, talimat serbestisi kapsamında değerlendirilmediğinden, bağlı yönetim kurulu üyelerinin bu tür talimatlara uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu tür talimatlara uyulması halinde bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri sorumluluklarını bertaraf edemeyecektir. Bu husus Ticaret Kanunu 204ncü madde gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir:

“Bu madde [Ticaret Kanunu m. 204], iki yönden 203 üncü maddenin istisnasını oluşturur. Hüküm (1) talimata uyulma gereğinin (2) uyulmuşsa yönetim kurulu üyelerinin sorumsuzluğunun istisnasıdır. Başka bir deyişle yönetim kurulu 204 üncü maddeye rağmen bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıkların yitirilmesine sebep olabilecek talimata uymuşsa 205 inci maddeye dayanamaz.”

Sonuç olarak, Ticaret Kanunu m. 204 hükmü emredici bir hukuk kuralı olduğundan,⁴⁴ bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek bir tali-

⁴² Aynı yönde bkz. Zühtü Aytaç, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, Batider, C.29, S.4, 2013, (5-56) s. 32; Gürbüz Usluel, a.g.m., s. 303.

⁴³ Ticaret Kanunu madde 206/1: “Hakim şirket ve yöneticilerinin,[Ticaret Kanunu] 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hakim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler. [...]”

⁴⁴ Hasan Pulaşlı, a.g.e., s.340

matın uygulanması korunmayacaktır ve talimatı uygulayan bağlı yönetim kurulu üyeleri şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu olacaktır.

4. Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluktan Kurtulması

Ticaret Kanunu m. 205'te, hakim şirket talimatına uyan bağlı yönetim kurulu üyelerinin şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Mantıklı olan da budur, zira tam hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda bağlı şirkette menfaati korunacak bir grup dışı pay sahibi bulunmamaktadır.⁴⁵

Burada dikkat çekilmesi gereken nokta, ilgili maddede bağlı şirket alacaklıları açısından bir sorumsuzluk hükmünün öngörülmemiş olmasıdır. Öte yandan, kaybın aynı faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmemesi halinde Ticaret Kanunu m. 206 uyarınca alacaklılara hakim şirket ve hakim şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma hakkı tanınmıştır, fakat burada da, talimatı uygulayan bağlı yönetim kurulu üyelerine karşı bir davadan söz edilmemiştir. Bu durumda, şirkette kayba sebebiyet veren talimatı uygulayan bağlı yönetim kurulu üyeleri eğer tedbirli ve dürüst yönetici olmanın gereği olarak yaptıkları değerlendirmeler neticesinde talimat sonucu uğranılan kaybın denkleştirileceğine ilişkin bir sonuca ulaşmakta haklı iseler, alacaklılara karşı sorumlu tutulmamaları gerekmektedir.⁴⁶

Kısmi hakimiyet halinde bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sözleşme ile sorumluluktan kurtarılmasına ilişkin Ticaret Kanunu 202/5 hükmü açıklanmıştır.⁴⁷ Fakat, tam hakimiyetin düzenlendiği Ticaret Kanunu m. 203 ve devamı maddelerinde bu tür bir tazmin sözleşmesinden söz edilmemiştir. Sorumluluğun hakim şirket tarafından tazminine

⁴⁵ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 367.

⁴⁶ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 430.

⁴⁷ Bknz. yukarıda IV/C/3

ilişkin sözleşme yapma hakkını düzenleyen Ticaret Kanunu m. 202/5 hükmünün, tam hakimiyet halinde de kıyasen uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır.⁴⁸

V. SONUÇ

6762 sayılı Kanun düzenlemesinde, uygulama gerçekleri göz ardı edilerek yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümü oldukça katı bir şekilde düzenlenmiş ve hakimiyet ilişkisi içerisinde hareket eden bağlı şirket yöneticileri kayba sebebiyet veren kararlardan dolayı tazminata mahkum edilmiştir. Ticaret Kanunuyla beraber, bu anlayış terk edilmiş ve gerek tam hakimiyet gerekse kısmi hakimiyet halinde, hakim şirket talimatı/yöneltilmesiyle hareket eden bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu bertaraf edebilmesine imkan tanınmıştır.

Kısmi hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda eğer, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri tedbirli ve özenli bir yöneticinin özeniyle yaptıkları değerlendirme sonucu, hakim şirketin yöneltilmesinden dolayı uğranılan kaybın aynı faaliyet yılı içerisinde denkleştirileceğini öngörmekte makul iseler, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Ayrıca, bağlı şirket yöneticileri ve hakim şirket yapacağı bir tazmin sözleşmesiyle, kayıp sebebiyle bağlı şirket yöneticilerinin uğradığı zararların hakim şirket tarafından karşılanması kararlaştırılabilir.

Tam hakimiyet halinde ise, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin, belirlenmiş ve somut topluluk politikalarına uygun olarak verilen ve bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürmeyecek nitelikteki talimatların uygulanması sonucu şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Talimat serbestisi kapsamında verilmiş talimatı uygulayan bağlı yönetim kurulu üyeleri tedbirli ve dürüst yönetici olmanın gereği olarak yaptıkları değerlendirmeler neticesinde talimat sonucu uğranılan kaybın denkleştirileceği sonucuna ulaşmakta makul iseler, alacaklılara

⁴⁸ Okutan Nilsson, a.g.e., s. 430.

karşı da sorumlu tutulmamalıdır. Ayrıca, Ticaret Kanunu m. 202/5'te belirtilen tazmin sözleşmesine ilişkin hükmün kıyas yoluyla tam hakimiyet halinde de uygulanması mümkündür. Böylece, kayıp sebebiyle bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu hakim şirket tarafından üstlenilecektir.

KAYNAKÇA

AYAN, Özge. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013.

AYTAÇ, Zühtü. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, Batider, C.29, S.4, 2013, s. 5-56.

ERİŞ, Gönen. Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Seçkin Yayıncılık, C III, 2. Baskı, Ankara 2010.

FORUM EUROPAEUM CORPORATE GROUP LAW, “Corporate Group Law for Europe”, EBOR, C. 1, S. 2, Nisan 2000, s. 165-264.

GÖKTÜRK, Kürşat. “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C.2, S.2, s. 207-246.

GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E. “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, MÜHF-HAD, C. 18, S. 2. Y. 2012, s. 281-307.

HARSA, Tulu. Şirketler Topluluklarında Tek Elden Yönetim ve Hakim Şirketin Tek Elden Yönetimden Kaynaklanan Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi SBE, Özel Hukuk ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

İMREGÜN, Oğuz. Anonim Ortaklıklar, Kutulmuş Matbası, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1970.

KERVANKIRAN, Emrullah. “Alman Hukuku’nda Business Judgement Rule’nin Kodifikasyonu – Türk Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme,” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 249-263.

OKUTAN NİLSSON, Gül. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, XII Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2009.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin. Ortaklıklar Hukuku 1. Cilt, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1975.

PULAŞLI, Hasan. Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Adalet Yayınevi, Değişiklikler ve İkincil Mevzuat Düzenlemeleriyle Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

TEKİL, Müge. “Fransız Ticaret Mahkemesinin ‘Rozenblum’ Kararı ve Grup Çıkartı Kavramı”, HPD 2005, S. 3, s. 213-217.

TEKİNALP, Ünal. “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim – Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 227-253.

TEKİNALP, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2013.

MAKALELER

TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİ

▪ Av. İbrahim TUNÇOL

Özet: Türk Hukukunda, daha önceleri pozitif olarak düzenlenmediği için acentenin denkleştirme istemi konusundaki boşluk doktrindeki görüşler ve Yargıtay'ın kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak TTK m. 122 ile acentenin denkleştirme istemi yasal düzenlenmeye kavuşmuştur. Acentelik sözleşmesi süresince acentenin faaliyet ve çabasıyla oluşturulan müşteri çevresinden fayda sağlayan müvekkil, sözleşme sona erdikten sonra da bu çevreden yararlanmaya ve kazanç elde etmeye devam eder. Denkleştirme istemi de bu yarar karşılığında acenteye ödenen karşılığı ifade eder. Bizde bu çalışmamızda acentenin denkleştirme istemi müessesesini incelemeye çalıştık.

Anahtar Sözcükler: Acente, Acentelik Sözleşmesi, Denkleştirme İstemi, Türk Ticaret Kanunu

Abstract: Agent's indemnity claim had not been positively regulated previously, the lacunae tried to be filled with doctrine and Resolutions. With the article 122 of TCC, agent's indemnity claim reached a general legal regulation. Principal derives benefit from the customer portfolio formed by the effort and activity of agency during the term of contract and continues to make profit and derive benefit from these connections after the termination. The indemnity claim signifies the payment in return of this benefit. In this study, we tried to exhaust the agent's indemnity claim conception.

Key Words: Agent, Agency Contract, Indemnity Claim, Turkish Commercial Code

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ACENTELİK SÖZLEŞMESİ

I. TANIM VE UNSURLAR

A. Tanım

Türk Ticaret Kanunu'nun 102. maddesine göre; *“Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.”* Ancak daha kısa bir tanımla, acente¹ müvekkili ad ve hesabına sürekli olarak sözleşmeler akdeden veya sözleşmelere aracılık eden, gerçek veya tüzel kişi olabilen bağımsız bir tacir yardımcısıdır.

Acente, genellikle üretici veya sağlayıcı olan müvekkili ile arasında akdedilen ve sürekli borç ilişkisi tesis eden bir sözleşme uyarınca (acentelik sözleşmesi), belirli bir yer veya bölge içinde, daimi surette ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin müvekkili tacir ile üçüncü kişi müşteri arasında kurulmasında aracılık eder veya bu sözleşmeleri müvekkilin nam ve hesabına yapar.²

¹ Bazı yazarlar tarafından, kavram “*acenta*” olarak kullanılmaktadır. (Franko, Nisim; Acentanın Ücret Hakkı-Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1995, s. 164, Tekinay, Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıpar, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 171, Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvaci, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün; Ticari İşletme Hukuku, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 623) Bazı yazarlar ise acente terimini kullanılmaktadır. (Eriş, Gönen; Açıklamalı İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt:1, Gözden Geçirilerek Güncellenmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 1271, Baştuğ, İrfan/ Erdem, Ercüment; Ticari İşletme Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 166, Kınacıoğlu, Naci; Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1963, s. 8) 6102 sayılı TTK m. 102 vd. hükümlerinde, “*acente*” terimi kullanılmıştır. Bu sebeple, Kanundaki terminolojiye uygun olarak, çalışmamızda “*acente*” teriminin kullanılması uygun görülmüştür.

² Kaya, Arslan; Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 4.

B. Unsurlar

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan tanım uyarınca acentelik ilişkisinin söz konusu olabilmesi için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; bağımsızlık, süreklilik, meslek edinme, sözleşmelere aracılık etme veya sözleşme akdetme ile müvekkil ad ve hesabına hareket etme şeklinde sayılabilir.

Gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilen acente tacirin bağımsız yardımcılardanıdır.³ Acentenin bağımsız olması, ticari mümessil veya ticari vekilden farklı olarak, tacire tabi olmamasını; yani ticari işletmenin bünyesinde, tacirden emir ve talimat alarak, doğrudan müvekkilin gözetim ve denetiminde olacak biçimde bir görev üstlenmemiş olmasını ifade etmektedir.⁴ Acentenin kendi faaliyetine önemli ölçüde kendisinin karar vermesi ve müvekkilden bağımsız karar alabilme yeteneği, bağımsızlık unsurunda öne çıkan özelliklerdir⁵. Bağımsızlık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özellikleri incelenerek tespit edilmelidir. Bu tespit, acentenin faaliyetinin yeri ve zamanı, faaliyetin içeriği, acentenin işletme rizikolarını taşıyıp taşımadığı, sermaye koyup koymadığı, acentenin müvekkilin işletmesine dahil olup olmadığı, bu işletme ile bütünleşip bütünleşmediği, acentenin fazla çalışma ücreti alıp almadığı, önceden belirlenmiş çalışma saatlerinin var olup olmadığı gibi kriterler belirleyici rol oynar. Bağımsızlık unsuruna ilişkin diğer bir ölçüt de acentenin vergi yükümlüsü olup olmamasıdır. Belirtmekte fayda vardır ki; müvekkilin acenteye, faaliyet gösterdiği piyasa şartlarına uygun hareket etmesi yönündeki talimatı bağımsızlık unsurunu etkilemez.⁶

Süreklilik unsurundan, acentenin müvekkil ad ve hesabına bir veya birkaç aracılık faaliyeti ya da sözleşme akdetme ile sınırlı olmaksızın,

³ Deryal, Yahya; Ticaret Hukuku, Geliştirilmiş 6. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon, 2002, s. 76.

⁴ A. Kaya, s. 5.

⁵ Ayan, Özge; Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 20.

⁶ Ayhan, Rıza/ Özdamar, Mehmet/Çağla, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yenilenmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 314.

sürekli bir şekilde faaliyette bulunması anlaşılır. Acente, müvekkilin ticari işletmesini ilgilendiren sözleşmelerin yapılması hususunda sürekli şekilde aracılıkta bulunur, daha açık bir anlatımla, acente müvekkilinin sözleşme yapacağı kişileri bulur ve bunları sözleşme ilişkisine girmeye yönlendirir.⁷

Acentelik ilişkisinden söz edebilmek için başkası namına aracılık veya sözleşme yapan kişinin bu uğraşı meslek edinmiş olması gerekmektedir. Acentenin, acenteliği meslek edinmesi süreklilik unsurunun da doğal bir sonucudur.⁸

Aracılık veya akit yapma, süreklilik arz eden sözleşme ilişkisi içinde acentenin karakteristik edimini oluşturur.⁹ Başkası adına ve hesabına faaliyette bulunma unsurunun gerçekleşmesi için, acentenin aracılık ve sözleşme kurma faaliyetini müvekkili adına yürütmesi gerekir. Acente aracılık ettiği sözleşmenin tarafı olamaz.¹⁰ Acentenin müvekkili adına ve hesabına sözleşme yapması, yazılı olarak verilen özel bir yetkilendirme ile mümkündür. Bu şekilde özel yetki verilen acentenin yaptığı sözleşmeler, müvekkili bağlar. Acentenin, sözleşme yapma konusunda yetkili kılınmamış olmasına rağmen müvekkili adına bir sözleşme ilişkisine girdiği hallerde, müvekkil sözleşmenin yapıldığını öğrenir öğrenmez sözleşmeye icazet verdiğini üçüncü kişiye bildirebilir. İcazet verilmezse, acente yaptığı sözleşmeden bizzat sorumlu olur.¹¹

Bir ilişkinin, acente ilişkisi olarak adlandırılabilmesi için tüm bu unsurların o ilişkide bulunması gerekir. Tarafların bu unsurları bulunmayan bir sözleşmeyi, acentelik sözleşmesi olarak nitelemesi veya bu unsurları taşıyan bir sözleşmenin farklı isimlendirilmesi sonucu değiştirmez. Zira sözleşmenin hukuki niteliği hakkında değerlendirme yapma

⁷ Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 202.

⁸ A. Kaya, s. 8, Ayhan/Özdamar/Çağla, s. 315, Arkan, s. 203, Kınacıoğlu, ss. 17-19.

⁹ A. Kaya, s. 9.

¹⁰ Ayan, s. 21.

¹¹ Arkan, s. 202.

yetkisi, hukukun uygulanması ile ilgili ilkeye değinen Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 33 uyarınca hakime aittir.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk hukukunda acentelik, vekalet sözleşmesinin özel çeşitleri arasında değil, Türk Ticaret Kanunu'nda, ticari işletmeye ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir. Acentelik sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurar.¹² Bu konuda, "Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır." ifadesine yer veren TTK m. 122/5 hükmünden de acenteliğin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu sonucu çıkmaktadır. Tarafların asli yükümlülüklerinin ifası bir anda değil, sözleşme süresince gerçekleşir.¹³

Acentelik sözleşmesi, asli edim yükümü bakımından değerlendirildiğinde, işgörme sözleşmeleri arasına girdiği görülmektedir.¹⁴ Acentelik sözleşmesinin hizmet sözleşmesine benzediği söylenebilir. Ancak acentenin ücret alacağını, aracılık ettiği işlerden kaynaklanması ve bunun başarı esasına bağlı olması, acentenin bağımsız bir tacir olması, iş saatlerini ve yanında çalışan kişileri belirleme özgürlüğünün bulunması, acentelik sözleşmesini iş sözleşmesinden uzaklaştırır.¹⁵

Acentelik sözleşmesinde vekalet sözleşmesine ilişkin unsurlara da rastlanır. Vekalet sözleşmesindeki vekilin sözleşme çerçevesinde kendine yüklenen işin idaresini veya yapmayı taahhüt ettiği hizmeti yerine getirmeyi borçlanması, vekilin müvekkili adına hukuki işlemlerde bulun-

¹² Kınacıoğlu, s. 34.

¹³ Havutçu, Ayşe; Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995, s. 142.

¹⁴ Dönmez, Onur, Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 14.

¹⁵ Tandoğan, Haluk; Tek Satıcılık Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1982, (Tek Satıcılık), Cilt:XI, Sayı:4, s. 11, Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:I/I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, (Özel Borç İlişkileri), s. 207, Kınacıoğlu, s. 38.

ması, vekilin işin rizikosunu üstlenmemesi, vekilin özen ve sadakat borçlarının bulunması benzerlik gösteren yönlerdir. Ancak vekalet ilişkisinin çoğu zaman geçici nitelik taşıması ve belirli bir işi yerine getirmekle sınırlı olması, müvekkilin vekilin üstlendiği işi yerine getirirken yaptığı masrafları üstlenmesi, vekilin müvekkile karşı bağımsızlığının çok sınırlı olması gibi özellikler ise vekalet sözleşmesi ile acentelik sözleşmesinin farklılaştığı noktalardır.¹⁶

Acentelik sözleşmesi, temsil ilişkisine ait birçok unsuru da bünyesinde barındırmaktadır. Acentelik sözleşmesi, müvekkilin acenteye kendi ad ve hesabına sözleşmelere aracılık etme veya sözleşme akdetme yetkisi vermesi ile kurulur. Bu yetki doğrudan temsil ilişkisinin bir yansımasıdır. Ancak acentelik sözleşmesi, temsil ilişkisinden bazı noktalarda farklılık gösterir. Temsil yetkisi tek taraflı irade beyanı ile verilebilirken acentelik sözleşmesinin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. Yine temsil ilişkisi dolaylı olarak da kurulabilirken acentelik sözleşmesinde dolaylı temsil olmaz.¹⁷ Acentelik sözleşmesinin, temsil ilişkisi, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin çeşitli unsurlarını içinde barındıran bir sözleşme olduğu söylenebilir.

III. ŞEKİL

Hukukumuzda Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 12. maddesi uyarınca borç doğuran sözleşmelerde şekil serbestisi prensibi hakimdir.¹⁸ Buna göre, kanunda bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması gereğine ilişkin herhangi bir hüküm yoksa taraflar bu sözleşmeyi istedikleri şekilde yapabilirler. Türk Ticaret Kanunu'nda da acentelik sözleşmesinin ne şekilde yapılacağına ilişkin herhangi bir geçerlilik şartı belirtilmemiştir. Bu itibarla, taraflar acentelik sözleşmesini istedikleri şekilde yapmakta serbesttirler. Bu bakımdan acentelik sözleşmesinin açık veya

¹⁶ Ayan, s. 27.

¹⁷ Ayan, s. 28.

¹⁸ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 239.

örtülü olarak akdedilmesi mümkündür.¹⁹ Ancak sözleşmenin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı olmasa da yazılı şeklin ispat şartı açısından taşıdığı önem nedeniyle, uygulamada çoğunlukla acentelik sözleşmesi yazılı yapılmaktadır.²⁰

Ayrıca TTK m. 107/1'de yer alan, “Özel ve yazılı bir yetki almadan acente, müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkili değildir.” hükmü gereğince, sözleşme yapma yetkisi veren acentelik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği dikkate alınmalıdır.

IV. TÜRLERİ

Acentelik sözleşmesi aracılık faaliyetinin konusuna, tarafların durumuna, acentenin yetkilerine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir.

Acentelik sözleşmesi, aracılık faaliyetinin konusuna göre; mal acenteliği, sigorta acenteliği, seyahat acenteliği, tarafların hak ve yükümlülüklerine göre ise; aracı acente, sözleşme yapan acente, tek firma acentesi, çok firmalı acente, bölge acentesi, alt acente gibi çok farklı ayrımlara tabi tutulabilir.²¹

Aracı acentenin görevi sözleşme yaptığı ticari işletmeye müşteri sağlamak, alıcı ve satıcıyı bir araya getirmek ve böylece müşteri ile müvekkil arasında sözleşme yapılmasını gerçekleştirmek, aracılık yapmaktır.²² Müvekkili tacirin sözleşme yapacağı kişileri bulup, onları sözleşme şartları konusunda bilgilendirip, tacir ile sözleşme yapmaya yönelten aracı acentenin müvekkili adına imza yetkisi bulunmamaktadır.²³

¹⁹ Kınacıoğlu, s. 34.

²⁰ Çeker, Mustafa; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana, 2012, s. 88.

²¹ Ayan, s. 28.

²² Ayhan/Özdamar/Çağla, s. 317.

²³ Deryal, s. 80.

Sözleşme yapan acenteler müvekkilin kendilerine özel olarak ve yazılı bir şekilde verdikleri sözleşme yapma yetkisine dayanarak, müvekkil ad ve hesabına sözleşme kurarlar.²⁴ Her iki tür acente de müvekkille olan iç ilişkilerinde, müvekkil yararına ticari ilişkilerin oluşmasına çaba gösterme yükümlülüğü altındadır. Sözleşme yapan acente kendisine verilen temsil yetkisi sayesinde, dış ilişkide üçüncü kişilerle sözleşmelere aracılık ederek, müvekkili ad ve hesabına sözleşme akdetme yetkisine sahiptir. Aracı acente ise müşterilerin tekliflerini alır ve müvekkile iletir. Aracı acenteye, ilk önce Kanunun acentelik ile ilgili hükümleri, boşluk bulunması halinde ise Türk Borçlar Kanunu'nun simsarlık sözleşmesi hükümleri (TBK m. 520-525) uygulanır. Sözleşme yapan acentelere ise ilk önce Kanunun acentelik ile ilgili hükümleri, boşluk halinde ise komisyon hükümleri (TBK m. 532-546) ve bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde vekalet hükümleri (TBK m. 502-514) uygulanır.

V. TARAFLARIN BORÇLARI VE HAKLARI

A. Acentenin Borçları ve Hakları

1. Acentenin Borçları

Acentenin borçları Türk Ticaret Kanunu'nun 109-112. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Acentenin borçları; müvekkil adına aracılık etme ve/veya sözleşme yapma yükümlülüğü, haber verme yükümlülüğü, müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğü, sadakat ve doğruluk yükümlülüğü ile önleyici tedbirleri alma yükümlülüğü olarak sıralanabilir. Bunların dışında, acentelik sözleşmesi ile tahsil yükümlülüğü, depo hizmeti verme yükümlülüğü, servis hizmeti verme yükümlülüğü, raf bakımı yapma yükümlülüğü gibi başkaca yükümlülükler de kararlaştırılabilir.²⁵

²⁴ Ayan, s. 29.

²⁵ Ayan, s. 23.

TTK m. 109/1 uyarınca, acente, sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde, müvekkilinin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Sözleşmede özel olarak gösterilmedikçe, acente belli süre içinde belli sayıda aracılık faaliyetinde bulunmak ya da sözleşme yapmakla yükümlü değildir.²⁶ Onun borcu, aracılık veya sözleşme yapılması hususunda çaba göstermekten ibarettir.²⁷ Sözleşme ile acentenin, müvekkilin hangi tür faaliyetlerine ya da hangi vasıftaki müşterilerine yönelik sözleşmelere aracılık yapacağı veya bunları onun ad ve hesabına gerçekleştireceği belirlenebileceği gibi, işlem hacmi konusunda da bir oran ya da miktar gösterilebilir.²⁸

Acente, aracılık ya da sözleşme yapma görevini kural olarak bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Acente faaliyet gösterdiği konuda piyasada oluşan şartları gözlemlemeli, başkaca sürüm imkanlarını araştırıp değişik müşterilerle ilişki kurmaya çaba göstermeli, bunun yanı sıra bütün müşterilerinin liyakati hakkında bilgi edinmeli yani sözleşme yapacağı kişileri seçerken özenle hareket etmeli, müşterilerinin ödeme gücünü araştırmalı ve gerektiği taktirde bütün bu bilgi birikimini müvekkiline de bildirmelidir.²⁹ Acente tacir olması nedeniyle de basiretli bir iş adamı gibi acentelik görevini yerine getirmelidir.³⁰ Acentenin üstlendiği borcu yerine getirirken, bu işi yerine getirebilecek diğer acentelerden beklenen tüm ihtimamı göstermekle yükümlüdür.³¹ Acente, yapmış olduğu faaliyeti için hiç özen göstermemesinden ya da eksik özen göstermesinden dolayı tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır; bu durum aynı zamanda müvekkiline acentelik sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmek hakkını da verecektir.³²

²⁶ Çeker, s. 94, A. Kaya, s. 110.

²⁷ Arkan, s. 207.

²⁸ Cengiz, Ali; Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2011, s. 150.

²⁹ Kayıhan, Şaban; Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 97.

³⁰ Eriş, s. 1315.

³¹ Dönmez, s. 34.

³² Kayıhan, s. 100.

TTK m. 109/2 uyarınca acente, müvekkili adına elinde bulundurduğu malları korumak zorundadır. Aksi halde bu malların uğrayacağı zararlardan, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe sorumlu tutulur. TTK m. 109/2 hükmü, borçlunun sorumluluğunu düzenleyen ve kusur karinesi esasına dayanan TBK m. 112 hükmüne paralel olarak düzenlenmiştir. Buna göre kusursuzluğu ispat yükü acentenin üzerindedir ve ancak kusursuz olduğunu ispat ederse tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir.³³ Bu halde kusursuzluğunu ispat bakımından acentenin basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü önem arz eder.³⁴

Acente, üçüncü kişilerin kabule yetkili olduğu beyanlarını, bölgesindeki piyasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları ona zamanında bildirmek zorundadır.³⁵ (TTK m. 110) Acentenin haber verme yükümlülüğü, sadece olay ve olguların zamanında bildirilmesini kapsar. Acentenin bu noktada ayrıca bir değerlendirme, yönlendirme, danışmanlık ve verilen bilgilere bağlı garanti sorumluluğu yoktur.³⁶ Müvekkil tek yanlı olarak vereceği talimatlarla acentenin haber verme borcunun kapsamını genişletemez.³⁷ Acente, müvekkili tacirin bağımsız yardımcısıdır. Dolayısıyla müvekkil, acenteye ancak onun bu niteliğine ters düşmeyecek şekilde talimat verebilir. Acente, müvekkilin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebilir.³⁸ Ancak, işin acele nitelik taşıması nedeniyle durum müvekkilinden talimat almaya müsait olmazsa veya acente en yararlı şartlar çerçevesinde harekete yetkiliyse, basiretli bir tacir gibi kendi görüşüne göre işlemi yapar.³⁹

³³ Dönmez, s. 36.

³⁴ A. Kaya, s. 111.

³⁵ Kınacıoğlu, s. 42.

³⁶ A. Kaya, s. 118.

³⁷ Kınacıoğlu, s. 42.

³⁸ Eriş, s. 1317.

³⁹ Karahan Sami; Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s. 306.

Acente ile müvekkili arasındaki sözleşmenin güvene dayanan sürekli bir sözleşme olmasının tabii sonucu olarak acente, müvekkiline karşı sadakat yükümlüsüdür. Bu bağlamda acentenin, müvekkilinden gelen ve kendisinin bağımsız tacir yardımcısı sıfatı ile çelişmeyen, bağımsızlığını zedelemeyen tavsiyelere uyması gerekir. Acentenin sadakat yükümlülüğünün bir diğer tabii sonucu da ticari sırların, iş ve fabrika sırlarının muhafazası yükümlülüğüdür.⁴⁰

Acente, gönderilen malların taşıma sırasında hasara uğramış olduğunu görürse, müvekkilinin taşıyıcıya karşı olan dava hakkının düşmemesini sağlamak üzere gerekli tedbirleri alır. Teslim alınan eşyanın hasara uğradığına dair belirtiler varsa acente, müvekkilinin taşıyıcıya karşı dava hakkını teminat altına almak üzere hasarı tespit ettirmek ve gereken diğer önlemleri almak, eşyayı mümkün olduğu kadar korumakla yükümlüdür.⁴¹ Gönderilen eşyanın bozulması tehlikesi varsa, acente, TBK m. 108'e göre mahkemeden izin alarak eşyayı sattırmak ve durumu müvekkiline bildirmekle yükümlüdür. Acente, müvekkilinin taşıyıcıya karşı olan dava hakkını koruyucu tedbirleri almaz ya da satışın yapılmasını geciktirirse doğan zarardan sorumlu olur.

Acente, müvekkili adına tahsil ettiği parayı zamanında iade etmek zorundadır. Para sözcüğü geniş yorumlanmalıdır. Para sözcüğünün kapsamına nakit ve her türlü senetler ve özellikle kambiyo senetleri ile acentenin üçüncü şahıslarla akdettiği sözleşmelerin konusu trampa ise, mallar da dahil olmalıdır.⁴² Eğer acente, tahsil ettiği parayı zamanında müvekkiline ödemezse, iade yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren gecikme faizi ve ayrıca tazminat ödemek zorunda kalır.⁴³

⁴⁰ A. Kaya, s. 112.

⁴¹ A. Kaya, s. 120.

⁴² Cengiz, s. 153.

⁴³ Eriş, s. 1318.

2. Acentenin Hakları

Acentenin hakları Türk Ticaret Kanununun 113-119. maddeleri arasında düzenlenmiş olup ücret hakkı, defter kayıtlarının suretini ve hesap cetvelini isteme hakkı, olağanüstü giderlerin karşılanmasını isteme hakkı, hapis hakkı ve denkleştirme isteme hakkı olarak sayılabilir. Acentelik sözleşmesi, karşılıklı bir iş görme sözleşmesi olduğundan, acentenin gördüğü iş için her zaman bir ücret talep etme hakkı bulunmaktadır.⁴⁴ Ücret, kural olarak acentenin aracılık veya müvekkili nam ve hesabına sözleşme yapması faaliyetinin, bu süreçte acentelik sözleşmesine bağlı olağan masraflar gibi yükümlülüklerinin mali karşılığıdır.⁴⁵ Her ne kadar kanun metninde acentenin yaptığı faaliyet karşılığı aldığı bedel ücret olarak nitelendirilmiş olsa da, acenteler asıl olarak yaptığı iş karşılığında belirli bir oran üzerinden komisyon alırlar.⁴⁶ Acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince kendi çabasıyla veya aynı nitelikteki işlemler için kazandırdığı üçüncü kişilerle kurulan işlemler için ücret isteyebilir. Acenteye belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılmışsa, acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için de ücret isteyebilir. Acenteye her ay sabit bir ücretin ödenmesi, söz konusu ilişkiyi acente sözleşmesi olmaktan çıkaracaktır. Zira acentenin, müvekkile tabi olmaması gerekmektedir. Ancak acenteye asgari sabit bir ücretin yanında, müvekkilin cirosuna göre yüzdelik ödenmesi mümkün olabilecektir.⁴⁷ Acente ayrıca müvekkilinin talimatına uygun olarak tahsil ettiği paralar için de tahsil komisyonu isteyebilir. Öte yandan yetkilendirme harici, kendiliğinden hareketle yapılan tahsilat, tahsilat komisyonuna hak kazandırmaz.⁴⁸

⁴⁴ A. Kaya, s. 123.

⁴⁵ A. Kaya, s. 129.

⁴⁶ Akkan Daniş, Çiğdem; Acentelerin Komisyon (Ücret) Talep Etme Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2007, Sayı:4, s. 214.

⁴⁷ Dönmez, s. 62.

⁴⁸ A. Kaya, s. 140.

Acenteye ödenecek ücret, sözleşmede hüküm yoksa acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül de mevcut değilse halin gereğine göre o yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir. Acente, kurulan işlem yerine getirildiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanır. Eğer sözleşme kısmen ifa edilmiş ve karşı taraf kısmi ifayı kabul etmişse, acente ücrete kısmi ifa oranında hak kazanacaktır.⁴⁹ Üçüncü kişinin sözleşmeyi ifa etmeyeceği kesin ise veya üçüncü kişi ifa etmemişse acentenin ücret hakkı düşer.⁵⁰

Acentenin hak kazandığı ücretin doğumu tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve her halde sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekir. Acentenin istemeye hak kazandığı ücret alacakları da para borcu niteliğini haiz olduğu için, taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırmadıkları takdirde müvekkil bu edimini acentenin ikametgahında ifa etmelidir.⁵¹ Acentenin ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konular hakkında istediği bilgiyi müvekkil vermek zorundadır. Ayrıca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir.⁵²

TTK m. 117 uyarınca, acente, yükümlülüklerini yerine getirmek için yaptıklarından ancak olağanüstü giderlerin ödenmesini isteyebilir. Olağanüstü gider, müvekkilin talimatıyla ya da acentenin vekaletsiz iş gören sıfatıyla müvekkilin çıkarlarını korumak amacıyla giriştiği işlemin gerektirdiği giderlerdir.⁵³ Hangi masrafların olağan hangi masrafların olağanüstü sayılacağı sözleşmenin kapsamına, tarafların iradelerine, vaziyetin hal ve şartlarına göre değerlendirilecektir. Olağanüstü gider olarak nitelendirilen giderler, ya müvekkilin talimatıyla veya işin mahiyeti

⁴⁹ Arkan, s. 212.

⁵⁰ A. Kaya, s. 150.

⁵¹ Kayhan, s. 139.

⁵² Arkan, s. 214.

⁵³ Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 227, İmregün, Oğuz; Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 136.

gereği müvekkilin menfaatlerini korumak üzere yapılmış olmalıdır.⁵⁴ Olağanüstü giderlerin ödenmesi ücret hakkının kazanılması koşullarına bağlı değildir.⁵⁵ Acente, kendine ait acentelik işletmesinin olağan sayılan masraflarını, müvekkilinden alacağı ücretle karşılamak durumundadır. Ancak sözleşme ile müvekkil acentenin olağan sayılan masraflarını karşılamayı da üstlenebilir.⁵⁶

Acente, müvekkilindeki bütün alacakları ödeninceye kadar, acentelik sözleşmesi dolayısıyla alıp da gerek kendi elinde gerek özel bir sebebe dayanarak zilyet olmaya devam eden bir üçüncü kişinin elinde bulunan taşınırlar ve kıymetli evrak ile herhangi bir eşyayı temsil eden senet aracılığıyla kullanabildiği mallar üzerinde hapis hakkına sahiptir. (TTK m. 119) Hapis hakkı, acentenin elinde olan müvekkile ait her türlü eşyanın üzerinde kullanılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda niteliği itibariyle ekonomik değeri olmayan unsurlar üzerinde hapis hakkı kullanılmaz.⁵⁷ Nitekim acentenin hapis hakkının sınırları da TTK ve TTK'nın atfıyla Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 951' de düzenlenmiştir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki acentenin hapis hakkını kullanabilmesi için alacağının muaccel olması gerekmektedir.⁵⁸

Acentenin bir diğer hakkı da çalışmamızın konusunu oluşturan denkleştirme isteme hakkıdır.

B. Müvekkilin Hak ve Borçları

Acentelik sözleşmesi karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren bir sözleşme olduğundan acentenin hakları müvekkilin borçlarının; acentenin borçları ise müvekkilin haklarının karşılığını oluşturur.

⁵⁴ Çeker, s. 92.

⁵⁵ A. Kaya, s. 173.

⁵⁶ Arkan, s. 214, A. Kaya, s. 172, Cengiz, s. 161.

⁵⁷ Kınacıoğlu, s. 69.

⁵⁸ Dönmez, s. 67.

Türk Ticaret Kanunu'nda müvekkilin haklarının açıkça düzenlendiği bir madde bulunmamaktadır. Ancak Kanunun 120. maddesinde müvekkilin borçları düzenlenmiştir. Buna göre müvekkilin borçları; mallarla ilgili belgeleri verme, işin gereği gibi yapılabilmesi için gerekli bilgi ve belgeleri verme, acenteye gerekli bildirimlerde bulunma, ücret, avans ve olağanüstü giderleri ödeme yükümlülükleridir. Müvekkilin bu borçları Kanunda emredici şekilde düzenlenmiştir. TTK m. 120/2 hükmünde yer alan, “Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde, geçersizdir.” düzenlemesi gereğince, burada sadece acenteyi korumaya yönelik tek taraflı, yani nispi emredicilik söz konusudur.⁵⁹

Müvekkil, acentenin faaliyetlerini destekleyip çalışmalarını kolaylaştırma anlamında olmak üzere her şeyden önce, faaliyetini rahatça icra edebilmesi için gerekli olan bütün belgeleri acentenin kullanımına sunmalıdır. Karşılıklı güven ilkesine dayanan acentelik sözleşmesinde, acentenin sadakat yükümlülüğü karşısında, müvekkil iyiniyetle davranma ve acenteyi destekleme borcu altındadır.⁶⁰

Acentenin olduğu gibi müvekkilin de haber verme borcu bulunmaktadır. Buna göre, müvekkil acenteye onun için önemli olan hususları bildirmelidir. Müvekkil, sözleşme konusu ürün yahut hizmetlerin niteliği ve fiyatları ile ilgili değişiklikleri acenteye bildirmek zorunda olduğu gibi acentenin aracı olduğu yahut akdettiği sözleşmeleri icra etmek istemediğini ve acentenin tekel bölgesi içerisinde, müşterilerle doğrudan akdetmiş olduğu sözleşmeleri de makul süre içerisinde haber vermelidir.⁶¹ Müvekkilin bilgi ve belge verme özellikle bilgilendirme yükümlülüğünün sınırını, işletme sırlarının korunması oluşturur. Bilgi verilmesi, işletme sırlarının açıklanması suretiyle zarara yol açacaksa, müvekkil acenteyi bilgilendirmekten kaçınabilir. Ancak müvekkilin bu imkanı, hükmün amacı ve emredici karakteri de dikkate alınarak dar yorumlanmalıdır.⁶²

⁵⁹ Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1998, ss. 13-14.

⁶⁰ Dönmez, s. 85.

⁶¹ Dönmez, s. 86.

⁶² A. Kaya, s. 185.

Müvekkil, acentenin ücretinin ödenme zamanını tespit bakımından acentenin ücrete hak kazanmış olduğu işlemlere ait kayıtlarını ve istenirse defter kayıtlarının suretlerini acenteye vermek zorundadır.⁶³

Müvekkil, acentenin hak kazandığı ücrette olduğu gibi acenteye ait tüm alacakları doğumundan itibaren üç ay içinde ve her halde acentelik sözleşmesi sona erdiğinde ödemek zorundadır

İKİNCİ BÖLÜM

ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE UYGULAMA ALANI

I. GENEL OLARAK

Acentenin denkleştirme isteme hakkı Türk Ticaret Kanununun 122. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu madde 1986 tarihli 86/653 sayılı AB Yönergesinin 17. maddesini temel almış ancak Alman Ticaret Kanunu (ATK) 89b ve İsviçre Borçlar Kanunu 418u hükümlerine benzer şekilde ayrıntılı olarak düzenlemiştir.⁶⁴ Sigorta acentelerinin denkleştirme istemi ise daha önce, Sigortacılık Kanunu'nun 23. maddesinin 16. fıkrasında düzenlenmişti. Doktrinde, denkleştirme istemi gibi tüm acentelik ilişkileri ve giderek benzer sözleşmelere uygulanan ve genel bir kanunda yani TTK'da yer alması gereken bir hükmün özel bir kamu kanununda düzenlenmesi eleştirilmiştir.⁶⁵

Acentenin denkleştirme istemi hususunda doktrinde terim birliği sağlanmamıştır. Bazı yazarlar acentenin bu hakkını "*portföy tazminatı*"⁶⁶

⁶³ Ayhan/Özdamar/Çağla, s. 328.

⁶⁴ Karasu, Rauf; Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:4, 2008, s. 286, Kaya, Mustafa İsmail; Acentelik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 349.

⁶⁵ A. Kaya, s. 221.

⁶⁶ Poroy/Yasaman, s. 230, Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, s. 655

veya “portföy hakkı”⁶⁷ ya da “portföy akçası”⁶⁸, olarak adlandırırken, bir kısım yazarlar “komisyon akçesi talep etme hakkı” olarak, yine bazı yazarlar da “müşteri tazminatı”⁶⁹ olarak adlandırmaktadırlar.

Kanunda ise Alman Ticaret Kanunu'na uygun olarak “denkleştirme istemi” terimi kullanılmıştır.⁷⁰ Çalışmamızda, acenteye tanınan bu hakkın, bir tazminat niteliğinin bulunmaması, bu istemin acentenin yarattığı müşteri çevresinin bir karşılığı olması nedeniyle “tazminat” terimini kullanmaktan özellikle kaçınmakta ve 01.07.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nda yasa koyucunun deyimi olan “denkleştirme istemi” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Ancak TTK m. 122/1 son cümlede “uygun bir tazminat isteyebilir” ibaresi ile TTK m. 122/2’de “tazminat” ibaresi yasa koyucu tarafından kullanılmıştır. Metin, yasa koyucunun amacı ile çelişkilidir. Bu nedenle sözü geçen Kanun hükümlerinde “uygun bir denkleştirme talep edebilir” (TTK m. 122/1) ve “denkleştirme bedeli” (TTK m. 122/2) ifadelerine yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanısındayız.

II. ACENTEYE DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN TANINMASININ AMACI

Doktrinde çoğunlukla acentelere denkleştirme isteme hakkının tanınmasının temel nedeni olarak acentenin ücret hakkına ilişkin düzenle-

⁶⁷ İmregün, s. 137.

⁶⁸ Tekinalp, Ünal; Türk Hukukunda Acentanın Portföy Akçası Talebi-Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 1, Sopacı, Birgül; Sigorta Acentesinin Portföy Akçesi Hakkı-Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 439.

⁶⁹ Kayhan, s. 157, Alışkan, Murat/Gençtürk, Muharrem; Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK’nın 129. Maddesine Göre Komisyon Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente İle Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu-Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 19, Erdem, Ercüment; Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)- Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 93. (Acenteye ödenen bedelin gerçek anlamda bir tazminat olmadığını, burada acentenin zararının giderilmesini değil, sözleşme sonrasında acente aleyhine bozulan menfaatler dengesinin sağlanmasının amaçlandığını belirterek denkleştirme talebi ifadesinin daha doğru olduğunu ancak doktrindeki genel eğilime uyum sağlamak amacıyla müşteri tazminatı ifadesini kullandığını açıklamıştır.)

⁷⁰ Karasu, s. 285.

meler gösterilir. Çünkü acente sadece aracılık ettiği sözleşmelerden dolayı ücrete hak kazanır. Bu aracılık faaliyeti sonucunda belli bir müşteri çevresi oluşturur. Başlangıçta acenteye aracılık ettiği münferit sözleşmeler için ücret ödenir. Bu münferit sözleşmeler zamanla ticari bağlantılara dönüşür. Acentelik sözleşmesi sona erse dahi acentenin müvekkil adına ve hesabına kurduğu bu ticari ilişkiler devam eder. Ancak acente, acentelik sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle bu ticari ilişkilerden ücret elde edemez. Acentenin bu ücret kaybı, denkleştirme hakkının temelini oluşturur. Böylece hakkaniyet düşüncesi de dikkate alınarak, sözleşmenin sona ermesi üzerine acentenin bu müşteri çevresiyle yapılan sonraki sözleşmelere ilişkin ücret talebinden tamamen mahrum kalması önlenmek istenmiştir.⁷¹

Acentenin yarattığı müşteri çevresinin müvekkil tarafından kullanılması nedeniyle bu çevre için acenteye uygun bir karşılık ödenmesi hakkaniyet ilkesine uygundur. Çünkü acentenin faaliyeti ile müvekkilin müşteri çevresi genişler ve müvekkile yeni pazarlar açılır. Acentenin kattığı müşteri çevresinden müvekkil gelecekte yararlanır ama bu katkısı nedeniyle acenteye bir ücret ödenmez. Bu nedenlerle, müvekkilin acentenin çabaları sonucu oluşturulan bu müşteri çevresinden sağladığı kazanç, hakkaniyet ölçüsünde denkleştirilmelidir. Müvekkil, acenteye hakkaniyete uygun bir karşılık ödemelidir.⁷²

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilindiği üzere sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi durumunda, tarafların hak ve yükümlülükleri sona erer. Sona ermenin etkisi, kural olarak ileriye doğrudur. Tarafların sözleşme süresince elde ettikleri edimler, ilişkinin sona ermesinden etkilenmez. Sürekli borç ilişkisi sona erdiğinde, taraflardan biri sözleşmeden kaynaklanan bir menfaat elde etmişse, bu menfaat için sözleşmedeki bedel dışında ayrıca bir karşılık ödenmez. Acentenin denkleştirme istemi bu genel kuralın bir istisnasıdır.⁷³

⁷¹ Ayan, s. 95.

⁷² Ayan, s. 97.

⁷³ Ayan, s. 98.

Acentenin denkleştirme isteminin hukuki niteliği uzun zamandır tartışılmaktadır. Bu hakkın niteliğinin; hakkaniyetten kaynaklanan bir talep olduğu⁷⁴, bir tazminat olduğu⁷⁵ ve bir karşılık talebi⁷⁶ olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁷

Acentenin işletmeye kazandırdığı müşterilerin, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da o işletmeye gelir sağlamaya devam etmelerine rağmen acenteye bu gelirden pay verilmemesi hakkaniyet ile bağdaşmaz kabul edilmiştir.⁷⁸

Kanaatimizce denkleştirme istemi sosyal koruma fonksiyonu taşıyan bir karşılık talebidir. Denkleştirme isteminin oluşumunda temel olarak hakkaniyet düşüncesi etkilidir. Acentenin ekonomik durumunun iyileştirilmesi ve acentenin sosyal olarak korunması düşünceleri bu hakkın tanınmasında rol oynamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde "*Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa*" denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Acentenin denkleştirme isteyebilmesi için müvekkilin acentenin sözleşme süresince yarattığı yeni müşteriler üzerinden menfaat elde etmesi veya bu müşteri bağlantılarını kullanma fırsatına sahip olması gerekir. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Bu istemin doğması için ayrıca acentenin, bu müşterilerden yararlanamama nedeniyle ekonomik kayba uğraması ve hakkaniyetin denkleştirmeyi gerektirmesi gerekir. Diğer koşullar mevcut olsa dahi acenteye denkleştirme ödenmesi hakkaniyete aykırılık taşıyorsa, acentenin denkleştirme istemi reddedilebilir.⁷⁹

⁷⁴ Arkan, s. 223.

⁷⁵ Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2006, s. 72.

⁷⁶ Tekinalp, ss. 13-14, İmregün, s. 137.

⁷⁷ Bu tartışmalar için bkz. Ayan, ss. 98-106, Karasu, ss. 288-289, Aybar Badak, Zehra; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:24, Güz 2013/2, ss. 168-172.

⁷⁸ Tekinalp, s. 4.

⁷⁹ Ayan, s. 104.

Denkleştirme istemi aynı zamanda bir karşılık talebidir. Zira denkleştirme istemi, müvekkilin acentenin yarattığı müşteri çevresi için ödemediği bir bedeldir. Müvekkil, kendisine bırakılan müşteri çevresi sayesinde acentelik ilişkisi sona erdikten sonra da acenteye ücret ödemeksizin sözleşmeler akdedebilir, kazanç elde edebilir. Müvekkilin, acentenin yarattığı ve parasal değeri olan müşteri çevresinden karşılıksız yararlanması hakkaniyete uygun düşmez. Müvekkil, acenteye kendisine hazır olarak kalan müşteri çevresinin rakamsal karşılığını sonradan tamamlayıcı bir ödeme ile ifa etmelidir. Böylece acente, sözleşme sona ermeseydi, yarattığı müşteri çevresinden kaynaklanan hukuki ilişkilerden hak edecek olduğu ücretlerin karşılığını kısmen elde etmiş olur.

Denkleştirme istemini tazminattan ayıran en önemli nokta getiriliş amacıdır. Zira denkleştirme isteminin getiriliş amacı müvekkilin kusurlu davranışlarından kaynaklanan zararın giderilmesi değildir. Çıkış noktası, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte artık ücret alınamaması, buna karşılık yaratılan müşteri çevresinden yararlanılmaya devam edilmesidir. Denkleştirme isteminin tazminat olmadığına en önemli göstergelerinden biri de denkleştirme isteminin müvekkilin kusurlu davranışına bağlı olmamasıdır. Oysa borçlunun kusuru, tazminatın bir şartıdır. Şayet acentenin korunması amacı ile getirilen bu kurumun altında yatan düşünce acentenin uğramış olduğu zararı telafi etmek olsaydı, o zaman müvekkilin kusurlu davranışı sonucu sözleşmenin sona ermesi şartı aranması gerekirdi.⁸⁰

Bu istemin sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talep olabileceği de akla gelebilir. Ancak sebepsiz zenginleşmenin varlığını kabul edebilmek için müvekkilin zenginleşmesinin geçerli bir sebebe dayanmaması ve taraflar arasındaki fakirleşme ve zenginleşmenin arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir. Oysa buradaki zenginleşme, müvekkilin kazanımının, taraflar arasındaki geçerli bir sözleşmeye dayanması nedeniyle sebepsiz değildir.⁸¹

⁸⁰ M. Kaya, s. 351.

⁸¹ Aybar Badak, s. 171.

IV. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 121. MADDESİNDEKİ TAZMİNATLARDAN FARKI

Acentelik sözleşmesinin sona ermesi durumunda ve belli koşulların oluşması ile TTK 121/4 ve 121/5 maddeleri çerçevesinde tazminat talepleri doğabilir. Denkleştirme istemi de acentelik sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından biridir. Ancak denkleştirme istemi; hukuki niteliği, koşulları ve miktarı bakımından diğer tazminat taleplerinden önemli farklılıklar gösterir.⁸²

A. Denkleştirme İsteminin Türk Ticaret Kanunu'nun 121/4. Maddesinde Düzenlenen Tazminattan Farkı

TTK m. 121/4 hükmüne göre, belirsiz süreli acentelik sözleşmesi haklı sebep olmaksızın ve üç aylık fesih süresine uyulmaksızın feshedilirse, feshe maruz kalan taraf, başlanmış işlerin tamamlanmamasından doğan zararın tazminini talep edebilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, doktrinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 134/1. maddesinin geniş yorumlanmasıyla acentenin denkleştirme istemine yasal bir dayanak bulunabileceği öne sürülmüştür.⁸³ Ancak anılan hükmün uygulanma alanı, getiriliş amacı ve niteliği denkleştirme isteminden oldukça farklıdır. Hükümde haksız feshin ve üç aylık fesih süresine uymamanın yaptırımı düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında tazminat talebinde bulunmak için karşı tarafın kusuru aranır. Koşullar oluşmuşsa, hem müvekkil hem de acente tazminat isteyebilir. Tazminatın kapsamı fesih nedeniyle başlanmış ancak henüz tamamlanmamış işler nedeniyle uğranılan zarardır. Oysa acentenin denkleştirme istemi yukarıda da belirttiğimiz üzere bir tazminat talebi değildir. Bu istem, acentenin yarattığı müşteri çevresinin acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra müvekkil tarafından tek taraflı olarak karşılıksız kullanımı için ödenen bir bedeldir. Ayrıca denkleştir-

⁸² Ayan, s. 117.

⁸³ Tekinalp, s. 14.

me isteme hakkı sadece acenteye aittir. Müvekkil böyle bir hakka sahip değildir. Yine anılan hükümdeki tazminat hakkının mirasçılara tanınmamış olması sebebiyle de denkleştirme istemi kavramından uzaktır.⁸⁴ TTK m. 121/4 hükmü, sadece belirsiz süreli acentelik sözleşmesinin sona ermesi durumunda uygulanabilir. Denkleştirme istemi için ise böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.

TTK m. 121/4 hükmünde düzenlenen tazminat sadece başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararları kapsar. Acentenin denkleştirme istemine konu olan işler ise acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra acentenin yarattığı müşteri çevresiyle kurulacak işlerdir.

B. Denkleştirme İsteminin Türk Ticaret Kanunu'nun 121/5 Maddesinde Düzenlenen Tazminattan Farkı

TTK m. 121/5 hükmüne göre, acentelik sözleşmesinin ölüm, ehliyet kaybı veya iflas nedeniyle sona ermesi halinde, acente başlanmış ama tamamlanmamış işler için uygun bir bedel talep edebilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, doktrinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 134/2. maddesinin acentenin denkleştirme istemini kapsayan bir madde olduğu, bu maddenin geniş yorumlanmasıyla Türk hukukundaki acentenin denkleştirme istemi konusundaki boşluğun doldurulabileceği öne sürülmüştür.⁸⁵ Yargıtay da bu görüşü benimseyerek acentenin denkleştirme istemini kabul ettiği kararlarında dayanak olarak TTK m. 134/2 hükmünü kullanmış, hükmün geniş yorumlanması ve kıyasen uygulanması sonucunda acentenin denkleştirme isteyebileceği sonucuna varmıştır.⁸⁶

⁸⁴ Sopacı, s. 449.

⁸⁵ Kayıhan, s. 164.

⁸⁶ Yargıtay 11. HD. 20.06.1996 tarih ve 1996/2084 E. – 1996/4544 K. sayılı ve 10.05.1995 tarih ve 1995/2189 E. – 1995/3335 K. sayılı kararları (Kazancı İçtihat Bankası)

Doktrinde, TTK m. 134/2'de öngörülen tazminatın acentenin denkleştirme isteminin dayanağı olamayacağı çünkü TTK m. 134/2'de sadece başlanmış işlerin tamamlanmaması durumunun dikkate alındığı, acentelik sözleşmesi süresince oluşturulan müşteri çevresi, emek ve yaratılan iş potansiyelinin dikkate alınmadığı da ifade edilmiştir.⁸⁷

Denkleştirme isteme hakkının özellikleri, kapsamı TTK m. 134/2'de öngörülen tazminattan oldukça farklıdır. TTK m. 134/2 hükmü, acenteyi korumak amacıyla getirilmiş, acentelik sözleşmesinin beklenmedik şekilde aniden sona ermesi durumunda acentenin uğrayacağı zararı kısmen hafifletmeyi amaçlayan bir düzenlemedir. Diğer bir anlatımla, TTK m. 134/ 2, acentenin tamamlayamadığı işleri sebebiyle mahrum kaldığı kazancına karşılık olarak uygun bir tazminat öngörmektedir.⁸⁸ Acentenin işbu madde kapsamında talepte bulunabilmesi için acentelik sözleşmesinin müvekkilin veya acentenin ölümü, kısıtlanması ve iflas etmesi nedeniyle sona ermesi gerekir. Bu madde kapsamında acenteye ödenecek miktar belirlenirken, başlanmış ancak sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması nedeniyle tamamlanmamış işlerden elde edilmesi beklenen ücret esas alınır.⁸⁹ Oysa denkleştirme istemi, acentenin yarattığı müşteri çevresiyle ileride yapılması muhtemel sözleşmeler, müşteri ve iş yapabilme kapasitesi dikkate alınarak tanınmış bir haktır.⁹⁰ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde acentenin denkleştirme isteminin bağımsız bir hüküm olarak düzenlenmesiyle yukarıda bahsi geçen tartışmaların ortadan kalktığını söyleyebiliriz.

⁸⁷ Poroy/Yasaman, s. 231, Sopacı, ss. 450-451, Erdem, s. 107, A. Kaya, s. 221.

⁸⁸ Dönmez, s. 78.

⁸⁹ Sopacı, s. 451, Karasu, s. 287.

⁹⁰ Ayan, s. 121.

V. DENKLEŞTİRME İSTEMİ HAKKINDA 6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU DÖNEMİNDE YARGITAY’IN GÖRÜŞÜ

1996 yılından önce sadece doktrin tarafından benimsenen ve yargı tarafından da tanınması gerektiği vurgulanan denkleştirme istemi 1996 yılında ilk defa Yargıtay tarafından tanınmıştır. Yargıtay, doktrindeki görüşler ve yabancı ülke kanunlarını dikkate alarak, acentelerin denkleştirme talep edebileceklerini kabul etmiş ve bu konudaki boşluğun doldurulması için yol gösterici kararlar vermiştir.⁹¹

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, acentenin, acentelik sözleşmesinin feshinde kusurlu değilse, TTK m. 134/2 hükmü uyarınca denkleştirme isteminde bulunabileceğini kabul etmiştir.

Bu konuda ilk olarak verilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 10.05.1996 tarihli ve 1996/2189 E. – 1996/3335 K. sayılı kararı şöyledir: *“Davacı vekili, müvekkilinin 31.7.1989 tarihinde yapılan sözleşme ile davalı sigorta şirketinin acentesi olduğunu, sözleşmenin tek taraflı olarak davalı tarafından haksız yere feshedildiğini ve müvekkili tarafından gerçekleştirilen hayat sigortası poliçesinden dolayı davalının tahsil ettiği primlerden dolayı fesihden sonra müvekkilinin hak ettiği komisyon ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek bundan doğan zarardan şimdilik (150.000.000) liralık komisyon alacağını reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.*

Davalı vekili, fesih isteminde müvekkilinin haklı bulunduğunu bu sebeple davacının komisyon ücreti adı altında hiçbir tazminat isteyemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; davalının fesihte haklı olduğu, ancak sigortanın bitimine kadar yapılacak prim tahsilatlarından davacı acentenin komisyon alacağını devam edeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile belirlenen

⁹¹ Ayan, s. 123, Reva, Zeynep; Acente Portföy Tazminatı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Yeri, Sigorta Araştırmaları Dergisi, Temmuz 2006, Sayı:2, s. 229.

102.805.9337 liranın reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline dair verilen karar davalı vekilinin temyizi üzerine dairemizce onanmıştır.

Davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere davacı sigorta acentesi vekili, davalı sigortacının acentelik sözleşmesini haksız bir biçimde feshettiğini ileri sürerek, müvekkilince gerçekleştirilen hayat sigorta sözleşmeleri uyarınca davalı sigortacının sigorta ettirenlerden fesihten sonra tahsil ettiği primlerden dolayı müvekkiline ödenmesi gereken komisyon ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek bunun tahsilini talep etmiş bulunmaktadır.

Uygulama ile doktrinde “portföy tazminatı” olarak adlandırılan bu alacağın tahsil imkânı TTK’nun sigorta hükümlerinde düzenlenmediği gibi, Sigorta Murakabe Kanunu’nda bu konuda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum karşısında uyuşmazlığın davanın niteliği ve davacının sıfatına göre, TTK’nun acentelik hükümleri ile BK’nun sözleşmenin feshi ile ilgili hükümlerine göre çözümlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

TTK’nun acentelik ücreti ile ilgili 129. maddesinde acentenin sözleşmenin devamı süresince ücrete nasıl hak kazanacağı açıklandıktan sonra yine aynı dönem içinde ücretin ödenme şekli ve zamanı da 131’inci maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, dava konusu alacak fesihten sonraki döneme ilişkin bulunduğundan sözleşme dönemine ilişkin bu hükümlerin dava konusu olayda uygulanması mümkün değildir. Fesihten sonraki komisyon alacağı (tazminatı borcu) adı altında TTK’nun 134’üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre acente ancak, sözleşmenin feshi halinde, başlanmış işlerin tamamlanmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ancak, ölüm, iflas veya hacir altına alınma sebebiyle sözleşmenin sona ermesi hallerinde acentenin münasip bir tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi TTK’nun da sözleşmenin feshine kusurlu davranışlarıyla neden olan acentenin tazminatı adı altında komisyon alacağını tahsil edebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu hak ancak fesihte kusuru bulunmayan acente veya haleflerine tanınmıştır.

Eski Ticaret Kanunumuzun 844'üncü maddesinin tekrarından ibaret olan 134'üncü maddesinin bu düzenleme şekli Türk doktrinde eleştiriliyor ise de bu eleştiri gerekçesi modern düzenlemelerin dikkate alınmadan eski hükmün tercih edilmesine ve acentenin kusuru bulunmayan diğer hallerin dikkate alınmadan düzenlemenin eksik yapıldığına ilişkin bulunmaktadır. Yoksa, sözleşmenin feshinde acentenin kusurlu olması halinde, acentenin tazminat talep edebileceğine ilişkin herhangi bir görüş ileri sürülmüş değildir (Bkz. Dr. Karayalçın, Ticaret Hukuku, Ankara, 1968, s. 534, vd.; Dr. S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993, s. 199, vd.). Adı geçen yazarların eleştirilerine dayanak yaptıkları yabancı düzenlemelerden İsviçre BK.nun 418'inci maddesinde dahi acentenin portföy tazminat hakkı geniş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenirken son cümlede, sözleşmenin acentenin kusuru sebebiyle feshi halinde hiçbir tazminatın ödenmeyeceği de açık bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır (Bkz. Dr. F. Tekil, Ticari İşletme Hukuku, İst. 1990, s. 227).

Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin feshi ile ilgili 108/2. maddesinde de sözleşmenin feshinde kusurlu olan tarafın akdin hükümsüzlüğünden dolayı tazminat isteyemeyeceği düzenlenmiş bulunmasına göre de BK. hükümlerine göre de tazminat istenemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yanlar arasında akdi ilişkiyi düzenleyen Acentelik Sözleşmesi'nde ise davacı acenteye bu yönde hak tanıyan bir hüküm yer almayıp, aksine 16/B. maddesi hükmüne göre sigortacı tarafından haklı fesih halinde acentenin hiçbir tazminat hakkına sahip olamayacağı hükmüne de yer verilmiştir.

Dava dosyası kapsamı ile bilirkişi kurulu raporu mahkeme kabulüne göre, fesih işleminde davalı sigorta şirketinin haklı olduğu belirlenmiştir. Davacı acente ise bu kabul şeklini gerekçe yönünden temyiz de etmiş değildir. O halde yukarıdaki tüm açıklamalar karşısında akdin feshinde kusurlu olduğu kabul edilen davacı acentenin ne TTK, ne BK. ve ne de sözleşme hükümlerine göre komisyon alacağı adı altında bir tazminat talep edemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Ne var ki bilirkişiler gerek asıl, gerekse ek raporlarında davacının fesihten önce (1.341.954) lira komisyon alacağının bulunduğunu saptamış olmalarına ve davalı tarafın bu rakama karşı açık

bir itirazları bulunmadığına göre, davanın sadece bu miktar yönünden kabulüne karar verilmesi gerekirken aksi görüşü içeren bilirkişi raporuna dayanılarak tamamen kabulü doğru olmadığı gibi, bu şekilde tesis edilen kararın Dairemizce onanmış olması da isabetli görülmediğinden davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.”

Kararda, acentenin denkleştirme isteminin bazı koşulları tartışılmış, bu konudaki boşluğa dikkat çekilmiştir. Acentenin denkleştirme isteminin TTK m. 134 hükmünün geniş yorumu ile kabul edilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca bu hakkın tanınmasında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 418. maddesinden de yararlanılabileceği ifade edilmiştir. Kararda acentenin denkleştirme isteyebilmesi için, acentelik sözleşmesinin sona ermesinde bir kusurunun bulunmaması gerektiği, dava konusu olayda kusuruyla acentelik sözleşmesinin sona ermesine yol açan acentenin böyle bir talepte bulunamayacağı kabul edilmiştir.

Ücret, tazminat, denkleştirme alacağı arasındaki farklılıkların dikkate alınmayışı, acentenin denkleştirme isteminin içeriğinin ve koşullarının tam olarak ortaya konamaması, istemde bulunabilmenin tek koşulu olarak acentenin kusuru olmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesinin gösterilmesi kararda eleştirilebilecek hususlardır. Ancak bu kararla ilk defa denkleştirme istemi tanınmış ve kanuni dayanağı ortaya konmuştur. Böylece Yargıtay, içtihat yaratmış ve kanundaki boşluğun doldurulması faaliyetinde yol gösterici bir rol üstlenmiştir.

Acentenin denkleştirme istemini konu alan bir başka karar ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.06.1996 tarihli, 1996/2084 E. – 1996/4544 sayılı karardır.⁹²

⁹² “Davacı vekili, 3.4.1991 tarihli sözleşmeyle davalının (A) acenteliğini üstlenen müvekkilinin iyi bir performansla bazı büyük projelerin sigortalanmasına aracılık ettiğini, ancak, davalının sözleşmeyi 15.5.1995 tarihinde tek taraflı olarak feshetmesi nedeniyle (S) büyük projeden doğan acentelik komisyonlarının müvekkilince tahsilinin önlendiğini, davalı eyleminin acentelik ilkelerine uymadığını, müvekkilinin (S) polişe zeyilnamelerinden (50.585.959 TL) komisyona müstahak alacağını ileri sürerek bu miktarın zeyilname tarihlerinden itibaren reeskont faiz oranıyla tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin sözleşmeyi haklı nedenlerle feshettiğini, fesihten sonraki dönemdeki taraflar arasındaki ilişkinin borçların tasfiyesi ilişkisine dönüştüğünü, zeyilnameler ile üretilen polişelerden dolayı acentelik sıfatı sona eren davacının komisyona hak kazanamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, mübrez belgeler ile bilirkişiler raporuna istinaden, acentelik sözleşmesinin 2.4.1991 tarihinden itibaren belirsiz süreli olarak yapıldığı, sözleşmenin 25. maddesine uygun ola-

rak davalının sözleşmeyi feshetmesinde bir usulsüzlük olmadığı, fesihten sonra düzenlenen zeyilnamelerin tanzi-minde ve prim tahsilinde katkısı olmayan davacının, acentelik komisyonu almasının sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği, bu doğrultuda Yargıtay Kararları da bulunduğu gerekçeleri ile davanın reddine hükmedilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki uyumsuzluk, acentelik sözleşmesinin feshinden sonra acentenin kendi döneminde oluşturulan uzun süreli inşaat sigortası sözleşmesi nedeniyle sigortalı ettiren tarafından sigortacıya ödenen primlerden dolayı hak talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Uygulama ile doktrinde "portföy tazminatı" olarak adlandırılan bu alacağın tahsil imkânı TTK'nun sigorta hükümlerinde düzenlenmediği gibi, Sigorta Murakabe Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum karşısında uyumsuzluğun davanın niteliği ve davacının sıfatına göre, TTK'nun acentelik hükümleri ile BK'nun sözleşmenin feshi ile ilgili hükümlerine göre çözümlenmesi zorunlu bulunmaktadır. TTK'nun acentelik ücreti ile ilgili 129'uncu maddesinde acentenin sözleşmenin devamı süresince ücrete nasıl hak kazanacağı açıklandıktan sonra yine aynı dönem içinde ücretin ödeme şekli ve zamanı da 131'inci maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, dava konusu alacak fesihten sonraki döneme ilişkin bulunduğundan sözleşme dönemine ilişkin bu hükümlerin dava konusu olayda uygulanması mümkün değildir. Fesihten sonraki komisyon alacağı ise (tazminat borcu) adı altında TTK'nun 134'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre acente ancak, sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi veya ihbar süresine uyulmadan sözleşmenin feshi halinde, başlanmış işlerin tamamlanmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ancak, ölüm, iflas veya hacir altına alınma sebebiyle sözleşmenin sona ermesi hallerinde acentenin münasip bir tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi TTK'nun da sözleşmenin feshine kusurlu davranışlarıyla neden olan acentenin tazminat adı altında komisyon alacağını tahsil edebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu hak ancak fesihte kusurlu bulunmayan acente veya haleflerine tanınmıştır. Eski Ticaret Kanunumuzun 844'üncü maddesinin tekrarından ibaret olan 134'üncü maddesinin bu düzenleme şekli Türk doktrinince eleştiriliyor ise de bu eleştiri gerekçesi modern düzenlemelerin dikkate alınmadan eski hükmün tercih edilmesine ve acentenin kusuru bulunmayan diğer hallerin dikkate alınmadan düzenlemenin eksik yapıldığına ilişkin bulunmaktadır. Yoksa sözleşmenin feshinde acentenin kusurlu olmaması halinde acentenin tazminat talep edemeyeceğine ilişkin doktrinde bir görüş ileri sürülmüş değildir. Aksine olarak bu gibi hallerde acentenin tazminat adı altında hak istemesinin mümkün olduğu benimsenmektedir (Bkz. Dr. Y. Karayalçın, Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s. 534 vd.; Dr. S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1943, s. 199 vd.) Mukayeseli hukukta ise, İsviçre B.K.'nın 418'nci maddesinde, bu gibi durumlarda acentenin kusuru sebebiyle akdin feshi dışında acentenin tazminat adı altında mahrum kaldığı prim komisyon alacağını belli ölçüler içinde tazminat olarak talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 108'inci maddesinde ise, akdin feshinde kusursuz olan tarafa akdin hükümsüzlüğünden dolayı oluşan zararın tazminini talep hakkı tanınmış bulunmaktadır. O halde, tüm bu açıklamalar karşısında bir acentenin sözleşmenin feshinde bir kusuru bulunmadığı takdirde kendi döneminde oluşturulan ve uzun süren sigorta sözleşmelerinden dolayı sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenen primler bakımından acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra mahrum kaldığı prim komisyon ücretlerinden dolayı muhik bir tazminat isteyebileceğinin kabulü gerekir. Buradaki kriter sözleşmeyi fesheden sigortacının kusurlu olup olmaması değil, acentenin kusurlu olup olmaması halidir. Dava konusu olayda da davacı sigorta acentesi kendi döneminde uzun süreli inşaat sözleşmeleri akdetmiş ve prim komisyon alacağına hak kazanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin zeyilname ile uzatılması sigortacılık uygulamasında yeni birer sözleşme değil, sözleşme koşullarının günün şartlarına uydurularak devamını sağlamaya yönelik hukuki işlemlerdir. Bu nedenle yeni zeyilname dönemlerinde de önceki sözleşme ilişkisinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Öte yandan davalı sigortacı sözleşmeyi fesihte sözleşmeden 25/2'nci maddesi uyarınca işlem yaptığına göre, davacı acentenin bir kusuruna da dayanmamış olduğu ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin 25/son fıkrasındaki tazminat talep edilemeyeceğine ilişkin şart ise BK. 99/2'nci maddesi hükmü gereğince mahkemeye dikkate alınmaması gerekir. Bu durum karşısında mahkemeye, dava reddolunmayarak; olaya kıyasen uygulanması mümkün bulunan TTK'nun 134/2'nci maddesi hükmü gereğince davacı acentenin talep edebileceği hakkaniyete uygun bir tazminat bu konudaki uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmektedir."

Bu kararla Yargıtay, yabancı hukuktaki düzenlenmeleri ve doktrin-deki görüşleri dikkate alarak acentenin denkleştirme istemini kabul etmiştir. Yargıtay acentenin denkleştirme isteyebilmesi için sözleşmenin acentenin kusuru olmaksızın sona ermesini aramıştır. İstem kabulüne Borçlar Kanunu (BK) m. 108 ve TTK m. 134/2 hükümlerinin geniş yorumuyla kıyasen uygulanması sonucunda karar verilmiştir.⁹³ Ancak Yargıtay'ın acentenin denkleştirme isteyebilmesini sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olmaması şartına bağlaması yerinde olmamıştır. Bunun yanı sıra sözleşmenin denkleştirme istemini doğuracak şekilde sona ermesi, müvekkilin kazancının ve acentenin kaybının gerçekleşmesi ve hakkaniyetin acenteye denkleştirme ödenmesini gerektirmesi de gerekir.⁹⁴

Bu karara karşı davalı taraf karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Yargıtay bunun üzerine 25.12.1996 tarihli ve 1996/6699 E. – 1996/9192 K. sayılı kararı vermiştir.⁹⁵

⁹³ Poroy/Yasaman, s. 234.

⁹⁴ Sopacı, ss. 456-457.

⁹⁵ “... Davalı sigorta şirketi, davalı ile arasındaki acentelik sözleşmenin 25/2. maddesine, yani sadece 3 aylık feshi ihbar hakkını kullanarak bu sebebe göre fesih ettiğine bir başka deyişle aynı maddenin 4. fıkrasındaki acentenin kusurlu davranışı iddiası ile fesih haklarını kullanmadığına ve yargılama sırasında da davalı sigortaca, davacı acentenin kusuruna dayanılıp, bu hususta hiçbir delil ileri sürülmemesi karşısında karar düzeltme aşamasında fesih için kusur sebebine dayanılması usulen mümkün bulunmadığından davalı sigorta vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme itirazının reddi gerekmiştir. Dairece, (resen inceleme) sebebine dayalı karar düzeltme itirazının tartışılıp değerlendirilmesinde, Daire bozma kararında acentenin portföy tazminatı adı altında tazminat talep edebileceği hakkındaki ilke değerlendirilmesine ilişkin görüş açısından, aykırı bir düşünce ileri sürülmüş değildir. Diğer bir ifadeyle, bu ilke açısından Daire’de görüş birliği mevcuttur. Daire’de karar düzeltme aşamasında üzerinde görüş birliği sağlayamayan husus Daire bozma kararının sondan bir evvelki paragrafında yer alan BK’nın 99/2. maddesinin dava konusu uyumsuzlukta uygulanması gerektiği görüşüne yöneliktir. Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin genel hüküm niteliğindeki 98. maddesi hükmüne göre, ilke olarak sözleşme ilişkilerinde taraflar, her türlü kusurlu davranışlarından dolayı diğer tarafa karşı sorumlu olup, bunun doğal sonucu olarak da bundan kaynaklanan zararı da tazmin yükümlülüğü altına girerler. Yine aynı yasada sorumluluktan kurtulma şartını düzenleyen 99. maddede ise, hile veya ağır kusur halinde sorumluluktan başlangıçta kurtulma şartının geçersiz olduğu hükmüne bağlandıktan sonra, hafif kusur halinde sorumluluktan kurtulma şartı ancak, taraflar arasında hizmet ilişkisi olmaması veya sorumluluğun hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın yürütülmesinden doğmadığı takdirde geçerli sayılabileceği, aksi takdirde sayılan istisnalar kapsamına girmediği takdirde sorumluluk ilkesinin kabul edildiği ancak, BK’nın 99. maddesinde sayılan istisnalar kapsamına girmediği takdirde sorumlusuzluk anlaşması ile borçlunun hafif kusuru ile zarar vermesi halinde bu zarardan sorumlu olmayacağını kabulü gerektiği sonucuna varılmaktadır. Doktrinde de değinildiği üzere, anılan maddedeki istisnai durumların değerlendirilmesi sırasında sorumlusuzluk anlaşmasının temelinde genellikle sosyo-ekonomik dengesizliği yattığı

Kararda, acentelik sözleşmesinde yer alan acentenin denkleştirme isteme hakkını kullanmayacağına ilişkin hükmün BK m. 99/2 karşısın-da geçersiz sayılması gerektiği kabul edilmiştir. Dairenin çoğunluğunun ifade ettiği gibi Yargıtay ve hakim öğreti, BK m. 99/2'deki imtiyaz kavramını geniş olarak yorumlamakta, bu kavramı idare hukuku anlamında imtiyaz sözleşmesi şeklinde anlamamakta, bir faaliyetin icrasının devle-

bu yasal sınırlamaların bu gerçeğin ışığı altında değerlendirilmesi gerektiği, sorumluluk anlaşmasının uygulama ve geçerlik alanının sınırlayan görüş ve çözümler, diğer hukuki esaslara aykırı düşmedikçe hoşgörü ile karşılanması ve genellikle kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. (Bkz. Tekinay Borçlar Hukuku, Cilt 2. S. Bas. s. 1173 vd.) Konuya ilişkin bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönüldüğünde, taraflar arasındaki acentelik sözleşmesinin 25. maddesinin son fıkrasında "sözleşmenin gerek acente ve gerek şirket tarafından feshi halinde acente portföy mülkiyeti ve diğer her ne nam altında olursa olsun bir tazminat talep edemez" hükmüne yer verildiği görülmektedir. Bu hüküm, BK'nın 99. maddesinde düzenlenmiş olan asıl sözleşmeye bir hüküm halinde konulmuş sorumsuzluk şartından ibarettir. O halde, bu hükmün geçerliliği anılan yasa maddesi kapsamında tartışılıp değerlendirilmesi gerekir. Olaya bu açıdan bakıldığında BK'nın 99/2. maddesindeki hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt eden hallerde sözleşmeye konulan sorumluluktan kurtulma şartının geçerli olup olmayacağı dava konusu olay bakımından tartışılmalıdır. Yasadaki sanatın icrası hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilme hali gerek uygulamada, gerekse doktrinde geniş bir biçimde yorumlanmaktadır. Yani maddedeki imtiyaz hali sadece idare hukuku anlamında bir imtiyaz sözleşmesi olarak dar bir biçimde yorumlanmamaktadır. Bu görüşlere göre, icrası resmi bir ruhsat veya izne bağlı olan meslek faaliyeti yürütenlerin yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmaları da bu kapsamda kabul edilerek yargıcın takdiri ile batıl sayılması gerekir. Zira, bu durumdaki meslek sahibi, hükümetçe verilen bir imtiyaza sahip kişi kadar güçlü ve üstündür. (Bkz. age. s. 1182) Nitekim, Dairemiz uygulaması da bankalar açısından müstekar bir biçimde bu yoldadır. (Bkz. T.D. 20.12.1963 gün 1963/2626-4855 sayılı kararı ile Yargıtay 11.H.D.'nin 8.3.1977 gün ve 1977/866-1033 sayılı kararı.) Dava konusu olayda da sözleşmeye kendi yararına sorumsuzluk şartı koyan sigorta şirketi 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun (SMK) 539 sayılı K.H.K. ile değişik 2. maddesine göre, sigortacılık faaliyetine başlaması Bakanlığın iznine tabi tutulduğu gibi, aynı Yasanın 2. maddesinde de faaliyete geçebilmek için ayrıca ruhsata tabi tutulmuştur. Bu durumda kurulması ve faaliyete başlaması bankalar kadar hatta ayrıca ruhsata tabi olması bakımından ondan da sıkı bir şekilde idarenin olurlarına tabi olan sigorta şirketleri de BK'nın 99/2. maddesinde sayılan imtiyazlı kuruluşlardan sayılması hukuken ana prensiplerinden olan evleviyet ilkesi gerekir. Sigorta acenteleri ise SMK'nın 9. maddesinde düzenlenmiş olup, bunların bu faaliyete başlamaları idarenin herhangi bir izin veya ruhsatına tabi kılınmamıştır. İlgili yönetmeliklerde de bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Sigorta acenteleri gerçek veya tüzel kişi olarak anılan yasa da ön görülen koşullara sahip olması halinde sigorta şirketleri ile yapacakları acentelik sözleşmesinin kurulması ve tescil ile ilanı ile faaliyete geçebilirler. Ayrıca, sigorta acenteleri TTK'nın 116 ve SMK'nın 9. maddeleri gereğince sözleşme yaptıkları sigorta şirketine karşı tabi bir sıfatı almadıkları halde, SMK'nın diğer bir kısım hükümlerinde sigorta şirketinin kısmi denetimine tabi tutulmuş, hatta anılan Yasanın 27. maddesinde prim tahsiline ilişkin mevzuata aykırılık halinde sigorta şirketince acentelik yetkilerinin tek taraflı olarak kaldırılabilceği de hükmüne bağlanmıştır. Nitekim, taraflar arasındaki akdi ilişkiyi düzenleyen tip sözleşmede de acentenin şirketin emir ve talimatı doğrultusunda hareket etmesi gerektiğine ilişkin hükümler mevcuttur. Örneğin, sözleşmenin 8. maddesinde, acentenin şirketin vereceği emir ve talimata uymaya mecbur olduğu hükmüne bağlanmış, 20. maddede ise şirketin dilediği zaman acentenin işlem ve hesaplarını denetleyebileceği hükmüne bağlanmış bulunmaktadır. O halde, yukarıdaki gerek genel ilke açıklamaları, gerekse olaya özgü açıklamalar dikkate alındığında davalı sigorta şirketinin davacı acentesine karşı BK'nın 99/2. maddesinde öngörülen imtiyazlı bir kuruluş niteliğinde olduğunun ve sözleşmenin kuruluş aşamasında taraflar arasında acente aleyhine sosyo-ekonomik bir dengesizliğin mevcudiyetine dayalı bozma ilamında yer alan kabulde yasaya aykırı bir cihet görülmediğinden, davalı sigorta vekilinin isabetli bulunmayan tüm karar düzeltme itirazlarının reddine karar verilmesi gerekmektedir."

tin iznine tabi olması halinde de BK m.99/2'nin uygulanacağını kabul etmektedirler.⁹⁶ Yine kararda BK m. 108 hükmü acentenin denkleştirme isteme hakkının kanuni dayanağı olarak gösterilmiştir. Oysa anılan hüküm sözleşmeden dönme durumunu düzenlemektedir. BK m. 108'de dönme nedeniyle zarar gören alacaklının zararının giderilmesine yönelik bir tazminat düzenlenmiştir. Oysa denkleştirmede zararın tazmini değil, acentenin yarattığı ekonomik değer olan müşteri çevresinin karşılığının ödenmesi söz konusudur.⁹⁷ Kararda, davacı sigorta acentesinin acentelik döneminde akdedilmiş uzun vadeli sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan prim komisyonu alacağı “portföy tazminatı” olarak nitelendirilmiştir. Ancak davadaki talep, acentenin acentelik dönemi sırasında akdedilmiş sigorta sözleşmelerinin daha sonra zeyilnameler ile uzatılmasından doğan komisyon alacağıdır. Bu nedenle, ücret, tazminat ve denkleştirme kavramları karıştırılmıştır.⁹⁸ Yargıtay daha sonraları da denkleştirme istemiyle ilgili kararlar vermiştir.⁹⁹ Yargıtay tek satıcıların denkleştirme isteme hakkını konu alan bir karar da vermiş ve tek satıcılara belli koşullar altında denkleştirme steme hakkı tanınabileceğini

⁹⁶ Öztan, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, ss. 259-260, Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 18. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 288.

⁹⁷ Tekinalp, s. 13, Ayan, s. 132.

⁹⁸ Erdem, s. 106.

⁹⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.02.2002 tarih ve 2002/8247 E. – 2002/258 K. sayılı kararı: “Davacı acente vekili, müvekkilinin davalı sigorta şirketinin acentesi iken, acentelik sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, müvekkilinin ticari itibarının zedelendiğini, işlemleri başlamış sigortalılar yönünden prime hak kazandığını ileri sürerek, 3.300.000.000.-TL'nin tahsilini istemiş ve davalı da sözleşmenin içeriğine göre haklı olarak bu sözleşmenin feshedildiğini, primleri tahsil olunamamış poliçeler için komisyon istenemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece; iddia, savunma, toplanan kanıtlar doğrultusunda, sözleşmenin 9-6 madde hükmüne uygun olarak ihbar süresi tanımak suretiyle davalı tarafından feshedildiği, davacı acentenin sözleşmeye aykırı bir davranışının bulunmadığı, davacı acentenin bir kusuru olmadığına göre, TTK'nın 134. maddesine göre portföy tazminatına hak kazandığı, aksi sonuca varan bilirkişi raporlarına itibar edilmediği gerekçeleriyle 750.000.000.-TL üzerinden davanın kabulüne karar vermiştir. Kararı davalı sigorta şirketi temyiz etmiştir. Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışıp değerlendirilmesinde usule ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin itirazları yerinde görülmemiş ve kararın onanmasına karar verilmiştir.”

kabul etmiştir.^{100 101 102}

¹⁰⁰ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 04.05.2000 tarihli ve 1999/7724 E. – 2000/3470 sayılı kararı: “Taraflar arasındaki 5.3.1956 tarihindeki sözleşme ile kurulan tek satıcılık ilişkisi davalının 1.4.1997 tarihli feshi ihbarında öngörüldüğü 31.7.1997 tarihine kadar devam etmiştir. Bir kısım sözleşmelerde taraflardan birinin üç ay önceden ihbarda bulunarak anlaşmayı değiştirmek veya feshetmek istemedikçe sınırsız süre ile devam edeceği belirtilmiştir. Davalı da sözleşmenin bu hükmüne dayanarak 1.4.1997 tarihli ihbarında davacıya 31.7.1997 tarihine kadar süre tanıyarak feshi ihbarın bu tarihte yürürlüğe gireceğini bildirmiştir. Davalının sözleşmeye uygun olarak tanıdığı üç aylık sürenin sonunda sözleşme feshedildiğinden davacının fesihte öngörülen süreden dolayı tazminat isteminin reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. 2-Davacı kar kaybı haricinde 500.000 DM'nin müşteri tazminatı olarak davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Tek satıcılık sözleşmesinin haklı nedenle feshi haricinde sözleşmede öngörülen veya makul bir sürede feshi halinde müşteri çevresini kaybeden ve ekonomik bakımdan güç durumda kalan tek satıcının bu nedenle tazminat isteyebileceğine dair yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, öğreti (Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri C.I/1 İstanbul 1988, s.59-60; İlgüzar, Hasan; Tek Satıcılık Sözleşmesi Ankara 1989, s.177; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku 1.Cilt İstanbul 1989 s.29; Tekinalp Ünal; Türk Hukukunda Acentanın Portföy Akçası Talebi, Prof. Dr.Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.17) ve uygulamada (11.H.D., 25.12.1996, 6699/9192) bu konuda boşluk bulunduğu Portföy tazminatı istenebileceği kabul edilmektedir. Davacı ilk sözleşmenin yapıldığı 5.3.1956 tarihinden sözleşmenin feshedildiği 31.7.1997 tarihine kadar davalı firmanın ürettiği Dräger marka tıp ürünlerini Türkiye pazarına tanıtarak bu markanın yayılmasına katkıda bulunmuştur. Bu şekilde müşteri çevresini tamamen veya önemli ölçüde genişleten tek satıcının sözleşmenin haklı bir neden haricinde sona erdirilmesi durumunda tek satıcıya münasip bir tazminat ödenmesi hakkaniyet gereğidir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, tek satıcı tarafından sağlanan müşteri çevresi göz önüne alınarak davacının talep edebileceği müşteri tazminatının miktarı yönünden konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar vermekten ibarettir.”

¹⁰¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2008 tarihli ve 2007/9285 E. – 2008/2759 K. sayılı kararı: “Davacı ile davalı arasında 20.12.1981 tarihinde tek satıcılık sözleşmesi imzalandığı ve sözleşmenin davalı tarafından 21.09.2001 tarihli fax ile 30.03.2002 tarihinden itibaren başlamak üzere feshedildiği konularında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı vekili, müvekkilinin Türkiye’de hiç tanınmayan Poly-Clip marka ürünlerin Türkiye’de tanınmasına ve markanın yayılmasına neden olduğunu, çok büyük bir müşteri kitlesi yarattığı bunları yaparken de büyük paralar harcadığı sözleşmenin feshedilmesi ile müvekkilinin devre dışı bırakıldığını belirterek 300.000 Euro portföy tazminatının faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili sözleşmenin 7. maddesinde 6 ay önceden yazılı bildirim yapılmak kaydıyla feshi edilebileceğinin hükme bağladığını, bu hakkın kullanılarak sözleşmenin feshedildiğini feshin mutabakat içerisinde yapıldığını, davacıya sözleşme sona erdikten sonra yapılan ödeme teklifinin portföy tazminatı niteliğinde olmayıp davacının sözleşme sonrası müvekkili ile rekabet etmemesi için teklif edilen bir ücret olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda davalıya ait ürünlerin pazarda yer edinmesine davacının katkıda bulunduğunu, feshi nedeniyle davacının bazı haklardan mahrum kaldığını, davalının pazarda ürün satışına devam etmesi göz önüne alındığında Medeni Kanunun 1.maddesi de dikkate alınarak takdiren 150.000 Euro tazminatın davalıdan tahsiline, fazla istemin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle sözleşmenin yapıldığı 20.12.1981 tarihinden sözleşmenin feshedildiği 21.9.2001 tarihine kadar davalı firmanın ürettiği ... marka ürünlerini Türkiye Pazarında tanıtarak bu markanın yayılmasına katkıda bulunduğunun anlaşılmasına, bu şekilde müşteri çevresini tamamen veya önemli ölçüde genişleten tek satıcının sözleşmenin haklı bir neden haricinde sona erdirilmesi durumunda tek satıcıya münasip bir tazminat ödemesinin hakkaniyet gereği olmasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir. 2- Davalı vekilinin diğer ve davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; Portföy tazminatının tek satıcı tarafından sağlanan müşteri çevresi, sözleşmenin haksız feshi ile davacı yönünden oluşan ekonomik kayıp ve diğer unsurlar gözetilerek hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, miktarı yönünden uzman bilirkişi kurulundan rapor alınması gerektiği dairemizin emsal uygulamalarında kabul edilmiştir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda doktrindeki görüşlere paralel olarak portföy tazminatının davacı şirketin son beş yılın ortalama yıllık kazancı, son yılın kazancı ve son iki yılın ortalama kazancına göre belirlenebileceği belirtilmiş ise de, davacının talep edebileceği portföy tazminatı miktarı mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu durumda mahkemece gerektirici nedenleri irdelenmek suretiyle bilirkişi raporunda belirtilen seçenekler gözetilerek hüküm kurulması, bilirkişi raporu yeterli görülmezse oluşturulacak yeni bir uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

VI. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN VAZGEÇİLMEZLİĞİ

Acentelik sözleşmelerinde genellikle sözleşmenin “her ne nedenle olursa olsun sözleşmenin sona ermesi durumunda acentenin hiçbir nam altında bir tazminat talep edemeyeceğine ve bu tür taleplerinden peşinen feragat ettiğine” ilişkin hükümler konulmaktadır.¹⁰³

Türk Ticaret Kanunu'nun 122/4. maddesinde “Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez.” denilmiştir. Söz konusu düzenlemenin amacı, ekonomik açıdan daha güçlü bir durumda olan müvekkile karşı acenteyi koruyarak, acentenin ezici bir anlaşmaya imza atmasının engellenmesidir.¹⁰⁴ Maddenin gerekçesinde ise bazı durumlarda önceden vazgeçmenin geçerli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, acentelik sözleşmesinin yapılmasından sonra talepten feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak şartıyla geçerlidir. Ancak bu halde de acentenin tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalarla bu hakkından vazgeçip geçmediği özenle araştırılmalıdır.

TTK m. 122/4 hükmüne göre, acentelik sözleşmesi sona ermeden önce denkleştirme istemini ortadan kaldıran veya kısıtlayan maddeler geçersizdir. Örneğin hakkın ileri sürülme zamanını kısaltan anlaşmalar yapılamaz. Yine acentenin ölmesi halinde mirasçılarının denkleştirme istenemeyeceğine ilişkin anlaşmalar, geçersiz kabul edilmelidir.¹⁰⁵ Denkleştirme isteminin ortadan kalkmasına ilişkin maddenin geçersiz olması, sözleşmenin diğer maddelerinin geçerliliğini etkilemez.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 418u maddesinin 1. fıkrasında ve Alman Ticaret Kanunu'nun 89b maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesiyle de

¹⁰² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 17.10.2003 tarihli ve 2003/1213 E. – 2003/9999 K. sayılı kararı: “Dava-cının portföy tazminat talebi mahkemece kar kaybının kapsamında bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa portföy tazminatı tek satıcının sattığı ürüne kazandırdığı müşteri çevresi nedeniyle istenebilecek bir tazminat olup, kar kaybindan farklıdır.”

¹⁰³ Erdem, s. 112, Ertabak, Ünal; Tek Satıcının Müşteri Tazminatı Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 76.

¹⁰⁴ Dönmez, s. 83, Karasu, s. 309.

¹⁰⁵ Karasu, s. 309.

denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemeyeceği ilkesi kabul edilmiştir.¹⁰⁶

Denkleştirmenin sözleşme ilişkisi devam ederken peşin olarak ödenmesine dair yapılan anlaşmalar kural olarak TTK m. 122/4'e aykırı değildir. Bu tür anlaşmaların yapılması acentenin aleyhine değildir; zira müvekkilin sözleşme ilişkisi bittikten sonra ödemesi gereken denkleştirmeyi peşin olarak ödenmesi sağlanmaktadır.¹⁰⁷ Yapılan bu ödemelerin denkleştirme ön ödemesi olduğunu ispat yükü müvekkilin üzerindedir.¹⁰⁸

VII. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN İLERİ SÜRÜLME SÜRESİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 122/4. maddesinde *"Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir."* denilmiştir. Bu hükmün amacı, taraflar arasındaki ilişkilerin mümkün olduğunca çabuk bir şekilde netleştirilmesi, açıklığa kavuşması ve sözleşmenin tasfiyesini hızlandırmaktır.

Ancak bir yıllık süre içinde ileri sürülme zorunluluğu, acentelik sözleşmesinden kaynaklanan diğer taleplerin (ücret, olağanüstü masrafların ödenmesi, tazminat gibi) tabi olduğu beş yıllık zamanaşımı süresi ile çelişmektedir.¹⁰⁹ Bu süre hak düşürücü süre olarak kabul edilirse, alacak hakkının hak düşürücü süreye bağlanmasının Türk hukuk sistemi ile bağdaşmaması gerekçesi ile eleştirilebilir.¹¹⁰

¹⁰⁶ Kaya, Nebi; Alman Hukukuna Göre Portföy Tazminatından Sözleşme İle Vazgeçilebilir mi? (Münih İstinaf Mahkemesi'nin 11.01.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)-Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 9.

¹⁰⁷ M. Kaya, s. 399.

¹⁰⁸ Akın, İrfan; Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:62, Sayı:3, 2013, s. 634.

¹⁰⁹ Ayan, Özge; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, 2010, s. 108.

¹¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 16.

Bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu sorunu hükümde açık bırakılmıştır. Kanunun gerekçesinde de bu niteliğin doktrine bırakıldığı belirtilmiştir. Kanaatimizce anılan sürenin niteliği konusundaki belirlemenin doktrine bırakılması yerinde olmamıştır. Zira bu husus netleşinceye kadar ihtilaflar ve tartışmalar yaşanacaktır.

Anılan hükümde belirtilen sürenin, acentenin denkleştirme istediğini müvekkile bildirmesi için geçerli olan süre mi olduğu yoksa davanın da bu süre içinde mi açılması gerektiği açıkça belirtilmiş değildir. Kanaatimizce anılan bir yıllık süre acentenin denkleştirme istediğini müvekkile bildirmesi gereken süre olarak kabul edilmeli, davanın ise TBK m. 147/5 uyarınca beş yıllık sürede açılacağı düşünülmelidir. Bu durumda beş yıllık zamanaşımı süresi, acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile başlayacaktır.

Denkleştirme isteminin ileri sürülmesi herhangi bir şekle tabi değildir.¹¹¹ Acentenin beyanından denkleştirme isteminde bulunduğu anlaşılmaması yeterlidir. Acente isteminde somut bir miktar belirtmek zorunda değildir.¹¹²

VIII. ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEME HAKKININ DİĞER BENZER SÖZLEŞMELERE UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 122/5. maddesinde *"Bu hüküm, hak-kaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır."* denilmiştir. Bu hükme göre, tek satıcılık ve franchise sözleşmelerinde denkleştirme isteminin uygulanacağı düşünülebilir.

¹¹¹ Karasu, s. 296.

¹¹² Karasu, s. 292.

Yine TTK'nin 103/1. maddesinde, özel kanunlardaki hükümler saklı olmak üzere, acentelik ile ilgili Yedinci Kısım hükümlerinin, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların 122. maddenin son fıkrası göz önüne alınmadan denkleştirme isteminden yararlanması gerekir. Ancak, 103/1. maddenin b bendinde ifade edilen Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici nitelikte işlemlerde bulunanlar hakkında hüküm uygulanırken, 122. maddenin 1 ila 4. fıkraları kapsamında, somut olayın özellikleri dikkate alınmalı, koşulları varsa denkleştirme istemi kabul edilmelidir.¹¹³

B. Tek Satıcılık Sözleşmesinde

Tek satıcılık sözleşmesi, üretici ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde, sürekli bir sözleşmedir. Üretici, mallarının tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü artırmak için faaliyette bulunmayı üstlenir.¹¹⁴ Tek satıcılık sözleşmesinin başlıca unsurları, tek satıcıya belirli bir bölgede satış tekelini tanınması, tek satıcının kendi adına ve hesabına hareket etmek suretiyle pazarlama yapması, satış ve sürümü artırma faaliyetlerinde bulunması ve sözleşmenin çerçeve nitelikte, sürekli bir

¹¹³ Can, Ozan; Acentenin Denkleştirme İstemine ve Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Hükümlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 103 (1) Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanırlığı, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 1, 2012, ss. 27-36.

¹¹⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 28, İşgüzar, Hasan; Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1989, s. 14, Tandoğan, Tek Satıcılık, ss. 2-6.

sözleşme olmasıdır.¹¹⁵ Tek satıcılık sözleşmesinin tarafları, tek satıcı ve üreticidir. Tek satıcılık sözleşmelerinde, tek satıcı malları üreticiden satın alır ve daha sonra müşterilerine bu malları kendi ad ve hesabına satar. Bir sözleşmenin tek satıcılık sözleşmesi nitelendirilebilmesi için, sözleşmeye konu ürünün, sözleşmeye konu bölgede ilk defa satılacak olması gerekmektedir.¹¹⁶ Tek satıcı bağımsız bir tacir olarak, sözleşmede belirlenen bölge içinde ticari faaliyetini sürdürür ve ticari rizikolara kendisi katlanır.¹¹⁷

Öğretice ve içtihatlardaki baskın görüşe göre, tek satıcılık sözleşmesi kendisine özgü yapısı olan bir sözleşmedir.¹¹⁸ Bu sözleşmenin içeriği taraflarca sözleşme özgürlüğü sınırları içinde serbestçe saptanabilir.¹¹⁹ Acente ile tek satıcı bazı noktalarda benzerlik gösterir. Acentenin de tek satıcı gibi bağımsız bir tacir olması ve her iki sözleşme çeşidinin de süreklilik arz etmesi ortak noktaları oluşturmaktadır. Bununla beraber acente tekrar satmak üzere satın almaz, onun işlevi aracılıktır. Acente, müvekkilinin hesabına faaliyet gösterir, kendi adına ve hesabına hareket etmez. Buna karşılık tek satıcı ise kendi adına ve hesabına iş görür, faaliyetlerinin bütün rizikolarına kendisi katlanır.¹²⁰

Tek satıcılık sözleşmesinin özelliği gereğince tek satıcı, üreticinin satış organizasyonuna dahil olur. Tek satıcı ile üretici arasındaki ilişki süreklilik gösterir. Tek satıcılık sözleşmeleri genelde üreticilerin yeni bir pazara girmek veya var olan pazardaki müşterilerin sayısını artırmak için kullandıkları bir yöntemdir. Nitekim bu nedenle genellikle sözleşmeler-

¹¹⁵ Ormancı Altınok, Pınar; Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:3, 2009, s. 468.

¹¹⁶ Ertabak, s. 24.

¹¹⁷ Erdem, ss. 93-96, İnan, Nurkut; Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Sayı:2, Cilt:XVII, s. 57, Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 28-35., Tandoğan, Tek Satıcılık, s. 33.

¹¹⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 40.

¹¹⁹ İşgüzar, s. 32.

¹²⁰ İşgüzar, ss. 38-41.

de tek satıcı açısından bir asgari satın alma yükümlülüğü öngörülür. Bu açıdan tek satıcıdan beklenen, ya yeni bir müşteri çevresi yaratması ya da var olan müşteri çevresini genişletmesidir.¹²¹ Bu yükümlülük bütün sözleşme süresince devam eden ve sürekli bir nitelik arz eden bir borçtur.¹²² Müşteri çevresinin tamamen veya önemli ölçüde geliştirildiğinin kabul edilebilmesi için tek satıcının ürünleri piyasada tanıtılarak ürünlerin markasının yayılmasına katkıda bulunmuş olması gerekmektedir.¹²³ Tek satıcıya denkleştirme ödenmesi için tek satıcının üreticinin satım organizasyonuna dahil olması gerekir. Tek satıcının, müşteri çevresinin oluşturulması ile ilgili faaliyetleri olması halinde, tek satıcılık sözleşmesindeki ticari riskin kimin üzerinde olduğu ve pazarlama masraflarını kimin ödediğine bakılmaksızın, diğer şartların da mevcut olması halinde, denkleştirme istemi kabul edilmelidir.¹²⁴

Tek satıcıya denkleştirme isteme hakkının tanınmasının bir diğer koşulu, tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi durumunda, tek satıcının oluşturduğu müşteri çevresini devretme yükümlülüğünün bulunmasıdır. Tek satıcının müşteri çevresini devretme yükümlülüğü yoksa üretici bu müşteri çevresinden yararlanamaz. Bu durumda üretici kural olarak tek satıcının müşteri çevresinden hiçbir menfaat elde edemez.¹²⁵

Ayrıca tek satıcının denkleştirme isteyebilmesi için her şeyden önce tek satıcılık sözleşmesinin denkleştirme istemini doğuracak şekilde sona ermesi gerekir. Tek satıcının ölmesi, sözleşme süresinin dolması, sözleşmedeki bozucu şartın gerçekleşmesi durumlarında da sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkar ve diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda denkleştirme istemi doğar. Üreticinin haklı nedenle feshi durumlarında denkleştirme istemi ortadan kalkar. Tek satıcılık sözleşmesinde, taraflardan birinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olup olmadığı so-

¹²¹ Erdem, s. 109.

¹²² İsgüzar, s. 72.

¹²³ Ertabak, s. 52.

¹²⁴ Ertabak, s. 38.

¹²⁵ A. Kaya, ss. 261-262.

mut olayın özelliğine göre saptanır. Bu yapılırken, öncelikle tarafların karşılıklı menfaatleri göz önünde tutulmalı ve sözleşmeye devam edilmesinin olası bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.¹²⁶ Olağan fesih yoluyla sona eren tek satıcılık sözleşmesinde, tek satıcının denkleştirme isteyebilmesi için bu feshin haklı sebebe dayanması gerekir. Haklı sebebin de üreticinin hakimiyet alanından kaynaklanması gerekmektedir.

Denkleştirme isteminin diğer koşulları, üreticinin menfaat elde etmesi, tek satıcının kayba uğraması ve hakkaniyetin denkleştirme ödenmesini gerektirmesidir. Üreticinin menfaati, tek satıcının önceden kazandırdığı müşterilerle kuracağı ticari ilişkilerden kaynaklanır. Sözleşme süresi ne olursa olsun, tek satıcı, müşteri çevresini önemli ölçüde oluşturmuş veya geliştirmiş ise diğer şartların da mevcudiyeti halinde denkleştirme isteminin kabulü mümkündür.¹²⁷ Tek satıcının kaybı ise kazandırdığı müşterilerle gelecekte daha fazla ticari ilişki kuramamasıdır.

Bu koşulların yanı sıra, tek satıcıya denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete uygun olması da gerekir. Hakkaniyet denetiminde, tarafların durumları, feshe yol açan olaylar, kısaca somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılır.

TTK m. 122/5'te hükmün doğrudan uygulanması esasına yer verildiği için, vazgeçilmezlik, denkleştirme bedelinin hesaplanması gibi düzenlemeler tek satıcı için de geçerlidir. Buna karşılık acentelik sözleşmesine özgü diğer doğrudan hükümler bakımından aynı sonuca varılamaz. Örneğin TBK'da acentelik sözleşmesinden doğan talepler bakımından beş yıllık zamanaşımı süresi, TTK m. 122/5'deki atfı kapsamadığı için uygulanmaz, TBK sisteminde genel zamanaşımı 10 yıl olduğuna ve tek satıcılık sözleşmesi de kanunda düzenlenmediğine göre burada 10 yıllık genel zamanaşımı süresi söz konusu olur.¹²⁸

¹²⁶ İsgüzar, s. 155.

¹²⁷ Ertabak, s. 55.

¹²⁸ A. Kaya, s. 262.

C. Franchise Sözleşmesinde

Franchise sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz kendine özgü bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları, franchise veren ve franchise alan olarak adlandırılan bağımsız iki ayrı kişidir. Franchise veren, kendi üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde franchise alana kullanma hakkı tanır. Franchise veren, franchise alanı sistemine dahil etmek, bütünleştirmek ve sürekli biçimde desteklemek borcu altındadır. Franchise alan ise belli bir ivaz karşılığında franchise sistemine dahil olur. Bu ivaz karşılığında franchise alan, franchise verenin işletmesine ait unsurlarını, markasını, lisansını, üretim metotlarını ve know-howunu kullanma hakkı kazanır.¹²⁹

Franchise sözleşmesi kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle, sözleşmeden doğan uyumsuzlıklara benzer hukuki ilişkileri düzenleyen hükümler, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır.

TTK m. 122/5 uyarınca franchise sözleşmesinde de denkleştirme isteminin uygulanabileceği düşünülmelidir.¹³⁰ Franchise alanın bu haktan yararlanabilmesi için gerekli koşullar belirlenirken, tek satıcı için aranan koşullar dikkate alınır. Franchise sözleşmesinin bitiminde, franchise alanın müşteri çevresini franchise verene devredeceği kararlaştırılmışsa, franchise alanın denkleştirme isteminde bulunabileceği kabul edilmelidir.

¹²⁹ Ayan, s. 116.

¹³⁰ Gürzumar, Berat Osman; Franchise Sözleşmesi ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 177.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEME HAKKININ KOŞULLARI

I. ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN DENKLEŞTİRME İSTEMİNİ DOĞURACAK ŞEKİLDE SONA ERMESİ

Acentenin denkleştirme isteyebilmesinin birinci koşulu, sözleşmenin sona ermesidir. Bu şart aynı zamanda diğer şartların da ön şartı niteliğindedir.¹³¹ Ancak acentelik sözleşmesinin sona erdiği her durumda acentenin denkleştirme istemi doğmaz. Bu nedenle acentenin denkleştirme isteyebilmesi için, acentelik sözleşmesinin denkleştirme istemini doğuracak bir şekilde sona ermesi gerekir.¹³²

Acentelik sözleşmesinin sona erme şekilleri ve bunun denkleştirme istemine etkisi aşağıda incelenmiştir:

A. Sözleşmenin Sürenin Dolmasıyla Sona Ermesi

Acentelik sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli olarak düzenlenebilir. Belirli süreli acentelik sözleşmesi kural olarak, sözleşme süresinin bitiminde kendiliğinden sona erer. Sürenin dolmasıyla acentelik sözleşmesinin sona erdiği durumlarda, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle acentenin denkleştirme isteme hakkını kazanacağı kabul edilmelidir. Zira sözleşme sona erdikten sonra acente artık yarattığı müşteri çevresiyle ticari ilişkilerde bulunamaz. Sözleşmenin sona ermesi ile müvekkil hazır bir müşteri çevresinden karşılıksız olarak yararlanma imkanına kavuşacaktır.¹³³

¹³¹ Akın, s. 615.

¹³² 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi gereğince kadem tazminatının koşulları incelenirken de benzer biçimde, bu koşul iş sözleşmesinin kadem tazminatını talep edebilecek bir biçimde sona ermesi şeklinde incelenmektedir. Narmanlıoğlu, ss. 426-444

¹³³ Ayan, s. 148.

B. Sözleşmenin Geçersizliği

Acentelik sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi kuran diğer özel hukuk sözleşmeleri gibi butlan ve iptal nedeniyle geçersiz olabilir.

Yoklukla malul olan bir acentelik sözleşmesinde denkleştirme isteme hakkı doğmaz. Çünkü hiç oluşmamış, hukuk düzeninde kabul edilmeyen bir sözleşmeden acente lehine bir hak doğması mümkün değildir.

Sözleşmenin butlan nedeniyle geçersiz olmasının acentenin denkleştirme istemine etkisi hususunda butlanın nedenine bakılmalıdır. Eğer acentelik sözleşmesi, acentenin kusurlu davranışları nedeniyle butlan yaptırımıyla karşılaşmışsa, acentenin denkleştirme istemi oluşmaz. Ancak butlanın nedeni, acentenin kusurlu davranışı dışındaki bir neden ise acente denkleştirme isteminde bulunabilir.¹³⁴

Hata, hile, tehdit, gabin gibi iptal nedenlerinde de iptal nedenine kimin davranışının yol açtığı tespit edilmelidir. Eğer sözleşme acenteden kaynaklanan bir nedenle iptal edilmişse artık acenteye denkleştirme ödenmez. Ancak sözleşmenin iptaline müvekkilin davranışı yol açmışsa acenteye uygun bir denkleştirme ödenmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.¹³⁵

C. Sözleşmenin Ölüm ve İflas Nedeniyle Sona Ermesi

Acentelik sözleşmesinin taraflardan birinin ölümü, kısıtlanması ve iflası durumunda kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir. (TTK m. 121/3) Acentenin tüzel kişi olduğu durumlarda tüzel kişiliğin tasfiye neticesinde sicilden terkin, ölümle aynı sonucu doğurur¹³⁶. Acentenin ölmesi nedeniyle sözleşme ilişkisinin sona ermesi durumunda kural

¹³⁴ Ayan, s. 150.

¹³⁵ Ayan, s. 151.

¹³⁶ A. Kaya, s. 199.

olarak acente mirasçıları denkleştirme isteme hakkını kazanır. Ancak taraflar acentenin ölümünün sözleşmeyi sonlandırmayacağını kararlaştırmışlarsa, ölüm halinde sözleşme ilişkisi mirasçılarla devam edeceğinden denkleştirme isteminde bulunulamaz.¹³⁷

Müvekkilin ölmesi durumunda da kural olarak acentenin denkleştirme isteme hakkının doğacağı kabul edilmelidir. Zira acenteye denkleştirme hakkı tanınmasının nedenlerinden biri hakkaniyet kriteridir. Burada denkleştirme isteminin diğer koşulu olan müvekkilin kazancının oluşmayacağı düşünülebilir. Ancak müvekkilin mirasçılarının acentenin oluşturduğu müşteri çevresinden yararlanabileceği olasıdır. Mirasçılardan bu çevreden yararlanma imkanlarının olması dahi bu koşulun gerçekleştiğinin kabulü için yeterli sayılmalıdır.¹³⁸

Acentenin veya müvekkilin iflas etmesi acentelik sözleşmesini kendiliğinden sona erdirir. Acentenin iflası durumunda acente denkleştirme isteyebilir.¹³⁹ Denkleştirme alacağı da iflas masasına ödenir. Müvekkilin iflası durumunda ise tasfiye gerçekleşeceğinden acentenin denkleştirme isteyebilmesinin koşulları oluşmaz. Ancak bazı istisnai durumlarda acente denkleştirme isteme hakkını kazanabilir. Örneğin iflas idaresi, müvekkilin işletmesini tasfiye amacıyla sınırlı olarak belli bir süre çalıştırmaya devam edebilir veya işletmeyi devredebilir.¹⁴⁰

D. Sözleşmenin İkaleyle Sona Ermesi

Acente ve müvekkil anlaşarak acentelik sözleşmesini sona erdirebilirler. Acentelik ilişkisini anlaşma yoluyla sona erdiren tarafların birbirlerinden herhangi bir maddi tazminat talepleri söz konusu olmaz. Ayrıca acentelik sözleşmesinin anlaşmayla sona ermesi durumunda

¹³⁷ M. Kaya, s. 357.

¹³⁸ Ayan, s. 152.

¹³⁹ Acentenin kendi kusurlu davranışları sonucu iflas etmesi durumunda, denkleştirme talep etme hakkı ortadan kalkacağı da savunulmaktadır. Bkz. Akın, s. 618, Karasu, s. 294.

¹⁴⁰ M. Kaya, s. 358.

acentenin denkleştirme isteme hakkı da doğmaz.¹⁴¹ Ancak acente açıkça denkleştirme isteme hakkını saklı tutmuşsa denkleştirme isteyebilmesi mümkündür.

E. Sözleşmenin Olağan Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Türk Ticaret Kanunu'nun m. 121/1 hükmüne göre; *“Belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir.”* Maddede ifade edilen acentelik sözleşmesinin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesidir. Taraflardan birinin, sebep göstermeksizin yaptığı fesih beyanı, fesih öneli süresinin dolması ile sözleşmenin sona ermesini sağlar.

Olağan fesih, süresi belirsiz ve ifa edilmekte olan sürekli bir borç ilişkisini, taraflardan her birinin bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın tek taraflı, yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile ileriye etkili olarak sona erdirmesidir.¹⁴² Fesih ihbarı üç ayın sonunda hüküm ifade eder ve bu üç aylık sürenin sonunda sözleşme sona erer.

Olağan fesih yoluyla sona eren acentelik sözleşmesinde acentenin denkleştirme isteminin tespiti için fesih nedenlerinin incelenmesi gerekir. Olağan fesih bildirimi acente tarafından yapılmışsa, acentenin denkleştirme isteyebilmesi için bu feshin haklı sebebe dayanması gerekir. Haklı sebebin de müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanması gerekmektedir. (TTK m. 122/3) Müvekkilin feshi haklı kılacak davranışından kasıt, onun mutlaka kusurlu olması veya davranışının hukuka aykırı olması değildir. Müvekkilin eylemi, yapmaması gereken bir davranışı yapması veya yapması gereken bir fiili yapmaktan kaçınması şeklinde olabilir.¹⁴³ Bu noktada belirleyici olan, müvekkilin davranışlarının makul, haklı ve hakkaniyete uygun düşünen bir kişi tarafından fesih

¹⁴¹ Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, ss. 1156-1158.

¹⁴² Seliçi, Özer; Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977, s. 148.

¹⁴³ M. Kaya, s. 390.

nedeni olarak görülüp görülmeyeceğidir. Müvekkilin davranışlarının bu nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde objektif kriterler esastır ve ispat külfeti acente üzerindedir.¹⁴⁴

Hem müvekkilin hem acentenin kusurlu olduğu durumda somut olaya bakılacak ve hakkaniyete en uygun şekilde çözüme gidilmesi gerekecektir.¹⁴⁵

Acentenin kusuru olmaksızın ortaya çıkan hastalık veya yaşlılık gibi sebeplerle sözleşmenin bildirimli olarak acente tarafından feshedilmesi halinde denkleştirme istenemez. Bu durum ise kanaatimizce hakkaniyete aykırı olacaktır. Acentenin kusurundan doğmayan sebeplerle yapılan bildirimli fesihte de denkleştirme istenebileceğinin Kanunda yapılacak bir değişiklikle düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Müvekkilin acentenin kusurlu davranışları sebebiyle derhal fesih yolunu tercih etmeyip olağan fesih bildirimi neticesinde sözleşmeyi sona erdirmesi halinde de acentenin denkleştirme istemi doğmaz. Ancak müvekkilin acentenin kusurundan kaynaklanan bir haklı nedene dayanmayan bildirimli feshi, sözleşmeyi acentenin denkleştirme isteme hakkı doğuracak şekilde sona erdirir.¹⁴⁶

F. Sözleşmenin Olağanüstü Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Türk Ticaret Kanunu'nun m. 121/1 hükmünün ikinci cümlesine göre; *"Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir."* Maddede ifade edilen, acentelik sözleşmesinin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesidir. Olağanüstü fesih acentelik sözleşmesini derhal sona erdirir. Haklı nedene bağlı erken fesih imkanı sadece belirli süreli sözleşmelere özgü değildir. Belirsiz süreli acentelik sözleşmesi de haklı nedenin varlığı halinde, üç aylık ihbar

¹⁴⁴ A. Kaya, s. 234, Karasu, s. 305.

¹⁴⁵ Aybar Badak, s. 177.

¹⁴⁶ Ayan, s. 155.

kuralından ayırık olarak her zaman ve derhal feshedilebilir.¹⁴⁷ Haklı nedenle fesih halinde fesih beyanının karşı tarafa varması ile birlikte feshin sonuçları doğar ve sözleşme derhal sona erer. Bu durumda acentenin denkleştirme isteminin varlığı için, acentelik sözleşmesinin kim tarafından ve hangi gerekçeyle feshedildiği incelenmelidir.

Acentelik sözleşmesi acente tarafından haklı nedenlerle feshedilmişse veya acentelik sözleşmesi müvekkil tarafından haklı neden olmaksızın feshedilmişse acente denkleştirme isteyebilir. Müvekkilin acentenin ücretini haklı bir gerekçe olmaksızın geç ödemesi, eksik veya hiç ödememesi, satışı yapılan ürünlerin sınırlandırılması, acentenin yetkili olduğu bölgenin daraltılması, müvekkilin, acentenin bağımsızlık karakterine aykırı bir şekilde her hafta acenteden rapor talep etmesi ve müvekkilin mali durumunun çok kötü olması nedeniyle acentenin işine devam etmesi halinde gelir elde etmesinin mümkün olmaması gibi eylemler, Alman Yüksek Mahkemelerince sözleşmenin feshini haklı gösteren eylemler olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁸

Türk Ticaret Kanunu'nun m. 122/3 hükmüne göre; "*Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.*" Bu düzenlemeye göre, müvekkilin sözleşmeyi feshetmesini haklı gösterecek sebebin varlığı, müvekkil tarafından fesih gerçekleştirilirse acentenin denkleştirme hakkının kaybına sebep olur.¹⁴⁹ Ortaya çıkan sebepten dolayı müvekkilin acentelik ilişkisini devam ettirmesinin beklenemediği hallerde haklı sebebin bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak denkleştirme isteminin ortadan kalkması açısından haklı nedenle feshin acentenin kusuruna dayanması şarttır. Alman mahkemeleri, acentenin müvekkile hakaretini ve rekabet yasağı ihlali gibi davranışlarını, acentenin kusurlu davranışı olarak kabul etmiştir. Acentenin davranışının kusurlu olduğunu ve bunun

¹⁴⁷ A. Kaya, s. 194.

¹⁴⁸ Karasu, s. 305.

¹⁴⁹ A. Kaya, s. 235.

fesih için haklı sebep oluşturduğunu uyuşmazlık halinde müvekkil ispat etmelidir.

Acentelik sözleşmesinin acente tarafından haklı sebep olmaksızın sona erdirilmesinde de acentelik sözleşmesi sona erer. Sözleşmeyi haklı sebep olmaksızın fesheden taraf, bunun hukuki sonuçlarına katlanır.¹⁵⁰ Bu durumda TTK m. 121/4 hükmü müvekkil açısından da uygulama alanı bulur. Bunun yanı sıra müvekkil TBK m.112 gereğince sözleşmenin ihbar süresinden önce sona ermesi nedeniyle yoksun kaldığı karı ve varsa diğer masraflarının tazminini isteyebilir. Yine TTK m. 122/3 hükmüne göre acente sözleşme ilişkisini haklı sebep olmaksızın derhal feshetmişse acente denkleştirme isteyemeyecektir.¹⁵¹

G. Acentelik İlişkisinin Sözleşmenin Devri Nedeniyle Sona Ermesi

TBK m. 205'e göre; *"Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır."* Sözleşmenin devredilmesi, sözleşme ilişkisine tüm hak ve yükümlülükleri kapsar şekilde girmeyi ifade eder.¹⁵² Bir sözleşme ilişkisinde taraf değişikliği; kanun nedeniyle veya taraf iradeleri nedeniyle meydana gelebilir. Sözleşmenin devrinin koşulları; sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisinin bulunması ve borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşımasıdır.¹⁵³

Sözleşmenin devralınmasının gerçekleşmesi ile asıl sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ortadan kalkar. Devreden taraf sözleşmeden ayrıldığı için taraf sıfatını kaybetmiş olur. Böylelikle devralanın hukuki durumunu etkileyemez. Sözleşmeyi devralan taraf tam olarak girdiği

¹⁵⁰ Ayan, s. 55.

¹⁵¹ M. Kaya, ss. 355-356, Karasu, s. 305.

¹⁵² Yavuz, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, Cilt:1, s. 1018.

¹⁵³ N. Yavuz, s. 1019.

sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Sözleşmenin tarafı olan devralan; alacakların, borçların, diğer yan hakların ve külfetlerin sahibi olur.¹⁵⁴ Acentelik sözleşmesinin de devri mümkündür. Acentelik sözleşmesine acentenin yerine üçüncü kişinin geçeceğinin taraflarca kararlaştırılması durumunda acentelik sözleşmesinin devri gerçekleştirilmiş olur. Bu anlaşma ile üçüncü kişi, acentenin yerine sözleşme ilişkisine dahil olur ve acente ile müvekkil arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkar. Üçüncü kişinin acentelik sözleşmesine katılmasıyla, katılan acente acentelik sözleşmesinden kaynaklanan tüm hak ve borçlara sahip olur. Sözleşmeye katılan acente, eski acentenin sahip olduğu diğer hakları devraldığı gibi, denkleştirme isteme hakkını da devralmaktadır.¹⁵⁵ Dolayısıyla bu kişi ile müvekkil arasındaki sözleşmenin sona ermesi durumunda, istemin ham karşılığı belirlenirken, sadece kendisinin bulduğu ve müvekkilin önemli menfaatler elde ettiği değil, eski acentenin bulduğu müşteriler de hesaba katılacaktır. Bu işlemde müvekkil tarafında bir değişiklik olmaz, müvekkil için bu değişiklik sadece sözleşme tarafının değişmesinden ibarettir. Acentelik ilişkisinin sözleşmenin devri nedeniyle sona ermesi durumunda acentenin denkleştirme isteyip isteyemeyeceği konusunda Kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Sözleşme devrinin genelde bir menfaat karşılığı yapıldığı düşünüldüğünde, bu hallerde acenteye denkleştirmenin ödenmemesi hakkaniyete uygun olur.¹⁵⁶

Acentelik sözleşmesine müvekkilin yerine üçüncü kişinin geçeceğinin taraflarca kararlaştırılması durumunda ise acente tarafında bir değişiklik olmayacağından bu durumun acentenin denkleştirme istemine etkisi olmaz. Sözleşmeyi devralan yeni müvekkil devreden müvekkilin acentelik sözleşmesinden doğan borçlarından da sorumlu olacağından, denkleştirme isteminden de sorumlu olur.

¹⁵⁴ N. Yavuz, s. 1023.

¹⁵⁵ M. Kaya, s. 396.

¹⁵⁶ M. Kaya, s. 359.

II. MÜVEKKİLİN ACENTE TARAFINDAN KAZANDIRILAN MÜŞTERİLERDEN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDEN SONRA DA MENFAAT SAĞLAYACAK OLMASI

Acentenin denkleştirme isteme hakkının koşullarından biri de müvekkilin acente tarafından kazandırılan müşterilerden sözleşmenin sona ermesinden sonra da menfaat sağlayacak olmasıdır. Bu hususu Türk Ticaret Kanunu'nun 122/1-a bendinde “*Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa*” şeklinde ifade edilmiştir.

A. Acente Tarafından Yeni Müşteriler Kazandırılması

1. Yeni Müşteri Kavramı

Türk Ticaret Kanunu'nun 122/1-a bendinde “yeni müşteriler” terimine yer verilmiştir. Ancak bu kavram geniş yorumlanmalıdır.¹⁵⁷ Acente tek bir müşteri kazandırsa dahi denkleştirme isteyebilmelidir.

Yeni müşteri, acentenin sözleşme süresi içindeki faaliyetleri neticesinde, müvekkile doğrudan veya dolayısıyla bağlanan müşterileri ifade etmektedir.¹⁵⁸ Müvekkilin geçmişte ticari ilişki kurmadığı, ilk defa acentenin aracılık faaliyeti nedeniyle ticari ilişki kurulan müşteriler, yeni müşterilerdir. Dolayısıyla, daha önceki acente zamanında ilişki kurulmuş olan müşteriler bu kapsama dahil edilmez.¹⁵⁹

Yeni müşteri kavramı, acentenin önceki temsilciliğinden beraberinde getirdiği müşterileri de kapsar.

Müvekkil tarafından önceden meydana getirilmiş ancak üzerinden uzun zaman geçmiş, tekrarlanmamış ticari bağlantıların acentenin ça-

¹⁵⁷ Ayan, s. 168.

¹⁵⁸ A. Kaya, s. 237.

¹⁵⁹ Arkan, s. 223.

basıyla tekrar canlandırılması yeni müşteri kazandırılması anlamına gelir.¹⁶⁰

Müvekkilin eski müşterileri, acentenin kazandırdığı müşteri sayılmazlar. Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra müvekkil yeni ticari organizasyonları ve çabaları ile müşteri çevresini geliştirmiş ve bu gelişmede acentenin bir etkisi yoksa burada elde edilen müşteriler acentenin kazandırdığı müşteri sayılmazlar. Şayet müşteri acentenin faaliyet alanı dışında kalan müvekkile ait bir ürünü saha önce satın almış olmasına karşın, acentenin faaliyetinin kapsadığı bir ürünü ilk defa satın alıyorsa, yeni müşteri sayılmalıdır.¹⁶¹

Müvekkilin ürün veya hizmetlerinin tanınmış markalı olması, yeni müşteri edinmede acenteye büyük oranda kolaylık sağlamaktadır. Ancak markanın tanınmış marka olması, hiçbir şekilde acentenin denkleştirme istemini engellemez. Zira tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Ancak tanınmış markanın yeni müşteri edinmedeki ortak etkisi nedeniyle hakkaniyet çerçevesinde denkleştirme miktarında indirimle gidilebilir.¹⁶²

2. Hesaplama Dikkate Alınacak Müşteriler

Acentenin denkleştirme isteyebilmesi için, acentenin kendi çabasıyla yeni müşteriler kazandırması ve bir müşteri çevresi yaratması gerekir. Bunun gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için acentenin çabası ile yeni müşterilerin müvekkille ticari ilişki kurmaları arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Müşterinin ticari ilişki kurmasına yol açan diğer etkenler yanında acentenin bu yönde bir çabasının varlığı, bu çaba ile müşteri kazanılması arasında nedensellik bağının oluştuğunun kabulü için yeterlidir.¹⁶³

¹⁶⁰ Karasu, s. 292.

¹⁶¹ M. Kaya, s. 361.

¹⁶² Karasu, s. 293.

¹⁶³ Ayan, s. 172.

Denkleştirme isteyen acente yeni müşteriler kazandığını ve bu müşterilerin sürekli müşteriler olduklarını ispatlamalıdır. Diğer bir ifade ile ispat yükü, lehine haklar çıkaran acenteye aittir.¹⁶⁴ Süreklilikten kasıt yeni müşteri ile kalıcı ilişki tesis edilmesi veya var olan müşterilerin iş ilişkisi genişletilerek kalıcı hale getirilmesidir.¹⁶⁵

Gayret ve ağırlıklı etki acenteye ait olmak şartı ile müşteri ile müvekkilin iş ilişkisinin acentelik sözleşmesi süresinin bitiminden sonra kurulmuş olması, bu müşterinin de yeni müşteri sayılmasını gerektirir.¹⁶⁶

Eğer müşteri çevresinin oluşumu çekişmeli ise mahkeme acentenin kazandığı müşteri çevresini tespit etmeye çalışır. Bu tespit müvekkilin cirosuna, acentelik sözleşmesinin başlangıcında var olan ve sözleşmenin sona erdiği tarihte acentenin müvekkile devrettiği müşteri sayısına bakılır.

İspat faaliyetinde, tarafların ticari defterlerindeki kayıtlardan, müşteri listelerinden, faturalardan, müşterilere ve alışveriş sıklıklarına ilişkin elektronik verilerden yararlanılabilir.

B. Müvekkilin Önemli Menfaatler Elde Etmesi

1. Menfaat Kavramı

Müvekkil, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin oluşturduğu müşteri çevresi ile ticari ilişkilerini sürdürebilir. Acentenin kazandığı müşterilere mal satabilir, hizmet sunabilir ve cirosunu artırabilir. Müvekkil, tüm bunları yaparak acenteye ücret ödeme yükümlülüğü olmaksızın kazanç elde edebilir. Bu durumun müvekkilin menfaat elde etmesine yol açtığı kabul edilmelidir.

¹⁶⁴ Ayan, s. 173.

¹⁶⁵ A. Kaya, s. 239.

¹⁶⁶ A. Kaya, s. 241.

Müvekkilin menfaatinin oluştuğunu kabul etmek için müvekkilin kişisel kazancı somut olarak gerçekleşmelidir. Müvekkilin menfaat elde etmediği durumlarda veya objektif sebeplerle işletmesini kapatması ya da müşteriyi terk etmesi hallerinde menfaat koşulu gerçekleşmeyeceği için acente de denkleştirmeye hak kazanamaz.¹⁶⁷ Bun karşılık işletme devam etmesine rağmen müvekkilin tamamen kötüniyetli bir şekilde, bulunan müşterilerle işlem yapmaması halinde acentenin denkleştirme istemi hakkı olduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁸ Müvekkilin menfaati, acentenin yarattığı müşteri çevresinden elde edebileceği gelire göre belirlenir.

2. Müvekkilin Menfaatinin Önemli Olması

Acentenin denkleştirme isteyebilmesi için müvekkilin menfaatinin önemli olması gerekir. Müvekkilin menfaatinin önemli olup olmadığı, müvekkilin acentenin müşteri çevresi ile ne boyutta ticari ilişkiler kuracağı, ne kadar satış yapacağı, ne kadar kazanç elde edebileceği gibi kriterlere göre belirlenmeye çalışılır. Acentenin kazandırdığı müşteri çevresiyle kurulan ilişkiler sonucunda, müvekkilin toplam cirosu artmışsa, müvekkilin menfaatinin gerçekleştiği ve gelecekte müvekkilin önemli bir menfaat elde edeceği kabul edilir. Acentenin bulduğu müşteriler sayesinde müvekkilin oluşabilecek zararının azaltılmış olması da bu şartın gerçekleşmesi sonucunu doğurur.¹⁶⁹ Önemlilik kriterinde, acentenin kazandırdığı müşteri çevresi ile kurulacak ticari ilişkilerin devamlılığı da belirleyicidir. Önemlilik, müvekkilin acentenin ticari faaliyetlerinden elde ettiği menfaatin bütün ticari işlemlerinden elde ettiği menfaatleriyle olan ilişkisine göre değil, sadece acente tarafından edinilen müşteri çevresinden beklenen işlemlerin çapına göre tespit edilir. Acente tarafından kazanılan müşteri çevresinden beklenen ticari işlemlerin kapsamı ile acentenin faaliyet göstermediği dönemlerde müvekkilin yaptığı ticari işlemlerin kapsamının karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma sonucunda arada bir fark tespit ediliyorsa, önemli menfaatten söz edilebilir.¹⁷⁰

¹⁶⁷ A. Kaya, s. 242.

¹⁶⁸ Akin, s. 622.

¹⁶⁹ M. Kaya, s. 368.

¹⁷⁰ Karasu, s. 295.

Önemlilik kriterinde, acentenin devrettiği yeni müşteri sayısı ve bunlardan elde edilen gelirin boyutu önem taşır. Eski müşterilerle, yeni müşteriler karşılaştırılarak müvekkilin menfaat elde edip etmediği tespit edilir.

Müvekkilin önemli bir menfaatinin oluşup oluşmadığının tespitinde eski müşteriler dikkate alınmaz.

2. Müvekkilin Menfaatinin Tespiti

Müvekkilin menfaatinin tespitinde üç unsur aranır. Öncelikle acentelik sözleşmesinin sona erdiği anda var olan ve öngörülebilir şartlara göre, müvekkilin acentenin yarattığı müşteri çevresiyle ticari ilişkilerini devam ettirip menfaat elde edip etmeyeceği bulunmalıdır. Müvekkilin menfaatinin tespitinde, acentenin bıraktığı yeni ve sürekli müşterilerden oluşan müşteri çevresi ve bu müşterilerle kurulan ticari ilişkinin boyutu önemlidir.¹⁷¹

Müvekkilin menfaatinin tespitinde ikinci unsur, bu müşterilerin müvekkille ticari ilişkiye girecekleri tahmini süredir. Müşterilerin müvekkille ne kadar süre içinde ve ne kadar sıklıkla ticari ilişkilerini sürdürecekleri tahmin edilmeye çalışılır. Geleceğe dair tahmin yapılırken somut olayın tüm özellikleri, faaliyet gösterilen ticaret alanı ve bu alandaki müşterilerin davranışları gibi tüm hususlar göz önüne alınmalıdır.¹⁷²

Son unsur, müşterilerin başka müvekkillere kayma oranının hesaplanmasıdır. Geçmişteki tecrübelerle bakılarak acentenin bıraktığı müşteri çevresinin, her yıl ne kadarlık kısmının azalacağı tespit edilmeye çalışılır. Bu işlemlerin sonunda müvekkilin menfaati tahmini olarak tespit edilir.¹⁷³

¹⁷¹ Ayan, ss. 177-178.

¹⁷² M. Kaya, s. 369.

¹⁷³ Ayan, ss. 177-178, M. Kaya, s. 370.

Müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden sonra da acentenin kazandırdığı müşteri çevresinden menfaat elde edeceğini acente ispatlamalıdır. Başka bir ifadeyle, müvekkilin menfaatini ispat yükü acentedir. Acente bu ispat faaliyetinde, sözleşme süresince yaşanan olaylardan yararlanarak, hakimde bir kanaat oluşturmaya çalışır. Acente ispat yükünü yerine getirirken, yarattığı müşteri çevresinin kapsamını ve iş hacmini ortaya koymak bakımından, HMK m. 222 hükmünde belirtilen ticari defterlerin lehe delil olma şartları mevcut olmak kaydıyla, usulüne uygun olarak tutulmuş ticari defterlerden yararlanabilir ya da müvekkilin bu müşteri çevresine yapılan satışlardan elde ettiği menfaatlerin tespiti için, karşı tarafın aleyhine delil teşkil eden ticari defterlerine dayanabilir. Acente ayrıca, bu müşteri çevresinin yarattığı ve yaratabileceği kazancın ispatı için vergi ödemelerini delil olarak kullanabilir. Bunun yanı sıra acente, takdiri delil olarak müşteri listelerini ibraz etmek suretiyle de müşteri çevresinden doğabilecek menfaatlerin kapsamını ispatlayabilir. Hakim, müvekkilin menfaatinin oluşup oluşmadığını acentelik sözleşmesinin sona erme anında var olan ve öngörülebilen durumları dikkate alarak tespit etmeye çalışır.¹⁷⁴

III. ACENTENİN KAYBA UĞRAMASI

A. Acentenin Ücret Kaybı

Acentenin denkleştirme isteminin koşullarından biri, acentelik sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle acentenin kayba uğramasıdır. Acentenin kaybı, acentelik sözleşmesi devam etseydi, acentenin oluşturduğu müşteri çevresi ile gelecekte oluşacak ticari ilişkilerden elde edeceği ücretten kaynaklanır.¹⁷⁵ Acentenin sözleşmesinin devam ettiği dönemde müvekkile kazandırdığı müşterilerle, sözleşme sona erdikten sonra müvekkil tarafından kurulan ticari ilişkiler, acente bakımından bir kayıp, müvekkil için ise bir kazanç niteliğindedir. Müvekkil, acenteye herhangi bir karşılık ödemeksizin bu ticari ilişkilerden gelir elde etmektedir. Acent-

¹⁷⁴ Ayan, ss. 181-182.

¹⁷⁵ Karasu, s. 297.

te ise kazandırdığı bu müşterilerden dolayı bir ücret hak etmesine rağmen, acentelik sözleşmesi sona erdiği için bu ücreti talep edememektedir. Bu durumda müvekkilin kazancı ile acentenin kaybı arasında doğru bir orantı bulunmaktadır.¹⁷⁶ Acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önce müşterilerle yapılmış olan sözleşmeler veya aracılık faaliyetleri için kural olarak denkleştirme istenilemez. Zira acente bu faaliyetleri karşılığında TTK m. 113 gereği ücret kazanmaktadır, dolayısıyla denkleştirme istemine ihtiyaç kalmamaktadır.

Denkleştirme, acentenin acentelik sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle mahrum kaldığı tüm ücretlerin kendisine ödenmesini sağlamaz. Hesaplanacak ücretler, müvekkilin acentenin oluşturduğu müşteri çevresi ile acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra akdetmesi beklenen ve acentelik sözleşmesi devam etseydi acenteye ödenecek olan ücretlerdir. Acentenin ücret kaybına uğradığının kabulü için acentenin çabasıyla oluşturulan müşteri çevresi ile ticari ilişkiler kurulacak olması yeterlidir.¹⁷⁷ Acentelik sözleşmesine göre yeni müşteriler sebebiyle ücret, sözleşmenin sona ermesine rağmen bir şekilde ödenmişse denkleştirme istemi ileri sürülemez.¹⁷⁸

Hesaba esas alınan ücretler, aracılık faaliyetinden kaynaklanan brüt ücretlerdir. Ücret kaybının olup olmadığının belirlenmesinde esas olarak kök ücret esas alınmakta, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonların dahil edilmeyeceği madde gerekçesinde de ifade edilmektedir.¹⁷⁹

B. Acentenin Ücret Kaybının Tespiti

Acentenin ücret kaybı gelecekte gerçekleşecektir. Bunun tespiti de varsayıma dayanır. Acentelik sözleşmesinde var olan ve öngörülebilir

¹⁷⁶ Akin, s. 624.

¹⁷⁷ Ayan, s. 184.

¹⁷⁸ A. Kaya, s. 243.

¹⁷⁹ Aybar Badak, s. 186.

olaylar esas alınır. Hakim geçmiş ve mevcut koşulları temel alarak gelecekte ortaya çıkacak ücret kaybını tespit etmeye çalışır.

Acentenin ücret kaybının tespitinde acentenin son sözleşme yılında elde ettiği ücretler esas alınır. Ancak tahsil komisyonu gibi acentenin müşteri çevresi oluşturma faaliyeti sayılmayan ücretlere ilişkin kayıplar denkleştirme isteminin konusu olmaz.¹⁸⁰ Son yılda olağanüstü gelişmeler yaşanmışsa, acentenin ücret kaybının ortalama değerini tespit etmek için sözleşme süresi içindeki başka bir 12 aylık zaman diliminden yararlanılır. Sözleşme süresi 12 aydan kısa ise sözleşme süresi içinde ortaya çıkan ücretler dikkate alınır. Sözleşme süresi aya bölünür ve 12 ile çarpılır.¹⁸¹

Acentenin kazandığı müşteri çevresinin azalma oranı ile tahmini olarak ne kadar süre boyunca ve ne sıklıkta müvekkille ticari ilişkiye girecekleri tespit edilir. Azalma oranı hesaplanırken, geçmişteki deneyimlerden yararlanılır. Acentenin kazandığı müşterilerden elde edilen ciro lar karşılaştırılır. Her yılın bitimindeki ciro rakamları karşılaştırılarak ortalama azalma oranı tespit edilir. Müşteri sayısının azalması ciroda, satılan mal sayısında bir etki yapmıyorsa bu azalma önemsizdir.

Tahmini zaman süreci, acentenin kazandığı müşterilerin müvekkil ile kaç yıl içinde ve ne kadar sıklıkla ticari ilişki kuracaklarının tespiti ne ilişkin bir süredir. Tahmin için sözleşmenin sona erdiği anda öngörülebilir tüm koşullar dikkate alınır.

Acenteye yapılacak toptan ödeme nedeniyle faiz indirimi uygulanarak acentenin kaybı hesaplanır. Çünkü acente yıllar içinde kazanacağı ücretleri, denkleştirme istemiyle peşin olarak elde etmektedir. Faiz indirimi oranında genel kabul gören belirli bir yüzde oranı yoktur. Hakim somut olayın koşullarını dikkate alarak, belli bir oranda faiz indirimi yapılmasına karar verebilir.¹⁸²

¹⁸⁰ M. Kaya, s. 373.

¹⁸¹ Ayan, s. 187.

¹⁸² Ayan, s. 189.

Acentenin ücret kaybına uğradığını ispatlama yükü acentededir. Zira TMK m. 6'ya göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. HMK m. 190/1 de bu kuralı daha açık bir ifadeyle, *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”* şeklinde tekrarlayarak vurgulamaktadır.¹⁸³

IV. ACENTEYE DENKLEŞTİRME ÖDENMESİNİN HAKKANİYETE UYGUN OLMASI

Acentenin denkleştirme isteminin kabul edilebilmesi için, somut olayın tüm özellikleri dikkate alındığında, acenteye denkleştirme ödenmesi hakkaniyete uygun olmalıdır. Hakkaniyet acenteye denkleştirme ödenmesi için bağımsız ancak diğer koşullarla bir arada olması gereken bir koşuldur.¹⁸⁴ Bu husus TTK m. 122/1-c bendinde *“Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Hakkaniyet denetimi kural olarak, müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı koşulları oluştuktan sonra gerçekleştirilir. Hakkaniyet denetiminden, müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı koşullarını yorumlamak ve bu menfaat ile kayıp hesaplaması sonuçlarını düzeltmek için yararlanılmalıdır.¹⁸⁵

Hakkaniyet, somut olayın koşulları ve özellikle de sözleşmenin sona erme nedenleri dikkate alındığında acentenin denkleştirme isteyip isteyemeyeceğinin belirlenmesinde kullanılır.¹⁸⁶ Sözleşme ilişkisinin

¹⁸³ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, ss. 371-372, Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, s. 542.

¹⁸⁴ Karasu, s. 299.

¹⁸⁵ Ayan, s. 191.

¹⁸⁶ Zevkililer, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre; Medeni Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 196.

türü, zamanı, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği, acentenin şimdiye kadarki başarıları, tarafların hukuka aykırı davranışları, sözleşmenin sona ermesinde kimin kusurlu olduğu gibi birçok husus dikkate alınmalıdır.¹⁸⁷ Acentelik sözleşmesine yabancı unsurlar denkleştirme bedelinin belirlenmesinde hakkaniyet ölçütü üzerinden dikkate alınmaz. Belirtmek gerekir ki, hakkaniyet, acentenin denkleştirmeye hak kazanıp kazanmadığının tespitinin yanı sıra denkleştirme miktarının tespitinde de göz önünde bulundurulacak bir unsurdur. Bu kapsamda acentenin, müvekkile müşteri kazandırma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya faaliyetleri bakımından gayret sarf etmiş olması, müvekkilin faaliyet gösterdiği piyasadan kendine pay sağlamamış, diğer bir anlatımla o sektörde kendi lehine avantaj sağlama çabasına girmemiş olması gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Gerekçesinde, acentenin gayret gösterdiği her halde kural olarak hakkaniyet koşulunun gerçekleşeceği belirtilmiştir. Acentelik sözleşmesi kapsamındaki ürünün markasının tanınırlığının ve çekim gücünün yüksekliğinin denkleştirme bedelinin takdirindeki rolü de hakkaniyet ilkesi bağlamında gündeme gelen bir konudur. Markanın tanınırlığı denkleştirme isteminin yok sayma için bir gerekçe teşkil etmez. Ancak bir ürünün veya hizmetin satımında markanın kolaylaştırıcı etkisi de yadsınamaz. İşte bu noktada markanın tanınırlığı ve etki gücü hakkaniyet ilkesi ışığında yorumlanmalı ve denkleştirme bedelini taktirde rol oynamalıdır.¹⁸⁸

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DENKLEŞTİRME MİKTARININ HESAPLANMASI

I. GENEL OLARAK

Acentenin denkleştirme miktarının hesaplanması konusunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 122/2. maddesinde sadece denkleştirmenin üst sınırı düzenlenmiştir. Buna göre; *"Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşı-*

¹⁸⁷ M. Kaya, s. 375.

¹⁸⁸ A. Kaya, s. 246, Aybar Badak, s. 187.

maz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır."

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, tarafların bazı özel hesaplama yöntemleri kararlaştırmaları mümkündür.¹⁸⁹ Ancak kararlaştırılan hesaplama yöntemleri, taraflardan birinin oldukça aleyhine olup, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması, ahlaka aykırı olması durumlarında geçerli kabul edilmemelidir. Ayrıca, TTK m. 122/2'deki üst sınırın değiştirilmesi de mümkün değildir.¹⁹⁰

TTK m. 122/1'de acentenin uygun bir tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. Ancak uygun terimiyle kastedilenin ne olduğu konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Bu durumda hakim her somut olayda belli bir sınır içinde takdir yetkisini kullanacaktır. Bu türden uygun tazminat yani eski dildeki ifadeyle muhik tazminat ibaresi içeren kanun hükümlerinin, TMK m. 4 anlamında hakimin takdir yetkisine gönderme yaptığı kabul edilmektedir.¹⁹¹

II. DENKLEŞTİRME MİKTARININ HESAPLANMASI YÖNTEMİ

Acenteye denkleştirme ödenmesi gerektiği tespit edildikten sonra ödenecek denkleştirme miktarının hesaplanması süreci başlar. Denkleştirme miktarı üç aşamalı bir işlemle bulunur. Birinci aşamada, müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı hesaplanır. Böylece acenteye ödenecek denkleştirme miktarının ham karşılığı bulunur. İkinci aşamada, bu sonuç hakkaniyet denetimine tabi tutulur. Birinci ve ikinci aşamada yapılan hesaplamada uygun denkleştirme miktarı bulunurken üst sınır dikkate alınmaz. Bu hesaplamalar ham karşılığa göre yapılır. Üçüncü aşama denkleştirme miktarının üst sınırının belirlenmesidir. Önce acenteye ödenecek ham karşılık bulunur. Bulunan bu ham karşılık üst sınırı aşılıyorsa rakam üst sınır düzeyine indirilir.¹⁹²

¹⁸⁹ Aybar Badak, s. 188.

¹⁹⁰ Ayan, s. 193, Aksi yöndeki görüş için bkz. Akın, ss. 627-628.

¹⁹¹ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, ss. 99-106.

¹⁹² Ayan, s. 194.

A. Ham Karşılığın Hesaplanması

Denkleştirme miktarının hesaplanmasının temeli, ham karşılığın bulunmasıdır. Ham karşılığın hesaplanması için önce müvekkilin menfaatinin daha sonra da acentenin kaybının tahmini olarak hesaplanması gerekir. Tahmin sürecinde müvekkilin acentenin kazandırdığı müşterilerle sözleşme sonrasındaki ilişkilerinden ne ölçüde menfaat elde edeceği, eğer sözleşme ilişkisi devam etseydi acentenin elde edebileceği ücretlerin ne kadarını kaybettiği, her sektörün kendi özellikleri, rekabet koşulları, acentenin sözleşme sonrası faaliyetleri ve müşteri dalgalanmaları dikkate alınır. Tahmin sürecinde acentelik sözleşmesinin sona erme zamanı esas alınır. Çünkü denkleştirme istemi acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel olur.¹⁹³

1. Müvekkilin Menfaatinin Tespiti

Ham karşılığın hesaplanmasında ilk işlem müvekkilin menfaatinin tespittir. Zira denkleştirmenin temeli müvekkilin gelecekte elde edeceği kazancın acenteye ödenmesidir. Ham karşılığın hesaplanmasında menfaat ve kayba ilişkin bütün somut veriler, sözleşmenin sona erdiği tarih esas alınarak toplanır.¹⁹⁴

Müvekkilin menfaati, acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile derhal ortaya çıkmaz. Bu menfaat gelecekte somutlaşacaktır. Bu nedenle müvekkilin menfaatinin tespiti varsayımsal olarak yapılır. Bu tahmini hesaplamada geçmişte elde edilen gelirler ve sözleşmenin sona erdiği anda var olan ve öngörülebilir durumlar dikkate alınır. Müvekkilin menfaati, sözleşmenin sona ermesi ile müvekkilin, acentenin kazandırdığı müşteri çevresinden yararlanacağı ve elde edeceği gelirler vasıtasıyla bulunur. Bu tahmin sürecinde müvekkilin elde edeceği tüm gelirler hesaba katılır. Bu konuda tarafların kayıtlarını teyit etmek önem taşıyabilir.¹⁹⁵ Müvekkilin, acentenin kazandırdığı müşteriler ile gelecekteki ticari ilişkileri ve

¹⁹³ Ayan, s. 195.

¹⁹⁴ Akin, s. 629.

¹⁹⁵ Ertabak, s. 93.

bu ilişkinin süreceği süre tahmini olarak tespit edilir. Bununla birlikte müşteri çevresinin gelişim hızının tespitinden yola çıkarak bir sonuca varmak düşünülebilir.¹⁹⁶ Hakimin kararı tahmini süreye ve kazanca göre oluşur.¹⁹⁷

Ancak müvekkilin menfaatinin tespitinde pratik bir kural vardır: Müvekkilin kazancı en az acentenin ücret kayıpları kadardır. Müvekkilin acentenin oluşturduğu müşteri çevresinden kaynaklanan menfaati ile acenteye ödenmeyen ücret kayıpları örtüşür. Bu nedenle öncelikle acentenin kaybının tespitinde fayda vardır.

2. Acentenin Kaybının Tespiti

Acente kaybının tespitinde sözleşme ilişkisinin sona ermesinden önceki yılda acentenin elde ettiği gelir esas alınır. Acentenin kaybının hesaplanmasında müşterinin azalma oranı ve müşterilerin ne kadar süre müvekkille ticari ilişkilerine devam edeceklerine ilişkin tahmini süre de belirleyici rol oynar.

Son yılki gelirden her yıl için müşteri aşımı oranı düşülerek, ilişkinin devam edeceği süre boyunca elde edilmesi beklenen ücret yani acentenin toplam kaybı tespit edilir.

Acentenin ücret kaybının hesaplanmasında net kazanca başvurulur. Yapılacak tahmini hesaplamada, acentenin sözleşme ilişkisinin bitmesinden önceki 12 ay içindeki ücretler esas alınır. 12 aydan kısa süreli acentelik sözleşmelerinde, sözleşme süresi içinde ortaya çıkan ücretler dikkate alınır. Sözleşme süresi aya bölünür 12 ile çarpılır.

Tahmin sürecinde müşterilerin azalma oranı hesaplanır. Müşteri azalma oranı hesaplanmasının nedeni yeni müşterilerin belli bir zaman sonra artık müvekkille ticari ilişki kurmamalarıdır. Bu nedenle müşteri çevresi tüm tahmin sürecinde sabit olarak hesaplanmaz. Bu azalma yüz-

¹⁹⁶ Ertabak, s. 95.

¹⁹⁷ Ayan, s. 196.

desi, kural olarak müşteri kaybı listesine göre yapılır ve sözleşme süresi sona erdikten önceki cironun gelişimine göre bu oran tespit edilmeye çalışılır.¹⁹⁸

Tahmin temeline dayanarak bulunan ücret kaybının, yine tahmini bir süre için ödenmesine karar verilir. Ücret kaybının hesaplanmasında, ortalama 5 yıllık tahmini süre her yıl için ödenen hesaplanan ücret kayıplarının toplamı olarak ödenir. İlk yılda bulunan ve ilk yıl için hesaplanan ücret kaybının diğer yıllarla çarpılıp, sonucunun bulunması uygun değildir. Yıllık ücret kaybı, yıllık müşteri azalması mahsubu ile bulunur ve sürekli azalır.

Acentenin kaybında son işlem, faiz indirimidir. Acentelik sözleşmesi devam etseydi acentenin yıllar içinde elde edeceği gelirin bir anda ve toplu şekilde ödenmesi nedeniyle bu miktara faiz indirimi uygulanması gerekir.¹⁹⁹ İndirimde esas alınacak faiz oranı, ticari işlerde geçerli yasal faiz oranı olmalıdır.

B. Hakkaniyet Denetimi

Müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı soyut olarak hesaplanır. Hakkaniyet ise somut olaya göre şekillenir. Hakkaniyet denetimi sayesinde müvekkilin kazancı ile acentenin kayıplarının hesaplanmasında elde edilen matematiksel verileri somut olayın koşullarına göre düzeltmek mümkündür. Bu denetim neticesinde denkleştirme miktarı yükseltilebilir, azaltılabilir hatta ortadan kaldırılabilir. Bu nedenle, öncelikle kayıp ve kazançların belirlenmesi, daha sonra hakkaniyete göre denetim yapılması gerekir. Acentenin denkleştirme istemi üzerine hakkaniyete göre yapılacak değerlendirmede bu hakkın tamamıyla korumaya değer olup olmadığı, denkleştirmede indirim veya yükseltme yapılmasına gerek olup olmadığı araştırılır. Hakkaniyete dayanan karar; açık, şeffaf ve objektif olarak kontrol edilebilir olmalıdır. Bu kararda, hakkaniyetin or-

¹⁹⁸ Ayan, s. 197.

¹⁹⁹ Ayan, s. 198, Akın, s. 630.

taya çıkmasına, hakkaniyete göre karar verilmesine neden olan olaylar, gerekçeler açıkça gösterilmelidir.²⁰⁰

Hakkaniyet denetimi, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak yapılır. Ancak her somut olay farklı özellik göstereceği için genel bir hakkaniyet kriteri yaratılamaz. Sözleşmenin sona ermesinden sonra, taraflar arasındaki rekabet yasağının ihlali denkleştirme istenilmesini engellemeyecek ancak müvekkil lehine bir indirim sebebi teşkil edecektir.²⁰¹ Öte yandan, taraflar arasında rekabet yasağı sözleşmesi imzalanmadıysa acente aynı alanda faaliyete devam edecekse ve müşterileri ona sadık kalacaksa, bu durumun tazminatta önemli bir indirim sebebi oluşturacağı dikkate alınabilir. Ayrıca, acentenin standart ücreti haricinde elde ettiği ve denkleştirmede karşılanması hedeflenen bedelleri karşılayan, garanti komisyonu gibi ödemeler alması halinde de önemli bir indirim sebebi olarak kabul edilebilecektir. Bunlara ek olarak acentenin masraflardan kurtulmuş olmasının indirim nedeni olmayacağı, ancak kimi durumlarda kurtulduğu masrafların acentenin gelirlerine oranının yüksek olması halinde indirim nedeni olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir.²⁰²

Taraflar arasındaki sözleşme ile acentenin müşteri portföyünü devretmeyeceği kararlaştırılmış da olabilir. Sözleşmede böyle bir karar verilmiş olması ya da müşterilerini devretmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmaması hatta müvekkilin böyle bir talebi olmaması halinde bile, sözleşme süresi boyunca müvekkil tüm müşteri bilgilerini sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle elde etmiş olabilir. Bu takdirde denkleştirmede bir indirim olması düşünülebilir. Aynı şekilde acente de sözleşmenin sona ermesinin ardından, taraflar arasında rekabet etmeme sözleşmesi olmamasını da fırsat bilerek, benzer faaliyet alanında kendisi iş yapmaya başlayabilir ve müşterilerini müvekkile devretmiş olmasına rağmen şahsi bağlantıları ile aynı müşterilerle iş yapabilir. Bu durumda da hakkaniyet önemli bir indirim yapılmasını gerektirecektir.²⁰³

²⁰⁰ Ayan, s. 199.

²⁰¹ Aybar Badak, s. 190.

²⁰² Karasu, s. 301.

²⁰³ Aybar Badak, s. 191.

C. Denkleştirmenin Üst Sınırı

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 122/3. maddesinde *"Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır."* denilerek acentenin denkleştirme isteminin üst sınırı belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, acenteye ödenecek denkleştirme miktarının üst sınırı, acentenin son beş yıldaki kazancının bir yıllık ortalaması olacaktır.

Denkleştirmenin üst sınırının işlevi, ham karşılığın miktarını yani rakamsal olarak bulunan denkleştirme miktarını sınırlamaktır. Üst sınır hesaplandıktan sonra ham karşılığın üst sınırı geçip geçmediği tespit edilir. Acentenin ortalama bir yıllık gelirinden fazla çıkan ham karşılık miktarı acenteye ödenmez. Eğer ham karşılık miktarı üst sınırı geçiyorsa üst sınıra kadar indirim yapılır. Eğer ham karşılık üst sınırı geçmemişse yapılacak bir işlem yoktur.

2. Üst Sınırının Hesaplanması

Üst sınır, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önceki beş yıl içinde acenteye yapılan ücret ve diğer ödemelerin yıllık ortalama tutarındır. Acentelik sözleşmesi beş yıldan daha kısa süreli ise sözleşme süresinin ortalaması dikkate alınır. Bir yıldan az süren acentelik sözleşmelerinde acenteye ödenecek denkleştirme miktarının üst sınırı, sözleşme süresi ile sınırlı olmalıdır.²⁰⁴

Acenteye ödenecek denkleştirme miktarının üst sınırını belirlemede yıllık brüt ücretler esas alınmalıdır.²⁰⁵

²⁰⁴ Ayan, s. 210.

²⁰⁵ Ayan, s. 207, M. Kaya, s. 387, Karasu, s. 304.

Üst sınır hesabında sadece acentenin kazandırdığı müşteri çevresinden elde ettiği gelirler hesaba alınmaz. Üst sınır hesabında, acentenin kazandırdığı müşterilerden elde ettiği gelirlerin yanı sıra, müvekkilin eski müşterileriyle olan ticari ilişkilerden kaynaklanan ve bölge ücretleri dahil tüm ücret gelirleri hesaplamaya dahil edilir.²⁰⁶

Acentenin aracılık ve sözleşme akdetmesinden hak kazandığı ancak muaccel olmamış ücretler de yıllık ücret hesaplamasına dahil edilir.²⁰⁷

SONUÇ

Acentenin denkleştirme istemi, müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden sonra acentenin oluşturduğu müşteri çevresinden herhangi bir karşılık ödemediği yararlanacak olması nedeniyle, hakkaniyet gereğince acenteye ödenmesi gereken bir karşılıktır.

Acentenin denkleştirme isteme hakkına ilişkin olarak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak bu hak ilk olarak doktrinde kabul edilmiş, daha sonra da Yargıtay kararlarında da yer bulmuştur. 14.06.2007 tarihinde yürürlüğe giren Sigortacılık Kanunu'nun 23. maddesinin 16. fıkrasında sigorta acentelerinin denkleştirme isteme hakkı bir yenilik olarak düzenlenmiştir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile acentenin denkleştirme isteme etme hakkı bütün acenteleri kapsayacak şekilde daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Böylelikle bu konuda Türk Hukukunda var olan yasal düzenleme eksikliği giderilmiştir.

Acentenin denkleştirme istemi konusunda doktrinde terim birliği sağlanamamış ve çeşitli terimlerle kullanılmıştır. Kanaatimizce yasa koyucunun kullandığı “denkleştirme istemi” teriminin doktrinde ve uygulamada yerleşmesi yerinde olacaktır. Ancak TTK m. 122/1 son cümlede “uygun bir tazminat isteyebilir” ibaresi ile TTK m. 122/2’de “tazminat” ibaresinin kullanılması kanaatimizce uygun olmamıştır. Bu nedenle

²⁰⁶ Karasu, s. 303, M. Kaya, s. 387.

²⁰⁷ M. Kaya, s. 387.

madde metninde değişiklik yapılarak “*uygun bir denkleştirme talep edebilir*” (TTK m. 122/1) ve “*denkleştirme bedeli*” (TTK m. 122/2) denilmesi uygun olacaktır.

Acentenin denkleştirme isteminin hukuki niteliği de tartışmalı konulardan biridir. Bu hakkın niteliğinin; hakkaniyetten kaynaklanan bir talep olduğu, bir tazminat olduğu ve bir karşılık talebi olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce denkleştirme istemi sosyal koruma fonksiyonu taşıyan bir karşılık talebidir. Denkleştirme isteminin oluşumunda temel olarak hakkaniyet düşüncesi etkilidir. Acentenin ekonomik durumunun iyileştirilmesi ve acentenin sosyal olarak korunması düşünceleri bu hakkın tanınmasında rol oynamıştır.

Türk Ticaret Kanunu’nun 122/4. maddesinde, denkleştirme isteminin sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıllık süre içinde ileri sürülmesinin gerektiği belirtilmiştir. Ancak bir yıllık süre içinde ileri sürülme zorunluluğu, acentelik sözleşmesinden kaynaklanan diğer taleplerin tabi olduğu beş yıllık zamanaşımı süresi ile çelişmektedir. Bu süre hak düşürücü süre olarak kabul edilirse, alacak hakkının hak düşürücü süreye bağlanmasının Türk hukuk sistemi ile bağdaşmaması gerekçesi ile eleştirilebilir. Kanunun gerekçesinde anılan sürenin zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre olup olmadığı konusundaki nitelemenin doktrine bırakıldığı belirtilmiştir. Ancak yerinde olmayan bu durum, ihtilafların ve tartışmaların yaşanılmasına sebep olacaktır. Ayrıca anılan hükümde belirtilen sürenin, acentenin denkleştirme istediğini müvekkile bildirmesi için geçerli olan süre mi olduğu yoksa davanın da bu süre içinde mi açılması gerektiği konusunda açıklık yoktur. Kanaatimizce anılan bir yıllık süre acentenin denkleştirme istediğini müvekkile bildirmesi gereken süre olarak kabul edilmeli, davanın ise TBK m. 147/5 uyarınca beş yıllık sürede açılabilceği düşünülmelidir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, doktrinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 134/1. maddesinin geniş yorumlanmasıyla acentenin denkleştirme istemine yasal bir dayanak bulunabileceği öne sürülmüştür. Yine doktrinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 134/2. maddesinin acentenin denkleştirme istemini

kapsayan bir madde olduğu, bu maddenin geniş yorumlanmasıyla Türk hukukundaki acentenin denkleştirme istemi konusundaki boşluğun doldurulabileceği öne sürülmüştür. Yargıtay'da bu görüşü benimseyerek acentenin denkleştirme istemini kabul ettiği kararlarında, dayanak olarak TTK m. 134/2 hükmünü kullanmış, hükmün geniş yorumlanması ve kıyasen uygulanması sonucunda acentenin denkleştirme isteyebileceği sonucuna varmıştır. Çalışmamızda açıkladığımız nedenlerle her iki görüşün de yerinde olduğunu söyleyebilmek kanaatimizce mümkün değildir. Zaten 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde acentenin denkleştirme isteminin bağımsız bir hüküm olarak düzenlenmesiyle yukarıda bahsi geçen tartışmaların ortadan kalktığını söyleyebiliriz.

Acentenin denkleştirme isteminin koşulları; acentelik sözleşmesinin denkleştirme istemini doğuracak şekilde sona ermesi, müvekkilin acente tarafından kazandırılan müşterilerden sözleşmenin sona ermesinden sonra da menfaat sağlayacak olması, acentenin kayba uğraması ve acenteye denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete uygun olması şeklinde sıralanabilir.

Olağan fesih bildirimi acente tarafından yapılmışsa, acentenin denkleştirme isteyebilmesi için bu feshin haklı sebebe dayanması gerekir. TTK m. 122/3 hükmüne göre, de haklı sebebin de müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanması gerekmektedir. Buna göre, acentenin kusuru olmaksızın ortaya çıkan hastalık veya yaşlılık gibi sebeplerle sözleşmenin bildirimli olarak acente tarafından feshedilmesi halinde denkleştirme istenemez. Bu durum ise kanaatimizce hakkaniyete aykırı olacaktır. Acentenin kusurundan doğmayan sebeplerle yapılan bildirimli fesihte de denkleştirme isteyebileceğinin Kanunda yapılacak bir değişiklikle düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Denkleştirme miktarı üç aşamalı bir işlemle hesaplanır. İlk aşamada müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı hesaplanır. Böylece acenteye ödenecek denkleştirme miktarının ham karşılığı bulunur. İkinci aşamada, ham karşılık hakkaniyet denetimine tabi tutulur. Son aşamada da denkleştirme miktarının üst sınırı belirlenir.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
Age.	: Adı Geçen Eser
ATK	: Alman Ticaret Kanunu
ATF	: İsviçre Federal Mahkemesi (Recueil des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse)
Bas.	: Baskı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa aralığı
SMK	: Sigorta Murakabe Kanunu
TD.	: Ticaret Dairesi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı

KAYNAKÇA

Akın, İrfan; Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 62, Sayı: 3, 2013, ss. 613-641.

Akkan Daniş, Çiğdem; Acentelerin Komisyon (Ücret) Talep Etme Hakkı, İzmir Barosu Dergisi Sayı: 4, Ekim 2007, ss. 213-239.

Alışkan, Murat ve Gençtürk, Muharrem; Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK'nın 129. Maddesine Göre Komisyon Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente İle Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu-Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, ss. 19-43.

Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014.

Ayan, Özge; Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Ayan, Özge; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, 2010, ss. 79-120.

Aybar Badak, Zehra; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 24, Güz 2013/2, ss. 167-201.

Ayhan, Rıza, Özdamar, Mehmet ve Çağla, Hayrettin; Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yenilenmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Baştuğ, İrfan ve Erdem, Ercüment; Ticari İşletme Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1993.

Can, Ozan; Acentenin Denkleştirme İstemine ve Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Hükümlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 103 (1) Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanırlığı, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2012, ss. 27-36.

Cengiz, Ali; Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2011, ss. 140-165.

Çeker, Mustafa; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana, 2012.

Deryal, Yahya; Ticaret Hukuku, Geliştirilmiş 6. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon, 2002.

Dönmez, Onur; Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Erdem, Ercüment; Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)-Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Yayınları İstanbul, 2003, ss. 91-120.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Eriş, Gönen; Açıklamalı İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu-Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt:1, Gözden Geçirilerek Güncellenmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Ertabak, Ünal; Tek Satıcının Müşteri Tazminatı Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.

Franko, Nisim; Acentanın Ücret Hakkı-Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1995, ss. 164-174.

Gürzumar, Berat Osman; Franchise Sözleşmesi ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

Havutçu, Ayşe; Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995.

İmregün, Oğuz; Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.

İnan, Nurkut; Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:XVII, Sayı:2, 1993, ss. 55-77.

İşgüzar, Hasan; Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1989.

Karahan, Sami; Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2007.

Karasu, Rauf; Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:4, 2008, ss. 283-318.

Kaya, Arslan; Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Kaya, Mustafa İsmail; Acentelik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Kaya, Nebi; Alman Hukukuna Göre Portföy Tazminatından Sözleşme İle Vazgeçilebilir mi? (Münih İstinaf Mahkemesi'nin 11.01.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)-Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007, ss. 3-12.

Kayihan, Şaban; Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Kınacıoğlu, Naci; Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1963.

Kuru, Baki, Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2011.

Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2006

Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1998.

Ormancı Altınok, Pınar; Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1 58, Sayı:3, 2009, ss. 451-480.

Öztaş, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Poroy, Reha ve Tekinalp, Ünal; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 18. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007.

Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007.

Reva, Zeynep; Acente Portföy Tazminatı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Yeri, Sigorta Araştırmaları Dergisi, Sayı:2, Temmuz 2006, ss. 219-244.

Seliçi, Özer; Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977.

Sopacı, Birgül; Sigorta Acentesinin Portföy Akçesi Hakkı-Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, ss. 439-460

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:I/I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982.

Tandoğan, Haluk; Tek Satıcılık Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:XI, Sayı: 4, Aralık 1982, ss. 1-36

Tekinalp, Ünal; Türk Hukukunda Acentanın Portföy Akçası Talebi-Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, ss. 1-17.

Tekinay, Selahattin, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altıtop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2011.

Ülgen, Hüseyin, Teoman, Ömer, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer, Kaya, Arslan ve Nomer Ertan, N. Füsün; Ticari İşletme Hukuku, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınları İstanbul, 2002.

Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Zevkliler, Aydın, Acabey, Beşir ve Gökyayla, Emre; Medeni Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,

İİK.'NUN 88. MADDESİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME

▪ Av. Talih UYAR*

Özet: Haczedilen şeyin; a)Para,kıymetli evrak,altın,gümüş gibi kıymetli şeylerden olması halinde haczin geçerliliği için icra dairesince mutlaka fiilen el konulmuş olması gerekir. b)Kıymetli şeyler dışındaki diğer taşınır mallara konulan haczin geçerliliği için ise icra dairesince bunlara fiilen el konulmuş olması zorunlu değildir. Bunlar ya masrafı alacaklıdan peşin alınarak uygun bir yerde saklanır ya da alacaklı izin verdiği takdirde borçlu ya da üçüncü kişi yanında bırakılabilir.

Anahtar Sözcükler: Para, banknot, hamiline ait senet, poliçe, ciro su mümkün senet, altın, gümüş, emanet, vedia, âriyet, borçlu elinde bulunan ciro su kâbil senet, haciz ihbarnamesi, hâmiline ve emre muharrer senetler, nama yazılı senet, emre muharrer havale, emre yazılı ödeme vaadi senetleri, faiz ve kâr kuponları, tasarruf bonoları, ipotekli borç senedi, irad senedi, varant, taşıma senetleri, konşimento, makbuz senedi, şirket hisseleri , menkul malların haczi, ilmühaber, çıplak pay hissesi, ticari işletme rehni, yediemin, seferden men, üçüncü kişilerdeki 'doğmuş' ya da 'doğacak' (müstakbel) hak ve alacaklar, ciro su kabil senet

Abstract: In the case the things to be seized are; a) Valuable things (such as, money, negotiable instruments, gold, silver) those must be actually should be confiscated by the execution office for the validity of seizure. b) actual impoundment is not necessary for the validity of the seizure of the other movable assets except valuable things. Those may be stored in a suitable location provided that the costs are received from the creditor or those may be left to the debtor or third parties if the creditor allows.

Key Words: Money, bank notes, bearer instrument, bond, order instrument, policy, gold, silver, safety, bailment, loan, turnover capable of stocks in the hands of the debtor, lien notification, promissory note, bearer paper, bearer bonds, bill penal, interest and dividend coupon, saving bonds, mortgage certificate, annuity bond, warrants, transport bills, bills of lading, ware receipts, company shares, seizure of movable property, interim certificate, bare share, commercial enterprise pledge, trustee, arrest of ships, 'current' or 'arising' (future) claims and receivables in the third person, endorsable instrument.

* İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Ün v. Huk. Fak. E. Öğr. Gör v.)

A- Haczedilen şey; a) Para, b) Banknot, c) Hâmiline ait senet, d) Poliçe, e) Ciro su mümkün diğer bir senet, f) Altın, gümüş ve diğer kıymetli şeylerden ise, bunlar doğrudan doğruya icra dairesi tarafından saklanı r (muhafaza altına alınır) (İİK. mad. 88/I). Yani bunlar İİK. mad. 9'da ö ngörülen bankalardan birinin kasasına konur (Yön. mad. 92, 93; İİK. mad. 88).¹

Maddede sayılanlardan «banknot» belirli bir altın karşılığını içerir

*İzmir Barosu Avukatlarından. (9 Eylül Ün v. Huk. Fak. E. Öğr. Gör v.)

¹ Mahcuz malları muhafaza tedbirleri

1- Taşınır lar hakkında

MADDE 88 - Hac zolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeleri ve sair ciro su kabil senetlerle altın ve gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.

Diğer taşınır mallar masrafı peşinen alacaklıdan alınarak münasip bir yerde muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse istenildiği zaman verilmek şartı ile muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği takdirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değ işi kildiği yapılabilir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz.

İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınır lar ise, icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir.

Haczedilen mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Adalet Bakanlığının onayıyla alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşuluyla devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu depoların yönetmelikte belirlenen nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Adalet Bakanlığı tarafından verilir. Haczedilen malların muhafaza işlemleri; lisanslı yediemin depolarının kuruluşuna, bu depolarda bulunması gereken asgari niteliklere, depo için alınacak teminata, mallar için muhtemel rizikolara karşı yapılacak sigortaya; işletici olma niteliklerine, işletici lisansına, Adalet Bakanlığı tarafından bu lisansın verilmesine; Adalet Bakanlığının lisanslı işletmelerle ilgili görev ve yetkilerine; faaliyetin durdurulması ya da iptali gibi idari tedbir ve tasarruflara; bu depoların denetimine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenir. Haczedilen malların muhafazası aşamasındaki ücretler Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek tarifeyle belirlenir.

İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine hacizli malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere re'sen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü icra mahkemesinin kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9 uncu madde hükmüne göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar icra mahkemesi tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür.

İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan araçlar, en geç üç iş günü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim edilir. Aracı teslim alan icra müdürlüğü, aracın yakalanmasını isteyen icra müdürlüğüne bildirimde bulunur.

(İİK. 9, 23, 86, 95, 271, 358; TCK. 289, TTK. 13, 841, 6183 s. K. 77, 821; Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği Adalet Bakanlığı Depo ve Garajlarının Çalıştırılmasına Dair Yön.)

ve istendiği zaman altına çevrilmesi mümkündür. Bugün memleketimizde banknot kullanılmamaktadır.

Maddede belirtilen «*kıymetli şeyler*» doğrudan doğruya icra dairesi tarafından el konulmadıkça, haczedilmiş sayılmazlar. Başka bir deyişle, bunlara icra dairesi tarafından el konulması, haczin geçerlik koşuludur.^{2 3}

«*Para*»nın haczedilmiş olması halinde, icra dairesi, bunu «öde-me» olarak kabul edip, hacizden kaçınamaz. Çünkü, icra memuru, diğer alacaklıların hacze katılmalarını sağlayabilmek için parayı haczetmeli ve İİK.'nun 100 ve 101. maddelerindeki sürelerin yani «hacze katılma süreleri»nin geçmesinden sonra, alacaklının paraya çevirme istemini beklemezsizin, haczettiği parayı alacaklıya ödemelidir.⁴ **Yüksek mahkeme**⁵ de «borçlunun işyerinde yapılan hâsılat haczinin, İİK.'nun 88/I. maddesine uygun bir haciz işlemi olduğunu, çünkü para alacaklarının haczinin ancak haczedilen paraya el konulmak suretiyle yapılabileceğini» belirtmiştir.

Ancak; *icra müdürlüğünün dosyasında bulunan paraya* «müzekkere (haciz yazısı) yazılarak» haciz konulabilir. Bu paranın, İİK. mad. 88/I'e göre «fiilen haczedilip muhafaza altına alınmasına» gerek yoktur.⁶ Açıklanan bu hükmüyle, İcra ve İflâs Kanunumuz, borçluya ait «*kıymetli evraka bağlanmış*» hak ve malların haczini, diğer mallarından farklı olarak özel kurallara bağlı tutmuş ve bu senetlerin ancak «*el koymak*» suretiyle hacizlerinin mümkün olabileceğini belirtmiştir.

² POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, s: 305 – PEKCANİTEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZKAN, M.S. / ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, 2013, s: 298 – KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), 2013, s: 239 – ÜREYEN, Y. Garanti Sözleşmesinden Doğan Alacağın Haczi Meselesi (Maltepe Ünv. Huk. Fak. Der. 2005/2, s: 312)

³ Ayrıca bkzn: İleride; dipn. 6 civarı.

⁴ ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, s: 154

⁵ Bknz: 12. HD. 26.05.2015 T. 4464/14455; 06.04.2015 T. 33590/8566; 06.04.2015 T. 33586/8571; 06.04.2015 T. 33987/8570; 26.02.2015 T. 791/4015; 15.05.2014 T. 11901/14524; 12.05.2014 T. 11612/4068; 06.03.2014 T. 4248/6548; 08.07.2013 T. 16702/25503; 19.03.2013 T. 997/10073; 14.03.2011 T. 23934/3365; 17.11.2014 T. 25645/27522 (www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: 19. HD. 15.04.2004 T. 8452/4465 (www.e-uyar.com)

Başka bir deyişle, senetsiz ya da âdi senetlere bağlı mal ve hakların haczi, bunlardan **a) Borçlunun elinde bulunanlar**, *icra memurunun görmesi ve haciz iradesini açıklamasıyla*, **b) Borç**, emanet, vedia, âriyet veya vekâlet gibi hukuki sebeplerle **üçüncü kişilerin elinde** bulunanlar ise *filen görülmesine gerek kalmaksızın, icra memurunun haciz beyanı ve durumun tedbir olarak üçüncü kişilere bildirilmesi ile mümkün iken, kıymetli senetlere bağlı mal, alacak ve hakların haczi*, ancak ve ancak **a) Borçlu elinde bulunan ciro su kâbil** senetlere İİK. mad. 88/I gereğince *el konulması*⁷ **b) Üçüncü kişilerde bulunan** -örneğin, bankaya tahsile verilmiş veya rehin edilmiş ya da bankadaki kiralık kasada bulunan, intifa, vekalet gibi çeşitli nedenlerle üçüncü kişilere teslim edilmiş- ciro su kâbil senetler için de, İİK. mad. 89'a göre, bu kişilere «haciz ihbarname-si» gönderilerek haciz edilebilir. Üçüncü kişilerde bulunan senetlerin haczi, aynı zamanda üçüncü kişilere bildirilirse de (İİK. mad. 89/I), bu bildirme haciz işleminin bir geçerlik koşulu olmayıp, tedbir niteliğini taşır. İİK. 89'a dayanan ihbar, üçüncü kişilere bildirilmemiş olsa bile haciz, icra memurunun bahis konusu mal ve hakları temsil eden belgeleri belirterek *haciz kararı* vermesiyle tamamlanmıştır. 89. maddeye dayanan ihbarın yapılmamış olması sadece, bunları borçluya ya da havale ettiği bir kimseye teslim eden iyiniyetli zilyet üçüncü kişileri sorumluluktan kurtarır. Haczedilen bu mal ve hakları üçüncü kişilerden alan ya da alan borçlunun İİK. mad. 86 çerçevesinde hukuki ve cezai sorumluluğu, İİK. mad. 89'a göre ihbar yapılmamış olması halinde de vardır.⁸

Borçlunun elinde (yanında) bulunan ve haczedilen «para», «*hâmiline yazılı senetler*», «*poliçe ve diğer ciro su mümkün senetler*»in haczinin tamamlanmış sayılması için, bunlara doğrudan doğruya icra dairesince el konulmuş olması gereklidir.⁹

⁷ Bknz: 12. HD. 1.11.2011 T. 4965/20942; 18.3.2003 T. 2563/5668; 10.7.1985 T. 13946/7878; 14.4.1970 T. 3381/3404; İİD. 29.3.1966 T. 3448/3361 (www.e-uyar.com)

⁸ DOMANİÇ, H. Kıymetli Evrak Bağlanması Mümkün Hakların Haciz Kabiliyeti (BATİDER, 1970, C: V, S: 4, s: 756) - DOMANİÇ, H. Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, 1990, s: 1033 vd.

⁹ Bknz: 12. HD. 26.05.2015 T. 4464/14456; 06.04.2015 T. 33590/8566; 06.04.2015 T. 33587/8570; 06.04.2015 T. 33588/8569; 01.11.2011 T. 4965/20942 (www.e-uyar.com)

İİK. mad. 88/I'de sadece «*hâmiline ve emre muharrer senetler*» belirtildiğinden «*nama yazılı senetler*»in bu tedbir ve haciz şeklinden hariç tutulduğu izlenimini uyandırmakta ise de, kıymetli evrakı «*hakkın senede bağlı olduğu ve senetsiz devir, dermeyan ve tasarrufun mümkün olmadığı senetler*» şeklinde tanımlayan TTK. 645, 646, 647, 656 ıncı maddeleri karşısında, aynı tanıma giren «*nama yazılı senetler*»in haczinin de, hâmiline ve emre yazılı senetler gibi yapılması lâzımdır. Esasen, nama yazılı senetlerin en önemlilerinden biri olan «*nama yazılmış hisse senetleri*» ciro yoluyla devredilebildiğinden (TTK. mad. 490), nama yazılı bu hisselerin de İİK. mad. 88/I ve 89/I rejimine tâbi tutulması mümkündür. Başka bir deyişle nama yazılı kıymetli evrakta da hak, senede kesin olarak bağlı ve kural olarak senetle birlikte olmaksızın hakta, haciz de dahil, tasarruf imkansız olduğundan, nama yazılı senetlere bağlı hakların da haczi; ya, borçlu yanındaki (elindeki) senetlerin fiilen görümlere el konması (İİK. mad. 88/I) ya da mülkiyeti borçluya ait senetleri vedia, rehin, âriyet (hatır senedi) olarak veya vekaleten yahut intifa hakkı sahibi sıfatıyla elinde bulunduran üçüncü kişilerin gıyabında haciz kararı almak ve ayrıca, tedbir niteliğinde bu haczin üçüncü kişiye bildirilmesi suretiyle mümkündür.¹⁰

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız haciz şekli uygulanan ve *kıymetli evraka* dahil senetlerin başlıcaları şunlardır.¹¹

1- Çek, poliçe ve bono'dan ibaret olan kambiyo senetleri¹² (TTK. mad. 670, 823),

2- Emre muharrer havaleler (TTK. mad. 826, 829) (MK. mad. 930-938)

3- Emre yazılı ödeme vaadi senetleri (TTK. 830),

4- Her türlü faiz ve kâr kuponları (TTK. mad. 660, 661 - MK. mad. 915-917)

5- Tasarruf bonoları,

¹⁰ DOMANIÇ, H. agm. s: 757 - DOMANIÇ, H. age. s: 1038 vd.

¹¹ DOMANIÇ, H. agm. s: 751

¹² Bknz: Yuk. dipn. 6,

- 6- İpotekli borç senedi ile irad senedi (MK. mad. 898-929)
- 7- Rehinli bir alacağı ihdas ve ifade eden varant (TTK. mad. 835-848),
- 8- Taşıma senetleri (TTK. mad. 835-848),
- 9- Konşimento (TTK. mad. 1228-1245),
- 10- Makbuz senedi (TTK. mad. 834-848),
- 11- Hisseli Komandit Şirketlerle, Anonim Şirketlere dair olan hisse senetleri¹³ (TTK. mad. 486, 501) (TTK. mad. 502, 503, 348).

Kıymetli evrakın -yukarıda belirtildiği şekilde- 88. madde yerine 89. maddeye göre (yani; *filen el konularak* değil de, senet borçlusu üçüncü kişiye «haciz ihbarnamesi» gönderilerek) haczedilmesi halinde, yapılan bu yasaya aykırı işleme karşı şikayet süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir.¹⁴

B- Kıymetli şeyler dışındaki diğer taşınır mallara konulan haczin geçerliliği için, icra memurunun bu mallara *filen el koymuş olması* mutlaka zorunlu değildir. Bunlar, masrafi alacaklıdan peşin alınarak, uygun bir yerde saklanabileceği gibi alacaklı izin verdiği taktirde¹⁵ istendiği zaman verilmek koşulu ile geçici olarak borçlu ya da üçüncü kişinin yanında bırakılabilir (mad. 88/II).¹⁶ **Bir görüşe göre**¹⁷ «üçüncü kişinin haciz koyduran alacaklı da olabileceği» kabul edilmek gerekir. Yani, «haciz isteminde bulunmuş olan alacaklıya da haczedilen şeyler yediemin olarak bırakılabilir» ise de, uygulamada genellikle bu görüş benimsenmemekte ve *haczedilen şeyler ya tarafların dışındaki bir kişiye ya da mümkün olmazsa borçluya teslim edilmektedir.*

¹³ Bknz: 12. HD. 3.5.2010 T. 29850/10936; 15.4.2010 T. 28156/9260; 8.12.2009 T. 16282/24368; 8.3.2005 T. 351/4722; 1.11.2004 T. 18478/22744; HGK. 9.12.1967 T. İc. İf. - 515/611 (www.e-uyar.com)

¹⁴ Bknz: İİD. 21.4.1967 T. 3796/3854 (www.e-uyar.com)

¹⁵ Bknz: 12. HD. 26.4.1989 T. 11004/6344 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Bknz: 12. HD. 29.11.2002 T. 23718/25610; 22.5.2001 T. 8281/9066; 19.2.2003 T. 25688/3271 (www.e-uyar.com)

¹⁷ ANSAY, S.Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960,s: 76

«Haczedilen mallar Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir.» (İİK. mad. 88/V, c: 1).

Bu tür yerlerin çalışma ilkelerini gösteren yönetmelik «Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği adalet Bakanlığı Depo ve Garajların Çalışmasına Dair Yönetmelik» ismi ile -13.7.1987 tarihinde- yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.¹⁸

Adalet Bakanlığına ait depo ve garaj bulunmayan yerlerde, alacaklının haczedilen malın borçluda bırakılmasını kabul etmemesi halinde, gideri peşin olarak kendisinden alınarak (İİK. mad. 95) haczedilen mal, üçüncü bir kişiye yediemin olarak teslim edilir.

Üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malın haciz edilmesi halinde, Komisyon tarafından hazırlanan metinde yer alan «üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır malların, bu şahıstan alınmayıp, kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılacağına» dair olan hüküm, madenin TBMM'de görüşülmesi sırasında, Adalet Komisyonu'nda «...alacaklının *muafakatı ve...*» sözcükleri maddeye eklenerek değiştirilmiş ve bu değişik şekliyle -maalesef- kanunlaşmıştı.¹⁹ Daha sonra, 12.2.2004 tarihli ve 5092 sayılı Kanunla bu madde yeniden Komisyon'un düzenlediği şekle dönüştürülmek istendiyse de, Adalet Komisyonu'nda da benimsenen bu değişiklik, TBMM'de verilen bir önerge ile geri alınmıştır...

Doktrinde²⁰ «Bir taşınır malı elinde bulunduranın, onun maliki sayılacağını» öngören İİK. 97a hükmü ile «taşınır mallarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiğini» öngören MK. 985/I hükmüne ve hayatın olağan akışına aykırı olan bu hükmün en kısa zamanda değiştirilmesinin isabetli olacağı belirtilmişti.

¹⁸ Bknz: RG. 13.7.1987 T. S: 19516; 26.12.1992 T. S: 21447

¹⁹ Bu düzenlemenin eleştirisi için bknz: KONCA, N.K. Üçüncü Kişi Elinde Haczedilen ve Üçüncü Kişinin Üzerine de Mülkiyet İddiasında Bulunduğu Taşınır Mallar Üzerinde Alınacak Muhafaza Tedbirlerinin Kapsamı (ABD. 2009/2, s: 32-42) – PEKCANİTEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZKAN, M.S. / ÖZEKES, M. age. s: 298 vd.

²⁰ Aynı görüşte: PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, s: 298

Yukarıda belirtilen, İİK.'nın 88. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesinde yer alan «...alacaklının *muvafaktı ve...*» ibaresi Anayasa Mahkemesince 12.01.2012 T. E: 2010/90, K: 2012/4 sayılı kararla²¹ -Anayasanın 2, 13 ve 35. maddelerine aykırı bulunarak- iptal edilmiştir.

6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle öteden beri eleştiri konusu olmuş olan 88. maddenin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı doğrultusunda değiştirilerek «... Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği takdirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir» şeklinde düzenlenmiştir. 6352 sayılı kanun değişikliğinden önce, Anayasa Mahkemesi'nin 12.01.2012 T. E: 2010/90, K: 2012/4 sayılı kararı ile «alacaklının *muvafakatı ve...*» ibaresi madde metninden çıkarılmış olduğundan ve bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına da karar verildiğinden, 12.01.2012 gününden itibaren «taşınır mallarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiği» ilkesine ters düşen bu uygulamaya son verilmiş ve maddenin 2. fıkrasının 3. cümlesi bu şekliyle hemen yürürlüğe girmiştir.

– Bir «hisse (pay) *senedi*»ne bağlanmış olan şirket hisseleri (sermaye şirketlerinde) İİK. mad. 88/I gereğince «menkul malların haczi» hakkındaki hükümlere göre haczedilir ve haciz, istek üzerine pay defterine işlenir (TTK. mad. 133/(2)).

Yani bu hisse (pay) senetleri «fiilen el konularak» haczedilir.²² 'Hisse senedi' yerine geçmek üzere çıkarılmış olan 'ilmühaber'ler (TTK. mad. 486/(2))'de hisse (pay) senetleri gibi -fiilen el konularak- haczedilirler.²³

²¹ Bknz: İleride; AMK. 12.01.2012 T. 90/4

²² DOMANIÇ, H. Borçlunun Ticaret Şirketlerinde Sahip Olduğu Hisselerin Haczi Usulü (Manisa Bar. Der. S: 58, Yıl: 15, s: 6)

²³ Bknz: 12. HD. 06.04.2015 T. 33590/8566; 06.04.2015 T. 33586/8571; 06.04.2015 T. 33587/8570;

Uygulamada çok sık karşılaşıldığı gibi; borçlunun ortağı bulunduğu *anonim şirketle* «pay (hisse) senedi veya ilmühaber» çıkarılmışsa, bunlar ‘filen el konularak’ haciz edilebilir ve icra dairesi tarafından muhafaza edilir (İİK. mad. 88).²⁴

Buna karşın, borçlunun ortağı bulunduğu *anonim şirkette* «pay (hisse) senedi veya ilmühaber» çıkarılmamışsa, borçlunun bu payına (hissesine) çıplak pay denilir ve bu pay, borçlunun alacaklıları tarafından İİK. mad. 94’e göre haczedilir... **Yüksek mahkeme**²⁵ bu hususu «... Çıplak pay hissesinin haczine karar veren icra müdürünün, bu hacizle ilgili muhafaza tedbiri almak için mahalline (anonim şirket merkezine) gitmeden, İİK. mad. 94/I, c: 3 gereğince anonim şirkete bir ihbarname (bildiri) göndermekle de yetinebileceğini...» belirtmiştir...

Bu durumda; icra dairesinin *haciz bildirimini* alan şirket, ‘çıplak payın haciz edildiğini’ pay defterine işlemek zorundadır. Ancak, şirketin haciz hususunu pay defterine işlememiş olması halinde dahi, çıplak pay ‘haciz bildiriminin şirkete ulaştığı tarihte’ haciz edilmiş sayılır. Çünkü, haczin pay defterine işlenmesi ‘haczin geçerlilik koşulu’ değildir.²⁶

– İcra dairesince üçüncü kişilere yazılan «haciz yazıları (müzekkeler)» İİK.’nın 89. maddesindeki sonuçları doğurmaz. Yani, üçüncü kişinin, «haciz yazısı»na cevap vermesi halinde, «haciz yazısı»nda belirtilen borç, zimmetinde sayılmaz...²⁷

26.02.2015 T. 791/4015; 06.03.2014 T. 4248/6548; 30.10.2012 T. 13292/30711; 23.03.2010 T. 24702/6759; 03.11.2009 T. 21848/21245 (www.e-uyar.com)

²⁴ Bknz: 12. HD. 8.7.2013 T. 16702/25503; 14.3.2011 T. 23934/3365; 6.4.2015 T. 33590/8566 (www.e-uyar.com)

²⁵ Bknz: 12. HD. 06.04.2015 T. 33590/8566; 06.04.2015 T. 33587/8570; 06.04.2015 T. 33588/8569; 06.04.2015 T. 33589/8567; 15.05.2014 T. 11901/14524 (www.e-uyar.com)

²⁶ Bknz: 12. HD. 06.04.2015 T. 33587/8570; 06.04.2015 T. 33588/8569; 06.04.2015 T. 33589/8567; 12.05.2014 T. 11612/14068; 06.03.2014 T. 4248/6548; 15.05.2014 T. 11901/14524 (www.e-uyar.com)

²⁷ Bknz: 12. HD. 23.09.2014 T. 23514/22310 (www.e-uyar.com)

– 4949 sayılı Kanun ile -maddenin 3. fıkrasına eklenen hükümle- «ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırın haciz ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden önce muhafaza altına alınmaları önlenerek» işletmenin bütünlüğü korunmak istenmiştir...

– Borçlunun bankada «kiralık bir kasası» varsa, bu kasanın içindekiler nasıl haczedilir? Alacaklı, borçlunun bankadaki kasasını mühürletmemek hakkına sahiptir. Borçluya yapılan bildiriye rağmen, kasanın anahtarını getirmemesi halinde icra memuru, bir çilingir vasıtasıyla kasayı açtırıp, içinden çıkacak şeylere fiilen haciz koyabilir. Yoksa, bankaya İİK. mad. 89’a göre «haciz ihbarnamesi» göndermek suretiyle kasanın içindekileri haczettiremez. Çünkü, banka burada, İİK. anlamında «bir malı ya da müşterinin alacağını elinde bulunduran üçüncü kişi» durumunda değildir.^{28 29}

İcra dairesi gerek depo ve garajlarda ve gerekse yediemin olarak kendisine hacizli malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp (muhafaza altına alınıp) da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan taşınır malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere re’sen bildirir. Verilen süre içinde eşyanın geri alınmaması halinde, icra müdürü, icra mahkemesinden karar alarak -«taşınır mal satışlarına» ilişkin hükümler uyarınca- bunları satar.

Satış bedelinden öncelikle «muhafaza ve satış giderleri» ödenir. Artan miktar, İİK. mad. 9 uyarınca saklanır...

– Taşınır bir mal haczedilip üçüncü bir kişiye «yediemin» olarak bırakılmışsa, bu kişi malı her zaman icra dairesinin emrine hazır durumda bulundurmakla yükümlüdür.

²⁸ YÜKSEL, A. S. Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 1986, s: 180

²⁹ Karş: KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, 1988, C: 1, s: 771, dipn. 277

Yediemin, kendisine teslim edilen malları istendiği zaman icra dairesine geri vermek zorundadır.³⁰ Hacizli malı «kendi kusuru olmaksızın elinden çıkarmış olduğunu» kanıtlayamayan yediemin³¹ hacizli malın kıymetini «hükme gerek kalmadan»³² icra dairesine ödemek zorunda kalır (İİK. mad. 358). Yedieminin ücret istememiş ve kendisine bu nedenle ücret takdir edilmemiş olması, yedieminin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.³³

Hacizli malı istenildiği zaman icra dairesine teslim etmeyen yedieminin bu eylemi aynı zamanda «yedieminlik görevini kötüye kullanma suçu»nu oluşturur (TCK. mad. 289).³⁴

Yapılan haciz işleminin geçerliliği için -İİK. mad. 88/I dışında- hacizli malın mutlaka bir yediemine teslim edilmiş olması gerekmez. «Yediemin sağlanamaması nedeniyle hacizli malların 'borçlu' ya da 'üçüncü kişi'ye ait evde/işyerinde bırakılmış olması» haczin geçersizliği sonucunu doğurmaz...³⁵

– **Yüksek mahkeme**, «yedieminlik» konusu ile ilgili olarak ayrıca;

✓ «Yediemin ücretinden kaynaklanan alacağını istendiği davaya icra mahkemesinde bakılması gerekeceğini»³⁶

✓ «Özel yediemin depolarına ilişkin ücret uyuşmazlıklarında; hacizli eşyanın değeri, depoda kaldığı sürenin uzunluğu, ortaya çıkan yediemin üc-

³⁰ Bknz: 12. HD. 7.10.1986 T. 15194/10130; 14.6.1986 T. 451/10458; 20.4.1981 T. 2633/3958 (www.e-uyar.com)

³¹ Bknz: 12. HD. 29.9.1986 T. 15251/9663; 5.3.1980 T. 68/2027 (www.e-uyar.com)

³² Bknz: 12. HD. 18.2.1985 T. 11762/1325; 8.7.1980 T. 4155/5992; 25.11.1988 T. 11969/14303 (www.e-uyar.com)

³³ Bknz: 12. HD. 16.3.1981 T. 1106/2576 (www.e-uyar.com)

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bknz: SÜMER, R. Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu (Tür. Bar. Dergisi S: 75, 2008, s: 109-137)

³⁵ Bknz: 17. HD. 21.06.2010 T. 10600/5703 (www.e-uyar.com)

³⁶ Bknz: 4. HD. 11.09.2014 T. 9672/11643 (www.e-uyar.com)

retinin fazlalığı gözönüne alınarak ücretten hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerekeceğini»³⁷

√ «Hacizli altınlar yediemin olarak üçüncü kişiye teslim edilse de filen el koyma ve icra dairesinde muhafaza edilme koşulları gerçekleşmediğinden, haczin geçerli olup olmadığının İİK.'nun 88. maddesi uyarınca değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»³⁸

√ «Haciz tutanağı ve birinci artırma tutanağına göre hacizli malların yedieminine teslim edildiği yer ile icra dairesince satışın yapılmasına karar verilen yerin farklı olduğu, icra dairesince sanığa muhtıra gönderilerek hacizli malları belirlenen satış yerine getirmesinin istenildiği olayda; yediemin sanıktan, hacizli malı icra dairesi tarafından belirlenen satış yerine götürmesinin beklenmesi ve satış yerine götürmeme biçimindeki ihmali davranışın teslim amacı dışında bir tasarruf olarak değerlendirilmesi olanaklı olmadığından atılı suçun maddi unsurunun oluşmadığını»³⁹

√ «Yedieminlik ücretinin tutarı başlangıçta belirgin (likit) olmadığından, yedieminlik ücretinin tahsili amacıyla yapılan icra takibine itiraz edilmesi halinde itirazın iptali davası açılmayacağını»⁴⁰

√ «Hacizli malı satış yerine götürmemenin tek başına görevi kötüye kullanma suçu teşkil etmeyeceğini»⁴¹

√ «Yediemin temin edilememesi nedeniyle malların borçlu veya üçüncü kişiye ait işyerinde bırakılmasının haczin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını»⁴²

³⁷ Bknz: 13. HD. 21.01.2014 T. 19629/1362 (www.e-uyar.com)

³⁸ Bknz: 8. HD. 19.12.2013 T. 22096/19498 (www.e-uyar.com)

³⁹ Bknz: 4. HD. 16.06.2011 T. 12316/8440 (www.e-uyar.com)

⁴⁰ Bknz: 4. HD. 05.04.2011 T. 3242/3682 (www.e-uyar.com)

⁴¹ Bknz: 4. CD. 02.02.2011 T. 21890/927 (www.e-uyar.com)

⁴² Bknz: 17. HD. 21.06.2010 T. 10600/5703 (www.e-uyar.com)

√ «Haciz sırasında yediminlik ücreti talep etmemiş olan yediminlerin daha sonra bu konuda istemde bulunamayacaklarını»⁴³

√ «Özel yedimin depolarına ilişkin ücret uyuşmazlıklarında, adalet Bakanlığı'na açılıp işletilen yedimin depolarında uygulanmakta olan ücret tarifesinin uygulanması gerekeceğini»⁴⁴

√ «Özel yediminlik yapan davacının kendisi ile takip alacaklısı arasında yapılan yediminlik sözleşmesine göre değil, Adalet Bakanlığı'nın 'depo ve garaj yönetmeliği' hükümlerine göre yediminlik ücreti talep edebileceğini»⁴⁵

√ «İİK.'nın 88/III. maddesine dayalı olarak yapılan muhafaza işleminin kaldırılması konusunda icra mahkemesince verilen kararın kesin olup temyiz edilemeyeceğini»⁴⁶

√ «Yediminin, kendisine bırakılan malları 'süresinde satış istenmemesi nedeniyle haczin kalktığını' belirterek geri vermekten kaçınmayacağını»⁴⁷

√ «Yedimin ücretinin takdir yetkisinin -İİK. 89 ve 90 uyarınca- icra memuruna ait olduğunu, ücret takdirindeki usulsüzlükler hakkında yediminin icra mahkemesine başvurarak şikayette bulunabileceğini»⁴⁸

√ «Yediminin haczin kaldırılmasını isteme hakkının bulunmadığını»⁴⁹

√ «Gümrükte bulunan malların ardiye ücretinden alacaklının sorumlu olduğunu»⁵⁰

⁴³ Bknz: 12. HD. 28.04.2009 T. 8847/6005 (www.e-uyar.com)

⁴⁴ Bknz: 3. HD. 27.11.2007 T. 16215/17943; 4. HD. 31.05.2007 T. 4295/7382; 3. HD. 16.02.2006 T. 730/956 (www.e-uyar.com)

⁴⁵ Bknz: 4. HD. 30.04.2007 T. 6780/5516 (www.e-uyar.com)

⁴⁶ Bknz: 12. HD. 14.03.2006 T. 2285/5217 (www.e-uyar.com)

⁴⁷ Bknz: 12. HD. 24.01.2006 T. 23820/291 (www.e-uyar.com)

⁴⁸ Bknz: 12. HD. 27.10.2003 T. 17419/20907 (www.e-uyar.com)

⁴⁹ Bknz: 12. HD. 1.7.2003 T. 11908/15730 (www.e-uyar.com)

⁵⁰ Bknz: 12. HD. 27.9.1994 T. 10724/11246 (www.e-uyar.com)

√ «Yedieminin, kendisine teslim edilen malları iade edememesi üzerine açılan tazminat davasında, eşyaların yediemine, yediemin olarak teslim edildikleri gün bulundukları durum itibarıyla değerleri bilirkişiye tespit ettirilip o değer üzerinden ödetme kararı verilmesi gerekeceği»⁵¹

√ «Haczedilen eşyanın, alacaklının istemi üzerine başka yere götürülürken düşüp kırılmasından alacaklının sorumlu olamayacağını»⁵²

√ «Haczedilip üçüncü şahsa teslim edilmiş malların kaybolmasından borçlunun sorumlu olmadığını»⁵³

√ «Yediemin olarak borçluya tevdi edilen hacizli malı borçlunun çalıştıramayacağını»⁵⁴
belirtmiştir...

– Haczedilen malların, alacaklının talebi üzerine -borçluda bırakılmayıp- muhafaza altına alınması, alacaklının fiilen alacağına kavuşması- na hizmet eder.⁵⁵

Ancak, gereksiz yere (‘ölçülülük ilkesi’ni ihlal eder biçimde) alınıp uygulanan bir muhafaza tedbiri, «borçlu» ya da «üçüncü kişi»ler için bir -maddi / manevi- zarar doğurmuşsa, bu zarardan hem alacaklı (TBK. mad. 49, 58) hem de devlet (İİK. mad. 5) sorumlu olur...^{56 57}

⁵¹ Bknz: 4. HD. 23.12.1986 T. 7713/8511 (www.e-uyar.com)

⁵² Bknz: 4. HD. 4.11.1986 T. 6935/7553 (www.e-uyar.com)

⁵³ Bknz: İİD. 18.12.1969 T. 10527/12190 (www.e-uyar.com)

⁵⁴ Bknz: İİD. 2.12.1965 T.

⁵⁵ ÖZYEŞİL, F.M. Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2001), s: 215

⁵⁶ ÇİFTÇİ, P. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin Kararları Işığında Haksız Haciz Sebebiyle Alacaklının ve Devletin Manevi Tazminat Sorumluluğu (Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C: 2, s: 133 vd.)

⁵⁷ Bu konuda daha ayrıntılı açıklama için bknz: UYAR, T. /UYAR, A./UYAR, C. İcra Hukukunda Haciz, 3. Baskı, s:220 vd.

– «Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası *andlaşma* hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz.» (İİK. mad. 88/III)

Bu yeni düzenleme uyarınca; burada bahsedilen *yabancıların* ulaşım araçları 'haczedilebilecek' ancak 'muhafaza altına' alınamayacaktır...

– İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırılar ise icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir. (İİK. mad. 88/IV)

– Haczedilen mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Adalet Bakanlığının onayıyla alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşuluyla devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu depoların yönetmelikte belirlenen nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Adalet Bakanlığı tarafından verilir. Haczedilen malların muhafaza işlemleri; lisanslı yediemin depolarının kuruluşuna, bu depolarda bulunması gereken asgari niteliklere, depo için alınacak teminata, mallar için muhtemel rizikolara karşı yapılacak sigortaya; işletici olma niteliklerine, işletici lisansına, Adalet Bakanlığı tarafından bu lisansın verilmesine; Adalet Bakanlığının lisanslı işletmelerle ilgili görev ve yetkilerine; faaliyetin durdurulması ya da iptali gibi idari tedbir ve tasarruflara; bu depoların denetimine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenir. Haczedilen malların muhafazası aşamasındaki ücretler Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek tarifeyle belirlenir. (İİK. mad. 88/V)

– İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere resen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü icra mahkemesinin kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9 uncu madde hükmüne göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar tetkik mercii tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür. (İİK. mad. 88/VI)

– İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan araçlar, en geç üç iş günü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim edilir. Aracı teslim alan icra müdürlüğü, aracın yakalanmasını isteyen icra müdürlüğüne bildirimde bulunur. (İİK. mad. 88/VII)

– Mahkemeden -«deniz alacakları» için *ihtiyati haciz kararı* alınarak gemi *seferden men* edilemezse de, (TTK. mad. 1353) icra takibi kesinleştikten sonra gemi üzerine *haciz* konulabilmesi ve geminin *seferden men edilmesi* mümkündür.⁵⁸

İhtiyaten haczine karar verilen bütün gemiler, bayrağı ve hangi sicile kayıtlı oldukları dikkate alınmaksızın, icra müdürü tarafından *seferden men edilerek* muhafaza altına alınır (TTK. mad. 1366/(1)).⁵⁹

İcra dairesince verilen (ve uygulanan) «seferden men kararları» İİK.'nin 92/III. maddesinin kapsamında «t e d b i r» niteliğindedir.⁶⁰ Bu nedenle, icra mahkemesince «geminin sicile kayıtlı olduğu ve fiili haciz uygulanmış olması nedeniyle alacağın garanti altına alınmış olduğu» gerekçesiyle, «icra müdürlüğünü seferden men kararının kaldırılmasına» karar verilemez...⁶¹

⁵⁸ Bknz: 12. HD. 12.03.2015 T. 30750/5608 (www.e-uyar.com)

⁵⁹ Bknz: 12. HD. 05.03.2015 T. 30010/4840; 28.01.2015 T. 28518/4840 (www.e-uyar.com)

⁶⁰ Bknz: 12. HD. 06.06.2011 T. 29835/11639 (www.e-uyar.com)

⁶¹ Bknz: 12. HD. 05.07.2011 T. 11616/12228 (www.e-uyar.com)

– Ayrıca belirtelim ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca, *eser sahibinin, kendisi ile sözleşme yaptığı tarafta bulunan para alacaklarına haciz konulmasına bir engel bulunmadığından*, bu durumda haciz işlemi, bu para alacağı *kambiyo senedine bağlanmış ise* İİK. mad. 88'e göre bu senede icra müdürlüğünce fiilen el konulması ile, *kambiyo senedine bağlanmamış ise*, İİK. mad. 89'a göre -eser sahibine borçlu olan- üçüncü kişiye «haciz ihbarnamesi» göndermek suretiyle gerçekleştirilecektir...⁶²

– 6352 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında 88. maddenin ikinci fıkrasının «... haczedilen taşınır malların toplam değeri Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından 16 yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının beş katından az ise muhafaza altına alınmaz, borçlu veya üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılır...» şeklinde değiştirilmesi Hükümet Tasarısı ile teklif edilmişse de bu değişiklik TBMM'ce benimsenmediği için yasalaşamamıştır.

– Üçüncü kişilerdeki «doğmuş» ya da «doğacak» (müstakbel) hak ve alacaklar nasıl (İİK. mad. 89'a göre mi, yoksa İİK. mad. 78 veya 88'e göre mi) haczedilebilir?^{63 64}

– **Yüksek mahkeme**, 88. maddenin uygulama alanı ile ilgili olarak;

√ «Anonim şirket hisselerini temsil etmek üzere çıkarılan geçici pay senedi ilmi haberlerinin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 486/2, 490, 645, 647 ve 654. maddeleri uyarınca kıymetli evrakta sayılması nedeniyle, bu evrakın haczi için İİK.'nın 88. maddesinin yukarıda belirtilen hükmü uyarınca, evraka fiilen el konulmasının zorunlu olduğu, bunun haczin geçerlilik koşulu olduğunu»⁶⁵

⁶² ALTAY, S. 5846 sayılı FSEK Bağlamında Mâli Hakların Hacize ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi (İHFİM. 1998, C: LVI, S: 1-4, s: 213 vd.)

⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Haciz, s:253 vd. «BORÇLUNUN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ HAK ve ALACAKLARININ HACİZİ» AÇIKLAMA: II, s:

⁶⁴ Bknz: 23. HD. 19.06.2014 T. 1406/4725; 12. HD. 13.12.2013 T. 30570/39931; 23. HD. 03.06.2013 T. 3647/3733; 23. HD. 19.02.2013 T. 4799/909; 23. HD. 08.11.2012 T. 4004/6560 (www.e-uyar.com)

⁶⁵ Bknz: 12. HD. 26.05.2015 T. 4464/14455 (www.e-uyar.com)

√ «Yazılan haciz müzekkerelerinin ait olduğu icra müdürlüğünün ve ilgili takip dosyalarında alacaklı vekillerinin aynı olması halinde, her bir dosya için ayrı müzekkere yazılarak bunların aynı zarfta gönderilmesinin dava ve usul ekonomisi yönünden bir sakınca oluşturmadığını»⁶⁶

√ «İcra Mahkemesi'nce şikayet üzerine, ancak yapılan haczin, usulüne uygun olup olmadığı denetlenebileceği, işin esası ile ilgili itirazın genel mahkemede yargılama yapılarak incelenebileceğini»⁶⁷

√ «Anonim şirket hisselerini temsil etmek üzere çıkarılan geçici pay senedi ilmühaberlerinin, TTK.'nun 486/2, 490, 645, 647 ve 654. maddeleri uyarınca kıymetli evraktan sayılması nedeniyle, bu evrakın haczi için İİK. 88 uyarınca, evraka fiilen el konulmasının zorunlu olduğu, bunun haczin geçerlilik koşulu olduğu– Çıplak pay hissesinin haczine karar veren icra müdürünün, bu hacizle ilgili muhafaza tedbiri almak için mahalline (anonim şirket merkezine) gitmeden İİK. 94/1, c: 3 gereğince anonim şirkete bir ihbarname (bildiri) göndermekle de yetinebileceği– Mahkemece bilirkişi aracılığıyla anonim şirketlerin resmi kayıt, defter ve belgeleri incelenmek suretiyle, haciz müzekkerelerinin tebliğ edildiği tarih itibarıyla pay senedi çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılarak, karar verilmesi gerektiğini»⁶⁸

√ «Anonim şirket hisselerini temsil etmek üzere çıkarılan geçici pay senedi ilmühaberlerinin, kıymetli evraktan sayılması nedeniyle, bu evrakın haczi için İİK.'nun 88. maddesi uyarınca evraka fiilen el konulmasının zorunlu olduğunu»⁶⁹

√ «Anonim şirketlerde paylar için pay senedi veya pay ilmuhaberi çıkartılmamışsa, borçlunun şirketteki (çıplak) payının, icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedileceği (İİK. mad. 94); icra dairesinin ihbarnamesini (haciz bildirisini) alan anonim şirket, çıplak payın hac-

⁶⁶ Bknz: 12. HD. 16.04.2015 T. 35266/10063 (www.e-uyar.com)

⁶⁷ Bknz: 8. HD. 15.04.2015 T. 6993/8444 (www.e-uyar.com)

⁶⁸ Bknz: 12. HD. 06.04.2015 T. 33590/8566 (www.e-uyar.com)

⁶⁹ Bknz: 12. HD. 06.04.2015 T. 33586/8571 (www.e-uyar.com)

zedildiğini şirket pay defterine işlemek zorunda olup, haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile, haczin, bildirinin anonim şirkete tebliğ edildiği tarihte yapılmış sayılacağı– Anonim şirket hisselerini temsil etmek üzere çıkarılan geçici pay senedi ilmuhaberlerinin, kıymetli evraktan sayılması nedeniyle, bu evrakın haczi için ise İİK. mad. 88 uyarınca, evraka fiilen el konulmasının zorunlu olduğu, bunun haczin geçerlilik koşulu olduğu, bu sebeple haciz müzekkerlerinin tebliğ edildiği tarih itibariyle pay senedi çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılarak bir karar verilmesi gerekeceğini»⁷⁰

√ «6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1353. maddesi, geminin ihtiyaten haczine ilişkin olup kesinleşen takipte uygulanması söz konusu olmadığından, takip kesinleşmiş ise, gemi üzerine haciz konulabileceğinden ve seferden men de tedbir olarak uygulanabileceğinden, bu durumda, icra müdürlüğünce verilen haciz ve seferden men kararı yerinde olup istemin reddine karar verileceğini»⁷¹

√ «Haciz yetkisi icra müdürlüğüne ait olup, İİK.'nın 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğünün üçüncü kişiden ancak taşınır haczinde muhafaza isteyebileceğini»⁷²

√ «Borçlunun muristen intikal edecek payına haciz şerhi işlenerek haczedilen geminin seferden men edilmesi ve muhafaza altına alınmasına ilişkin icra müdürlüğü işleminde yasaya aykırılık bulunmadığı gibi; geminin başka hissedarlarının bulunmasının da seferden men edilmesine engel teşkil etmeyeceğini»⁷³

√ «İhtiyaten haczine karar verilen geminin, icra müdürlüğünce seferden men edilerek muhafaza altına alınacağı (TTK. 1382/1; 1366); geminin başka hissedarlarının bulunmasının seferden men edilmesine engel teşkil etmeyeceğini»⁷⁴

⁷⁰ Bknz: 12. HD. 06.04.2015 T. 33587/8570; 06.04.2015 T. 33588/8569; 06.04.2015 T. 33589/8567 (www.e-uyar.com)

⁷¹ Bknz: 12. HD. 12.03.2015 T. 30750/5608 (www.e-uyar.com)

⁷² Bknz: 12. HD. 12.03.2015 T. 28607/5545 (www.e-uyar.com)

⁷³ Bknz: 12. HD. 05.03.2015 T. 30015/4823 (www.e-uyar.com)

⁷⁴ Bknz: 12. HD. 05.03.2015 T. 30010/4840; 28.01.2015 T. 28518/2172 (www.e-uyar.com)

√ «Anonim şirket hisselerini temsil etmek üzere çıkarılan geçici pay senedi ilmuhaberlerinin, kıymetli evraktan sayılması nedeniyle, bu evrakın haczi için İİK.'nun 88. maddesi uyarınca, evraka fiilen el konulmasının zorunlu olduğu, mahkemece, İİK.'nun 103. maddesi gereğince tebligatın yapıldığı tarih itibariyle borçlunun şirkette hissesi bulunup bulunmadığının, var ise bu hissenin hisse senedine bağlanıp bağlanmadığının tespiti gerektiğini»⁷⁵

√ «Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, İİK. 106/2 gereğince taşınır hükmünde olup, alacağın İİK. 88 uyarınca yazılacak haciz müzekkeresiyle haczinin mümkün olduğundan borçlunun çalıştığı kurumdan ileride emekli olması halinde alacağı emekli ikramiyesine haciz konulması mümkün bulunduğunda- İşçi emekli ikramiyesinin haczedilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını»⁷⁶

√ «Para alacaklarının haczinin, ancak icra dairesince el konulmak suretiyle yapılabileceğinden, hasılat ve kasa haczinin yapılmasını da içeren talep ve buna uygun olarak talimat dosyasına yazılan müzekkere uyarınca borçlunun işyerinde yapılan hasılat haczinin İİK. mad. 88/1'e uygun olduğunu»⁷⁷

√ «Sadece 'haciz yazı'sının yazılıp uygulanması halinde, İİK.'nun 89. maddesindeki olumsuz sonuçların doğmayacağı ve borcun üçüncü kişinin zimmetinde sayılmayacağını»⁷⁸

√ «Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağının taşınır hükmünde olup, İİK. 88 uyarınca yazılacak haciz müzekkeresiyle haczinin mümkün olduğundan, emekli ikramiyesine konan haczin kaldırılmasına yönelik şikayetin reddine karar verilmesi gerekeceğini»⁷⁹

⁷⁵ Bknz: 12. HD. 26.02.2015 T. 791/4015 (www.e-uyar.com)

⁷⁶ Bknz: 12. HD. 26.01.2015 T. 29214/1781 (www.e-uyar.com)

⁷⁷ Bknz: 12. HD. 17.11.2014 T. 25645/27522 (www.e-uyar.com)

⁷⁸ Bknz: 12. HD. 23.09.2014 T. 23514/22310 (www.e-uyar.com)

⁷⁹ Bknz: 12. HD. 25.06.2014 T. 14579/18471 (www.e-uyar.com)

√ «Sıra cetvelinde hem sıraya hem de alacağın esas ve miktarına itiraz halinde mahkemece önce sıraya yönelik itirazların inceleneyeceği– Borçlunun 3. kişi elinde henüz mevcut olmayan parasının haciz müzekkeresi ile menkul hükümlerine göre haczedilemeyeceği, 3. kişi nezdinde doğacak alacakların ancak haciz ihbarnamesi ile haczedilebileceğini»⁸⁰

√ «Haciz yetkisi icra müdürlüğüne ait olup, İİK.'nın 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğü üçüncü kişiden ancak taşınır haczinde muhafaza isteyebileceğinden, icra müdürlüğünce 'üçüncü kişi gümrük ve muhafaza başmüdürlüğüne, borçlulara ait araçların kaydına haciz şerhi işlenmesi, tespit edilecek araçların haczi ile borçluya teslim edilmemesine' dair müzekkere gönderilmesine dair işlemin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»⁸¹

√ «Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devletin sorumlu olacağı ve devletin bu sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olup, TMK.'nın 1007. maddesinden kaynaklanan tazminat davalarında 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanacağını»⁸²

√ «Anonim şirketlerde hisse senedi çıkarılmasının zorunluluğunun olmadığı, hisse senedi çıkarılmış ise, bunların İİK. mad. 88 uyarınca icra müdürlüğünce haczedilebileceği ve muhafaza altına alınacağı; çıkarılmış ise, borçlunun üçüncü kişi nezdinde bulunan ve henüz kıymetli evraka bağlanmamış hisse haklarının İİK. mad. 94 gereğince şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedileceği, şikayetçi şirketin hisse senedi çıkardığı yönündeki iddiası hakkında mahkemece, resmi kayıtlar incelenerek bir tespit yapılmamış olduğundan, mahkemece gerektiğinde bilirkişi aracılığıyla şirketin resmi kayıt, defter ve belgeleri incelenmek suretiyle, pay senedi çıkarılıp çıkarılmadığının araştırılması gerekeceğini»⁸³

⁸⁰ Bknz: 23. HD. 19.06.2014 T. 1406/4725 (www.e-uyar.com)

⁸¹ Bknz: 12. HD. 04.06.2014 T. 13470/16145 (www.e-uyar.com)

⁸² Bknz: 5. HD. 27.05.2014 T. 28329/14914 (www.e-uyar.com)

⁸³ Bknz: 12. HD. 15.05.2014 T. 11901/14524 (www.e-uyar.com)

√ «Ortağın borcundan dolayı anonim şirketteki çıplak payın haczinin gerçekleştirilmesinin İİK. mad. 94 hükmüne; hisse senedi veya onun yerine geçen ilmühabere bağlanmış payların haczinin gerçekleştirilmesinin ise İİK. mad. 88 hükmüne tâbi oluşu, borçlunun ortağı olduğu anonim şirket, hisse senedi çıkarmış ise, bu hisse senetlerinin İİK. mad 88/1 uyarınca, taşınır malların haczi hakkındaki hükümlere göre haczedileceğinden; mahkemece, gerektiğinde uzman bilirkişi aracılığıyla şirketin kayıt, defter ve belgeleri incelenmek suretiyle, haciz işlemine başlanıldığı tarih itibarıyla pay senedi çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılması gerektiği– Haczin pay defterine işlenmesinin, hacizde bir geçerlilik şartı olmayıp, muhafaza tedbiri niteliğinde olduğunu»⁸⁴

√ «Üçüncü kişinin elindeki bir paranın İİK. mad. 88'e göre haczedilmesinde paranın somut olarak üçüncü kişide mevcut olması gerektiği ve hacizden itibaren bir yıl (şimdi; altı ay) içinde paranın icra dosyasına celbinin istenmesi gerektiği, doğacak alacaklar yönünden İİK. mad. 89 uyarınca, haciz konulması mümkün olduğu, doğmuş ya da doğacak alacak ayrımı yapmaksızın gönderilen haciz ihbarnamesi üzerine üzerine haciz ihbarnamelerinin sadece doğmuş alacaklarla sınırlı olarak gönderilmiş sayılması gerektiğinin kabul edilmesinin isabetsiz olduğunu»⁸⁵

√ «Üçüncü kişinin elindeki bir paranın -İİK. mad. 89'a göre değil de taşınır hacizlerine ilişkin İİK. mad. 88'e göre haczedilmesinde, tıpkı taşınır larda olduğu gibi, paranın somut olarak üçüncü kişi elinde mevcut olması gerektiği, henüz mevcut olmayan bir paranın taşınır hükümlerine göre haczine yasal olanak bulunmadığı, haciz müzekkeresinin gönderildiği tarihte, taşınır hükümlerine göre haczedilebilecek bir paranın henüz mevcut olması halinde, olmayan bir para üzerine taşınır mallara ilişkin İİK. mad. 88. çerçevesinde haciz konulamayacağı– İİK. mad. 89'un kural olarak müstakbel alacaklar için de uygulanabileceğini»⁸⁶

⁸⁴ Bknz: 12. HD. 12.05.2014 T. 11612/14068 (www.e-uyar.com)

⁸⁵ Bknz: 23. HD. 21.03.2014 T. 584/2187 (www.e-uyar.com)

⁸⁶ Bknz: 23. HD. 17.03.2014 T. 375/2007 (www.e-uyar.com)

√ «Anonim şirket hisselerini temsil etmek üzere çıkarılan geçici pay senedi ilmuhaberlerinin, 6102 s. TTK. mad. 486/2, 490, 645, 647 ve 654 gereğince kıymetli evraktan sayılması nedeniyle, bu evrakın haczi için İİK. mad. 88 uyarınca, evraka filen el konulmasının zorunlu olduğu– Bağlantı İcra müdürlüğünce borçlunun şikayetçi şirketteki hisselerinin haczi için şirket merkezine gidildiği, şirket çalışanı tarafından pay defterinin mali müşavirde olduğunun ve borçlu'nun şirkette payı bulunmadığının beyan edilmesi üzerine, alacaklı vekilinin talebi ile icra memuru tarafından, hisselerin haczedilerek pay defterine işlenmesi için şikayetçi şirkete üç gün süre verildiği, hisselerin tutanak tarihi itibarıyla haczedildiğinin bildirildiği ve İİK. mad. 103 uyarınca tebliğ yerine geçmek üzere haciz zaptının bir suretinin şikayetçi şirkete verildiği görüldüğünden, mahkemece, İİK. 103 gereğince tebligatın yapıldığı tarih itibarıyla borçlunun şirkette hissesi bulunup bulunmadığının, var ise bu hissenin hisse senedine bağlanıp bağlanmadığının tespitinden sonra İİK.'nın 94. ve 88. maddeleri uyarınca değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»⁸⁷

√ «Haciz müzekkeresinin doğurduğu sonuçlar bakımından İİK. mad. 89'da düzenlenen haciz ihbarnamesinden farklı olduğu; icra müdürlüğünce gönderilen haciz müzekkeresi üzerine üçüncü kişinin nezdinde haczedilen parayı icra müdürlüğü yerine borçluya göndermesi durumunda, üçüncü kişinin sorumluluğu genel mahkemelerde yargılamayı gerektirdiğinden, icra müdürlüğünce, daha önce haciz konulduğundan dolayı haczedilen paranın doğrudan icra müdürlüğüne gönderilmesinin istenmesinin mümkün olmadığını»⁸⁸

√ «Haciz müzekkeresi ile borçlunun üçüncü kişi nezdinde doğması muhtemel hak ve alacaklarının haczi mümkün ise de, icra dairesince, haciz tarihinden sonra, üzerine bloke konulan hesaba yatırılan ve borçluya ödenen paranın üçüncü kişi bankadan tahsili yoluna gitmesini gerektirir bir yasal düzenlemenin bulunmadığı– Haciz müzekkeresinin ulaştığı tarihten sonra, bloke konulan hesaplara yatırılan paranın borçluya ödenmesinden

⁸⁷ Bknz: 12. HD. 06.03.2014 T. 4248/6548 (www.e-uyar.com)

⁸⁸ Bknz: 12. HD. 26.02.2014 T. 3047/5421 (www.e-uyar.com)

dolayı üçüncü kişinin sorumlu olup olmayacağını ancak genel hükümler çerçevesinde yapılacak bir yargılama ile belirlenebileceğini»⁸⁹

√ «Taşınırlarda haczin geçerli olabilmesi için haczi yapan memurun haciz iradesinin belirli bir şekilde haricileşmiş olması yeterli olup yasada açıklanan ayrıcalıklı durumlar dışında fiili el koyma ve muhafaza tedbirinin gerekli olmadığı, İİK.'nun 88/1. maddesinde bu genel kural ile ilgili istisnai hallerin sayıldığı, buna göre madde metninde geçen taşınır eşyalar söz konusu olduğunda haciz merasiminin tamamlanabilmesi için haczedilen eşyaların fiilen el konularak İcra Dairesi'nde muhafaza edilmesinin gerekeceğini»⁹⁰

√ «3. kişiye, doğacak alacakların haczi yönünden gönderilen haciz ihbarnamesinin, haciz müzekkeresinin sonuçlarını doğuracağı, bu nedenle 3. kişinin, haciz müzekkeresinin gereğini yerine getirerek daha sonra doğacak paraların icra dosyasına gönderilmesinde yasal bir engelin olmadığı, bu şekilde borçlu borcundan kurtulacağından ve böyle bir haciz işlemi borçlu değil 3. kişiye külfet yükleyeceğinden borçlunun böyle bir şikayette bulunmasında hukukten korunmaya değer bir hakkının bulunmadığını»⁹¹

√ «Üçüncü kişilerdeki 'doğmuş' ya da 'doğacak' (müstakbel) hak ve alacaklar nasıl (İİK. mad. 78 veya 88'e göre mi) haczedilebilir?»⁹²

√ «Üçüncü kişinin elindeki bir paranın haczedilmesinde, paranın somut olarak üçüncü kişinin elinde mevcut olması ve hacizden itibaren bir yıllık süre içerisinde paranın icra dosyasına celbinin istenmesi gerektiği aksi halde haczin düşeceği- Üçüncü kişi nezdinde doğacak (beklenen) alacakların ise tezkere yazılması suretiyle haczinin mümkün olmadığı, borçlunun üçüncü kişi ile arasındaki bir hukuki ilişkiye dayanan henüz doğmamış olmakla beraber doğması muhtemel alacakları için İİK.'nun 89. maddesine

⁸⁹ Bknz: 12. HD. 10.02.2014 T. 259/4867 (www.e-uyar.com)

⁹⁰ Bknz: 8. HD. 19.12.2013 T. 11317/19499 (www.e-uyar.com)

⁹¹ Bknz: 12. HD. 17.12.2013 T. 33933/40505 (www.e-uyar.com)

⁹² Bknz: 12. HD. 13.12.2013 T. 30570/39931 (www.e-uyar.com)

göre haciz ihbarnamesi gönderilebileceği, üçüncü kişi nezdinde bulunan alacak için haciz talebi halinde, haciz tarihi belirlenirken gözetilecek tarihin, haciz yazısının yazıldığı tarih değil, üçüncü kişiye ulaşım, kayda işlendiği tarih olduğu– Sıra cetveline yönelik şikayetlerde icra mahkemesinin icra müdürüne talimat verip, düzenlenecek yeni sıra cetvelinde sıra cetvelinin hangi ilkelere göre düzenleneceğini belirtmesi, diğer anlatımla alacaklıların ne miktar için hangi sıralarda yer alması gerektiğini saptaması, hukuka uygun olmayan kısımları göstermesi, bu çerçevede işlem yapılması için icra müdürüne talimat vermesi gerektiği (İİK. mad. 17/I), icra müdürünün yerine geçilmek suretiyle sıra cetvelinin düzenlenmesinin isabetsiz olduğunu»⁹³

√ «Şikayetçinin 15.07.2008 tarihinde kesinleşen ilk haczi 1 yıllık (şimdi altı aylık) süre içerisinde paranın dosyaya celbi istenmediğinden düşmüş ise de, 06.11.2009 tarihli müzekkere ile İİK.'nun 88. maddesine uygun olarak talep ettiği ve hesapta bulunan para üzerine konulan 18.11.2009 tarihli haczinin süresinde paranın dosyaya celbinin istenmesi nedeniyle ayakta olduğu, şikayet olunan vergi dairelerinin ise bankadaki paranın süresinde dosyaya celbinin istenmesi üzerine bu dosyaya gönderilme tarihi olan 08.08.2011'den önce haciz koydukları anlaşıldığından 6183 sayılı Kanun'un 21/1. maddesi uyarınca ilk haciz olan şikayetçinin haczine iştirak koşullarının gerçekleştiğini»⁹⁴

√ «Anonim şirketlerde eğer hisse senedi çıkarılmışsa, bu hisse senetlerinin, İİK.'nun 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğünce muhafaza altına alınarak haczedilebileceğini, eğer hisse senedi çıkarılmamışsa 'çıplak pay' adı verilen bu hissenin İİK.'nun 94. maddesi gereğince icra müdürlüğü tarafından bizzat şirket merkezine gidilerek ve pay defterine işlenmek suretiyle haciz işleminin yapılabileceğini»⁹⁵ (**Not:** Yüksek mahkeme daha sonra bu görüşünden dönerek, «şirket merkezine gidilmeden de, icra dairesince şirkete gönderilecek 'haciz bildirimi (yazısı)' ile de, çıplak payın haczedilebileceğini» kabul etmiştir...)

⁹³ Bknz: 23. HD. 03.12.2013 T. 5385/7674 (www.e-uyar.com)

⁹⁴ Bknz: 23. HD. 19.11.2013 T. 7228/7226 (www.e-uyar.com)

⁹⁵ Bknz: 12. HD. 08.07.2013 T. 16702/25503 (www.e-uyar.com)

√ «Üçüncü kişilerdeki ‘doğmuş’ ya da ‘doğacak’ (müstakbel) hak ve alacaklar nasıl (İİK. mad. 78 veya 88’e göre mi) haczedilebilir? Mahkemeye, şikâyet olunanın İİK.’nun 88. maddesine göre borçlunun DSİ. nezdindeki hak ve alacaklarına koydurduğu haczin bu tarih itibarıyla doğmuş bir alacak bulunmadığından geçerli olmadığı, bu durumda geçerli ilk haczin şikâyetçinin İİK.’nun 89. maddesine göre düzenlenmiş doğmamış alacakları da kapsayacak şekilde olan haciz ihbarnamesine dayalı haciz olduğu gerekçesiyle, şikâyetin kabulüne karar verilmiş olmasında yasaya aykırı bir yönün bulunmadığı– İİK. mad. 89’ un, kural olarak, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanacak (müstakbel) alacaklar için de uygulanabileceği, haciz ihbarnameleri ile borçlunun borçlusu konumundaki üçüncü kişinin elinde o anda bulunan mal, alacak ve diğer hakların haczedilmesi mümkün olduğu gibi, borcun tamamen ödenmesine kadar geçecek sürede (aylık kira bedeli, yüklenici lehine tahakkuk eden hakedişler ve emekli ikramiyesi alacağı vb.) üçüncü kişi nezdinde oluşacak alacakların da haczine olanak tanındığı, haciz ihbarnamesi göndermek yerine müzekkere ile alacak üzerine haciz konulması halinde ise, İİK. mad. 88’de yer alan menkul haczi hükümlerinin geçerli olacağı ve haciz müzekkeresi ile ancak mevcut bir mal, hak ya da alacak üzerine haciz konulabileceğini»⁹⁶

√ «Anonim şirketlerde hisse senedi çıkarılmış ise, bu hisse senetlerinin İİK.’nun menkul mallarla ilgili haciz ve muhafaza hükümlerini düzenleyen 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğünce haczedilebileceğini ve muhafaza altına alınacağını, hisse senedi çıkarılmamış ise borçlunun üçüncü kişi nezdinde bulunan ve henüz kıymetli evraka bağlanmamış hisse haklarının İİK.’nun 94. maddesi gereğince icra müdürlüğü tarafından mahalline bizzat gidilerek ve pay defterine işlenmek suretiyle haciz işlemi yapılabileceği ve haciz keyfiyetinin de borçlunun hissesini elinde bulunduran üçüncü şahıslara ihbar edileceğini»⁹⁷ (**Not:** Yuk. 08.07.2013 tarihli karar özeti altındaki not’a bkznz.)

⁹⁶ Bknz: 23. HD. 03.06.2013 T. 3647/3733 (www.e-uyar.com)

⁹⁷ Bknz: 12. HD. 19.03.2013 T. 997/10073; 06.03.2013 T. 817/7725 (www.e-uyar.com)

√ «Davalı alacaklı tarafından dava dışı borçlu (kiracı) aleyhine başlatılan icra takibi sonucunda haczedilen malların, davacının taşınmazında bulunduğu dönemde davacının taşınmazını kullanamamasından (kiraya verememesinden) takibi açıp haciz işlemini yaptıran davalı alacaklının sorumlu olmadığını, taşınmaz sahibinin taşınmazı başkasına kiraya veremediği için alacaklıdan ecrimisil talep edemeyeceğini; kiralanan işyeri, kira akdinin feshedilmesi suretiyle davacıya teslim edildiğinde, işyerinde bırakılan eşyaların alınmasını veya satılmasını icra müdüründen isteme görevinin kiralanan işyerini teslim alan davacıya (taşınmaz sahibine) düştüğü, mahcuz mallara ilişkin her türlü tedbiri alma görevi de icra dairesine ait olduğundan, icra dairesinin yasaya aykırı işlemlerine karşı 'şikâyet' yoluna gidilebileceğini»⁹⁸ (İİK. 88/son).

√ «Üçüncü kişilerdeki 'doğmuş' ya da 'doğacak' (müstakbel) hak ve alacaklar nasıl (İİK. mad. 78 veya 88'e göre mi) haczedilebilir? Mahkemece, şikâyet olunanın İİK.'nün 88. maddesine göre borçlunun DSİ. nezdindeki hak ve alacaklarına koydurduğu haczin bu tarih itibarıyla doğmuş bir alacak bulunmadığından geçerli olmadığı, bu durumda geçerli ilk haczin şikâyetçinin İİK.'nün 89. maddesine göre düzenlenmiş doğmamış alacakları da kapsayacak şekilde olan haciz ihbarnamesine dayalı haciz olduğu gerekçesiyle, şikâyetin kabulüne karar verilmiş olmasında yasaya aykırı bir yönün bulunmadığı– Taraflarca yapılan hacizler borçlunun üçüncü kişideki menkul mallarının haczi niteliğinde olup, bu tür mallar İİK.'nün 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilerek haczedilebileceği gibi haciz müzekkeresi ile de haczedilebilip, ancak İİK.'nün 88. maddesine göre gönderilen haciz müzekkeresi ile ancak mevcut olan bir hak ve alacak haczedilebilip, şikâyet olunanlarca gönderilen haciz müzekkerelerinin alacağın doğduğu ve ödenebilir hale gelmesinden önce gönderilmesi nedeniyle alacağın doğduğu tarihten sonra şikâyetçilerce yapılan hacizlerin dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle istemin kabulü ile sıra cetvelinin iptaline karar verilmiş olmasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığını»⁹⁹

⁹⁸ Bknz: 3. HD. 12.03.2013 T. 2096/4125 (www.e-uyar.com)

⁹⁹ Bknz: 23. HD. 19.02.2013 T. 4799/909 (www.e-uyar.com)

√ «Üçüncü kişilerdeki ‘doğmuş’ ya da ‘doğacak’ (müstakbel) hak ve alacaklar nasıl (İİK. mad. 78 veya 88’e göre mi) haczedilebilir? Mahkemeye, şikâyet olunanın İİK.’nun 88. maddesine göre borçlunun DSİ. nezdindeki hak ve alacaklarına koydurduğu haczin bu tarih itibarıyla doğmuş bir alacak bulunmadığından geçerli olmadığı, bu durumda geçerli ilk haczin şikâyetçinin İİK.’nun 89. maddesine göre düzenlenmiş doğmamış alacakları da kapsayacak şekilde olan haciz ihbarnamesine dayalı haciz olduğu gerekçesiyle, şikâyetin kabulüne karar verilmiş olmasında yasaya aykırı bir yönün bulunmadığı– Üçüncü kişilerde hak ve alacakların ne şekilde haczedilebileceğine değinen İİK.’nun 89. maddesindeki yola başvurulmadan, sadece haciz tezkere ile konulan haczin İİK. mad. 88 gereğince menkul haczi olarak nitelendirilebileceği ve ancak mevcut bir hak ve alacak üzerine konulabileceği, bir diğer ifade ile üçüncü kişi nezdinde doğacak (beklenen) alacakların tezkere yazılması suretiyle haczinin mümkün olmadığı– Üçüncü kişi nezdinde bulunan alacak için haciz talep edilmesi halinde; haciz tarihi belirlenirken, haciz yazısının yazıldığı tarihin değil, üçüncü kişiye ulaşıp, kayda işlendiği tarihin gözetileceğini»¹⁰⁰

√ «Geçici ilmühaberler hisse senedi yerine geçtiğinden ve geçici ilmühaberin çıkarıldığı ticaret sicil gazetesinde ilan edildiğinden icra müdürlüğünce İİK.’nun 88. maddesi uyarınca haciz işleminin yapılması gerekirken, haczin, aynı Kanunun 94. maddesine göre şirket pay defterindeki ortağa ait payın haczi şeklinde gerçekleştirilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu»¹⁰¹

√ «İİK.’nun 88. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan ‘... alacaklının muvafakatı ve...’ ibaresinin Anayasanın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 12.01.2012 T. E: 2010/90, K: 2012/4 sayılı kararı»¹⁰²

√ «Cirosu kabil senetlerin İİK.’nun 88. maddesine göre fiilen haciz ve muhafaza altına alınabileceklerini»¹⁰³

¹⁰⁰ Bknz: 23. HD. 08.11.2012 T. 4004/6560 (www.e-uyar.com)

¹⁰¹ Bknz: 12. HD. 30.10.2012 T. 13292/30711 (www.e-uyar.com)

¹⁰² AMK. 12.01.2012 T. 90/4

¹⁰³ Bknz: 12. HD. 01.11.2011 T. 4965/20942 (www.e-uyar.com)

√ «Türk Gemi Sicili'ne kayıtlı olmayan yabancı bayraklı geminin menkul hükmünde olduğu, icra müdürlüğünün 'seferden men kararı'nın İİK.'nün 92/III. maddesi kapsamında tedbir niteliğinde bulunduğunu»¹⁰⁴
√ «Anonim şirkette hisse senedi çıkarılmış ise, bu hisse senetlerinin İİK.'nün 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğünce fiilen haczedilip muhafaza altına alınabileceği; hisse senedi çıkarılmamış ise, borçlunun 3. kişi nezdinde bulunan bu hisselerinin, İİK.'nün 94. maddesi gereğince, icra müdürünce bizzat şirket merkezine gidilerek, pay defterine işlemek suretiyle haciz işleminin gerçekleştirebileceğini»¹⁰⁵ (Not: Yuk. 08.07.2013 tarihli karar özeti altındaki not'a bknz.)

√ «Borçlunun üçüncü kişi bankadaki mevduatının 'taşınır hükmünde' olduğunu, bu nedenle bankadaki mevduatın İİK.'nün 89. maddesine göre bankaya 'haciz ihbarnamesi' gönderilerek veya bankaya 'haciz müzekkresi' yazılarak haczedilebileceğini»¹⁰⁶

√ «İcra müdürlüğünün haciz ve yakalama yazısı uyarınca gümrükte bekletilen araçta meydana gelen hasardan gümrük müdürlüğünün sorumlu tutulamayacağını»¹⁰⁷

√ «Anonim şirketlerde hisse senedi çıkarılması zorunluluğunun bulunmadığı; eğer çıkarılmışsa bunlar kıymetli evrak niteliğinde olduğundan, icra müdürü tarafından İİK.'nün 88. maddesine göre fiilen el konularak haciz işleminin gerçekleştirileceği, hisse senedi çıkarılmamış ise anonim şirketteki borçlu hissesinin İİK.'nün 94. maddesine göre haczedilebileceğini»¹⁰⁸

¹⁰⁴ Bknz: 12. HD. 06.06.2011 T. 29835/11639 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁵ Bknz: 12. HD. 14.03.2011 T. 23934/3365 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁶ Bknz: 12. HD. 23.5.2011 T. 30333/10150; 16.11.2007 T. 18625/21364; 6.3.2006 T. 1494/4384; 29.4.2004 T. 6537/10591; 16.2.2001 T. 1313/2890; 27.3.1999 T. 6418/6980 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁷ Bknz: 4. HD. 04.10.2010 T. 7723/9624 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁸ Bknz: 12. HD. 03.05.2010 T. 29850/10936; 15.04.2010 T. 28156/9260; 08.12.2009 T. 16282/24368; 06.10.2009 T. 9738/18255; 23.12.2008 T. 25812/22764; 07.10.2008 T. 18371/16801; HGK. 04.07.2007 T. 12-332/446 (www.e-uyar.com)

√ «Borçlunun anonim şirket hissedarı olması ve payların ‘pay senedi’ ya da ‘ilmuhaber’e bağlanmış olması halinde İİK.’nun 88. maddesi hükmüne göre fiili haciz ve muhafaza işlemi yapılarak borçlunun hissesinin haczedilebileceğini»¹⁰⁹

√ «İlmuhaberlerin hisse senetleri gibi kıymetli evrak niteliğinde bulunan senetler olduğu, bu nedenle İİK.’nun 88. maddesine göre fiilen el konularak haczedilebileceklerini»¹¹⁰

√ «Borçlunun 3.kişilerdeki (bankalardaki) alacağının (mevduatının) menkul hükmünde olduğu, bankadaki mevduatın haczi için ‘haciz tutanağı’ düzenlenmesi için bankaya gidilmesine gerek bulunmadığı, haciz tutanağının icra dairesinde düzenlenip, haczi yapan memur, alacaklı (ve borçlu) tarafından imza edileceği, ayrıca bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesinin, bankadaki mevduatın borçluya ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbiri olduğu, haciz yazısını alan bankanın artık borçluya ödeme yapamayacağı; bankadaki mevduatın bulunmaması halinde İİK.’nun 89. maddesindeki koşulları taşımayan haciz yazısının İİK.’nun 89. maddesindeki sonuçları doğurmayacağı ve borç bankanın zimmetinde sayılmayacağını»¹¹¹

√ «Alacaklının muvafakatı bulunmadığı sürece, icra müdürünün haczettığı aracı borçlu elinde bırakamayacağını»¹¹²

√ «İcra Dairesini haciz bildirisini alan anonim şirket, çıplak payın haczedildiğini şirket pay defterine işlemek zorundadır; ancak, çıplak pay haczi, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile, (haciz bildirisinin) anonim şirkete tebliğ edildiği tarihte yapılmış sayılacağını»¹¹³

¹⁰⁹ Bknz: 12. HD. 23.03.2010 T. 24702/6759 (www.e-uyar.com)

¹¹⁰ Bknz: 12. HD. 03.11.2009 T. 21848/21245 (www.e-uyar.com)

¹¹¹ Bknz: 12. HD. 16.11.2007 T. 18625/21364; 06.03.2006 T. 1494/4384 (www.e-uyar.com)

¹¹² Bknz: 12. HD. 06.11.2007 T. 17614/20401 (www.e-uyar.com)

¹¹³ Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 12-332/446 (www.e-uyar.com)

√ «Anonim şirketlerde hisse senedi çıkarılması zorunluluğunun bulunmadığı, hisse senedi çıkarılmış ise bu hisse senetlerinin İİK.'nun taşınır mallarla ilgili haciz ve muhafaza hükümlerini düzenleyen 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğüne haczedilip muhafaza altına alınacağı, hisse senedi çıkarılmamış ise, borçlunun üçüncü kişi nezdinde bulunan ve henüz kıymetli evraka bağlanmamış hisse haklarının İİK.'nun 94. maddesi gereğince icra müdürlüğü tarafından mahalline bizzat gidilerek ve pay defterine işlenmek suretiyle haciz işleminin yapılabileceğini»¹¹⁴ (**Not:** Yuk. 08.07.2013 tarihli karar özeti altındaki not'a bkz.)

√ «Borçlunun bankada mevduatı bulunduğunu saptayan alacaklının, icra müdürlüğünden bu bankaya haciz yazısı gönderilmesini isteyebileceği gibi, bankada bloke edilen paranın haczi için icra müdürü ile birlikte o banka şubesine gidip fiili haciz de yaptırabileceği; alacaklının bankaya birinci haciz ihbarnamesi göndermek zorunda olmadığını»¹¹⁵

√ «Borçlunun üçüncü kişi bankadaki mevduatının taşınır hükmünde» olduğu, bu nedenle bankadaki mevduatın İİK.'nun 89. maddesine göre bankaya 'haciz ihbarnamesi' gönderilerek veya bankaya 'haciz müzekkeresi (yazısı)' yazılarak haczedilebileceğini»¹¹⁶

√ «İcra müdürlüğünün dosyasında bulunan paraya müzekkere gönderilerek haciz konulabileceği, bu paranın İİK.'nun 88. maddesine göre fiilen haczedilip muhafaza altına alınmasına gerek bulunmadığını»¹¹⁷

√ «Hamiline yazılı senetlerin haczi mümkün olduğundan, borçlunun hamil olarak takibe koyduğu çekler üzerine alacaklı tarafından haciz uygulanabileceği ve alacaklıya bu senetlerin takibi konusunda icra müdürlüğünce yetki verilebileceğini»¹¹⁸

¹¹⁴ Bknz: 12. HD. 08.03.2005 T. 351/4722; 01.11.2004 T. 18478/22744; 11.03.2004 T. 606/5526; 11.03.2004 T. 27430/4515 (www.e-uyar.com)

¹¹⁵ Bknz: 12. HD. 29.04.2004 T. 6537/10591 (www.e-uyar.com)

¹¹⁶ Bknz: 12. HD. 29.04.2004 T. 6537/10591; 06.02.2001 T. 1313/2890; 27.05.1999 T. 6418/6980 (www.e-uyar.com)

¹¹⁷ Bknz: 19. HD. 15.04.2004 T. 8452/4465 (www.e-uyar.com)

¹¹⁸ Bknz: 12. HD. 26.02.2004 T. 27164/4066 (www.e-uyar.com)

√ «İİK.'nun 88. maddesine göre yapılan hacze, üçüncü kişinin şikayet hakkının bulunmadığını»¹¹⁹

√ «Alacaklının muvafakatı olmaması halinde -4949 sayılı Kanun ile değişik İİK. 88/II. uyarınca- hacizli malın borçlunun yedinde bırakılamayacağını»¹²⁰ (**Not:** Bu hükmü iptal eden Anayasa Mah. kararı uyarınca, bu kararın bugün önemi kalmıştır.)

√ «Taşınır malların haczedilmiş sayılabilmesi için icra dairesinin istediği zaman bu mallara el koyabilmek imkanına sahip olması gerektiği; «fiilen el koyma» koşulunun para, kıymetli evrak ve altın... vs. gibi malların dışında kalan taşınırılar için gerekli olmadığı, haczi yapan memurun bu mallara hukukten el koymasının yani haczettığı malları alacaklının muvafakatı ile bizzat borçluda bırakması veya bir yedime teslim etmesinin yeterli olduğunu»¹²¹

√ «Haczin 'belirli bir para alacağının tahsilini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra memurunun beyanı ile hukukten el konulması' olduğu- İcra memurunun alacaklının onayı bulunmaksızın, paraya çevirme imkanını zorlaştıracak nitelikte bir işlem yapmasının mümkün olmadığı, bu nedenle 'hacizli gemilerin sicile kayıtlı olduğu ve fiili haciz uygulaması ile alacağın garanti altına alındığı' gerekçesiyle seferden men kararını kaldıramayacağını»¹²²

√ «Talimat icra dairesinin görevinin haciz talimatında belirtilen muhafaza işlemi yerine getirmekten ibaret olduğu, hacizli malların muhafaza altına alınıp alınmayacağını takdirinin, asıl icra dairesine ait olduğu, bunun talimat icra dairesince tartışma konusu yapılamayacağını»¹²³

¹¹⁹ Bknz: 12. HD. 24.02.2003 T. 708/3322 (www.e-uyar.com)

¹²⁰ Bknz: 12. HD. 19.02.2003 T. 25688/3271 (www.e-uyar.com)

¹²¹ Bknz: 12. HD. 29.11.2002 T. 23718/25610; 22.05.2001 T. 8281/9066 (www.e-uyar.com)

¹²² Bknz: 12. HD. 05.07.2001 T. 11616/12228 (www.e-uyar.com)

¹²³ Bknz: 12. HD. 05.06.2000 T. 8766/9262 (www.e-uyar.com)

√ «Şirketlerce, hisse senedi yerine geçmek üzere çıkarılan ilmühaberle-
rin -kıymetli evrak sayıldıklarından- İİK.'nın 88. maddesine göre -filen
el konularak- haczedilebileceğini»¹²⁴

√ «Yarış atları ile ilgili soy kütüğündeki kayıtlar mülkiyeti belirtmedi-
ğinden yarış atları için konulan kaydi hacizlerin geçerli olmadığını, haczin
geçerli olabilmesi için yarış atların fiilen haczi gerektiği»¹²⁵

√ «Hacizli taşınır malların muhafaza şekli ile ilgili kararların kesin
nitelikte olduğunu»¹²⁶

√ «Anonim şirket hisse senetlerinin 'haciz ihbarnamesi gönderilerek'
İİK. 89'a göre değil 'fiilen haczi edilip muhafaza altına alınarak İİK. 88'e
göre haciz edilebileceğini»¹²⁷
belirtmiştir.

¹²⁴ Bknz: 12. HD. 03.11.2009 T. 21848/21245; 20.5.1999 T. 3100/3479; 16.12.1998 T. 13631/14544;
11.4.1995 T. 5747/5411; 17.12.1994 1325/2211 (www.e-uyar.com)

¹²⁵ Bknz: 19. HD. 6.2.1997 T. 8698/954 (www.e-uyar.com)

¹²⁶ Bknz: 12. HD. 15.9.1981 T. 5250/6713 (www.e-uyar.com)

¹²⁷ Bknz: HGK. 9.12.1967 T. İc. İf. 515/611; İİD. 12.11.1966 T. 8867/11304 (www.e-uyar.com)

TÜRK ÖZEL HUKUK SİSTEMİNDE VAKIF TÜZEL KİŞİLİĞİ VE VAKIFLARIN TAŞINMAZ MÜLKİYETİ ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

▪ M. Serhat YENER*

Özet: Hukuk sistemimizde Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre -kurulan vakıflar (yeni vakıf) dışında- diğer vakıfların artık tüzel kişilik kazanması mümkün değildir. Mazbut ve mülhak vakıfların taşınmaz mülkiyeti ile ilgili Özel hukuk tüzel kişiliği esastır. Cemaat vakıflarının taşınmaz mülkiyeti ile ilgili sorunları da “Tüzel Kişilik Hukuku Esasları”, Mülkiyet Hakkının Evrenselliği ve Eşitlik ilkesi dikkate alınarak çözümlenmelidir.

Anahtar Sözcükler: Medeni hukuk tüzel kişileri, Özel hukuk tüzel kişiliği, Yeni Vakıflar, Mazbut, Mülhak, Cemaat Vakıfları, Hayrat vakıf, Vakıf kültür varlığı, Mahluliyet, Metrukiyet, Zamanaşımı.

Abstract: According to the provisions of the Turkish Civil Code, -except established foundations (new foundation)- other foundations cannot no longer have a legal entity in our legal system. The legal entity of fused and annexed foundations relating to real property is essential. The issues of community foundations about real property shall be resolved with legal entity law principles and the principle of equality and universality of the right to property.

Key Words: Civil Law legal persons, legal entity of Private Law, New Foundations, Fused, Annexed, Community Foundations, Charitable Foundation, Foundation Cultural Properties, Escheatment, Abandonment, Statute of Limitations.

* Vakıflar Genel Müdürlüğü Em. Hukuk Müşaviri

GİRİŞ

Prof.Dr. Ergun ÖZSUNAY “Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler” adlı eserinde; tüzel kişilerin tarihsel gelişiminde Roma hukukunun klasik (eski) dönemlerinde bu kavrama rastlanılmadığını, hristiyanlığın kabulünden sonra 5 ve 6.yüzyıllar da kilisenin etkisiyle gerçek vakıfların meydana getirildiğini,Ortaçağda ki kollektivist dünya görüşünün bir çok birliklerin meydana gelmesini sonradan da kazanç paylaşma amacı güden ortaklıklarla,dernek ve vakıf kavramlarının geliştirilmesini sağladığı,Yeni çağda 19.yüzyılın ikinci yarısında yeniden ortaya çıkan birliklerin bireyci dünya görüşünün etkisi ile şekillendiğini birlik kurma ve birliğe üye olma özgürlüklerinin geliştirildiğini ve bu gelişimin modern düzenlemeleri geniş ölçüde etkilediğini,

Ord.Prof.Dr. Ferit Hakkı SAYMEN “Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar” adlı eserinde;Hukuk sistemlerinde tüzel kişilerin ’ ayrı ayrı iki düşünceye göre düzenlendiğini ; bir düşünceye göre tüzel kişilerin gerçek kişilerin kudret ve kuvvetinin erişemediği işleri yapacak,büyük gaye ve teşebbüslerin meydana gelmesine vasıta olacak topluluklar olduğu,kanun koyucuların bunların meydana gelmesini teşvik edip kolaylaştırdığını,diger bir görüşte ise tüzel kişilerin kudretinden, iktisadi kuvvetinden bazen de siyasi bir güç oluşturacağından hareketle kanun koyucuların tüzel kişilerin meydana gelmesine engel olunduğunu belirtmekte yine SAYMEN anılı eserinde bu iki düşüncenin hatalı tarafları olduğu gibi doğru tarafları da olduğu,tarihin liberal görüşle tüzel kişilerin tamamen serbest bırakılmasının bazı siyasi ve ekonomik karışıklılara sebebiyet verebileceğini,buna karşılık mahzurları önlemek için tüzel kişileri kökünden kurutmanın ise ekonomik,ilmi,hayri bir çok teşebbüslere mani olabileceğini gösterdiğini,bu iki görüş arasında;bazı kanunların tüzel kişilerin meydana gelmesine mani olunmamakla birlikte bunların vücuda gelmesi,faaliyeti,hatta tasfiyelerinin devletçe kontrol altına alınması şeklinde düzenlemelere gittiğini belirtmektedir.

Prof.Dr. Hüseyin HATEMİ “Medeni Hukuk Tüzel Kişileri” adlı eserinde eski Roma’da kişi topluluklarına tüzel kişilik tanınırken mal

topluluklarına tüzel kişilik tanınmadığını, mal topluluklarını kişi topluluğunun mal varlığı sayma taraftarı olduğunu ve bu yüzden vakıfların bir tüzel kişilik olarak ortaya çıkmadığı ve gelişemediğini belirtmektedir.

Bu görüşler doktrinde eski tarihlerde bile tüzel kişiliğe benzer müesseselerin, insan ve mal topluluklarının mevcut olduğunu (Rahip birlikleri, Manastırlar, Esnaf ve Zanaatkar birlikleri) göstermektedir.

Prof.Dr.Ekrem Buğra EKİNCİ “Osmanlı Hukuku” adlı eserinde Şer’i hukukta da hükmi şahsiyet mefhumuna tesadüf edilmediğini ancak Devler, Beytülmal ve Vakıfların İslam hukuk tarihinde adı konulmamış olsa bile hükmi şahsiyete örnek olduğunu belirtmektedir.

Osmanlı Devletinde 1913 senesinde çıkarılan “Eşhası Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarrufuna Mahsus Kanunu Muvakkat” ile hükümet ve belediyeler, cemiyetler, kulüpler, ticaret, sanayi, inşaat ve ziraat şirketleri, cemaatler ve hayır müesseseleri hükmi şahıs kabul edilmiştir. Bir başka deyişle bu kanunla tüzel kişilik kavramı Osmanlı hukukuna ismen girmiştir diyebiliriz.

Yeni hukuk sistemlerinde tüzel kişilik; kamu tüzel kişiliği ve özel hukuk tüzel kişiliği şeklinde genel olarak ikiye ayrılmaktadır. Vakıflar özel hukuk alanında Medeni hukuk tüzel kişileri olarak vasıflandırılmaktadır. Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ “Kişiler Hukuku” adlı ortak eserinde Medeni hukuk tüzel kişileri içinde dernek ve vakıfların ekonomik ve özellikle kazanç paylaşma amacı, siyasi amaç (iktidara gelme) gütmediğine değinmektedir.

Türk Özel Hukuk Sisteminde Vakıf Tüzel Kişiliği

1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile bu tarihten sonra kurulacak vakıflarla ilgili hükümler sevk edilmiş, Medeni Kanunu yürürlüğünden önce kurulmuş vakıflar için de Medeni Kanunun tatbikine dair 29.05.1926 tarih ve 864 sayılı kanun gereği 1935 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu çıkarılmıştır.

İsviçre'den Medeni Kanunun iktibasıyla hukuk sistemimize vakıf kavramı yanında tesis kavramı girmiş, kanun koyucu her ne kadar Medeni Kanun öncesi kurulan eski vakıfları yeni hukukumuzla göre kurulacak tesislerden ayırt etmek istemişse de anılı kanununun çeşitli komisyonlar tarafından çevrilmiş olması nedeniyle değişik maddelerde tesis ve vakıf sözcükleri eş anlamlı kullanılmıştır, Ancak Medeni kanunda 13.07.1967 tarih ve 903 sayılı kanunla yapılan değişiklikle tesis kavramı yerini vakfa bırakmıştır.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi,²⁷ Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile de 2762 sayılı Vakıflar Kanunu mülga olmuştur.

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunun 6. maddesi “... Umum Müdürlüğün idare ve temsil ettiği vakıflar da bir kül halinde hükmi şahsiyet sayılır.” hükmünü getirmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar olan dönemdeki yargısal içtihatlarda vakıfların özel hukuk tüzel kişiliği olduğu, mallarının devlet malı olmadığı vurgulanmıştır. (YİBK 26.05.1935 T 78/6 E. K)

Prof.. Dr.. Sıddık Sami ONAR “İdare Hukukunun Umumi Esasları” adlı eserinde mazbut vakıf tüzel kişiliği ile ilgili görüşünü; “... Mazbut vakıflar Vakıflar Genel Müdürlüğünün tüzel kişiliği içindedir. Genel Müdürlük bunları doğrudan doğruya idare eder. Bu bakımdan mazbut vakıflar tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumudur. Vakıf bir kamu müessesesi halinde devlet teşkilatı içine girmiştir. Bu hale göre mazbut vakıflar bu gün tek hükmi şahsiyet halindedir. Patrimuanları, organları ve statüleri de tektir ... Mazbut vakıflar tüzel kişiliği, özel hukuk tüzel kişiliği niteliğinde değildir.” şeklinde belirtmektedir.

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’de bu görüşe iştirak etmekle beraber ancak mazbut vakıflar tüzel kişiliğinin alelade bir özel hukuk tüzel kişiliği olarak görülemeyeceğini, her şeyden önce tek ve zorunlu temsilcisi olan Vakıflar İdaresinin bir kamu tüzel kişiliği olmasının bu yönde bir

nitelendirmeyi önleyeceğini, Vakıflar İdaresiyle onun kanuni temsilciliği altında bulunan mazbut vakıflar tüzelkişiliğini özdeşleştirmekten kaçınmak gerektiği görüşündedir.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu dönemindeki yargısal içtihatlarında bu görüş doğrultusunda olduğu, mazbut vakıflar tüzel kişiliğinin Vakıflar İdaresi tüzel kişiliğinden ayrı mütalaa edilemeyeceği, bunun Vakıflar İdaresi tüzel kişiliği içinde bulunduğu, hatta bu idareye tüzel kişilik tanınmasının mazbut vakıfların kanunla bir tüzel kişilik halinde düzenlenmiş bulunmasından ileri geldiği kabul edilmiştir. (Dnş. 6. Dairesinin 07.01.1976 T. 1975/4223 E., 1976/131 K. Emsal kararı)

Danıştay Genel Kurulunun 12.05.1977 tarih ve 1977/20-30 sayılı bir kararında da özetle; “... mazbut vakıfların bir kül halinde, tek bir hükmi şahsiyet sayılmaları tek bir idare tarafından idare ve temsil edilmeleri nedeniyle masraf, gelir ve borç noktasından bir bütün teşkil etmelerinin sonucudur. Esasen Vakıflar Genel Müdürlüğü ile mazbut vakıfların hükmi şahsiyetleri birbirinden tamamen ayrıdır. Çünkü mazbut vakıflar tüzel kişiliğini, Vakıflar Kanunu 6 ncı maddesi ikinci fıkrasından, Vakıflar Genel Müdürlüğü ise 6760 sayılı Kuruluş Kanunu 1 inci maddesinden almaktadır. Vakıflar Genel Müdürlüğüne ve mazbut vakıflara ayrı ayrı kanunlarla hükmi şahsiyet tanınmıştır. Bu sebeple bu iki hükmi şahsiyetin mal ve varlıklarını birbirinden ayrı mütalaa etmek gerekmektedir...” denilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki yargısal kararlarla mazbut vakıflardan doğrudan doğruya bir hayır cihetine tahsis edilmiş olanların gerek 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu gerekse 5737 sayılı yürürlükteki Vakıflar Kanunundaki hükümler dikkate alınarak “kamu malı” niteliğinde olduğu, özel mülk konusu olamayacağının benimsendiği de belirtilmelidir. (YHGK 06.02.1963 tarih ve 1/124 E.K)

Yine mülhak vakıflarla ilgili mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunun 6/1.maddesi “Mülhak vakıflar, Vakıflar Umum Müdürlüğünce niyabeten idare olunsa bile ayrı ayrı birer hükmi şahsiyet sayılır. Bunlar kendi

taahhütleri ile ilzam olunur. Ve borçlarını kendi mallarından öderler...” hükmünü getirmiş olup gerek doktrin gerekse yargısal kararlar bu vakıfların da özel hukuk tüzel kişisi olduğu yönünde idi.(Yargıtay 1.HD 03.02.1982 tarih ve 978/832 E.K,)

Eski vakıflar kategorisinde yer alan ve gerek mülga 2762 Vakıflar Kanunu gereğince verilen beyannameler gerekse 5737 sayılı Vakıflar Kanunları ile tüzel kişilik olarak tanınıp vakıf olarak kabul edilen son vakıf türü “Cemaat Vakıfları”dır.

Prof.Dr.Hüseyin HATEMİ “Ergun ÖZSUNAY” armağanında “Cemaat Vakıfları Üzerinde Düşünceler” adlı yazısında bu vakıfların Şer’i mahkemelerde tescilinde yaşanan sıkıntılar nedeni ile Padişah fermanları ile kurulduğunu bunlara gelir getirmesi için bağışlanan yada vasiyet edilen taşınmazların muvazaalı işlemlerle Cemiyet üyeleri veya artık yaşamayan azizleri adına tescil edildiğini belirtmektedir.

Doktrin bu vakıfların vakfiyelerinin bulunmuş olmamasının bunları geçersiz hale getirmeyeceği görüşündedir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi gerekse Türk Medeni Kanunun “Tüzel Kişiler” ile ilgili genel hükümlerinde vakıfların tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olduğu belirtilmiş, buna karşılık mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinden farklı olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun vakıflarla ilgili özel hükümlerinde vakıfların gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olduğu ve tescil ile tüzel kişilik kazanacağı hükme bağlanmıştır.(md 101,102)

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 4.maddesi; hiç bir vakıf türünü ayırmaksızın genel bir hükümle vakıfların özel hukuk tüzel kişiliği olduğunu, 5.maddesi; yeni vakıfların; Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulacağı ve faaliyet göstereceğini , aynı kanunun 35 inci maddesi de Vakıflar Genel Müdürlüğünün Kamu tüzel kişiliğini hükme bağlamaktadır.

Prof.Dr. Hüseyin HATEMİ “Kişiler Hukuku” adlı ortak eserinde Vakıflar kanunun uygulama alanına giren mazbut vakıfların tümünün tek tüzel kişilik içinde eridiğini, Cemaat vakıflarının da mülhak vakıf kapsamına giren bir alt tür olduğunu belirtmektedir. Esasen bu vakıflar için mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununda yapılan ilk düzenlemede Vakıflar hukuku yönünden olması gereken statüyü göstermekte idi.

Keza mülga 2762 sayılı Vakıflar kanunun ilk şeklinde 1.madde; mütevellileri veya seçilmiş heyetleri tarafından idare olunan vakıfların hepsini “Mülhak vakıflar” olarak kabul etmiştir. Daha sonra 14.07.1938 tarih ve 3513 sayılı kanunla 1.madde değiştirilerek “Mülhak Vakıflar”ın kapsamı daraltılmıştır.

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunun İkinci bap “**Vakıfların hukuki ehliyeti, malları ve vakıf şartlarının değiştirilmesi**” orta matlabını taşıyan birinci fasıldaki “**Hükmi Şahsiyet**”e dair 7.Madde birinci cümlesi “Vakıflar mahkeme veya vakıf kütüğüne kaydedilmiş olup olmamaları şahsiyetlerine halel getirmez” şeklindeydi. Bu hüküm bu kanuna tabi vakıfların hükmi şahsiyet kazanmasını şekli hukukla sınırlamayan geniş bir yorumla herhangi bir zamanda ve şekilde ortaya çıkacak bir vakfın hükmi şahsiyetinin tanınacağını amir, vakıf menfaati ve ruhuna uygun bir düzenlemeydi.

Bu gün için Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mahkemeye tescil edildikten sonra tüzel kişilik kazanan yeni vakıflar dışında özellikle Cumhuriyet öncesi kurulan vakıflarla ilgili düzenlemeler getiren mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile bu kanunu ilga ederek tüm vakıflar yönünden bazı ortak hükümler içeren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu geçince bir vakfın hükmi şahsiyet kazanması veya bir başka ifade ile kurulması mümkün değildir. (md 5)

Vakıfların Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde Düşünceler

Doktrinde mülkiyet hakkı; evrensel bir hukuk kavramı olarak kabul edilerek hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kişiyle eşya arasında

doğrudan doğruya mevcut olan hakimiyet ilişkisinin diğer kişilere karşı korunması olarak tanımlanmaktadır.

Gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mahkeme kararı ile tescil edilip tüzel kişilik kazanan vakıflarda (yeni vakıflar) başlangıçta özgülenen kuruluş mal varlığı tüzel kişilik kazanılmasıyla vakfa geçmektedir. Tescil kararı veren mahkeme ,vakfedilen taşınmazın vakıf tüzel kişiliği adına tescil edilmesini tapu idaresine bildirir.(105.md)

5737 sayılı Vakıflar Kanunun “ **Vakıfların mal edinmesi, akar cinsinden olan malların değiştirilmesi**” kenar başlıklı tüm vakıf türleri için genel hüküm niteliğindeki 12.madde 1.cümlesi “Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler...” hükmünü getirmiştir. Bu tür vakıflarda sonradan bağış veya satın alma ve sair suretlerle taşınmaz iktisabı genel hükümler içeren Türk Medeni Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine tabi bulunmaktadır. Burada incelememizi Türk Medeni Kanununa göre kurulan vakıflar dışındaki vakıflarla sınırlandırmaktayız.

1935 tarihinde yürürlüğe giren 2762 Vakıflar Kanunundan sonra Cumhuriyet öncesinde kurulan ve Vakıflar idaresince sayısı yaklaşık kırk bin bir (41000) civarında ifade edilen mazbut vakıfların vakfiyeleri kapsamındaki taşınmaz mal varlıkları idarece zaman zaman evveliyat kayıtları üzerinde yapılan tespitler dışında bölgesel olarak yapılan kadastro ve tapulama çalışmalarında eski kayıtlarda geçen vakıf şerhleri sonucu ortaya çıkmakta ve 3402 sayılı Kadaastro Kanunun 12.maddesiyle sınırlı olmaksızın sahih (mülk) niteliğinde olanlar 5737 sayılı Vakıflar Kanunun geçici 5.maddesine istinaden mahkeme kararı ile vakıfları adına tescil ve kaydedilmektedir.

Uzunca bir süre vakıf taşınmazların mülkiyeti ile ilgili davalarda verilen yargı kararlarında vakfiyenin tapu hükmünde bir belge olduğu ve vakfiye kapsamına giren taşınmazların vakıf malı olduğu, ayrıca ispat vasıtası gerekmediği kabul görmüşken son zamanlarda avarız vakıfları

ile doğrudan hayrat vakıflar dışında (vakfiye bile aranmadığı halde) diğer vakıf taşınmazlarda vakfiye kapsamındaki taşınmazların ayrıca vakıf malı olduğunun da ispatı gerektiği yönünde kararlar verilmektedir. Bu davalarda vakfiye dışında mahalli bilirkişi temininin bir çok yerde zor ve hatta vakfın kuruluş tarihi yönünden imkansız olması hali dikkate alındığında vakfiye kapsamı dışında ispat vasıtası aranmasının vakıf aleyhine olduğunu da belirtmek gerekir. (Yargıtay 1.HD 30.05.1988 tarih ve 4270/6386 E.K., 21.04.1999 tarih ve 4159/4026 E.K.)

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 13/1.maddesi de mazbut vakıfların tescil görmemiş hayrat taşınmazlarının Genel Müdürlüğün isteği üzerine tapu idaresince vakıfları adına tescilini öngörmektedir. Anılı maddenin mülhak vakıfları da kapsar şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

Mazbut ve mülhak vakıflarda taşınmaz mülkiyeti yönünden “Mahluliyet” ve “Metrukiyet” “müesseselerine” de değinmek gerekir.

Eski vakıf hukukunda Mahluliyet; İcareli veya mukataalı vakıf malları kullanma hakkına sahip olanların gaip, firari olmaları veya alt soy bırakmadan ölmeleri halinde bu malların mülkiyetinin vakfına rücuu olarak tanımlanabilir.

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu “Mahluliyetle” ilgili bir tanımlama getirmemiştir. Ancak anılı kanunun 2888 sayılı kanunun 2. maddesiyle değişik 29 uncu maddesine göre on yıl içinde bu Kanun hükümlerine göre taviz vermek yolu ile icareteyn veya mukataa kayıtları terkin edilmemiş olan gayrimenkullerin mülkiyeti on yıl sonunda kendiliğinden mutasarrıflarına geçeceği ve vakfın hakkı da ivaza dönerek gayrimenkulün tamamı bu ivaz karşılığında birinci derece ve birinci sırada ipotek sayılacağı, bu madde gereğince mülkiyeti mutasarrıflarına geçmiş olan gayrimenkullerde maliklerin Hazineden başka varis bırakmadan ölümleri halinde, mülkiyetin mahlulen vakfına rücu edeceği, bu Kanunun yayımı tarihine kadar maliklerinin ölümleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazineye İntikal edip de bu husus tapu kaydına işlenmemiş bulunan gayrimenkullerinde bu hükme tabi olacağı düzenlenmiştir.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunun 29. maddesiyle öngörülen on yıllık süre 4775 sayılı kanunla on yıl daha uzatılmıştır. 1955 yılından sonra yeni bir süre uzatımı yoluna gidilmemiştir.

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu döneminde uygulamada Vakıflar İdaresince mahalle Muhtarlarınca düzenlenen “Mahlul İl Muhaber”lerine istaneden tasarruf edenin hayatı ve nerede olduğu, vereseleri hakkında bir bilgi edinilemeyen ve uzun zamandan beri sahipsiz kalan taşınmaz malların mahlulen vakfına intikali yönünde yargı kararları verilmiştir.

2888 sayılı kanunla ilgili yargı kararları incelendiğinde; mülkiyeti mutasarrıfına geçmiş olan taşınmazlarda maliklerin hazineden başka mirasçı bırakmaksızın ölümleri halinde son mirasçı sıfatıyla hazineye intikal edipte bu husus tapu kaydına işlenmemiş taşınmazlarda mülkiyetin, mahlulen vakfına döneceği, taşınmaz mutasarrıfına hiç geçmemiş ise veya 2888 sayılı kanunun yürürlüğünden önce hazine adına tescil kararı alınmamışsa taşınmazın vakfına dönmesi gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir. (YHGK 04.11.1985 T.12319/12102)

Yine Yargıtay yerleşik kararları gereği mülkiyetleri mutasarrıflarına geçen vakıf taşınmazların maliklerinin mirasçı bırakmadan ölmeleri halinde 2888 sayılı kanunun yürürlük tarihine kadar son mirasçı sıfatıyla hazine üzerine tescil edilenler hariç olmak üzere mülkiyetlerinin “Mahlulen vakfi”na döneceği kabul edilmiştir. (Yar. 1. HD 02.02.1990 T. 205/1151)

Ancak Danıştay 10.Dairesini son yıllarda verilen yargı kararlarındaki değişiklik üzerine mahluliyetin kabulü yargı yerince verilmiş veraset ilamı veya gaiplik kararının bulunması şartına bağlanmıştır. (Dnş. 10. Daire 16.06.1999 T. 8341/3455)

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 17. maddesine göre “Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk veya mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı

taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir” hükmünü getirmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 09.06.2008 tarih ve 4645/7177 sayılı anılı hükümle ilgili kararı incelendiğinde ise artık vakıf taşınmazların hazineye intikali yolunun kapatıldığı görülmektedir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü de 5737 sayılı Kanunla ilgili 29/05/2008 tarih ve 2008/9 sayılı genelgesinde 17 inci madde hükmü gereğince icareteynli ve mukataalı taşınmazların tasarruf edenlerinin veya maliklerinin mirasçı bırakmadan ölmeleri, kaybolmaları veya mübadil durumlara düşmeleri halinde taşınmaz malların mülkiyetinin vakfı adına tescil edilmesini talimatlandırmıştır.

Metruk mal yada emvali metruke sahipleri kaybolmuş mallar demektir. Bu tür mallar ile ilgili emvali metruke kanunları mevcuttur. Emvali metruke hakkındaki kanunların yürürlükten kalkmış olması bu kanunlar yürürlükte iken bu taşınmazlar için doğan hukuki durumları değiştirmez.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 22.11.1999 tarih ve 11763/12112 sayılı kararında vakıf taşınmazın mahluliyet yada metrukiyet anında vakfına rücu edeceğini belirtmektedir. Ancak Yargıtay’ın bu tür malların hazineye intikal edeceği yönünde eski tarihli kararlarına da rastlanılmaktadır. Vakıflar İdaresince serbest tasarrufa terk başvurularıyla ilgili çıkarılan 21.08.1979 tarih ve 50 sayılı genelge ile mahluliyetle birlikte metrukiyette de serbest tasarrufa terk başvurularında emvali metruke kanunları gereğince vakfa intikali gereken taşınmazlar için metruken el koyma kararı alınarak gerekli tescilin sağlanması öngörülmüştür.

Taşınmaz mülkiyetinde eski vakıflar yönünden önemli bir konuda “Zamanaşımı” müessesidir

Eski hukuk sistemimizin temelinde bir taşınmazın maliki tarafından uzun süre kullanılmayarak başkasının tasarrufunda kalmasıyla mülkiyetin sona ermeyeceği kuralı kabul edilmişti. Keza Mecellenin 1674. mad-

desi “Zamanaşımı ile hak sakıt olmaz” hükmünü getirmiştir. Bir başka deyişle eski hukukumuzda zamanaşımı mülkiyeti iktisap nedeni olarak kabul edilmemiştir.

Eski hukuk sistemimizde vakıf malların aslını ilgilendiren davalar yönünden zamanaşımı süresi 36 yıldır. Gayrisahih vakıfların mülkiyetine ilişkin davalarda bu süreye tabidir. Hayrat vakıf mallar hakkında zamanaşımı işlemeyeceği ,vakıf malın tasarrufuna ilişkin davalarda bu sürenin 15 yıl olduğu kabul edilmiştir.

Hukuk sistemimizde 1274 tarihli Arazi Kanunu 20.maddeye göre küçüklük, zorbalık, delilik ve uzak yerlerde bulunmak gibi geçerli özürlerden biri bulunmadıkça miri araziye on yıl süreyle nizasız olarak tasarrufunda bulunduran kimsenin tasarruf hakkını kazanmasına “hakk-ı karar” denilmektedir.

Hakk-ı kararın hukuki mahiyeti hakkındaki görüşlerin bir kısmı kazandırıcı zamanaşımı niteliğinde olduğu ve Medeni Kanundan önce miri araziye on yıl çekişmesiz ve aralıksız tasarruf etmiş kimsenin artık Medeni Kanundaki koşullara bağlı olmaksızın o araziye malik olabileceği bir diğer kısım görüş ise hakk-ı kararın, kazandırıcı zamanaşımı ile eşdeğerde olduğu yönündedir. Bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmektedir.

Buna göre Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlamış olan hakk-ı karar ile Medeni Kanunun yürürlüğünden sonra işlemiş olan kazandırıcı zamanaşımının birbiriyle eklenmesiyle kazandırıcı zamanaşımı süresinin tamamlanmasına hiçbir engel yoktur.

OZANALP’in hakk-ı karar süresi sonunda kazanılan şeyin taşınmazın mülkiyeti değil, yalnızca ‘yararlanma hakkı’ Arazi Kanunundaki özel terimi ile tasarruf hakkı olduğundan hakk-ı kararın menfaat mülkiyetine yönelik bir zamanaşımı türü olduğu görüşünde olup Sungurbey’de aynı görüştedir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 12.04.2004 tarih ve 320-1411 sayılı bir kararı incelendiğinde de özetle; “...Arazi Kanunnamesinin 20. maddesine göre başkasına ait tapulu taşınmaz 10 yılı aşkın süre ile üçüncü bir kişi tarafından malik sıfatı ile aralıksız ve çekişmesiz olarak kullanılması durumunda tapu kaydının zilyedi yararına hukuksal değerini yitireceği, zilyedin tapu alabileceği, kayıt malikinin zilyet aleyhine dava açamayacağı açık olmakla tapu kaydının zilyeti yararına kısmen hukuki değerini yitirdiği ,ancak tamamının geçersizliğinden söz edilemeyeceği ...” belirtilmekle hakk-ı kararın kazandırıcı zamanaşımı ile eş değer görüldüğü anlaşılmaktadır.

Yargıtay tarafından da benimsenen ikinci görüşü “vakıf mal mutasarrıf”ının hukuki durumunu incelediğimizde kabul etmek zorlaşmaktadır. Malum olduğu üzere vakıf mallar Medeni Kanundan önce sözleşme ile icareteyn ve mukataaya bağlanmıştır. Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile de bu usulle vakıf malın tasarrufu yasaklanmıştır.

Vakıflar Kanunu öncesi vakıf malda mutasarrıflık hakkı, icareteyn ve mukataa sözleşmelerinden doğan bir hak olduğuna göre zilyetlik yolu ile kazanılmamış olan bu hakkı, zilyetlikle eş değer görerek değerlendirmek hukuken yerinde değildir. Bu itibarla mülkiyetin mutasarrıfa geçtiği tarihe kadar (bu tarih taviz bedeli ödenmemişse en geç 13.12.1955 tir) zamanaşımı süresi dolmamışsa artık dolması mümkün olmamalıdır. Burada üçüncü görüş kapsamındaki değerlendirme isabetli olacaktır.

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunun zamanaşımı konusu ile ilgili 8 ve 41. maddeleri ile 743 sayılı Medeni Kanunun 81/B maddesi;

Madde 8– “Vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan gayrimenkulleri rehnedilemezler. Bunlardan mülkiyet ve irtifak hakkı için iktisap müruru zaman işlemez ve bu kanunun gösterdiği haller dışında satılmazlar...”

Madde 41– “Kanunu Medenideki müruruzaman hükümleri vakıf mallar hakkında da tatbik olunur. Ancak vakfın rakabesine ait olup

şimdiye kadar tamam olmamış bulunan eski 36 yıllık müruruzaman, bu kanun hükümleri yürümeğe başladıktan itibaren beş yıl geçmedikçe tamam olmuş sayılmaz. Bununla beraber müddetlerin mecmuu 36 yılı geçemez.”

Madde 81/B– “Vakıfların malları üzerinde zilyetlik yolu ile iktisap hükümleri tatbik olunmaz.”

hükümlerini getirmiş olup, bu hükümler incelendiğinde her iki kanunda vakıf mallarında zamanaşımını düzenlendiği görülmektedir.

Kanun koyucu 8. maddede yaptığı düzenleme ile mazbut-mülhak ayrımı yapmaksızın vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan taşınmazlarında “kazandırıcı zamanaşımı” işlemeyeceğini emredici bir hükümle öngörmüştür.

Anılı kanunun 41. maddesi doktrin ve uygulamada tartışmalara konu olmuştur. Bu madde lafzından da anlaşılacağı üzere Medeni Kanunun zamanaşımı hükümlerine yollama yapılmaktadır.

Ancak bu hükümde önemli olan eski hukuk zamanında işlemeye başlayan zamanaşımının nasıl tamamlanacağını da belirtilmesidir. Esasen bu madde eski hukuktaki 36 yıllık süreyi kazandırıcı zamanaşımı süresi olarak kabul etmektedir.

Bu dönemde verilen yargı kararları incelendiğinde; İktisap müruruzamanı meriyetinden itibaren yeni kanuna tabidir hükmü getiren Medeni Kanun hakkındaki Tatbikat Kanunu 20. maddesi karşısında Vakıflar Kanunundaki bu kanunun 8/2. maddesine istinaden 36 yıllık zaman aşımının en geç 3 Ekim 1926 tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı, Vakıflar Kanunun yürürlük tarihi olan 13.12.1935’e kadar 36 yıllık zamanaşımından 9 yıl, 2 ay 8 günün geçmiş olacağı ve bu sürenin üzerine 41. madde de öngörülen 5 yıllık süre de eklendiğinde 13.12.1940 tarihinde kazandırıcı zamanaşımı süresinin artık dolmuş olacağını kabul edildiği, ancak kazandırıcı zamanaşımı süresinin Medeni Kanunun

yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden sonra başlaması halinde artık 36 yıllık süre değil Medeni Kanunda öngörülen kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasının esas alındığı anlaşılmaktadır.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar verilen önemli bir kısım emsal yargı kararları incelendiğinde özetle;

Vakfı namına tapuda kayıtlı gayrimenkuller hakkında iktisap zamanaşımı işlemez. (YİBK 04.11.1959 T. 1/18)

Tapuda mutasarrıfı üzerine kayıtlı ve belli bir vakfın icareteynli malı olduğu tapu sicilinden anlaşılan taşınmazın mutasarrıfı yirmi sene önce ölmüş olsa bile o taşınmaz hakkında Medeni Kanunun 639/2. (TMK 713) maddesi lehine uygulanamaz. Bu taşınmazlar zilyetlikle kazanılmaz. (YİBK 04.03.1959 T. 2/19)

Evkaf hakkında Kanunun Medeninin neşri tarihine kadar eski hükümlerin mer'i olması lazımdır. (YHGK 17.12.1930 T. 76/98)

Ahkamı sabıkaya nazaran aslı vakfa müteallik davaların dinlenmesine mani olacak müruruzaman müddeti 36 senedir. (YHGK 02.12.1934) Sicil oluşturulmuş tapulu vakıf mallarla, doğrudan doğruya hayrattan olan vakıf mallar zilyetlikle kazanılamaz. Ayrıca avarız vakıflar yöre halkınca tesis amacına uygun biçimde kullanılagelmesi ve bilinmesi durumunda zilyetlikle kazanılamaz. Medeni Kanuna eklenen 81/B madde gereğince vakıf mallar zilyetlikle mülk edinilemez. (YHGK 07.06.1995 T. 17/351-604)

Tapu siciline henüz geçirilmemiş, yani onaylı (tasdikli) vakıf defterinde kayıtlı taşınmazların dahi zamanaşımı ile edinilmesine (iktisabına) yasal olanak yoktur. (Yar. 1. HD 29.09.1988 T. 10556/10043)

Hazineye dönen tapusuz miri araziler üzerinde zilyetlikle mülk edinme koşullarının gerçekleşebileceğinde duraksama yoktur. 677 sayılı Kanun tekke ve zaviyelere ait vakıfların hazineye intikaline ilişkin-

dir. Ancak bu vakıflara vakfedilen sahih malların mülkiyeti Vakıflar İdaresinde olup mazbutiyet durumu doğmuştur. Miri araziden olup vakfın doğrudan doğruya tasarrufuna bırakılan haklara gelince, tahsis muteber sayılmayan bir mahiyet aldığından vakfın tasarruf hakkı da sona ermiş ve 677 sayılı kanun gereğince bu gibi yerler üzerinde hazinenin mülkiyet hakkı kayıtsız kalmıştır. O halde şartları varsa miri araziler üzerinde zilyetlikle mülk edinme söz konusu olabilecektir. (Yar.1.HD 17.05.1999 T. 4398/5240)

Hayrat vakıfların zilyetlik yoluyla kazanılması mümkün değildir. Açılacak davalarda bir süre ile sınırlı değildir. (Yar.1.HD 15.06.2000 T. 7658/7978)

Bir vakıf malın zilyetlikle mülk edinilip edinilemeyeceği, vakfın türüne, zilyetlik tarihine, kişinin taşınmazın vakıf malı olup olmadığını bilip bilmediğine, zilyetliğinin malik sıfatıyla olup olmadığına bağlı olduğundan bu hususlar kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde açıklığa kavuşturulmalıdır. (Yar.1.HD 14.05.2002 T. 3948/6140)

5737 sayılı Vakıflar Kanununda vakıf mallarında zamanaşımı konusunun düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki:

“Hayrat taşınmazların nitelikleri ve değerlendirilmesi” kenar başlıklı,

MADDE 15– “Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemez, rehedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamanaşımı işlemez.

“Zilyetlik yoluyla kazanım” kenar başlıklı,

MADDE 23– “Vakıfların malları üzerinde zilyetlik yoluyla kazanma hükümleri uygulanmaz

GEÇİCİ MADDE 5- Vakıf şerhleri ile ilgili devam etmekte olan davalarda; diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin hükümler uygulanmaz.

Bu maddelerin gerekçeleri incelendiğinde; hayrat vakıf taşınmazlarının toplumun doğrudan ve bedelsiz istifadesine sunulduğu dikkate alınarak koruyucu tedbirler getirildiği, vakıf malları üzerinde vakıf hakkının korunmasının amaçlandığı, halen derdest bulunan davalarda vakıf hak ve menfaatlerinin korunmasının amaçlandığının belirtildiği görülmektedir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunundaki genel ve ilgili madde gerekçelerinin “ Gayrimenkul Hukuku” ve mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu döneminde çıkan emsal kararlara kıyasen zamanaşımı hususunda hukuken doyurucu yazılmadığı gibi hukuk sistemimizde geçici maddelerin geçerlik süreleri dikkate alındığında esasen ana madde olarak yazılması gereken geçici 5.maddenin uygulanma süresi hususunda tereddütler yaşanacağını da belirtmek gerekir.

Vakıf şerhlerine ilişkin davalar genel olarak şerhin ihyası veya terkin talepleriyle açılmaktadır. Nitelik ile hukuki sonuç ve hükümlerine göre hukuk sistemimizde süreler temelde zamanaşımı ve hak düşürücü olmak üzere ikiye ayrılır.

Hukuk sistemimizde zamanaşımı denildiğinde vakıf hukukunu ‘kazandırıcı zamanaşımı’ ile zamanaşımından farklı olarak yalnız dava ve takip hakkını değil hakkı ortadan kaldıran sürelerdir ki bunlar ‘hak düşürücü süre’ilegilendirmektedir. İşte geçici 5.madde ile amaçlanan kanunlarda yer alan (TMK, Kadastro Kanunu gibi mülkiyetle ilgili düzenlemeler içeren sair genel ve özel kanunlar) zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin evveliyatında vakıf ilişkisi bulunduğu tapu kayıtlarındaki şerhlerden anlaşılan taşınmazlarda vakıf hak ve ilişkisini ortadan kaldırma yönünden geçerli olmadığını hükme bağlayarak Vakıf menfaatinin korunması amaçlanmıştır. Ancak yukarıda da belirttiğim üzere geçici hükümlerin geçerlik süresi karşısında bu hükmün uygulanması zamanla tartışmalı hale gelebilecektir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 117/1. maddesi de “Vakıf malları üzerinde zilyetlikle kazanma hükümleri uygulanmaz.” hükmünü getirmiştir. Bu maddeye ilişkin gerekçe incelendiğinde eski madde aynen korunarak iktisap yerine kazanma sözcüğünün ikame edildiği görülmektedir. Yukardaki eleştirim bu madde gerekçesi içinde geçerlidir.

Eraslan ÖZKAYA “Eski Vakıflar Hukuku” adlı eserinde; 5737 sayılı Vakıflar Kanunun 23. maddesi hükmünün 2762 sayılı Vakıflar Kanunun 41. maddesinin doğurduğu tereddüdü ortadan kaldırdığını ancak bu hükmün önceki dönemde oluşan kazanılmış hakları etkilemesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar çıkan emsal nitelikli önemli yargı kararlarına göre özetle ; tapu sicilinde vakfı adına mülk olarak kayıtlı taşınmazlarda zamanaşımı hükümleri uygulanamayacağı, icareteynli vakıflarla, kamu malı olarak nitelendirilen doğrudan doğruya hayrat vakıfların mallarıyla avarız vakıflarına ait malları zamanaşımıyla kazanmanın kabul edilmediği, şartları varsa miri arazilerde zilyetlik yoluyla mülk edinmenin mümkün olduğu söylenebilir.

Yine bu konuda son olarak Kanun koyucu, 13.07.1967 tarih ve 903 sayılı kanunla 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine 81/B maddesini ekleyerek vakıf malları zilyetlikle kazanma yolunu kapamışsa da bu tarihten önceki dönemde tapusuz vakıf malları üzerinde gerçekleşen 20 yıllık zilyetlik süresine değer verilip verilemeyeceği konusunda uygulama ve doktrinde görüş birliği bulunmadığı ancak gerek mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunun 7.maddesi hükmü gerekse Yargıtay’ın özellikle vakıf mülkiyet ilişkisi için onaylı defterde yazılı olmayı dahi kabul eden kararları karşısında vakıflar aleyhine bir yorumun kabul edilemeyeceği düşüncesinde olduğumu da belirtmek isterim.

Mazbut ve mülhak vakıflarda taşınmaz mülkiyeti yönünden son olarak ta kanunlarla yapılan düzenlemelere de değinmek gerekir. 23 Haziran 1941 tarihinde yürürlüğe giren 4070 sayılı Devlet ve Mülhak Bütçeli Dairelere Ait Mukataa ve İcareteynli Gayrimenkullerin Vakıfla

İlişğinin Kesilmesi hakkında kanunun 1. maddesi “Umumi ve mülhak bütçeli daire müesseselerin tasarrufu altındaki tapulu veya henüz tapuya bağlanmamış gayrimenkullerle, 1771 numaralı kanunla idaresi Maliye Vekaletine verilmiş gayrimenkullerin ve 844 sayılı kanunun 8 inci maddesi mucibince Emlak ve Eytam Bankasına devredilmiş olan gayrimenkullerin vakıfla ilişkileri kesilmiştir.” hükmü getirilmiştir. Bu kanuna göre hazine tarafından Vakıflar idaresine dört yüz bin lira icare ile bir milyon altı yüz bin lira da mukataa taviz bedeli ödenmiş olacaktır.

Yine bu kanuna göre bu gibi gayrimenkulleri icare ve mukataa ve tavizleri müşteriye ait olmak üzere satılmış olup ta müşteri tarafından tediye edilmiş bulunan mukataa ve icare taviz bedelleri üzerindeki haklarda hazineye geçmiştir.

Uygulamada bu taşınmazların tespiti hususunda zaman zaman tereddütlü durumlarla karşılaşmaktadır.

10.09.1957 tarihinde kabul edilen 7044 sayılı kanunun **1. Maddesi**;“Aslında vakıf yoluyla vücuda gelip de muhtelif kanunlar veya sair suretlerle Hazine, belediyeler ve hususi idarelerin mülkiyetine geçmiş bulunan muhafazası gerekli tarihi veya mimari kıymeti haiz eski eserlerin mülkiyeti tekrar Vakıflar Umum Müdürlüğüne devrolunmuştur” hükmünü amirdi.Bu kanunun uygulanmasına ilişkin 19.12.1963 tarih ve 6/2517 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan tüzüğü;**2. maddesi** “Vakıflar Genel Müdürlüğüne devri gereken eserlerin aslında, mülhak veya mazbut olup olmadıklarına bakılmaksızın, vakıf yoluyla vücuda gelmiş olmaları esastır.

Bu eserlerin vakıf yoluyla vücuda geldikleri ve muhafazası gerekli tarihi ve mimari kıymeti haiz eski eserlerden bulundukları; vakfiyeler, vakıf veya tapu kütüklerindeki kayıtlar, kadastro tesbit evrakı, fermanlar, beratlar, atik senetler, yoklama kayıtları, kitabeler, tarihi kayıtlar, müze kayıtları, Milli Eğitim Bakanlığı Eski Eserler ve Müzeler Genel Müdürlüğüne tutulan anıtlar sicilindeki kayıtlar ile mülkname, temessük, tefviz, hazinei hassa, müteveli, mültezim, sipahi senetleri gibi

senetlerden biri veya bir kaç ile tesbit edilir. Ayrıca, bir eserin tarihi ve mimari kıymeti haiz muhafazası gerekli, eski eserlerden olup olmadığı hakkında Vakıflar Genel Müdürlüğü Abide ve Yapı İşleri Dairesi Başkanlığının uygun mütalaası alınmak lazımdır.”

3. maddesi “Devir konusu eserlerin vakıf yoluyla vücuda geldiklerini, muhafazası gerekli tarihi ve mimari kıymeti haiz eski eserlerden bulunduğunu gösteren belgeler, bu eserlerin Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapu kütüğüne tescili talebi ile mahalli tapu sicil muhafızlığına tevdi edilir. Mahalli tapu sicil muhafızlığı tarafından, devre konu eseri mülkiyetinde bulunduran Hazine, belediye veya özel idareye durum bildirilir ve belirtilecek süre içinde bir itiraz olmadığı takdirde Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil işlemi yapılır.

Devir konusu eseri mülkiyetinde bulunduran idare; bu eserin muhafazası gerekli tarihi ve mimari kıymeti haiz eski eserlerden bulunduğunu tespit eden belgelere itiraz ettiği takdirde 5805 sayılı kanun uyarınca kurulmuş olan Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kuruluna, eserin vakıf yoluyla vücuda geldiğini tesbit eden belgelere itiraz etmesi halinde ise, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne başvurulur. Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulunun mütalaası ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün talimatı Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşüne uyduğu takdirde mahalli tapu sicil muhafızlığınca tescil işlemi yapılır.

Gerek Vakıflar Genel Müdürlüğü, gerek devre konu eseri mülkiyetinde bulunduran idare, Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün mütalaası ve talimatı üzerine yapılan işleme karşı genel hükümler dairesinde kanuni yollara başvurabilirler.” hükmünü getirmiştir.

Uygulamada Vakıflar İdaresince tapu kayıtlarında zaman zaman yapılan tarama çalışmaları sonucu esasen vakıf yoluyla vücut bulmuş ancak Belediyeler, Özel İdare veya Hazine namına kayıtlı eski eser nitelikli han, kervansaray, sebil, muvakkithane, bedesten, hamam gibi taşınmaz-

ların intikalinde sorunlar yaşandığı ve bu süreç uzun zaman aldığı için anılı kanun çıkarılmıştır.

Bu kanuna istinaden Vakıflar İdaresi çıkardığı genelgelerle taşrada Bölge Müdürlüklerinin sorumluluk alanında kalan yerlerde bu tür eserleri araştırma suretiyle tespitini; öncelikle hangi vakfa ait olduklarının varsa kitabelerinden faydalanılarak veya yörenin tarihi, kültürel yazılarından istifade suretiyle vakfın adı, sanı, baba adı, şöhreti, tesis tarihi gibi hususlar belirtilerek Genel Müdürlükten vakfiyesinin istenmesi, daha sonra zemin üzerinde vakfiye uygulaması yapılmak suretiyle vakfiyenin taşınmaza ait olduğunun mahalli bilirkişi marifetiyle tespiti, bu tespiti takiben bu taşınmaz malın korunması ve muhafazası gerekli eski eser olduğu hususunda Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulundan karar alınabilmesi için gerekli süreci talimatlandırmıştır. Bu kanunun çıkarılış amacının esasen vakıf kökenli olan taşınmaz malların vakıf hak ve menfaatlerinin korunması genel amacı doğrultusunda Vakıflar İdaresine devri sağlanarak kuşaklar boyunca korunması ve yaşatılmasını temin olduğu söylenebilir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 80. maddesi ile 7044 sayılı anılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 30. maddesi kenar başlığı “**Vakıf kültür varlıklarının devri**” dir. Bu hükme göre “Vakıf yoluyla meydana gelip de her ne suretle olursa olsun Hazine, belediye, özel idarelerin veya köy tüzel kişiliğinin mülkiyetine geçmiş vakıf kültür varlıkları mazbut vakfına devrolunur.”

Madde gerekçesi incelendiğinde; mevcut mevzuatta olduğu üzere vakfiyelerinde belirtilen amaçların gerçekleştirilebilmesini temin gayesiyle vakıf yoluyla meydana gelen ancak çeşitli nedenlerle hazine, belediye veya özel idarelerin mülkiyetine geçmiş vakıf taşınmazların vakıflarına dönüşü düzenlemesinin korunduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. 5737 sayılı Vakıflar kanunuyla eski vakıf hukukuna taşınmaz vakıf kültür varlığı kavramı girmiştir Buna ilişkin tanım, Vakıflar Yönetmeliğinin

tanımlara ilişkin 3. madde (v) bendindedir. Bu hükme göre “Vakıf kültür varlığı; 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunun 3 üncü maddesinde kültür varlıkları olarak tanımlanan varlıklardan Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği vakıflara ait olanlar” olarak tanımlanmaktadır.

2863 sayılı KTVK’nun “**Tanımlar ve kısaltmalar:**” kenar başlıklı 3. maddesi (a) bendi (1) fıkra gereğince (**Değişik:14/7/2004 – 5226/1 md.) “Kültür varlıkları”**; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.”

1710 sayılı “Eski Eserler Kanunu”nda eski eser tanımı mevcut iken bu kanunu kaldıran 2863 sayılı anılı kanunla “kültür varlıkları” tanımı gelmiştir. Öğreti de “kültür malları” terimi de kullanılmaktadır.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığının 5737 sayılı Vakıflar Kanunu hakkındaki 29/05/2008 tarih ve 2008/9 sayılı genelgesinin “**B) Vakıfların Taşınmaz iktisap ve tescil işlemleri**” hakkındaki düzenlemeye ilişkin 5. maddesi “Vakıf yoluyla meydana gelip de her ne suretle olursa olsun Hazine, Belediye, Özel İdarelerin veya Köy Tüzel Kişiliğinin mülkiyetine geçmiş Vakıf kültür varlıklarının vakıf yolu ile vucuda geldiği vakfiyeler, vakıf veya tapu kütüklerindeki kayıtlar, kadastro tespit evrakı, fermanlar, beratlar, atik senetler, yoklama kayıtları, kitabeler, tarihi kayıtlar, müze kayıtları, tescil kayıtları ile mülkname, temessük, tefviz, hazine-i hassa, mütevellî, mültezim, sipahi senetleri, gibi senetlerden biri veya bir kaçı ile tespit edilmesi halinde mazbut vakfı adına devir ve tescil olunur. (30. madde)” şeklindedir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 29.06.2004 tarih ve 4897/7941 sayılı bir kararında geçerli bir kamulaştırma işlemine tabi tutulup da bu işlemin ayakta olduğu anlaşılan ve yol olarak kullanılan taşınmazlar bakımından

7044 sayılı kanunun uygulanmayacağını hükme bağlarken 5737 sayılı Vakıflar Kanununa dayanarak verdiği 21.06.2010 tarih ve 6486/7299 sayılı kararıyla, kanundaki her ne sebeple olursa olsun ifadesinden hareketle mahalli mahkemenin kamulaştırma işleminin iptal edilmediği hususundaki gerekçesinin yasal olmadığı, eski eser ve vakıf mevzuatından anlayan bilirkişiler marifetiyle mahallinde keşif yapılması gerektiği bu itibarla eksik tahkikat ile hüküm kurulduğu gerekçeleriyle mahkeme kararını bozmuştur.

Burada uygulamada önemle dikkat edilmesi gereken **“tamamlanmış hukuki ilişki ve olaylara yeni kanun hükümlerinin uygulanmaması, kanunların kural olarak geçmişe uygulanmaması gerektiğine dair genel hukuk ilkesi”** gereğince 7044 sayılı kanun zamanında mülkiyeti Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçmiş olan taşınmazların artık mülkiyet durumlarının aynen muhafazası hususudur.

Eski vakıflarda taşınmaz mülkiyeti uyumsuzlukları yönünden en sorunlu vakıflar “Cemaat vakıfları”dır. Bunlar esasen genel kabul şekli ile Osmanlı İmparatorluğu döneminde padişah fermanları ile kurulan vakıflardır.

Lozan antlaşmasının azınlıkların korunması başlığını taşıyan 37-45. maddeleri arasındaki hükümlerde Cemaat vakıflarının mal edinmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Prof.Dr Nuray EKŞİ “Yargıtay, Danıştay ve Ahim Kararları ışığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları’ adlı eserinde 1328/1913 tarihli Kanun-i Muvakkat ile ,bu vakıflara mal edinme hakkı tanındığını ve bu tarihten önce fiilen tasarruf ettikleri kayden tasarruf edemedikleri taşınmazları kendi adlarına tescil ettirme olanakları olduğunu bu nedenle Lozan antlaşması ile ayrı bir düzenleme getirilmesine gerek kalmadığını belirtmektedir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu Cemaat vakıflarını vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel

kişilik kazanmış,mensupları T.C vatandaşı olan Türkiye”deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar olarak tanımlamaktadır.(md 3).

Bu vakıflara doktrin ve uygulama “Azınlık vakıfları, Zımmi vakıflar”da denilmektedir.Tarihi gelişim sürecinde bu vakıfların sorunları sadece taşınmaz mülkiyetine münhasır olmayıp zaman zaman mevcut taşınmazlarının onarım ve tadilatı ile vakıf yönetimi yönünden de gündemde olmuştur.Danıştay’ın bu dönemdeki tamirat ve onarım konusundaki kararlarının tüzel kişilik haklarını esas aldığı da söylenmelidir.(Danıştay 12.Daire 02.03.1970 tarih ve 337/391 E.K)

Malum olduğu üzere 16 Şubat 1328(1912) tarihli ”Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu hakkında kanun” Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin taşınmaz mal edinmelerini yasaklamıştır. Ancak Lozan antlaşmasına bağlı ikamet ve selahiyeti adliye sözleşmesinin birinci maddesiyle Türkiye deki tüzel kişilere müteakabiliyet şartı öngörülmekle beraber Hayri müesseselerin fermanlar ve hükümet kanunlarına müsteniden sahiplendikleri gayrimenkulleri izin almak şartıyla hükmi şahısları namına tescili yönünde kazanılmış hakları korunmuştur.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunun 44.maddesinde 1328 tarihli” Eşhası Hükmiye’ nin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu hakkında kanun”un yayınlanmasından sonra tapuya verilmiş defter ve buna benzer belgelerden anlaşılabilecek olan yerlerin vakıfları adına kayıt edilmesi, vakıfname yerine geçen bu beyannamelerde açıklık olmayan hallerde doğrudan doğruya yada vasiyet suretiyle mal edinilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Uygulamada 2762 sayılı Vakıflar Kanunun yürürlükte olduğu dönemde taşınmaz mülkiyeti iktisabında bu vakıf türü için yargı kararları 1936 beyannameleri esas alınarak şekillendirilmiş ve bu vakıfların zilyetlik suretiyle dahi mal edinmelerine imkan tanınmamıştır.(Yargıtay 1.HD 29.04.2002 tarih ve 4146/3453) Vakıfname yerine geçen bu beyannamelerde mülk edinmeye dair hükümde aranmıştır.(Yargıtay 1.HD 22.09.1992 tarih ve 2784/10390)

Esasen mülhak vakıfların belirli şartların varlığı halinde zilyetlikle mal iktisap edebilen tüzel kişiler olduğu yönünde yargı kararları mevcut iken 3513 sayılı kanunla mülhak vakıflar kapsamına alınıp sonradan çıkarılan bu vakıflar için verilen kararların hukuki yönden tartışmalı olduğu da açıktır.(Yargıtay 16.HD 29.03.1990 tarih ve 4849/4192)

Avrupa Birliğine uyum sürecinde Cemaat vakıflarının taşınmaz mülkiyeti sorunları kapsamında çıkarılan 4771 sayılı kanunun 4.madde- siyle 2762 sayılı Vakıflar Kanunun 1.maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Ek fıkra” Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.”

Ek fıkra “Bu vakıfların dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması hâlinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tâbidir.”

Uygulamada 2762 sayılı Vakıflar kanununda yapılan bu değişiklik ve buna dayalı olarak Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri hakkında çıkarılan yönetmelik hükümlerinin bu vakıfların taşınmaz mal mülkiyeti sorunlarına tam anlamı ile çözüm getirmemiş, bu konuda çıkarılan yönetmelikle aynı haklara ilişkin tasarrufların idarenin iznine tabi kılınması ile vasiyetname veya bağış yoluyla tescil edilecek taşınmazlarda süre yönünden kısıtlamalar getirilmesi doktrin ve uygulamada tartışma konusu olmuştur.

Bu dönemde taşınmaz mülkiyetine yönelik davalarda verilen yargı kararlarına baktığımızda ekseriyetle mevzuatta yapılan değişikliklik dik-

kate alınmaksızın işin çözümünün idare insiyatifine bırakıldığı görülmektedir.(Yargıtay 1.HD 21.11.2002 tarih ve 12017/12960 E.K, 7.HD 12.11.2002 tarih ve 3709/5307) Gerek kanuni düzenleme gerekse anılı yönetmelik için açılan davalarda kabul görmemiştir.

Nihayet AHİM de mülkiyet ihlali nedeniyle açılan tazminat davaları da dikkate alınarak Avrupa birliğine uyum süreci kapsamında çıkarılan 5737 sayılı Vakıflar Kanunun Geçici 7 ve daha sonra 651 sayılı KHK'nin 17.maddesi ile bu kanuna eklenen Geçici 11.maddeleri ile sorununa çözüm arandığı görülmektedir.

GEÇİCİ MADDE 7 –“ Cemaat vakıflarının;

a) 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar,

b) 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar, tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescilleri yapılır.”

GEÇİCİ MADDE 11 – (Ek: 22/8/2011-KHK-651/17 md.)

“Cemaat vakıflarının;

a) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup malik hanesi açık olan taşınmazları,

b) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamulaştırma, satış ve trampa dışındaki nedenlerle Hazine, Vakıflar Genel Müdürlüğü, belediye ve il özel idaresi adına kayıtlı taşınmazları,

c) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamu kurumları adına tescilli olan mezarlıkları ve çeşmeleri, tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren oniki ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescil edilir.

Cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kayıt edilen taşınmazlardan üçüncü şahıslar adına kayıtlı olanların Maliye Bakanlığınca tespit edilen rayiç değeri Hazine veya Genel Müdürlük tarafından ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”

Geçici 11.maddeye istinaden 01.10.2011 tarih ve 28071 sayılı Resmi Gazetede Cemaat vakıflarının taşınmaz malları ile ilgili yönetmelikte yayınlanmıştır.

Mevzuattaki son değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan bir kısım uyuşmazlıklar da halen yargıda devam etmektedir.Bu vakıfların taşınmaz mülkiyeti sorunları tartışma konusu olmaya devam etmekle birlikte bu gün için en azından Cemaat vakıflarının da diğer vakıflar gibi 5737 sayılı Vakıflar kanunun 12.maddesi uyarınca mal edinebileceği,malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceği yine aynı kanunun 16/V maddesine göre kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılmayan taşınmazlarının vakıf yönetiminin talebi halinde Vakıflar Meclisi kararıyla ,aynı cemaate ait başka bir vakfa tahsis edilebilecek veya vakfın akarına dönüştürülebileceği de söylenmelidir.

Sonuç itibariyle ;Hukuk sistemimizde Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan yeni vakıflar dışında diğer vakıfların artık tüzel kişilik kazanmasının mümkün olmadığı mazbut ve mülhak vakıflarda taşınmaz mülkiyeti konularında gerek mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gerekse bu kanunu ilga eden 5737 sayılı Vakıflar Kanuna göre özel

hukuk tüzel kişiliği dikkate alınarak kararlar verildiği, ancak yerleşik kararlarda vakıf malın ispatı konusundaki yerleşik karar değişikliğinin bazı vakıflar (Avarız ve doğrudan hayrat vakıflar) dışında mazbut-mülhak vakıf tüzel kişiliği lehine olmadığı ,esasen Cumhuriyet öncesi kurulan vakıfların mal varlığının tasfiyesi anlamına gelen taviz bedeli ödenerek serbest tasarrufa geçen mülk durumu da dikkate alındığında gitgide Vakıflar İdaresinin yönetimindeki mazbut vakıf mal varlığında ciddi azalmalara neden olabileceği ve eski eser onarımı dahil kaynak sıkıntısına sebebiyet verebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Cemaat vakıflarının taşınmaz mülkiyeti ile ilgili sorunlarının da siyasi mülhazalardan uzak, idareye üstün kamu gücü tanıyan kanun değişiklikleri ötesinde “Tüzel Kişilik Hukuku Esasları”, Mülkiyet hakkının evrenselliği ve Eşitlik ilkesi dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiği de söylenmelidir.

KAYNAKÇA

ANSAY Şakir (Prof.Dr. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku Turhan Kitapevi ANKARA 2002

EKİNCİ Ekrem Buğra (Prof.Dr.) Osmanlı Hukuku Arı Sanat Yayınevi İSTANBUL 2008

EKŞİ Nuray Prof. Dr Yargıtay, Danıştay ve Ahim Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları Beta İSTANBUL 2011

HATEMİ Hüseyin (Prof.Dr.) Medeni Hukuk Tüzel Kişileri İÜHF Yayını İSTANBUL 1979

HATEMİ Hüseyin-KALKAN OĞUZTÜRK Burcu (Prof.Dr. – Doç.Dr) Kişiler Hukuku Vedat Kitapçılık İSTANBUL 2013

ÖZSUNAY Ergun (Prof.Dr.) Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler İÜHF Yayını İSTANBUL 1982

SAYMEN Ferit Hakkı (Dr.) Medeni Hukukumuzda Hükmi
Şahıslar Üniversite Kitapevi İSTANBUL 1944

YENER M.Serhat Eski -Yeni Vakıflar Kanuna Göre Mazbut
Vakıfların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri (Emsal Kararlar ve İlgili
mevzuat) Bilge Hukuk Yayıncılık Ankara 2015

T.C Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi

Danıştay ve Yargıtay Kararları özel arşiv

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TİCARET UNVANI

▪ Dr. Serhan DİNÇ*

Özet: Ticaret unvanına ilişkin hükümler 6102 s. TTK md 39-52'de düzenlenmiştir. Çalışmamızda anılan kanun hükümleri çerçevesinde ticaret unvanı kavramı ve ticaret unvanı sistemleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra sırasıyla; ticaret unvanının unsurları, oluşturulması, kullanılması, tescili, devamı, devri ele alınacaktır. Ayrıca ticaret unvanının korunmasına da değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ticaret unvanı, ticaret unvanının unsurları, ticaret unvanı sistemleri, ticaret unvanının korunması.

Abstract: Provisions on trade name in Turkish Commercial Code numbered 6102 are arranged in article 39-52. Under the mentioned law, the provisions of this study will focus on the concept of the trade name and trade name systems. Then, respectively; trade name of elements, creation, use, registration, attendance, transfer will be discussed. It will also protect trade names mentioned in.

Keywords: Trade name, components of trade name, systems of trade name, conservation of trade name.

* Bozok Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, dincserhan@hotmail.com

I. TİCARET UNVANININ TANIMI

Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı isimdir¹. Ticaret unvanı, kural olarak ticari işletmeyi değil, taciri hedef alır ve onu diğer tacirlerden ayırmayı amaçlar². Ticaret unvanına ilişkin hükümler 6102 s. TTK md 39-52'de düzenlenmiştir.

II. TİCARET UNVANI SİSTEMLERİ

Ticaret unvanının düzenlenmesinde serbestlik sistemi, gerçeklik sistemi ve karma sistem olmak üzere üç farklı sistemden yararlanılmaktadır.

A. Serbestlik Sistemi

İngiltere ve Amerika gibi Anglo-sakson hukuk çevresinde serbestlik sistemi egemendir. Anılan sistem ticari işletme sahibinin kendisini istediği gibi tanıtmaya hakkı olduğu düşüncesinin bir ürünüdür. Serbestlik sisteminde tacirin ticaret unvanını seçmede ve devretmede özgürlüğü vardır³. Seçilecek unvanın müşteri kitlesine gerçek bir fikir vermesi gerekli değildir. Çünkü müşteri işletmenin hizmetinden memnun kaldığı sürece unvan ile bağlı kalacaktır⁴.

B. Gerçeklik Sistemi

Fransa ve İsviçre hukukunda uygulama alanı bulan gerçeklik sisteminde tacir, unvanını seçerken kesinlikle hayali veya fantezi eklere yer

¹ Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2014). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 232; Bilgili, F., Demirkapı, E. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. (4. Baskı). Bursa: Dora Yayıncılık, 169; Çeker, M. (2013). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*. (7. Baskı). Adana: Karahan Kitabevi, 119; Arkan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. (15. Baskı). Ankara: BTHAE, 254.

² Karahan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. (22. Baskı). Konya: Mimoza Yayıncılık, 123 ; Ayhan, 232.

³ Karahan, *a.g.e.*, 124; Arkan, *a.g.e.*, 254.

⁴ Berzek, A. (2013). *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. (10. Baskı). İstanbul: Beta Basım A. Ş., 73.

veremeyecek, mevcut durumu olduğu gibi unvana yansıtacaktır⁵. Gerçek kişi tacirlerde kişinin ad ve soyadına, tüzel kişi tacirlerde ise tüzel kişinin hukuki durumuna uygun bir ibareye yer verilecektir. Gerçeklik sisteminde ticari işletme devrolunursa devralan ancak devri gösteren bir ek yaparak eski unvanı kullanabilir⁶. Gerçeklik sisteminde, ticaret unvanının teşkilinden sonra meydana gelen değişikliklerin unvana hemen yansıtılması, unvanın gerçek duruma getirilmesi gerekir⁷.

C. Karma Sistem

Türk hukukunda kabul gören sistem karma sistemdir. Bu sistemde unvan gerçek durumu yansıtmakla beraber bazı fantezi eklere de yer verebilir. Unvanın çekirdek kısmının oluşturulmasında gerçeklik sistemi, ek kısmının oluşturulmasında ise serbestlik sistemi geçerlidir. Ancak çekirdek kısmı açısından gerçeklik sistemi katı bir şekilde uygulamamak tadır. Örneğin ticari işletmenin devrinde ya da unvanda adı yer alan kimsenin ölmesinde veya adının değişmesinde mevcut durumun unvana aynen yansıtılması gerekmemektedir⁸. Serbestlik sisteminin benimsendiği ek kısmında ise serbestlik durumu sınırsız değildir. Ekin, işletmenin durumu hakkında yanıltıcı, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak gerekir. Ayrıca bazı eklerin kullanılması da izne tabidir, (6102s. K md. 46).

III. TİCARET UNVANININ UNSURLARI

Ticaret unvanı seçmede karma sistemin benimsendiği Türk Hukuku'nda unvan, gerçeklik ilkesinin geçerli olduğu çekirdek kısmı ve serbestlik ilkesini geçerli olduğu ek kısmı olmak üzere iki kısımdan oluşur.

⁵ Karahan, *a.g.e.*, 124.

⁶ Bilgili/Demirkapı, *a.g.e.*, 170.

⁷ Ayhan, *a.g.e.*, 228.

⁸ Ayhan, *a.g.e.*, 229.

A. Çekirdek

Çekirdek, unvanda bulunması gereken, kanunla belirtilmiş asgari hususları ifade eder⁹. 6102 sayılı TTK.'da tacir türlerine göre çekirdek kısmının nasıl şekillendirileceği düzenlenmiştir. Ticaret unvanını, çekirdek kısmında zorunlu olarak barındırdığı unsurlara göre ikiye ayırmak mümkündür. Gerçek kişi tacirlerde ve kolektif ile komandit şirketlerde zorunlu olarak bir gerçek kişinin adının çekirdek kısmında bulunması gerektiğinden bu tür unvana “*şahıs ticaret unvanı*”, anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerde de yine aynı şekilde zorunlu olarak çekirdek kısmında şirketin faaliyet konusu belirtildiğinden bu tür unvana da “*konu ticaret unvanı*” denilmektedir¹⁰.

B. Ek

Tacirin isteğine bağlı olarak ticaret unvanından işletmenin niteliğini ya da unvanda adı geçen tacir kimliğini belirten eklere yer verilebileceği gibi hayali adlar da ek olarak kullanılabilir. Ancak bu serbestliğin de sınırlamaları vardır. Tacir unvanında bazı ekleri belli sınırlar içinde kullanabilirken bazı ekleri ise izin almak suretiyle kullanabilecektir. Bazı hallerde ise zorunlu olarak ek kullanılacaktır.

1. Zorunlu Ekler

Seçilen ticaret unvanının Türkiye’de daha önce tescil edilmiş unvanlardan açıkça ayırt edilmesi ve bunu sağlamak üzere unvana ekler yapılması zorunludur, (TTK md. 45). TTK. md. 45 gereği gerçek veya tüzel kişi tacirler bakımından, koruma ülke çapındadır ve sonradan tescil edilecek ticaret unvanına ayırt edici ek konulması zorunludur¹¹.

⁹ Karahan, *a.g.e.*, 126.

¹⁰ Ayhan, *a.g.e.*, 233.

¹¹ Bilgili/Demirkapı, *a.g.e.*, 176.

Ticari işletmenin şubeleri, bağlı bulundukları merkezin ticaret unvanını kendilerini de şube olduğunu belirterek kullanmak zorundadır, (TTK. md. 48/1). Yine merkezi yurtdışında bulunan işletmelerin Türkiye şubelerinde ayrıca merkezin bulunduğu yerin unvana eklenmesi gerekir, (TTK. md. 48/3).

Ticaret şirketlerinin tasfiye sürecine girmelerinden sonra tasfiye tamamlanıncaya kadar ticaret unvanlarına “*tasfiye hâlinde*” ibaresinin eklenmesi zorunludur, (TTK. md. 269; md 328; md. 533/f. 2; Koop. K. md. 98). Yine malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tasdikine ilişkin kararın kesinleşmesiyle beraber ticaret unvanına “*konkordato tasfiyesi halinde*” ibaresi eklenir, (İİK. md. 309 c /2).

2. Ek Kullanımının Sınırlandırıldığı Haller

TTK. md. 46/1 uyarınca; tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla; her ticaret unvanına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali adlardan ibaret olan ekler yapılabilir. Tek başına ticaret yapan kişiler ticaret unvanlarına bir şirketin mevcut olduğu zannını uyandıracak ekler yapamazlar, (TTK. md. 46/2).

3. Ek Kullanımının İzne Tâbi Olduğu Hâller

“Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Milli” kelimeleri TTK. md. 46/3 uyarınca ancak Bakanlar Kurulu’nun izniyle ticaret unvanında kullanılabilir. Bakanlar Kurulu’nun anılan maddede geçen kelimelerin bir ticaret unvanında kullanılması yönündeki takdir yetkisi sınırsız değildir. Bakanlar Kurulu’nun bu durumu eşitlik ilkesine uygun olarak değerlendirmesi gerekir.

IV. TİCARET UNVANININ OLUŞTURULMASI

A. Gerçek Kişilerin Ticaret Ünvanı

Gerçek kişi tacirlerde unvan işletmenin kime ait olduğunu gösterir. Bu nedenle unvanın çekirdek kısmı tacirin kısaltılmadan yazılacak ad ve soyadından oluşur, (TTK. md. 41/1; TSY. md. 43/1). Bu unvana birtakım ekler ihtiyari olarak getirilebileceği gibi bazen de zorunlu olarak ek kullanımı söz konusu olmaktadır.

Bir gerçek kişi taciri faaliyet konuları birbirinden farklı olan birden çok ticari işletmesinin bulunması hâlinde, ticaret unvanına her işletme dolayısıyla ayırt edici ilaveler yapılarak tescil olunur¹², (TSY. md. 44/f. 3). Bir gerçek kişinin soyadından başka iki adı varsa her iki adın da, soyadı gibi, kısaltılmadan ticaret unvanının çekirdek kısmında yer alması gerekir¹³.

B. Tüzel Kişilerin Ticaret Ünvanı

1. Kollektif Şirketlerde Ticaret Ünvanı

Kollektif şirketin unvanı, bütün ortakların veya ortaklardan en az birinin adı ve soyadıyla şirketi ve türünü gösterecek bir ibareyi içerir, (TTK. md. 42/1; TSY. md. 43/5). Tüm ortakların adı yerine sadece birinin kısaltılmamış adı ve ardından “ve ortakları”, “ve oğulları” gibi ibareler getirilebilir.

2. Adi veya Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde Ticaret Ünvanı

Adi veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ticaret unvanı sınırsız sorumlu ortak olan komandite ortaklardan en az birinin

¹² Bilgili/Demirkapı, a.g.e., 171.

¹³ Bozer, A., Göle, C. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. (2. Baskı). Ankara: BTHAE., 120; Bilgili/ Demirkapı, a.g.e.,171.

kısaltılmadan yazılacak adı ve soyadı ile şirketi ve türünü gösterecek bir ibareyi kapsar, (TTK. md. 42/2). Burada da kollektif şirketlerde olduğu gibi “ortağı”, “ortakları”, “oğulları” vb. ekler kullanılabilir. Sınırlı sorumlulu olan komanditer ortağın adının unvanda kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasağa karşı gelinirse mevcut güvenden dolayı üçüncü kişilerin zara uğramaması için TTK. md. 320’de bir önlem alınmış ve söz konusu komanditer ortağın da sınırsız bir şekilde sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

3. Anonim ve Limited Şirketler ile Kooperatiflerde Ticaret Unvanı

TTK.’nın 43’üncü maddesine göre; limited, anonim ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarında, işletme konusunu ve şirket türünü gösteren ibareyi göstermeleri zorunlu ve yeterlidir. Ancak bu durumda, aynı konuya sahip pek çok anonim, limited veya kooperatif şirket söz konusu olacağından bunların birbirinden ayırt edilmelerini sağlayıcı ekler yapılması zorunludur. Bunların ticaret unvanlarında gerçek kişilerin ad ve soyadları bulunması halinde şirket türünü gösteren ibarenin kısaltılmadan açık bir şekilde yazılması gerekir. Burada amaç, üçüncü kişilerin dikkatlerini şirket türüne çekerek, unvanda adı ve soyadı bulunan kişinin şahsen sorumlu olduğu şeklinde bir kanaat oluşmasını önlemektir¹⁴.

4. Ticari İşletme İşleten Diğer Tüzel Kişilerin Ticaret Unvanı

Amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler, vakıflar ve devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk hükümlerine göre ve ticari şekilde işletilmek üzere kurulan ve tüzel kişiliği bulunan teşekkül ve müesseselerin ticaret unvanı adlarının aynıdır, (TTK. md 44/1). Bu kişiler de unvanlarında ek kullanabilirler¹⁵. Kamu yararına çalışan derneklerin işlettikleri, tüzel kişiliği bulunan ya

¹⁴ Aslan, Y., Şenyüz, D. (2012). İşletme Hukuku. (4. Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 57.

¹⁵ Karahan, a.g.e., 136.

da bulunmayan ticari işletmeler ile devlet, il ve belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından işletilen ve tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmelerin ticaret unvanları, işletme konusunu gösteren ibare ile kendilerini işleten tüzel kişinin adından oluşur.

5. Donatma İştirakinin Ticaret Ünvanı

Donatma iştirakinin ticaret ünvanı, ortak donatanlardan en az birinin adı ve soyadını veya deniz ticaretinde kullanılan geminin adını içerir. Soyadları ve gemi adı kısaltılamaz. Ticaret ünvanında ayrıca donatma iştirakini gösterecek bir ibare de bulunur, (TTK md. 44/2).

6. Adi Şirketin Ticaret Ünvanı

Borçlar Kanunu'nda ve Ticaret Kanunu'nda adi şirketlerin ticaret ünvanını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Adi şirketin tüzel kişiliği yoktur ancak adi şirket bir ticari işletme işletiyor olabilir. Bu nedenle tacir sıfatını, tüzel kişiliği olmadığı için adi şirket kazanamayacaktır. Tacir sıfatını adi şirketi ortakları kazanacaktır. Böylelikle de tacir sıfatını kazanan ortakların unvan kullanma mecburiyeti doğacaktır ve her birinin ticaret ünvanı olacaktır. Adi şirket ünvanlarında da ortaklardan en az birinin ad ve soyadı ile şirketi gösteren ibareye yer verilebilecektir. Bunlara ek yapılması da mümkündür¹⁶. Ünvanında birden fazla ortağın adına da yer verilebilir¹⁷.

V. TİCARET ÜNVANININ KULLANIMI

Ticaret ünvanı kullanmak tacir için hem bir yükümlülük hem de bir haktır¹⁸. TTK. md. 39/1' e göre her tacir ticari işletmesiyle ilgili işlemleri, ticaret ünvanıyla yapmaya ve işletmesiyle ilgili senet ve diğer belgeleri bu ünvan altında imzalamaya mecburdur. Ayrıca tescil olunan bu ünva-

¹⁶ Ayhan, a.g.e., 237, Çeker, a.g.e., 124.

¹⁷ Karahan, a.g.e., 137.

¹⁸ Kayhan, Ş., Yasan, M. (2013). 6335 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 131.

nı, ticari işletmenin görülebilecek bir yerine okunaklı şekilde yazdırmakla yükümlüdürler, (TTK. md. 39/2). Tacirin kullandığı işletmeyle ilgili belgelerinde sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi, tacir sermaye şirketi ise taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı, internet sitesini adresi ve numarası da gösterilecektir. Bu düzenlemeyle, en üst düzeyde şeffaflığın sağlanması amaçlanmıştır¹⁹.

Ticaret unvanı kullanmak aynı zamanda bir haktır²⁰. Çünkü usulüne uygun olarak tescil edilmiş olan unvandan sadece unvan sahibi faydalanabilecektir, (TTK. md. 50). Kullanma ve buna bağlı olarak korunma tekeli mutlak olup haksız rekabet hükümlerinde deki gibi bir zarar tehlikesinin varlığı aranmamaktadır²¹. Söz konusu tekel hakkının uygulama alanı tüm Türkiye'dir. Tescilli olmayan ticaret unvanı ise ancak haksız rekabet hükümleri ile korunabilir, (TTK. md.55 f. 1, a , 4).

VI. TİCARET UNVANININ TESCİLİ

TTK. md. 40/1 uyarınca her tacir, ticari işletmesinin açıldığı günden itibaren onbeş gün içerisinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmeye mecburdur.

Tacir, kullanacağı ticaret unvanını ve unvanla birlikte kullanacağı imzayı notere onaylattırdıktan sonra sicil müdürlüğüne verir. Tüzel kişi tacirler ise unvanla birlikte kendisi adına imzaya yetkili kimselerin imzalarını da notere onaylattırarak sicil müdürlüğüne vermelidirler,(TTK. md. 40/2).

Merkezi Türkiye'de bulunan ticari işletmelerin şubeleri de bulundukları yerin ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Bu şubeler de ticaret unvanı ve imza örnekleriyle ilgili tasdik ve tescil yükümlülüklerine tabi-

¹⁹ Arkan, *a.g.e.*, 263.

²⁰ Karahan, *a.g.e.*,138.

²¹ Karahan, *a.g.e.*, 138.

dir. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça merkezin bağlı olduğu sicile geçirilen kayıtlar, şubenin bağlı bulunduğu sicile de tescil olunur. Ancak bu hususta şubenin bulunduğu yer sicil müdürlüğünün ayrı bir inceleme zorunluluğu yoktur, (TTK. md. 40/3)

Süresi içinde tescil ve ilanın yapılmaması, unvanın kullanılmasını engellemez, sadece tacir bakımından hukuki ve cezai sorumluluk getirir, (TTK. md. 51/2).

Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari müessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur, (TTK. md. 40/4).

TTK. md. 51/1 uyarınca bütün mahkemeler, memurlar, ticaret ve sanayi odaları, noterler ve Türk Patent Enstitüsü görevlerini yaparken bir ticaret unvanının tescil edilmediğini, kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenirlerse durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdürler. Yetkili makamlar ticaret sicili müdürlüğü ve Cumhuriyet savcılığıdır.

VII. TİCARET UNVANININ DEVAMI

Ticaret unvanı oluşturulurken çekirdek kısmı gerçeklik ilkesine uygun olarak düzenlenir. Ancak bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak ticari işletme için bir takım sakıncalara yol açabilir²². Bazı durumlarda gerçeklik ilkesinin uygulanmasından karma sistemi benimseyen Türk Ticaret Kanunu belli şartlar altında vazgeçmiştir. Buna göre, tacir tarafından seçilen ticaret siciline tescil edilerek kullanılan ticaret unvanının, işletme devri, ortakların değişmesi ya da yeni ortak alınması gibi durumlarda değiştirilmesine gerek yoktur²³.

²² Bozer/ Göle, *a.g.e.*, 132.

²³ Çeker, *a.g.e.*, 126.

A. Adın Değişmesi

Ticari işletme sahibinin veya bir ortağın ticaret unvanında yer alan adı kanunen değişir veya yetkili makamlar tarafından değiştirilirse unvan olduğu gibi kalabilir, (TTK. md. 47/1). İsim değişikliği mahkeme kararı yoluyla olabileceği gibi kadınlarda evlenme yolu ile söz konusu olabilir. Bu hallerde unvan değişikliğine gidilme zorunluluğu yoktur.

B. Yeni Ortak Girmesi veya Ortağın Ayrılması

Kollektif veya komandit şirkete ya da donatma iştirakine yeni ortakların girmesi halinde ticaret unvanı değiştirilmeksizin olduğu gibi kalabilir, (TTK. md. 47/2).

Ortaklardan herhangi birinin kolektif veya komandit şirketten veya donatma iştirakinden ayrılmasında ise durum farklılık arz eder. TTK. md. 47/2 hükmü uyarınca ayrılan ortağın adının unvanda yer almaya devam edebilmesi için yazılı iznin alınması gerekir. Alınmadığı takdirde unvanda gerekli değişiklik yapılır ve tescil edilir.

C. Ortağın ya da Tacirin Ölümü

Kollektif veya komandit şirkette ya da donatma iştirakinde ticaret unvanına adı dâhil olan bir ortağın ölümü üzerine mirasçılar, onun yerine geçerek şirketin devamını kabul eder veya şirkete girmemekte beraber bu konudaki onaylarını yazılı şekilde bildirirlerse şirket unvanı olduğu gibi bırakılabilir, (TTK. md. 47/2).

VIII. TİCARET UNVANININ DEVRİ

Ticaret unvanı, işletmeden ayrı olarak devredilemez. Bir işletmenin devri aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur, (TTK. md. 49/2). 6102 sayılı Kanunun 11/3'üncü maddesinde ticaret unvanının sözleşmede ayrı tutulmadığı sürece ticari işletmeye dâhil olan bir unsur olduğu belirtilmiştir. Böylelikle ticaret unvanının

sadece işletme ile birlikte devredilebileceğine izin verilmekte ancak bunda aksi kararlaştırılarak unvanın devredende kalabileceği kabul edilmektedir.

Ticari işletmenin devri ile beraber devralana geçen ticaret unvanının ne şekilde kullanılabileceği konusu TTK. md. 43'te düzenlenmiştir. TTK. md. 43'te devralanın devirden sonra unvanı aynen kullanılabileceği hükme bağlanmıştır.

Taciri iflâsı veya ölümü üzerine unvanın akıbeti konusuna da değinilmesi gerekir. Miras üzerine intikalde özellik arz eden herhangi bir durum yoktur. Devirde unvan aynen kullanılabileceğine göre mirasın intikalinde de unvanın aynen kullanılmasında herhangi bir sakınca yoktur²⁴. Tacirin iflâsı hâlinde ekonomik anlamda değer taşıyan unvanın da iflâs masasına girmesi ve işletmeyle beraber devri gerekmektedir.

IX. TİCARET UNVANININ KORUNMASI

6102 sayılı TTK.'da koruma sınırı açısından gerçek kişi - tüzel kişi ayrımı mevcut değildir²⁵. Korunmanın uygulama alanı, tacirler için Türkiye dâhilindeki tüm sicil müdürlüklerini kapsar²⁶.

Korumanın ilk şekli karşımıza TTK md. 50'de çıkmaktadır²⁷. Anılan madde uyarınca usulüne uygun olarak tescil ve ilân edilmiş ticaret unvanını sadece sahibi kullanabilecektir. Ticaret sicil memuru, önüne gelen ticaret unvanı tescil taleplerinde, daha önceden aynı unvanın usulüne uygun şekilde tescil edildiğini gördüğünde talebi reddedecektir. Korumanın ikinci şekli TTK. md. 51/1'de yer almaktadır. Anılan madde uyarınca, memurlar, bütün mahkemeler, ticaret ve sanayi odaları, Türk Patent Enstitüsü ve noterler görevlerini yaparlarken bir ticaret unvanı-

²⁴ Bilgili/Demirkapı, *a.g.e.*, 181.

²⁵ Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 133.

²⁶ Berzek, *a.g.e.*, 77.

²⁷ Karahan, *a.g.e.*, 140.

nın tescil edilmediğini, kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenirlerse durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadırlar. Ticaret unvanını kanuna muhalif olarak kullanan kişiler; TTK md. 45'e göre ek alması gerekip de ek almayanlar, TTK. md. 48'e göre şube ile ilgili ekleri almayanlar para cezasına maruz kalabilirler.

Korumanın üçüncü şekli ise bizzat unvan sahibinin harekete geçerek TTK. md. 52'de düzenlenen yollara başvurusudur. Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir. Mahkeme, davayı kazanan tarafa istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir. Ticaret unvanının seçilmesi, oluşturulması, kullanılması, tescili, zorunlu eklerin yapılmasına ilişkin hükümlere muhalefet halleri için çeşitli cezai müeyyideler öngörülmüştür²⁸, (TTK md. 51). Bütün mahkemeler, memurlar, ticaret ve sanayi odaları, noterler ve Türk Patent Enstitüsü görevlerini yaparlarken bir ticaret unvanının tescil edilmediğini, kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenirlerse durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadırlar. 39 ilâ 45' inci veya 48 inci maddeleri ihlal edenler, iki bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır. 46'ncı maddeyi ihlal edenler veya 49 uncu maddeye aykırı olarak ticaret unvanını devredenlerle devralan ve kullananlar, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

²⁸ Bilgili/Demirkapı, a.g.e., 182.

X. SONUÇ

Çalışmamız neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

1. Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı isimdir.

Ticaret unvanı, ticari işletmeyi değil, taciri hedef alır ve onu diğer tacirlerden ayırmayı amaçlar.

2. Ticaret unvanının düzenlenmesinde serbestlik sistemi, gerçeklik sistemi ve karma sistem olmak üzere üç farklı sistemden yararlanılmaktadır. Türk hukukunda kabul gören sistem karma sistemdir.

3. Ticaret unvanı seçmede karma sistemin benimsendiği Türk Hukuku'nda unvan, gerçeklik ilkesinin geçerli olduğu çekirdek kısmı ve serbestlik ilkesini geçerli olduğu ek kısmı olmak üzere iki kısımdan oluşur.

4. Seçilen ticaret unvanının Türkiye'de daha önce tescil edilmiş unvanlardan açıkça ayırt edilmesi ve bunu sağlamak üzere unvana ekler yapılması zorunludur.

5. Ticaret unvanı kullanmak tacir için hem bir yükümlülük hem de bir haktır.

6. Her tacir, ticari işletmesinin açıldığı günden itibaren onbeş gün içerisinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmeye mecburdur.

7. Tacir tarafından seçilen ticaret siciline tescil edilerek kullanılan ticaret unvanının, işletme devri, ortakların değişmesi ya da yeni ortak alınması gibi durumlarda değiştirilmesine gerek yoktur.

8. Ticaret unvanı, işletmeden ayrı olarak devredilemez. Bir işletmenin devri aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur. Devralan devirden sonra unvanı aynen kullanabilir.

9. Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, BTHAE., Ankara, 2009.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, BTHAE., Ankara, 2011, (Ticari İşletme).

Arsılanlı, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

Ayhan, Rıza, Özdamar, Mehmet, Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Berzek, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Beta, İstanbul, 2013.

Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

Bozer, Ali, Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 2.Baskı, BTHAE., Ankara, 2013

Çeker, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 7. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013.

Domaniç, Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Baskı, Temel Yayın Dağıtım, İstanbul, 1988.

Edgü, Ekrem, Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.

İmregün, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, (Genel İlkeler).

İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, (Kara Ticareti).

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.

Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku I Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, BTHAE., Ankara, 1968.

Kayar, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Kayseri, 2015.

Kayihan, Şaban, Yasan, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Mimaroglu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 1998.

Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 14.Baskı, İstanbul, 2012, (Ticari İşletme).

Ülgen, Hüseyin, Teoman, Ömer, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, (Ticari İşletme).

ORMAN, ÇEVRE VE DOĞAL KAYNAKLARA İLİŞKİN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

▪ Av. Abdülkadir Özdemir*

Özet: 1 Kasım seçimlerinden sonra Anayasa değişikliği yeniden ülkenin gündemine oturmuştur. Her ne kadar AKP'nin anayasa değişikliği tasarıları ülkenin başkanlık rejimine geçmesi üzerine kurulmuş ise de ormanlığı ilgilendiren konuların da Meclis gündemine gelmesi olasıdır. Bu nedenle ormanların, doğanın ve çevrenin korunması, doğal kaynaklar ve su, deniz ve göl kıyılarının korunması, toprak mülkiyeti gibi konuların birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Demokrasi, halkın 4 veya 5 yılda bir yapılan seçimlerde oy kullanmasından ibaret değildir. Halkın, örgütlenme özgürlüğünün olduğu, toplumu ve çevreyi ilgilendiren her projede söz ve karar sahibi olduğunda çağdaş ve katılımcı bir demokrasiden söz edilebilir. Darbe anayasası olan 1982 Anayasası özünde çağdaş ve katılımcı demokratik bir sistemden uzaktır.

Bir kısım bilim insanlarımızın, aydınlarımızın, demokratik kitle örgütlerimizin düşüncelerinden esinlenerek ulusal çıkarlarımız, emperyalizm, evrensel hukuk kuralları, insan hakları, uluslararası sözleşmeler çerçevesinde konu değerlendirilmiş ve yazının sonunda konumuzla ilgili Anayasada yapılması gereken değişikliklerle ilişkin önerilerimiz sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, anayasa, orman, çevre, su, maden, enerji.

Abstract: After the November election, constitutional amendment has been come into country's question again. AKP's constitutional amendment bill is based on the passage of the country's presidential regime. However, the issues concerning forestry in Parliament are likely to be on agenda. Therefore, the protection of forests, nature, environment, water, sea, lakes, coasts and land ownership issues should be considered together.

Democracy is not just the people to vote in the elections held 4 or 5 years. People should have the freedom of association. People should be able to decide on every project on the environment. So it can be said of contemporary and participatory democracy.

The 1982 Constitution which is a military coup product is far from a modern and participatory approach. In my opinion, the constitution should contain the following forestry provisions.

Keywords: Democracy, constitution, forest, environment, water, mine, energy

* Orman Yüksek Mühendisi

I-Çevre Hukuku

Emperyalizmin dünya üzerindeki, doğal kaynakları alabildiğine sömürmesi sonucu dünyanın doğal dengesi bozulmuş ve insanoğlunun geleceği ile ilgili kaygılar uluslararası platformlarda tartışılmaya başlanmıştır. Bu nedenle insan yaşamını devam ettirmek için çevrenin korunması bugün dünyanın gündemindeki en temel sorunlardan birisidir. UNESCO'nun insan hakkı olarak kabul ettiği çevre hakkı, üçüncü kuşak insan hakları listesine eklenmiş ve tüm hak ve hürriyetlerin varlık ve geçerlik şartı olarak kabul edilmiş, çevre hukuku ve çevre hakkı, devletlerin anayasalarında yer almaya başlamıştır.

Her ne kadar 1982 Anayasasının 90.maddesinin son fıkrasında **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.”** Düzenlemesine yer verilmiş ise de Türkiye birçok konuda uluslararası sözleşmeleri imzalamamakta direnmektedir.

Türkiye'nin bu güne kadar imzalamadığı önemli sayılabilecek uluslararası sözleşmelerden birisi 25 Haziran 1998 tarihinde Danimarka'nın Aarhus kendinde imzaya açılan ve 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe giren Aarhus Sözleşmesidir.

1982 Anayasasının **“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”** şeklindeki düzenlenen 17.maddesi ile **“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.”** şeklinde düzenlenen 56.maddesinin çevre ile ilgili düzenlemeler olarak kabul edilse bile bu hükümler Aarhus Sözleşmesinde ifadesini bulan çevre hukukunu tam olarak kapsadığı söylenemez.

Ankara Üniversitesi SBF Öğretim Üyesi Bülent Duru'nun Anayasa Taslağında Ekoloji/Ekonomi İkilemi başlıklı yazısında; AKP'nin Anayasa Taslağının çevre ile ilgili konularda **1982 Anayasasının gerisine düştüğüne vurgu yapılarak doğal değerlerin korunmasına yeterli**

olmayacak hükümler getirilmek istendiği, çevre hakkının ortadan kaldırıldığı, önceliği ekolojiye değil ekonomiye verildiği ve rant edinme beklentilerine yönelik hazırlandığı.” Görüşüne yer verilmiştir.

Yine aynı yazıda; Taslakta çevre hakkından vazgeçildiği Mevcut Anayasa’da, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” biçiminde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından söz edilirken, yeni Taslak’ta “Devlet herkesin, **insanî gelişimini mümkün kılan bir çevrede yaşaması için gerekli tedbirleri alır.” demekle yetinilip “çevre hakkı”ndan, “tedbir alma”ya doğru bir geriye gidişe vurgu yapıyor.**

Bülent Duru’nun yazısında da ısrarla savunduğu gibi Türkiye’de çevreye anayasal güvence vermek bir zorunluluktur, Çevreci kamuoyunun ve sivil toplum örgütlerinin yeterince güçlü olmaması çevre hakkına anayasada yer verilmesini gerekli kılıyor.(1)
İ.Güneş Gürseler’in Türkiye Barolar Birliği Dergisinin 75.sayısında yayınlanan İnsan Hakları, Çevre, Anayasa başlıklı yazısında da belirtildiği gibi;

“İnsanlar için çevre hakkı, canlılar için de “sağlıklı ve dengeli bir çevre” anlamına gelir. Çevre hakkı bu en temel insan hakkı olan yaşam hakkının, insan olmanın bir uzantısıdır. Bu niteliği ile de çevre hakkı sağlıklı ve dengeli bir biçimde yaşama hakkını ya da insancıl yaşam koşullarını tehdit eden her türlü çevre sorunlarının yaratılmasına karşı direnme hakkını ve talep hakkını içerir. Talep hakkı devlet tüzel kişiliğine karşı ileri sürülmekle birlikte hakkın süjesi olan bireye de bir takım ödevler yükler. Herkes çevre konusunda bilgilenme, katılma ve başvuru hakkına sahiptir.(2)

Aslında Gürseler’in yazısında sözünü ettiği haklar Aarhus Sözleşmesinde yer alan haklardır.

Aarhus Sözleşmesindeki **Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru hakkı** uluslararası sözleşmelerde kabul edilen insan haklarıdır. Bu haklar aynı zamanda çağdaş ve katılımcı demokrasinin gereği olan haklardır.

Türkiye'nin Aarhus Sözleşmesini halen imzalamamış olması ülkenizin çağdaş ve katılımcı demokrasinin ne denli uzağında olduğunun bir göstergesidir..

Yakın tarihimizde çevre hakkını kullanarak Gezi Parkının imara açılmasına karşı çıkan halkın tepki ve taleplerini dikkate almayan bir iktidar tarafından halkın muhalefetine acımasızca bastırılması bunun en çarpıcı bir örneğini teşkil etmektedir.

Aarhus Sözleşmesinde kabul edilen hakların anayasal güvence altına alınması için başta tüm muhalefet partileri olmak üzere tüm çevreci örgütlerin ve platformların en başta gelen görevleridir.

Anayasanın 56.maddesine göre **çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek hem devletin hem de vatandaşların ödevidir.** Bu düzenlemeye göre çevrenin korunmasında devletin yanında özel ve tüzel kişileri de sorumlu tutmuştur. Çevre sağlığını tehdit eden projelerin uygulanmasına karşı toplumsal muhalefetin insan haklarına aykırı olarak acımasızca bastırılması karşısında vatandaşlar bu sorumluluğu nasıl yerine getireceklerdir?

Yürürlükte bulunan mevzuat, çevreyi etkileyen projenin uygulanabilmesi için halkın görüşünün alınmasını öngörmekte ise de bu, vatandaşın kararların alınması sürecine katılımını içermemektedir. Çünkü halkın muhalefetine rağmen çevreyi olumsuz etkileyecek projeler çoğu zaman yargı kararlarını dahi beklemeden uygulamaya konmakta, fiili durum yaratılmaktadır. **Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin olduğu kadar vatandaşların ödevi olduğuna göre vatandaşın bu ödevini yerine getirebilmesi için insanın yaşam koşullarını tehdit eden her türlü çevresel pro-**

jelere ilişkin kararların alınması sürecine katılması gerekir. Bu nedenle Aarhus Sözleşmesinde ifade edilen ve insan hakları içinde sayılan Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru hakkının **ve bu hakların ihlali halinde vatandaşın direnme hakkı ve talep hakkının anayasal güvence altına alan düzenlemeler yapılması zorunludur.** Bu hakların güvence altına alınması halinde vatandaş Anayasanın 56.maddesindeki *çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önleme ödev ve sorumluluğunu* yerine getirebilecektir.

Vahşi kapitalizm rant uğruna doğal kaynakları tüketmeye, çevre ve insan sağlığını tehdit etmeye devam ediyor. İnsan ve çevre sağlığı artık dünyanın en başta gelen sorunları haline geldi. Bu sorunların üstesinden gelmenin yolu bireylerin bilinçlenmesi ve insanlığın geleceğini ve bizzat kendi yaşamını ilgilendiren projelere karşı örgütlü savaşımdan geçmektedir.

Bu hakların güvence altına alınmasına paralel olarak çevreyi etkileyen her türlü projenin karar, uygulama ve denetim sürecine ilişkin idari yapılanmalara da gereksinim duyulacaktır. Bu nedenle Tübitak gibi, Adli Tıp Kurumu gibi özerk bir yapıya sahip olarak Ankara’da Çevre Üst Kurulu, illerde ise yine özerk yapıya sahip Çevre Kurulları oluşturulmalı, bu kurullar kamu görevlileri, akademisyenler, ilgili meslek odaları temsilcileri, yerel yönetim temsilcileri ve çevresel projelerin uygulanacağı yerel halk temsilcilerinden oluşmalıdır.

Anayasanın Çevre Hukukunu yakından ilgilendiren bir diğer maddesi 43. maddedir. Kıyılardan Yararlanma başlıklı 43.madde **”Kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsuları kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarda sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkan ve şartları kanunla düzenlenir.”** Hükmünü içermektedir.

Ancak kıyılarda sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre kişilerin bu yerlerden yararlanma imkan ve şartları kanunla düzenlenirken

kamu ve toplum yararının gözetilmediğine, toplum ve kamu yararından uzak uygulamalarla yüzlerce, binlerce kez deniz göl ve akarsuların kıyılarının yağmalandığına, kirletildiğine, HES'lerle, RES'lerle ekosistemin acımasızca yok edildiğine tanık oluyoruz. Ne yazık ki toplumun duyarlı kesimleri, çevreci kuruluşlar ve demokratik kitle örgütlerinin yoğun muhalefetine karşın büyük ölçüde yapılan tahribatların önüne geçilememektedir. Bu konuda siyasi partilerin de üzerlerine düşen görevlerini yeterince yerine getirmediklerini ifade etmek gerekir.

Toprak Mülkiyeti başlığı altında düzenlenen Anayasanın 44. maddesi ile devlet, ormanların küçülmesine ve yeraltı servetlerinin azalmasına yol açacak şekilde topraksız veya az toprağı bulunan çiftçiye toprak dağıtılmasını yasaklamıştır.

Ancak TBMM'de temsil edilen siyasi partiler çiftçiyi topraklandırma gerekçesinin arkasına sığınarak ormanların küçülmesi sonucunu doğuran Anayasa ve yasa değişikliklerine birlikte imza koymuşlardır. İlk olarak 1961 Anayasasının 131.maddesi 17.04.1970 tarih ve 1255 Sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve ardından 20.06.1973 tarihli 1744 Sayılı Yasa ile 6831 Sayılı Orman Yasasının 2.maddesi değiştirilmiş ve böylece ile ormanların küçülmesinin önü açılmıştır. 14 Yıllık AKP iktidarında ise 6831 Sayılı Orman Kanununda 14 yılda 40'a yakın değişiklik yapılarak bir rekor kırılmıştır. 2011 yılında çıkarılan 6292 Sayılı 2/B Yasası ile Anayasaya aykırı olarak orman sınırları dışına çıkarılan arazilerin satışının önü açılmıştır.

Tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacına yönelik projelerin uygulanabilmesi için kamulaştırma yapılması konusunda Anayasanın 46.maddesi ile Devlete tanınan geniş kamulaştırma yetkisi bir zorunluluk olarak değerlendirilebilir. Ancak kamulaştırma yetkisi kullanılırken uluslararası sözleşmeler de nazara alınarak devletçe yapılacak kamulaştırmalarda yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması gibi çevresel konularda sınırlamalar getirilmesi gerekmektedir. Bu güne kadar yeni

ormanların yetiştirilmesi, kıyılarının korunması şöyle dursun kamuoyunun büyük muhalefetine karşın İstanbul Büyük Kanal Projesi, İstanbul 3.Havaalanı inşaatı ve köprü projeleri ile büyük çapta ormanlık alanların tahrip edilerek ranta dönük konut alanlarının yaratılması, kıyılarının yağmalanması yönündeki uygulamalar bu yetkinin nasıl kötüye kullanıldığının canlı örnekleridir.

Anayasanın 57. Maddesi ile devlete, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılaması için gerekli önlemleri alma ve toplu konut teşebbüslerini destekleme yetkisi verilmiştir. AKP İktidarı tarafından yerel yönetimlerin imar yetkilerini kısıtlamış ve bu yetkileri kendi elinde toplayarak, iktidar yanlısı özel kişi ve teşebbüs sahiplerine büyük rant kapıları açılmıştır. Bu nedenle Anayasanın 57. Maddesinde yapılacak değişiklikle kentlerin şehir planlamasında çevre hukuku, çevre hakkı ve halkın katılımı ilkeleri çerçevesinde kentin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir düzenlemeye gidilmesi daha doğru olacaktır.

II-Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması

Anayasanın 63. maddesi ile tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasında devlet görevlendirilmiştir. Ancak bu konularda tüm yetkileri elinde bulunduran devleti yönetmekle görevli siyasi iktidarın bu görevi yerine getiremediği rant uğruna binlerce yıllık tarihi yapı ve kalıntıların, kültür ve tabiat varlıklarımızın birer birer yok edildiğini üzülerken görüyoruz ve izliyoruz. Siyasi iktidarın güdümünde olan Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarının, sağlıklı karar aldığını ve alacağını düşünmüyoruz.

Çevrenin korunmasında olduğu gibi Anayasanın 63.maddesindeki tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin koruma görevinin yerine getirilebilmesi için Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarının yeniden yapılandırılmasında zorunluluk vardır. Yukarıda çevrenin korunmasında önerdiğimiz gibi merkezi yönetimden bağımsız, özerk yapıya sahip, yönetim temsilcileri, akademisyenler, ilgili meslek odaları

temsilcileri ve yerel halk temsilcilerinden oluşan Ankara’da Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Üst Kurulu ve illerde de yine merkezi yönetimden bağımsız Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarının oluşturulmasını öngören düzenlemelere gereksinim olduğunu düşünüyoruz.

III-Doğal Kaynakların Korunması ve İşletilmesi

Anayasanın doğal kaynakların aranması ve işletilmesi başlığı altında düzenlenen 168.maddesine göre;

- Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.
- Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir.
- Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir.
- Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır.
- Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.” Hükmünü içermektedir.

Bu maddeye göre ormanlar, madenler, akarsular ve doğal kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Arama ve işletme hakkına konu madenler genel olarak ormanlar üzerindedir. Madenlerin ekonomik bir değer yaratsa da bu faaliyetler, oluşumu yüzyıllar süren ormanlar ve ekosistem üzerinde telafisi yüzyılları gerektiren tahribatları da beraberinde getirmektedir. Her ne kadar arama ve işletme izinleri verilirken şartnamelere arama ve işletme faaliyeti sonunda tahrip edilen alanların rehabilitasyonu şartları konmakta ise de tahrip edilen alanların rehabilite edi-

lerek kısa zamanda eski haline getirildiğini bu kadar görmek mümkün olamamıştır.

Siyasi iktidarların tümü, ormanlar üzerindeki ekonomik çıkarları her zaman moral değerlerin üstünde tutmuşlar ve arama ve işletme izinleri verilirken gelir sağlamak uğruna ülkemizin doğal zenginliği, akciğeri ve su kaynağı olan ormanlarımızın tahribine göz yummuşlardır.

Madenlerin işletilmesinde ekonominin, rantın öne çıkmasının, canlı ve cansız doğal varlıkların oluşturduğu ekosistemler için büyük bir tehlike oluşturduğu bilim insanları tarafından sık sık dile getirilmektedir. Türkiye gibi az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde enerjinin önemi yadsınamaz. Ancak başta linyit olmak üzere enerji üretimine dönük olarak madenler değerlendirilirken doğanın, çevrenin ve ekosistemin tahribi pahasına yeraltı ve yerüstü kaynaklarımızın rant uğruna hoyratça kullanılmasına izin verilmemelidir. Aksi halde gelecek kuşaklara çölleşmiş, susuz, çorak ve yaşanamaz bir dünya bırakmış olacağız.

Ekosistemin korunmasına yönelik olarak muhafaza ormanı, ağaçlandırma alanları, kara avcılığı alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı, tabiat koruma alanı, tarım, mera, sit alanları, su havzaları, kıyı alanları ve sahil şeritleri, karasuları, turizm bölgeleri, alanları ve merkezleri ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, askeri yasak bölgeler ve imar alanları ile mücavir alanlarda madencilik faaliyetlerinin çevresel etkileri değerlendirilirken, ekosistemin korunmasının ekonomik karlılığın önüne geçecek şekilde düzenlemeler yapılması ülkenin ve insanların geleceği açısından önem taşımaktadır.

Tema Vakfı tarafından yayınlanan 2015 Bildirgesinde ülkemizde 2013 yılında elektrik üretiminin % 43,8'i doğalgaz, % 26,6' sı kömür, % 24,7'i hidroelektrik santralleri % 3,2'si rüzgar ve jeotermal enerji, % 1,2'si de petrol ve diğer kaynaklardan elde edildiği belirtilmektedir.(3)

TKİ'nin 2013 yılı Özel Sektör Raporuna göre ülkemizde Enerji üretiminde kullanılan kömürün payı % 32,8'dir.Bunun % 14,3'ü yerli,% 18,5'i ise ithal kömürdür.(4)

Başta kömür olmak üzere maden arama ve işletme izinleri verilen ormanlık alanlarda tam bir doğa felaketi yaşanmaktadır. Yapılan tahribat ormanlarla da sınırlı değildir. Devletin kontrolündeki başta Soma olmak üzere Yatağan ve Afşin-Elbistan gibi termik santrallerin bacalarından çıkan emisyonların hem insan sağlığını hem de doğayı, çevreyi, tarım alanlarını ve bitki örtüsünü olumsuz etkilediği bilinen bir gerçektir. Bu santrallerin bulunduğu yörelerdeki kanser olaylarında görülen artışlar ekonomik hedeflerin insan sağlığı ve çevresel sorunların önüne geçtiğinin göstergesidir.

İ.Ü.Orman Fakültesi Öğretim Üyesi Prof.Dr.Doğanay Tolunay 7-9 Ekim 2015 tarihlerinde İzmir’de yapılan 6.Ulusal Hava Kirliliği ve Kontrolü Sempozyumuna sunduğu Türkiye’de Ormansızlaşma ile Kaybedilen Karbon Miktarları başlıklı Bildirisinde; **“Ağustos 2015 tarihi itibarıyla ise 543 bin ha orman alanı, Orman Kanunun 16. 17. ve 18. Maddeleri kapsamında verilen izinler sonucunda maden, yol, HES, RES, üniversite gibi başka amaçlarla kullanılmaktadır. İzin verilen orman alanlarında sadece karbon stokları azalmamaktadır. Ağaçlar her yıl fotosentez yaparak atmosferdeki karbonu bitkisel kütleye dönüştürmektedir. Yıllık karbon birikimi olarak adlandırılan bu süreç de ağaçların kesilmesi ile sekteye uğramıştır. 2014 yılı itibarıyla izin verilen alanlardaki ağaçların kesilmesi ve bunların artım yapmaması sonucunda 407 bin ton/yıl karbon atmosferden alınamadığı”** Tespitini yapmaktadır.(5)

Ormanlarımızın ve doğal varlıklarımızın maden ve taş ocağı arama işletmelerinden dolayı tahrip edilmesine son vermenin zamanı gelmiş ve geçmek üzeredir. Ormanların ve ekolojik yapının daha fazla bozulmasının önüne geçilmesi ancak izin verilen sahaların daraltılması, güneş ve jeotermal kaynakların bol olduğu ülkemizde ormanlara, doğaya, çevreye ve insan yaşamına zarar vermeyecek alternatif enerji kaynaklarına yönelmekle mümkündür. Bu nedenle tüm bu tespitler insan sağlığı, çevre, doğa ve oluşumu asırlar süren ormanlar ve ekosistemin korunması amacıyla ekonomik değeri ne olursa olsun milli parklarda ,tabiat parklarında muhafaza ormanlarında, ağaçlandırma alanlarında maden

arama ve işletme izinlerinin verilmesinin önlenmesi bir zorunluluk haline gelmiştir.

Ulusal çıkarlarımızı yakından ilgilendiren bir konu da yabancılara verilen maden arama ve işletme izinleridir. Stratejik önemi bulunan madenlerin yabancı kişi ve kuruluşların eline geçmesi bu madenler üzerinde tasarruf haklarımızın yabancılar tarafından kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Yabancılara verilen bu arama ve işletme izinlerinin Osmanlı Devletinin yabancılara verdiği imtiyazlardan bir farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasada tabii servetler ve kaynaklarla ilgili 168. madde yeniden düzenlenirken özellikle ülkemiz için en azından stratejik önemi bulunan madenlerin yabancılara eline geçmesini önleyecek düzenlemeler yapılması ulusal çıkarlarımız açısından son derecede önemlidir.

IV-Ormanların Korunması

Anayasadaki Ormanlarla ilgili düzenlemelere gelince; “Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi” başlığı altında düzenlenen 1961 Anayasasının 131.maddesi ile 1982 Anayasasının 169. Maddesi aynı hükümleri içermektedir. Bu hükümler;

- Devlet ormanları Devletçe yönetilir ve işletilir,
- Devlet ormanlarının yönetimi ve işletilmesi özel kişilere devrolunamaz,
- Ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez,
- Ormanlar kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz,
- Ormanlara zarar verebilecek hiçbir eylem izin verilemez,
- Ormanların içinde veya yakınında oturan halkın kalkındırılması ve gerekirse başka yere yerleştirilmesi kanunla düzenlenir,

- Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir ve bu yerlerde tarım ve hayvancılık yapılamaz,
- Orman suçları için genel af çıkarılamaz,
- Ormanların tahribine yol açacak hiçbir siyasi propaganda yapılamaz.

Şeklindedir.

1961 Anayasasının 131.maddesi 17.04.1970 tarih ve 1255 Sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve 1961 Anayasasının kabulü tarihinden önce önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerin orman dışına çıkarılması kabul edilmiştir.

1982 Anayasasının 169.maddesinde ise **“Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkla kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında orman sınırlarında daraltma yapılamaz”** Hükmü kabul edilmiştir

170.maddede yapılan düzenlemede ise orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin devlet tarafından ihya edilerek bu yerlere orman köylüsün yerleştirilmesi amaçlanmıştır. Ancak orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin ihya edilerek orman köylüsünün yerleştirildiğine ilişkin bir uygulamaya da bu güne kadar pek rastlanmamıştır..

Gerek 1961 Anayasasının 131.maddesinde yapılan değişiklik ve gerekse 1982 Anayasasının 169 ve 179. Maddelerindeki or-

orman sınırları dışına çıkarılmasına ilişkin düzenleme **“orman sınırları daraltılamaz.”**Hükmünü geçersiz kılmaktadır. Nitekim 6831 Sayılı Orman Yasasının 2.maddesinde muhtelif tarihlerde yapılan değişikliklerle geniş ormanlık alanlar orman sınırları dışına çıkarılmış ve böylece **orman sınırlarında daraltma yapılmasının önü açılmıştır.**

Anayasa Uzlaşma Komisyonunda muhalefetin iki büyük partisi CHP ve MHP 1982 Anayasasının da gerisine düşerek **Ormanların korunması ve geliştirilmesi** başlıklı taslakta yer alan **“Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz ve kanuna göre buralar Devletçe yönetilmesi, işletilmesi ve işlettirilmesi”** maddesinde uzlaşmışlar ve ormanların özel ve tüzel kişilerce işletilmesine yönelik AKP’nin taslağına destek vermişlerdir.

2011 yılında bütçeye gelir sağlamak gerekçesi ile 2/B arazilerinin satışını öngören 6292 Sayılı Yasa çıkarılmış. Bu yasa daha TBMM’de görüşülmeye başlamadan özellikle kıyı kesimlerinde ormanlık alanlar hızla tahrip edilmeye başlanmıştır.

AKP İktidarı, 6831 Sayılı Orman Yasasının 2/B maddesini değiştiren ve 2/B Yasası olarak bilinen 6292 Sayılı yasayı büyük bir siyasi propaganda malzemesi olarak kullanmış ve böylece Anayasanın 169.maddesini ihlal etmiştir. Ayrıca bu yasa orman köylüsünü desteklemekten uzak olduğu gibi orman sınırlarını daraltma sonucunu da doğurduğu bilindiği halde. açıkça Anayasaya aykırı olan bu yasayı Anayasa Mahkemesine götürmeyen muhalefet partileri de bu ihlalin ortağı olmuşlardır.

Tüm bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi yukarıda değerlendirdiğimiz Anayasa maddeleri başta ormanlar olmak üzere, doğrudan veya dolaylı olarak çevreyi, doğayı, doğal ve kültürel varlıkları yakından ilgilendirmektedir.

15 Sivil toplum örgütü tarafından yayınlanan bildiride de aynı tespitler yapılarak Yeni Anayasa Taslağında;

- Vatandaşların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının kaldırıldığı,
- Yeni orman kıyımlarına, orman yağmalarına ve orman yangınlarına davetiye çıkarıldığı,
- Çevre sorunları, doğa koruma, ormancılık, toprak kullanımı, tarım ve hayvancılık, madencilik, kıyılarımız vb. doğa ve kültür varlıkları birer mala ve doğal “kaynak” a dönüştürüldüğü,
- Söz konusu değişikliklerin hemen tamamı geri dönüşü mümkün olmayacak yıkımlara zemin hazırlayacak içerikte olduğu,
- Yaşama hakkının, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olmaktan çıkarıldığı,
- 1982 Anayasasında bile bir “insan hakkı” olarak yer alan “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ve “sağlık ve konut hakkı”na taslak metinde yer verilmediği,
- Taslak ile ormanların özelleştirilmesinin amaçlandığı ve böylelikle Devlet ormanlarının yerli ve yabancı özel girişimcilere işletilebilmesinin önünün açılacağı”

Görüşleri yer almaktadır.(6)

Yücel Çağlar Anayasa Taslağı ve Ormanlarımız başlıklı yazısında ;

“Taslağın geçmesi halinde “devlet ormanı” sayılan araziler, deyiş yerindeyse, kapanın elinde kalacak, dolayısıyla da ormanlarımızda onarılamayacak yıkımlar yaşanacaktır. Bu nedenle, gerek hazırlanma süreci ve gerekse içeriğiyle son derece antidemokratik olan Anayasa Taslağı’nın bütünü kapsamında ormanlar ve ormancılıkla ilgili yaptırımlarına da karşı çıkılmasının gerektiği” yolundaki görüşlerine aynen katılıyoruz.

Aynı yazıda vurgulandığı gibi AKP İktidarı tarafından Cumhuriyetimizin tüm kazanımlarını bir bir yok eden bir anlayışla TBMM’ne sunulan Taslakta 1981 Anayasası’nın antidemokratik özelliği daha da pekiştirilmekte, kamusal varlıkların yerli ve yabancı sermaye tarafından yağma edilebilmesini kolaylaştıran, ulusal bağımsızlığımıza zarar verebilecek düzenlemelere dayanak teşkil edebilecek bir Anayasa istenmektedir.

Yücel Çağlar’ın da belirttiği gibi, Taslak kabul edilirse;

- Devlet ormanları yerli ve yabancı özel girişimcilere işlettirilebilecektir,

- *Orman* sayılmayabilecek yerlerin kapsamı daha da genişletilebilecektir,

- Ormanların tahrip edilmesine yol açabilecek siyasal propagandalar yapılabilir,

- Ormanları yok edip tarım arazilerine ve yerleşme yerlerine dönüştürenler affedilecek ve bu gibi yerlerin yanı sıra “*orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen*” yerlerin de satılmasından ya da kullanım hakkıyla devredilmesinden öncelikle yararlanabilecektir,

- Şimdilerde “*orman*” sayılan yerler “*orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmediğinde*”, yalnızca ormanların içinde yerleşik köylerdeki yurttaşlarımıza değil herkese satılabilecek ve bu kişiler satın aldıkları bu gibi yerleri tarım dışı amaçlarla da kullanabilecektir,

- Bugüne değin yapılabilen orman sınırlarını belirleme ve tapuya tescil çalışmaları büyük ölçüde geçersizleşebilecek, mülkiyet kargaşası artabilecek ve bu nedenle de, “orman” sayılan alanların etkili biçimde yönetimi tümüyle olanaksızlaşacak; toplumsal çatışmalar gündeme gelebilecektir,

- “Orman” sayılan alanları tarım arazilerine ve yerleşme yerlerine dönüştürme eylemleri özendirilecek; orman yangınları daha da artabilecektir;

- Ormanlarımızın içinde ve bitişiğinde yaşayan yoksul yurttaşlarımızın kalkındırılmasına yönelik çalışmalar anayasal dayanaklarından yoksun kalacaktır.

Yücel Çağlar’ın Ormanların Korunması ve Yönetilmesi başlıklı bizim de değer verdiğimiz önerisi aynen şöyledir;

Devlet, ormanların korunması ve genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır; bu amaçla yapılacak kamulaştırmalar kanunla düzenlenir. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Ormanlar, kamu hizmetleri dışında ormancılık dışı amaçlarla kullanılamaz ve irtifak hakkına konu olamaz.Devlet ormanları kanuna göre Devletçe yönetilir ve işletilir, Devlet ormanlarının mülkiyeti, yönetilmesi ve işletilmesi özel kişilere devrolunamaz. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyete ve eyleme müsaade edilemez; ormanların tahribine yol açacak siyasi propaganda yapılamaz ve orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Yanan ormanların yerinde yeni ormanlar yetiştirilir ve bu yerler ormancılık dışı amaçlarla kullanılamaz.

Devlet ormanlarının içindeki köylerde yaşayanların kalkındırılması ve gereken hallerde başka yerlere yerleştirilmesi, ormanların korunmasında ve işletilmesinde Devlet ile işbirliği yapması kanunla düzenlenir.(7)

Prof.Dr.A.Gürhan Fişek 2008 yılında yayınlanan Korku Tünelinde Çevre,Su ve Orman başlıklı yazısında; çevre,su ve orman varlıklarımızın ticari olarak ele alınıp,pazara çıkarılması nedeni ile bu üç doğal varlıklarımızın korku tünelinde olduğunu, “1982 Anayasa’sının 56.mad-

desinde sağlık, çevre ve konut başlığı altında, “ dengeli bir çevrede yaşama hakkı”ndan söz edilmiş; “çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir” denilmiştir. AKP Anayasa’sında bunların hiçbiri yoktur. Kıyıların ve toprağın korunması da, 1982 Anayasa’sında ayrı birer madde olarak ele alınmışken, bu kez, Anayasa taslağında bulunmamaktadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinin, devletin hüküm ve tasarrufu altında olması ve yararlanmada kamu yararı önceliği, böylece anayasal temelini yitirdiği. “ tespitini yapmaktadır.(8)

V-Su ve Çevre

Tolga Şirin “Su Hakkı ve Suyun Özelleştirilmesine Karşı Bazı Anayasal Tecrübeler” adlı yazısında su hakkını bir insan hakkı olarak nitelendirmektedir. O’na göre su, tüm canlılar için yaşamsal öneme haiz kaynaklardır. İnsanın yaşamı ve geleceği açısından su hakkı temel bir insan hakkıdır. Suyun resmen sosyal bir hak olarak ele alınışı, BM bünyesinde üretilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) sözleşmesi ekseninde gerçekleşmiştir.(9)

Suyun kullanılmasına ilişkin çok sayıda yasa bulunmasına rağmen. Anayasada su hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen suyu ticari bir meta olarak gören global dünyada da çevre hakkı gibi su hakkını güvence altına alan anayasal düzenlemelere rastlamak mümkün değildir. Su hakkı, kamusal mülkiyet kavramı içinde değerlendirilebilir. Ancak bu değerlendirme yeterli değildir ve su hakkının evrensel insan hakkı olarak Anayasada çevre hakkı ile birlikte özel bir güvenceye kavuşturulması ve suyun ticari alandan çıkarılması, zaten kıt olan su kaynaklarımızın yabancılara satılmasının önlenmesi zorunludur.

İnşaat Mühendisleri Odası Su Çalışma Grubunun hazırlamış olduğu Su Hakkı Raporu’nda özetle şu görüşlere yer verilmiştir. (10)

Bizlere ve tüm topluma yol haritası sağlayacak su politikalarımızın esasları şöyle özetlenebilir:

Su ihtiyaç değil hayatın devamı için vaz geçilmez ve temel bir insan hakkıdır, metalaştırılmaz. Bu çerçevede;

- Su hayatın vaz geçilmez unsuru olarak önemli bir toplumsal değer olarak ele alınmalıdır.
- Herkes sağlıklı bir yaşam sürdürebilmek için gerekli sağlıklı, güvenli suya ulaşabilmelidir.
- Temel insan hakkı olan suya erişim hakkı ile ilgili bağlayıcı yasalar anayasa metinlerine girmelidir.
- Su hizmetinde ve yönetiminde, hizmetin kamusal özü korunmalı, yönetiminde katılımcı modeller geliştirilmelidir.
- Yaşam hakkımız olan suyumuz, su şirketlerinin insafına bırakılmamalıdır.
- Su kamu malı olarak tanımlanmalı ve toplumsal bir değer olarak kabul edilmelidir.
- Su kaynaklarının kullanımında öncelik tüm canlılara, insanlara ve ekolojinin korunmasına verilmelidir.

Kamu Yönetimi Uzmanı, İsmail Belen, dünyadaki örnekleri göz önüne alınarak Anayasada ormanlar, ormancılık, orman köylülerini ilgilendiren 4 maddesinin sadeleştirilerek bir metin halinde düzenlenmesi gerektiği görüşünü dile getirmekte aşağıdaki metni ideal metin olarak önermektedir.(10)

“Ormanlar; biyolojik çeşitliliğe, çevre, toprak ve suyun korunup geliştirilmesine, çölleşme ve erozyonla mücadeleye, toplum sağlığına, gıda ve enerji güvenliğine, kalkınma ve istihdama, dün-

ya barışına olan katkıları dikkate alınarak ekosistem bütünlüğü içinde yönetilir. Devlet; orman alanlarını, ürün ve hizmetlerini artırmak, erozyonu önlemek, orman içi ve kenarında yaşayan halkı ve ormancılıkla ilgili sektörü desteklemek için gereken tedbirleri alır.”

SONUÇ: Değerli bilim insanlarımız ve aydınlarımızın görüş ve önerileri nazara alınarak değerli katılımcıların değerlendirmesine Anayasa Değişiklik Taslağında yer almasını önerdiğimiz maddeleri aşağıda sunuyoruz.

1-Çevrenin Korunmasına İlişkin Önerimiz:

Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama,maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devletin ve vatandaşların bu ödevlerini nasıl yerine getirecekleri kanunla düzenlenir.

Vatandaşların bu ödevini yerine getirmede çevreye ilişkin bilgiye erişim, karar vermeye halkın katılımı ve yargıya başvuru hakkı kısıtlanamaz.

2-Doğal Zenginlikler ve Kaynakların Korunması:

Tabii servetler ve kaynaklar, madenler, kıyılar, deniz, göl ve akarsular devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Deniz, göl ve akarsuları kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarda sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma şartları,kamu yararı gözetilerek kanunla düzenlenir. Ancak bu yerler hiçbir şekilde yabancı kişi ve kuruluşlara tahsis edilemez.

3- Ormanların Korunması:

Ormanlar devletin gözetimi altında ; biyolojik çeşitlilik, çevre ve toplum sağlığı, toprak ve suyun korunup geliştirilmesi dikkate alınarak ekosistem bütünlüğü içinde devletin gözetimi altında yönetilir. Devlet; ormanların korunması ve genişletilmesi, ürün ve hizmetlerin arttırılması, erozyonun önlenmesi, orman içinde yaşayan halkın desteklenmesi ve gereken hallerde başka yerlere yerleştirilmesi için gereken tedbirleri alır.

Ormanlar, kamu hizmetleri dışında ormancılık dışı amaçlarla kullanılamaz ve irtifak hakkına konu olamaz. Devlet ormanları kanuna göre Devletçe yönetilir ve işletilir, Devlet ormanlarının mülkiyeti, yönetilmesi ve işletilmesi özel kişilere devrolunamaz. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez.

Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Muhafaza ormanları, ağaçlandırma alanları, kara avcılığı alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanları, sit alanları, su havzaları, kıyı alanları ve sahil şeritleri, karasuları, turizm bölgeleri ile kültür ve turizm koruma ve gelişim alanları, askeri yasak bölgeler ve imar alanlarında arama ve işletme izni verilemez.

Yabancı özel ve tüzel kişilere devletçe stratejik önemi olan madenler ile kaynak ve akarsuların arama ve işletme izinleri verilemez.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme izin verilemez; ormanların tahribine yol açacak siyasi propaganda yapılamaz ve orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Yanan ormanların yerinde yeni ormanlar yetiştirilir ve bu yerler ormancılık dışı amaçlarla kullanılamaz.

ELEKTRONİK TİCARETİN DÜZENLENMESİ HAKKINDA KANUN’LA İLGİLİ GENEL BİR DEĞERLENDİRME

▪ Prof.Dr.Huriye Kubilay

Özet: Elektronik ticaret, iç ve dış ticaretin gelişmesine önemli katkılar sağlamakta; ülkemiz işletmelerinin, üretim ve hizmetleriyle dünyaya açılmasını kolaylaştırmaktadır. Elektronik ticaretin gelişebilmesi için, gelişmiş teknolojik ve yasal altyapıyla desteklenmesi gereken bilişim güvenliği (cyber security) tesis edilmelidir. Bu çerçevede, ülkemizde Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve bu Kanun’a dayanılarak yönetmelikler çıkarılmıştır. Çalışmanın konusunu, elektronik ticareti düzenleyen mevzuatın genel bir değerlendirmesi oluşturmaktadır.

Mevzuat değerlendirildiğinde, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin faaliyete başlamadan önce ve faaliyetleri süresince kendilerine ait bilgileri elektronik ortamda bulundurmakla yükümlü oldukları, müşterinin hatalı olarak verdiği siparişi geri alabilme ve değiştirme olanağının bulunduğunu, müşterinin kişisel verilerinin; bu arada kredi kartı bilgilerinin koruma altına alındığı, elektronik ticaret faaliyetinde bulunanların (hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı) elektronik sözleşmeye ilişkin esasları “işlem rehberi” başlığı altında elektronik ticaretin gerçekleştirildiği ağ üzerinden doğrudan ulaşılabilecek şekilde ana sayfada güncel olarak bulundurma yükümlülüğü, siparişe ilişkin yükümlülükler, siparişin teyidi, şikayet konusu işlemlerde ispat yükümlülüğünün hizmet sağlayıcıya ve/veya aracı hizmet sağlayıcıya ait olması, şikayet başvurularının yapılmasına ilişkin esaslar ve denetim konularının ayrıntılı olarak düzenlenerek elektronik ticaretin güvenli bir ortamda gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınmaya çalışıldığı tespit edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: e-ticaret, ticari ileti, kişisel verilerin korunması, işlem rehberi

Abstract: Electronic commerce provides significant contributions to domestic and foreign trade; namely, it enables our country’s firms’ access to the World with their products and services. For the improvement of elect-

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ronic commerce, cyber security which has to be supported by developed technology and legal infrastructure should be established. In this context, Act on Regulation of Electronic Commerce and by-laws have been issued. The subject of this paper is an evaluation of the legislation which regulates electronic commerce.

When the legislation has been evaluated, it is determined that all required precautions have been taken for the realisation of electronic commerce in a secured environment by the fact that all natural and legal persons keep their datas in electronic environment, before and during their activities, customers have the ability to rescind and update an erroneously placed order, personal information of customers, and credit card information are protected. There is the obligation of service providers and/or proxy service provider to keep fundamentals of electronic contract under the title of “transaction directory”, obligations related to order, confirmation of order, burden of proof for transactions subject to complaint belongs to the service provider and/or proxy service provider, as well as fundamentals concerning application for complaint and supervision.

Fundamental Rights are the basic items of the libertarian democratic system. The State is approved by the majority of its citizens under the favour of Fundamental Rights.As such fundamental rights are not only limited to the individual's being semiindependent and guaranteed against the State but also they should be considered as a binding contract to the State and as the foundation of political consensus.

Keywords: e-commerce, commercial message, protection of personal datas, transaction directory

GENEL OLARAK

Dünyada ve ülkemizde hızla gelişen elektronik ticaret, farklı kalitelerde çok çeşitli ürüne kolaylıkla erişebilme ve satın alabilme gibi avantajlarının yanısıra satın alındığı düşünülen ürünlerin hiç gönderilmemesi, beklenen niteliklerde olmayan ürünlerin gönderilmesi, ödeme yapmak amacıyla gönderilen kişisel ve mali bilgilerin kötüniyetli kişilerce kullanılması gibi riskleri içermesi nedeniyle de dezavantajlı¹ olabilecek bir ticaret alanıdır. Güvenliğin en üst düzeyde sağlanmasını zaruri kılan risklerle dolu bu alanın, söz konusu dezavantajları olabildiğince asgariye indirecek önleyici tedbirler ve sahtekarlıklara karşı caydırıcı olabilecek ağır yaptırımlar içeren yasal düzenlemelere ihtiyacı bulunmaktadır. Ülkemizde elektronik ticaretle doğrudan ilgili, elektronik ticarete ilişkin ana ilkelerin düzenlendiği özel bir yasa olan; 23.10.2014 tarihli ve 6563 sayılı “*Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun*”, 05 Kasım 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış ve 01 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu Kanun, Avrupa Birliği yönergeleri gözönünde bulundurularak ve bilgi toplumu hizmetleri ile ilgili ortaya çıkan hukuki sorunların çözülmesi amacıyla, Türkiye’de yürürlüğe konulan birçok yasal düzenlemeden² biridir.

Bu çerçevede, “*Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik*”, 15 Temmuz 2015 tarihli ve 29417 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik ile elektronik iletişim araçlarıyla yapılan ticari iletişime dair bilgi verme yükümlülüklerine ve ticari elektronik iletilerde uyulması gereken hususlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmaktadır (TİTEİHY, m.1). Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan “*Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik*” de 26 Ağustos 2015 tarihli ve 29457 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmeliğin amacı, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret işlemlerinin

¹ Elektronik ticarete karşılaşılabilecek başlıca sorunlar hakkında bk. Kırcova, 242-243.

² Örneğin, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu.

yapıldığı ağ üzerinde bulundurmakla yükümlü oldukları genel bilgiler ile sözleşme öncesinde ve sipariş sürecinde alıcılara sunmaları gereken bilgilere ve elektronik ticaret ile ilgili diğer uygulamalara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (ETHSAHSHY, m.1).

1. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un kapsamı

Esasen, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile önceki 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikle, "ticari işletme" kavramı merkez bir kavram olarak düzenlenmek suretiyle elektronik ticareti de kapsayacak tarzda ifade edilmiştir. 6762 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasında bulunan, "bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen herhangi bir müesseseyi" şeklindeki cümle parçasının yerine "ticarî işletmeyi" terimi konulmuştur. Böylece, elektronik ticaret, fiziki ortamda gerçekleştirilen ticaret gibi Türk Ticaret Kanunu kapsamına alınmıştır.

Elektronik ticaret; işletmeden işletmeye (Business to Business; B2B), işletmeden nihai tüketiciye (Business to Consumer; B2C) olmak üzere başlıca iki şekilde gerçekleştirilebileceği gibi, tüketiciden işletmeye (Consumer to Business; C2B) ve tüketiciden tüketiciye (Consumer to Consumer) şeklinde de olabilir³. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da, elektronik ticaret, fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet, olarak tanımlanmaktadır (Kanun, m.2 (1), a). Elektronik ticarete ilişkin bu tanım aynen *Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik*'te de yer almaktadır (ETHSAHSHY, m.4 (1), e). Bu tanımdan "elektronik ticaret" kavramının;

- Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin,
- Elektronik ortam,
- İktisadi ve ticari her türlü faaliyet

unsurlarını içerdiği anlaşılmaktadır.

³ Deniz, 13.

Tarafların fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin yaptıkları, elektronik ticarete ilişkin sözleşmeler, genellikle hazır olmayanlar (gaipler) arasında yapılan, hukukî nitelikleri itibariyle “katılmalı (iltihakî)” ve “mesafeli” sözleşmelerdir⁴. Elektronik ticarete ilişkin bu sözleşmelere, hazır olmayanlar (gaipler) arasında yapılan⁵ ve katılmalı (iltihakî) sözleşme⁶ nitelikleri nedeniyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun, mesafeli sözleşme⁷ niteliğiyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un hükümleri uygulanacaktır. Elektronik ortamda yapılan hukuksal işlemlerde kullanılan elektronik imza hakkında 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu” ile ayrıntılı düzenleme yapılmış bulunmaktadır⁸. Elektronik ticaretin gelişmesi, ilgili mevzuat hükümlerinin gerektiği şekilde uygulanmasına bağlıdır⁹.

“Elektronik ortam”¹⁰, “Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik”te (ETHSAHSHY, m.4 (1), d; TİTEİHY, m.4 (1), f), verilerin sayısallaştırılarak depolanması, işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortam, olarak tanımlanmaktadır.

Elektronik ticaretin alt yapısını internetin oluşturmaları nedeniyle, “elektronik ortam” kavramı ile internetin, kapalı ve açık bilgisayar ağlarının aklı geldiğini belirten AKKURT, “elektronik ortamı”ın telefon, fax, elektronik fon transferi ve elektronik veri değişimi gibi olguları da ifade ettiğine değinmektedir¹¹. Nitekim, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’ un m.2 (1), c hükmüne göre; “Ticari elektronik ileti:

⁴ Akkurt, 30.

⁵ Akıntürk/Karaman, 28 vd.; Akkurt, 31-32; Eren, 262-263; Kılıçoğlu, 66; Oğuzman/Öz, 63 vd..

⁶ Akıntürk/Karaman, 47-51; Akkurt, 33-34; Eren, 214 vd..

⁷ Akkurt, 34-36.

⁸ Elektronik imza hakkında bk. Kılıçoğlu, 131-134.

⁹ Sampson, 102.

¹⁰ “Elektronik ortam kavramı geniş anlamda, verilerin sayısallaştırılarak aktarıldığı her türlü ortamı ifade etmekte, dar anlamda ise kapalı ve açık bilgisayar ağlarını özellikle interneti kapsamaktadır.” Akkurt, 42.

¹¹ Akkurt, 25-26.

Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri,” olarak tanımlanmakta (ayrıca bk. TİTEİHY, m.4 (1), m), “*Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik*”in Kapsam’la ilgili 2nci maddesinin (2)nci fıkrasında, bu Yönetmelik hükümlerinin, münhasıran elektronik posta, telefon araması, kısa mesaj veya elektronik ortamda doğrudan iletişime imkan veren benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmayacağı hükmünü içermektedir.

“Elektronik ticaret”, sadece ticari faaliyetlerle sınırlandırılmamış, iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti kapsar şekilde, geniş olarak tanımlanmıştır (Kanun, m.2 (1), a; ETHSAHSHY, m.4 (1), e; TİTEİHY, m.4 (1), g). “*Elektronik sözleşmeler vasıtasıyla bireylerin ve kurumların elektronik ortamda gerçekleştirebileceği ticarî faaliyetler (elektronik ticarete konu teşkil eden ilişkiler) “mal satışı”, “bilgi temini”, “dijital (elektronik) ürün temini” gibi hususlara ilişkin olabileceği gibi “hizmet sunumu (veya temini)”nu da konu edinebilir.*”¹²

“Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun” elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla hazırlanmış bir kanundur. Kanun, ticari iletişimi, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımları kapsamaktadır. Kanun kapsamındaki “Ticari iletişim”, mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirilen elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişimdir.

Böylece, Kanunun sadece mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirilen; yani Türk Ticaret Kanunu kapsamına giren elektronik ticaret faaliyetlerini düzenlemektedir, bu kapsamda olmayan faaliyetler Kanunun kapsamı dışındadır.

¹² Akkurt, 23.

II. “Hizmet sağlayıcı” ve “Aracı hizmet sağlayıcı” kavramları ve yükümlülükler

Kanunda ve Yönetmelikte, hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır (Kanun, m.2, ç; ETHSAHSHY, m.4 (1), g; TİTEİHY, m.4 (1), ğ).

Aracı hizmet sağlayıcı ise başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir (Kanun, m.2, d; ETHSAHSHY, m.4 (1), c; TİTEİHY, m.4 (1), b).

Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir (Kanun, m.9 (1)).

Kanunun 3¹³, 4¹⁴, 5¹⁵, 6¹⁶, 7¹⁷ ve 8 inci maddelerinde düzenlenen yükümlülüklerin aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenecektir (Kanun, m.9 (2)). Nitekim, bu konuyu düzenlemek üzere “*Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik*” hazırlanarak 26 Ağustos 2015 tarihli ve 29457 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

1. Bilgi verme yükümlülüğü

Hizmet sağlayıcı, elektronik iletişim araçlarıyla bir sözleşmenin yapılmasından önce;

¹³ Bilgi verme yükümlülüğü.

¹⁴ Siparişle ilgili yükümlülükler.

¹⁵ Ticari iletişime ilişkin esaslar.

¹⁶ Ticari elektronik ileti gönderme şartı.

¹⁷ Ticari Elektronik İletinin İçeriği

a) Alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgilerini,

b) Sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri,

c) Sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra, hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgileri,

ç) Veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgileri,

d) Uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına ilişkin bilgileri, sunar (Kanun, m.3 (1)).

Hizmet sağlayıcı, varsa mensubu olduğu meslek odası ile meslekle ilgili davranış kurallarını ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabilirliğini belirtir (Kanun, m.3 (2)).

Tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin aksini kararlaştırabilirler (Kanun, m.8 (3)).

Hizmet sağlayıcı, sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının alıcı tarafından saklanmasına imkan sağlar (Kanun, m.8 (4)).

Birinci ve ikinci fıkralar, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz (Kanun, m.3 (5)).

“Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik”te, hizmet sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünün ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir (ETHSAHSHY, m.5). Buna göre;

Hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce kendine ait elektronik ticaret ortamında aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurmakla yükümlü tutulmaktadır:

a) Tebligata elverişli KEP adresi, elektronik posta adresi ve telefon numarası ile varsa işletme adı veya tescilli marka adı.

b) Mensubu olduğu meslek odası ve varsa üyesi olduğu sektörel kuruluşlar ile meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler.

c) Tacir ise ayrıca ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi.

ç) Esnaf ise ayrıca adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi.

Tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, kendine ait elektronik ticaret ortamında adı ve soyadını veya unvanını, merkez adresini, tebligata elverişli KEP adresini, elektronik posta adresini ve telefon numarasını eksiksiz olarak bulundurur.

Hizmet sağlayıcı birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen bilgilerini, ağ üzerindeki ana sayfasında ve doğrudan ulaşılabilecek şekilde “iletişim” başlığı altında sunar.

Aracı hizmet sağlayıcı üzerinden satış yapan ve tacir veya esnaf olan hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce, aracı hizmet sağlayıcı tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Ticaret unvanı, işletme adı veya tescilli marka adı bilgilerinden en az biri.

b) Tebligata elverişli KEP adresi.

c) *Esnaflar için vergi kimlik numarası, tacirler için MERSİS numarası.*

ç) *Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğuna ilişkin bilgi.*

Aracı hizmet sağlayıcı üzerinden satış yapan ve tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, aracı hizmet sağlayıcı tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) *Adı ve soyadı.*

b) *İkametgâhının bulunduğu il.*

c) *Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğuna ilişkin bilgi.*

Bu Yönetmelik'te yer alan bilgilerdeki değişikliklere ilişkin güncellemeler, hizmet sağlayıcı tarafından değişikliğin gerçekleştiği gün yapılır.

Bu Yönetmelik'te yer alan bilgilerin doğruluğundan hizmet sağlayıcı sorumludur.

2. Sipariş

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la olduğu gibi, Yönetmelik'le de, aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcıya, siparişle ilişkin yükümlülükler getirilmiştir (Kanun, m.4; ETHSAHSHY, m.8).

Elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlerde geçerli esaslar şöyledir:

a) *Hizmet sağlayıcı, siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dâhil olmak*

üzere, sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlar (Kanun, m.4 (1), a). Yönetmelik’e göre, aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcının, “Ağ üzerinden verilen siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, vergi ve teslimat masrafları da dâhil olmak üzere alıcının ödeyeceği toplam bedelin ve sözleşmenin diğer şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini,” sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır (ETHSAHSHY, m.8 (1), b).

b) Hizmet sağlayıcı, alıcının siparişini aldığını gecikmeksizin elektronik iletişim araçlarıyla teyit eder (Kanun, m.4 (1), b). ETHSAHSHY, m.9 hükmüne göre;

“(1) Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı siparişi aldığını, işlemin yapıldığı ağ üzerinden ve ayrıca elektronik posta, kısa mesaj, telefon araması, faks gibi araçlardan en az biriyle gecikmeksizin alıcıya bildirir.

c) Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır (Kanun, m.4 (1); ETHSAHSHY, m.9 (2)).

Hizmet sağlayıcı, sipariş verilmeden önce alıcıya, veri giriş hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi için uygun, etkili ve erişilebilir teknik araçları sunar (Kanun, m.4 (2)).

Kanun’un 4üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile ikinci fıkrası, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz (Kanun, m.4 (4)).

Tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, sipariş ve siparişin alındığının teyidinin, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılacağına ve hizmet sağlayıcının, sipariş verilmeden önce alıcıya, veri giriş hatalarını belirleyebilmesi ve

düzeltebilmesi için uygun, etkili ve erişilebilir teknik araçları sunmasına ilişkin Kanun hükümlerinin aksini kararlaştırabilirler (Kanun, m.4 (3)).

Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı tarafından, elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirildiği ağ üzerinden doğrudan ulaşılabilecek şekilde ana sayfada “işlem rehberi” başlığı altında aşağıdaki bilgiler güncel olarak bulundurulur ETH-SAHSHY, m.7):

a) Sözleşmenin kurulabilmesi için mal ve hizmetin seçilmesi, teslimat ve ödeme bilgilerinin girilmesi ile siparişin onaylanması gibi gerekli aşamaları gösterir şekilde teknik adımlar.

b) Elektronik ticarete ilişkin sözleşmenin, elektronik ortamda saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra aynı ortamda erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgi.

c) Alıcının siparişi vermeden önce veri girişindeki hatalarını açık ve anlaşılır bir şekilde belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi amacıyla özet sipariş formu ile geri al ve değiştir gibi teknik araçların sunulacağına ilişkin bilgi.

ç) Elektronik ticaret işlemleri nedeniyle elde ettiği kişisel verilere ilişkin gizlilik kuralları.

d) Alıcıyla arasında uyuşmazlık çıkması halinde varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları.

(2) Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, tarafların diğer hukuki çözüm yollarına başvurma hakkına engel teşkil etmez.

III. Ticari elektronik iletiye ve ticari iletişime ilişkin esaslar

Ticari elektronik ileti; “Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hiz-

meti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri,” ifade etmektedir (Kanun, m.2 (1) c; TİTEİHY, m.4 (1), m). Kanun, elektronik ticarete sıkça kullanılan ticari elektronik iletişime ilişkin esasları ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

“Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik”in m.4 (1), n’de “Ticari iletişim: Alan adları ve elektronik posta adresi dışında, meslekî veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişim,” olarak tanımlanmaktadır.

Ticari iletişimde:

a) Ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgiler sunulmalıdır.

b) İndirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliği açıkça belirlenebilmeli, bunlara katılımın ve bunlardan faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılabilmeli ve bu şartlar açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmalıdır (Kanun, m.5).

1. Ticari elektronik ileti gönderme şartı

Ülkemizin istenmeyen elektronik postaların yayıldığı ülkelerin başında yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında kanun hazırlanırken Dünyada yapılmış yasal düzenlemeler araştırılmış ve değerlendirilmiştir. Dünyada, istek dışı haberleşme konusunda; alıcının ilk elektronik postadan sonra reddetme hakkı olarak tanımlanan “opt-out” ve ilk elektronik iletide dahi önceden izin alma şartını getiren “opt-in” olmak üzere iki farklı sistem bulunmaktadır. İlk sistem (“opt-out”) Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Uzak Doğuda, ikinci sistem (“opt-in”) Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin genelinde uygulanmaktadır. Ülkemizin Avrupa Birliği’ne üyelik süreci ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları gözönünde bulundurularak, istek dışı elektronik iletiler hakkında önceden izin alma (“opt-in”) siste-

mi benimsenmiş, istisnai olarak; esnaf ve tacirlerin ticari faaliyetlerine ilişkin haberleşme gereksinimleri gözönünde bulundurularak ilk elektronik iletiden sonra bunu almayı reddetme hakkı sağlayan sistem (“*opt-out*”) kabul edilmiştir¹⁸.

Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz (Kanun, m.6.(1)).

Esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik iletiler gönderilebilir (Kanun, m.6 (2)).

2.Ticari elektronik iletinin içeriği

Ticari elektronik iletinin içeriği, alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır (Kanun, m.7 (1)).

İletide, hizmet sağlayıcının tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgileri yer alır (Kanun, m.7 (2)).

İletide, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilir (Kanun, m.7 (3)).

3. Alıcının ticari elektronik iletiyi reddetme hakkı

Alıcılar diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin ticari elektronik iletileri almayı reddedebilir (Kanun, m.8 (1)).

¹⁸ Bk. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Genel Gerekçe.

Hizmet sağlayıcı ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlamakla ve gönderdiği iletide buna ilişkin gerekli bilgileri sunmakla yükümlüdür (Kanun, m.8 (2)).

Talebin ulaşmasını müteakip hizmet sağlayıcı üç iş günü içinde alıcıya elektronik ileti göndermeyi durdurur (Kanun, m.8 (3)).

IV. Kişisel verilerin korunması

Hizmet sağlayıcıları ve aracı hizmet sağlayıcıları, kişisel verileri ilgili kişinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletemez ve başka amaçlarla kullanamazlar (Kanun, m.10)¹⁹. Yönetmelikle, hüküm daha açıklayıcı hale getirilmiş bulunmaktadır. ETHSAHSHY, m. 10 (2) hükmüne göre; “Kişisel veriler, ilgili kişinin açık irade beyanını içerecek şekilde önceden alınan onayı olmaksızın üçüncü kişilerle paylaşılamaz, işlenemez ve başka amaçlarla kullanılamaz.”

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’a göre, hizmet sağlayıcılar ve aracı hizmet sağlayıcılar, Kanun çerçevesinde yapmış olduğu işlemler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin saklanması ve güvenliğinden sorumlu tutulmuşlardır (Kanun, m.10 (1), a). ETHSAHSHY, m. 10 (1) hükmü uyarınca, “Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, bu Yönetmelik çerçevesinde yaptığı işlemler ve sunduğu hizmetler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin, 23/2/2006 tarihli ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla muhafazasından ve hukuka aykırı olarak bunlara erişilmesini ve işlenmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasından sorumludur.”

Kişilik hakları saldırıya uğrayan bir kişi Türk Medeni Kanunu’nun 24üncü maddesi uyarınca, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir ve 25inci maddede düzenlenen hukuk davalarını açabilir. Elektronik ticarete de kişilik hakları saldırıya uğrayan bir kişinin bu hu-

¹⁹ Kişisel verilerin korunması hakkında bk. Akdemir, 21 vd.

kuki olanaklardan yararlanması mümkündür²⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 25inci maddesi uyarınca, kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Ayrıca, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunulabilir. Kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı da bulunmaktadır. Kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin bu davaları kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde açması mümkündür.

V. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yetkileri

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Kanunun uygulanması ve elektronik ticaretin gelişimiyle ilgili her türlü tedbiri almaya ve denetimi yapmaya yetkilidir (Kanun, m.11 (1); TİTEİHY, m.16).

Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, bu Kanun kapsamında Bakanlık yetkisine giren hususlarla ilgili olarak her türlü bilgi, belge ve defterleri istemeye, bunları incelemeye ve örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya yetkili olup ilgililer istenilen bilgi, belge ve defterler ile elektronik kayıtlarını, bunların örneklerini noksatsız ve gerçeğe uygun olarak vermek, yazılı ve sözlü bilgi taleplerini karşılamak ve her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdür (Kanun, m.11 (2); TİTEİHY, m.16 (2)).

Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, ticari elektronik iletileri gönderen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının abonelik bilgileri ile gerekli bilgi ve belgeleri ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden istemeye yetkilidir (TİTEİHY, m.16 (3)).

²⁰ Akdemir, 32-33.

VI. Yaptırımlar

Kanun’a göre idari para cezası verme yetkisi Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na aittir. Bu yetki, merkezde Bakanlığın ilgili genel müdürlüğüne, taşrada ise Bakanlığın il müdürlüklerine devredilebilir. (Kanun, m.12 (3); ETHSAHSHY, m. 15; TİTEİHY, m.17). Bu Kanunun;

a) 3 üncü maddesindeki yükümlülüklerle, 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki yükümlülüklerle, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına veya 7 nci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar,

b) 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki veya aynı maddenin ikinci fıkrasındaki, 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki veya 7 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından on bin Türk lirasına kadar,

c) 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki, 8 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara iki bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar,

ç) 11 inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere iki bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir (Kanun, m.12 (1)).

Bir defada birden fazla kimseye 6 ncı maddenin birinci fıkrasına aykırı olarak ileti gönderilmesi hâlinde, birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen idari para cezası on katına kadar artırılarak uygulanır (Kanun, m.12 (2)).

VII. Yönetmelikler

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesine İlişkin Kanun'a göre, Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler; Adalet Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ve Ekonomi Bakanlığı ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşleri alınarak Bakanlık tarafından hazırlanır (Kanun, m.13). Nitekim, çıkarılan yönetmeliklerle elektronik ticaretin ayrıntılı hükümlerle düzenlenerek yasal alt yapıya kavuşturulmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir.

VIII. Elektronik Haberleşme Kanunu'nun değiştirilen maddeleri

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 50 nci maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye bazı fıkralar eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir (Kanun, m.14). Şöyle ki;

İşletmeciler tarafından, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarla, önceden izinleri alınmaksızın otomatik arama makineleri, faksler, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla haberleşme yapılamaz. İşletmeciler, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarıyla siyasi propaganda içerikli haberleşme yapamazlar.

İşletmeciler tarafından, abone ve kullanıcıların iletişim bilgilerinin bir mal ya da hizmetin sağlanması sırasında, bu tür haberleşmenin yapılacağına dair bilgilendirilerek ve reddetme imkânı sağlanarak edinilmiş olması hâlinde, abone ve kullanıcılarla önceden izin alınmaksızın aynı veya benzer mal ya da hizmetlerle ilgili pazarlama, tanıtım, değişiklik ve bakım hizmetleri için haberleşme yapılabilir.

Abone ve kullanıcılara, bu tür haberleşme yapılmasını reddetme ve verdikleri izni geri alma hakkı kolay ve ücretsiz bir şekilde sağlanır.

IX. Onay alınarak oluşturulan veri tabanları

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, ticari elektronik ileti gönderilmesi amacıyla onay alınarak oluşturulmuş olan veri tabanları hakkında 6 ncı maddenin birinci fıkrası, yani; *“Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz.”*

hükmü uygulanmaz (Kanun, Geçici m. 1).

SONUÇ

Ülkemizde elektronik ticaretle ilgili olarak yapılmakta olan mevzuat çalışmaları ve uygulamanın bu mevzuatlara uygun olarak gerçekleştirilmesinin sağlanması sonucunda, elektronik ticaretin daha güvenle gelişeceği görülecektir.

Elektronik ticaretle ilgili mevzuat değerlendirildiğinde, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin faaliyete başlamadan önce ve faaliyetleri süresince kendilerine ait bilgileri elektronik ortamda bulundurmakla yükümlü oldukları, müşterinin hatalı olarak verdiği siparişi geri alabilme ve değiştirme olanağının bulunduğunu, müşterinin kişisel verilerinin; bu arada kredi kartı bilgilerinin koruma altına alındığı, elektronik ticaret faaliyetinde bulunanların (hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı) elektronik sözleşmeye ilişkin esasları *“işlem rehberi”* başlığı altında elektronik ticaretin gerçekleştirildiği ağ üzerinden doğrudan ulaşılabilecek şekilde ana sayfada güncel olarak bulundurma yükümlülüğü, siparişe ilişkin yükümlülükler, siparişin teyidi, şikayet konusu işlemlerde ispat yükümlülüğünün hizmet sağlayıcıya ve/veya aracı hizmet sağlayıcıya ait olması, şikayet başvurularının yapılmasına ilişkin esaslar ve denetim konularının ayrıntılı olarak düzenlenerek

elektronik ticaretin güvenli bir ortamda gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınmaya çalışıldığı tespit edilmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

AKDEMİR, Pınar, Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası, İstanbul 2014.

AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış, Onsekizinci Baskı, İstanbul 2012.

AKKURT, Sinan Sami, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1584/17170.pdf> (Erişim tarihi: 27.08.2015).

DENİZ, Recep Baki, İşletmeden Tüketicilere İnternette Pazarlama ve Türkiye'deki Boyutları, İstanbul 2001.

EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Genişletilmiş 18. Bası, Ankara 2014.

KIRCOVA, İbrahim, İnternette Pazarlama, İstanbul 2002.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel hükümler, Cilt – 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014.

SAMPSON, Geoffrey, Law For Computing Students, 2009.

STATUS ACTIVUS

▪ Prof. Dr. Zafer Gören*

Özet: Aktif statü, bireyin özgürlüğünü, devlet içinde ve devlet için kullandığı durumdur. Vatandaşlık hakları ile biçimlenir ve güvence altına alınır.

Demokratik devlet vatandaşı, sadece aktif statüde değil, negatif statüde de, gazete okuyucusu, yayımcı, dernek ve parti mensubu olarak, toplantı ve gösterilerde düşünceleri ile demokratik devlete katkıda bulunup onu şekillendirebildiğinden, negatif statünün temel haklarında da yorum sırasında, devletle olan demokratik fonksiyon ilişkisi göz önünde tutulmalıdır.

Temel haklar, özgürlükçü demokratik düzenin temel öğeleridir. Onlar sayesinde devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır. Böylece temel haklar bireyin, devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve devlet karşısında garantisi ile sınırlı kalmayıp, devlete bağlayıcı bir bağ, siyasal anlaşmanın temeli olarak görülmelidir.

Anahtar Kelimeler: Aktif statü hakları , siyasal haklar ve ödevler

Abstract: Status Activus, is the status of a person using his/her freedom inside the state and for the state. It is formed by and guaranteed under citizenship rights. The citizen of a Democratic State, not only in status activus but also in status negativus, since he/she with his/her thoughts could contribute towards and thus form the Democratic State in meetings and demos either as a newspaper reader, a publisher, or a member of a party or an organisation, in the fundamental rights of the negative status his/her democratic functional relationship with the State should be taken into consideration.

Fundamental Rights are the basic items of the libertarian democratic system. The State is approved by the majority of its citizens under the favour of Fundamental Rights. As such fundamental rights are not only limited to the individual's being semi-independent and guaranteed against the State but also they should be considered as a binding contract to the State and as the foundation of political consensus.

Keywords: Rights of Status Activus, Political Rights and Duties

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I) Genel Olarak

Birey ve devlet arasındaki ilişkide temel haklar, klasik fonksiyonlarına göre **Georg Jellinek**¹ tarafından:

- **Negatif statü** (devletten yana özgürlük);
- **Pozitif statü** (devletten pozitif edimlerde bulunulmasını isteme hakları);
- **Aktif statü** (vatandaşlık) hakları olarak ayırma tabi tutulmuştur. Burada statü her defasında bireyin devlet karşısında çeşitli temel haklarla garanti edilmiş olan bir durumunu anlatmaktadır.

Aktif statü, bireyin özgürlüğünü, devlet içinde ve devlet için kullandığı durumdur. Aktif statü, vatandaşlık hakları ile biçimlenir ve güvence altına alınır. Vatandaşlık haklarıyla bireye, Anayasada seçmen ya da temsilci olmak (Anayasa md. 67), kamu hizmetlerine girme (Anayasa md. 70); vatan hizmetini yerine getirmek (Anayasa md. 72); dilekçe hakkı (Anayasa md. 74) garanti edilmiştir.

Birey vatandaşlık haklarından faydalaniyorsa iki olay gerçekleşecektir;

- Bireyin özgürlüğü devlet hizmetine girecek;
- Aynı zamanda devlet, bireyin özgürlüğünü kullanabileceği bir alan haline gelecektir

Bireysel özgürlük ve devlet düzeni fonksiyonel açıdan birbirlerini kapsayacaklardır.

Ancak demokratik devlet vatandaşı, sadece aktif statüde değil, negatif statüde de, gazete okuyucusu, yayımcı, dernek ve parti mensubu

¹ Georg Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892, 2B. 1905, s. 87, 94 vd.

olarak ya da toplantı ve gösterilerde düşünceleri ile demokratik devlete katkıda bulunup onu şekillendirebildiğinden, negatif statünün temel haklarında da yorum sırasında, devletle olan demokratik fonksiyon ilişkisi göz önünde tutulmalıdır².

Devlet öncesi olup devlet tarafından sadece keşfedilip tanınan insan hakları ile devlet tarafından yaratılan temel haklar arasındaki ayırım önem taşımaktadır.

İnsan haklarının tanınması, Anayasa koyucunun belli hakları vermeme veya vermekten kaçınma konusunda yetkili olmadığı, onları yalnız açıklayıcı nitelikte tanıyabilmesinin kabulü anlamına gelmektedir.

Anayasa md. 12'deki, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu kuralına ve Anayasa md. 2' de Cumhuriyetin niteliklerinden sayılan insan haklarına saygılı devlet ilkesinin, Anayasa md. 4 uyarınca değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin önerilemeyeceği kurallarına egemen liberal anlayışa göre, temel haklar devletin etki olanakları karşısında, toplumsal özgürlük alanı anlamına gelmektedir. Buna göre temel haklar, devlet tarafından yaratılmış değillerdir, onun tanınmasına gereksinimleri yoktur ve onun tarafından kesinlikle ortadan kaldırılamazlar. Temelde bireye aittirler. Sadece yasa dışı baskılara değil, devlet yasalarının baskısına karşı da özgürlüğü güvence altına alırlar. devlet tarafından konulmuş kurallarla özgürlüğün koruma alanına bir müdahale girişimi hukuka aykırı yasalar, yani devlet yasa koyucusunun meşru olmayan hukuk kurallarını doğurur; Özgürlük ilke olarak sınırsızdır. devlet tedbirleri ise ilke olarak sınırlı ve ölçülebilir olmalıdır. İnsan devlet için değil, devlet insan için vardır.

Bununla beraber devlet üstü temel hakların devletin Anayasası içinde yer alması, zor ve kendi içinde neredeyse çelişkili görünmektedir. Çünkü bir temel hak Anayasada yer alır almaz, sanki onun artık yasanın

² Bodo Pieroth /Bernhard Schlink: *Grundrechte, Staatsrecht Schwerpunkte*, B. 3, C. II, Heidelberg, 1989, s. 22, KN. 81.

kaderine terk edildiği yanılışı doğabilmektedir. Bu düşünceye karşı, her zaman devlet üstü temel hakların varlığının, Anayasalarda ortaya konuluşlarından tümünden bağımsız olduğu ileri sürülmelidir. Devlet üstü temel haklar mutlaklıdır ve Anayasa metninde göreceleştirilemezler. Devlet üstü temel haklar (insan hakları) Anayasayı değiştiren yasa koyucu tarafından da ortadan kaldırılamaz. Bu sonuç onların niteliğinden ve pozitif hukuk açısından Anayasamızın 2'nci maddesi ile bağlantılı olarak 4'üncü maddesinden çıkarılmaktadır.

Anayasamızdaki devlet üstü özellikleri ve mutlaklıkları açık olan temel hakların başında, yaşam üzerindeki hak (md. 17 f. I) ve insan onurunun korunmasını isteme hakkı (Başlangıç prf. 6) gelmektedir.

Eşitlik ilkesi (md. 10), genel eylem özgürlüğü=kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (Başlangıç prf. 6; md. 17 f. I) bunlar içinde tanınmaması olanaksız ve önemli olanlardır. Din ve vicdan özgürlüğü (md.24), düşünceyi açıklama özgürlüğü (md.26), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (md.48) gibi bazı özgürlükler devlet üstü genel **eylem özgürlüğünün** (kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme temel hakkı) somutlaştırmalarını oluştururlar.

Devlet üstü temel hakların (insan hakları) karşısını, devlet tarafından yaratılmış temel haklar oluşturur. Onları Anayasaya koyup koymamak Anayasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle Anayasayı değiştiren yasa ile ortadan kaldırılabilirler. Bu gruba: vatandaşlık hakkı (md.66), kamu hizmetlerine girme hakkı (md.70),vatan hizmeti (md.72), dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (md.74), siyasi parti kurma hakkı, siyasi partilere girme ve siyasi partilerden ayrılma hakkı (Anayasa md. 68), seçme ve seçilme hakkı (md. 67) girer.

Devlet tarafından yaratılmış temel haklar, devletin yasa koyucusunun tasarrufunda olan ve içeriğini öncelikle devletin belirlediği haklardır³.

³ Theodor Maunz: *Deutsches Staatsrecht*, B.8, 1958, B.16, München, 1968, s. 89 vd., s. 120, 135; Krş. Schmidt-

Temel hakların çoğu birden çok amaca yöneliktir. Örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü, negatif statüye dahil edilmekle birlikte, seçimlerle ortaya konan **halkın siyasal iradesinin korunması**, onun daha derin bir anlamını ortaya koymaktadır. Bu nedenle kamusal düşünceyi açıklama özgürlüğü, aynı zamanda bir vatandaşlık hakkıdır (status activus).

Temel haklar, objektif içerikleri nedeniyle tamamlayıcı ve bütünleştirici bir etkiye sahiptirler⁴. Temel haklar, özgürlükçü demokratik düzenin temel öğeleridir.

Onlar sayesinde devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır.

Böylece temel haklar bireyin, devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve devlet karşısında garantisi ile sınırlı kalmayıp, devlete bağlayıcı bir bağ, **siyasal anlaşmanın temeli** olarak görülmelidir⁵.

Anayasal demokratik düzen, seçimlerle siyasal iradenin oluşumuna ve şekillenmesine doğrudan doğruya serbest ve eşit katılım; siyasal yöneticilerin legitemasyonu; azınlığın bir gün çoğunluk olma konusunda eşit şansa sahip olması; serbest ve açık bir siyasal sürecin garanti edilmesi ile oluşuyorsa, bu düzen geniş ölçüde temel hakların normlandırılması ile gerçekleşecektir.

Modern demokrasinin temel koşulları olarak serbest ve eşit seçimler ile siyasal yöneticilerin legitemasyonu, seçim hukuku ilkelerinin güvence altına alınmasına; kamu oyunun ve siyasal iradenin oluşumu, düşünce, toplantı ve sözleşme özgürlüğüne dayanır.

Bleibtreu-Franz Klein: *Kommentar zum Grundgesetz*, B.4, B.5, Bonn-Neuwied-Darmstadt, 1977, 1980, Vorb. vor.

Art. 1. s. 128, KN. 15.

⁴ Rudolf Smend: *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, s. 119 vd.

⁵ Rudolf Smend : *Bürger und Bourgeoisim deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933, s. 30 vd. 313 vd.

Aynı şekilde siyasal süreç özgürlüğü, Anayasa md. 25, 26, 33, 34 ‘te güvence altına alınan temel hak normları ile mümkün kılınmış ve garantilenmiştir.

Anayasanın demokrasisi, her şeyden önce siyasal birlik oluşumu ve devlet etkinliği sürecinin objektif düzen ögesi olarak, temel hak fonksiyonuna dayanmaktadır.

II. İnsan Hakları –Vatandaş Hakları

Temel haklar, **temel hak taşıyıcısına göre**, insan hakları (**herkesin hakları**) ve vatandaş hakları (Türklerin hakları) olarak tipleştirilebilir. Temel hakların herkes ya da sadece Türkler için geçerli olduğu, Anayasadaki temel hakka ilişkin madde metninden anlaşılabılır. İnsan hakları, hak sahipliği için, kişisel açıdan hiç bir özel sınırlama öngörülme-yen yani tüm insanlara ait olan haklar olarak anlaşılmaktadır.

Bu tür temel hakların taşıyıcısı Anayasamızda : “Herkes” (Anayasa md. 12, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34, 35, 36, 40, 48, 49, 56, 60, 73); “hiç kimse” veya “kimse “ (Anayasa md. 18, 21, 37, 38, 42, 50) sözcükleriyle ifade edilmektedir.

Vatandaş hakları olarak sadece Türklere ait olan haklar anlaşılmaktadır. (Örneğin Anayasa md.66, md.67, md.68, md.70, md.72, md.74’te güvence altına alınan haklar).

Türk vatandaşı, Anayasa md. 66 f. I anlamında Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişidir. Bireyin devlet içindeki bir vatandaş olarak hakları, yani “vatandaş hakları” devlet üstü haklar olmayıp, doğaları gereği, vatandaşın sadece devlet içinde kullanabileceği haklarıdır.

İnsan hakları ve vatandaş hakları ayırımından, yabancıların sadece insan haklarına ilişkin olarak temel hak sahibi oldukları sonucu çıkmaktadır.

Anayasa md. 16' ya göre “temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.”

Maddenin gerekçesinde, ülkede bulunan yabancıların hak ve özgürlüklerinin gereken durumlarda vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabilmesinin ve bir yabancıнын ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün vatandaşlarınkinden farklı olmasının olağan olduğu, bu farklılığın kendisini özellikle siyasal haklar konusunda gösterdiği, ancak vatandaş ve yabancı arasında yapılan bu ayırımın uluslararası hukuka uygun olması gerektiği belirtilmektedir⁶. Anayasa Mahkememizin de bir kararında:

“Anayasanın bu maddesi ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin gerektiğinde vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceği ilkesi getirilmiştir” ifadesine yer verilmiştir.

Temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamalar ancak yasa ile yapılmalı ve sınırlama uluslararası hukuka uygun olmalıdır.

Uluslararası hukuka uygunluk burada temel hakları sınırlamanın sınırını oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk; devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalar, uluslararası teamüller (örf ve adet), uygar uluslarca kabul edilen ve temel hukuk ilkelerinden olan iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan bilimsel ve yargısal içtihatlardır⁷.

⁶ İsmet Polatcan: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, İstanbul, 1989, s. 89.

⁷ Anayasa Mahkemesinin 16.3.1985 tarihli ve E.1984/14, K. 1985/7 sayılı kararı (AMKD, S. 21 s. 153 vd. (RG 24.8.1985-18852)).

III) Siyasal Haklar

1) Vatandaşlık Hakkı

1876 Anayasası md. 8, Osmanlı Devleti tabiiyetinde bulunan herkesin hangi din ve mezhepten olursa olsun istisnasız Osmanlı diye adlandırılacağı kuralını içeriyordu.

1924 Anayasasının 88’inci maddesinde ise: “Türkiye ahalisine, din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık bakımından “Türk” denir.” kuralı yer alıyordu.

1961 (md. 54) ve 1982 (md. 66) Anayasaları ise “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.” kurallarını koymuşlardır.

Siyasal haklardan seçme, seçilme, siyasi parti kurma, bunlara üye olma, kamu hizmetlerine girme, vatan hizmeti, dilekçe hakkı gibi hakların kullanılmasının ön koşulu, vatandaş olmak olduğu için vatandaşlık hakkı siyasal hakların kaynağını oluşturmaktadır⁸.

Vatandaşlık hakkı, ayrıcalıklı bir hak niteliğine sahiptir. Bu durum İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 15’te belirgin kılınmıştır:

“1. Herkesin bir vatandaşlık hakkı vardır;

2. Hiç kimse vatandaşlığından ya da vatandaşlığını değiştirme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.”

Tarihlerinde baskı yönetimleri yaşamış olan ülkeler daha sonra hazırladıkları Anayasalarında bu dönemlere bir tepki olarak vatandaşlık hakkı konusunda oldukça titiz davranmışlardır. 1949 tarihli F. Almanya

⁸ İzgi Ömer-Gören Zafer: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu”, Ankara 2002, C. I, s.664.

Anayasası md. 16'ya göre: "Alman vatandaşlığı geri alınamaz. Vatandaşlığın kaybı, ilgilinin isteğine aykırı olarak ancak kanuna dayanılarak ve bu yüzden ilgilinin vatansız kalmaması koşulu ile mümkündür." 1967 tarihli İtalya Anayasasının 22'inci maddesinde de hiç kimsenin vatandaşlıktan siyasal gerekçelerle yoksun kılınamayacağı" kuralı yer almaktadır.

1961 Anayasasının 54'üncü maddesinin IV'üncü ve 1982 Anayasasının 66'ıncı maddesinin IV' üncü fıkralarında "Hiç bir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz" kuralı yer almaktadır.

Vatandaşlığın kazanılması için kan esası (ius sanguinis) geçerlidir. 1924 Anayasası madde 88 f. II'de belli durumlarda öngörülen toprak esası (ius soli), 1961 ve 1982 Anayasalarına alınmamıştır.

1961 Anayasasının 54'üncü maddesi "vatandaşlık" başlığını taşıyordu. 1982 Anayasasının 66'ncı maddesinde madde başlığı olarak "Türk vatandaşlığı" deyimini kullanılmıştır.

Maddenin gerekçesinde: "Vatandaşlık önemli bir bağıdır. Bu bağın önemini ve niteliğini belirtme bakımından maddenin başlığı olan 1961 Anayasasındaki 54'üncü maddenin 'vatandaşlık' başlığı, 'Türk vatandaşlığı' haline getirilmiştir. Bu suretle vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes deyiminden, 'Türk vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes Türk vatandaşdır' denmek istenmiştir. Bu şekilde vatandaşlık bağının, Türklüğü kazandırmada, daha kuvvetli bir bağ olduğu vurgulanmak istenmiştir." açıklamalarına yer verilmiştir.

1961 Anayasasında olduğu gibi "benimsenen kan esasına göre Türk babanın veya ananın çocuğunun Türk olduğu" ilkesi korunmuştur.

1982 Anayasasının 66'ncı maddesinde 3.10.2001 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikten önce Türk ananın, Türk babadan olan çocukları ile evlilik dışında herhalde doğan çocukları Türk olmasına karşın, ya-

bancı babadan ve Türk anadan evlilik içinde doğan çocuğun vatandaşlığı kanuna bırakılmıştı.

66'ncı maddenin II' inci fıkrasının ilk şeklinde son tümce olarak yer alan: "Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir", ibaresi 3.10.2001 değişikliği ile madde metninden çıkarılmıştır (Değişik: 3.10.2001-4709/23 md.).

İlga edilen cümleye göre, Türk babanın yabancı uyruklu bir kadınla olan evliliğinden doğan çocuk, Türk vatandaşlığına sahip olurken, Türk annenin yabancı uyruklu bir erkekle evlenmesinden doğan çocuğun Türk vatandaşlığına sahip olması, bu konunun kanunla düzenlenmiş olması koşuluna bağlanmıştı.

Eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluşturan bu durum böylece Anayasa düzeyinde değiştirilmiştir.

Zaten Türk Vatandaşlık Kanununda 1981 yılında yapılan değişiklikte bu eşitsizlik yasa düzeyinde giderilmiş bulunmaktaydı (13.02.1981 tarihli, 2383 sayılı Kanun: 172547 sayılı, 17.02.1981 tarihli RG).

Artık ana babanın farklı vatandaşlığa sahip olduğu bir evlilikten doğan çocuğun Türk vatandaşlığına sahip olması için ana babadan birinin Türk vatandaşı olması yeterlidir (AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol madde 5; AİHS'ye Ek 12 No'lu Protokol md.1)⁹.

29.05.2009 tarihli 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 7'inci maddesine göre:

"(1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

⁹ İzgi Ömer-Gören Zafer: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu", Ankara 2002 C. I, s. 667.

(2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.”

Anayasanın 66’ncı maddesinin III’üncü fıkrasında: “Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir” (1961 Anayasası md. 54 f.III) kuralı yer almaktadır. 66’ncı maddenin gerekçesinde: “Bu esaslar göz önünde bulundurularak Türk vatandaşlığını kazanma ve kaybetme şartları kanuna bırakılmıştır.” denilmektedir.

Türk vatandaşlarının vatandaşlıktan çıkarılması 1961 Anayasasında olduğu gibi “vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem” koşuluna bağlanmıştır. Maddenin III’ üncü fıkrasında sözü edilen kanun, 29. 5. 2009 tarihli 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’dur (RG 12.6.2009 tarihli, 27256 sayılı).

Türk vatandaşlığından çıkarılmaya karşı korunma, iki şekilde anayasal güvence altına alınmıştır:

a) Vatandaşlıktan çıkarma yalnız vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunma halinde mümkündür. (1982 Anayasası md. 66 f.IV; 1961 Anayasası md. 54 f. IV)

(1961 Anayasasının gerekçesine göre, yabancı ülkelerde Türk hükümetini eleştiren makaleler yayımlanması ya da uzun yıllar Türk konsoloslüğünde bildirimde bulunulmaması bu tür eylemlerden sayılmaz); b) Maddenin V’ inci fıkrasında öngörülen vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolunun kapatılması yasağı (1982 Anayasası md. 66 f.V; 1961 Anayasası md.54 f.V).

1961 Anayasasının 114'üncü ve 1982 Anayasasının 125'inci maddelerinin varlığı karşısında bu kural gereksiz görünmekle birlikte 1961 Anayasasının bu fıkraya ilişkin gerekçesinde kuralın konulmasının nedeni “vatandaşlıktan çıkarılma ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin yargı yolunun güvence altına alınmasının sağlanması” olarak gösterilmiştir¹⁰.

2) Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakları

Seçme ve seçilme hakkının vatandaşlar için anayasa-hukuksal güvence altına alınması, temsili demokrasinin gerçekleşmesi için zorunlu bir koşuldur.

Seçmen ve temsilci olabilmenin koşulları ve seçim yöntemleri konusunda ayrıntılı düzenlemeler basit yasa koyucuya bırakılmış olmakla birlikte Anayasa md. 67 f. II'de yer alan ilkeler dışında, Anayasanın 75'inci-79'uncu maddeleri bu konuya ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.

Anayasanın 127'inci maddesine göre yerel yönetimlerin seçimleri de, md. 67'deki esaslara göre yapılır (md. 127 f. III).

1982 Anayasasının 67'inci maddesi 1961 Anayasasının 55'inci maddesini karşılamaktadır. 1982 Anayasası hazırlanırken maddenin başlığı, 1961 Anayasasındaki 55'inci maddenin başlığı gibi “seçme seçilme hakkı” olarak değil, “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” olarak düşünülmüştür. Maddenin gerekçesinde:

“1961 Anayasasının siyasi haklarla ilgili maddelerinde vatandaşın asıl hakkı olan siyasi faaliyette bulunma ancak seçme, seçilme, siyasi partiye girme ve çıkma ve bu bölümde sayılıp düzenlenen maddelerde

¹⁰ Ernst Eduard Hirsch: *Die Staatsverfassungen der Welt, Die Verfassung der türkischen Republik*, C. 7., Türkei, Frankfurt am Main-Berlin, 1966, s. 122 vd.; Türk Vatandaşlık Kanununda yer alan vatandaşlıktan çıkarılma nedenlerinin eleştirisi için Bkz. Ayrıca: Christian Rumpf: *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s. 122.

gösterilenler olarak görülmekte idi. Halbuki vatandaşın asıl hakkı tek başına veya bir siyasi partide siyasi faaliyette bulunmadır.

1961'in düzenleme tarzı vatandaş sanki tek başına siyasi faaliyette bulunma hakkına sahip değilmiş intibasını uyandırmakta idi. Bu nedenle siyasi partilerde siyasi faaliyete katılanlarla tek başına siyasi faaliyette bulunanlar arasında, tek başına olanlar aleyhine farklar yaratılmakta idi. 67'inci maddede, seçme ve seçilme yanında, vatandaşın tek başına veya bir siyasi partide siyasi faaliyette bulunması da yer almıştır" açıklamaları yapılmıştır.

Seçme, seçilme hakkı ile ilgili olarak 1961 Anayasasının 55'inci maddesinin II'nci fıkrasında yer alan seçim ilkeleri aynen korunmuştur. 1961 Anayasasının 55'inci maddesinden fazla olarak 1982 Anayasasında 79'uncu maddede yer alan yargı güvencesi, 67'inci maddesinin II'inci fıkrasında 1'inci cümlede genel bir ilke halinde kabul edilmiştir.

1924 Anayasasının ilk şeklinde, seçmen yaşı, on sekiz yaşın tamamlanması olarak belirlenmişken (md.10), 1934 tarihli Anayasa değişikliği ile (5.12.1934/2599) 10'uncu maddede: "Milletvekili seçmek, yirmi iki yaşını bitiren kadın, erkek her Türkün hakkıdır." kuralı yer almıştır. 1961 Anayasası seçmen yaşına yer vermemiştir. 1982 Anayasası ilk şeklinde seçmen yaşını 21 olarak belirlemiş, 17.5.1987 tarihinde 3361 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği (Değişik 17.5.1987 – 3361/1 md.) ile seçmen yaşı 20 'ye indirilmiştir.

Değişiklik gerekçesinde¹¹:

Bu değişikliğin ülkenin sosyal durumu nedeniyle uygun görüldüğü, bazı duraksamaları gidermek amacıyla 19 yaşını bitiren ve 20 yaşına giren her Türk vatandaşının seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahip olduğunun belirlendiği, 20 yaşına girenlerin ay ve günlerinin aranmasına ve hesaba katılmasına gerek görülmediği belirtilmektedir.

¹¹ TBMM Tutanak Dergisi, D. 17, Yıl: 4, Sayı: 564.

23.7.1995 tarihli Anayasa değişikliği (23.7.1995 – 4121/5 md.) ile, on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahip kılınmıştır.

Milletvekili seçilebilmek için 76'ncı maddenin 1'inci fıkrasının ilk şeklinde otuz yaşın doldurulmuş olması gerekli iken, 2006 tarihli değişiklikle (Değişik: 13.10.2006-5551/1 md.) yirmi beş yaşını dolduran her Türk, milletvekili seçilebilmektedir.

a) Koruma Alanı

Aktif seçim hakkı (seçmen olabilme hakkı) ve **pasif seçim hakkı** (seçilebilme, aday olabilme hakkı)nın koruma alanı, aday listelerinin hazırlanmasından, milletvekilliği sandalyelerinin dağıtılmasına kadar bütün seçim sürecini kapsar.

Anayasa md.67 f. II 'ye göre: "Seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır."

•**Genel oy**, seçme ve seçilme yeterliliği bakımından bütün vatandaşların eşitliği anlamına gelmektedir. Dayanağını genel eşitlik ilkesinde bulur. Genel oy ya da seçimin genelliği ilkesi, cinsiyet, ırk, gelir, servet durumu, öğrenim durumu nedeniyle seçme seçilme hakkından yoksun bırakılmayı yasaklamaktadır. Her vatandaş seçme-seçilme hakkına sahip olmalıdır. F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, genel seçim hakkının sınırlamalarına sadece zorlayıcı bir nedenin bulunması halinde izin verilmiştir¹². Vatandaşlık, yaş durumu, kısıtlılık, kamu hizmetlerinden yasaklılık gibi durumlar bu tür meşru sınırlamalara örnek oluşturur (26 Nisan 1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun md. 8).

Seçilme hakkı bakımından sınırlamalar Anayasa md.76'da belirlenmiştir.

¹² BVerfGE 36, 139, 141.

• **Seçimin eşitliği ilkesi**, genel eşitlik ilkesinin bir uygulama halidir. Oy hakkına değil, oyun değerine ilişkindir. Seçimin eşitliği, seçme hakkı bakımından, eşit sayım değeri (one man, one vote); her verilen oyun (seçim sistemi izin verdiği ölçüde), seçim sonucu üzerinde ve milletvekilliklerinin dağılımında eşit etkiye sahip olması, kullanılan oyların parlamento sandalyelerine dönüştürülmesinde, her oyun dikkate alınması (eşit sonuç değeri); seçilme hakkı bakımından, tüm adaylar için şans eşitliği anlamına gelmektedir.

Ancak seçmenlik sıfatını kazanmış olsalar bile içinde bulundukları durum nedeniyle seçim günü oy veremeyecek olan kişiler de bulunmaktadır. 1982 Anayasası (md.67 f.V) görevle ilgili kısıtlama olarak, silah altında bulunan erlere, erbaşlara ve askeri öğrencilere oy hakkı tanımamıştır. Taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler de oy kullanamazlar (Değişik: 23.7.1995-4121/5 md.; 3.10.2001-4709/24 md.). Maddenin ilk şeklinde tevkif evlerinde bulunan tutuklular da oy hakkını kullanamıyordu.

• **Gizli oy ve açık sayım - döküm yöntemleri** ise seçimin dürüstlüğü ilkesini sağlama amacını taşımaktadır. Bu ilkeler de seçim işlerinin yargı denetimi altında yapılmasıyla gerçekleştirilebilir.

• **Seçimin tek dereceli ya da doğrudan oluşu**, seçmenlerin temsilcilerini aracısız doğrudan doğruya seçmeleri demektir.

Seçimin genel ve doğrudan doğruya olması durumunda gerçekten demokratik bir seçim mekanizmasının varlığından söz edilebilir¹³.

İki dereceli seçimle yıkıcı olabilen kamu oyu hareketlerinin frenlenmesi amaçlanabilir. Örneğin Fransa’da iki dereceli seçimle gelen Senato “Meclisin oynaklığına karşı bir fren” görevi üstlenmesi için öngörülmüştür. ABD’lerinde de Başkan, her Federe Devletten seçilen delegeler (ikinci seçmenler) tarafından seçilmektedir¹⁴.

¹³ Erdoğan Teziç: *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2003, s. 247.

¹⁴ Erdoğan Teziç: *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2003, s. 247.

Türkiye’de de 1946 yılına kadar uygulanan iki dereceli seçim tek dereceli seçime oranla daha az demokratiktir. İki dereceli seçim genel oya ve tek dereceli seçime karşı bir direnme olarak değerlendirilmektedir.

Ancak çekimserliği arttırıcı oluşu, iki dereceli seçimin sakıncasını oluşturmaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, eğer seçmen son sözü söyleyebiliyorsa ancak o zaman sözü belirleyici olur. Bu da tek dereceli seçimle sağlanabilir¹⁵.

• **Seçimin serbestliği**, objektif olarak, farklı eğilimde birden çok adayın seçmenin tercihinine sunulması anlamına gelir. Sübjektif olarak, seçmenlerin ve adayların üzerinde seçimden önce, seçim sırasında ve seçim sonrasında baskı ya da hukuka aykırı bir etkinin bulunmaması demektir.

• Seçime katılmama hakkını da içeren **oyun serbestliği**, oy kullanmanın bir görev olarak kabulünü gayri meşru kılar¹⁶. Zorunlu oy sistemini öngören düzenlemeler bu nedenle seçimlerin serbestliği ilkesi ile bağdaştırılamaz. 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı yasa ile Anayasanın 175’inci maddesine getirilen 8’inci fıkra, halk oylamasına ve seçimlere katılımın sağlanması için kanunla para cezası dahil gerekli her türlü önlemin alınacağına ilişkin bir kural içermektedir. Bu kural zorunlu oyu bir Anayasa kuralı haline getirmiştir. Böylece zorunlu oyun seçimin serbestliği ilkesine aykırı olup olmadığını denetleme yolu da kapanmış olmaktadır¹⁷.

¹⁵ BVerfGE 7, 63 (68).

¹⁶ Walter Maier: *Staats-und Verfassungsrechts*, C.I, B.3, Achim, 1993, s.262 vd.; Ingo von Münch: *Grundgesetz-Kommentar*, C. I, II, B.3, München, 1985, Art.38, KN 30.

¹⁷ Erdoğan Teziç: *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.250; Bkz. E. 22.5.1987 tarihli , E.1986/17, K.

1987/11 sayılı karar , AMKD S.23, s. 231.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, seçimin serbest oluşu, oy kullanma işlemini her türlü zorlamadan ve meşru olmayan baskıdan arındırmış olmalıdır¹⁸. İçerdiği irade serbest olduğu ve yaptırımlara bağlanmadığı sürece oyun kullanılması, etkili bir şekilde korunmuş olur.

b) Müdahaleler

- Seçim işlemine ve seçim sonucuna adayların iradesi dışında yabancı bir irade dahil olduğunda dolaylı bir seçim söz konusu olur.

- Oy vermenin ya da seçme işleminin bir görev olarak nitelendirilmesinin Anayasa hukuksal meşruluğu tartışmalıdır.

Öğretide oy kullanmanın bir görev olarak kabulü, seçimin serbestliğine bir müdahale olarak nitelendirilmektedir (**oy kullanıp kullanmama konusunda baskı**)¹⁹.

Bir partinin ya da adayın diğerlerine tercih edilmesi amacıyla yapılan baskı da yine oyun serbestliğini zedeleyici bir müdahaledir (**kullanılan oyun içeriği üzerinde baskı**)²⁰.

- F. Almanya İdare Mahkemesine göre, bir kimsenin oyunu nasıl kullanmak istediği, nasıl kullanmakta olduğu ya da nasıl kullanmış olduğunu açıklamaya mecbur tutulması da oyun gizliliği ilkesine bir müdahaledir. Örneğin: bir mahkemenin kişiden kanıt olarak kullanma amacıyla, kullanmış olduğu oyun içeriğini açıklamasını istemesi bu tür bir müdahale oluşturur²¹.

¹⁸ BVerfGE 44, 125 (139).

¹⁹ Hans Uwe Erichsen : „Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes“ (Jura 1983, s.635); Ingo von Münch: *Grundgesetz- Kommentar*, C. I, B. 3, München, 1985, C. II; III; 2.B., Art. 38 KN. 30.

²⁰ Bodo Pieroth -Bernhard Schlink B: *Grundrechte, Staatsrecht, Schwerpunkte*, B.3, C.II, Heidelberg, 1986, s.269.

²¹ BVerwGE 49, 75 (75). BGH, JZ 1981, 103.

3) Siyasi Parti Özgürlüğü

a) Koruma Alanı

Siyasi parti özgürlüğü öncelikle siyasi partilerin kurulmasının serbest olmasını şart koşar. Kuruluş özgürlüğü, ismin seçimi, parti programlarının belirlenmesi ve siyasi partiye uygun faaliyet olanağını kapsamaktadır.

Parti özgürlüğü aynı zamanda siyasi partilerin şans eşitliği ilkesi ile şekillenen (örneğin TV de yayın saatlerinden faydalanma konusunda) bir faaliyet özgürlüğünü şart koşar.

Temsili ve parlamenter bir demokrasinin temel koşulu, siyasal partilerin kuruluş ve faaliyet özgürlüğüne ve vatandaşların siyasi partilere girip çıkma hakkına sahip olmalarıdır.

Anayasa md.68 f. I' e göre:

“Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir.”

Maddenin ilk metnine göre, parti üyesi olabilmek için yirmi bir yaşını doldurmuş olmak arandığı halde, 4121 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu parti üyesi olabilmek için on sekiz yaşın doldurulmuş olması yeterli görülmektedir (Değişik: 23.7.1995-4121/6 md.).

Maddenin III' üncü fıkrasına göre: “Siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler.”

II' inci fıkra göre: “Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.”

4121 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu 68’inci maddeye son bir fıkra eklenmiştir:

“Siyasi partilere Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.”

b) Sınırlamalar

Anayasanın 68’inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olmalarına ve önceden izin almadan kurulup Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürmelerine karşın bu özgürlük, Anayasanın kendisi tarafından sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Md. 68 f. IV’e göre (Değişik: 23.7.1995-4121/7 md): “Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

69’ uncu maddenin V’inci fıkrasına göre: «Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68’ inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.”

6216 sayılı, 30.03.2011 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 52(1) maddesine göre: “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan dava üzerine Mahkeme, bir siyasi partinin Anayasanın 69’uncu maddesinde sayılan hallerde ötürü kapatılmasına veya dava konusu fiillerin ağırlığına göre devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına, toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu ile karar verebilir.”

Kanunun 52(2) maddesine göre: “Siyasi partilerin kapatılmasına

ilişkin davalar, 5271 sayılı Kanunun davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden Genel Kurulca incelenir ve kesin karara bağlanır.”

Kanunun 52(3) inci maddesine göre: “Başkanın görevlendiği raporör ilk inceleme raporunu hazırlayarak Başkanlığa sunar. Yapılacak ilk inceleme sonrasında iddianamenin kabulüne karar verilmesi halinde, iddianame ve ekleri ilgili siyasi partiye gönderilerek, usul ve esasa ilişkin savunmaları alınır. Davalı partinin yazılı savunma vermesi halinde, bu savunma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi Partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin sözlü savunması dinlenir. Hakkında siyasi yasaklılık istenenler iddialarla ilgili savunmalarını yazılı olarak sunabilirler.”

Kanunun 52(4)’üncü maddesine göre:” Genel Kurul, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek için ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırabilir.”

Kanunun 52(5)’inci maddesine göre: ”Siyasi parti kapatma davası sonucunda verilen karar, Yargıtay cumhuriyet başsavcısı ile ilgili siyasi partiye tebliğ edilir ve resmi gazetede yayımlanır.”

Anayasanın 69’uncu maddenin VI’ncı fıkrasına göre: “Bir siyasi partinin 68’ inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir.” (Ek Cümle: 3.10.2001-4709/25 md.)

3.10.2001 tarihli değişiklikten (4709/25 md.) önce 69’ uncu maddenin VI’ncı fıkrasında odak (mihrak) haline gelmekten ne anlaşılması gerektiği Anayasa metninde açıklanmamış bunun takdiri Anayasa Mahkemesine bırakılmıştı.

2820 sayılı 22.4.1983 tarihli Siyasi Partiler Kanunu'nun, "Bir siyasi partinin yasak eylemlere odak olması hali" başlıklı 103'üncü maddesi (Değişik 12.8.1999, 4445) ise odak olmanın ne anlama geldiğini açıkça düzenlemiş bulunmaktaydı.

Siyasi Partiler Kanunu md. 103'e göre: "Bir siyasi partinin, Anayasanın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne aykırı eylemlerin odak halini oluşturup oluşturmadığı hususu Anayasa Mahkemesince belirlenir.

Bir siyasi parti; birinci fıkra yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır".

3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile 69'uncu maddenin VI. fıkrasına aşağıdaki ek cümle getirilmiştir. (Ek Cümle: 3.10.2001-4709/25 md.): "Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır".

Anayasanın 69'uncu maddesinin X' uncu fıkrasına göre: "Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır."

3.10.2001 tarihli değişiklik kapsamında maddenin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir” (Değişik: 3.10.2001-4709/25 md.).

Anayasa md.149 f.II’ye göre, siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara Genel Kurulca bakılır (Değişik:12/9/2010-5982/19).

Anayasa Mahkemesindeki süreci düzenleyen 149’uncu maddede 3.10.2001 değişikliğiyle, siyasi parti davalarında kapatılmaya karar verilebilmesi için beşte üç oy çokluğu şart kılınmış iken (Değişik: 3.10.2001-4709/33 md.); 12.9.2010 değişikliği ile :“siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.” kuralı getirilmiştir (md. 149 f. III: Değişik 12.9.2010- 5982/19 md.; 6216 s.K. md.52 f.I).

69’uncu maddeye 3.10. 2001 değişikliği ile, VII’ inci fıkra olarak getirilen yeni kuralla da, parti kapatmaya göre daha ılımlı bir yaptırım öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece dava konusu fiillerin ağırlığı, siyasi partiyi fiillerin odağı haline getirmeğe yetmiyorsa, yani fiillerin odaklaşma niteliği şüpheli görünüyorsa, bu eylemlere karşı daha ılımlı bir yaptırım uygulanması konusunda Anayasa Mahkemesine yetki verilmektedir. “Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir” (Ek:3.10.2001-4709/25 md.)²².

Yukarıda belirtilen Anayasa değişiklikleri ile Anayasa koyucu siyasi parti kapatma yaptırımını Anayasada korumakla birlikte, bu yaptırımı zayıflatacak önlemler almaya çalışmaktadır.

²² İzgi Ömer-Gören Zafer: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu”, Ankara 2002, C. I, s.734.

68’inci maddenin V’inci fıkrasında siyasi partilere üyelik konusunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre:

“Hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.”

68. maddenin VI’inci fıkrasına göre:

“Yükseköğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları ancak kanunla düzenlenebilir. Kanun bu elemanların, siyasi partilerin merkez organları dışında kalan parti görevi almalarına cevaz veremez ve parti üyesi yüksek öğretim elemanlarının yüksek öğretim kurumlarında uyacakları esasları belirler.”

68. maddenin VII’inci fıkrasına göre: “Yükseköğretim öğrencilerinin siyasi partilere üye olabilmelerine ilişkin esaslar kanunla düzenlenir”.

68’inci maddenin ilk şeklinde yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları ile öğrenciler için siyasi partilere girme yasağı öngörülmüştü.

Milli Güvenlik Konseyi tarafından Danışma Meclisinin hazırladığı metne eklenmiş olan ve ilk metinde yer alan: “Siyasi partiler, yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar” (md.68 f.VI) kuralı 4121 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile metinden çıkarılmıştır. (Değişik: 23.7.1995-4121/6 md.) 101’inci maddenin son fıkrası gereğince, Cumhurbaşkanının da siyasi parti üyesi olması mümkün değildir.

III. Temel Hakların Demokratik Fonksiyonu

Temel hakların çoğu birden çok amaca yöneliktir. Örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü, negatif statü haklarına dahil edilmekle birlikte seçimlerle ortaya konan halkın siyasal iradesinin korunması, onun daha derin bir anlamını ortaya koymaktadır. Bu nedenle kamusal düşüncüyü açıklama özgürlüğü, aynı zamanda bir vatandaşlık hakkıdır (status activus).

Bir çok temel hakkın özellikle klasik olanlarının salt negatif statü hakları içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş, özgürlüklerin sadece devlet dışı alanda var olabileceği sonucuna götürecektir. Oysa toplumun artan oranda girift bir hal alması, devletin daha geniş alanlarda aktif olmasını gerektirmektedir. Bugün devletten bağımsız alan sadece konuta ilişkin alanla sınırlıdır bile denilebilir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi “Yüksekokul kararında”²³, bir özgürlük hakkından (bilim özgürlüğü) katılma hakları çıkartmıştır. Mahkemeye göre bir bilim adamının bir yüksekokula girmesi, F. Almanya Anayasası md.5 f. III’ te düzenlenmiş olan bilim özgürlüğünün etki gücünü katılma hakları yönünde güçlendirmiştir. Çünkü kamu hizmetlerine katılma, bilim özgürlüğünün gerçekleşmesinin zorunlu bir koşulu olmaktadır. Mahkeme bu kararında dördüncü bir temel hak fonksiyonu yaratmıştır. Mahkemeye göre, bir bilim adamının bir yüksekokula girmesi ile bilim özgürlüğünden, üniversitenin karar organlarında da etkili olma hakkı, yani üniversite yönetimine katılma hakkı doğmaktadır²⁴.

Katılma teriminin kullanılması, doğaldır ki burada, devlet edimlerine katılmanın söz konusu olduğu yanılığısına götürmemelidir. Devlet edimlerine katılma, Georg Jellinek’in terminolojisinde pozitif statü haklarına dahildir. Buna karşılık burada devlet edimlerine katılma hakkı değil, aktif statü, yani kamu yönetimi içinde idari kararların oluşumuna katılma hakkı söz konusudur.

²³ BVerfGE, 35, 79 vd., 115 vd.,128.

²⁴ BVerfGE, 35, 79 vd.,115 vd., 128.

Bu kararda bağımsız olarak çalışan çeşitli bilim adamlarının bilimsel önem taşıyan belli konularda tek bir kararın gerekli olduğu bir bilimsel organizasyonda çalışmaya başlamasıyla temel haklarla garanti edilmiş bilimsel özerklik haklarının, demokratik bir oylamaya eşit haklarla katılma hakkına dönüşeceği kabul edilmiştir. Buna özgürlük haklarının demokratik fonksiyonu da denilmektedir. F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, bu fonksiyon, savunma, koruma ve katılma fonksiyonları dışında mevcuttur ve toplumun artan orandaki entegrasyonu ve inceden inceye organizasyonu ile gittikçe daha büyük bir önem kazanacaktır²⁵.

Bu kavramlar George Jellinek' in kavramlarıyla karşılaştırıldığında savunma fonksiyonu ve negatif statünün aynı şeyleri garanti ettikleri ve demokratik fonksiyon ile aktif statü arasındaki yakın ilişki ortaya çıkmaktadır²⁶.

Temel haklarda Rudolf Smend²⁷ birinci planda “objektif bir entegrasyon” özelliği görmektedir. Temel haklar objektif içerikleri nedeniyle tamamlayıcı ve bütünleştirici bir etkiye sahiptir.

Temel haklar demokratik düzenin temel öğeleridir. Temel haklar sayesinde Devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır.

Böylece temel haklar bireyin devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve devlet karşısında güvence altına alınması ile sınırlı kalmayıp, devlete bağlayıcı bir bağ ve siyasal anlaşmanın temeli olarak görülmelidirler²⁸.

²⁵ BVerfGE, 35,79 vd.,115 vd., 128; Stern, F. Almanya Anayasa Mahkemesinin bu kararını eleştirmiştir. Stern'e göre: F. Almanya Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında ifade ettiği, temel hak taşıyıcısının özgürlük haklarını kullanmak istediği bir organizasyon içinde demokratik oylamaya katılma hakkının, Jellinek'in aktif statü ile amaçladığı hakkı (özellikle seçme, seçilme) tam olarak karşılamamaktadır. (Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Tübingen 1993, s. 255.)

²⁶ Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Tübingen 1993, s.255.

²⁷ Rudolf Smend : *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leibzig, 1928, s.119 vd.

²⁸ Rudolf Smend: *Bürger und Bourgeoisie im deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933, s. 30 vd., s.313 vd.

IV. Demokratik Fonksiyonel Temel Hak Görüşü

Çağımız anlayışına göre demokrasi, öncelikle hukuksal açıdan güvence altına alınmış insan özgürlüğü temeli üzerinde var olabilir. Halkın siyasal açıdan egemenliği olarak tanımlanan demokrasi, halkı oluşturan bireylerin egemenliğine bağlıdır. İnsanların medeni ve siyasal egemenlikleri şart koşulmadan, halkın egemenliğinden söz edilmesi bir aldatmaca olacaktır.

Şu halde demokrasi, öncelikle her vatandaşa, temel siyasal organlarının kuruluşuna katılma konusunda eşit ve serbest şansa sahip olmasını sağlayan, kendisini devamlı yenileyen ve demokratik düşünce ve irade oluşumunu açık tutan hukuksal kurallarla var olabilir. Bu anlamda, demokrasiye siyasal partilerin plüralizmi ve kuruluş özgürlüğü, demokratik yapısı, şans eşitliği, dernek kurma, düşünce, basın, bilim özgürlükleri ve diğer başka bağlantılarla tüm temel haklar dahildir.

Demokratik fonksiyonel temel hak görüşüne göre²⁹, temel hakların ilk amacı, özgür demokratik irade oluşumunu sağlamaktır. Temel haklar yalnız bireysel herhangi bir subjektif özgürlüğü korumakla kalmayıp, demokratik irade oluşumu sürecine yönlendirilmiş özgürlüğü sağlamalıdır. Temel haklar demokrasinin korunmasına hizmet etmelidirler.

Ancak bu görüşün katı bir biçimde uygulanması durumunda ise, sadece belli bir amaca hizmet eden özgürlüğün, onu belirleyenin yönetiminde olması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bir demokraside özgürlüğü belirleyen çoğunluktur. Sadece çoğunluğun kararları ölçüsünde bir özgürlük, özgürlük değil bağımlılıktır. Şu halde vatandaşa temel hakları, hem özgür, bağımsız bir birey olduğu için, hem toplumun bir üyesi olduğu için garanti eden görüşe ağırlık verilmelidir. Yani temel hak garantisi sadece bireysel değil, aynı zamanda kamu yararı için sağlanmıştır³⁰.

²⁹ Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10.B, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, s.66 vd.

³⁰ Arndt Hans Wolfgang-Rudolf Walter, Öffentliches Recht, Vahlens Handbücher der Wirtschafts-und

Özgürlük düzeni olarak demokrasi, herkese gerekli güvenliğin sağlanması ile birlikte, mümkün olan en kapsamlı ve herkes için aynı oranda özgürlüğün gerçekleştirilmesi amacına yöneliktir.

Burada söz konusu edilen “**felsefi bir özgürlük**» kavramı değil, Rousseau’nun anladığı anlamda, bir toplum içinde, insan onuruna yakışır ve adilce bir arada yaşama düzeninin sağlanması ve insanların bir devlet olarak birleşmesinin koşulu olarak “siyasal bir özgürlük” kavramıdır.

İnsan onurundan kaynaklanan ve doğuştan kazanılmış olması nedeniyle dokunulmaz devredilmez bir insan hakkı olarak anlaşılan özgürlüğü, **Kant** “tek orijinal, her insanın, insan oluşu dolayısıyla sahip olduğu hakkı” olarak tanımlamaktadır³¹.

Ancak Kant bununla özgürlüğü, hatta doğuştan olanını bile, insanın sadece kendine özgü bir özelliği olarak düşünmemiş, her insanın özgür olmasına olanak veren insanlar arası bir davranış ve ilişki düzeninin koşulu olarak düşünmüştür. Bundan aynı zamanda insanların hukuk kuralları altında birleşmesi olarak devlet kavramı ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle **Kant** ve **Rousseau**’ya göre böyle bir devlet, ancak başlangıçtaki sözleşme düşüncesine uygunsa hukuka uygundur.

Kant’a göre, bu tür devlette insanın doğuştan sahip olduğu özgürlüğünden bir bölümünü bir amaç uğruna feda etmesi değil, tersine vahşi ve kanunsuz özgürlüğünü, -yasal bir bağımlılık içinde hukuksal bir ortamda eksilmeden yeniden bulabilmesi için- tümünden terk etmesi söz konusudur. Çünkü bu bağımlılık kendi yasama iradesinden kaynaklanmaktadır³².

Sozialwissenschaften, 4.B, München, 1983, s.114.

³¹ Kant Immanuel-Vorländer K., Methaphysik der Sitten, 4.B., Hamburg, 1972, s.43.

³² Maihofer Werner, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, New-york, 1983, s.206.

İnsan onurundan kaynaklanan özgürlük ve eşitlik, **klâsik-batı demokrasisinin** temelini oluşturmaktadır.

Temsili nitelikte olsa bile, demokrasi bireyin devletin bütün işlevlerine özgürlük ve eşitlik içinde katılımını sağlamaktadır³³.

Temel hak ve özgürlükler demokratik yaşamın vazgeçilmez öğeleridir.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, seçme seçilme, siyasal faaliyette bulunma, siyasal parti kurma, siyasal partilere girme, partiden çıkma, dernek kurma özgürlükleri demokrasinin özgürlük ögesinin, yani siyasal katılma özgürlüğünün uzantılarıdır.

Demokrasiler, bu hakların çoğunluğa karşı korunmasını gerektirir. Çoğunluk ilkesi, çoğunluğun azınlık üzerindeki diktatörlüğü şeklinde yorumlanmamalıdır. İçeriği çoğunluğun iradesi ile belirlense bile, ancak bütün vatandaşların hukuk düzeninin yaratılmasına katılmasına izin verilmesi halinde bir demokraside çoğunluk ilkesine uyulmuş olur. Çoğunluğun kararı ile de olsa azınlık görüşü temsil edenlerin hukuk düzeninin yaratılmasına katılımını engellemek, demokrasiye ve çoğunluk ilkesine aykırıdır³⁴.

KAYNAKÇA

Arndt Hans Wolfgang-Rudolf Walter: Öffentliches Recht, Vahlens Handbücher der Wirtschafts-und Sozialwissenschaften, 4.B, München, 1983.

Erichsen Hans Uwe: „Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetz-

³³ Karpén Ulrich, Human Rights in the Constitutions of the Western World: Some Interpretational Triends comparative constitutional law, Mahendra P. Singh Lucknow: Eastern Book Co., 1989, s.376.

³⁴ Kelsen Hans, General Theory of Law and State, New York: Russel and Russel 1945, s.287; Turhan Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı 8, s.412.

zes“ (Juristische Ausbildung, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York (Jura 1983, 635-647).

Hesse Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 10.B, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

Hirsch Ernst Eduard: *Die Staatsverfassungen der Welt*, Die Verfassung der türkischen Republik, C. 7, Türkei, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main- Berlin, 1966.

Hirsch Ernst Eduard : "Die Verfassung der türkischen Republik", (JöR. 1983, S.32 s.513-623).

İzgi Ömer-Gören Zafer: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Ankara 2002.

Jellinek Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892, B.2, 1905.

Kant Immanuel-Vorländer K: *Methaphysik der Sitten*, 4.B., Hamburg, 1972.

Karpen Ulrich: *Human Rights in the Constitutions of the Western World: Some Interpretational Triends comparative constitutional law*, Mahendra P. Singh Lucknow: Eastern Book Co., 1989.

Kelsen Hans: *General Theory of Law and State*, New York: Russel and Russel 1945.

Kocahanoğlu Osman Selim: *Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa*, Temel Yayınları, İstanbul, 1993.

Maier Walter: *Staats und-Verfassungsrecht* , C. I, B.3, Erich Fleischer Verlag, Achim, 1993.

Maunz Theodor: *Deutsches Staatsrecht*, B.8, München, 1958, B.16, München, 1968.

Münch Ingo von: *Grundgesetz- Kommentar*, C. I, B.3, Verlag W. Kohlhammer, München, 1985, C. II; III; B.2, München 1983.

Pieroth Bodo / Pieroth Bernhard: *Grundrechte, Staatsrecht II, Schwerpunkte*, C. II, B.3., CH Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989.

Polatcan İsmet: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gereçekler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, Bayrak Yayımcılık, İstanbul, 1989.

Rumpf Christian: *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995.

Schmidt Bruno / Bleibtreu/ Klein Franz: *Kommentar zum Grundgesetz*, B.4, B.5, Bonn-Neuwied-Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 1977, 1980.

Smend Rudolf: *Verfassung und Verfassungsrecht*, München,Leibzig, 1928,

Smend Rudolf : *Bürger und Bourgeoisim deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933.

Stein Ekkehart: *Staatsrecht*, B.14, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993.

Teziç Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 1993.

Turhan Mehmet: “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, *Anayasa Yargısı* 8, s. 401-420.

KISALTMALAR

Abs	: Absatz=Fıkra
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Anm	: Anmerkung=Not
Art	: Artikel=Madde
B	: Bası
BGH	: Bundegerichtshof
Bkz	: Bakınız
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts:= Federal (Almanya)Anayasa Mahkemesi Kararları
BVerwGE	: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Federal (Almanya) İdare Mahkemesi Kararları
C	: Cilt
D	: Dönem
E	: Esas
Edt	: Editör
f	: fıkra
F	: Federal
JöR	: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart =Dergi
Jura	: Juristische Ausbildung= Dergi
JZ	: Juristen Zeitung=Dergi
K	: Karar
KN	: Kenar Numarası
Krş.	: Karşılaştırınız
Kt.	: Karar tarihi
md	: Madde
Prf	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
s	: sayfa
S	: sayı
t.li	: tarihli
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği

vd	: ve devamı
Verf	: Verfassung=Anayasa
Vor	: Önce
Vorb	: Vorbemerkung= Önsöz

YARGI KARARLARI

YARGITAY
DAİRE
KARARLARI

T.C.
YARGITAY
4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/16025

Karar No : 2016/1922

Karar Tarihi : 18/02/2016

Özet: Taraf vekilinin vekillikten men edilmesi durumunda tarafın davayı bizzat takip etmesi veya kendisini bir başka vekil ile temsil ettirmesi gerektiğine ilişkin açıklamanın tebliğ zarfında ya da kararda bulunması gerektiği; daha önce tebligat yapılmayan tarafa MERNİS şerhi ile tebligat yapılamayacağı; ilk yapılan tebligatta taraf adreste yoksa en yakın komşuya, yöneticiye ya da kapıcıya haber verilmemesinin tebligat yasasına aykırı olduğu; gider avansının eksik olmasının davanın reddine neden olmayacağı.

Davacı S... T... vekili Avukat T... A... tarafından, davalı H... M... aleyhine 19/09/2013 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; dava şartı yokluğundan davanın reddine dair verilen 08/07/2015 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili Avukat H... D... tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, kasten adam öldürmeye teşebbüs nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istem dava şartı yokluğundan reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalının haksız eylemi nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, 08/07/2015 günlü celsede davacı ve vekilinin hazır olmadığı, bir önceki celse kesin süre verilerek yerine getirilmesi istenen ara kararının davacıya tebliğ edildiği ancak gereğinin yerine getirilmediği anlaşılmakla davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, davacının geçici ve sürekli iş göremezlik oranının belirlenmesi için adli tıp kurumuna sevk edildiği ve rapor alındığı, 612,75 TL tutarındaki Adli Tıp Kurumu ücretinin yatırılması gerektiği, davacı vekiline 20/02/2015 tarihli celsede ücretin gelecek celseye kadar yatırılması için kesin süre verildiği, 15/04/2015 günlü celsede ise davacı vekilinin meslekten men kararı olduğu anlaşılarak davacı asile duruşma günü ara kararının tebliği ile 612,75 TL tutarındaki Adli Tıp Kurumu ücretinin yatırılması için tebliğden itibaren iki haftalık kesin süre verilmesine karar verildiği, 08/07/2015 günlü celsede ise davacı taraftan gelen olmadığı belirlendikten sonra Adli Tıp Kurumu raporu ve ara kararının tebliğ edildiği ancak gereğinin yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

11/01/2011 tarihinde 6099 Sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine eklenen 2. fıkraya göre; "Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır."

Tebligat Kanununun uygulanmasına dair yönetmeliğin bilinen adreste tebligat başlıklı 16/2.maddesinde "Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır." denilmiştir.

01/10/2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'da gider avansı ve delil avansı ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanun'un 120. maddesi "Davacı,

yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığı dava sırasında anlaşılması halinde, mahkemece bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir” biçiminde düzenlenmiş, gider avansının yatırılmasını 114/g maddesinde dava şartları arasında saymıştır. Bu düzenlemenin yapılmasındaki amaç, gerekli masrafların yatırılmaması nedeniyle davaların gecikmesinin önüne geçmektir.

Aynı Kanun’un 324. maddesinin başlığı ise delil ikamesi için avans olup “Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler...Aksi halde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır” biçiminde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere HMK gider avansı yatırılmaması ile delil avansı yatırılmamasını farklı sonuçlara bağlamıştır.

Somut olaya gelince; davacı adına çıkartılan tebligatta duruşma günü ara kararı ve bilirkişi raporu tebliğ olunur denildiği, vekilinin vekillikten men kararı olması nedeniyle davayı bizzat takip etmesi veya kendisini bir başka vekil ile temsil ettirmesi gerektiğine dair açıklama olmadığı, tebligatın daha önce davacıya herhangi bir tebligat yapılmamış olan adresine mernis şerhi verilerek yapıldığı, bu durumda Tebliğ memuru tarafından en yakın komşuya, yönetici veya kapıcıya haber bırakılmadan tebliğ işleminin yapıldığı, daha önce kendisine hiçbir tebligat yapılmamış olan davacıya çıkartılan tebligatın ilgili kanun ve yönetmelikteki gereken şartları taşımadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Ayrıca davacı vekili tarafından dava açılırken 694,80 TL gider avansı yatırılmıştır. Davacı asil Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek geçici ve sürekli iş göremezlik oranı belirlendikten sonra rapor ile birlikte gelen 612,75 TL tutarındaki faturanın öncelikle dava açılırken alınan gider avansından karşılanması, eksik kalması halinde eksik olan tutarın belirlenerek bu tutarın tamamlattırılması gerekir. Nitekim hüküm fıkrasında

kullanılmayan gider avansının iadesine karar verilmiş olması nedeniyle dosyada gider avansı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanında dayatılan delillerin toplanması için gerekli giderin HMK 324. maddede düzenlenen delil avansı adı altında ödetilmesi öncelikle gereklidir. Kaldı ki davacı taraftan kimsenin gelmediği celsede davalıya, davayı takip edip etmediği sorulmadan karar verilmesi de doğru olmamıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Hakan DİMDİK

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/26469
Karar No : 2013/2823

Özet : Avukat tatile gittiğinde sadece bunun tevsik edilmesi ancak tebligat saatinden sonra büroya dönüp dönmeyeceği yazılmaması tebligatın usulsüzlüğünü gerektirir

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Borçluya gönderilen 7 örnek ödeme emrinin; “ komşusu A. imzadan imtina edip şifahi beyanına göre **muhabatın tatile gitmiş olduğundan** mahalle muhtarlığına tebliğ edilerek, aynı komşusuna haber verilerek, 2 nolu formül kapısına yapıştırıldı “ şerhi ile 12.08.2011 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.

Tebliğat Tüzüğü’nün 28. maddesine göre muhabatın adreste neden bulunmadığı, komşu, kapıcı, yönetici, zabıta amir ve memurları vs. gibi kimselerden sorularak, tevziat saatinden sonra adrese geleceğinin tespit edilmesi ve bunun tebligat parçasına yazılıp tevsik edilmesi halinde Tebligat Kanunu’nun 21. maddesine göre tebligat yapılabilir.

Somut olayda tebligatın, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nun 21.maddesine göre yapılmasına rağmen Tebligat Tüzüğü’nün 28.maddesinin uygulanmadığı, bir başka ifade ile **muhabatın adreste bulunmama nedeni tesbit edilmekle birlikte tevziat saatinden sonra adrese dönüp dönmeyeceğinin belirlenip tevsik edilmediği**, dolayısıyla yapılan tebligatın usulsüz olduğu görülmektedir.

O halde mahkemece usulsüz tebligat şikayetinin kabulü ile borçlunun sair itirazlarının incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan HMK'nun 297.maddesinin (1).fıkrasının (e) bendi gereği hükümde “gerekçeli kararın yazıldığı tarihin” yer alması zorunlu olup, kanunun bu emredici hükmüne aykırı davranılması da doğru bulunmamıştır.

Sonuç: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29/01/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
YARGITAY
17. Ceza Dairesi

Esas No : 2015/14478

Karar No : 2016/4877

Özet: TCK 145 md Uygulama Şartları

Değer azlığı nedeniyle ceza vermektan vazgeçme kararı verilece ise; malın değerinin azlığı yanında “suçun işleniş şekli ve özellikleri” de dikkate alınmalıdır. TCK’nın 145. maddesinin uygulanmasında hâkime takdir hakkı tanınmış olup, hâkim takdir hakkını kullanırken keyfiliğe kaçmadan, her somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle uygulama yapmalıdır.

TÜRK MİLLETİ ADINA YARGITAY İLAMI

Tebliğname No	: 2 - 2012/307615
İNCELENEN KARARIN;	
MAHKEMESİ	: İzmir 4. Çocuk Mahkemesi
TARİHİ	: 05/09/2012
NUMARASI	: 2012/534 (E) ve 2012/635 (K)
SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK	: Ali ---
SUÇ	: Hırsızlık
HÜKÜM	: Mahkumiyet
TEMYİZ EDEN	: Suça sürüklenen çocuk müdafii

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle incelenerek, gereği görüşölüp düşünölldü:

Dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan huku-ken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimnin takdirine göre; suçun suça sürüklenen çocuk tarafından işlendiğini kabulde ve nitelen-

dirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından diğer temyiz nedenleri yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-Olay günü devriye ekiplerinin görevlerini ifa ederken suça sürüklenen çocuğu müştekinin işyerinin önünde bulunan cips reyonundan 4 adet 7,50 TL değerindeki cipsleri alıp kaçarken görmeleri üzerine suça sürüklenen çocuğu takibe aldıkları, çocuğun fark edildiğini anlaması üzerine elinde bulunan cipsleri atarak kaçtığı, kesintisiz olarak takip eden kolluk görevlilerinin suça sürüklenen çocuğu yakaladıkları ve cipsleri müştekiye iade ettikleri olayda;

Suçta sürüklenen çocuğun müştekinin dükkanın önünden gerçekleştirilmiş olduğu eylemi kolluk görevlilerinin kesintisiz takibi altında gerçekleştirdiği ve suça konu malları hakimiyeti altına alamadan yakalanarak söz konusu mallara el konulduğunun anlaşılması karşısında, suça sürüklenen çocuğun eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeyen hakkında TCK'nın 35. maddesinin uygulanması gerekirken tamamlanmış suçtan yazılı şekilde hüküm kurulması,

2-5237 sayılı TCK'nın 61/1. maddesine göre malın değerinin az ya da çok olması,temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmak için bir kriter olup, hırsızlık suçuna konu malın değerinin az olmasının TCK'nın 145. maddesinde ayrı olarak düzenlenmesi, kanun koyucunun hırsızlık suçunda malın değerinin az olmasına verdiği önemi göstermektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.12.2009 gün ve 6/242-291 sayılı içtihadında belirtildiği üzere, "...daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma" görüşünün, TCK'nın 145. madde uygulamasında bütünüyle reddedilmesi mümkün değil ise de, maddenin yalnızca bu tanımlamayla sınırlandırılması da olanaklı değildir. 145. maddenin gerek ilk şekli, gerekse değiştirilmiş biçimi; ortak tanımlama ile, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır. TCK'nın 145. maddesine göre, faile verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması

yeterli olup, hâkim indirim oranını TCK'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere "işlenilen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde saptamalıdır. Değer azlığı nedeniyle ceza vermekten vazgeçme kararı verilecek ise; malın değerinin azlığı yanında "suçun işleniş şekli ve özellikleri" de dikkate alınmalıdır. TCK'nın 145. maddesinin uygulanmasında hâkime takdir hakkı tanınmış olup, hâkim takdir hakkını kullanırken keyfiliğe kaçmadan, her somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle uygulama yapmalıdır.

Somut olayda suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde müştekiye ait tekel bayi önünde bulunan cips standından 7,50 TL değerinde cipsi alıp kaçtığı, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK'nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk Ali --- müdafinin temyiz nedenleri bu bakımdan yerinde görülmuş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye aykırı olarak BOZULMASINA, 07.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
A. YILDIZ

Üye
S. SÖNMEZ

Üye
Y. KUZU

Üye
Ü. CEYHAN

Üye
M. ADEMOĞLU

Karşılaştırıldı.
Yz.İşl.Md.
S.K.

Gönderen: Av. Atilla Ertekin

DANIŞTAY
DAİRE
KARARLARI

T.C.
DANIŞTAY
6. Daire

Esas No : 2011/8152

Karar No : 2013/2702

Özet: İmar planında yol ve otopark olarak belirlenen ve 5 yıllık imar programına alınmaması sonucu kamulaştırılmayan taşınmazın bedelinin, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak belirlenmesi suretiyle ödenmesi gerektiğinden tazminat isteminin reddine ilişkin mahkeme kararında isabet bulunmadığı hakkında.

İstemin Özeti : Çanakkale İdare Mahkemesince verilen 24/06/2009 tarihli, E:2008/710, K:2009/411 sayılı kararın, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava; Çanakkale İli, Merkez Barbaros Mahallesi, 844 ada, 129, 130 sayılı parsellerin uygulama imar planında yol ve otopark alanı olarak belirlenmesi sebebiyle uğranıldığı ileri sürülen 120.000,00-TL zararın 07.09.2007 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, davacının 129, 130 sayılı 30

m2'lik parselinin 1/1000 ölçekli uygulama imar planında yol ve otopark alanı olarak belirlenmesi üzerine meydana gelen maddi zararın karşılanması için Çanakkale Belediye Başkanlığı'na başvurarak mülkiyet hakkının kısıtlanması ve ortadan kalkması sonucu büyük bir ekonomik zarara uğradığından taşınmazın kamulaştırılması, olmadığı takdirde eş değer bir taşınmaz ile trampa edilmesi yolundaki başvurusunun cevap verilmeyerek zımnen reddedilmesi üzerine iş bu davayı açtığı, Mahkemelerinin 03.02.2009 ve 29.04.2009 tarihli ara kararlar ile “taşınmazların 1/1000 ölçekli uygulama imar planında yol ve otopark alanı olarak belirlenmesine ilişkin plan değişikliğine karşı dava açılıp açılmadığı ve talep edilen 120.000,00-TL maddi tazminat bedelinin idarenin hangi eylem ve işleminden kaynaklandığı ile maddi zararın tespitine ve tevsiğine dair belgelerin birer örneği istenildiği halde, bu konuda herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı gibi ayrıca plan değişikliğine karşı da dava açılmadığının belirtildiği, dolayısıyla maddi zararın unsurlarından olan zararın kesin olması şartının olayda vuku bulmadığı, idarenin tazminle yükümlü tutulmasının, ancak kesin olarak ortaya çıkmış ve belirgin hale gelmiş bir maddi zararın varlığı halinde mümkün olduğu, davacı tarafından uğramış olduğu iddia edilen 120.000,00-TL maddi zararın somut olarak belgelendirilmemesi karşısında bu aşamada kesin bir zararın oluşmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekiline temyiz edilmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” kuralına yer verilmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygun bulunan ve iç hukukun bir parçası halini alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Ek Protokolünün “Mülkiyetin korunması” başlıklı 1. maddesinde ise: “Her gerçek

ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” hükmü yer almıştır.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), benzer bir mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla açılmış olan, Hakan Arı/Türkiye Davasında (Başvuru No:13331/07) 11.1.2011 tarihinde verdiği kararda, “... başvuran mülkiyet hakkına karşı orantısız bir müdahalenin yapıldığını öne sürmektedir.

Hükümet, mülkiyetten yoksun bırakma gibi bir durumun söz konusu olmadığını ve başvuranın arazisini kullanmaya ve fidanlık olarak ekip biçmeye devam edebileceğini savunmaktadır.

AİHM’ye göre başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Taşınmazın şehir imar planında okul yapımı için öngörülmesi yalnızca imar yasağından etkilenmesine yol açmamış, aynı zamanda araziden istifade edilmesini de olanaksız hale getirmiştir. Geriye Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek kalmaktadır.

AİHM, başvuranın taşınmazına el atılmaması nedeniyle re’sen gerçekleşmiş bir müdahalenin olmadığını gözlemlemektedir. AİHM, bunun yanı sıra mülkiyetin transferinin gerçekleşmemiş olduğu ihtilaf konusu davayı görünenlerin ötesine geçerek gerçek yüzüyle inceleyeceğini belirtmektedir. AİHM, bu bağlamda, başvuran tarafından öne sürülen durumun etkilerinin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalardan ileri geldiğini, gayrimenkulün değeri ile ilintili olduğunu ve sonucu itibarıyla bütün olarak taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını anımsatır. AİHM, buna karşın, özüne yönelik kayba uğrasa da mezkur hakkın kaybolmadığını not etmektedir. Dile getirilen bütün bu tedbirlerden başvuranın mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığı gibi bir çıkarımda bulunulamamaktadır. Başvuran ne taşınmazına erişim hakkını ne de onun maliki olmayı kaybetmiş, esasen taşınmazın satışı konusunda sıkıntı yaşamıştır.

AIHM, yine de başvuran tarafından dile getirilen durumun Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk cümlesi kapsamına girdiğini ifade etmektedir.

AIHM, kamu yararının gerekleri ile başvuranın temel haklarının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemeye alacaktır (.....)

Başvuranın imar iznini elde etme konusunda meşru bir beklentisi bulunmaktadır. Zira okul inşaatının öngörüldüğü şehir imar planını müteakip kamulaştırma amacıyla sonradan araziye imar yasağı getirilmiştir. Bu yasak halen sürmektedir.

AIHM, başvuranın ilgili bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itildiğini gözlemlemektedir. İlk etapta idari bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle mezkur arazi kamulaştırılamamış, ikinci süreçte belediyenin 22 Eylül 2005 tarihinde kabul ettiği yeni şehir imar planına göre başvuranın taşınmazı bir kez daha okul yapımı kararından etkilenmiştir.

AIHM, bu bağlamda, Hükümet tarafından iç hukukta başvuranın taşınmazının belirsizliğini telafi edecek herhangi bir hukuki kararın alındığı dile getirilmemiştir.

AIHM, söz konusu bu durumun, başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasının önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dâhil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığına itibar etmektedir.

Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir.

Bütün bu sözü edilenler AIHM'yi başvuranın, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı yönünde düşünmeye sevk etmektedir.

AİHM, bu nedenle Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.” gerekçesiyle Türkiye’yi tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

Bu arada, benzer uyuşmazlıkların adli yargıda dava konusu edilmeleri üzerine adli yargı yerlerinin ve Yargıtay’ın, konuyu çözümsüz bırakmamak amacıyla uyuşmazlıklara medeni hukuk kuralları çerçevesinde çözümler getirmeye çalıştığı görülmektedir. Konunun en belirgin şekilde tartışıldığı ve karara bağlandığı örnek ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 günlü, E:2010/5-662K:2010/651 sayılı kararıdır. Bu kararda; “... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur.

Yukarıda açıklandığı üzere, malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.

Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.” gerekçesiyle söz ko-

nusu uyuşmazlıkları “kamulaştırmaz el koyma” kapsamında değerlendirilmiş ve idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibinin, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idarenden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği sonucuna varmıştır.

Bununla birlikte, benzer uyuşmazlıklarla ilgili olarak yine adli yargıda açılan davalarda, görev itirazında bulunulması üzerine olumlu görev uyuşmazlığı çıkmış, uyuşmazlığı inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından da, 9.4.2012 günlü, E:2012/41, K:2012/77 sayılı ve 9.4.2012 günlü, E:2011/238, K:2012/63 sayılı kararlarda olduğu gibi, yukarıda belirtilen konularda idari yargı görevli bulunmuştur.

3194 sayılı İmar Kanunuyla yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla anılan Kanunun 7. ve 8. maddeleriyle, belirli nüfus kriterini aşan belediye ve valiliklere imar planları hazırlama ve yürürlüğe koyma yükümlülüğü getirilmiştir.

Aynı Kanunun 10. maddesinde: “Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imarprogramlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisince kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek kamu kuruluşlarının bütçelerine konulur. İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılincaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.» hükmüne yer verilmek suretiyle, belediyelere, imar planlarını uygulamak üzere belirtilen süre içerisinde

imar programını hazırlama; programı uygulamaya koyma, ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarına ise imar programlarında kendi görev alanlarındaki kamu hizmeti için ayrılan özel mülkiyete ait arsaları program süresi içinde kamulaştırma zorunluluğu yüklenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 07.09.2007 tarihinde davalı belediye başkanlığına başvuruda bulunarak imar planında değişiklik yapılarak taşınmazının yol ve otopark alanından konut alanına dönüştürülmesi isteminde bulunduğu, bu istemin 03.10.2007 günlü, 2007/199 sayılı belediye meclisi kararı ile reddedildiği, davacının daha sonra 04.07.2008 tarihinde noter aracılığı ile davalı idareye ihtarname göndererek; taşınmazların imar planında yol ve otopark alanında kaldığı, bu nedenle mülkiyet hakkının kısıtlanması ve ortadan kalkması sonucu büyük bir ekonomik mağduriyete uğradığını, bu mağduriyetinin ortadan kaldırılması için plan değişikliği talebinde bulunduğu bunun reddedildiği, taşınmazlarının kamulaştırılmasına veya 2942 sayılı Kanunun 26. maddesi uyarınca kamulaştırma bedeli yerine idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş eşdeğer bir taşınmaz malı ile trampa edilmesi, bu işlemlerin 90 gün içinde tamamlanması, aksi takdirde idare aleyhine dava açacağını belirttiği, bu başvurunun zımnen reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacıya ait parsellerin, imar planındakamunun kullanımı için yol ve otoprak alanı olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya gidilemeyeceğinden, davacının tasarruf haklarının kısıtlandığının açıktır. Buna rağmen taşınmazın yol ve otopark olarak belirlenmesinin üzerinden beş yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın davalı idarece 5 yıllık imar programının hazırlanmadığı ve kamulaştırma yapılmadığı gibi taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik davacı istemlerinin reddedildiği ve ne zaman kamulaştırma yapılabileceği konusunda davacıya herhangi bir bilgi de verilmediğinden davacıya ait parselin mülkiyet hakkından yararlanma olanaklarının kalmadığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda da yer verilen Hakan Arı/Türkiye Davasında (Başvuru No:13331/07) verdiği kararda, söz-

konusu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasının önünde engel teşkil ettiği ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığı değerlendirilmesinde bulunarak, malikin, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı sonucuna varmış, ilgilinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu bağlamda, imar planında kamusal kullanıma ayrılmış olması nedeniyle davacının taşınmazının yapılaşmaya kapatıldığı, imar haklarını kullanma olanağının kalmadığı, dolayısıyla davacının mülkiyet hakkı kullanımının engellendiği görülmektedir. Bunun yanında, idarece belirsizliğin telafi edecek herhangi bir hukuki karar alınmayarak arsa üzerindeki kısıtlama devam ettirilmiştir.

Bu durumda, davacıya ait taşınmazın imar planında “yol ve otopark” olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.

İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir.. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinde, taşınmaz mal bedelinin tespiti esasları belirtilmiş, 15. maddesinde ise, taşınmazın niteliğine göre bilirkişi kurulunun nasıl oluşturulacağı açıklanmıştır.

Mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle aralarında emlak değerlendirme uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca,

taşınmazın cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevkii, taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde aynı ve şahsi ittifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmaz bedeli tespit edildikten sonra davacıya ödenmesine karar verilmesi icap etmektedir..

Belirtilen açıklamalar karşısında, İdare Mahkemesinin tazmin edilecek zararın doğmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundakikararında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, davacıya ödenmesine hükmolunacak tazminat tutarının, taşınmazın idare adına tapuda tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeliyerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması zorunludur.

Açıklanan nedenlerle, Çanakkale İdare Mahkemesince verilen 24/06/2009 tarihli, E:2008/710, K:2009/411 sayılı kararın **BOZULMASINA**, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere,17/04/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
6. Daire

Esas No : 2012/4525

Karar No : 2012/4622

Özet: Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açması, anılan Mahkemenin uyuşmazlığın görümve çözümünün idari yargı mercilerine ait olduğu gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararı üzerine davacı tarafından, dosyanın görevli İdare Mahkemesine gönderilmesi talebini içeren dilekçenin otuz günlük dava süresi içinde Mahkemeye verilmiş olması karşısında, davacının dava dosyasını görevli İdare Mahkemesine gönderilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine yaptığı başvuru tarihinin Samsun İdare Mahkemesine başvurma tarihi olarak kabulü gerekmektedir.

Temyiz İsteminde Bulunanlar :

Vekili : Av....

Karşı Taraf :

İstemin Özeti : Samsun 2. İdare Mahkemesinin 15.09.2011 tarih ve E:2011/897, K:2011/866 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Sinop İli, Türkeli İlçesi, Güzelkent Beldesi, 140 ada, 187 sayılı parselde yer alan taşınmazın parktan ihdas edilerek belediye tüzel kişiliği adına tescil edilmesine ilişkin 19.09.2007 tarih ve 33 sayılı Güzelkent Belediye Encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; davacıların tapu kaydının iptali ile taşınmazın eşit hisseli olarak kendi adlarına tapuya kayıt ve tescili istemiyle Türkeli Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada verilen davanın görev yönünden reddine ilişkin kararın 20.07.2010 tarihinde kesinleştiği görüldüğünden, 20.07.2010 tarihinden itibaren 30 günlük yasal dava açma süresi içerisinde ve sürenin son gününün çalışmaya ara verme zamanına rastlaması sebebiyle en geç 13.09.2010 tarihine kadar dava açılması gerekirken, bu süre geçirilerek 09.02.2011 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 3622 sayılı Kanun ile değişik 9. maddesinin 1. fıkrasında, çözümlenmesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilirliği, görevsiz yargı merciine başvurma tarihinin, Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edileceği belirtilmiş, aynı Kanunun 3. maddesinde de, idari davaların açılması ve dilekçelerde bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir.

Buna göre, adli veya askeri yargı yerinde açılıp da idari yargının görevli olduğundan bahisle reddedilen davalarda verilen kararların kesinleşmesinden itibaren otuz gün içinde idari yargı yerinde 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine uygun olarak düzenlenen dilekçelerle davaların açılması gerekmektedir.

Her ne kadar 2577 sayılı Kanunda ve olay tarihinde yürürlükte olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda görevsizlik kararı veren adli veya askeri yargı yerlerince istek üzerine veya kendiliğinden dosyanın

idari yargı yerlerine gönderileceğine dair bir usul hükmü bulunmamakta ise de, uygulamada görevsizlik kararı veren mahkemelerce dosyaların görevli idari yargı yerine gönderildiği de olmaktadır. Ancak, bu tür uygulamaların, hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaması, dolayısıyla adil yargılanma hakkını kullanılamaz hale getirmemesi gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiş; “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde de: “Herkes, meşru vasıta ve yollarla faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmüne yer verilmiş; Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesine 4709 sayılı Kanunun 16. maddesiyle eklenen ikinci fıkrada ise: “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” kuralı yer almış, bu ek fıkranın gerekçesinde ise: “Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmış, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.” açıklaması yapılmıştır. Bu bağlamda, Anayasanın “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90. maddesinin son fıkrasında: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07.05.2004 günlü, 5170 sayılı Yasanın 7. maddesi) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.» hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların iç hukuk sistemine yansıtılma yöntemi belirlenmiştir. Buna göre, bu andlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda uluslararası andlaşma kurallarının esas alınması anayasal bir gerekliliktir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme, AİHS) 6/1. maddesinde: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” kuralı yer almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında özetle; mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiğini, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvurulacak araçlar arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceğini, bu ilkelerden, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hâle getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiğinin belirtildiği, davanın idare mahkemesi tarafından görülmesine karar verenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu, esasa ilişkin olarak ihtilaflı yargılamanın sonucunun ne olacağı konusunda yorumda bulunmaksızın, davanın istisnai koşullarına bakıldığında, başvuruların dava dosyasının görevsizlik kararı veren Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından İdare Mahkemesine gönderilmesi ile İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesi ile öngörülen ayrıntı ve usullere sıkı sıkıya bağlı kalarak başvuruların İdare Mahkemesine başvurulması arasında alınacak sonuç açısından hiçbir fark bulunmadığı, hangi yöntem aracılığı ile olursa olsun, mevcut davada ulaşılmak istenen amacın, davanın yetkili bir mahkemede görülmesi olduğu, davada 9. maddenin kati surette uygulanması gerektiği farz edilse dahi ihtilaflı yargılamanın hemen başında ve İdare Mahkemesinin ara kararının hemen ardından başvuruların, tam anlamıyla İdari Yargılama Usulü Kanununun hükümlerine uygun olarak yeni bir başvuruda bulunduğunu, İdari Yargılama Usulü Kanununun 4.

maddesi ile birlikte 9. maddesinin koyuluş nedeninin idare mahkemelerine erişimi kolaylaştırmak olduğu, oysa mevcut davada, başvuruları, esas bakımından dilekçelerinin incelenmesinden yoksun bırakan usuli muameleye ilişkin bir gerekliliğin yorumunun söz konusu olduğu, bu durumun mahkemeler ve yüksek yargı organları tarafından sağlanan etkin koruma hakkına yönelik bir ihlal oluşturacak nitelikte olduğu, söylenenler ışığında, İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesini çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuruları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS'nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kanaatine varıldığı belirtilerek Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer taraftan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 31.5.2007 günlü, E:2006/4713, K:2007/1302 sayılı kararıyla da; kural olarak adli yargı yerinde açılan bir davanın görev yönünden reddi halinde idari yargıdaki dava türlerinin de niteliği gereği 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine uygun olarak hazırlanmış dilekçelerle görevli ve yetkili idari yargı yerinde yeniden davanın açılması gerekmekte ise de, ilgililerin görevsizlik kararı üzerine süresi (otuz gün) içinde adli yargı yerine verdikleri dosyanın idari yargı merciine gönderilmesi istemini içeren dilekçelerin, idari yargı yerlerine verilmiş dava dilekçeleri gibi kabulü cihetine gidilerek “dilekçenin reddi” kararı verilmek suretiyle dilekçelerin idari dava dilekçesi durumuna getirilmesi sağlandıktan sonra uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Olayda; davacının Türkeli Asliye Hukuk Mahkemesine açmış olduğu davada anılan Mahkemenin 23.12.2009 tarih ve E:2009/94, K:2009/202 sayılı kararıyla; 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesi uyarınca kesilen düzenleme ortaklık payının aynı Kanunun 18/3. maddesinde belirlenen amaçlar için kullanılmaması nedeniyle açılan tapu iptali ve tescil davasının dayanağının idari işlem (parselasyon işlemi) olduğu, bu itibarla uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargının görevine girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş, tarafların söz konusu kararı temyiz etmemesi üzerine karar kesinleşmiştir.

Türkeli Asliye Hukuk Mahkemesinin söz konusu kararının davacıya tebliği üzerine davacı dosyanın görevli Samsun İdare Mahkemesine gönderilmesini adı geçen Asliye Hukuk Mahkemesinden talep etmiş, ancak dosya görevli İdare Mahkemesine gönderilmemiştir.

Yukarıda yer verilen mevzuat ve açıklamalar ile birlikte yargı kararları dikkate alındığında, dava konusu işlemin öğrenilmesi üzerine davacının yasal süresi (altmış gün) içinde Türkeli Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açması, anılan Mahkemenin uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargı mercilerine ait olduğu gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararı üzerine davacı tarafından, dosyanın görevli İdare Mahkemesine gönderilmesi talebini içeren dilekçenin otuz günlük dava süresi içinde Mahkemeye verilmiş olması karşısında, davacının dava dosyasını görevli İdare Mahkemesine gönderilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine yaptığı başvuru tarihinin Samsun İdare Mahkemesine başvurma tarihi olarak kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Samsun 2. İdare Mahkemesinin 15.09.2011 tarih ve E:2011/897, K:2011/866 sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.09.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C
DANIŞTAY
15. Daire

Esas No : 2013/2025

Karar No : 2013/2323

Özet : Can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması zorunluluğunun bulunması karşısında kalibrasyon ayarı yapılmış cihazla yapılan ölçüm sonucuna göre işlem tesis edilmesinde kamu yararına aykırı bir durum bulunmamaktadır.

K ararın D üzeltilmesi İ steminde Bulunan (Davalı) :...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İ stemin Özeti: Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 19.06.2012 tarih ve E:2009/3724, K:2012/5464 sayılı kararının düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi:...

Düşüncesi: Karar düzeltme isteminin kabulüyle, İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 19.06.2012 tarih ve E:2009/3724, K:2012/5464 sayılı kararı kaldırılarak davalı idarenin temyiz istemi yeniden incelenip gereği görüldü:

Dava; davacının alkolü olarak araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin iki yıl süreyle geçici olarak geri alınmasına ilişkin 12.06.2008 tarih ve 032578 sayılı işlem ile davacıya 601-TL para cezası verilmesine ilişkin aynı tarih ve 389476 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesi'nce; 12.06.2008 gününde yapılan genel denetimler sırasında x plakalı aracın sürücüsü olan davacının 1,51 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, davacının sürücü belgesi geri alma tutanağını imzalamaktan imtina ettiği ve bu hususun tutanağı düzenleyen memurca tutanağa yazıldığıının anlaşıldığı, olayda, davacının imzadan kaçınmak suretiyle tutanak içeriğine itiraz ettiği açık olduğundan, kandaki alkol oranının belirlenmesi için kan tahlili yaptırmak üzere kriminal laboratuvar veya adli tıp merkezine veya Sağlık Bakanlığına bağlı kuruluşlara gönderilmesi gerekirken, alkol test cihazıyla yapılan ölçüme dayalı olarak sürücü belgesine el konulmasına ve para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde; uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılacağı, buna ilişkin tespit usulleri ve muayene şartlarının Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenleneceği, bu madde hükmüne uymayan sürücülerin derhal araç kullanmaktan men olunacağı, yönetmelik ile belirtilen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde; birinci defasında sürücü belgelerinin altı ay süreyle geri alınacağı ve haklarında 265,30 TL para cezası uygulanacağı, ikinci defasında sürücü belgelerinin iki yıl süreyle geri alınarak haklarında 332,60 TL para cezası uygulanacağı, bu sürücülerin Sağlık Bakanlığınca, esas ve usulleri Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine tabi tutulacağı, eğitimi başarıyla tamamlayanların belgelerinin süresi sonunda iade edileceği, üç veya üçten fazlasında ise, sürücü belgelerinin beş yıl süreyle geri alınacağı ve altı

aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis cezası ile birlikte 532,60 TL hafif para cezası uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

18.07.1997 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinde; uyuşturucu, uyutucu ve keyif verici gibi özelliklere sahip doğal ve sentetik psikotrop maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu belirtilecek, uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içki almak suretiyle araç kullanan sürücülerin tespit veya teşhisinde hangi esas ve usullerin uygulanacağı düzenlenmiş olup,alkollü içki almış olarak kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağının düzenlendiği (b) bendinde; taksi veya dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücülerinin alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremeyecekleri, alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücülerinden kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üstünde olanların araç kullanamayacakları kurala bağlanmıştır.

Yönetmeliđin aynı maddesinin, alkollü içki almış sürücülerin ve kanlarındaki alkol miktarının tespiti esaslarının düzenlendiği (c) bendinde ise; alkollü olarak araç kullandığından şüphede edilen sürücülerin, alkol tespitine ilişkin tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılarak trafik zabıtası tarafından kontrol edileceği ya da (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldırarak suretiyle alkol tespitleri yaptırılacağı, yapılan tespitin değerlendirilmesinde, tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar gečen süre de göz önünde bulundurularak sonuç belirleneceği ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekeştirileceği, kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak laboratuvarında tespit imkânlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığından şüphede edilen sürücülerin en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, kurum hekimi tarafından alkol muayenesinden geçirilmesinin sağlanacağı, yapılan

tespit sonucunda belirlenen limitlerin üzerinde alkollü içki aldığı belirlenen sürücülerin Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesine göre, birinci defada 6 ay, ikinci defada da 2 yıl süreyle sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınacağı, ikinci defa geri alma süresi sonunda sürücünün davranışı geliştirme eğitimine tabi tutulacağı ve başarılı olması halinde belgesinin iade edileceği, üçüncü defa ve fazlasında ise, bu sürücülerin, 6 aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılacağı ve belgelerinin 5 yıl süre ile geri alınarak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulacakları, bu süre sonunda yapılacak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi neticesinde belgesinin iadesinde sakınca bulunmayanlara sürücü belgelerinin iade edileceği, muayene sonucunda sürücü belgesinin iade edilmesinde sakınca bulunana ise sürücü belgesi verilmeyeceği düzenlenmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; 12.06.2008 tarihinde trafik ekiplerince yapılan kontrolde, kalibrasyon ayarı yapılmış cihazla yapılan ölçüm sonucunda davacının alkollü araç kullandığının ve alkol oranının 1,51 promil olduğunun tespit edildiği, bu tespite göre trafik para cezası verildiği ve sürücü belgesinin geri alındığı, trafik para cezası verilmesine ilişkin tutanağın davacı tarafından imzalandığı, ancak sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin aynı tarihli tutanağın imzalanmadığı, bu durumun, görevli polis memurlarınca sürücü belgesi geri alma tutanağına "imtina" şeklinde yazıldığı, daha sonra polis memurlarınca düzenlenen tutanakta, davacıya yeniden alkol testi yaptırabilmek için Adli Tıbbı götürülebileceğinin belirtilmesine karşın bunun davacı tarafından kabul edilmediğinin ifade edildiği anlaşılmıştır.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinin c bendinin iptali istemiyle açılan bir davada (Danıştay Sekizinci Dairesinin E:2007/8946) alkollü içki almış sürücülerin alkol miktarının tespitinin teknik cihazlarla ya da kandan yapılması usullerinden hangisinin daha gerçekçi sonuçlar vereceği, hangisinden uygulamada daha çabuk sonuç alınacağı hususunun tespiti için Danıştay Sekizinci Dairesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda; kandaki alkol tayininin tespitinde kamu otoritelerinin onayı ile kullanıma sunulan kalibrasyon

ayarları yapılmış ve taşınabilir özellikteki teknik cihazların, kandaki alkol seviyelerini göstermede pratik kullanım açısından faydalı olabileceği, bu yöntemde ortaya çıkabilecek muhtemel problemlerin ölçümlerin tekrarlanabilirliği ile azaltılabileceği, solunum yolu ile alkol düzeyinin ilgili kamu otoriteleri tarafından onaylanmış, uygun belgeye sahip, kalibrasyon ayarı yapılmış ve taşınabilir cihazlarla ölçümünün bilimsel olarak kabul edilebilir olduğu, kan alkol düzeyleri ölçümü ile solunum havasından alkol düzeyi ölçümü arasında istatistiksel bir fark olmadığı ve ülkemizde ve dünyada alveol havasından alkol tayininin yaygın olarak kullanıldığının belirtilmiş olması, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması zorunluluğunun bulunması karşısında kalibrasyon ayarı yapılmış cihazla yapılan ölçüm sonucuna göre işlem tesis edilmesinde kamu yararına aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Bu nedenle; davacı tarafından, alkolmetre ile yapılan ölçümün yanlış olduğu, bu miktarda alkol almadığı ileri sürülmüşse de, davacının 1,51 promil alkollü olması nedeniyle 601-TL trafik para cezası verilmesine ilişkin 12.06.2008 tarih ve 389476 sayılı tutanağı imzalayarak bu durumu kabul etmesi ve görevli polis memurlarınca ölçüme itiraz etmesi halinde sağlık kuruluşuna götürülerek yeni bir ölçüm yapılabileceğinin belirtilmiş olması karşısında, alkolmetreyle yapılan ölçüme itiraz ettiği halde sağlık kuruluşuna götürülmediğine ilişkin iddiasına itibar edilmemiştir.

Diğer yandan; davacı tarafından olaydan sonra kendi imkanlarıyla gittiği bir sağlık kuruluşundan alkollü olmadığına ilişkin doktor raporu alınmışsa da, Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesi uyarınca, alkolmetreyle yapılan ölçüme itiraz edilmesi halinde, ilgili sağlık kuruluşunda yapılacak alkol ölçümünün görevli memurlar nezaretinde gerçekleşmesi gerektiğinden, bu usule uyulmaksızın alınan doktor raporunun, dava konusu işlemi sakatlayacak nitelikte bir delil olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır.

Bu durumda; görevli trafik polislerince yapılan ölçümde, 1,51 promil alkollü olduğu tespit edilen davacı hakkında tesis edilen işlemler-

de hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2008 tarih ve E:2008/1353, K:2008/2667 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine, 28/03/2013 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan

KAYBETTİKLERİMİZ



Av. Eyüp KARAÇÖBA
Doğum Tarihi: 22.10.1956
Vefat Tarihi: 05.01.2016



Av. Mustafa Gürer DEMİREL
Doğum Tarihi: 05.05.1945
Vefat Tarihi: 24.01.2016



Av. Atilla ÖKTEM
Doğum Tarihi: 06.02.1953
Vefat Tarihi: 30.01.2016



Av. Mehmet KULALI
Doğum Tarihi: 10.06.1952
Vefat Tarihi: 05.03.2016



Av. Ruhi ERGİLER
Doğum Tarihi: 23.12.1936
Vefat Tarihi: 09.04.2016