

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: IV
Sayı: 2
Güz 2017



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına

Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın

Doç. Dr. Harun Demirbaş

Doç. Dr. Serdar Kale

Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel

Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları

Arş. Gör. Mustafa Çattık

Arş. Gör. Abdullah R. Gencer

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi

Kavacık Kampüsü

Kavacık Mah. Ekinciler Cad.

No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL

Tel: 0216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Karakuş İletişim Yapı San. ve Tic. Ltd Şti.

Ziya Gökalp Mahallesi Süleyman Demirel Bulvarı

Sinpaş İş Modern A 17-18 İkitelli İstanbul

Tel : 0212 501 82 20

ISSN

2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk

Prof. Dr. M. Âkif Aydın

Prof. Dr. Yavuz Atar

Prof. Dr. Nihat Bulut

Prof. Dr. Talat Canbolat

Prof. Dr. Nuray Ekşi

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

Prof. Dr. Mehmet Helvacı

Prof. Dr. Serap Helvacı

Prof. Dr. Macit Kenanoğlu

Prof. Dr. Mahmut Koca

Prof. Dr. Nevzat Koç

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu

Prof. Dr. İzzet Özgenç

Prof. Dr. Yücel Sayman

Prof. Dr. Cevdet Yavuz

Doç. Dr. Harun Demirbaş

Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Gül Üstün	5
İçme–Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasında Alternatif Model Önerileri	
Halit Eyüp Özdemir – Melih Koç	19
6306 Sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu	
Levent Korkut	43
Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz	
Tülin Çağdaş	83
Ombudsman Kurumu ve Türkiye’de 6328 Sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”nun Düzenlenmesi	

ÖZEL HUKUK

Cevdet Yavuz	109
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler	
Salih Önder Yeşiltepe	133
Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi	
Serdar Kale	153
İsviçre İcra İflas Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bakış	
Ayşegül Sezgin Huysal	171
TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği	
Mesut Serdar Çekin	189
Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi	
Nevzat Boztaş	209
Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi	

KAMU HUKUKU

İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasında Alternatif Model Önerileri*

Alternative Model Proposals for the Protection of
Potable Water Basins

Gül ÜSTÜN**

ABSTRACT

Among the duties of the Ministry of Forestry and Water Affairs in Article 2 of Decree Law No. 645 on the Organization and Duties of the Ministry of Forestry and Water Affairs; to create policies for the conservation and sustainable use of water resources, and to coordinate national water management. In this context, as mentioned in Article 26 of the Law, the Ministry has established the Regulation on the Protection of Drinking Water Cisterns using the authority of administrative regulation on the duties and authorities.

For the protection of drinking-use water basins, it is stated that for the protection of the surface waters to be supplied or planned to be used for drinking water, prohibition of leaving wastes to the receiving environment and preparation of conservation plans are required. Again, for the protection of these areas, a prohibition on structuring was prescribed and the authority of expropriation was stated.

The use of expropriation authority can be realized by the establishment of ownership, the source and easement rights and the partial expropriation of the immovable property.

However, in the drinking-water conservation basin, this authority does not always need to be used as the way of transfer of ownership. It is also possible to expropriate an administrative easement under the light of public interest and proportionality principle . Also; taking commitments from the proprietor to specific matters in order to achieve the objectives set out in the legal regulations; if it is sufficient to take necessary protective measures and to carry out its activities, it seems to be possible to choose this way without using the competence of expropriation of the relevant administrations.

Keywords: Water basins, potable water, expropriation, right of easement, principle of proportionality.

* Makale gönderim tarihi: 23.12.2017. Makale kabul tarihi: 29.12.2017.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
İletişim: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Yerleşkesi, Selimiye Mh. Tıbbiye
Caddesi No: 38 Haydarpaşa 34668 Üsküdar – İstanbul.

Giriş

645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, Orman ve Su İşleri Bakanlığının görevleri arasında; su kaynaklarının korunmasına ve sürdürülebilir bir şekilde kullanılmasına dair politikalar oluşturmak, ulusal su yönetimini koordine etmek sayılmıştır. Bu kapsamda, Kanununun 26. maddesinde de zikredildiği şekilde, Bakanlık görev ve yetkilerine ilişkin konularda idari düzenleme yapma yetkisini kullanarak İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmeliği¹ tesis etmiştir.

Yönetmeliğin amacı; içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunmasına ve iyileştirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olup (madde 1), Yönetmelik, içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarını konu almaktadır (madde 2).

Bu kapsamda, Yönetmeliğin 5. maddesinde ilkeler belirlenmiş olup², yer altı

- 1 R.G. 28.10.2017, S. 30224. Bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır.
- 2 "MADDE 5 – (1) İçme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunmasında ve iyileştirilmesinde;
 - a) İçme-kullanma suyunun kaynağındaki su kalitesinin, insan sağlığını tehlikeye atmayacak ve içme-kullanma suyu olarak kullanılması için gerekli olan arıtma ihtiyaçlarını ve maliyetlerini en aza indirecek şekilde korunması veya iyileştirilmesi,
 - b) İçme-kullanma suyu kaynaklarının kalitesini ve miktarını olumsuz yönde etkileyecek unsurların kaynağında asgari düzeye indirilmesi, kontrol edilmesi ve bertarafının sağlanması,
 - c) İçme-kullanma suyu havzası koruma planının hazırlanmasında katılımcı bir yaklaşımın benimsenmesi ve bu planların nehir havza yönetim planı ile bütünleştirilmesi,
 - ç) İçme-kullanma suyu havzası koruma planı yapılmıyaya kadar Havza Koruma Eylem Planları ve daha sonra içme-kullanma suyu havzası koruma planı esas alınarak bölgesel ve yayımlı kaynaklı atıksular ile ilgili tedbirlerin ilgili kurumlar tarafından alınması,
 - d) İçme-kullanma suyu havzalarında teknik açıdan uygun olan ağaçlandırma ve erozyon kontrolü tedbirlerinin alınması,
 - e) İçme-kullanma suyu havzalarında organik tarım faaliyetlerine veya iyi tarım uygulamalarına geçilmesinin teşvik edilmesi,
 - f) İçme-kullanma suyu temin edilen su kaynaklarının korunmasına yönelik denetimlerin öncelikli olarak yapılması,
 - g) İçme-kullanma suyu temin edilen su kaynaklarında 11/2/2014 tarihli ve 28910 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yüzeysel Sular ve Yeraltı Sularının İzlenmesine Dair Yönetmelik kapsamında izlemelerin yapılması,
 - ğ) İçme-kullanma suyunu kullanan idare veya idarelerce eğitim ve bilinçlendirme faaliyetlerinin etkin ve sürekli olarak yapılması, suyun verimli kullanımının ve kullanılmış suların yeniden kullanımının teşvik edilmesi,
 - h) 29/6/2012 tarihli ve 28338 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İçme Suyu Elde Edilen veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre yerüstü içme-kullanma suyu kaynağı kalitesinin A1 kategorisine getirilmesi,
 - ı) İçme Suyu Elde Edilen veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelikte yer almayan parametreler için 30/11/2012 tarihli ve 28483 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yerüstü Su Kalitesi Yönetmeliğinde belirtilen çevresel kalite standartlarının sağlanması, esastır”.

sularının korunma esasları için Yeraltı Sularının Kirlenmeye ve Bozulmaya Karşı Korunması Hakkında Yönetmeliğe gönderme yapılmış (madde 14), yer üstü suları için koruma esasları ayrı ayrı düzenlenmiştir (madde 7-13).

Yönetmelikte, içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan yer üstü sularının korunması için atıkların alıcı ortama bırakılması yasaklanmış, koruma planlarının hazırlanması gereği ifade edilmiştir. Yine bu alanların korunması amacıyla yapılaşma yasağı getirilmiş, idareye kamulaştırma yetkisi tanınmıştır:

“Mutlak koruma alanı

MADDE 9 –

(1) Mutlak koruma alanı, içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan tabii göl, baraj gölü ve göletlerin, maksimum su seviyesinden itibaren yatayda 300 metre genişliğindeki kara alanıdır. Söz konusu alanın sınırının içme-kullanma suyu havzası sınırını aşması hâlinde, mutlak koruma alanı, havza sınırında son bulur.

(2) İçme-kullanma suyu temin edilmesi amacıyla yapılması planlanan baraj gölü ve göletler ile su alınması planlanan tabii göllerin çevresinde, maksimum su seviyesinden itibaren içme-kullanma suyu alma yapısını merkez alan, yarıçapı 300 metre genişliğindeki alanın kara kısmındaki bölümü, içme-kullanma suyunu kullanan idare tarafından kamulaştırılır. İçme-kullanma suyunu kullanan idarece gerekli görülmesi durumunda yarıçapı 300 metre genişliğindeki alana ilave olarak mutlak koruma alanının bir kısmı veya tamamı kamulaştırılabilir.

...

(5) Mevcut yapılar aynen korunur. Ancak, insan sağlığı ve çevrede telafisi mümkün olmayan neticelere yol açabilecek faaliyetlerin gerçekleştirildiği tesisler, tehlikeli atık bertaraf tesisi, tehlikeli madde deposu ve benzeri mevcut yapılar kaldırılır. Yapı inşaat alanında değişiklik yapmamak ve kullanım amacını değiştirmemek şartıyla gerekli bakım ve onarım yapılabilir. Mevcut yapılardan, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca riskli yapı olduğu tespit edilenler, inşaat alanında değişiklik yapmamak, kullanım amacını değiştirmemek ve üzerinde bulunduğu taşınmazları ifraz işlemine tabi tutmamak şartıyla yıkılarak yeniden inşa edilebilir. Parsel tevhidini ile yapı yoğunluğu, inşaat alanı ve emsal değeri arttırılmaz³.

“Dere, çay ve nehirler için genel esaslar ve koruma alanı

MADDE 13 – (1) İçme-kullanma suyu temin edilen ve temin edilmesi planlanan dere, çay ve nehirlerin korunması amacıyla, regülatör, bent ve benzeri

3 Beşinci fıkradaki hüküm Yönetmeliğin kısa ve orta mesafeli koruma alanlarını düzenleyen maddelerinde de zikredilmiştir.

içme-kullanma suyu alma yapısını merkez alan, yarıçapı 300 metre genişliğindeki memba tarafındaki bölge, içme-kullanma suyunu kullanan idare tarafından kamulaştırılır. Bu alanda, içme-kullanma suyu projesine ait mecburi teknik tesisler haricinde hiçbir yapı yapılamaz ve faaliyete izin verilemez. Söz konusu dere, çay ve nehirlerden su alınarak faaliyetine izin verilmiş olan su ürünleri yetiştiricilik tesislerinin müktesep hakları saklıdır...”

Hükümlere bakıldığında, dere, çay ve nehirlerin 300 m. yakınındaki alanlarda zorunlu olan teknik tesisler haricinde yapı yapılamayacağı dolayısıyla sıkı bir yapılaşma yasağının olduğunu, bu alanda idarenin (içme-kullanma suyunu kullanan idarenin) kamulaştırma yapması gerektiğini; göl ve göletler de ise, mevcut yapılar haricinde yeni bir yapılaşmanın yasaklandığını, göl ve göletlerin 300 m. yakınındaki alanları idarenin kamulaştıracağını, daha ilerideki alanlar için takdir hakkına sahip olduğunu görebilmekteyiz⁴.

Söz konusu düzenlemelerle içme-kullanma suyu alanlarının/havzalarının korunmasının hedeflendiği muhakkak olup, bu amacı sağlamak için mülkiyetin devrini sağlayacak kamulaştırmanın gerekip gerekmediği, aynı amacı sağlayacak başkaca bir önlem/tedbir alınmasının mümkün olup olmadığı çalışmamızda değerlendirilmektedir.

I. Kamulaştırma ve Kamulaştırmanın Gerçekleştirilme Yöntemleri

Kamulaştırma; kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malları kamunun mülkiyetine aktarmasını veya bu taşınmaz mallar üzerinde irtifak hakkı kurmasını sağlayan bir idari işlemdir⁵. Mülkiyet hakkını sınırlayan hatta ortadan kaldıran ağır sonuçları olduğu için kamulaştırma işlemi Anayasanın 46. maddesinde de ayrıca düzenlenmiştir:

“Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırma ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprak-

4 Ancak, elbette ki bu yetkinin ilgili idarelerin görev ve yetkilerini konu alan kanunlarda öngörülmüş olması gerekmektedir. Örneğin 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ikinci maddesiyle “Kuruluş amacına dönük çalışmaların gerekli kılması halinde her türlü taşınmaz malı kamulaştırmak veya üzerinde kullanma hakları tesis etmek” yetkisi Genel Müdürlüğe verilmiştir.

5 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 206.

ların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçi-ye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır”.

Kamulaştırmada tesis edilecek işlemler, bedel hesaplaması, idare adına tes-til gibi hususlar ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda düzenlenmiştir. 2942 sayılı Kanunda kamulaştırmanın üç şekilde gerçekleştirilebileceği hükme bağ-lanmıştı.

- taşınmazın mülkiyetinin idareye devri suretiyle,
- kaynak ve irtifak hakkı tesis etmek suretiyle,
- taşınmazın mülkiyetinin kısmen idareye devri suretiyle.

Kanundaki ilgili maddeler şu şekildedir:

“Madde 3 – İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.”

“Madde 4 - Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.”

“Madde 12 – Kısmen kamulaştırılan taşınmaz malın değeri;

a) Kamulaştırılmayan kısmın değerinde, kamulaştırma sebebiyle bir de-ğişiklik olmadığı takdirde, o malın 11 inci maddede belirtilen esaslara göre takdir edilen bedelinden kamulaştırılan kısma düşen miktardır.

b) Kamulaştırma dışında kalan kısmın kıymetinde, kamulaştırma nedeni-yle eksilme meydana geldiği takdirde; bu eksilen değer miktarı tespit edilerek, kamulaştırılan kısmın (a) bendinde belirtilen esaslar dairesinde tayin olunan kamulaştırma bedeline eksilen değer eklenmesiyle bulunan miktardır.”

İdareler kamu yararının mevcudiyeti halinde kamulaştırma yoluna başvuracak olup, anılan maddelere göre; taşınmazın mülkiyetinin devri yoluna başvurmak yerine amaç için yeterli olduğu takdirde irtifak hakkı tesisini sağlamak veya taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını devralmak suretiyle kamulaştırma usulüne başvurabilecektir.

II. Mutlak Koruma Alanları İle Dere, Çay ve Nehir Koruma Alanlarında Kamulaştırmanın Gerekip Gerekmediği

Kamulaştırma işlemi, Anayasamızın 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanunu gereğince, kamu yararının mevcudiyeti halinde gerçekleştirilebilir. Kaldı ki, kamulaştırmanın muhatabı olan hakkın mülkiyet hakkı olduğu göz önünde bulundurulursa Anayasamızın 35. maddesi⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 1. Protokolünün birinci maddesi⁷ gereğince de aynı sonuca varmak mümkündür. Diğer bir yandan, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin kamu yararı amacına yönelik olması gerektiği de İdare Hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesinin 1982/11 E., 1982/4377 K. sayılı kararında da⁸, “açılacak yolun köy halkının yararına değil, bir iki aile yararına olduğu anlaşıldığı gibi, dosyada bulunan Sulh Hukuk Mahkemesi kararı da bu yolun açılmasında kamu yararı değil, bir kaç kişinin yararının olduğunu kanıtlar nitelikte bulunduğundan, dava konusu kamulaştırma kararında yasaya uyarlılık görülmemiştir” hükmüne yer verilmek suretiyle kamulaştırmanın toplumun bir kesiminin yararına değil kamunun yararına olması gerekliliği zikredilmiştir.

Bu kapsamda, “mutlak koruma alanları ile dere, çay ve nehir koruma alanlarının” kamulaştırılması da ancak kamu yararının sağlanması yani, alanda yapılaşmaya engel olunması ve su havzasının kirlilik gibi etkenlere karşı korunması amacıyla tesis edilebilmelidir. Zira Yönetmelikle amaçlanan içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunması ve iyileştirilmesi olduğu Yönetmeliğin “Amaç” başlıklı 2. maddesinden anlaşılmaktadır.

Bu durumda söz konusu alanların korunması için (yeni) yapılaşmanın engellenmesi ve koruma amaçlı alınacak tedbirlerin tercihi konusunda idarenin amaç için gerekli, elverişli ve orantılı olanını tercih etmesi gerekmektedir.

Diğer bir ifadeyle, yapılaşmanın engellenmesi ve su havzasının korunması kamulaştırma dışında başka bir suretle sağlanabilecekse idarenin mülkiyete son vermesinde herhangi bir kamu yararı bulunmayacağını ifade etmek mümkün

6 “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”.

7 “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. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

8 www.kazanci.com (14.11.2017).

görülmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 1. Protokolü gereğince mülkiyet hakkı ancak kamu yararı gereği sınırlandırılabilir olup, kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge olması gerekmektedir. Yani, yapılacak sınırlandırmada hakkın özüne dokunulmaması ve ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu' nun 2015/202 E. sayılı kararında⁹ aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

“Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğinden, bu sınırlamalar da, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağından, bu özgürlüğe ilişkin getirilecek sınırlamaların belirtilen gereklerle de uygun olması bir zorunluluktur. Bu açıdan yargı yerleri, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre irdelemelidir”.

Bu kapsamda, ilgili mevzuatta öngörülen amacın gerçekleşmesi yani su havzasının korunması için başka bir olanak mevcut ise (örneğin malik tarafından idareye tanınan hak, tapuda idare lehine verilen bir şerh veya malik tarafından verilen bir taahhütname) bu durumda kamulaştırma usulüne başvurulmasında kamu yararı bulunmayacağı gibi, kamulaştırma işleminin tesis edilmesinde herhangi bir gereklilik bulunmadığından, kamulaştırma işlemi sebep ve konu yönünden hukuka aykırı olacaktır.

Ayrıca, Danıştay 6. Dairesinin 2013/3623 E., 2015/3467 K. sayılı kararında¹⁰, koruma alanlarındaki üzerinde yapılaşma yasağı olan taşınmazın başka türlü kullanımı mümkün ise, kamulaştırma usulüne başvurulmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir:

“...Dava dosyasının incelenmesinden, uyuşmazlık konusu parselin onaylı imar plan sahası dışında, İSKİ İçme Suyu Havzaları Yönetmeliği çerçevesinde kısa mesafeli koruma alanı içinde kaldığı ve tarım arazisi vasfında olduğu, uzun bir süre geçmiş olmasına karşın davalı idarece herhangi bir kamulaştırma programının hazırlanmadığı, kamulaştırma işlemlerinin yapılmadığı ve taşınmazın ne zaman kamulaştırılacağı konusunda herhangi bir bilginin de verilmediği, bu sebeple tasarruf haklarının kısıtlandığı iddiasıyla taşınmazın kamulaştırma talebi ile davalı idareye yapılan başvurunun zimnen reddine

9 www.kazanci.com (14.11.2017).

10 www.kazanci.com (14.11.2017).

dair işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

...

Mülkiyet hakkının ihlal edilmiş sayılabilmesi için malikin mülkünden istifadesinin tamamen ortadan kaldırılmış olması gerekmektedir. Davacı taşınmazına erişim ve arazisi üzerindeki hakimiyetini kaybetmemiştir; diğer bir anlatımla davacının taşınmazını satma ve mülkünden tarımsal amaçla yararlanma hakkına hala sahiptir.

Davacı esas itibariyle kısa mesafeli koruma alanında kalması sebebiyle mülkü üzerinde yapılaşmaya gidemediğini, taşınmazı normal rayiç bedelle satamadığını iddia ederek bu davayı açmıştır. Taşınmazında kısıtlama bulunduğunu bildiren davacı, taşınmazı bakımından bir belirsizlik olduğunu taşınmazından istifade edemediğini, bu sebeple satışının da mümkün olmadığını belirtse de; davacı taşınmazının satış hakkının tamamen ortadan kalkmadığı bilinmelidir. Bunun dışında davacı taşınmazı açısından bir belirsizlik de söz konusu değildir. İmara kapalı olan bir taşınmazda yapılaşmaya gidilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan taşınmazın imara kapalı olması cihetiyle bir belirsizlik görülmemektedir. Dolayısıyla imara açılmamış bir arazi üzerinde davacının inşaat yapma imkânı olmasa da, sözü edilen mevzuat hükümlerine göre, arazide şartlara uyulmak şartıyla tarım yapma imkanı bulunmaktadır. Bu çerçevede mülkiyet hakkının engellediğinden söz edilemez. Bunun dışında imara kapalı olan bir arazinin imara açık araziler gibi satış koşullarına sahip olması düşünülemez. Tarım arazisi olan taşınmazın bu niteliğine göre satışı yapılabilir.

Bu durumda, davaya konu parselin mevcut imar plan sınırları içerisinde yer almadığı dikkate alındığında yapılaşmaya elverişli olmayan bir alan için mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı iddiasının yerinde olmadığı, tarım arazisi vasfı olan bu alanda mevcut duruma göre zirai faaliyetlerin yapılabilmesi bakımından herhangi bir kısıtlılığın bulunmadığı, davacının uyumsuzluk konusu taşınmazdan yararlanmasının tamamen ortadan kaldırılmadığı; dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden de söz edilemeyeceği hususu göz önüne alındığında, davaya konu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir...”

Söz konusu karar, malikin mülkiyet hakkını kullanamadığı gerekçesiyle kamulaştırma yapılması talebinin reddi istemli davada tesis edilmiş olup, Yüksek Mahkeme, İSKİ tarafından verilen red kararının hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Nitekim İSKİ tarafından da her koruma alanında kamulaşturmaya başvurulmamakta hatta anılan Danıştay kararında olduğu gibi maliklerin kamulaştırma yönündeki talepleri reddedilmektedir¹¹.

11 Örneğin bkz. <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-67192.html> (23.05.2016)

Dolayısıyla mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma yapılabilmesi için ilk olarak taşınmazın hiçbir suretle maliki tarafından kullanılamaması gerekmektedir. Yani, mülkiyet hakkının kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini barındırdığı düşünülürse¹², malikin bu yetkilerinden birini veya birkaçını kullanamaması sonucunu doğuracak haller için, kamulaştırma işleminin tesisi mümkündür. Ancak, bu halde de malikin beyanının ve iradesinin dikkate alınması gerekli olup; örneğin malik üzerinde yapılaşma yasağı olan uyumsuzluğa konu taşınmazı bahçe/arsa olarak kullanacaksa; idare tarafından ulaşılmak istenen amaç bu şekilde de sağlanabileceğinden ötürü, malikin mülkiyet hakkının kamulaştırma suretiyle sınırlandırılmasına/son verilmesine gerek olmayacaktır.

Söz konusu hususlar göz önünde bulundurulursa, örneğin tarla ya da yeşil alan olan bir taşınmazın mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma yapılması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. İdare tarafından malikten bir taahhüt alınmasıyla (üzerinde yapılaşma olmayacağı, temiz tutulacağı, gereken bakım vs. önlemlerin alınacağı yönünde) koruma sağlanabilecektir. İdarenin amacı sağlamak için gerekli ve elverişli olan en hafif önlemi; diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkını en az kısıtlayan usulü tercih etmesi imkanı varken önlemlerin en ağırını uygulaması hakkın sınırlandırılmasında bir ölçüt olan ölçülülük ilkesini bertaraf edecektir.

Ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenen amaca en uygun, elverişli ve orantılı aranın tercih edilmesi gerekli olduğu anlamına gelmektedir¹³. Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “gereklilik” ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “orantılılık” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir¹⁴.

Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahke-

12 Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 100.

13 Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 21.

14 Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013 karar tarihli Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararı, § 38, www.anayasa.gov.tr (22.12.2017).

mesi, kararlarında¹⁵ demokratik toplum düzeni için gerekli olmak ile ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş; *“Temel hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...”*¹⁶ diyerek amaca, temel haklara en az müdahaleyle ulaşmayı sağlayacak aracın tercih edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir¹⁷.

Bu kapsamda, söz konusu alanların korunması ve kirliliğinin önlenmesi için öngörülmuş olan ancak yasal bir şart olarak düzenlenmeyen kamulaştırmanın başka yöntemlerin tercihi mümkünken tercihi/uygulanması ölçüsüz bir tercih olması nedeniyle sebep, konu ve amaç yönünden hukuka aykırılık taşıyacaktır.

III. Mutlak Koruma Alanları İle Dere, Çay ve Nehir Koruma Alanlarında Mülkiyetin Devri Yoluyla Kamulaştırmanın Gerekip Gerekmediği

Ölçülülük ilkesi; kamulaştırma işleminin usulü ve gerçekleştirme şeklinin belirlenmesinde de kullanılacak bir kriterdir. Çalışmamıza konu alanlarda malik tarafından idareye tanınan bir hakkın tapuda şerh edilmesiyle kamulaştırmanın gerçekleşmesi durumunda yasal düzenlemelerde öngörülen amacın sağlanması mümkündür. Böylelikle kamulaştırma işlemiyle idarenin hedeflediği sonuç daha hafif bir yöntemle gerçekleşebileceğinden hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması gündeme gelmeyecek, idare de hedeflediği amaca ulaşabilecektir.

Taşınmaz üzerinde idare lehine hak tanınması ve bu hakkın tapuya şerh edilmesi, kamu yararı amacıyla veya kamu emlakı yararına özel kişilerin maliki olduğu taşınmaz mallar üzerine konulan sınırlamalar olup¹⁸ maliklerin mülkiyet hakkından doğan bazı haklarını kısmen sınırlayacaktır. Kamulaştırma Kanununda da öngörülen bu usul; hakkın konusu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet

15 Anayasa Mahkemesinin E.2007/4, K.2007/81 sayılı kararı, K.T. 18/10/2007; E. 2013/130, K. 2014/18 sayılı kararı, K.T. 29.01.2014; E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararı, K.T. 14.05.2015, Kararlar için bkz. www.anayasa.gov.tr (22.12.2017).

16 Anayasa Mahkemesinin E.2007/4, K.2007/81 sayılı kararı, K.T. 18/10/2007, www.anayasa.gov.tr (22.12.2017).

17 Adalet Mehtap Buluryer, B.No: 2013/5447, 16.10.2014 karar tarihli Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararı, § 106, RG. 10.01.2015, S.29232.

18 Antalya, Topuz, s. 114.

hakkından doğan kullanma ve/veya yararlanma ile ilgili yetkilerin bir kısmını veya tümünü hak sahibine sağlayan veya taşınmaz malikinin mülkiyetten doğan yetkilerden bazılarını kullanmasını hak sahibi idare yararına yasaklayan sınırlı aynı bir hak olup, söz konusu alanların korunması, kirliliğin önlenmesi gibi tedbir ve önlemlerin alınmasını sağlayıcı niteliğe sahip görünmektedir.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesinin 1986/832 E., 1986/897 K. sayılı kamulaştırma işleminin iptali istemli dava sonucu verdiği kararda¹⁹, “*Diyarbakır-Silvan karayolunun yapımında alttemel ve beton malzemesi olarak kullanılmak üzere gerekli malzemenin temini ve konkasör şantiye sahası olarak davacılara ait taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, kamulaştırma amacının geçici nitelik taşıyıp taşımadığı ve idarenin irtifak hakkı tesisi suretiyle amacına ulaşip ulaşamayacağına araştırıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır*” yönünde hüküm tesis edilmiştir.

Aynı Dairenin 1986/363 E., 1986/525 K. sayılı kararında da²⁰ aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“Dava dosyasının incelenmesinden, davacının da paydaşı olduğu taşınmazların davalı idare tarafından diğer paydaşların muvafakat verdiği belirtilerek bir şirkete ait ruhsatname sahasında yapılacak üç boyutlu sismik etüd için gerekli olduğu nedeniyle kamulaştırılmış bulunduğu anlaşıldığından, Mahkemece davacı dışındaki paydaşların muvafakat verip vermedikleri konusunda belge olup olmadığı araştırılmaksızın karar verilmesinde isabet olmadığı gibi, sismik etüdün geçici nitelikte bir faaliyeti kapsayıp kapsamadığı belirlenerek kamulaştırma yerine taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi suretiyle amacın gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığının da incelenmemesi yerinde görülmemiştir”.

Kaldı ki, Yönetmelikte de, kamulaştırmadan bahsedilmiş olmakla birlikte, bu kamulaştırmanın taşınmazın tamamının mülkiyetinin devri yoluyla olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple İdare, yukarıdaki kararlarda da belirtildiği üzere, taşınmaz üzerinde lehine bir hak tesisini sağlama yoluna giderek; takdir yetkisini, sınırı olan kamu yararı, hizmetin gerekleri, hukukun genel ilkeleri, hakkaniyet, eşitlik, ölçülülük gibi ilkeleri dikkate alarak kullanmış olacaktır.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesinin 2003/917 E., 2003/4220 K. sayılı ve 2004/1374 E., 2006/1416 K. sayılı kararlarında²¹ alt sınır üzerinde idari para

¹⁹ www.kazanci.com (22.12.2017).

²⁰ www.kazanci.com (22.12.2017).

²¹ www.kazanci.com (22.12.2017).

cezası uygulanmasının haklı bir sebebinin olması gerektiği ifade edilmiş olup, tedbirlerin veya yaptırımların en hafifinden daha ağır olanın tercihi halinde bu tercihin gerekçelendirilmesi gerektiği; ancak haklı bir sebebin mevcudiyeti halinde, diğer bir ifadeyle ölçülü olduğunun tespit edilmesi halinde hukuken geçerli olacağı ifade edilmiştir.

Sonuç

İçme-kullanma suyu koruma havzalarında özel mülkiyet konusu olan taşınmazlara ilişkin olarak, idarenin mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma yoluna başvurmadan önce başvurabileceği daha hafif koruma tedbirleri uygulaması mümkünken taşınmazın mülkiyetinin devri yoluyla kamulaştırılmasında takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine ve hakkaniyete aykırı kullanımı söz konusu olacaktır. Oysaki idare yasal düzenlemelerde öngörülen amacı hak tesis yoluyla sağlayabilecek olup; ancak, taşınmazın kullanımına engel olan, diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkını kullanılmaz hale getiren sınırlamalarda mülkiyetin devri yoluna başvurabilmelidir²².

Diğer bir yandan, idarenin mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırmadan daha hafif yöntemleri tercih etmemesi durumunda, taşınmaz bedelinin tümünün ödenmesi gerekecektir. Oysa ki, idare tarafından malikten alınacak bir taahhütname ile korumanın sağlanabilmesi ihtimalinde veya irtifak hakkı yoluyla kamulaştırma yoluna başvurması durumunda ödenecek bedelin daha az miktarda olacağı muhakkak olup, daha az bedel ödeyebilecekken daha fazla bedelin ödenmesi de kanımızca kamu yararına uygun bir sonuç da sağlamayacaktır.

Dolayısıyla, Yönetmeliğin kamulaştırma yetkisi tanıyan hükmünün uygulayıcı idareler tarafından salt olarak mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma olarak okunmaması; koruma ve iyileştirmeyi sağlamak için yeterli olması durumunda malikten taahhüt alarak bu korumanın sağlanabileceğine²³ dair düzenlemenin de öngörülmesi kanımızca yerinde olacaktır.

22 Bu yöndeki Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 2010/12640 E., 2011/778 K., 2014/12105 E., 2014/15593 K. sayılı kararları, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 2003/12076 E., 2003/14511 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.kazanci.com (22.12.2017).

23 Taahhüde uyulmaması halinde elbette ki idare elinde olan diğer imkanları kullanabilecektir.

KAYNAKLAR

- Antalya, Gökhan, Topuz, Murat, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar*, Başlangıç Hükümleri, 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.
- RG. 10.01.2015, S.29232.
- R.G. 28.10.2017, S. 30224.

Elektronik Kaynaklar

- www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.12.2017)
- <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-67192.html> (Erişim Tarihi: 23.05.2016)
- www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 14.11.2017 / 22.12.2017)

ÖZ

645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, Orman ve Su İşleri Bakanlığının görevleri arasında; su kaynaklarının korunmasına ve sürdürülebilir bir şekilde kullanılmasına dair politikalar oluşturmak, ulusal su yönetimini koordine etmek sayılmıştır. Bu kapsamda, Kanununun 26. maddesinde de zikredildiği şekilde, Bakanlık görev ve yetkilerine ilişkin konularda idari düzenleme yapma yetkisini kullanarak İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmeliği tesis etmiştir.

İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmeliği'nde içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan yer üstü sularının korunması için atıkların alıcı ortama bırakılması yasaklanmış, koruma planlarının hazırlanması gereği ifade edilmiştir. Yine bu alanların korunması amacıyla yapılaşma yasağı getirilmiş, idareye kamulaştırma yetkisi tanınmıştır.

Kamulaştırma yetkisinin kullanımı, mülkiyetin devri, kaynak ve irtifak hakkı kurulması ile taşınmazın kısmen kamulaştırılması şeklinde gerçekleştirilebilecektir.

Ancak, içme-suyu koruma havzalarında bu yetkinin her zaman mülkiyetin devri sonucunu doğuracak şekilde kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Kamu yararı ve ölçülülük ilkeleri ışığı altında idari irtifak kurularak kamulaştırma yapılması da mümkün görünmektedir. Ayrıca; yasal düzenlemelerde öngörülen amaçların sağlanması bakımından malikten belirli konularda taahhüt alınması; gereken koruma tedbirlerini alması ve faaliyetlerini yürütmesi için yeterli olacaksa, ilgili idarelerin kamulaştırma yetkisini kullanmayarak, bu yolu tercih etmesi kanımızca mümkün görünmektedir.

Anahtar kelimeler: Su havzaları, içme-kullanma suyu, kamulaştırma, irtifak hakkı, ölçülülük ilkesi.

6306 Sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu*

The Appeal Procedure and Action for Nullity Cases against Administrative Transactions Related to Implementation Areas of Code No. 6306

Halit Eyüp ÖZDEMİR**

Melih KOÇ***

ABSTRACT

The Law regarding the Transformation of Areas under Disaster Risk No. 6306, which was published in the Official Gazette dated 31.05.2012 and numbered 28309 regulates the implementation of Urban Transformation in Turkey. The cited law includes several procedural and rudimentary rules concerning the urban transformation and the implementation thereof, leads to several disputes. Nevertheless, most of the legal problems encountered in urban transformation practice arise from the determination of risky structures, risky areas, and reserve building areas.

A special administrative appeal procedure concerning risky buildings has been foreseen by the Law No. 6306. Furthermore an administrative application procedure for the determination of the risky buildings is set forth by the Article 11 of the Administrative Proceedings Code no. 2577. However, no special objection procedure against the risky area decisions is envisaged and the administrative appeal procedure stipulated by article 11 of Administrative Proceedings Code is closed for such claims are urgent judicial procedure.

In addition, it is possible to file an action for nullity before the Council of State and the Administrative Courts against these transactions. The nullity claims against these transactions present certain particularities. Within the context of this article, the aforementioned transactions are briefly mentioned and the appeal procedure and action for nullity cases against these transactions are examined.

Keywords: Transformation of areas under disaster risk no. 6306, urban transformation, risky buildings, risky areas, reserve building areas.

* Makale gönderim tarihi: 04.12.2017. Makale kabul tarihi: 15.12.2017.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

*** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

Giriş

Türkiye dünyanın aktif deprem kuşaklarından biri olan Alp-Himalaya deprem kuşağı üzerinde yer alır. Ülkemizin yüz ölçümünün %42'si birinci derece deprem kuşağı üzerindedir¹.

Önemli bir deprem tehlikesi altında bulunan yerleşim bölgelerimizde çoğunluğu yakın dönemlerde inşa edilmiş büyük bir yapı stoku bulunmaktadır. Yalnızca İstanbul'da bir milyon kadar (bugün itibariyle bu sayı daha fazladır) bina bulunduğu tahmin edilmektedir. Bu yapı stokundaki yapıların büyük bir bölümünün yeterli deprem güvenliği taşımadığı bilinmektedir. Zira bunların pek çoğu mühendislik hizmeti görmemiş, dolayısıyla deprem etkileri göz önünde tutulmadan tasarlanmış ve yapılmıştır. Özellikle büyük kentlerin birçoğunda bulunan çok sayıdaki kaçak/ruhsatsız binalar ile kırsal konutların birçoğu bu niteliktedir². 2012 yılı verilerine göre sadece İstanbul'da bulunan yapıların yaklaşık % 60'ı deprem yapılaşma standartlarına uygun değildir³.

Özellikle deprem gibi doğal afetlerin sıklıkla meydana geldiği ve büyük can ve mal kayıplarına neden olduğu, ayrıca çarpık yapılaşmanın son derece yaygın olduğu ülkemizde kentsel dönüşüme ilişkin hukuki altyapının oluşturulması kaçınılmaz hale gelmiştir.

Her ne kadar 5104 sayılı "Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu" örneğinde olduğu gibi, zaman zaman yerel nitelikte düzenlemeler yapılmış olsa da genel nitelikte ilk yasal düzenleme 31.05.2012 tarihli ve 28309 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun"dur (6306 sayılı Kanun).

6306 sayılı Kanun, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılmıştır.

6306 sayılı Kanun, kent bazında riskli alan ve riskli yapıların dönüştürülmesini ve gerçekleştirilecek uygulamalara ilişkin olarak rezerv yapı alanlarını konu edinmektedir. Özellikle yukarıda belirtildiği üzere deprem riski altında olan bölgelerin yeniden düzenlenmesi zorunludur. Bu nedenledir ki 6306 sayılı Kanunla, özel mülkiyete konu olan taşınmazların, afetlere karşı dayanıklılığı test edilerek test sonucu dayanıksız olduğu tespit edilen taşınmazların yerlerine yeni ve dayanıklı yapıların inşa edilmesi, ayrıca zeminin özelliği gereği afet riski taşıyan

1 <http://www.icisleriafad.gov.tr/lkemizin-deprem-riski-haritasi>, (ET: 01.12.2017).

2 <http://www.csb.gov.tr/turkce/dosya/yapidepguv.pdf>, s. 1, (ET: 01.12.2017).

3 Gürsel Öngören / İlker Çolak, *Kentsel Dönüşüm Rehberi*, 2. Baskı, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2015, s. 28.

alanların da boşaltılması sağlanmaktadır⁴.

6306 sayılı Kanun'a göre, bu kanunun amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak işlem ve eylemlerde bulunmaya Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, TOKİ, Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler ile bu sınırlar dışında il özel idareleri, büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyeleri yetkilidir.

Bunlara ek olarak 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesi⁵ uyarınca Alt Yapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü de 6306 sayılı kanun kapsamında yetkili idaredir. Ayrıca bir alanın riskli alan olarak belirlenmesinde Bakanlar Kurulu yetkilidir⁶.

Birçok idari kararı ve süreci içerisinde barındıran 6306 sayılı Kanun'da belirtilen iş ve işlemleri temelde üç ana başlıkta toplamak mümkündür. Bunlar; uygulama alanlarının tespiti, uygulama işlemleri ve uygulama sonrası işlemlerdir.

6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak olan uygulamalar üç farklı alanda gerçekleşebilir. Bunlar; riskli alanlar⁷, riskli yapılar⁸ ve rezerv yapı alanlarıdır⁹.

Aşağıda uygulama alanlarının tespitine ilişkin bu süreçlerden kısaca bahsedilerek, ardından bu kararlara karşı itirazlara ve bu kararların iptali için idari yargı düzeninde açılacak iptal davalarına ilişkin hususlar değerlendirilecektir.

4 Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 131.

5 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin 1. fıkrası;
Alt Yapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğünün görevleri şunlardır;

...

(d) Dönüşüm, yenileme ve transfer alanlarının belirlenmesi, dönüşüm alanı ilan edilen alanlardaki yapıların tespiti ile arsa ve arazi düzenleme ve değerlendirme iş ve işlemlerinin yapılmasını sağlamak; dönüşüm uygulamalarında hak sahipliği, uzlaşma, gerektiğinde acele kamulaştırma, paylı mülkiyete ayırma, birleştirme, finansman düzenlemelerinde bulunma, dönüşüm alanları içindeki gayrimenkullerin değer tespitlerini yapma ve Bakanlıkça belirlenen esaslar ve proje çerçevesinde hak sahipleri ile anlaşmalar sağlama, gerektiğinde yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme, kat mülkiyeti tesisi, tescili ve imar hakkı transferi ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek.

6 Osman Oy, Selahattin Nazik, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı - Riskli Alan ve Riskli Yapılar*, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 54.

7 6306 sayılı Kanun'un 2/1-ç maddesine göre; "Riskli alan: Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alanı" ifade etmektedir.

8 6306 sayılı Kanun'un 2/1-d maddesine göre; "Riskli yapı: Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı" ifade etmektedir.

9 6306 sayılı Kanun'un 2/1-c maddesine göre; "Rezerv yapı alanı: Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanları" ifade etmektedir.

I. Riskli Yapı Tespiti ve Bu Karara Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu

Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapılar 6306 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre riskli yapılardır. Bu yapıların tespiti, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesindeki hüküm uyarınca; aynı yönetmelik Ek-2' de yer alan riskli yapıların tespit edilmesine ilişkin esaslara göre yapılmaktadır.

Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılmaktadır. Ancak inşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilemezler¹⁰.

6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğine göre söz konusu tespit usulünde öncelik; riskli yapı tespitinin yapı malikleri veya kanunî temsilcileri tarafından, masrafları kendilerine ait olmak üzere yaptırılmasıdır. Riskli yapı tespiti talebi, talebe ilişkin dilekçe, güncel tapu durum belgesi ve kimlik belgesinin fotokopisi ile yapılır. 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu var ise, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılır.

Eğer malikler veya kanuni temsilcileri bir tespit talebinde bulunmazlarsa, Bakanlık tarafından süre verilerek maliklerden veya kanunî temsilcilerinden riskli yapı tespiti yaptırılmaları istenebilir. Söz konusu tespit Bakanlık tarafından verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, Bakanlıkça veya İdarece¹¹ yapılır veya yaptırılır. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdarenden de isteyebilir.

Özetle; riskli yapının tespiti malik ve kanuni temsilciler tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılmış yetkili kurum ve kuruluşlardan yaptırılabilir. Ancak malik veya kanuni temsilcilerinin riskli yapı tespiti yaptırmamaları halinde tespitler Bakanlık veya diğer yetkili idareler tarafından yapılır veya yaptırılır.

Riskli yapı tespitinde bulunmaya yetkili kurum ve kuruluşlar 6306 sayılı Ka-

10 6306 Sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği madde 7.

11 6306 sayılı Kanun'un 2/1-b maddesine göre; "İdare: Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini" ifade eder.

nunun Uygulama Yönetmeliğinin 6. maddesinde sayılmıştır. Bunlar; Bakanlık, İdare ve Bakanlıkça lisanslandırılan; kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler, depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları, 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları ve 27/1/1954 tarihli ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlardır. Yukarıda sayılan bu kurum ve kuruluşlar tarafından riskli yapılar tespit edilebilir¹².

Yapılan testler sonucu elde edilen sonuçlar bir rapor olarak, tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde, tespiti yapan idarece veya lisanslandırılmış kurum veya kuruluşça, tespiti konu yapının bulunduğu ildeki Müdürlüğe¹³ veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye gönderilir. Raporlar Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde incelenir ve herhangi bir eksiklik tespit edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapılmak üzere raporu düzenleyen kurum veya kuruluşa iade edilir. Yapılan incelemede raporlarda herhangi bir eksiklik yok ise, riskli yapılar, Müdürlükçe en geç 10 iş günü içinde, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtmek üzere ilgili tapu müdürlüğüne bildirir.

II. Riskli Yapı Tespitine Karşı İtiraz Yolu

Kendisine riskli yapı bildiriminde bulunulan tapu müdürlüğü tarafından, 7201 sayılı Tebliğat Kanunu'na göre aynı ve şahsi hak sahiplerine, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde riskli yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğe itiraz edebilecekleri, aksi takdirde idarece verilecek süre içerisinde riskli yapının yıktırılması gerektiği tebliğ edilir.

Bu tebliğ ile birlikte 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen itiraz hakkı da doğmuş olacaktır. Her ne kadar riskli yapı tespiti malikler ve kanuni temsilcilerin yanı sıra aynı ve şahsi hak sahiplerine de tebliğ ediliyor olsa da 6306 sayılı Kanun'un 3/1. maddesi ve Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 6. fıkrasındaki hüküm¹⁴ gereği söz konusu risk tespitine ilişkin itiraz hakkı sadece maliklere ve

12 Detaylı bilgi için bk. Ali Güvenç Kiraz, *A'dan Z'ye Kentsel Dönüşüm*, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 5.

13 Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesi uyarınca Müdürlük; Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü olan illerde bu Müdürlüğü, diğer illerde ise Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğünü ifade eder.

14 Uygulama Yönetmeliğinin 7. maddesinin 6. fıkrası; "Riskli yapı tespitine karşı yapı malikleri veya kanuni temsilcilerince on beş gün içinde yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğe verilecek bir dilekçe ile itiraz edilebilir. İtirazın süresi içerisinde ve yapı malikince yapıp yapılmadığı Müdürlükçe kontrol edilir. Süresi içinde yapılmayan itirazlar ile yapı malikince veya malikin vefat etmiş olması halinde mirasçılarnca yapılmayan itirazlar işleme alınmaz.

onların kanuni temsilcilerine tanınmıştır. Burada aynı ve şahsi hak sahiplerine tebligat yapılmasındaki amacın söz konusu kişilerin haberdar edilerek gerekli önlemleri alabilmelerinin sağlanması olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Bununla birlikte doktrinde; gerek Kanunda gerekse Uygulama Yönetmeliği'nde malikler tarafından yaptırılan tespitlere ilişkin itiraz hakkının bulunmadığına dair bir düzenleme bulunmadığından bu yönde bir kısıtlamanın da söz konusu olmadığı, ayrıca malikler tarafından yaptırılan tespitlere ilişkin raporların doğrudan müdürlüklere sunulduğu, maliklerin herhangi bir iradesinin veya etkisinin risk tespitlerinde yer almadığı ve bu nedenle de tespit raporlarına aynı ve şahsi hak sahiplerinin itiraz etmelerinde herhangi bir sakıncanın bulunmadığı savunulmaktadır¹⁶. Ancak Kanunda açıkça kimlerin itiraz edebileceği düzenlenmediğinden, İdarelerin bu kişiler dışındaki itirazları reddedeceği düşünülmektedir.

Ayrıca belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus da itirazın içeriğidir. Doktrinde malikler veya kanuni temsilciler tarafından yapılacak olan itirazın, itiraza konu risk tespit raporunun içeriğine değil, risk tespitinin kendisine olduğu belirtilmektedir. Yani ilgililer riskli yapı tespitine itiraz etmektedirler. Raporda yer alan ayrıntılı ölçüm ve testlere itiraz edemezler. Çünkü risk tespitine ilişkin rapor ilgililere tebliğ edilmemekte, sadece raporun sonucu ilgililere tebliğ edilmektedir¹⁷. Ancak doktrinde bu görüş savunulmakla birlikte aslında risk tespitine itiraz, doğal olarak bu tespitin gerekçelerini oluşturan teknik rapora da itiraz edildiği anlamına gelir. Zira teknik rapordaki veriler değerlendirilmeden bu verilere dayanan tespite ilişkin itiraz hakkında bir kanaate varılamaz. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde malik ve kanuni temsilcilerin raporun kendisine de ulaşabilmeleri ve itiraz edebilmeleri mümkündür.

İtiraz mercii, Uygulama Yönetmeliğinin 7. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü olan illerde bu müdürlük, diğer illerde ise Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüdür. İtirazlar bu müdürlüklere dilekçe ile yapılır¹⁸.

Süresi içinde yapılan itirazlar müdürlük tarafından itirazı karara bağlamaya yetkili olan teknik heyete gönderilir. Eğer riskli yapının bulunduğu yerde kurulmuş bir teknik heyet yoksa söz konusu itirazlar müdürlük tarafından o il için yetkilendirilmiş teknik heyetin bulunduğu ildeki müdürlüğe gönderilir ve bu ildeki teknik heyet tarafından itirazlar karara bağlanır.

15 Öngören, Çolak, s. 97.

16 Suat Şimşek, *Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 55. Üstün, s. 135. Onur Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 89.

17 Öngören, Çolak, s. 97.

18 Mehpare Çaptuğ, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 138.

Süresi içerisinde yapılan itirazların değerlendirilmesi amacıyla Bakanlık tarafından gerekli görülen yerlerde teknik heyet kurulur. Teknik heyetin nasıl kurulacağı ve çalışma usul ve esasları yine aynı Yönetmeliğin 9. ve 10. maddelerinde düzenlenmiştir¹⁹.

19 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği;

Teknik heyetlerin teşkili

MADDE 9 - (1) Riskli yapı tespitlerine karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere, ihtiyaca göre Bakanlıkça gerekli görülen yerlerde yeteri kadar teknik heyet teşkil edilir.

(2) Teşkil olunacak her bir teknik heyet için; yüksek öğretim kurumlarından ilgili meslek alanlarında, 28/1/1982 tarihli ve 17588 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Öğretim Üyeliklerine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliği uyarınca en az yardımcı doçentlik kadrosuna atanmış öğretim üyeleri arasından, üniversite rektörlerince belirlenecek dört adet asil ve dört adet yedek üyenin bilgileri talep olunur.

(3) Öğretim üyelerine ilişkin bilgiler, talep tarihinden itibaren en geç on beş gün içerisinde Bakanlığa bildirilir.

(4) (Değişik:RG-27/10/2016-29870) Teknik heyet, üniversitelerden bildirilen dört üye ile ikisi inşaat mühendisi ve biri de jeoloji veya jeofizik mühendisi olmak üzere, Bakanlık teşkilatında görev yapan üç üyenin iştiraki ile yedekleri ile birlikte yedi üyeli olarak teşkil edilir.

(5) (Değişik:RG-25/7/2014-29071) Bakanlıkça iki yılda bir ocak ayında teknik heyet üyelikleri yenilenir. Yeni üyeler görevlendirilinceye kadar mevcut üyeler görevine devam eder. Görev süresi dolan üye tekrar görevlendirilebilir.

Teknik heyetin çalışma usul ve esasları

MADDE 10 – (1) Teknik heyetin ilk toplantısında üyeler aralarından birini başkan olarak seçer.

(2) Teknik heyetin idarî ve teknik hizmetleri, teknik heyetin bulunduğu ildeki Müdürlükçe yürütülür. Teknik heyetin gündemi Müdürlükçe hazırlanır.

(3) Teknik heyet, görüşülecek dosya sayısı ve olağanüstü durumları da göz önüne alarak, ayda en az bir defa toplanır. Müdürlük, gerekli gördüğünde teknik heyeti olağanüstü toplantıya davet edebilir. (Değişik cümle:RG-27/10/2016-29870) Toplantının yeri, günü ve saati Müdürlükçe en az üç gün önceden üyelere bildirilir.

(4) Teknik heyet, en az beş üyenin iştiraki ile toplanır ve toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu ile karar alır; oyların eşitliği hâlinde, Başkanın taraf olduğu görüş çoğunlukta sayılır.

(5) Teknik heyet tarafından gerek görülmesi hâlinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlardan uzmanlar, oy hakları olmaksızın görüşleri alınmak üzere toplantılara davet edilebilir.

(6) Gündemdeki konu kendisi veya üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile ilgili bulunan veyahut gündemdeki konu ile herhangi bir şekilde menfaat münasebeti bulunan üye, teknik heyet toplantısına katılamaz ve oy kullanamaz.

(7) (Değişik:RG-27/10/2016-29870) Teknik heyet, itiraz dilekçesinde gösterilen itiraz sebebi ile bağlı olmaksızın riskli yapı tespit raporunun teknik yönden bütün unsurları ile Ek-2’de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslara uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını inceler. Riskli yapı tespit raporunda teknik yönden eksiklik tespit edilmesinde gerekli düzeltmelerin yapılması için raporun lisanslı kurum veya kuruluşa gönderilmesine karar verilir ve rapordaki eksikliklerin tamamının düzeltilmesinin sağlanmasından sonra yapının riskli ya da risksiz olduğuna ilişkin nihai karar verilir. Teknik heyet, gerek görmesi halinde itiraza konu edilen yapıyı bizzat yerinde inceleyebilir veya yapının yerinde incelenmesini Müdürlükten isteyebilir. Ancak, yapının riskli olup olmadığına ilişkin nihai karar, yapının riskli yapı tespiti yapıldığı tarihteki durumuna ve özelliklerine göre verilir. Teknik heyette alınan kararlar, teknik gerekçeleri belirtilerek yazılır, başkan ve üyelerce imzalanır. Bakanlığa ve tespiti yapan veya yaptıran İdareye tüm kararlar itiraz eden malike ise sadece nihai karar bildirilir. Teknik heyette, karara bağlanan riskli yapı tespit raporuna karşı başka bir malike yapılan itiraz üzerine yeniden inceleme yapılmaz.

Özetle; riskli yapı tespitine ilişkin itirazlar, malikler veya kanuni temsilcileri tarafından tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde ilgili müdürlüklere dilekçe ile yapılmaktadır. Süresinde yapılan itirazlar, Bakanlıkça oluşturulan teknik heyetlerce incelenir ve karara bağlanır. İtiraz üzerine verilen kararlar idari açıdan kesinleşir.

Bu bağlamda, itiraz üzerine idarenin ne süre içerisinde cevap vermemesi halinde itirazın zımnen reddedilmiş sayılacağı da belirlenmelidir. Yargı organları, bu durumda zımni red süresinin 60 gün olduğuna karar vermiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi'nin Y.D. İtiraz No: 2017/142 sayılı kararına konu olayda, İstanbul İli ... parselde bulunan taşınmazın 6306 sayılı Kanun Gereğince Riskli Yapı olarak tespit edilmesine ilişkin... Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğü'nün 01.10.2015 tarihli işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle dava açılmıştır. İlk derece mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itiraz neticesinde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi 10.02.2017 tarihli ve 2017/142 Y.D. İtiraz No'lu kararında, riskli yapı belirtmesi tesisine ilişkin işlemin davacıya 09.10.2015 tarihinde tebliğ edildiği, davacı tarafından 16.10.2015 tarihinde davalı belediye nezdinde itirazda bulunulduğu, bu itirazın davalı idare tarafından cevap verilmeyerek 15.12.2015 tarihinde zımnen reddedildiği tespitini yaparak, zımni ret süresinin 60 gün olduğuna karar vermiştir.

İtiraz edilmemesi veya itirazların reddedilmesi suretiyle riskli yapı tespitinin kesinleşmesi sonrasında söz konusu yapı hakkında yıkım kararı alınır²⁰. Ancak bu aşamada, malikler tarafından riskli yapının yıkılması yerine güçlendirilmesinin istenmesi ve Uygulama Yönetmeliğinin 8. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen diğer şartların yerine getirilmesi halinde söz konusu yapı güçlendirilir ve yıkım gerçekleşmeden tapu kaydındaki riskli yapı belirtmesi kaldırılabilir.

Şöyle ki; Uygulama Yönetmeliğinin 8. maddesinin 5. fıkrasındaki hüküm uyarınca maliklerin; idarece riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılmasına ilişkin

(8) (Değişik:RG-27/10/2016-29870) Hangi sebepten dolayı olursa olsun, yıllık izin, hastalık ve mazeret izinleri sebebiyle bulunamama hâlleri hariç olmak üzere, bir yıl içinde sekiz veya üst üste üç toplantıya iştirak etmeyen teknik heyet üyesinin üyeliği kendiliğinden sona erer. Üyeliği sona eren üyenin yerine yeni üye görevlendirilir. Başkanın üyeliğinin sona ermesi durumlarında üyeler kendi aralarından birini yeni başkan olarak seçer.

(9) Teknik heyet üyeleri, üyelikleri süresince yaptıkları görev ile ilgili olarak hiçbir menfaat sağlayamazlar. Aksine davrandığı tespit edilenlerin üyeliği Bakanlıkça sona erdirilir.

20 Riskli yapı tespitine ilişkin karara karşı iptal davası açılmış ve yıkım kararı alınmadan önce mahkeme tarafından yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş ise söz konusu yapıya ilişkin olarak yıkım kararı alınmaz. Yıkım kararı alındıktan sonra yürütmenin durdurulması kararı alınmış olması halinde ise söz konusu yıkım kararı uygulanmaz.

olarak verilen ve 60 günden az olmayan süre içerisinde ya da verilen bu süre içerisinde malikler tarafından yıkımın gerçekleştirilmemiş olduğunun tespiti üzerine yapının idarî makamlarca yıktırılacağına ilişkin olarak verilen ve 30 günden az olmayan ek süre içerisinde, güçlendirmenin teknik olarak mümkün olduğunu tespit ettirmeleri, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasında²¹ belirtilen şekilde güçlendirme kararı almaları, güçlendirme projesini hazırlatmaları ve imar mevzuatı çerçevesinde ruhsat almaları gerekmektedir. Güçlendirme işi, yapılacak güçlendirmenin mahiyetine göre ruhsatı veren idare tarafından belirlenecek süre içerisinde tamamlandıktan sonra tapu kaydındaki riskli yapı belirtmesinin kaldırılması için Müdürlüğe başvurulur. Böylelikle riskli yapı tespitinin kesinleşmesine rağmen söz konusu yapının yıkımı gerçekleştirilmeyerek tapudaki riskli yapı belirtmesi kaldırılmış olur.

Malikler tarafından usulüne uygun şekilde yapılan güçlendirme işlemi söz konusu değilse ve riskli yapı tespitine ilişkin 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen itiraz yoluna da başvurulmamışsa, bu durumda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) madde 11'de düzenlenen ihtiyari nitelikteki idari başvuru yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı da üzerinde durulması gereken bir diğer önemli noktadır.

İYUK madde 11'e göre; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun'da öngörülen itiraz yolunun zorunlu olup olmadığı önem taşımaktadır. Söz konusu düzenlemenin lafzına bakıldığında "*iti-*

21 Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiği ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz. Kat maliki kendi bağımsız bölümünde anayapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamaz. Tavan, taban veya duvar ile birbirine bağlantılı bulunan bağımsız bölümlerin bağlantılı yerlerinde, bu bölüm maliklerinin ortak rızası ile anayapıya zarar vermeyecek onarım, tesis ve değişiklik yapılabilir."

raz edilebilir” ibaresi yer aldığından buradaki itiraz yolunun ihtiyari olduğunu söylemek mümkündür²².

İmar mevzuatına ilişkin olarak özel kanunlarda düzenlenen ihtiyari başvuruların, İYUK madde 11’deki üst makamlara başvuruyu kaldırmadığına ilişkin Danıştay kararlarının²³ yanı sıra doktrinde de İmar Kanunu’nda düzenlenen itiraz yolunun haricinde ilgililerin İYUK madde 11’deki başvuru haklarının da bulunduğu kabul edilmektedir²⁴.

Bununla birlikte, yukarıda söz edilen imar mevzuatına ilişkin istisna dışında Danıştay’ın özel kanunlarda idari başvuru yolu düzenlenmiş olan konulara ilişkin genel yaklaşımı, bu halde İYUK madde 11’deki ihtiyari başvuru yolunun söz konusu olamayacağı yönündedir²⁵. Bir başka deyişle kanunda -ihtiyari de olsa- idari başvuru yolunun özel olarak düzenlenmesi durumunda genel başvuru yolu olan İYUK madde 11’deki başvuru yoluna gidilemeyecektir. Doktrinde de bu görüş savunulmaktadır²⁶. Burada hukukun genel kurallarından olan “*genel kuralla özel kuralın çatışması halinde özel kuralın uygulanacağı*” kuralı tatbik edilmektedir. Buradan hareketle riskli yapı tespitine ilişkin verilen kararlara karşı da İYUK madde 11’de düzenlenen genel başvuru yoluna gidilemeyeceğini söylemek mümkündür.

III. Riskli Yapı Tespitine Karşı İptal Davası Yolu

Yetkili kurum ve kuruluşlarca hazırlanan ve Müdürlüğe gönderildikten sonra onaylanarak bir taşınmaz riskli yapı statüsüne sokan karar, bir idari işlemdir.

Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasına göre; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdari işlem niteliğinde olan riskli yapı tespitine

22 Nitekim İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi yapılan bir istinaf başvurusunda ilk derece mahkemesinin riskli yapı raporuna itirazın zorunlu olduğu, itiraz sonucunda tesis edilen işlem üzerine dava açılabileceği dolayısıyla davacıların rapora itiraz etmediklerinin tespiti nedeniyle davayı incelenmeksizin reddeden kararını, 30.12.2016 tarih 2016/123 E.ve 2016/100 K. sayılı kararıyla; davacıların ikamet ettiği bina hakkında riskli yapı raporu düzenlenerek davacıların bilgilendirilmesi üzerine doğrudan dava açıldığı, mevzuatta seçimlik hak olarak öngörülen itiraz yolu işletilmediği, bu durumda davacının riskli yapı raporuna karşı doğrudan dava açma hakkı bulunduğu gerekçesiyle kaldırmıştır.

23 Danıştay 6. D., E. 2000/5692, K. 2001/6248, T. 10. 12. 2001, Danıştay 6. D., E. 2009/3226, K. 2009/9323, T. 07.10.2009.

24 Halit Eyüp Özdemir, “Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi” *Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 89- 90, Y. 2011, s. 144.

25 Danıştay İDDGK, E. 2004/629, K. 2004/573, T. 13.05.2004. Cafer Ergen, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 187.

26 Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 788; Yusuf Sertaç Serter, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 290.

ilişkin kararın iptali için de idari yargı düzeninde dava açılabilir.

Nitekim 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında bu husus ayrıca kurala da bağlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre, söz konusu Kanun kapsamında tesis edilen işlemlere karşı İYUK uyarınca 30 gün içinde iptal davası açılabilir.

Riskli yapı tespitine ilişkin kararın konusu taşınmazlara ilişkin olduğundan yetkili mahkeme İYUK madde 34'teki özel yetki kuralı gereğince riskli yapının bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir başka husus, riskli yapı kararına karşı kimlerin dava açabileceğidir. Zira bir uyumsuzluğun, yargı organlarının çözümlenebilmesi için uyumsuzluğun dava ehliyetine sahip kişilerce mahkeme önüne taşınması gerekmektedir.

İdari işlemlerin iptali istemiyle açılacak olan davalarda davacının, davaya konu olan idari işlem ile menfaatinin ihlal ediliyor olması gerekmektedir. Menfaat ihlalinin yasal bir tanımlaması bulunmamakla birlikte menfaatin, davacı ile dava konusu işlem arasındaki bağı ifade ettiği ayrıca dava konusu işlemin davacıyı etkilemiş olmasının menfaat ihlalinin varlığı için yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁷.

Doktrinde²⁸ ve yargı kararlarında²⁹ belirtildiği üzere menfaat ihlalden bahsedilebilmesi için menfaatin bazı özellikleri taşınması gerekmektedir. Bunlar menfaatin; kişisel, güncel ve meşru olmasıdır³⁰.

Menfaatin kişisel olması en sade anlatımla; iptali istenen işlemin davacıyı etkilemesini ifade etmektedir³¹.

Menfaatin güncel olması; söz konusu işlem ile davacı arasındaki mevcut veya yakın gelecekte kurulacak olan ilgiyi ifade etmektedir. Burada güncellikle kastedilen husus, iptali istenen işlemin hukuki etkisinin mevcut olması veya yakın gelecekte etkisinin ortaya çıkabilecek olmasıdır³².

27 AYM, E. 1995/46, K. 1995/49, T. 21.09.1995, RG. 27.12.1996-22860, Danıştay 14. D., E. 2013/6534, K. 2013/7093, T. 24.10.2013. (www.anayasa.gov.tr) (ET: 25.05.2017).

28 Fatma Ebru Gündüz, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 120; Şeref Gözübüyük, Turgut TAN, *İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku)*, C. 2, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 326.

29 Danıştay 10. D., E. 1997/1548, K. 1997/4387, T. 13.11.1997. AYM, E. 1995/46, K. 1995/49, T. 21.09.1995, RG. 27.12.1996-22860, Danıştay 14. D., E. 2013/6534, K. 2013/7093, T. 24.10.2013. (www.kazanci.com). (ET: 20.05.2017).

30 Doktrinde bazı yazarlar tarafından menfaatin makul ve ciddi bir ilişkiyi ifade ettiği de söylenmektedir. Bk., Celal Karavelioğlu, Erdem Cemil Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 128; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 773.

31 Gündüz, s. 130.

32 Gündüz, s. 164.

Menfaatin meşru olması ise, söz konusu menfaatin hukuken korunan bir menfaat olmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda hukuka aykırı olmayan menfaat meşru kabul edilir³³.

Bu çerçevede, riskli yapı tespitine ilişkin karara karşı da ancak menfaati ihlal edilenler tarafından dava açılabilir.

Riskli yapı tespitine ilişkin kararlara karşı açılacak davalarda, bir taşınmaza ilişkin idare tarafından verilen riskli yapı tespiti kararından taşınmaz malikinin, kişisel, güncel ve meşru menfaatinin ihlal edildiğine hiç şüphe yoktur. Kaldı ki, 6306 sayılı Kanunda riskli yapı tespitine ilişkin olarak yapı maliklerine itiraz hakkı tanındığı da göz önünde bulundurulduğunda, kendisine özel olarak kanunda itiraz hakkı tanınmış bir kimsenin dava açma hakkı da elbette bulunmaktadır.

Riskli yapı tespiti yapılan taşınmazdaki kiracıların bu işleme karşı dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı ise irdelenmesi gereken bir noktadır. Bu problemle uygulamada da sıkça karşılaşılmıştır.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen itiraz hakkı sadece yapı maliklerine ve onların kanuni temsilcilerine tanınmış, kiracılara ise itiraz etme hakkı tanınmamıştır. İtiraz hakkı bulunmayan kişilerin dava açma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığına ilişkin mevzuatta da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından malikin yanı sıra söz konusu taşınmazda ikamet eden kiracı ve sınırlı aynı hak sahiplerinin de menfaatlerinin ihlal edilebileceği ve bu nedenle dava açma ehliyetlerinin var olduğu kabul edilmektedir³⁴.

Ancak yargı mercileri kiracıların dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir. Örneğin Danıştay vermiş olduğu bir kararda³⁵; "... binayla mülkiyet bağı bulunanların, maliki oldukları bina üzerinde istedikleri tasarruf hakkına sahip oldukları hususu dikkate alındığında, işleme konu binanın riskli yapı olarak tespit edilmesi işlemine yapılan itirazın zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davayı açan kiracıların dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı" sonucuna varmış ve kiracılar tarafından açılan davayı ehliyet yönünden reddetmiştir.

Yine başka bir uyuşmazlıkta³⁶ Danıştay yıkım kararına ilişkin olarak; "taşınmazla mülkiyet bağı bulunanların, maliki oldukları taşınmaz üzerinde istedik-

33 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 775. Gündüz, s. 120.

34 Melikşah Yasin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamaların Hukuki Boyutu", *TBB Dergisi*, S. 60, Y. 2005, s. 134; Kaplan, s. 100. Aksi görüş için bk. Ali Rıza İlgezdi, *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 34.

35 Danıştay 14. D., E. 2014/9811, K. 2014/12367 (Karar yayımlanmamıştır.).

36 Danıştay 14. D., E. 2014/2752, K. 2014/8832 (Karar yayımlanmamıştır.).

leri tasarruf hakkına sahip oldukları hususu dikkate alındığında, dava konusu taşınmazın maliki tarafından söz konusu taşınmazın riskli yapı olduğu ve yıkılması gerektiğinden hareketle idareye başvuru yapılması sonrası yapının riskli yapı olarak tespit edilip kesinleşmesi ve yıkılmasına karar verilmesi üzere söz konusu yıkım kararının iptali istemiyle bakılan davayı açan kiracıların dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı sonucuna varıldığından bakılan davanın esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmamaktadır” diyerek kiracıların dava açma ehliyetinin bulunmadığına hükmetmiştir. Ancak aynı kararın azlık oyunda; “yıkım kararı doğrudan yapıya yönelik olarak tesis edilen bir işlem olduğundan, yapının maliki olan kişiler dışında, bu işlemde etkilenen kişiler tarafından da dava açılması olanaklıdır. Dava konusu işlemin icra edilmesi durumunda, bu yapıda kiracı olarak bulunan davacıların olumsuz etkilenmeyeceği açıktır. Bu durumda; davacıların dava konusu işlemin iptalini istemede meşru, kişisel ve güncel bir ilişkisinin ve dolayısıyla dava açma ehliyetinin bulunduğu” ifade edilmiş ve maliklerin yanı sıra kiracıların da dava açma ehliyetlerinin oldukları görüşü belirtilmiştir³⁷.

İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nin 02.08.2016 tarihinde vermiş olduğu 2016/1376 E., 2016/1427 K. sayılı kararında ise şu ifadeler yer almaktadır:

“Yukarıda yer verilen 6306 sayılı kanun uyarınca riskli yapı tespitine ilişkin yapılacak itirazların taşınmazın malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yapılması gerektiği ve riskli yapı tespitine ilişkin işlemin tapudaki şahsi ve aynı hak sahiplerine bildirileceği belirtilmiş olup, davacıların sunmuş olduğu kira sözleşmelerinden de anlaşılacağı üzere söz konusu yapıda kiracı sıfatı taşıdıkları, tapuda aynı veya şahsi hak sahibi olmadıkları gibi malikin kanuni temsilcisi de olmadıkları açıktır.

Bununla birlikte davaya konu edilen işlemlerin taşınmazın aynına ilişkin

37 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi, yıkım ve tahliyeyle ilişkin kararlara karşı kiracılar bakımından menfaat ihlali koşulunun oluştuğuna ve kiracıların dava açabileceklerine karar vermektedir.

Örneğin İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi'nin 29.03.2017 tarihli ve 2017/304 E., 2017/176 K. sayılı kararına göre; “Olayda, davacının dava konusu yerde kiracı konumunda olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Riskli yapı kararının malikin tasarruf hakkı alanında kalması sebebiyle davacının ehliyeti bulunmasa da yapının yıkım ve tahliyesi ile ilgili işlemlerinde menfaati bulunduğundan bu işlemlere karşı doğrudan dava açma hakkı vardır.” (Karar yayımlanmamıştır.)

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi'nin 30.01.2017 tarihli ve 2017/71 E., 2017/64 K. sayılı kararına göre de; “Olayda, davacının dava konusu yerde kiracı konumunda olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Riskli yapı kararının malikin tasarruf hakkı alanında kalması sebebiyle davacının ehliyet bulunmasa da yapının yıkım ve tahliyesi ile elektrik, gaz ve suyun kesilmesi işlemlerinde menfaati bulunduğundan bu işlemlere karşı doğrudan dava açma hakkı vardır.” (Karar yayımlanmamıştır.)

olduğu, davacıların mülkiyet hakkına sahip olmadıkları, yapının riskli yapı olması durumunun aynı hak sahibi olmayan davacıların menfaatlerini değil yapı sahibinin menfaati ile doğrudan ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, tapuda aynı veya şahsi hak sahibi olmadığı gibi malikin kanuni temsilcisi de olmayan davacıların menfaatin zarar görmesi ve işlemin kendileri yönünden idare hukuku anlamında hukuki bir sonuç doğurması söz konusu olmayacağından, bu işleme karşı açılan davada ehliyetlerinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

Bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi'nin 25.11.2016 tarihinde vermiş olduğu 2016/32 E., 2016/60 K. sayılı kararla reddedilmiştir.

6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak olan kentsel dönüşüm uygulamasının ilk adımı olarak nitelendirebileceğimiz ve temelini oluşturan riskli yapı tespitinin çok önemli olması sebebiyle, bu işlemler aleyhine maliklerin haricinde kiracıların da dava açabileceğinin kabulü, mülkiyet hakkından kaynaklı tasarruf yetkisini kısıtlıyor gibi görünse de; idari yargıdaki iptal davalarındaki asıl amacın idarenin hukuka aykırı olan işlemlerinin iptal edilmesini ve dolayısıyla da hukuka uygunluğun sağlanması olduğu, zira iptal davalarının konusunun doğrudan idari işlemin kendisi olduğu ve bu nedenle de menfaat ihlalinin geniş yorumlanmasının da 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemler üzerindeki hukuka uygunluk denetimini daha elverişli hale getireceği söylenebilir. Buna ek olarak 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'ne bakıldığında, yapılan uygulamalar sırasında maliklerin yanı sıra kiracılara da kira yardımı yapılmaktadır. Buradan hareketle; kanun koyucunun 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılan uygulamalarda sadece malikleri değil kiracıları da sürecin bir parçası olarak gördüğü sonucuna varılabilir. Bu bakış açısıyla 6306 sayılı Kanun'da yer alan aktörlerden biri olan kiracıların da riskli yapı tespitine karşı iptal davası açma hakkının kabulünün kanun koyucunun iradesine daha uygun düşeceği düşünülebilir.

Ancak hal böyle olmakla birlikte kiracılık hakkı, hiçbir zaman Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkından daha önde değildir. Bu sebeple, riskli yapı tespiti malikler ya da kanuni temsilcileri tarafından yaptırılmışsa, malikin bu yöndeki iradesini yok sayarak kiracıların dava açma ehliyetinin varlığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla malikin iradesi dışında riskli yapı tespiti yapıldı ise kiracıların dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan malikin, riskli yapı tespitini, hukuka aykırı bir şekilde ve hukuk düzenini dolanarak kiracıyı tahliye amacıyla yaptırdığı iddiası varsa ve yargı organları bu iddiayı ciddi görür ise kiracıların dava ehliyetinin bu durumda da varlığını kabul etmek gerekecektir.

Sonuç olarak kiracıların dava açma ehliyetine sahip olup olmadığı hususu, bu konuda açık bir yasal düzenleme yapılmadığı sürece, hakkaniyet çerçevesinde her bir olayın kendi özellikleri göz önünde bulundurularak yargı organınca belirlenmelidir.

IV. Riskli Alan Tespiti ve Bu Karara Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu

6306 sayılı Kanun kapsamındaki uygulama alanlarından bir diğeri de riskli alanlardır. Riskli alanların nasıl tespit edileceği Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinde³⁸ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

38 (1) Riskli alan;

- a) Alanın, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına dair teknik raporu,
 - b) (Mülga: RG-28/7/2017-30137)
 - c) Alanın büyüklüğünü de içeren koordinatlı sınırlandırma haritasını, varsa uygulama imar planını,
 - ç) Alanda bulunan kamuya ait taşınmazların listesini,
 - d) Alanın uydu görüntüsünü veya ortofoto haritasını,
 - e) Zemin yapısı sebebiyle riskli alan olarak tespit edilmek istenilmesi halinde yerbilimsel etüd raporunu,
 - f) Alanın özelliğine göre Bakanlıkça istenecek sair bilgi ve belgeleri,
- ihtiva edecek şekilde hazırlanmış olan dosyaya istinaden ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir ve teklif olarak Bakanlar Kuruluna sunulur.

(2) Bakanlıkça;

- a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde;
 - 1) Planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması,
 - 2) İmar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması,
 - 3) Altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması,
 sebeplerinden birinin veya bir kaçının bir arada bulunması halinde,
- b) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az % 65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlarda,

uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenen alanlar, riskli alan olarak belirlenmek üzere teklif olarak Bakanlar Kuruluna sunulur.

(3) TOKİ veya İdare, riskli alan belirlenmesine ilişkin bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosyaya istinaden Bakanlıktan riskli alan tespit talebinde bulunabilir. Bakanlıkça, uygun görülen talepler, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü alınarak, teklif olarak Bakanlar Kuruluna sunulur.

(4) Riskli alan belirlenmesi için alanda taşınmaz maliki olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri, riskli alan belirlenmesine ilişkin bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosya ile birlikte Bakanlık veya İdareden riskli alan tespit talebinde bulunabilir. İdareye yapılacak talepler Bakanlığa iletilir. Bakanlıkça uygun görülen talepler, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü alınarak, teklif olarak Bakanlar Kuruluna sunulur.

(5) Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı riskli alana ilişkin görüşünü on beş gün içerisinde bildirir.

İlgili maddeye göre; riskli alan tespitine ilişkin gerekli bilgi ve belgeler Bakanlıkça hazırlanır ve Bakanlar Kuruluna teklif olarak sunulur. Buna ek olarak TOKİ, idareler ve taşınmaz malikleri de riskli alan belirlenmesine ilişkin Bakanlıktan talepte bulunabilirler. Bu taleplerin Bakanlık tarafından uygun görülmesi halinde teklif olarak Bakanlar Kurulu'na sunulur. Bakanlar Kurulu'na gönderilecek olan bütün teklifler için Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'nın görüşü alınır. Ancak söz konusu alanın riskli alan olarak belirlenebilmesi için Başkanlığın görüşünün alınması yeterli olup bu görüşün olumlu olması zorunlu değildir³⁹.

Toprak kayması, zemin sıvılaşması, heyelan olma ihtimali olan bölgeler ile dere yatakları, çığ veya kaya düşme riski olan alanların riskli alan olarak belirlendiği görülmektedir⁴⁰. Ayrıca mevcut bir alanın, üzerindeki yapılaşma bakımından değerlendirilmesinde üzerinde bulunan yapıların ruhsatsız ve kaçak olması, bunun yanı sıra ulaşım ağının ve alt yapı hizmetlerinin yetersiz kalması da riskli alan olarak belirlenmesine sebebiyet verebilmektedir⁴¹.

Riskli alan tespitine ilişkin olarak nihai karar Bakanlar Kurulu tarafından verilmektedir. Bakanlar Kurulu riskli alan tespitine ilişkin olan teklifleri kabul ederse bu karar Resmi Gazetede yayımlanır ve bunun sonucunda da söz konusu alan riskli alan statüsüne girmiş olur.

V. Riskli Alan Tespitine Karşı İtiraz Yolu

Gerek 6306 sayılı Kanun'da gerekse 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde, riskli alan tespiti kararlarına karşı, riskli yapıların tespitine ilişkin itiraza benzer özel bir itiraz yolu öngörülmemiştir.

Bu durumda ilgililerin söz konusu Bakanlar Kurulu kararı aleyhine İYUK madde 11'deki başvuru yoluna gidip gidemeyeceği değerlendirilmelidir.

İYUK'un "İvedi Yargılama Usulü" başlıklı 20/A maddesinin (f) bendine göre; "16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları", ivedi yargılama usulüne tabi işlemler arasındadır. Anılan maddenin 2. fıkrasının (b) bendine göre ise; ivedi yargılama usulünde İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz. Bu açık düzenleme uyarınca riskli alan tespitlerine ilişkin Bakanlar Kurulu kararları aleyhine İYUK madde 11' deki idari başvuru yolunu işletmek mümkün değildir.

İlgililerin İYUK madde 11' deki başvuru imkânları olmamakla birlikte herhan-

39 Şimşek, s. 151.

40 Eslem Ayaz, "Riskli Alanda Tapu Tahsis Belgesi Bulunan Gecekondu Sahiplerinin Hakları", *KÜFHD*, S. 14, Ankara, 2017, s. 11.

41 Oy, Nazik, s. 70.

gi bir şekilde başvuru yapmaları durumunda, Bakanlar Kurulu başvuruyu haklı görürse riskli alan tespitine ilişkin kararını kaldırabileceği gibi şartların varlığı halinde geri de alabilir. Ancak bu halde söz konusu başvuru İYUK madde 11'deki etkiyi doğurmayacak ve dava açma süresini durdurmayacaktır.

VI. Riskli Alan Tespitine Karşı İptal Davası Yolu

Riskli alan tespitine ilişkin olarak alınan Bakanlar Kurulu kararının bir idari işlem olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

Riskli alan tespitine karşı açılacak olan davalar ile yukarıda açıklanan riskli yapı tespitine karşı açılan davalar arasında büyük benzerlik olmakla birlikte bazı farklar da bulunmaktadır.

Öncelikle; riskli alan tespiti Bakanlar Kurulu kararıyla yapıldığından bu karara karşı açılan davalarda görevli ve yetkili mahkeme, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'dır. Zira Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasında Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak olan davalarda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılan davalarda husumet, söz konusu kararın uygulayıcısı konumunda olan bakanlığa yöneltilir. Dava konusu Bakanlar Kurulu kararının yürütülmesi yine Bakanlar Kurulu'na bırakılmışsa bu durumda söz konusu karara karşı husumet Başbakanlığa yöneltilenektir⁴². Niteliği itibariyle bir Bakanlar Kurulu kararı olan riskli alan tespitine karşı açılacak olan davalarda husumet, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na ve Başbakanlığa karşı yöneltilenektir.

İncelenmesi gereken bir diğer husus ise bu davaların ne süre içinde açılabilirliğidir. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde bu kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde dava açılabilirliği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme olmasaydı dahi, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı, yukarıda da belirtildiği üzere İYUK madde 20/A maddesinde sayılan ivedi yargılama usulüne tabi konulardan olduğundan bu madde gereği de dava açma süresi 30 gün olacaktır.

Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 16.04.2015 tarihinde dava açma süresine ilişkin olarak vermiş olduğu kararda⁴³; "... nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma süreleri öngörülmüş olan idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri idare tarafından ilgililerine bildirilmedikçe, özel dava açma sürelerinin işletilmesine Anayasa'nın 40. maddesi hükmü uyarınca olanak bulunmamakta olup, 2577

42 Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 6. Basi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 1035.

43 Danıştay İDDGK, E. 2015/483, K. 2015/1447, T. 16.04.2015. (www.kazanci.com) (ET: 20.05.2017).

Sayılı Kanun'da açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesi zorunludur. Dolayısıyla, her ne kadar 6306 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. bendiyle, bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemler yönünden, 2577 Sayılı Kanun'da öngörülen 60 günlük genel dava açma süresi 30 güne indirilmiş ise de, davaya konu Bakanlar Kurulu kararı ile bu hususun davacıya bildirilmemiş olması, bu davada özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanmasını gerekli kılmaktadır” diyerek riskli alan tespiti işlemine karşı açılan davada işlemin tebliğ edilmemesinden dolayı dava açma süresini 30 gün değil 60 gün olarak kabul etmiştir.

Ayrıca yine aynı kararda Danıştay, söz konusu dava açma süresinin başlangıcına ilişkin olarak; “6306 Sayılı Yasa’da, ayırım gözetilmeksizin, bu Kanun uyarınca tesis edilmiş tüm işlemlere karşı dava açma süresinin hesabında “tebliğ” tarihinin esas alınacağına dair 6/9. maddedeki hüküm ile anılan Yasa’da, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanların “Riskli Alan” olarak belirlenmesine dair Bakanlar Kurulu kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanmasının zorunlu olduğuna veya Resmî Gazete’de yayımlanmış olmasının ilgililere tebliğ hükmünde olduğuna dair bir kurala yer verilmemiş olması da bunu doğrulamaktadır. Ayrıca, riskli alan belirlenmesi ve sonrasında tesis edilen işlemlerin Anayasa’da yer alan bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nitelikte sonuçlar doğuracak olması itibarıyla, yazılı bildirim yapılması, Anayasa’da güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğünün de gereğidir. Dolayısıyla, içeriği itibarıyla muhataplara tebliği zorunlu olan riskli alan ilân edilmesine dair Bakanlar Kurulu kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal dava açma süresi içinde davaya konu edilebileceği açıktır” açıklamalarında bulunmuş ve Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazetede yayımlanmasının mutlak surette dava açma süresini başlatmayacağına hükmetmiştir⁴⁴.

44 Danıştay İDDGK K. 2015/1447 sayılı kararının Gerekçede Karşı Oy Yazısında ise şu tespit ve değerlendirme yer almaktadır: “Anayasa’nın 125. maddesi ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca, bireysel nitelikteki idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı, 6306 Sayılı Kanun’un 6/9 maddesinde ise, ayırım gözetilmeksizin, bu Kanun uyarınca tesis edilmiş tüm işlemlere karşı dava açma süresinin hesabında “tebliğ” tarihinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, 6306 Sayılı Kanun’un 6/9. maddesindeki, ayırım gözetilmeksizin, bu Kanun uyarınca tesis edilen tüm işlemlere karşı dava açma süresinin ancak tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kuralı, bu Kanun uyarınca tesis edilen “riskli alan” belirlenmesi ve ilânına dair Bakanlar Kurulu Kararlarına karşı dava açma süresi hesabında öğrenme tarihinin değil, işlemin tüm unsurlarıyla birlikte içeriğinden haberdar olunduğu tebliğ tarihinin esas alınması gerektirmektedir. Ayrıca ilgilileri açısından subjektif ve kişisel niteliği bulunan bu kararların aynı zamanda Anayasa’da yer alan bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkını kısıtlayıcı

Bu kararın verilmesinden yaklaşık bir yıl sonra 6704 sayılı Kanunla⁴⁵ 6306 sayılı Kanun'da yeni bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemede; riskli alan kararına karşı Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılacağı, ayrıca uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁶.

İYUK madde 7 fıkra 4 hükmü uyarınca ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresi ilanı izleyen günden itibaren başlamakta ve düzenleyici işleme dayanılarak yapılan her uygulama işlemi neticesinde söz konusu düzenleyici işlemin yeniden iptali istenebilmektedir⁴⁷. Burada açıkça görüleceği üzere İYUK madde 4 ile 6306 sayılı Kanun'a getirilen ek madde arasında bir çelişki mevcuttur. Yukarıda yer verdiğimiz kural gereğince İYUK'a nazaran özel kanun sayılan 6306 Kanun'da belirtilen hüküm doğrultusunda, riskli alan tespitine ilişkin Bakanlar Kurulu kararına karşı dava açma süresi Resmî Gazetede yayımı tarihinden itibaren başlayacak ve uygulama işlemleri üzerine Bakanlar Kurulu kararları dava konusu edilemeyecektir. Ancak bu düzenlemenin Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini kısıtlayıcı bir nitelik taşıdığı ve ayrıca yukarıda yer verilen DİDDK Kararı'nda yer alan gerekçeleri de ortadan kaldırmadığı düşünülmektedir. Bu düzenlemeye rağmen, riskli alan belirlemesine ilişkin kararlara karşı, DİDDK'nca belirlenen, öğrenme ya da ilgiliye tebliğ tarihinden itibaren dava açma süresinin başlaması gerektiği kriteri uygulanabilir.

nitelikte sonuçlar doğuracak olması nedeniyle, tebliğ tarihinin esas alınması, Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir.

Bu durumda, 6306 Sayılı Kanun'un 6/9. maddesi uyarınca dava açma süresinin ancak tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olduğu, uyumsuzlukta ise, davaya konu Bakanlar Kurulu Kararının davacıya tebliğ edilmediği, bunun aksinin davalı idarece kanıtlanmadığı gibi, öne de sürülmediği, anlaşıldığından, davacının açmış bulunduğu bu davada süreaşımı bulunduğu bahsedilemeyeceğinden, Danıştay Ondördüncü Dairesi'nin temyize konu kararının, Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemine dair olarak davanın süre aşımı sebebiyle reddine yönelik kısmının belirtilen gerekçeyle bozulması gerektiği oyuyla, bozma kararının gerekçesine katılmıyorum."

45 26.04.2016 tarih ve 29695 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6704 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair" kanun madde 25.

46 6306 sayılı kanun EK MADDE 1-2/a; "Riskli alan kararına karşı Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılabilir. Uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılmaz."

47 İYUK m. 7 f. 4; "İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz."

VII. Rezerv Yapı Alanı Tespiti ve Bu Karara Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu

6306 sayılı Kanun kapsamında, yapılacak uygulamalara ilişkin yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere rezerv yapı alanları tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁸. Bu alanların tespitine ilişkin usul ve esaslar Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesinde belirtilmiştir⁴⁹.

İlgili maddeye göre; gerekli bilgi ve belgelerin neticesinde Maliye Bakanlığının uygun görüşü alındıktan sonra rezerv yapı alanları Bakanlıkça belirlenmektedir. Bunun yanında TOKİ, İdareler ve özel hukuk kişileri tarafından da Bakanlıktan rezerv yapı alanı tespiti talep edilebilir.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; riskli alanlara ilişkin olarak Afet ve Acil

48 Üstün, s. 139.

49 Uygulama Yönetmeliği madde 4 -

(1) Rezerv yapı alanı;

a) Alanın büyüklüğünü de içeren koordinatlı hâlihazır haritasını,

b) Alanın uydur görüntüsünü veya ortofoto haritasını,

c) Alanda bulunan kamuya ait taşınmazların listesini,

ç) (Ek:RG-27/10/2016-29870) Alanda yapılacak inceleme neticesinde gözlemsel verilere dayanılarak hazırlanacak gerekçe raporunu,

d) (Ek:RG-27/10/2016-29870) Alanın özelliğine göre Bakanlıkça istenecek sair bilgi ve belgeleri,

ihativa eden dosyaya istinaden, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir.

(2) Rezerv yapı alanı:

a) Bakanlıkça resen belirlenebilir.

b) TOKİ veya İdare, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosyaya istinaden Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunabilir.

c) Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerince, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosyaya istinaden Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunabilir. Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerince rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunulabilmesi için; bu talebin, talebe konu taşınmazların maliklerinin tamamının muvafakati ile yapılması ve bu taşınmazların yüzölçümlerinin yüzde yirmibeşinin mülkiyetinin, geliri dönüşüm projeleri özel hesabına gelir olarak kaydedilmek üzere, Bakanlığın uygun gördüğü, bağlı veya ilgili kuruluşuna veyahutta İdareye veya TOKİ'ye devrine muvafakat edilmesi gerekir.

(3) Maliye Bakanlığı rezerv yapı alanına ilişkin görüşünü otuz gün içinde bildirir.

(4) (Ek:RG-2/7/2013-28695) Rezerv yapı alanlarda, Kanunun amacı çerçevesinde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek ve Kanunda öngörülen amaçlar çerçevesinde kullanılmak üzere;

a) Riskli alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapılarda ikamet edenlerin nakledileceği rezerv konut ve işyerleri,

b) Riskli alanlarda ve bu alanlar dışındaki riskli yapılarda ikamet etmeyen kişilere satışı yapılabilecek her türlü yapı ile gelir ve hasılat getirecek her türlü uygulama, yapılabilir ve bu alanlar yeni yerleşim alanı olarak kullanılabilir.

Durum Yönetimi Başkanlığı'nca alınan görüşün olumlu olması zorunlu değilken, rezerv yapı alanlarının belirlenmesi aşamasında alınan Maliye Bakanlığının görüşü olumlu olmak zorundadır. Zira kanunda açıkça “*Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak*” ifadesi geçmektedir.

Doktrinde rezerv yapı alanlarının; boş, kamu mülkiyetinde bulunan, kentsel dönüşümün yapılacağı bölgeye yakın ve yeni yerleşim alanı olarak kullanılmaya elverişli arazilerden belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰.

VIII. Rezerv Yapı Alanı Tespitine İtiraz Yolu

Riskli alan tespitinde olduğu gibi, rezerv yapı alanı tespiti için de mevzuatta özel bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Bu durumda İYUK madde 11'e göre idari dava açmadan önce ihtiyari idari başvuru yolunu kullanmanın mümkün olduğu söylenebilir.

IX. Rezerv Yapı Alanı Tespitine Karşı İptal Davası Yolu

Bakanlık tarafından rezerv yapı alanının belirlenmesine ilişkin işlem de bir idari işlemdir ve idari yargıda dava konusu edilebilmektedir. Burada hususmet Bakanlığa karşı yöneltilecek olup, dava açma süresi, yukarıda yer verilen DİDDK'nun E. 2015/483, K. 2015/1447 sayılı kararı doğrultusunda ilgililere tebliğ edilmesi halinde 30 gündür. Aksi halde öğrenme tarihinden itibaren 60 gün içinde dava açılabilir.

Rezerv yapı alanı olarak ilan edilecek alanlarda ikamet edenler varsa bunların da menfaatlerinin ihlal edildiği takdirde dava açma ehliyetine sahip olduklarının kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte söz konusu alanda taşınmaz bulunan maliklerin de dava açma ehliyetine sahip olduklarına hiç şüphe yoktur.

Söz konusu rezerv yapı alanının bulunduğu yerde tek bir idare mahkemesi yetkiliyse bu durumda uyuşmazlıklar bu idare mahkemesi tarafından çözümlenecektir. Aksi halde, yani birden fazla idare mahkemesinin yetkili olması durumundan Danıştay Kanununun 24. maddesindeki hüküm⁵¹ uyarınca Danıştay görevli olacaktır.

50 İlgezdi, s. 5.

51 2575 sayılı kanunun 24. maddesindeki ilgili hüküm;

“Danıştay ilk derece mahkemesi olarak:

...

e) Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere,

...

Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları... karara bağlar.

Sonuç

Birçok farklı doğal afetin sıklıkla meydana geldiği ülkemizde, doğal afetler neticesinde oluşan can ve mal kayıplarının en aza indirilmesi amacıyla çıkarılan ve kentsel dönüşüme ilişkin en güncel ve uygulaması en fazla olan 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak olan uygulamalar neticesinde birçok farklı işlem yapılmakta ve bunlar uyumsuzluk konusu olabilmektedir.

6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak olan kentsel dönüşüm uygulamaları için öncelikle uygulama yapılacak alanlar belirlenmekte, daha sonra uygulamaya ilişkin işlemler gerçekleştirilerek mevzuatta belirtilen usul ve esaslara uygun olarak uygulama hayata geçirilmekte, son aşamada da yeni oluşan taşınmazların hak sahiplerine tescili yapılmaktadır.

Uygulamada uyumsuzluklar en çok riskli yapıların tespiti işleminde karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bunu öngörmüş olacak ki, riskli yapıların tespiti işlemine karşı özel bir idari başvuru imkânı getirmiş ve söz konusu işlemin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde maliklere ve onların kanuni temsilcilerine itiraz hakkı tanımıştır.

Bu itirazın yanı sıra menfaati ihlal edilenler tarafından idari yargı düzeninde söz konusu riskli yapı tespiti işlemine karşı iptal davası açılabilir. Bu kapsamda maliklerin dava açma ehliyetine sahip olduklarında herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte 6306 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmemiş ve kendilerine itiraz hakkı da tanınmamış olan sınırlı aynı hak sahiplerinin ve kiracıların dava açma ehliyetine sahip olup olmadıklarının hakkaniyet çerçevesinde somut olayın özelliğine göre idari yargı organlarınca belirlenmesi gerekmektedir.

Riskli alanların tespitinde ise Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu nedenle riskli alanların tespitine ilişkin olarak iptal davası, İYUK madde 20/A uyarınca ivedi yargılama usulüne göre yapılacaktır. Ayrıca 2575 sayılı Kanununun 24. maddesindeki hüküm gereği riskli alanlara ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarından doğan uyumsuzluklarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevlidir. Burada da dava açma süresi 30 gündür ve İYUK madde 20/A' daki ivedi yargılama usulü uygulanacaktır. Buna ek olarak 6306 sayılı Kanun'a eklenen madde uyarınca dava açma süresi, Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren başlayacaktır. Ancak somut duruma göre hakkaniyet gereği Danıştay öğrenme ya da ilgiliye tebliğ tarihinden itibaren dava açma süresinin başlayacağına karar verebilir.

Rezerv yapı alanlarının tespitine ilişkin doğacak uyumsuzluklarda ise, bu alanların tespitinde Bakanlık yetkili olduğu için açılacak davalar idare mahkemeleri nezdinde görülecektir. Meğerki söz konusu rezerv yapı alanlarının tespitine ilişkin davada birden fazla idare mahkemesi yetkili olsun. Böyle bir durumda ise 2575 sayılı kanununun 24. maddesi uyarınca Danıştay ilk derece mahkemesi olarak uyumsuzluğu çözecektir.

KAYNAKLAR

- Ayaz, Eslem, “Riskli Alanda Tapu Tahsis Belgesi Bulunan Gecekondu Sahiplerinin Hakları”, *KÜFHD*, S. 14, s. 9- 31, Ankara, 2017.
- Çaptuğ, Mehpare, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Ergen, Cafer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Gözübüyük Şeref / Tan Turgut, *İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku)*, C. 2, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Gündüz, Fatma Ebru, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- İlgezdi, Ali Rıza, *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Kaplan, Onur, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Karavelioğlu, Celal / Karavelioğlu, Erdem Cemil, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Kırız, Ali Güvenç, *A’dan Z’ye Kentsel Dönüşüm*, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2015.
- Oy, Osman / Nazik, Selahattin, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı - Riskli Alan ve Riskli Yapılar*, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- Öngören, Gürsel / Çolak, İlker, *Kentsel Dönüşüm Rehberi*, Öngören Hukuk Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- Özdemir, Halit Eyüp, “Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi” *Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 89 - 90, Y. 2011, s. 134 - 153.
- Serter, Yusuf Sertaç, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Şimşek, Suat, *Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 6. Bası Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 1035.
- Üstün, Gül, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yasin, Melikşah, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu”, *TBB Dergisi*, S. 60, Y. 2005, s. 105 - 137.
- Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Kaman, Nur / Özdemir, Halit Eyüp / Üstün, Gül / Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, 2016.

Elektronik Kaynaklar

- Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 20.05.2017)

ÖZ

Kentsel Dönüşüm uygulamalarına ilişkin ülke genelinde uygulama alanına sahip olan yasal düzenleme, 31.05.2012 tarihli ve 28309 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüş-

türülmesi Hakkında Kanundur. Bu Kanun uhdesinde kentsel dönüşüme ilişkin birçok usul ve esas kuralını barındırmakta ve bu kuralların uygulanması birçok uyuşmazlığa sebebiyet vermektedir. Bununla birlikte uygulamada en çok karşılaşılan hukuki problemler, kentsel dönüşümün yapılacağı alanlar olan riskli yapı, riskli alan ve rezerv yapı alanlarının belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Riskli yapılara ilişkin 6306 sayılı Kanunda özel bir idari itiraz yolu öngörülmüş, rezerv yapı alanı tespitine ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru yolu mümkün kılınmış, riskli alan kararlarına karşı ise, özel bir itiraz yolu öngörülmemekle birlikte bu uyuşmazlıklar ivedi yargılama usulüne tabi olduğundan 2577 sayılı Kanunun 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru yolu da kapatılmıştır. Ayrıca bu işlemlere karşı Danıştay ve İdare mahkemeleri nezdinde iptal davası açılması da mümkün olmakla birlikte bazı özellik arz eden durumlar da bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında söz konusu işlemlerden kısaca bahsedilmiş ve bu işlemlere karşı itiraz ve iptal davası yolu incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun, kentsel dönüşüm, riskli yapı, riskli alan, rezerv yapı alanı.

Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz*

Preambles' Legal Value, Main Qualifications and the
1982 Constitution: A Comparative Analysis

Levent KORKUT**

ABSTRACT

The preambles, as introductory parts of the laws, international agreements and constitutions, are used in different legal cultures in the world. In Turkey, 1961 and 1982 constitutions are introduced by the preambles. Comparative constitutional law method are quite useful tool to understand commonalities and differences among the constitutions and depict a picture of legal problems faced with and solutions developed for them emerging from the specific topic researched. The article uses comparative constitutional law methodology. The scope of research is worldwide but not the all constitutions. The work covers 156 recorded written constitutions, around 75% of total number of world constitutions. This article, after giving a historical background on preambles in law and theoretical insights into constitutional preambles, firstly aims to analyse legal force of the preambles in world constitutions by taking constitutional provisions on legal status of preambles and high court decisions about the legal value of these introductory parts of the constitutions which are usually not written by legal terminology. The second aim is to make a comparative analysis of the preambles of the constitutions worldwide by evaluating the formal and substantive features of constitutions. Lastly, the legal status, formal and substantive qualities of the preambles of last two constitutions of Turkey be summarised and they are be compared by the main patterns detected in the preambles of world constitutions.

Keywords: Comparative constitutional law, preambles, preambles of World constitutions, legal force of preambles, constitutional values.

Giriş

Anayasaların başlangıç kısımlarının analizi anayasal sistemin özellikleri hakkında birçok ipucu içerir. Analizin karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla gerçekleştirilmesi ise anayasal sistemlerin ortaklaştığı değerler sistemini ortaya koyabile-

* Makale gönderim tarihi: 13.12.2017. Makale kabul tarihi: 19.12.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No. 19
Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

cek bir bilgi sunacaktır. Başlangıç kısımları, temel hak ve özgürlükler rejimi ya da kuvvetler ilişkisi gibi devlet birey ilişkileri ve siyasi haritayı ortaya koyan bir hukuk metnini anayasa olarak adlandırmamızı sağlayan, anayasaların olmazsa olmaz bir bölümü değildir. Bu bölümlerin eksikliği bir metni anayasa olmaktan çıkarabilir ama anayasaya başlangıç bölümü yazılmaması onun anayasa olma niteliğini etkilemez. Dolayısıyla mevcut anayasaların bir kısmında başlangıç bölümüne yer verilmemektedir.

Hukuk metinlerine bir başlangıç kısmının eklenmesi tarih boyunca örneklerine rastladığımız bir hukuk metni yazım tarzı olmuştur. Dolayısıyla başlangıç kısımları sadece anayasalara ve sadece belli bir çağa ait bir uygulama değildir. Hukuk metinlerine bir başlangıç eklenmesi anlayışı kökenleri çok eski tarihlere kadar uzanır. Bir başlangıç bölümü bulunan Hamurabi kanunları M.Ö. 1800'lerde ortaya çıkmıştır. Yine M.Ö. 13. yüzyılda Ramses II ile Hattusili III arasında imzalanan Kadeş Antlaşması tarihi öneme sahip bir başlangıç kısmına yer vermiştir. Antik Yunan felsefecilerinden Platon Kanunlar başlıklı ünlü eserinde hukuk metinlerine bir başlangıç bölümünün eklenmesini savunur. İmparator Diocletian döneminde yasaların ilk kısmına bir başlangıç bölümü eklemek kural olmuştur. Başlangıç, hukuk metinlerinde Ortaçağ'da da sıklıkla kullanılmıştır. Osmanlı Devletinde de örfi nitelik taşıyan kanunnamelerin bir kısmının başına "mukaddime" olarak adlandırılan başlangıç bölümleri eklenmektedir¹.

Günümüzde de başlangıç bölümleri anayasal ve anayasal olmayan diğer hukuk metinlerinde kullanılmaktadır. Yasalara bir başlangıç bölümü konulması esas itibarıyla yeni çıkarılan bir yasanın niçin gerekli olduğunu açıklamaya yöneliktir. Fransız Devrimi sonrası dönemde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde anayasa dışı metinlerde başlangıç bölümüne giderek daha az yer verilmiş, hatta yasalara bu bölümün eklenmesinden tümüyle vazgeçilmiştir. Federal Almanya ve Türkiye kanunlara başlangıç bölümü koymayan hukuk sistemleri arasındadır. Türkiye'de başlangıç bölümü yerine kanunun ilk maddesinde metnin çıkarılış amacına yer verilebilmektedir. Yasalara başlangıç bölüm ekleme geleneğini günümüzde de sürdüren hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Kanada ve Avusturya'da yaygın olmasa da yasalara bir başlangıç kısmı eklenmektedir². Birleşik Krallık'da ise uzun ve açıklayıcı kanun başlıkları kullanılmakta ve başlangıç bölümlerine yer verilmemektedir³.

- 1 M. Akif Aydın, *Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2014, s.79-80.
- 2 Avustralya ve Kanada'da yasalarda başlangıç bölümlerinin kullanılması üzerine tartışma için Bkz. Kent Roach , "The uses and Audiences of Preambles in Legislation", *McGill Law Journal*, 2001, Cilt 47, s. 129-159; Anne Winckel, "The Contextual Role of a Preamble in Statutory Interpretation", *Melbourn University Law Review*, Cilt: 23, 1999, s. 184-210.
- 3 Wim Voermans, Maarten Stremmer ve Paul Cliteur, *Constitutional Preambles*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, s. 10.

Başlangıç bölümlerinin önem taşıdığı bir başka alan uluslararası hukuktur. Çok taraflı antlaşmalara bir başlangıç eklenmesi 19. yüzyıldan itibaren biçimi fazla değişmeyen genel bir uygulamaya dönüşmüştür. Avrupa Birliği antlaşmaları ve Birliğin düzenlemelerinde de başlangıç bölümüne yer verilmektedir. Avrupa Birliği hukuku yasa düzeyindeki tüm düzenlemelere başlangıç bölümü eklenmesini zorunlu tutmaktadır⁴. Avrupa Birliği düzenlemelerinde başlangıç kısmı iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde düzenlemenin hukuki temeli açıklanmakta, “beyan” (recital) olarak adlandırılan ikinci bölümde ise düzenlemenin çıkarılış nedenlerine yer verilmektedir.

Anayasal başlangıçlar ise ilk yazılı anayasadan itibaren giderek daha fazla kullanılmıştır. 18. ve 19. yüzyıllarda kabul edilen ve hala yürürlükte bulunan 8 adet anayasadan dördü başlangıç bölümüne sahipti (%50)⁵. 2000 yılından sonra yürürlüğe giren 44 anayasanın sadece üçünde bir başlangıç bölümü bulunmaktadır.

I. Anayasal Başlangıç Bölümleri

A. Anayasa Teorisi ve Başlangıç Kısımları

1. Klasik Yaklaşım

Bu yaklaşım Platon’dan bu yana savunulmuş ve hukuk metinlerine bir başlangıç eklenmesini savunanların temel gerekçelerinden biri olmuştur. Platon, “Kanunlar” başlıklı eserinde hukuk metinlerine bir başlangıç bölümü eklenmesinin vatandaşların kanunlara uymasını sağlayacak bir ikna yöntemi olarak ele almıştır. Platon, yasakoyucuların hukuk metinlerine bir başlangıç bölümü eklemesini tavsiye eder. Bu sayede yasalar zorla değil, ikna ve bilgilenme ile güç kazanacaktır⁶. Başlangıç bölümleri ayrıca okuyucuların daha sonraki bölümlerde karşılaşacakları hukuki düzenlemeleri daha iyi anlamalarını sağlayacaktır. Son olarak, başlangıç bölümleri lirik bir tarzda kaleme alınmalıdır. Böylece hukuk metinleri sadece akla değil, aynı zamanda duygulara hitap edebilecektir. Platon her hukuk metnine bir başlangıç yazmaya gerek olmadığını, sadece toplum yaşamında asli önem taşıyan, vatandaşların ortak bir anlayış geliştirmek için ikna edilmeye en ihtiyaç duydukları konulara ilişkin düzenlemelere başlangıç eklenmenin faydalı olabileceğini düşünmüştür⁷.

4 Bkz. Avrupa Birliğinin Çalışma Esaslarına Dair Sözleşme, m. 296/2.

5 Başlangıçlı olanlar A.B.D. (1787), Arjantin (1853), Kanada (1867), Tonga (1875). Başlangıçlı olmayanlar: Belçika (1831), Hollanda (1815), Lüksemburg (1868), Norveç (1814).

6 Plato, *Laws*, Cilt I, Kitaplar 1-6, Loeb Classical Library No. 187, Harvard University Press, 1961.

7 Plato, 720 d, 722 d, 723 a-b, 854 c, 907 c-d.

Platon'un başlangıç bölümlerinin gerekliliğini açıklamak için geliştirdiği bu gerekçeler yüzyıllar boyunca hukukçuları etkilemiştir. Bu nedenle günümüzde dahi Platon'un gerekçeleri sadece anayasalar için değil, tüm hukuk metinlerine başlangıç bölümü eklenmesini açıklamakta kullanılmaktadır. Bu nedenle Platon'u ilham kaynağı olarak görebileceğimiz bu anlayışı klasik yaklaşım olarak adlandırabiliriz.

2. Siyasi Karar Yaklaşımı

Carl Schmitt'in anayasa teorisi 20. Yüzyılın normativist ve pozitivist hukukçuları olan Hart ve Kelsen'in tersine anayasaları normatif bir özerk alan olarak değil, politik alanın bir uzantısı olarak değerlendirir. Ona göre anayasa normatif bir düzenleme olarak değil, bir karar, siyasi bir karar olarak kabul edilmelidir. Bu bakış açısıyla Schmitt "anayasa" ile "anayasa hukuku" kavramlarını da birbirinden ayırır. Anayasayı temel bir siyasi karar olarak gören Schmitt'in bu yaklaşımı onun başlangıç bölümüne bakışını da belirler. Gelmiş geçmiş anayasa hukukçuları içinde başlangıç bölümüne en fazla değer vereni odur. Başlangıç halkın anayasasını temsil eder, "anayasa hukuku" ise temel siyasi kararı içeren "halkın anayasası"ndan sonra gelen ikincil bir alandır⁸. Klasik anayasa hukukunda üzerinde çok durulmayan başlangıç bölümü Schmitt'in gözünde hem hukuk bilimi çalışmalarının hem de anayasanın uygulanması için geliştirilecek ilke ve kuralların yol göstericisidir. Schmitt, Weimar Anayasası başlangıç bölümünde, Alman halkının, tüm anayasanın içine işleyen ve şüpheye yer bırakmayacak derecede açık bir deklarasyonla, egemenliğin kendisine ait olduğunu siyasi bir karar olarak ifade ettiğini ileri sürer. Bu siyasi karar o kadar güçlüdür ki tüm anayasa maddelerini ancak onunla birlikte okunduğunda hukuki anlamını bulabilir. Anayasanın izleyen maddelerini anlamlı kılan kurucu iktidarın bu karardır. Schmitt'in başlangıca verdiği önem bu bölümün teknik hukuk dili değil, politik söylem olarak kaleme alınması ile ilişkilidir.

Schmitt'in yaklaşımı günümüzde en çok politik söylem ve ifadelerle hukuki teknik söylemi tümüyle aynılaştırıp, birbirine karıştırdığı için eleştirilmektedir. Tarih boyunca gelişen hukuk alanı, siyasetle hep iç içe olmuştur. En azından hukuku egemen bir gücün oluşturduğu açıktır. Durum bu olmakla birlikte, normatif alan kendine özgü bir yapı geliştirmeyi başarmıştır. Hukuk siyasetin etkisindedir. Anayasa hukuku belki de siyasi etkiyi en çok hisseden hukuk alanıdır. Ancak tüm bu belirlemeler hukuku siyasetle aynılaştırmaya yetmez⁹. Sadece

8 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, (çeviren ve gözden geçiren Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008, s.77-79.

9 Javier Tajadura Tejada, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Sayı: 5, 2001, s. 240.

hukuk ile siyaset arasındaki ilişkiye işaret eder. Anayasal başlangıç kısımlarında kullanılan dil doğrudan bir normatif uygulamaya uygun değildir. Başlangıç kısımları olsa olsa normatif uygulamanın ilham aldığı ilkelere kaynaklık edebilir.

3. Demokratik Meşruiyet ve Kapsayıcılık Yaklaşımı

Günümüzde anayasal başlangıç kısımlarının ortak sayılabilecek bir özelliği siyasi bir topluluğun özlemlerini ifade etmeleridir. Eğer anayasalar gerçekten halkın katılımı ve demokratik yöntemlerle hazırlanıp kabul edilmişlerse, başlangıç kısımları o oranda bir toplumsal uzlaşmayı da barındıracaktır. Öte yandan, anayasaların başlangıçlarına ifade edilen toplumsal arzu ve düşler karşılığını bireysel ve toplumsal düzeyde bulabildiği ölçüde anayasanın diğer hükümleri meşruluk kazanacaktır. Başlangıç bölümleri, demokratik bir devlet yapısı içinde demokratik müzakerenin ve bu müzakere sonucunda ulaşılabilecek uzlaşımın ifadesini bulduğu metin olurken, diğer yandan anayasanın hukuki dil ve kavramlarla kaleme alınmış kısımlarının alt yapısını oluşturacaktır. Böylece, anayasa hükümlerinin de varlıklarını bir zemine dayandırmaları mümkün olabilecektir. Bu zemin belki normatif bakımdan hukukçuya hukuki savlama yapmak için gerekli aletleri sunmaktan uzak kalacaktır. Ancak böyle bir bölüm normatif anayasa okumalarına çerçeve ve derinlik kazandırabilir.

B. Başlangıç Tanımı ve Çalışmanın Kapsamı

Anayasal başlangıç iki şekilde tanımlanabilir. Şekli ölçüt dikkate alındığında, başlangıç, Anayasanın başlığı ile numaralandırılmış maddeler arasında yer verilen uzun ya da kısa ifadeler bütünüdür. Şekli ölçüt yerine içeriğe öncelik veren bir tanım da geliştirilebilir. Orgad, anayasal başlangıç bölümünü ulusun önem verdiği temel ilke ve değerler ile tarihsel geçmişe ait ifadelerin yer aldığı bölüm olarak tanımlar¹⁰. Gönenç, başlangıç bölümlerini, anayasaların ilan edilmesine neden olan olayları, hedeflenen toplum tasarımı, o anayasanın ilan edildiği toplumu bir arada tutan kolektivite bağının temel unsurlarını açıklayan, geçmişin gururunu, geleceğin umudunu içinde taşıyan bölümler olarak tanımlar¹¹. Başlangıç bölümünün maddi ölçütle tanımlaması oluşturulan tanım üzerinde net bir uzlaşmayı zorlaştıracaktır. Bu nedenle bu makalede maddi tanım yerine şekli tanımın kullanılması tercih edilmiştir. Şekli tanımdan hareketle bu çalışma kapsamında incelediğimiz 156 anayasanın 126'sında bir başlangıç bölümü bulunurken 30'unda anayasa metninde böyle bir kısım bulunmamaktadır. Bu 156 anayasa dışında kalan, anayasası kodifiye edilmemiş Birleşik Krallık, İsrail

10 Liav Orgad, 'The Preamble in Constitutional Interpretation', *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 8, 2010, p. 716.

11 Levent Gönenç, "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları için Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1, 2007, s. 155.

ve San Marino örneklerinde ise derlenmiş bir anayasa metni bulunmadığından başlangıç bölümü de mevcut değildir.

C. Başlangıç Bölümlerini Sınıflandırma Çabaları

Günümüze kadar başlangıç bölümleri belli gruplar altında toplanmaya çalışılmıştır. Bu çalışmaların önden gelenlerinden biri Alman hukukçu Peter Haberle'ye aittir. Haberle, anayasal başlangıç bölümlerini üç gruba ayırarak incelemiştir. İlk gruba giren başlangıçlar tantanalı, gururlandırıcı ve bazen şiirsel bir dille kaleme alınmış başlangıçlardır. İkinci grubu, basit ve günlük bir dil kullanılan başlangıçlar, üçüncü grubu ise teknik ve hukuki dille yazılmış başlangıçlar oluşturur¹². Haberle'nin sınıflaması başlangıçların kaleme alınmış biçimi hakkında değer taşımaktadır. Ancak bu sınıflandırmanın hukuki değerlendirme bakımından değeri sınırlı ve dolaylıdır. Örneğin, şiirsel dille kaleme alınmış bir başlangıcın hukuki değerlendirmeye daha az uygun olduğu, günlük dille yazılan başlangıcın ise hukuki analizi olanaklı kılacak yeterli kavramsal zenginliğe sahip olmadığı ileri sürülebilir.

Sınıflandırma konusunda bir başka çalışma Liav Orgad'a aittir. Orgad başlangıçları içeriklerine göre sınıflandırmaya çalışmış ve egemenliğe ilişkin ifadeler içeren başlangıç bölümleri, anayasa yapılan toplumun geçmişindeki önemli olayları hatırlatan tarih içerikli başlangıç bölümleri, toplumun ulvi değerlerini sıralayan başlangıçlar, ulusal kimlikle ilgili ifadelerin yer aldığı başlangıçlar ve dinle ilgili ifadeler içeren başlangıçlar olmak üzere başlangıçları beş grup altında incelemiştir¹³. Orgad tarafından geliştirilen bu tasnifin analitik bakımdan sorunlu olduğunu söyleyebiliriz. Başlangıç bölümleri incelendiğinde birçoğunun sayılan gruplara ait özelliklerin birden çoğunu, hatta tamamını bünyelerinde barındırdıkları görülecektir. Tarihi olaylar, kimlik, dini ve kültürel özellikler ve önem verilen değerler çoğu örnekte başlangıç metinlerinde birlikte kullanılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir gruplandırmanın da değeri kalmamaktadır. Öte yandan bu kategorileri birbirlerinden ayırmak da kimi zaman mümkün olmayabilmektedir. Örneğin Geçmiş tarihi olaylar ile ulusal kimlik çoğu başlangıç metninde birbirini tamamlayan, iç içe geçmiş ifadeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir başka sınıflandırma çabası yine Orgad tarafından yapılmıştır. Bu sınıflandırma başlangıçların hukuki statüsü ve amacından hareket eder ve üçlü bir tipoloji oluşturur: Sembolik başlangıç, yorumlayıcı gücü olan başlangıç ve anayasanın normatif içeriğini temellendiren başlangıç.

12 Peter Haberle, *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in Demokratie in Anflechtung und Bewährung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1982.

13 Orgad, s. 716-718.

D. Anayasal Başlangıçların Hukuki Etkisi

Orgad'ın ikinci sınıflandırması hukuki değerlendirmeye uygun bir zemin sunmaktadır. Bununla birlikte uygulamaya bakıldığında tümüyle sembolik olarak adlandırılabilir bir başlangıç bölümü bulmak adeta imkânsızdır. Bir başlangıç bölümüne sahip anayasaların çoğu bu bölümün normatif bağlayıcılığı olmadığını kabul etmekte ya da bağlayıcılığı konusunda açık bir hükme yer vermemektedir. Ancak buna rağmen mahkeme kararlarında başlangıç hükümleri yorumlayıcı ve yol gösterici olarak kullanılabilir. Bazı hukuk sistemlerinde başlangıcın hukuki bir güce sahip olmadığı yolunda oluşan hukuki değerlendirmeler ve mahkeme kararları olmakla birlikte, zaman içinde tersi örneklerin ortaya çıktığı ve yüksek mahkemelerin içtihadının değiştiği de görülmektedir. Sembolik olarak nitelendirilen başlangıç metinlerinin dahi en azından mahkemelerin referans metinlerine dönüşmesi, bir hukuki düzenleme içinde yer alan her metnin hukuki bir meselenin ele alınmasında yol gösterici olarak kullanılabilirliğini göstermesi açısından çarpıcıdır. Bazı hukuk sistemlerinde ise başlangıcın normatif bağlayıcı bir gücü olduğu ya anayasa metni tarafından ya da yargı kararlarıyla kabul edilmiştir.

1. Sembolik Olarak Değerlendirilen Başlangıçlar

Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D.) Anayasası ilk yazılı anayasa olma vasfı yanında ilk sembolik anayasal başlangıca da yer vermiştir. Kısa ve başlıksız olan A.B.D. Anayasasının hukuki değeri konusunda Anayasa'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴. A.B.D. Anayasasının ilk yazılı anayasa olması, başlangıcının kısa olması ve hitap gücünün bulunması birçok başka anayasaya ilham vermesine ve hatta bu anayasanın başlangıcında geçen ifadelerin onlarca anayasada aynen kullanılmasına neden olmuştur.

Buna karşın A.B.D.'de başlangıcın hukuki değeri konusunda bir netlik oluşmamıştır. Başlangıcın yargı konusu olduğu ilk örnek 1793 tarihinde Chisholm Georgia'ya Karşı davasıdır. Bu davada ele alınan hukuki konulardan biri kişilerin eyaletlere karşı dava açıp açamayacaklarıdır. A:B.D. Yüksek Mahkemesi bu tartışmayı kişilerin eyaletlere karşı dava açabilecekleri kararı ile noktalamıştır. Mahkeme bu karara ulaşırken Mahkeme yargıçlarından ve A.B.D. Anayasası mimarlarından biri olan Jay Anayasa'nın başlangıcına dayanmıştı¹⁵r. Jacobson

14 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Başlangıcı: Biz Birleşik Devletler halkı, daha mükemmel bir birlik oluşturmak, adaleti sağlamak, yurtiçinde huzuru temin etmek, dışarıya karşı ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı yükseltmek ve bizden sonra gelecekleri de yararlandırmak amacıyla Amerika Birleşik Devletleri için bu Anayasayı düzenliyoruz.

15 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 2 US 419 (1793) (Chisholm v. Georgia), 18 Şubat 1793, (Karar metni için Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/2/419/case.html>).

Massachusetts'e Karşı davası ise başlangıç bölümünün hukuki değeri konusunda sıklıkla atıf yapılan bir hükme varlık kazandırmıştır. Eyaletler tarafından çıkarılan kanunların Federal Anayasa ile ilişkisinin ele alındığı bu davanın yargıçlarından Harlan, eyaletler tarafından çıkarılan kanunların aksi öngörülemedikçe federal devletin yetkilerini devri niteliğini taşıyacak hükümler içermeyeceğini, böyle bir kanunun Anayasanın Başlangıcı ile garanti altına alınan haklara dayandırılmasının mümkün olmadığını, yetki devrinin ancak açık bir anayasa hükmüyle düzenlendiği takdirde mümkün olabileceğini ileri sürmüştür¹⁶. Başlangıcı hukuki bir meselenin çözümü için yorum aracı olarak kullanan bu iki dava aşağıda örneğini göreceğimiz birçok farklı anayasal sistemde benzeri dava örneklerine öncülük etmiştir. Diğer bir deyişle bu iki karar, Başlangıç bölümlerinin daha çok pozitif anayasa normlarının yorumlanmasında siyasi aktörlere ve hukuk uygulayıcılarına, özellikle de anayasaya uygunluk denetimi yapan organlara katkı sağlamaları bakımından dikkate alınabileceği görüşünün¹⁷ yargı dünyasındaki ilk örnekleridir.

A.B.D. hukukunda Başlangıç günümüzde de zaman zaman hukuki yorumlara temel olacak şekilde kullanılmaktadır. A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin 1995 yılında vermiş olduğu karara konu olan U.S. Term Limits, Inc. Thornton'a Karşı davasında Mahkeme üyeleri birbirine zıt olan iki görüşü Başlangıca atıf vererek temellendirmeye çalışmışlardır. Bu davada Arkansas Eyaletinin Senato üyelerinin en fazla iki dönem, Temsilciler Meclisi üyelerinin ise üç dönem üst üste seçilebileceklerini öngören Arkansas Anayasası'nın ilgili hükümleri tartışılmıştır. Dava yargıçlarından Stevens, Senato ve Temsilciler Meclisi üyelerine dönem sınırı getiren düzenlemelerin eyalet anayasaları ile değil Federal Anayasa ile yapılması gerektiğini aksi bir tutumun Anayasanın Başlangıcında zikredilen "daha mükemmel bir birliğin" gerçekleştirilmesine engel oluşturacağı gerekçesiyle Arkansas Anayasa hükmünün uygulanmaması gerektiğini vurgulamıştır. Buna karşın Yargıç Thomas yine Başlangıca dayanarak tümüyle farklı bir yorum geliştirmiştir. Thomas, her eyalet Kongre'ye göndereceği temsilcilerde aranacak koşulların belirlenmesinde serbest olup, Anayasanın Başlangıcında bulunan "Biz Amerikan halkı" ibaresinin halkın tek bir ulusa vücut verdiği şeklinde yorumlanamayacağını, Kongre temsilcilerinin ait oldukları farklı ve bağımsız eyaletleri temsil ettiklerini, dolayısıyla da Senato ve Temsilciler Meclisi üyelerinin seçim koşullarının eyaletler arasında farklılık gösterebileceğini ileri sürmüştür¹⁸.

16 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 197 case US 11 (1905) (Jacobson v. Massachusetts), 20 Şubat 1905, (Karar metni için Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/case.html>).

17 Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 68.

18 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 514 US 779 (1995) (U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton) 22 Mayıs 1995 (Karar metni için Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/779/case.html>).

Anayasal bir başlangıç metni olarak yorumlanan Kanada Anayasal Kanunu (1867) ile Kanada Hak ve Özgürlükler Şart'ının (1982) Başlangıç kısımları sembolik başlangıçlara örnek olarak verilir¹⁹. Kanada mahkeme kararlarında Hak ve Özgürlükler Şartında yer verilen başlangıcın hukuki bir gücü olmadığı görüşündedir. Bazı mahkeme kararlarında bu bölüm hukuki anlamda bir “ölü metin” olarak değerlendirilirken, diğer bazı kararlarda bu bölümün genel olarak özgürlükleri sınırlandırıcı olduğu ve dolayısıyla da yorumlamaya yardımcı bir metin olarak bile kullanılmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır²⁰. Ancak Kanada Anayasal Kanununun başlangıcı ile ilgili mahkeme kararlarında anayasa başlangıcının yorumlayıcı metin olarak işlev kazandığı görülmektedir. Kanada Yüksek Mahkemesi, Edward adasındaki yerel mahkemelerde görev yapan hâkimlerin maaşları ile ilgili bir kararında, hâkimlerin maaşlarının düşürülmesini anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme kararında hâkimlerin tarafsızlığının anayasanın başlangıç bölümünde atf verilen bir ilke olduğu tespitinde bulunulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, başlangıç, anayasa metninin yorumlanmasında anahtar nitelikte bir metin olmanın yanında, anayasa hükümlerinin yaratabileceği boşluklarının doldurulması için kullanılacak ilkeleri sunan bir metindir. Başlangıç, pozitif hukuka kaynaklık teşkil edecek bir kısım olmasa dahi, anayasa kalesinin büyük giriş salonu niteliğinde önemi hukuki etkileri olan bir düzenlemedir²¹.

Ortak Hukuk geleneğine sahip ülkelerde, başlangıç metinlerin kendilerini izleyen normatif düzenlemelerin anlamının ortaya konulmasını sağlayan araçlar olduğu ilkesi kabul edilmektedir²². Bu ilke sadece anayasal metinler için değil, tüm başlangıç kısımlarını için geçerlidir.

Federal Almanya Anayasası da sembolik olarak nitelendirilen bir başlangıç

19 Kanada Anayasal Kanunu(1867) Başlangıcı: Kanada, Nova Scotia ve New Brunswick'in Eyaletleri federal olarak, Büyük Britanya ve İrlanda Birleşik Krallığı altında, İngiltere Anayasasına benzer bir Anayasa ile Bir Dominion'da birleşmek istediklerini ifade ettiler.:

Böyle bir Birlik ile İllerin Refahını yükseltip, Britanya İmparatorluğunun çıkarlarını geliştirmek ve:

Birliğin Parlamento tarafından Kurulması ile sadece yasama organının anayasal temellerini değil, yürütme gücünün yapısını beyan etmek ve:

Britanya'ya ait Kuzey Amerika'nın Diğer Bölümlerinin Birliğe girişini ilan etmek uygun bulunmuştur.

Kanada Anayasal Kanunu (Hak ve Özgürlükler Şartı) (1982): Tanrının ve hukuk devletinin üstünlüğünü kabul eden ilkelere dayanan Kanada:

20 Bu kararlar özellikle 1982 metninin başlangıcı ile ilişkilidir. Bkz. Zylberger Sudbury Eğitim Kuruluna Karşı, 65 O.R. (2d) 641, 657 (1988).

21 Supreme Court of Canada, 3 SCR 3 (Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court), 18 Eylül 1997.

22 İlkenin ifade edildiği metin için Bkz. Edward Coke (1628), *Institutes of the Laws of England*, (A.B.D.'de yayınlanan ilk baskısı, Robert, H. Small, Philadelphia, 1853), 79-a.

bölümüne yer vermiştir²³. Alman hukukçularında genel olarak başlangıç bölümlerine yönelik bir olumsuz algı mevcuttur. Gerek Nazi döneminde gerekse Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde kanunlara eklenen başlangıçların aşırı ideolojik, propagandaya yönelik içeriklerine karşı oluşan tepkidir²⁴. Bu nedenle Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) kararlarında başlangıç bölümünü kullanmamaya çalışmıştır. Ancak buna rağmen, özellikle de yakın dönemlerde Anayasa Mahkemesi başlangıç bölümüne referans vermiştir. 2003 yılında, bir cezai soruşturma nedeni ile Hindistan'a sınırdışı edilecek kişinin başvurusunu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Hindistan'da kişiye verilecek olası cezanın makul olmayan, aşırı ağır bir niteliğe sahip olduğunu dikkate alarak, sınırdışı kararının Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu kararın gerekçesinde, Anayasa maddelerinin yanında başlangıç bölümünde yer alan "dünya barışını destekleme kararlılığı" ifadesini destekleyici referans olarak kullanmıştır²⁵.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2004 yılında Doğu Almanya devletinin gerçekleştirdiği kamulaştırmalar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının iç hukukta uygulanmaması nedeniyle yapılan iki başvuruda da Anayasanın başlangıç kısmında yer verilen ifadeleri referans olarak kullanmıştır²⁶. Son olarak, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 2009 yılında Lizbon Antlaşmasının Federal Alman Anayasasına uygunluğu ile ilgili kararında, Anayasanın başlangıç bölümünde yer alan "Almanya'nın birleşik bir Avrupa içinde dünya barışına des-

23 Federal Almanya Anayasası Başlangıcı: Tanrı ve insanlar karşısındaki sorumluluğunun bilincinde olan, birleşmiş bir Avrupa'nın eşit haklara sahip bir üyesi olarak, dünya barışına hizmet etmek emeliyle beslenerek özgü iradesiyle hareket eden Alman Milleti, kendi Anayasa yapma yetkisine dayanarak, işbu Anayasayı kabul etmiştir. Kendi kaderini tayin haklarını serbestçe kullanan, Baden-Württemberg, Bavyera, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, MecklenburgVorpommern, Alt Saksonya, Kuzey Ren Vestfalya, Ren-Palatina, Saarland, Saksonya, Saksonya-Anhalt, Schleswig-Holstein ve Thüringen eyaletlerindeki Almanlar, Almanya'nın birliğini ve özgürlüğünü tamamlamışlardır. Böylece bu Anayasa bütün Alman milleti için geçerlidir.

24 Marie Theres Fögen, 'The Legislator's Monologue: Notes on the History of Preambles', *Chicago-Kent Law Review*, Cilt: 70, Sayı: 4, 1995, s. 1608-1614.

25 Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 2 BvR 685/03, karar: 24 Haziran 2003, (İngilizce karar metni için Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2003/06/rs20030624_2bv068503en.html.)

26 Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 2 BvR 1038/01 (East German expropriation), 26 Ekim 2004 (kararın İngilizce metni için Bkz. http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041026_2bv095500en.html.) ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 2 BvR 1481/04, 14

Ekim 2004, (Kararın İngilizce metni için Bkz. http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bv148104en.html.)

tek olma iradesi” ifadesine destekleyici referans olarak yer verilmiştir²⁷. Bu kararı değerlendiren Silagi Mahkemenin bu kararla Lizbon Antlaşmasını Anayasa’ya aykırı bulmadığını ancak bu sonuca başlangıç kısmına atıfta bulunmadan da ulaşabileceğinin altını çizerek, bu kararda başlangıç kısmının güçlendirici bir gerekçe olarak kullanıldığı sonucuna ulaşmıştır²⁸.

1937 tarihli İrlanda Anayasası’nın Başlangıç bölümü bağımsızlık mücadelesi ve Katolik değerlere yer veren bir metindir²⁹. İrlanda Yüksek Mahkemesi Başlangıç bölümüne birçok defa atıfta bulunmuştur. Mahkeme başlangıç metnini anayasa maddelerinin yorumunda kullanmakla birlikte, kararlarını sadece bu bölüme dayandırmamaktadır. Yüksek Mahkeme, 1992 yılında vermiş olduğu ve 14 yaşında bir kız çocuğunun cinsel saldırı sonucunda hamile kalmasından sonra İrlanda’da kürtajın yasak olması nedeniyle ailesi tarafından yurt dışında hamileliğinin sonlandırılması ile ilgili bir davada, Anayasa maddeleri yanında Başlangıç metninde yer verilen insan onuru ile kişisel hak ve özgürlükler ifadelerine gönderme yaparak, söz konusu fiilin hukuki sorumluluğa neden olmayacağına karar vermiştir³⁰.

Polonya Anayasası’nın başlangıç bölümü tanınmış bir yazar olan Stefan Wilkanowicz tarafından kaleme alınmıştır. ³¹ Anayasanın Başlangıcının huku-

27 German Federal Constitutional Court, 2 BvE 2/08 (Lisbon Treaty), judgment of 30 June 2009 (kararın İngilizce metni için Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009_06/es20090630_2bve000208en.html.)

28 Michael Silagi, “The Preamble of the German Grundgesetz, Constitutional Status and Importance of Preambles in German Law”, *Acta Juridica Hungarica*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2011, s. 60-61.

29 1937 tarihli İrlanda Anayasası Başlangıcı: Her kudretin geldiği ve en sonunda gideceğimiz, tüm insanlar ve Devletlerin tüm fiillerinin dayanağını bulduğu, En Kutsal Üçlü Adına, Biz, İrlanda halkı, Babalarımıza yüzyıllarca süren sınavlarında dayanma gücü veren İlahi Sahibimiz, İsa Mesih’e olan tüm borçlarımızı naçizane kabul ederek, Ulusumuzun haklı bağımsızlığını yeniden kazanmak için verdikleri kahramanca ve aralıksız mücadeleyi minnetle hatırlayarak, Ve Basiret, Adalet ve Hamiyetten ayrılmadan, bireyin onur ve özgürlüğünün sağlanması, gerçek sosyal düzene erişilmesi, ülkenin birliğinin kurulması ve diğer uluslarla barış tesis edilmesi yoluyla kamu yararını geliştirme gayesi güderek, İşbu Anayasayı kabul eder, kanunlaştırır ve kendimize armağan ederiz.

30 İrlanda Yüksek Mahkemesi, [1992] IR 1 (Attorney General v. X), 5 Mart 1992 (Karar metni için Bkz. [http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclib/rary3nsf/\(WebFiles\)/B95A1F8B-726975F18025765E003C2C6E/\\$FILE/AG%20v%20X_1992.rtf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclib/rary3nsf/(WebFiles)/B95A1F8B-726975F18025765E003C2C6E/$FILE/AG%20v%20X_1992.rtf).)

31 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasası Başlangıcı: Anavatanımızın varlığı ve geleceğini göz önünde bulundurarak, 1989 yılında, yeniden kendi kaderinin egemen ve demokratik olarak tayini imkanına kavuşan, Biz, Polonya Ulusu–Cumhuriyetin bütün vatandaşları, Hem doğruluğun, adaletin, iyilik ve güzelliğin kaynağı olarak Tanrı’ya inananlar, Hem de bu inancı paylaşmayan ancak diğer kaynaklardan doğan bu evrensel değerlere saygı gösterenler, Ortak yararımız Polonya’ya karşı eşit hak ve yükümlülüklerle, Hıristiyanlık mirası ve evrensel insani değerlere dayanan Ulusumuz için büyük fedakârlıklarda buldukları bağımsızlık mücadelelerinden dolayı Atalarımıza minnettâr, Birinci ve İkinci Cumhuriyetin en iyi yönlerini alarak, Bin yıldan uzun mirasımızdan değerli olanlarını gelecek kuşaklara bırakmakla yükümlü, Dünya geneline yayılmış vatandaşlarımızla aynı toplum bağıyla bağlı, İnsanlık Ailesinin iyiliği için

ki değeri konusunda Polonya hukukçuları ikiye ayrılmış olmakla birlikte Polonya Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda Polonya Anayasası'nın başlangıç bölümünü referans olarak göstermektedir³². Anayasa Mahkemesi, 2003 yılında Polonya'nın Avrupa Birliğine üyeliği için yapılacak olan referandumun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan dava sonucunda verdiği kararda Anayasanın 9. Maddesi yanında başlangıç bölümünde yer verilen “, İnsanlık Ailesinin iyiliği için bütün ülkelerle işbirliği ihtiyacının bilincinde” ifadesini referans olarak göstererek Avrupa Birliğine üyeliğin referandum konusu yapılmasını Polonya Anayasasına aykırı olmadığına karar vermiştir³³. Mahkeme 2005 yılında verdiği bir başka kararda da aynı gerekçelerle Polonya'nın Avrupa Birliğine üye olmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁴. Mahkeme, 2010 tarihli Lizbon Antlaşmasının anayasaya uygunluğunun değerlendirildiği kararında da bu antlaşmanın Anayasa'nın Başlangıcında yer alan “Polonya'nın egemenliği ve ulusal kimliği” ifadeleri bakımından değerlendirmiş ve sonuç olarak antlaşmanın egemenlik ve ulusal kimliğe olumsuz bir etkide bulunmayacağına karar vermiştir³⁵.

Güney Afrika Cumhuriyeti ayrımcı beyaz azınlık yönetiminin sona ermesinin ardından 1993 yılında geçici bir anayasa kabul etmiş, 1996 yılında ise uzun bir hazırlık döneminin ardından bugün mevcut olan anayasasını kabul etmiştir. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası Başlangıç bölümü geçmişteki adaletsizliklere değindikten sonra halkın iradesine dayalı yeni demokratik düzen ve vatandaşla-

bütün ülkelerle işbirliği ihtiyacının bilincinde, Anavatanımızda temel özgürlüklerin ve insan haklarının ihlal edildiği geçmişteki acı deneyimleri unutmadan, Her zaman için vatandaşların haklarını garanti altına alma ve kamu kuruluşlarında gayret ve verimli çalışmayı temin etme arzusuyla, Tanrı, ya da kendi vicdanlarımız önünde sorumluluklarımızın bilincinde, Özgürlük ve adalete saygı, kamu güçlerinin işbirliği, toplumsal diyalog ve ayrıca vatandaşların ve toplulukların yetkilerini güçlendirmeye dayalı olarak, işbu Polonya Cumhuriyeti Anayasasını Devletin temel kanunu olarak onaylarız. Üçüncü Cumhuriyetin yararına bu Anayasayı uygulayacak olanlara, bunu yaparken, insanın doğuştan gelen onuruna, özgürlüklerine, başkaları ile dayanışma yükümlülüğüne ve Polonya Cumhuriyetinin sarsılmaz temelleri olarak bu ilkelere saygı göstermeye çağırırız.

32 Ewa Poplawska, “Preamble to the Constitution as an Expression of the New Axiology of the Republic of Poland”, *Acta Juridica Hungarica*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2011, s. 40–53.

33 Polonya Anayasa Mahkemesi, K 11/03 (Referendum on Poland's Accession to the European Union), 27 Mayıs 2003 (karar metni için Bkz. (http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_11_03_GB.pdf).

34 Polonya Anayasa Mahkemesi, K 18/04 (Poland's Membership in the European Union, the Accession Treaty), 11 Mayıs 2005 (karar metni için Bkz. http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_GB.pdf).

35 Constitutional Tribunal of Poland, K 32/09 (Lisbon Treaty), 24 Kasım 2010, K 32/09 (Kararın İngilizce metni için Bkz. http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf).

rın eşitliği hakkında ifadeler içermektedir³⁶.

2. Normatif Bağlayıcılığı Olan Başlangıçlar

Başlangıç bölümlerinin anayasanın diğer normları gibi bağlayıcı olduğunu yine anayasal hükümlerle kabul eden anayasalar azınlıkta kalmaktadır. Burkina Faso, Çad, Mısır, Senegal, Togo ve Türkiye anayasaları başlangıç bölümlerinin anayasal normlarla eşit seviyede olduğunu normatif düzenlemelerle kabul etmişlerdir.

Anayasa metninde bir hüküm bulunmasa dahi mahkeme kararları ile de başlangıç bölümleri normatif bir güce kavuşturulabilmektedir. Hindistan anayasası başlangıç bölümünün bağlayıcı olup olmaması ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. Hindistan Yüksek Mahkemesi 1960 yılında vermiş olduğu Berubari kararında, Başlangıcın anayasa metnine dâhil olmadığı sonucuna ulaşmıştır³⁷. Ancak Mahkeme daha sonra 1973 yılında verdiği Kesavananda kararıyla bu içtihadını değiştirerek Başlangıcın Anayasanın bir parçası ve normatif etkisi olduğu görüşünü benimsemiştir³⁸. Bu tarihten sonra Yüksek Mahkeme bu ikinci içtihadını devam ettirmiştir.

Başlangıç bölümlerinin düzenlenmesi bakımından belki de en ilginç örnek 1958 tarihli Fransa Anayasasıdır. 1958 anayasası metni içinde hak ve özgürlüklere ilişkin bir düzenleme yapmazken, anayasanın Başlangıç bölümü “Fransız halkının 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile 1946 tarihli 4. Cumhuriyet Anayasasının Başlangıcına bağlı olduğu” ifadesine yer vermiştir. Fransız

36 Biz Güney Afrika Halkı olarak,

Geçmişte yaşanan adaletsizliklerin farkındayız;

Topraklarımızda adalet ve özgürlük için acı çekenleri saygıyla anıyoruz;

Ülkemizi inşa etmek ve kalkındırmak için çalışmış olanlara saygı duyuyoruz;

Güney Afrika'nın bütün farklılıklarıyla içinde yaşayanlara ait olduğuna inanıyoruz.

Dolayısıyla, geçmişte yaşanan bölünmüşlükleri onarmak ve demokratik değerlere, sosyal adalete ve temel insan haklarına dayalı bir toplum inşa etmek;

Yönetimin halkın iradesine dayandığı ve her yurttaşın yasalar tarafından eşit şekilde korunduğu demokratik ve açık bir toplumun temellerini atmak;

Tüm yurttaşların yaşam kalitesini yükseltmek ve her bireyin potansiyelinin önünü açmak;

Egemen bir devlet olarak uluslar ailesinde hak ettiği yeri alabilecek birleşik ve demokratik bir Güney Afrika inşa etmek amacıyla;

Bu Anayasa'yı özgürce seçilmiş temsilcilerimiz aracılığıyla Cumhuriyetimizin en üstün yasası olarak kabul ediyoruz.

Tanrı insanlarımızı ve Güney Afrika'yı korusun.

37 Hindistan Yüksek Mahkemesi, (1960) 3 SCR 250 (Berubari), 14Mart 1960 (Kararın İngilizce metni için Bkz. <http://indiankanoon.org/doc/1120103/>).

38 Hindistan Yüksek Mahkemesi, (1973) 4 SCC 225 (Kesavananda), 24 Nisan 1973, (Kararın İngilizce metni için Bkz. <http://indiankanoon.org/doc/257876/>).

Anayasa Konseyi 16 Temmuz 1971 tarihli bir kararıyla Başlangıcın insan haklarına ilişkin bağımsız bir hukuki kaynak olarak bağlayıcı gücü bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı Kararla Konsey Fransız Parlamentosunda kabul edilen bir kanunu 1946 Anayasasının Başlangıcında bulunan örgütlenme özgürlüğü ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir³⁹, Haimbaugh, bu kararı Fransa'nın Marbury Madison'a Karşı davası olarak nitelendirir⁴⁰. Fransız Anayasa Konseyi 1973 yılında verdiği bir kararla bu kez 1789 Bildirgesini de kararın temellendirilmesinde kullanmıştır. Bu iki karardan sonra çok sayıda davada Başlangıç metninde yer alan ilkeler iptal kararlarının ana gerekçesi olmuştur⁴¹. Fransız Anayasasında 2008 yılında yapılan değişiklik ile metne eklenen yeni bir hükümle Anayasa Konseyinin somut norm denetimi yapabilmesi mümkün olmuş ve Konsey bu denetim yetkisini kullanırken kararlarında Başlangıç ilkelerine daha fazla yer vermeye başlamıştır.

Başlangıç bölümlerinin hukuki niteliği bakımından dikkat çeken bir başka örnek Bosna-Hersek Anayasasıdır⁴². Bosna Hersek Anayasası Dayton Barış Antlaşmasının ekinde yer alan, uluslararası güçlerin empozisi ile kabul edilmiş bir

39 Constitutional Council of France, DC 71-44 (Freedom of Association), 16 Temmuz 1971 (Kararın İngilizce metni için Bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/caselaw/decision>

/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html.)

40 George D. Haimbaugh, "Was it France's Marbury v. Madison?", *Ohio State Law Journal*, Cilt: 35, 1974, s. 910-926. Ayrıca Bkz: Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992, s. 66-78; Meltem Doğan, *Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları (Başlangıç Hükümleri)*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, TBMM Basımevi, Ankara, 2012, s.3.

41 Marie-Pierre Granger, "The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment", *Acta Juridica Hungarica*, Cilt:52, Sayı:1, 2011, s. 7-12.

42 1995 tarihli Bosna-Hersek Anayasasının Başlangıcı: İnsanlık onuruna, özgürlük ve eşitliklere saygıya dayalı olan,

Kendini barış, adalete, hoşgörü ve uzlaşmaya adayan,

Demokratik hükümet kurumlarının ve çoğulcu bir toplumda barışçıl ilişkiler üretecek adil usullerin en iyi olduğuna inanan,

Özel mülkiyetin korunması ve pazar ekonomisinin geliştirilmesi aracılığıyla genel refah ve ekonomik büyümeyi teşvik etmek isteyen,

Birleşmiş Milletler Şartının Amaçları ve İlkeleri'ni rehber edinen,

Bosna Hersek uluslararası hukuka uygun olarak Bosna-Hersek'in egemenliğine, toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına bağlı olan,

Uluslararası insancıl hukuka tam saygı göstermeyi taahhüt eden,

Medeni ve Siyasi Haklar ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklardan, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden esinlenen Uluslararası Sözleşmelerden, Ulusal veya Etnik, Dini, Toplumsal ve Dilsel Azınlıklara Ait Olan Kişilerin Hakları Bildirgesinden, Dilsel ve diğer insan hakları araçlarından ilham alan,

8 Eylül 1995'te Cenevre'de ve 26 Eylül 1995'te New York'ta kabul edilen Temel İlkeleri hatırlayan Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırpalar, kurucu halklar (Diğerleriyle birlikte) ve Bosna-Hersek vatandaşları olarak Bosna Hersek Anayasasını aşağıdaki gibi kararlaştırmışlardır:

düzenlemedir. Bu düzenleme çerçevesinde Bosna-Hersek, Sırp Cumhuriyeti be Bosna-Hersek Federasyonundan oluşan kendine özgü bir konfederasyon olarak kurulmuştur. Gerek Sırp Cumhuriyeti gerekse Bosna-Hersek Federasyonu ayrı anayasalara sahiptir. Dönemin Bosna-Hersek Devlet Başkanı 1998 yılında Aliya İzzetbegoviç tarafından açılan bir dava ile her iki alt yapının anayasalarının başlangıç kısımlarında bulunan bazı ibarelerin Bosna-Hersek Devleti Anayasasının Başlangıcına aykırı olduğundan dolayı iptal edilmesi istenmiştir. Bu başvuru üzerine Anayasa’da bir hüküm bulunmamasına rağmen Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi gerek Sırp Cumhuriyeti gerekse Bosna-Hersek Federasyonu anayasalarının başlangıç bölümleri ile maddelerinde bulunan ibareleri Bosna-Hersek Devlet Anayasasının Başlangıcına aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, iptal edilen bu kısımlar, Sırp Cumhuriyeti ve Bosna-Hersek Federasyonunun bağımsız birer devlet olarak algılanmasına neden olabilecek “kendi kaderini belirleme hakkı”, “bağımsız bir devlet olma mücadelesi”, “diğer Sırp devletleri ile ilişkiler geliştirme” gibi bir devletin unsuru olmayı aşan ifadeler içermektedir. Mahkeme, Bosna-Hersek Devleti Anayasasının Başlangıcının sadece betimleyici ifadelerden oluşmadığını, kuvvetli bir normatif kaynak olduğunu ve hem yürütme organını hem de mahkemeleri bağlayıcı bir hukuk kuralı olarak düşünülmesi gerektiğini esas alarak iptal kararını temellendirmiştir. Kurucu Halklar Davası olarak adlandırılan bu dava sonucunda gerek çatı devlet gerekse ona bağlı yapıların anayasalarında hiçbir hüküm olmamakla birlikte, Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi çatı devletin anayasasının başlangıcını hiyerarşik olarak üstün göreyerek, diğer yapıların anayasalarının başlangıçlarındaki ifadelerin hukuka aykırılığı nedeniyle iptallerine normatif dayanak yapmıştır⁴³.

II. Başlangıç Bölümlerinin Biçimsel Özellikleri ve İçerikleri

Bu karşılaştırmalı çalışma için ele alınan dünya anayasalarının başlangıç bölümlerinin farklı tasarım, biçim ve içerik özellikleri bulunmaktadır. Bununla birlikte ortak yönler de mevcuttur ve bu ortak yönlerden hareketle genel sınıflandırmalar ve değerlendirmeler yapmak, eğilimleri ortaya koymak olanaklıdır.

A. Tasarım ve Biçim Özellikleri

1. Uzunluk - Kısalık

Başlangıç bölümleri uzunluklarına göre üç kategori içinde değerlendirilebilir: Uzun, orta ve kısa. Bir çalışmada başlangıçlarda ortalama kelime sayısı 300 olarak belirlenmiştir. Bu çalışmada 92 anayasa 0-249 kelime, 49 anayasa 250-499 kelime, on anayasa 500-749 kelime, 6 anayasa 750-3000 kelime ve bir anayasa-

43 Voermans, Stremler ve Paul Clietur, s. 133-142;

sa 3000'in üzerinde kelimeye yer veren başlangıç bölümlerinden oluşmaktadır. 1945 yılından önce kabul edilmiş anayasalarda başlangıç bölümleri daha kısa iken, 1945 sonrasında ortalama uzunluklarda artış belirlenmiştir. Bununla birlikte yeni anayasalarda da kısa başlangıcı olanlar mevcuttur⁴⁴. 250 üst sınırına kadar kelimeden oluşan başlangıçlar kısa, 250 ile 5000 arasında kelimeye yer verenler orta, 500'ün üstünde kelimeden oluşanlar ise uzun başlangıç olarak nitelendirilebilir. Dünya anayasaları içinde en kısa başlangıç bölümü 6 kelimeden oluşan Yunanistan Anayasası'nda, en uzun başlangıç ise 3249 (İngilizce çeviri esas alınmıştır) kelimeyle İran anayasasında bulunmaktadır.

2. Başlangıç Bölümünün Anayasa Metni İçindeki Yeri ve Başlığı

Başlangıcı olan anayasaların çok önemli bir kısmında başlangıç şekli tanıma uygun olarak Anayasa metninin başlığı ile anayasa maddeleri arasında yer almaktadır. Ancak az sayıda anayasada başlangıç kısmı Anayasa metninin başlığından önce yerleştirilmiştir.

Başlangıcı olan anayasaların önemli bir kısmında bu bölümün başlığında, başlangıç, dibace (preamble) terimi yer almaktadır. Başlangıç bölümlerinde hiçbir başlık kullanılmayan örnekler de mevcuttur⁴⁵. Başlangıç bölümlerinde başlık kullanılmaması bu bölümlerin niteliğini etkilememektedir. Başlangıç bölümüne "giriş" (Bahreyn), "anayasal bildiri" (Mısır), "kaynak temeller" (Hırvatistan) gibi başlıklar da verilmektedir.

3. Başlangıç Bölümlerinin Dili

Yukarıda değindiğimiz Haberle'nin sınıflandırması çerçevesinde başlangıç bölümlerini ağıdalı ve tantanalı, günlük ve yalın ve hukuk dili ile kaleme alınabilmektedir. Fransa Anayasası tarihsel olayları ağıdalı bir dille aktarıırken 1982 tarihli Türk Anayasası milliyetçi duyguları benzer şekilde ifade etmiştir. Kuzey Kore Cumhuriyeti başlangıcı Kim Il Sung'u abartılı bir şekilde öven, ilahi bir metin gibi kaleme alınırken, Çin Halk Cumhuriyeti'nin Anayasasında başlangıç bölümü halkı eğitici nitelikte görülmüş ve yalın bir dille yazılmıştır⁴⁶.

İyi çerçevelenmiş Kavramlarla oluşturulmuş Hukuki bir dile yer veren anayasalar aynı zamanda başlangıç bölümlerinin normatif bağlayıcılığını kabul etmişlerse başlangıç bölümlerindeki metinler anayasa maddeleri gibi bağlayıcı norm

44 Voermans, Stremeler ve Paul Clietur, s. 22; Orgad, a.g.e., s. 133-142.

45 Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Azerbaycan, Belize, Belarus, Birleşik Arap Emirlikleri, Bulgaristan, Ekvator, Ermenistan Estonya, Fiji, Gambiya, Guatemala, Gürcistan, İrlanda, Japonya, Kazakistan, Kenya, Kosta Rika, Kuveyt, Kırgızistan, Letonya, Macaristan, Moldova, Moğolistan, Mozambik, Nijerya, Panama, Porto Riko, Sırbistan, Tayvan, Tacikistan, Türkmenistan, Ukrayna, Vanuatu ve Zambiya.

46 Voermans, Maarten Stremeler ve Paul Clietur, s. 85-87.

olarak uygulanabilir. Özellikle insan haklarına ilişkin kurallar içeren anayasal başlangıçların böyle bir normatif etkisi de ortaya çıkmaktadır. Buna karşın ağda- lı ve şiirsel dille kaleme alınan başlangıç bölümleri anayasa tarafından normatif bağlayıcılığı kabul edilse dahi uygulamada doğrudan uygulanmaları mümkün olmamaktadır. Ancak bu tür başlangıçların yargı organlarının yorumu ile davaların hukuki gerekçelendirmelerinde işlev sahibi olduklarını da görmekteyiz.

Hindistan ve Bhutan örneklerinde başlangıç bölümleri sadece yazı ile değil görsel tasarımları ile de özgün bir hale getirilmiştir. Bhutan örneğinde ikonog- rafik tasarımlar, Hindistan örneğinde ise Hintli ressam Beohar Rammanohar Sinha'nın görsel tasarımı başlangıç bölümlerinin şekillendirilmesinde kullanılmıştır.

B. Anayasal Başlangıçların İçerikleri

Anayasaların başlangıç bölümleri analiz edildiğinde bu bölümlerinde içerik- lerinde değer ve amaçlar, tarihsel olaylar, dini konular ve diğer hukuki metinlere yapılan göndermelerin kimi örneklerde birinin, ama çoğunluğunda birkaçının ya da bazılarında hepsinin birlikte yer aldığı görülmektedir.

1. Değer, İlke ve Amaçlar

Gönenç'e göre bir toplumu bir arada tutan temel değer ve ilkelerin anaya- salarda ifadesini bulur⁴⁷. Bu değer ve ilkelere özellikle de başlangıç kısımlarında yer verildiğini görmekteyiz. Değer, ilke ve amaçlar aşağı yukarı tüm başlan- gıçlarda yer verilen bir içerik unsurudur. Kosta Rika Başlangıcı “demokrasiye inanç” ifadesiyle tek bir değere atıfta bulunurken, Çin anayasasında 26 değer ve ilke ifadesi bulunmaktadır. Başlangıç bölümlerinde en sık yer verilen değerler, egemenlik, bağımsızlık, ülkesel bütünlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti, adalet, sosyal adalet, özgürlük, eşitlik, insan hakları, insan onu- rudur. Bazı anayasalarda ise sık rastlanmayan değerlere atıfta bulunulmakta- dır. Örneğin Eritre Anayasası “yaşlılara saygı” Fiji ve Ukrayna Anayasalarında “uyum içinde yaşam”, Kongo Anayasasında “yakın kayırmacılığını, klancılığı ve kabileciliği kınama”, Senegal Anayasası “iktidar ve muhalefet partileri arasında adil ilişkiler”, Birleşik Arap Emirlikleri Anayasası “demokrasiye kademeli geçiş” şeklinde değer içeren ifadeleri kullanmaktadır.

Kurucu İktidar ve Başlangıcın Hitap Ettiği Kitle: İncelememiz dâhilinde olan ve başlangıç bölümüne yer veren anayasaların biri hariç (Yu- nanistan) tümünde kurucu iktidarla ilgili bir ifadeye yer verilmiştir. Başlangıç bölümlerinde kurucu iktidarla ilgili en sık kullanılan “halk” teriminin yanında “halkın temsilcileri”, “monark” ya da “kral” da kurucu iktidar olarak gösteril-

47 Gönenç, s. 155.

mektedir. Başlangıcı olan 126 anayasanın 111'inde halk kurucu iktidar olarak gösterilmiştir. Bazı örneklerde ise halktan dolayı olarak bahsedilmektedir. Anayasanın halka dayalı olduğu vurgulanmakla birlikte halkın anayasayı doğrudan yapmaması nedeniyle anayasanın hangi demokratik yöntemlerle kabul edildiğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Bu tür anayasalarda aslında anayasanın gerçek yapıcısını gizlemek, ya da anayasanın öyle olmadığı halde halk tarafından demokratik usullerle kabul edildiği görüntüsü yaratmak amaçlanmaktadır.

Anayasaların kim tarafından yapıldığı hangi anayasa yapım yönteminin kullanıldığı ile yakından ilişkili bir konudur. Hiyerarşik anayasa yapım yöntemlerinde anayasa bir kralın halka sunduğu ferman olarak kaleme alındığından metnin tümü de bu kişiye ait olup, onun ağzından yazıya aktarılmaktadır. Demokratik anayasa yapım yöntemlerinde ise anayasa yapımı halk tarafından gerçekleştirilmektedir. Özellikle 20. ve 21. yüzyılda anayasalar ayrı bir kurucu meclis ya da mevcut yasama organının kurucu faaliyetleri ile yapılmaktadır. Anayasaların başlangıç bölümlerinde ise bu yapım yöntemi altı çizilerek ilan edilmektedir. Bu nedenle başlangıç bölümlerinin önemli bir kısmının ilk cümlesi anayasayı kaleme alana işaret etmektedir. İlk yazılı modern anayasa olan Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının Başlangıç bölümünün ilk tümcesi olan “Biz Birleşik Devletler halkı...” ibaresi demokratik yöntemle oluşturulan anayasalara ilham vermiştir. Böylece başlangıç bölümlerine metnin yapıcısının beyanı ile başlamak bir teamül olmuştur⁴⁸. Demokratik meşruiyet bakış açısıyla, halkın anayasa yapıcısı olarak anayasanın ilk cümlesinde yer alması vatandaşların anayasayı sahiplenmesi ve onu diğer yasalardan sadece normatif anlamda değil, duygusal olarak da üstün görmesi sonuçlarını doğurmaktadır.

Anayasaların başlangıç bölümleri aynı zamanda metnin kime hitap ettiğini de vurgulamaktadır. Platon'dan bu yana başlangıç metinlerinin ikna etmeye yönelik bir işlevi olduğu genel kabul gördüğünden anayasal başlangıçların hedefi de doğrudan vatandaşlar olmaktadır. Başlangıç metinleri aynı zamanda tüm devlet organları ve kurumlarına da hitap ederek anayasanın devleti bağlayıcılığının altını çizmektedir.

Ulusal Egemenlik: Halkın egemenliği dışında başlangıç bölümleri “ulusal egemenlik” kavramlaştırmasıyla devletin bağımsız niteliğinin altını çizmektedir.

48 Afganistan, Angola, Bangladeş, Belize, Bolivya, Brezilya, Bulgaristan, Burkina Faso, Çek Cumhuriyeti, Dominik, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Eritre, Etiyopya, Federal Almanya, Fiji, Fildişi Sahilleri, Filipinler, Fransa, Gambiya, Gana, Guatemala, Guyana, Güney Afrika, Güney Kore, Haiti, Hindistan, Irak, İrlanda, İsviçre, Kazakistan, Kenya, Kolombiya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kosta Rika, Küba, Letonya, Liberya, Litvanya, Macaristan, Moldova, Mali, Nijer, Nijerya, Nikaragua, Pakistan, Paraguay, Peru, Polonya, Ruanda, Rusya, Senegal, Slovakya, Sudan, Surinam, Tacikistan, Tanzanya, Togo, Tunus, Uganda, Ukrayna, Vanuatu, Venezuela, Zambiya ve Zimbabve.

Egemenlik aynı zamanda devletin iç egemenliğini gösterecek şekilde “barışı ve düzeni koruma” terimleriyle de ifade edilmektedir. Dış egemenlik ise başlangıçlardaki yerini devletin “dünya devletler ailesinin eşit bir bireyi” olduğuna işaret edecek terim ve ibare ve cümlelerle almaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında kolonyal sömürgeciliğin çökmesiyle ortaya çıkan yeni devletler ulusal egemenliğe ilişkin tüm ifade biçimlerini yoğun bir şekilde kullanmışlardır. İncelenen anayasaların 2/3'lük bir bölümünde bağımsızlığa ilişkin ifadelerin yer aldığı belirlenmiştir. Ulusal egemenlik zaman zaman askeri darbelerin meşruiyetini oluşturmak için de kullanılmakta, siyasi krizin yarattığı ortamı sonlandıran askeri yönetimler barışı ve kamu düzenini koruma işlevinden hareketle yapılan müdahalenin haklılığını göstermeye çalışmaktadır. Türkiye’de 1982 Anayasası Başlangıcının daha sonra iptal edilen ilk fıkrası ve 2014 tarihli Geçici Tayland Anayasası Başlangıcı bu tür metinlere örnektir. Ulusal egemenlik vurgusunun kullanıldığı bir başka özel durum ise, komşu devletlerle olan çatışmalardır. Çin Anayasası Başlangıcında yer verilen “Tayvan’ın Çine ait olduğu” ya da Hindistan’la yaşanan Kaşmir sorunundan dolayı Pakistan Anayasası Başlangıcında yer verilen “Pakistan’ın bütünlüğü” ibareleri bu tür başlangıçlara örnektir.

İdeoloji: Gönenç’e göre ideolojiler toplumların peşine düştükleri kapsamlı yaşam projeleri olarak tanımlanırsa, başlangıç bölümlerinde ideolojik göndermeler bulunması şaşırtıcı olmayacaktır⁴⁹. Bununla birlikte “ideoloji” terimini “genel felsefi temeller” ve “katı doktrin” olarak iki grupta sınıflandırabiliriz. Anayasaların çok büyük bir çoğunluğu devlet biçimi, yönetim biçimi, bireylerin hak ve özgürlükleri gibi alanlara ilişkin genel esasları oluşturmak amacıyla başlangıçlarında ideolojiye yer verirken, az sayıda anayasanın hem devleti hem toplumu hem de bireylerin özgürlük alanlarını belirlerken katı bir ideolojik çerçeve olarak kullanılmaktadır. Çin, Kuzey Kore ve Küba anayasaları bu katı ideolojik içeriği kendi başlangıç bölümlerinde metne aktarmışlardır. Din adamlarının (fakihin) vesayeti sistemini kurarak Şii anlayışına da yeni bir yorum getiren İran Anayasası dinle iç içe geçmiş bu ideolojik çerçeveyi Anayasasının Başlangıcına yansıtmıştır. Katı ideolojik yaklaşıma sahip anayasa başlangıçlarında devlet ideolojisi dışında kalan ideolojilerle mücadeleye yönelik ifadelerde mevcuttur. Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası Başlangıcı “emperyalizm” ve “kapitalizm” ile mücadeleden bahseden bir paragraf içermektedir.

Bazı anayasalar özellikle başlangıç kısımlarında devletin ideolojisini belirlemeye yönelik ifadeler içerirler. Hindistan, Bangladeş, Sri Lanka anayasalarının başlangıç bölümlerinde “sosyalizm” devlet ideolojisi olarak yer almıştır. Ancak bu anayasaların uygulanmasında farklı ideolojilere mensup partiler de iktidara

49 Gönenç, s. 150.

gelebilmekte, sosyalist olmayan programlarını uygulayabilmektedir. 1982 Anayasasının Başlangıcında yer verilen “Atatürk milliyetçiliği” ifadesinin “milliyetçilik ideolojisine mi yoksa devletin tekçi yapısına mı göndermede bulunduğu tartışmalıdır.

Demokratik yapıli devletlerin çoğu katı bir ideolojik çerçeve yerine devlete ve devlet-birey ilişkilerine dair genel ilkeler ve tercihleri yansıtan geniş çerçeveli ideolojik içeriklere yer vermektedir.

Eşitlik: Anayasaların başlangıç bölümlerinde sıklıkla yer verilen değerlerden biri eşitliktir⁵⁰. İnceleme kapsamındaki anayasalardan 62’sinin başlangıcında eşitliğe yer verilmiştir. Bir kısım başlangıçlarda eşitliğe genel olarak değinilirken diğeri bir grup başlangıçta eşitliğe olan inanç daha güçlü vurgulanmaktadır. “Eşitliği en üstte tutmak” (Zimbabve, Sudan), eşitliği garanti altına almak” (Burkina Faso), “eşitliği korumak ve desteklemek” (Eritre), “eşitliği güvence altına almak” (Gana), “eşitliği hayata geçirmek” (Nikaragua), “eşitliği teşvik etmek” (Liberya), eşitliği temellendirmek” (Irak) başlangıçlarda kullanılan güçlendirilmiş ifadelerdir. Yine bazı anayasalarda eşitlik evrensel bir değer olarak tüm bireyler için savunulurken, diğeri sadece vatandaşlar arasında eşitlikten bahsedilmektedir.

Özellikle yeni anayasalarda güçlenen bir eğilim de erkek-kadın eşitliğinin başlangıçlarda vurgulanmasıdır. Bazı anayasalarda kadınların devrim ve bağımsızlık savaşlarında oynadıkları rol ön plana çıkarılırken (Eritre, Irak, İran, Tunus), erkek-kadın eşitliğini cinsiyet ve toplumsal cinsiyet vurgularıyla başlangıç bölümüne taşıyan anayasalar da mevcuttur (Burkina Faso, Senegal ve Zambiya). Başlangıçlarda ayrıca belli özel alanlardaki eşitlikten de bahsedilmektedir. Siyasi eşitlik, hukuk önünde eşitlik (Güney Afrika, Pakistan, Senegal), iktidara eşit erişim olanakları (Senegal), dağıtıcı adalet yoluyla eşitlik kullanılan ifadeler arasındadır. Başlangıç metinlerinde vatandaşların sadece haklarda değil, yükümlülüklerde de eşit oldukları vurgusu yapılmaktadır (Lübnan, Mısır, Polonya).

70’li yıllardan sonra dünya anayasaları giderek artan bir şekilde içeriklerine çeşitlilik ve çoğulculukla ilgili düzenlemeleri dâhil etmeye başlamışlardır. Başlangıç bölümleri de bu eğilimin dışında kalmamıştır. Bir kısım anayasada, baş-

50 Angola, Arnavutluk, Avustralya, Bangladeş, Belize, Benin, Bolivya, Brezilya, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Burkina Faso, Cezayir, Çad, Çin Halk Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, Eritre, Etiyopya, Fas Federal Almanya, Fiji, Filipinler, Fransa, Gana, Gine, Guatemala, Guyana, Güney Afrika, Güney Kore, Haiti, Hindistan, Irak, İrlanda, Kazakistan, Kenya, Kırgızistan, Kuveyt, Kolombiya, Kongo, Letonya, Liberya, Litvanya, Lübnan, Macaristan, Makedonya, Mali, Mısır, Moğolistan, Moldova, Moritanya, Namibya, Nijer, Nijerya, Nikaragua, Özbekistan, Pakistan, Paraguay, Polonya, Ruanda, Rusya, Senegal, Sırbistan, Slovakya, Sri Lanka, Sudan, Surinam, Tacikistan, Togo, Tunus, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Venezuela, Zambiya ve Zimbabve.

langıç bölümünde çoğulculuk kavramına⁵¹ ve toplumsal farklılıkların korunmasına ve eşitliğine⁵² ilişkin ifadeler bulunmaktadır.

İnsan Onuru: İnsan onuru kavramı II. Dünya Savaşı sonrası dönemde anayasalarda gittikçe artan bir kullanıma kavuşmuştur. Bu dönemden önce sadece 1937 tarihli İrlanda Anayasası'nda yer verilen insan onuru bugün anayasa maddelerinde, başlangıç bölümünde ya da bazı anayasalarda her iki kısımda birlikte yer verilen bir kavramdır. Anayasal maddelerde yapılan düzenlemeler bir yana bırakılacak olursa araştırma kapsamımızda yer alan anayasalar içinde 39'unda "insan onuru" ya da "birey onuru" "insanlık ailesinin onuru", "onur", "bireylerin ve toplulukların onuru" ve "kişi onuru" kavramlarına yer verilmektedir⁵³. Yapılan bir araştırma kavramın özellikle 80'li yıllardan sonra daha yoğun bir şekilde kullanıldığını göstermektedir⁵⁴. Bu kavramın anayasalarda yer verilmesine neden olan faktörlerden biri Birleşmiş Milletler Şartı ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde de kullanılmasıdır. 1945 sonrası dönemde anayasaları ve insan haklarına ilişkin ulusal hukuk düzenlemeleri üzerinde etkisi olan bu iki metnin kullandığı bir kavramın yaygınlık kazanması belgelerin dünya çapında etkinliğinin göstergesidir.

Hukuk Devleti: Hukuk devleti çok sayıda alt kural ve ilkedен oluşаn bir çatı kavramlaştırmadır. Teknik hukuki nitelikleri olan bu kural ve ilkelere anayasaların maddelerinde yer verildiğinden çoğu anayasada ayrıca başlangıç bölümünde hukuk devletine ayrıca yer verilmemiştir. Hukuk devletinin başlangıçta zikredilmesi genellikle anayasal normlarda düzenlenen bu alanın bir kez de başlangıç metninde vurgulanmasını amaçlamaktadır. Hukukun üstünlüğü" ve "hukuk devleti" düzenlemelerini anayasanın normatif bölümünde düzenleyen anayasalar ayrıca bu düzenlemeleri detaylandırarak hukuki güvenliği ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını normatif olarak sağlamaktadır. Devletlerin bir kısmı anayasalarında İngilizce ve Anglo-Sakson hukuk kültürünün etkisiyle "hukukun üstünlüğü" (rule of law) kavramına yer verirken ⁵⁵ kültürleri Fransız (l'état de droit) ve Alman hukukundan (Rechtsstaat) etkilenen anayasal sitemlerde "hu-

51 Angola, Bolivya, Çad, Fas, Haiti, Honduras, Libya, Moldova, Mozambik, Togo, Tunus ve Vanuatu.

52 Angola, Bolivya, Ekvator, Fildişi Sahilleri, Güney Afrika Cumhuriyeti, Irak, İsviçre, Kamerun, Kenya, Macaristan, Mali, Moritanya, Sudan, Uganda, Zimbabve.

53 Angola, Arnavutluk, Belize, Benin, Bolivya, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Burkina Faso, Cezayir, Çad, Çek Cumhuriyeti, Dominik, Dominik Cumhuriyeti, Eritre, Federal Almanya, Fiji, Guyana, Hindistan, İrlanda, Kuveyt, Küba, Letonya, Macaristan, Mısır, Moldova, Moritanya, Nijer, Panama, Paraguay, Polonya, Sri Lanka, Sudan, Togo, Tunus, Uganda, Zambiya.

54 Voermans, Maarten Stremmer ve Paul Clietur, s. 39.

55 Angola, Arnavutluk, Avustralya, Bangladeş, Belize, Bulgaristan, Dominik, Dominik Cumhuriyeti, Eritre, Filipinler, Gana, Irak, İspanya, Kenya, Kırgızistan, Letonya, Liberya, Litvanya, Makedonya, Moldova, Mozambik, Nepal, Portekiz, Ruanda, Uganda, Venezuela ve Zimbabve.

kuk devleti” kavramı tercih edilmektedir⁵⁶. Hukuk devletinin sadece başlangıç bölümlerinde düzenlenmesi, hukuk devletinin gereklerine anayasa maddelerinde yer verilmemesi bu kurumdan beklenen normatif etkinin oluşturulması için yeterli olmayacaktır.

Hak ve özgürlükler: Anayasaların başlangıç bölümlerinde sıklıkla vurgulanan kavramlar arasında “haklar”, “özgürlükler”, “insan hakları” yer almaktadır. Çalışma kapsamında incelenen anayasalar içinde bu terimlerden en az birine yer veren anayasalar %80’e ulaşmaktadır. Hak ve özgürlüklere atıf yapan anayasalar genellikle insan onuru kavramına da yer vermekte ve hak ve özgürlükleri bu kavramı izleyen kısımda kullanmaktadır. Hak ve özgürlüklere başlangıç kısımlarında doğrudan atıf yapılması 1945 sonrası dönemde ortaya çıkan ve yaygınlaşan bir uygulamadır⁵⁷. Hak ve özgürlükler kapsamında başlangıç bölümlerinde yer verilen bir konuda ayrımcılık yasağına yapılan vurgudur⁵⁸.

2. Tarihi Olaylar

Başlangıç bölümlerinde en sık rastlanan temalardan biri o devletin ya da toplumun geçmişinde yaşanan, çoğu kez de başlangıcın yazıldığı anayasanın ortaya çıkmasına neden olan tarihi olaylardır. İncelenen anayasaların % 80’i bu şekilde tarihi olaylara ilişkin anlatıları içermektedir. Yukarıda Fransız Anayasası örneğinde gördüğümüz gibi bazı anayasalar geçmiş tarihi olaylara değil ama daha eski anayasa ve bildirgelere referans vermektedir.

Tarihsel olaylardan bahseden anayasaların bir kısmı geçmişle ilgili kapsamlı anlatılar içermektedir. İran ve Çin anayasaları bu grupta yer alır. Anlatıların genişliği nedeniyle bu anayasaların başlangıçları da ortalamanın üzerinde bir uzunluktadır. Honduras (...kurucu örnekleri hatırlayarak), Filipinler (...mirasımızı koruyup geliştirerek...) Moğolistan (Devlet geleneğimiz, tarihimiz ve kültürümüzü miras alarak ve en üstün tutarak...) örneklerinde tarihsel olaylardan çok kısa bir şekilde bahsedilmekte ve şekli sayılabilecek atıflarda bulunmaktadır.

Başlangıç bölümlerinde tarihsel anlatılar çok eski tarihlere kadar gidebilmekte ya da çok yakında gerçekleşen iktidar değişimi, askeri müdahale, devrim, bağımsızlık savaşı gibi olaylara yoğunlaşabilmektedir. Örneğin, “Arap Baharı” sonrası gerçekleşen rejim değişiklikleri neticesinde kabul edilen yeni anayasalarda bu olayların anlatılarıyla karşılaşmaktadır (örneğin 2011 tarihli Kaddafi sonrası kabul edilen Anayasa, 2014 tarihli Tunus Anayasası)

56 Benin, Burkina Faso, Burundi, Çad, Fas, Gine, Kongo, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Madagaskar, Mali, Nijer, Senegal, Togo.

57 Voermans, Stremler ve Paul Clietur, s. 22; Orgad, s. 42.

58 Afganistan, Etiyopya, Fas, Haiti, Irak, Madagaskar, Ruanda, Senegal, Venezüella.

Başlangıç bölümlerinin tarihi olayları içeren bölümlerinde tarihte önemli roller oynayan kahramanlar, bağımsızlık ya da devrim önderleri ve siyasi liderlerin isimlerine de yer verilmektedir. Atatürk (Türkiye), Muhammed Cinnah (Pakistan), Simon Bolivar (Venezuela), Karl Marks ve Vladimir Lenin (Çin, Küba), Sun Yat Sen ve Mao Zedung (Çin), Friedrich Engels (Küba), Juan Pablo Duarte, Matias Ramon Mella, Francisco del Rosario Sanchez (Dominik Cumhuriyeti), Ho Chi Minh (Vietnam), Fidel Castro (Küba) ve Kim Il Sung (Kuzey Kore) anayasaların başlangıç bölümlerinde yer verilen isimlerdir. Bunlara ek olarak Nikaragua Anayasası da çok sayıda ulusal kahramanın ismine başlangıç bölümünde yer vermiştir.

Başlangıçlar, tarihte yaşanan acı olayların, iç savaşların, bölünmüşlüklerin giderilmesine yönelik uzlaştırıcı, toplumu birleştirici ifadelerle de yer verebilmektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası Başlangıcında bulunan “Güney Afrika’nın bütün farklılıklarıyla içinde yaşayanlara ait olduğuna inanıyoruz. Dolayısıyla, geçmişte yaşanan bölünmüşlükleri onarmak ve demokratik değerlere, sosyal adalete ve temel insan haklarına, sosyal adalete ve temel insan haklarına dayalı bir toplum inşa etmek ... amacıyla bu anayasayı ... kabul ediyoruz” ifadesi geçmişten kaynaklanan acıların barışçıl yollarla giderilmesi iradesini yansıtmaktadır.

3. Dini Konular

Araştırma kapsamında yer verilen anayasaların başlangıç bölümlerinin yarısı dine ve dini öneme sahip konulara doğrudan ya da dolaylı bir şekilde yer vermektedir. Dinle ilişkileri çerçevesinde siyasi sistemleri genel olarak, dini kurallara dayalı sistemler; dini tümüyle dışlayan, hatta bireylerin din özgürlüklerini kısıtlayan ya da ortadan kaldıran seküler otoriter ya da totaliter sistemler ve demokrasiye ve insan haklarına öncelik veren, dini özgürlükleri önemseyen ancak dinlere eşit mesafeli, devletin temel çalışma ilkelerini dine dayandırmayan seküler sistemler olarak üç grup içinde inceleyebiliriz.

Bu üç gruptan ikisi, yani dini bir ideolojiye dayanan sistemler ile dini özgürlüklere saygılı demokratik seküler sistemlerin anayasalarının başlangıçlarında dini konulara yer verilebilmektedir. Ancak dini kurallara dayalı sistemler dini konulara ve kurallara anayasa maddelerinde de düzenlerken, dini özgürlüklere saygılı demokratik seküler sistemler dini konulara, halkın büyük çoğunluğuna ait ortak anlayışları ve kültürü vurgulamak amacıyla sadece başlangıç bölümünde yer verebilmektedir. Bu nedenle birçok demokratik devletin anayasasının başlangıcında dinle ilgili kısa beyanlar yer almaktadır. Hristiyan kültürün yaygın olduğu ülkelerde “Her şeye kadir Tanrının adıyla” “Tanrı ...’yı korusun”, “Tanrıya karşı sorumlu...” (Federal Almanya, İsviçre, Kenya, Zimbabve); Müslüman

ülkelerde ise “Her şeye kadir Allah”, “Allah’ın adıyla” (Afganistan, Mısır, Tunus) ibareleri kullanılmaktadır. Bu anayasalar dışında, bazı başlangıçlarda “İslam” ve “Hiristiyan(hk) şeklinde din adına da referans verilmektedir. Müslüman ya da Hristiyan dünya dışında Budizm de Başlangıçlara konu olmuştur. Bhutan Anayasasının Başlangıç orijinal metinde bir Budist ikonografi içine yerleştirilmiştir. Tayland Anayasası’nın Başlangıç bölümünde tarihler Budist takvime göre hesaplanmıştır⁵⁹.

Dine yapılan atıflar, toplumdaki farklı dinler ve felsefi anlayışa sahip olanları birlikte kucaklayacak şekilde ifade eden anayasal başlangıçlar da bulunmaktadır. Bu tür başlangıçlar dini konulara yer verirken toplumun çoğulcu yapısına da seslenmektedir. Polonya Anayasası bu gruba giren anayasalara güzel bir örnektir. Anayasanın Başlangıç bölümünde yer alan “Biz, Polonya Ulusu, Cumhuriyetin bütün vatandaşları, hem doğruluğun, adaletin, iyilik ve güzelliğin kaynağı olarak Tanrı’ya inananlar, hem de bu inancı paylaşmayan ancak diğer kaynaklardan doğan bu evrensel değerlere saygı gösterenler, ortak yararımız Polonya’ya karşı eşit hak ve yükümlülüklerle, Hristiyanlık mirası ve evrensel insani değerlere dayanan ulusumuz için büyük fedakârlıklarda buldukları bağımsızlık mücadelelerinden dolayı Atalarımıza minnettar...” şeklindeki ifadeler kimlikleri koruyarak çoğulcu birlikte yaşama amacını yansıtmaktadır.

Bazı örneklerde ise devlet ve toplumu belli bir dine bağlayan ifadeler de rastlanmaktadır. “Hristiyan ulusun Cumhuriyeti” (Zambiya), “İslam’ın ülkesi” (Cezayir), “İslam prensiplerine ve sosyal adalete dayalı demokratik ülke... (Pakistan), “İslami-Arap kimliği” (Tunus), “Müslüman Devlet” (Fas). Bu ifadeler tek başlarına bu ülkelerde diğer dinlerin mensupları ile dini aidiyeti bulunmayanların hak ve özgürlüklerinin olmadığını göstermemekle birlikte, söylem olarak eşitlikçi ve çoğulcu bir anlayışı yansıtmamaktadır.

Yunanistan Anayasası’nın girişindeki “Kutsal, eşözlü ve bölünmez kutsal üçlü adına” ifadesi tüm anayasalar içinde en kısa başlangıca varlık kazandırmasının yanında salt dini içeriği ile de dikkat çekmektedir. En uzun başlangıç olan İran Anayasası’nın Başlangıç bölümü de Kuran’dan yapılan doğrudan alıntılara geniş olarak yer vermektedir.

Bir kısım anayasa ise başlangıç bölümünde laikliğe vurgu yapmaktadır. Çalış-

59 Bu terimlere yer veren anayasa Başlangıçları: Afganistan, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Bahreyn, Belize, Birleşik Arap Emirlikleri, Bolivya, Brezilya, Cezayir, Dominik, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Endonezya, Fas, Federal Almanya, Gambiya, Gana, Grenada, Guatemala, Gürcistan, Güney Afrika, Honduras, Irak, İran, İrlanda, İsviçre, Kenya, Kolombiya, Kosta Rika, Kuveyt, Letonya, Lihtenştayn, Liberya, Libya, Macaristan, Mısır, Moritanya, Nijerya, Nikaragua, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Sudan, Tayland, Togo, Tunus, Tuvalu, Uganda, Ukrayna, Vanuatu, Venezüella, Zambiya, Zimbabve

ma çerçevesinde ele alınan anayasalar içinde Azerbaycan, Bangladeş, Hindistan, Kamerun, Mali, Namibya, Türkmenistan ve Türkiye anayasalarının başlangıç bölümlerinde laiklikle ilgili ifadeler yer almaktadır. Azerbaycan, Hindistan, Namibya ve Türkmenistan anayasalarının başlangıç bölümlerinde laiklik devletin bir niteliği olarak vurgulanmıştır. Mali Anayasası seküler devlet yapısının savunulacağına ilişkin bir ifadeyi Başlangıç kısmına eklemiştir. Bangladeş Anayasası Başlangıç bölümünde sekülerizmi ulaşılmaması gereken yüksek bir ideal olarak belirtmiştir. Kamerun Anayasasının Başlangıcında ise “devletin dinler karşısında bağımsızlığının ve tarafsızlığının garanti altında olduğu” ibaresi bulunmaktadır. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Başlangıcı “lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” ifadesini kullanmıştır. 1982 Anayasasının devletin dinler karşısında tarafsız kalmasından çok dinin kamusal alana yansımalarını önlemeye yönelik bir anlam içeriğine yer vermiş olması katı bir laiklik anlayışına işaret etmektedir. Avrupa devletleri içinde laiklik geleneğinin öncüsü olan Fransa Anayasasının başlangıcında laiklikle ilgili bir ifadeye yer vermemiş, bu konuyu Anayasasının ilk maddesinde düzenlemiştir.

III. Türkiye Anayasacılık Tarihinde Anayasal Başlangıç Bölümleri

A. Tarihçe ve Başlangıç Bölümlerinin Hukuki Değeri

İlk Osmanlı Anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de bir başlangıç bölümüne yer verilmemişti. Benzer şekilde 1921 ve 1924 Anayasaları başlangıç bölümü bulunmayan anayasalardır. Başlangıç bölümü ilk kez 1961 Anayasası ile anayasalara dahil edilmiştir⁶⁰. Yürürlükte olan 1982 Anayasası da bir başlangıç

60 1961 Anayasasının Başlangıcı: Tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan;

Anayasa ve Hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti;

Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ilköller etrafında toplayan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak ve;

“Yurtta Sulh, Cihanda Sulh” ilkesinin, Milli Mücadele ruhunun, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak;

İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için;

Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasayı kabul ve ilân ve Onu, asıl teminatın vatandaşların gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlâtlarının uyanık bekleliğine emanet eder.

bölümü içerir⁶¹. 1961 Anayasasının Başlangıç bölümü anayasa yürürlükte kaldığı süre boyunca bir değişikliğe konu olmamıştır. 1982 Anayasasının Başlangıcı ise 1995 yılında 4121 sayılı Kanunla⁶² ve 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla⁶³ iki kez değiştirilmiştir.

Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları başlangıç metinlerini anayasa metni-

61 1982 Anayasasının 23 Temmuz 1995 tarihinde 4121 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilmiş Başlangıcı:

Türk Vatanı ve Milletinin ebedî varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda;

Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedî varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde;

Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;

Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;

(Değişik: 3.10.2001-4709/1 md.) Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;

Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;

Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu;

FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere,

TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur.

62 Bu değişiklik ile Başlangıcın ilk paragrafı metinden çıkarılmıştır. Bu paragraf şöyledir: Ebedî Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada;

Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin; milletin çağrısıyla gerçekleştirildiği 12 Eylül 1980 hareketi sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp, Millî Güvenlik Konseyince son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu ANAYASA :

63 Bu değişiklik ile Başlangıç bölümünün beşinci paragrafındaki "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliğin esasının..." cümlecığı "Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliğin esasının" şeklinde değiştirilmiştir.

ne dâhil etmiş ve anayasa normları gibi bağlayıcı olarak kabul etmişlerdir⁶⁴. Bu maddelerdeki düzenlemelerden başlangıç bölümünün anayasa maddeleri ile eş değerde olduğu sonucu çıkmaktadır⁶⁵. Öte yandan her iki anayasanın temel ilkeleri belirleyen maddelerinde başlangıçlara atıf yapılarak bu bölümlerdeki ilkelere bağlılık anayasanın temel ilkelerine dâhil edilmiştir⁶⁶. Buna karşın başlangıç kısmının anayasa metnine dâhil olması bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Başlangıç metninden somut hukuki normlar çıkarmak güç olduğundan bu metinden ancak pozitif anayasa normlarının yorumlanması sırasında yararlanılabilmesi düşünülebilir⁶⁷. Arsel'e göre bazı anayasalarda bireylerin hak ve özgürlükleriyle ilgili temel ilkeler anayasa içinde ayrı bir bölüm halinde düzenlenmemiş, bunun yerine başlangıç bölümüne eklenmiştir. Bu tür anayasalarda başlangıç kısmı anayasa metninin esaslı bir unsuru olarak görülür ve hukuki bakımdan da anayasanın diğer bölümleriyle eşit güce sahiptir. Japon ve Kore Anayasası gibi diğer bazı anayasalarda ise başlangıç bölümü anayasanın kabul edilişi dolayısıyla milli duyguyu ifade edecek tantanalı cümlelerden oluşan, edebi dilde yazılmış bir kısımdır. Bu tür başlangıç bölümleri pozitif hukuk anlamında bir uygulama gücüne sahip değildir. Yazara göre, 1961 Anayasası bu ikinci türden bir başlangıç kısmına yer vermektedir⁶⁸. Arsel, bu nedenle, 1961 Anayasasının 156. Maddesi hükmünde "Başlangıç" kısmının anayasa metnine dâhil olduğu belirtilmiş bulunmasına ve bu kısmın Anayasa'nın diğer bölümleriyle eşit kuvvete haiz olduğu aşikâr olmasına rağmen anayasanın uygulanmasında bu bölümün sadece uygulamaya ışık tutacak manevi bir değer olarak algılanması görüşündedir⁶⁹.

B. Başlangıçta Yer Verilen Temel İlkeler

Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları çok sayıda ilke ve değere yer veren metinlerdir. Başlangıç kısımlarında yer verilen ilke ve değerlerin neler olduğu konusunda hukukçular arasında farklı bakışlar bulunmaktadır. Sabuncu, Başlangıç metninden çıkarılabilecek bazı ilkelerin "temel ilke" niteliğinde olup olmadığı tartışması bir yana, bu ilkelerin herkesçe aynı biçimde anlaşılıp yorumlanabilecek net bir içeriklerinin olduğunu söylemenin de mümkün olmadığı gö-

64 1961 Anayasası m. 156, ilk fıkra; 1982 Anayasası m. 176, ilk fıkra.

65 Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHF Yayını, 1993, s. 118; Peri Uran, "Anayasaların Başlangıç Kısımları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 73, Sayı: 1, 2015, s. 235.

66 1961 Anayasası m. 2, 1982 Anayasası m. 2.

67 Uran, s. 235.

68 Burada yer alan hükümleri, diğer bazı anayasalarda "Preambül" adı altında ilan edilen ve o memleketin pozitif hukukuna istikamet verici mahiyette telakki edilen hükümlerden farklı ve esas itibarıyla anayasanın bir nevi takdimi işini görecektir vasıfta hükümler şeklinde kabul etmek lazımdır. İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşları*, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 143-144. ukukunda

69 Arsel, s. 145.

rüşündedir. Sabuncu, ayrıca Anayasanın 2. maddesinde Başlangıç bölümündeki ilkelerinde Cumhuriyetin nitelikleri olarak gösterilmesinin bir belirsizlik yarattığını, Başlangıçtaki hangi ifadelerin ilke edileceği konusunda bir açıklık bulunmadığını ancak konu yargı önünde gündeme gelmediği için bu belirsizliğin çok da tartışmaya açılmadığı görüşündedir ⁷⁰.

Eroğul ise 1961 Anayasasının 2. Maddesinde Başlangıç kısmına yapılan gönderme dolaylı bir anlatım biçimi olduğu görüşündedir. Yazara göre böyle dolambaçlı bir ifadenin kullanılmasının ana nedeni 1961 Anayasasının hazırlandığı dönemde Temsilciler Meclisi ile Milli Birlik Komitesi arasında “milliyetçilik” şeklinde bir ilkenin anayasada yer alıp almaması konusunda ortaya çıkan anlaşmazlıktır. Bu anlaşmazlığı gidermek üzere milliyetçilik anayasasının 2. maddesine bir ilke olarak konulmamıştır. Bunun yerine milliyetçilik anayasasının başlangıcına alınmış, 2. maddede ise başlangıca atıfta bulunularak milliyetçiliğin de, bu maddede sayılmasa da bir ilke olduğu dolaylı olarak ifade edilmiştir. Eroğul, 1982 Anayasası yapımında böyle bir tartışma bulunmadığını, bu anayasa yapılırken asıl amacın yorumlama faaliyeti sırasında Anayasa yapan iradenin dünya görüşünün sürekli dikkate alınması olduğunu vurgulamıştır ⁷¹.

Bu tartışmalar ışığında 1961 ve 1982 düzenlemelerinde her iki Anayasasının Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında gösterdiği ve normatif bağlayıcılığı olan ilkelerin neler olduğunu tespit uygulamaya, yargı organının kabullerine kalmaktadır. Bu nedenle ilkeleri değil, ama uygulamada ilke olarak kabul edilme olasılığı bulunan ifadeleri belirlemek daha gerçekçi görünmektedir. Bu yaklaşım, hukukçuların öznel nitelendirmelerinden değil, uygulamada ortaya çıkabilecek olası sonuçları ve değerlendirmeleri bir bütün olarak görebilmek için katkıda bulunacaktır.

Gözler de Başlangıçta geçen temel ilkelerin neler olduğu konusunun oldukça tartışmalı olduğu görüşündedir ⁷².

1961 Anayasasında yer alan bağımsız terim ve anlam öbekleri şunlardır:

- Bağımsızlık,
- Hak ve hürriyet mücadelesi,
- Kader, tasa ve kıvançta ortak ve milli şuurlu ve ülkeler etrafında toplanan millet,
- Türk milliyetçiliği,
- Yurtta Sulh, cihanda sulh ilkesi,

⁷⁰ Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 18.

⁷¹ Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 315-318.

⁷² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 194.

- Millet egemenliği,
- Atatürk devrimlerine bağlılık,
- İnsan hak ve hürriyetleri,
- Milli dayanışma,
- Sosyal Adalet,
- Ferdin ve toplum huzur ve refahı,
- Demokratik hukuk devleti,
- Adalet.

1982 Anayasası ise aşağıdaki ifadeleri bünyesinde toplamıştır:

- Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık,
- Atatürk milliyetçiliği,
- Atatürk medeniyetçiliđi,
- Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi,
- Milli egemenlik,
- Anayasanın ve hukukun üstünlüğü,
- Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip bir üyesi olmak,
- Hürriyetçi demokrasi,
- Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği,
- Laiklik,
- Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı,
- Türk vatandaşlarının milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu,
- Kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı,
- Yurtta sulh, cihanda sulh ilkesi çerçevesinde huzurlu bir hayat,
- Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun yorumlanması,
- Sosyal adalet,
- Türk milli menfaatleri ve Türklüğün manevi değerleri.

C. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Başlangıç Bölümü

Anayasa Mahkemesi ise başlangıç bölümünü ölçü norm olarak kullanmıştır. Bu konuda öne çıkan kararlar arasında Mahkemenin 13 Haziran 1985 tarihinde vermiş olduğu ve “yabancılara mülk satışı” olarak bilinen kararı, 7 Mart 1989

tarihinde vermiş olduğu “üniversitelerde kılık-kıyafet serbestisi” ile ilgili kararı, 9 Aralık 1994 tarihinde vermiş olduğu “Türkiye Elektrik Kurumunun Özelleştirilmesi” ile ilgili karardır.

Anayasa Mahkemesi 13 Haziran 1985 tarihli kararında başka devletlerin vatandaşlarının Türkiye Cumhuriyeti ülkesinde gayrimenkul alma haklarını genişleten düzenlemeyi iptal ettiği kararında Anayasanın Başlangıcını “ölçü norm” olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararında Başlangıcın dördüncü ve yedinci paragraflarına atıfta bulunmuştur. Mahkeme’ye göre bu iki paragrafta yer verilen, Türkiye Cumhuriyeti’nin “dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğu ilkesi ile “hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatleri karşısında koruma görmeyeceği” ilkesinin altını çizmektedir. Bu iki ilke çerçevesinde yabancılara gayrimenkul satışı ancak karşılıklılığın gözetilmesi ile Anayasa’ya uygun bir hale gelebilir. Mahkeme, karşılıklılık gözetilmeksizin tüm yabancılara bir hak genişletilmesine gidilmesi her iki ilkenin aleyhine olacağı, gayrimenkul alma hakkına sahip olacak yabancıların devletlerinin de böyle bir hakkı Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanımaları gerektiği görüşlerine dayanarak iptali istenen düzenlemeyi Anayasa’nın Başlangıcının 4. ve 7.paragraflarına aykırı bulmuştur⁷³.

Anayasa Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir kararla 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda değişiklik yaparak üniversitelerde kılık ve kıyafet özgürlüğünü genişletmeye ve özellikle de başörtülü öğrencilerin üniversiteye serbestçe girebilmelerine olanak tanıyan 3511 sayılı kanun maddesini iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında Anayasa maddeleri yanında Başlangıç bölümünü de iptal kararına gerekçe olarak kullanmıştır. Mahkeme bu kararda Başlangıç bölümündeki “laiklik”, “Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık”, “kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” ve “her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı” ibarelerini Başlangıç ilkeleri olarak yorumlayarak, kılık kıyafet özgürlüğünü başörtüsünü kapsayacak şekilde genişletmenin bu ilkelere aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkemenin çok eleştirilen bu kararında Anayasanın Başlangıcında kılık-kıyafet de dâhil olmak üzere tüm özgürlük alanlarını koruyacak güçte etkili bir ilkenin olmamasının sonuçları görülmektedir. Böyle bir dengesizlik karşısında yargı organı “laiklik” kavramını kendi belirlediği içerik içinde tanımlayabilmiş, özgürlükçü olmayan bir sonuca ulaşabilmiştir⁷⁴.

73 Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 13 Haziran 1985 tarihli, 1984/14, K. 1986/7 sayılı Karar, *Anayasa mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı: 21, s. 173-174.

74 Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı, 7 Mart 1989 tarihli kararı (*Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı: 25, s. 133-165).

Anayasa Mahkemesi, TEK'in özelleştirilmesi ile ilgili davada önce başlangıç bölümünün anayasanın maddelerindeki hükümlerle eşdeğer olduğunu vurguladıktan sonra iptali istenen düzenlemeyi Başlangıç bölümündeki ilkeler bakımından da incelemiştir. Herhangi bir sınır getirilmeksizin Türkiye Elektrik Kurumu'nun, teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak veren normları Anayasa'nın Başlangıcının yedinci paragrafında, "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma görmeyeceği" ilkesine aykırı bulmuştur⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi Kamu kuruluşlarının yetkilerini düzenlemek için Kanun Hükmünde Kararnameler çıkarılması için yetki veren 4588 sayılı Yetki Kanunu'nu iptal eden kararında, bu kanunu, sınırsız, geniş ve belirsiz konularda yürütme organına yasa gücünde düzenleme yapma vermesi gerekçesiyle Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafındaki "kuvvetler ayrılığı" ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme bu kararında esas olarak diğer anayasa maddelerine dayanmış, Başlangıcı bir ek gerekçe olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin Başlangıç bölümünü gerekçelerinde kullandığı kararları arasında en sağlıklısı bu karardır⁷⁶.

Anayasa hukukçuları Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu ilkelere atıfta bulunarak verdiği bu kararlarla ilgili olarak, Başlangıç'ta yer verilen ilke ve değerlerin ölçü norm olarak kullanılabilceğini belirtmişler ancak söz konusu kararlardan ilk ikisinin bu kullanımın başarılı örnekleri olarak görülemeyeceğini vurgulamışlardır. Yazarlara göre, müteakabiliyet ilkesinin uygulanmasında zorunluluk bulunmamaktadır. Bu ilkenin uygulanmasına gerek olup olmadığı yargı değil, düzenlemeyi yapanın takdir alanı içinde olup bu alana Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesi bir yerindelik denetimine yol açabilecek niteliktedir⁷⁷. Benzer şekilde demokratik bir sistemde milli menfaatin özellikle iktisadi ilişkiler alanında tespiti ve kamu yararının takdiri siyasi iktidarlara ait bir değerlendirmedir. Yargı organının siyasi partilere belli bir milli menfaat anlayışını zorlaması demokratik devlet ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Özbudun'a göre böyle bir durum partiler arası siyasi yarışın da anlamını yitirmesine neden olacaktır⁷⁸.

75 Anayasa Mahkemesinin, E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı 9 Aralık 1994 tarihli kararı. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı: 31, Cilt: 1, s. 292-295.

76 Anayasa Mahkemesinin E. 2000/45, K. 2000/27 sayılı 5 Ekim 2000 tarihli kararı. Resmi Gazete, 28 Ekim 2000, Sayı: 24214.

77 Gözler, s. 196.

78 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 2010, s. 55.

IV. 1982 Anayasasının Başlangıç Bölümü Üzerine Bir Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesi

Karşılaştırmalı anayasa hukuku bakış açısıyla yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının Başlangıç kısmını bir değerlendirmeye tabi tuttuğumuzda ulaştığımız sonuçlar belli benzerlik ve farklılıklara işaret etmektedir. 1982 Anayasasının Başlangıç bölümü 293 kelimedenden oluşan orta uzunlukta bir metindir. Yukarıda da işaret edildiği gibi anayasaların çoğunluğunda başlangıç bölümleri 250 kelimenin altında olmakla birlikte dünya ortalaması 300 kelimedir. Bu karşılaştırmadan mevcut metnin ortalamayı yansıttığı görülmektedir. Bununla birlikte anayasa başlangıçlarının çoğunun 250 kelime altında olduğu hesaba katıldığında başlangıcın daha kısa olması gerektiği görüşü savunulabilir. Başlangıç ne kadar kısa ve özlü olursa o kadar zıtlıklardan uzak, anlaşılabilir ve net bir anlama ve içeriğe ulaşacaktır.

Anayasaların başlangıç bölümlerinin hukuki bağlayıcılıkları üzerine yukarıda sunduğumuz örnekler göstermektedir ki bir anayasa metni başlangıcı anayasa metnine dâhil eden açık bir hükme sahip olmasa ve tümüyle sembolik nitelikli ve hukuk dilini yansıtmayan bir anayasal başlangıç kaleme alınmış olsa dahi, özellikle toplumun ve anayasal düzenin tümünü ilgilendiren çatışmalı ve önemli davalar söz konusu olduğunda, anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler bu bölümü bağlayıcı bir normatif düzenleme olarak ele alabilmekte ve hatta salt bu kısma dayanarak kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebilmektedir. Kanada, Fransa, Bosna-Hersek, Hindistan örnekleri yargı organı eliyle anayasal başlangıçların nasıl referans metin ve doğrudan uygulanabilir norma dönüştürülebildiğini göstermektedir.

Yine, 1982 Anayasasında, anayasa başlangıcının normatif bakımdan anayasasının diğer maddeleriyle eşit tutulduğu ancak Fransız örneğinde olduğu gibi hukuki nitelendirmeye uygun bir dille yazılmamış olduğundan, normatif bağlayıcılığı olsa dahi ancak referans metin olarak kullanıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde verdiği kararlarda bu yöntemle hareket ettiğini ve sadece başlangıç metnine dayanarak karar vermekten kaçındığını belirtmek gerekir.

Bu belirlemeler ışığında başlangıcın kaleme alınmasında esas sorumluluğun anayasa koyucuya ait olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Anayasa metnine giren her terim ve ifadenin, ister bağlayıcı norm olarak kabul edilsin ister edilmesin ileri bir tarihte yargı tarafından en azından yorum amaçlı ölçü norm olarak kullanılabilmesi hesaba katılmalıdır. Bu fikir A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında yer alan şu ifadelerle daha da güçlenmektedir. "Anayasa metninin azami titizlikle oluşturulduğu, dolayısıyla anayasa metninde yer alan her sözcüğün bir

anlamı olduğu, bu nedenle hiçbir sözcüğün gereksiz ya da anlamsız olarak nitelendirilemeyeceği” açıktır⁷⁹. Başlangıcın dili ne kadar yalın, iç tutarlılığı ne kadar fazla ve anayasanın kalan bölümleri ile uyumu ne kadar yüksek ise o oranda asıl metinle bütünleşecektir. Başlangıcın normatif bağlayıcılığı ancak bu bölümün hukuk dili ile yazılması halinde bir etki doğurabilecektir. Aksi halde yukarıdaki örneklerde gördüğümüz gibi bu bölüm ancak referans metin olarak işlev gösterebilecektir.

Yukarıda verdiğimiz örneklerde öne çıkan bir başka boyut ise başlangıcın yargı tarafından kullanıldığı tüm davaların devletin ya da vatandaşların yaşamını derinden etkileyen konuları ve tartışmalarla ilgili, Dworkin’in deyimıyla “zor davalar” olmasıdır. Bu davalar başlangıç metinlerini salt sembolik düzenlemeler olarak görülmemesine işaret eden, onların anayasanın yorumunda ne tür roller oynayabildiklerini ortaya koyan örneklerdir. Zor davalarda başvuru bir metnin azami titizlik ile hazırlanması anayasanın bütünlüğü içinde korunabilmesinin bir ön şartıdır.

1982 Anayasasının Başlangıç bölümünün ilk kısmında birçok anayasada gördüğümüz “Biz ... halkı” ibaresinin kullanılmadığını görmekteyiz. Aynı şekilde 1961 Anayasasında da böyle bir giriş mevcut değildir. 1961 Anayasasının Başlangıç metninden Anayasanın “27 Mayıs Devrimi’ni gerçekleştiren Türk Milleti tarafından” yapıldığı vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, 27 Mayıs’ın kapsamlı bir halk hareketi olmadığı ve gerek uluslararası gerekse ulusal kamu hukuku ve siyaset bilimi değerlendirmelerinde “askeri darbe” olarak nitelendirildiği bir vakıdır. 1961 ve 1982 Anayasalarının Başlangıç kısımları anayasa yapımında halkın etkisini ancak dolaylı olarak anlatabilmektedir. Aslında bu anlatım biçimi gerçeği de yansıtmaktadır. Çünkü bu anayasalar tam demokratik yöntemlerle doğrudan halkın iradesi ile oluşmuş yasama organı ya da kurucu meclisler eliyle yapılmamıştır. Örneğin Yazıcı’nın da işaret ettiği gibi 1982 Anayasasının Başlangıç metni Anayasanın Danışma Meclisi tarafından hazırlandığını vurgulamakla birlikte bu meclisin yarışmacı bir seçimle halk tarafından seçilmediği, atanmış üyelerden oluştuğu dikkate alındığında aslında Anayasasının demokratik bir meclis tarafından yapılmadığı gerçeği ortaya çıkmaktadır⁸⁰. Günümüzde demokratik rejimlerde anayasanın tam da başında anayasayı yapan gücün net ve açık bir şekilde gösterildiği dikkate alınacak olursa bu durumun Türkiye anayasacılığı için önemli bir eksikliğe işaret ettiği ortadadır.

79 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 329 US 69 (1946), 25 Kasım 1946 (Karar metni için Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/69/case.html>).

80 Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, İstanbul, 2009, s.68.

Anayasanın başlangıcının ilk cümlelerinde o anayasayı yapan halkı vurgulamak hiçbir şekilde anayasanın normatif kalitesini ve rejimin demokratik niteliğini garantilemez. Ancak, anayasalarda böyle bir ifadeye yer vermeyen devlet sistemlerinin ya demokratik olmayan rejimler ya da monarşiler olduğu gerçeği karşısında, bir demokratik devletin anayasasının başlangıcının, vatandaşları ikna etmenin ötesinde o anayasanın kendileri tarafından inşa edildiğine dair bir toplum içi meşruiyete ve halk tarafından sahiplenilmeyi güçlendirecek özelliklere kavuşturulması gerekir. Halk tarafından özgür bir ortamda tam demokratik yöntemlerle yapılmayan anayasaların zaman içinde değişiklikler ve anayasanın baştan yazılması yöntemleriyle yenilenmeleri mümkündür. 1982 Anayasası da başlangıcı da dâhil olmak üzere çok sayıda değişiklik geçirmişse de iki kez değişikliğe uğramış bu bölüm hala biçimsel özellikleri ve içeriğine ait değerler, ilkeler ve amaçları bakımından demokratik devlet anlayışını yansıtmaktan uzaktır.

Anayasal değer ve ilkeler bakımından 1961 ve 1982 anayasalarının Başlangıçlarının bireyin varlığını ve özgürlüklerini devlet otoritesi karşısında korumaya yönelik herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Yazıcı'ya göre, önceden demokratik olmayan Doğu Bloğu üyesi devletlerin anayasaları bile Türkiye anayasalarının başlangıçlarından daha fazla demokratik değerlere ve birey hak ve özgürlüklerine yer vermektedir⁸¹. 1961 Anayasasının Başlangıcı “demokratik hukuk devleti” kavramlaştırmasına yer verilirken, 1982 Anayasasının başlangıcında “hukuk devleti” ya da “hukukun üstünlüğü” kavramlarının kullanılmasından dahi çekinilmiştir. Diğer başlangıç düzenlemelerinde de görülen bu iki kavram yerine “hukuk düzeni dışına çıkmama” ve “hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme” gibi anlam içerikleri hukuk devleti kavramından daha dar ya da yaygın kullanımı bulunmayan ifadelere başvurulmuştur.

Yukarıda değinildiği gibi yürürlükte bulunan 1982 Anayasası Başlangıçta yer alan ilkeleri Cumhuriyetin nitelikleri seviyesine yükseltmiştir. Ancak bu ilkelelerin nelerden oluştuğu konusunda bir fikir birliği mevcut değildir. Bu belirsizliği gidermenin en kısa yolu Başlangıç bölümünün yeniden kaleme alınarak, yalın ve açık bir dille ilkelerin metin içinde ayrıca belirtilmesidir.

Anayasalara başlangıç yazma oranlarının yükseldiği çağımızda, başlangıç bölümlerine olan ilginin önemli nedenlerinden birinin toplumu kucaklayan ortak değer ve ilkeleri belirleme ihtiyacı olduğu söylenebilir. Özellikle demokratik devlet sistemlerinde toplumun uzlaşıcı yönünün ön plana çıkarılması anayasal krizlerin kolay aşılmasını, toplumsal kutuplaşmanın önlenmesini, bireylerin güven içinde oldukları bir toplumsal barışın sağlanması bakımlarından son derece önem taşımaktadır. Bu bakış açısıyla ele alındığında 1982 Anayasasının, “insan

81 Benzer bir tespit için Bkz. Yazıcı, s.65.

onuru”, “ayrımcılığın önlenmesi”, “özgürlükçülük”, “çoğulculuk”, “katılımcılık” gibi evrenselleşmiş ilke ve değerlere uzak durduğu gibi toplumun içinde bulunduğu kutuplaşma ve fay hatlarını aşabilecek demokrasi ve hukuk devleti ile uyumlu özgün yerel ilke ve değerler geliştiremediği de bir gerçektir. 2011 Genel Seçimlerinden sonra yeni anayasa oluşturma çalışmaları için kurulan Uzlaşma Komisyonu başta “insan onuru” olmak üzere bu ilke ve değerleri tartışmış olsa da bu çalışmalar yarım kalmıştır. Karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla Anayasasının mevcut Başlangıç içeriği bakımından demokratik devletlerin anayasalarının düzeyinin altında kalmaktadır. Kaldı ki, mevcut Başlangıç metninde yer alan bazı ifadeler örnekleri katı ideolojik anayasalarda ve çoğulcu olmayan siyasi sistemlerde görülebilecek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin orantısız bir şekilde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.

Tablo I: Başlangıç Bölümüne Yer Veren Anayasalar

Tablo: Araştırma Kapsamındaki Başlangıç Bölümüne Yer Veren ve Vermeyen Anayasalar (Kabul ve Esas Alınan Son Değişiklik Tarihleriyle)	Başlangıç Bölümü
2004 Afganistan Anayasası	var
1789 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası (1992 değişiklikleri ile birlikte)	var
2010 tarihli Angola Anayasası	var
1853 tarihli Arjantin Anayasası (1994 değişiklikleri ile birlikte)	var
1998 tarihli Arnavutluk Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
1993 tarihli Andorra Anayasası	var
1920 tarihli Avusturya Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1900 tarihli Avustralya Anayasası (1985 değişiklikleri ile birlikte)	var
1995 tarihli Azerbaycan Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
2002 tarihli Bahreyn Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
1972 tarihli Bangladeş Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
1994 tarihli Belarus Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	var
1831 tarihli Belçika Anayasası (2007 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1981 tarihli Belize Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1971 tarihli Birleşik Arap Emirlikleri Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
2009 tarihli Bolivya Anayasası	var
1995 tarihli Bosna-Hersek Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
1966 tarihli Botsvana Anayasası (1997 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1988 tarihli Brezilya Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
2008 tarihli Bhutan Anayasası	var
1991 tarihli Bulgaristan Anayasası (2007 değişiklikleri ile birlikte)	var
1991 tarihli Burkina Faso Anayasası	var
1989 tarihli Cezayir Anayasası	var
1996 tarihli Çad Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	var
1993 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasası (2013 değişiklikleri ile birlikte)	var
1982 Çin Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	var
1953 tarihli Danimarka Anayasası	yok
1978 tarihli Dominik Anayasası (1984 değişiklikleri ile birlikte)	var
2010 tarihli Dominik Cumhuriyeti Anayasası	var
2008 tarihli Ekvator Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1983 tarihli El Salvador Anayasası (2003 değişiklikleri ile birlikte)	yok

1945 tarihli Endonezya Anayasası (2002 değişiklikleri ile birlikte)	var
1997 tarihli Eritre Anayasası	var
1995 tarihli Ermenistan Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	var
1992 tarihli Estonya Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1994 tarihli Etiyopya Anayasası	var
2011 tarihli Fas Anayasası	var
1949 tarihli Federal Almanya Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
2013 tarihli Fiji Anayasası	var
2000 tarihli Fildişi Sahilleri Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	var
1987 tarihli Filipinler Anayasası	var
2000 tarihli Finlandiya Anayasası	yok
1958 tarihli Fransa Anayasası (2008 değişiklikleri ile birlikte)	var
1991 tarihli Gabon Anayasası (1997 değişiklikleri ile birlikte)	var
1994 tarihli Gambiya Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	var
1992 tarihli Gana Anayasası (1996 değişiklikleri ile birlikte)	var
2010 tarihli Gine Anayasası	var
1996 tarihli Güney Afrika Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
1973 tarihli Grenada Anayasası (1992 değişiklikleri ile birlikte)	var
1985 tarihli Guatemala Anayasası (1993 değişiklikleri ile birlikte)	var
1980 tarihli Guyana Anayasası (1995 değişiklikleri ile birlikte)	var
1995 tarihli Gürcistan Anayasası (2013 değişiklikleri ile birlikte)	var
1987 tarihli Haiti Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
1949 tarihli Hindistan Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
1815 tarihli Hollanda Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1982 tarihli Honduras Anayasası (2013 değişiklikleri ile birlikte)	var
2005 tarihli Irak Anayasası	var
1979 tarihli İran Anayasası (1989 değişiklikleri ile birlikte)	var
1937 tarihli İrlanda Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
1978 tarihli İspanya Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1974 tarihli İsveç Anayasal Kanunu	yok
1999 tarihli İsviçre Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
1947 tarihli İtalya Anayasası	yok
1944 tarihli İzlanda Anayasası (1999 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1962 tarihli Jamaika Anayasası	yok
1946 tarihli Japonya Anayasası	var
1867 tarihli Kanada Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1993 tarihli Kamboçya Anayasası (2008 değişiklikleri ile birlikte)	var
1972 tarihli Kamerun Anayasası	var
2007 tarihli Karadağ Anayasası	var
2004 tarihli Katar Anayasası	yok
1995 tarihli Kazakistan Anayasası (2011 tarihli değişiklikler ile birlikte)	var
2010 tarihli Kenya Anayasası	var
1960 tarihli Kıbrıs (Güney) Anayasası (2006 değişiklikleri ile birlikte)	yok
2010 tarihli Kırgızistan Anayasası	var
1991 tarihli Kolombiya Anayasası (2013 değişiklikleri ile birlikte)	var
2005 tarihli Kongo Demokratik Cumhuriyeti Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
2001 tarihli Kongo Anayasası	var
1948 tarihli Kore Cumhuriyeti Anayasası (1987 değişiklikleri ile birlikte)	var
1972 tarihli Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası (1998 değişiklikleri ile birlikte)	var
1949 tarihli Kosta Rika Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1962 tarihli Kuveyt Anayasası (1992 değişiklikleri ile birlikte)	var
1976 tarihli Küba Anayasası (2002 değişiklikleri ile birlikte)	var
1991 tarihli Laos Anayasası (2003 değişiklikleri ile birlikte)	var

1993 tarihli Lesotho Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1922 tarihli Letonya Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
2011 tarihli Libya Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
1986 tarihli Liberya Anayasası	var
1921 tarihli Lihtenştayn Anayasası (2003 değişiklikleri ile birlikte)	var
1992 tarihli Litvanya Anayasası (2006 değişiklikleri ile birlikte)	var
1926 tarihli Lübnan Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	var
1868 tarihli Lüksemburg Anayasası	var
2011 tarihli Macaristan Anayasası (2013 değişiklikleri ile birlikte)	var
2010 tarihli Madagaskar Anayasası	var
1994 tarihli Malavi Anayasası (1999 değişiklikleri ile birlikte)	var
2008 tarihli Maldiv Adaları Anayasası	yok
1957 tarihli Malezya Anayasası	yok
1992 tarihli Mali Anayasası	var
1964 tarihli Malta Anayasası	yok
1968 tarihli Mauritius Anayasası	yok
1917 tarihli Meksika Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	yok
2014 tarihli Mısır Anayasası	var
1992 tarihli Moğolistan Anayasası (2001 değişiklikleri ile birlikte)	var
1994 tarihli Moldova Anayasası (2006 değişiklikleri ile birlikte)	var
1911 tarihli Monaco Anayasası (1962 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1991 tarihli Moritanya Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
2004 tarihli Mozambik Anayasası (2007 değişiklikleri ile birlikte)	var
2008 tarihli Myanmar Anayasası	var
1990 tarihli Namibya Anayasası (2010 değişiklikleri ile birlikte)	var
2006 tarihli Nepal Anayasası (2012 değişiklikleri ile birlikte)	var
2010 tarihli Nijer Anayasası	var
1999 tarihli Nijerya Anayasası	var
1987 tarihli Nikaragua Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	var
1814 tarihli Norveç Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1992 tarihli Özbekistan Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1973 tarihli Pakistan Anayasası (2015 değişiklikleri ile birlikte)	var
1972 tarihli Panama Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	var
1992 tarihli Paraguay Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1993 tarihli Peru Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
1997 tarihli Polonya Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
1976 tarihli Portekiz Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	var
1991 tarihli Romanya Anayasası (2003 değişiklikleri ile birlikte)	yok
2003 tarihli Ruanda Anayasası (2010 değişiklikleri ile birlikte)	var
1993 tarihli Rusya Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
2001 tarihli Senegal Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
2006 tarihli Sırbistan Anayasası	var
1991 tarihli Sierra Leone Anayasası	yok
1965 tarihli Singapur Anayasası (1985 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1992 tarihli Slovakya Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
2012 tarihli Somali Anayasası	yok
1978 tarihli Sri Lanka Anayasası (2010 değişiklikleri ile birlikte)	var
2005 tarihli Sudan Anayasası	var
1987 tarihli Surinam Anayasası (1992 değişiklikleri ile birlikte)	var
2012 tarihli Suriye Anayasası	var
1992 tarihli Suudi Arabistan Anayasası	yok
1980 tarihli Şili Anayasası (2010 değişiklikleri ile birlikte)	var
1994 tarihli Tacikistan Anayasası (2003 değişiklikleri ile birlikte)	var

1977 tarihli Tanzanya Anayasası (1995 değişiklikleri ile birlikte)	var
2014 tarihli Tayland Anayasası	var
1992 tarihli Togo Anayasası (2007 değişiklikleri ile birlikte)	var
2014 tarihli Tunus Anayasası	var
1986 tarihli Tuvalu Anayasası	var
1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (2017 değişiklikleri ile birlikte)	var
2008 tarihli Türkmenistan Anayasası	var
1995 tarihli Uganda Anayasası (2005 değişiklikleri ile birlikte)	var
1996 tarihli Ukrayna Anayasası (2014 değişiklikleri ile birlikte)	var
1996 tarihli Umman Anayasası	yok
1830 tarihli Uruguay Anayasası (2004 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1952 tarihli Ürdün Anayasası (2011 değişiklikleri ile birlikte)	var
1980 tarihli Vanuatu Anayasası (1983 değişiklikleri ile birlikte)	var
1999 tarihli Venezuela Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
1992 tarihli Vietnam Anayasası (2013 değişiklikleri ile birlikte)	var
1991 tarihli Yemen Anayasası (2001 değişiklikleri ile birlikte)	yok
1986 tarihli Yeni Zelanda Anayasal Kanunu	yok
1975 tarihli Yunanistan Anayasası (2008 değişiklikleri ile birlikte)	var
1991 tarihli Zambiya Anayasası (2009 değişiklikleri ile birlikte)	var
2013 tarihli Zimbabve Anayasası	var

KAYNAKLAR

- Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşları*, Mars Matbaası, Ankara, 1965.
- Aydın, M. Akif, *Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2014.
- Doğan, Meltem, *Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları (Başlangıç Hükümleri)*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, TBMM Basımevi, Ankara, 2012.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 7.Baskı, 2005, Ankara.
- Eroğul, Cem, *Anatüzeğe Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Fögen, Marie Theres, "The Legislator's Monologue: Notes on the History of Preambles", *Chicago-Kent Law Review*, Cilt: 70, Sayı: 4, 1995, s. 1608-1614.
- Gönenç, Levent, "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları için Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1, 2007, s. 145-167.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.
- Granger, Marie-Pierre, "The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment", *Acta Juridica Hungarica*, Cilt:52, Sayı:1, 2011, s. 7-12.
- Haimbaugh, George D., "Was it France's Marbury v. Madison?", *Ohio State Law Journal*, Cilt: 35, 1974, s. 910-926.
- Javier Tajadura Tejada, "La Function Politico de Los Preambulos Constitucionales" *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Sayı: 5, 2001, s. 235-263.
- Liav, Orgad, "The Preamble in Constitutional Interpretation", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 8, 2010, s. 714-738.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2010.
- Plato, *Laws*, Cilt I, Kitaplar 1-6, Loeb Classical Library No. 187, Harvard University Press, 1961.
- Popławska, Ewa, "Preamble to the Constitution as an Expression of the New Axiology of the Republic of Poland", *Acta Juridica Hungarica*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2011, s. 40-53.
- Roach, Kent, "The uses and Audiences of Preambles in Legislation", *McGill Law Journal*, Cilt 47, 2001, s. 129-159.
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, (çeviren ve gözden geçiren Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008.
- Silagi, Michael, "The Preamble of the German Grundgesetz, Constitutional Status and Importance of Preambles in German Law", *Acta Juridica Hungarica*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2011, s. 54-63.
- Stone, Alec, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992.
- Uran, Peri "Anayasaların Başlangıç Kısımları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 73, Sayı: 1, 2015, s. 223-248.
- Voermans, Wim/Stremmer, Maarten/Clietier, Paul, *Constitutional Preambles*, Ed-

ward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017.

- Yazıcı, Serap, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.
- Winckel, Anne, “The Contextual Role of a Preamble in Statutory Interpretation”, *Melbourne University Law Review*, Cilt: 23, 1999, s. 184-210.
- Yüzbaşıoğlu Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHF Yayını, 1993.

ÖZ

Dünyanın farklı hukuk kültürlerinde yasaların, uluslararası antlaşmaların ve anayasaların başına bir başlangıç bölümü eklenmektedir. Türkiye’de 1961 ve 1982 Anayasaları birer başlangıç bölümü içermektedir. Karşılaştırmalı anayasa hukuku yöntemi anayasaların ortak paydalarını ve farklılaştıkları yönlerini anlamak ve araştırılan bir alandan kaynaklanan hukuki sorunlar ve geliştirilen çözümlerin resmini görebilmek için oldukça elverişli bir araçtır. Bu makale karşılaştırmalı anayasa hukuku yöntemini kullanmaktadır. Çalışma evreni toplam dünya anayasalarının %75’ini oluşturan 156 yazılı anayasadır. Makale, hukukta kullanılan başlangıçların tarihsel geçmişi ile ilgili bir geri plan bilgisi verdikten ve başlangıçların hukuki niteliği ile ilgili özet bir teorik çerçeve oluşturduktan sonra ilk olarak anayasal hükümler ve yüksek mahkeme kararları ışığında genellikle hukuki terminoloji kullanılmadan kaleme alınan bu sunuş kısımlarının hukuki gücünün analizini amaçlamaktadır. Makalenin ikinci amacı dünya çapında anayasal başlangıç bölümlerinin biçimsel ve içeriğe ait özelliklerinin değerlendirilmesidir. Son olarak, Türkiye’de son iki anayasanın başlangıç bölümlerinin biçimsel ve içeriklerine ilişkin nitelikleri ile hukuki statüleri özetlenecek ve dünya anayasalarındaki başlangıç bölümlerinin analizinden elde edilen temel kalıplarla karşılaştırılacaktır.

Anahtar kelimeler: Karşılaştırmalı anayasa hukuku, başlangıç, dünya anayasalarının başlangıç bölümleri, başlangıç bölümlerinin hukuki gücü, anayasal değerler.

Ombudsman Kurumu ve Türkiye’de 6328 Sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” nun Düzenlenmesi*

Ombudsman Institution and Regulation of 6328 numbered
“Public Audition Institution Law” In Turkey

Tülin ÇAĞDAŞ**

ABSTRACT

Ombudsman Institution –even though founded in various types and fields- generally serves to protect the rights and interests of people, in case any conflict arose between them and administration, resolves the conflict at the swiftest way possible, thus lessens the burden of administrative jurisdiction. The institution is established in the early 18th century in Sweden for the first time. In Turkey the institution founded in 2010 in the 74th article of constitutional law under Public Audition (Ombudsman) name in pursuant of the amendments made in 1982 constitutional law. In following years this institution is regulated by 14.06.2012 dated 6328 numbered Public Audition Institution Law. The law in question offers accurate provisions but also provides insufficient and deficient parts. If insufficient and deficient parts are amended the institution shall function better and in line with its goal.

Keywords: Democratic constitutional state, independency, reliability, neutrality, Public Audition Institution, 6328 numbered Public Audition Institution Law.

Giriş

Ombudsmanlık kurumu, halkın idarenin eylem ve işlemleri karşısındaki şikâyetlerini dinleyen, idarenin söz konusu eylem ve işlemlerini hukukilik ve yerindelik açısından değerlendirerek kişilerin hak ve menfaatlerini koruyan, tavsiye mahiyetinde kararlar alan, idare ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıkları süratli ve etkin bir şekilde çözümlen ve yasama ile yürütme organlarından bağımsız olarak hareket eden bir kurumdur.

* Makale gönderim tarihi: 07.12.2017. Makale kabul tarihi: 15.12.2017

** Yrd. Doç. Dr., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İletişim: Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Cihangir Mahallesi, Sıraselviler Cad., 34433 Beyoğlu - İstanbul.

Bu kurum ilk defa İsveç'te 18. yüzyılın başlarında ortaya çıkmış olmasına rağmen, süratle diğer dünya devletleri tarafından da kabul edilmiştir. Zaman içerisinde, çağdaş devletin karmaşık bir yapıya sahip olması ve idareyi denetleyen klasik denetim yollarının yetersiz kalması gibi nedenler, bu kurumun doğmasına sebep olmuştur. Ombudsmanlık kurumu, iyi işlediği takdirde, vatandaş ile idare arasındaki meseleleri süratli ve etkin bir şekilde çözdüğü için vatandaşların idareye karşı güveni artacak, idarede verimlilik sağlanacak, idari yargının yükü azalacak, idare eylem ve işlemlerinde daha titiz olacak, idare vatandaşlar açısından daha ulaşılır ve şeffaf bir hale gelecek, insan hakları güvence altına alınacak ve dolayısıyla daha demokratik bir topluma doğru gidilecektir.

Söz konusu kurum, Türkiye'de çeşitli çalışmalardan sonra, önce 1982 Anayasasının, 2010 yılında yapılan değişiklik sonucunda, 74. maddesine eklenmiş ve daha sonra da söz konusu maddenin son fıkrasında belirtildiği gibi 6328 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

Bu çalışmadaki amaç; bir yandan Ombudsman Kurumunu etraflı bir şekilde inceleyerek kurumun Türkiye'de daha fazla bilinmesini ve dolayısıyla da uygulama alanının genişletilmesini sağlamak, diğer yandan da Kamu Denetçiliği Kurumunu düzenleyen 6328 sayılı Kanunun artı ve eksi yönlerini ele alarak olumsuz düzenlemeleri gidermektir.

Bu nedenle, çalışmanın birinci bölümü olan giriş bölümünden sonra ikinci bölümünde demokratik hukuk devleti, üçüncü bölümünde Ombudsman'ın tarihi gelişimi ve Ombudsman Kurumu, dördüncü bölümde Türkiye'de ombudsman için yapılan çalışmalar, beşinci bölümde ise, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu incelenmiştir.

I. Demokratik Hukuk Devleti

Demokratik hukuk devleti dendiği zaman akla, o devletin birtakım ilkelere sahip olması gerektiği gelmektedir. Bunlardan bazılarını şöyle sıralayabiliriz:

İlk ilke olarak "egemenliğin kullanılması"nı belirleyebiliriz. Bilindiği gibi devletin üstün emretme ayrıcalığına egemenlik denmektedir.¹ Sosyal ve siyasal toplumların ortaya çıkmalarıyla birlikte egemenliğin nereden kaynaklandığı ve sahibinin kim olduğu meselesi ortaya çıkmıştır.² Egemenliğin kaynağını açıklayan tanrısal ve demokratik iki kuram vardır. Birincisinde, yönetenler yönetme haklarını Tanrıdan, ikincisinde ise halktan alırlar. Demokratik kuram da içerisinde halk egemenliği ve ulusal egemenlik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Egemenlik ulusa ait ise ulusal egemenlikten, vatandaşlara ait ise halk egemenliğinin-

1 A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 6. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 62.

2 İsmet Giritli, Jale Sarmaşık, *Anayasa Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 1998, s. 35.

den bahsedilir. Ancak her ikisinin de amacı egemenliğin topluma ait olduğunu belirlemektir.³

İkinci olarak, “güçler ayrılığı” ilkesini sayabiliriz. Devlet görevlerini, bazı organları eliyle yerine getirir. Bunlar da yasama, yürütme ve yargı organlarıdır. Yasama organı yasaların yapılması, yürütme organı bunların uygulanması, yargı organı ise yasaların uygulanması ile çıkacak ihtilafları gidermekle yükümlüdürler. Bu üç gücün devletin ayrı ayrı organlarına verilmesi fikri ilk önce Aristo tarafından, sonraları da John Locke ve Montesquieu tarafından ortaya atılmıştır. Bu ilke, kralların iktidarlarını sınırlamak, kişi özgürlüklerini güvence altına almak, siyasal özgürlüğü sağlamak amacıyla geliştirilmiştir. Bu üç güç bir tek kişi veya kuruma ait olursa bir tehlike ortaya çıkar. Çünkü aynı kişi veya kurum yasaları yapacak, uygulayacak ve doğan ihtilafları çözecektir. Böyle bir toplumda kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunduğu, güvence altına alındığı söylenemeyeceği gibi, kişiler de kendilerini güvencede hissedemeyeceklerdir. Böyle bir devlette istibdat rejimi söz konusu olabilir.⁴ Demokratik bir toplumdaki bahsedebilmek için kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, güvence altına alınması gerekir ki, bu da yasama, yürütme ve yargı güçlerinin üç ayrı organa verilmesi ile yani güçler ayrılığı prensibinin uygulanması ile olur. Yasama ve yürütme organları arasında gerçekleşecek ilişkiye göre de üç türlü hükümet sistemi ortaya çıkmaktadır. Yasama ve yürütme yetkisinin yasama organında birleşmesi durumunda “meclis hükümeti sistemi” söz konusu olmaktadır. Bu sistemde, meclis kanunları yapmakta ve aynı zamanda bu kanunları uygulamaktadır. Ancak kanunların uygulanması meclisin kendi içinden seçeceği bir “heyet”, bir “komite”ye verilmektedir. Komite üyeleri, parlamenter hükümet sistemindeki bakanlardan farklıdır. Üyelerin kolektif sorumluluğu yoktur. Üyeler meclis tarafından ve meclisin içinden seçilirler, meclisce görevden alınabilirler. Heyetin, meclis karşısında onu feshetme, toplanmasını engelleme gibi kullanabileceği bir aracı yoktur. Meclis hükümeti sisteminde devlet başkanı olmadığı gibi, başbakanlık da yoktur.⁵ Yasama ve yürütme yetkilerinin ayrı ayrı olarak yasama ve yürütme organlarına verilmesi ve bu iki organın birbirinden sert bir şekilde ayrılmaması halinde “parlamenter hükümet sistemi” ortaya çıkmaktadır. Bu sistemde güçler ayrılığı prensibinin esnek bir biçimde uygulandığı görülmektedir. Devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşan iki başlı bir yürütme organı mevcuttur. Devlet başkanı siyasi açıdan sorumsuzdur. Bakanlar kurulu ise uyguladığı politikalar nedeniyle parlamentoya karşı sorumludur. Parlametionun hükümeti düşürebilme gücüne kar-

3 Gözübüyük, s.62.

4 Gözübüyük, s. 68.

5 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 25. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 78-80.

şılık yürütmenin de parlamentoyu feshedebilme yetkisi mevcuttur.⁶ Yasama ve yürütme organlarının birbirlerinden tamamen ayrı olmaları, ayrı ayrı seçilmeleri durumunda ise "başkanlık hükümeti sistemi" ile karşı karşıya kalmaktayız. Bu sistem sert kuvvetler ayrılığı esasına dayanmakta ve dünyada en iyi şekilde Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmaktadır. Bu ülkede yürütme organı, başkan ve yardımcılarında oluşmakla birlikte, daha ziyade genel oyla seçilmiş olan başkan ile özdeşleşmiştir. Kongre, yasama organını ifade etmektedir. Kongre, 438 üyesi bulunan temsilciler meclisi ile federe devletleri temsil eden, her federe devletin eşit sayıda iki senatör yolladığı ve böylece 100 senatörden oluşan senatodan meydana gelmektedir. Ancak, yasama ve yürütme organlarının sert bir şekilde ayrılmaları sistemde birtakım tikanıklıklara yol açabilir. Sistemin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için her iki organa, birbirlerini karşılıklı olarak etkileyebilmek ve denetleyebilmek için birtakım yetkiler verilmiştir. Böylece aralarında bir "kontrol-denge" mekanizması kurulmuştur. Bu "kontrol-denge" mekanizmasının kurulması başkanlık sisteminin başlıca özelliklerinden biridir ve bu mekanizmayı kuramayan ülkelerde söz konusu sistemin başarılı olması düşünülemez.⁷

Üçüncü ilke, demokratik bir toplumda "siyasi partiler" in varlığıdır. Siyasi partiler kanalıyla değişik düşünce ve fikirler ileri sürülebilir, savunulabilir, iktidar eleştirilebilir. Karşıt görüş ve fikirlerin ileri sürülmesi ve netice olarak ortaya çıkan çatışmalar demokratik hayatın bir gereğidir. Bu durum da genelde siyasi partilerin varlığı ile gerçekleşmektedir. Partisiz bir demokrasi düşünülemez. Anayasamızın ilgili maddesinde, siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu belirtilmiştir.

Dördüncü ilke "seçim"lerdir. Demokratik devletlerde, devlet iradesinin oluşması ve kullanılmasına halkın geniş ölçüde katılması gerekir. Halk, sahip olduğu egemenlik hakkını ve kullanımını kimlere vereceğini, kimler tarafından temsil edileceğini seçimler yoluyla belirler. Artık seçimler, demokratik ülkelerde siyasal yaşamın vazgeçilmez bir parçası olmuşlardır. Zira seçimler, halkın iradesini belirleyen bir vasıtaadır.⁸

Beşinci ilke ise "kamu özgürlükleri"dir. Günümüze kadar özgürlük konusunda çeşitli tanımlar yapılmıştır. Örneğin 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde "hürriyet, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir" de-

6 Giritli, Sarmaşık, s. 62-63.

7 Bahar Gidersoy, "Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Türkiye İçin Geçerliliği", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 9, Sayı: 19, Burdur, Haziran 2017, s. 503, 506, 507, 517.

8 Giritli, Sarmaşık, s. 47.

nir. Montesquieu'ye göre özgürlük "yasaların izin verdiği her şeyi yapabilmek hakkıdır." Hak ve özgürlükler tarihin akışı içinde devamlı gelişme göstermişlerdir. Bireysel hak ve özgürlüklerle başlayıp sosyal ve iktisadi haklara kadar uzanmışlardır. Kamu hak ve özgürlükleri dendiği zaman yöneticilere karşı ileri sürülebilecek haklar akla gelmektedir. Ancak, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için, onların sınırlanması ve korunması gerekir. Bilindiği gibi sınırsız özgürlük toplum içersinde anarşi yaratır. Kamu düzeninin sağlanabilmesi için, özgürlüklerin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Bu sınırlama da demokratik hukuk devletlerinde yasama organı tarafından bir yasa ile yapılır. Diğer yandan, bu özgürlüklerin korunması da gerekmektedir. Koruma iki şekilde olur. İlki, özgürlüklerin anayasada yer alması ve düzenlenmelerinin yasa ile yapılması, diğeri de özgürlüklerin yargı yolu ile korunmasıdır. Yargı denetimi denince akla, bir yandan yönetimin işlemlerinin yasaya, diğeri yandan da yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi gelir.⁹ Konu itibariyle, yönetimin eylem ve işlemlerinin yasaya uygun olup olmadığı ve bunun denetimi, dolayısıyla da yönetilenlerin yönetim karşısındaki hak ve özgürlüklerinin korunması ve korunma yöntemleri öne çıkmaktadır. Bilindiği gibi devletin önce aslî (klasik) görevleri mevcuttur. Bunlar; vergi toplamak, adalet, güvenlik, savunma, dış ilişkilerdir ve devletin varlığı için şarttır. Ancak, zaman içersinde devletin görevleri artmış ve devlet ekonomik alana da el atarak büyük bir işveren-işletmeci durumuna gelmiştir. Bu görevlerin artmasıyla birlikte kamu kurumlarının yapısı büyümüş, bürokratikleşme artmış, kamu hizmetlerinde verimsizlik, harcamaların artması, enflasyon gibi durumlar ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda, artan bu görevleri yerine getirme açısından kamu yönetimi önem kazanmıştır.¹⁰ Fakat kamu yönetimi, devamlı artış gösteren bu görevleri yerine getirirken, yapmış olduğu eylem ve işlemleriyle zaman zaman vatandaşın haklarına zarar verir duruma düşmüştür. Bu da kamu yönetiminin vatandaşlar karşısında sorumluluğunu ortaya çıkartmıştır. Yönetim, eylem ve işlemlerini yerine getirirken yasalara uygun hareket etmeli, vatandaşlara karşı adil, tarafsız davranmalı, haklarını ihlâl etmemelidir. İdarenin bu şekilde davranışını temin için, kamu yönetiminin denetlenmesi hususu ortaya çıkmıştır. İdarenin keyfilikliğini önlemek amacıyla ortaya çeşitli denetim yolları çıkmıştır. Birincisi "siyasi denetim"dir. Siyasi denetimi yasama organı yapar. Bakanların kendi yetkileri içersindeki işlerden ve emirleri altındakilerin işlem ve eylemlerinden dolayı meclise karşı siyasal sorumlulukları vardır. Bu sorumluluk karşısında meclisin uyguladığı soru, gensoru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması gibi yollar mevcuttur. Siyasi denetim içersinde, bir de Bü-

9 Giritli, Sarmaşık, s. 53-56.

10 Bilal Eryılmaz, *Kamu Yönetimi*, 3. Baskı, Erkam Matbaacılık, İstanbul, 1997, s. 42-47.

yük Millet Meclisi'ne başvurma yolu mevcuttur. Bu yolla yönetim, yönetilenlerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne dilekçe ile başvurmaları durumunda denetlenmektedir.¹¹ İkinci bir denetim yolu "idari denetim"dir. İdari denetim de genelde kendi içerisinde hiyerarşik denetim ve vesayet denetimi olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu kurumunun kendi içerisinde yürüttüğü denetime hiyerarşik denetim denir. Yani bu tür denetimde aynı kamu tüzel kişiliğinde yer alan üst makamlar altındaki makamların eylem ve işlemlerini yerindelik ve hukukilik açısından denetlemektedirler. İdari denetimin ikinci türü olan vesayet denetiminde ise, merkezi idare makamları, yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerini kanunlar çerçevesinde denetlerler. Bu tür denetim, idarenin sahip olduğu istisnai ve sınırlı bir denetim türüdür.¹²

Üçüncü denetim türü olarak "yargı denetimi"ni sayabiliriz. Burada söz konusu olan, idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun yargı tarafından denetlenmesidir. Bu denetimin amacı; yönetilenleri idare karşısında korumaktır ve hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bunlardan başka "kamuoyu denetimi", "yönetimde açıklık" gibi diğer denetim türleri de sayılabilir.¹³ Ancak, bu izah edilen klasik denetim türlerinin kendilerine has birtakım eksik yönleri mevcuttur ve vatandaşları memnun etmekten uzaktır. Bu nedenle daha etkili, daha çabuk netice alınabilecek daha esnek ve maliyetsiz denetim yolları aranmıştır. İşte "ombudsman" bu yeni denetim yollarından biridir.

II. Ombudsman'ın Tarihi Gelişimi ve Ombudsman Kurumu

A. Ombudsman'ın Tarihi Gelişimi

Ombudsman'ın ilk çıktığı yer İsveç'tir ve XII. Şarl dönemine rastlar. İsveç kralı XII. Şarl 1709 yılında Poltova savaşında Ruslara yenilir ve Osmanlı İmparatorluğu'nda kalan kral ülkesini uzaktan yönetmek ve kontrol etmekten vazgeçmez. Bu nedenle kral, 1713 yılında, Edirne yakınlarında Demirtaş Paşa konağında yaşarken bir emirname çıkartır ve bu emirname ile Stockholm'de yöneticilerin ve yargıçların yasalara gereği gibi uymalarını sağlayacak, kralın gözü kulağı olacak bir kişiyi (Hogste Ombudsmannen) atar. Demirbaş Şarl'ın bu kişiyi atarken, Osmanlı'dan esinlendiği söylenmekle birlikte, imparatorluğun hangi kurumunun etkisi altında kaldığı bilinmemektedir. Kralın atadığı bu görevlinin, bugünkü anlamda ombudsmana dönüşmesi, Napoléon savaşları sırasında İsveç'in Ruslara yenilmesi ve Kral IV. Adolf'un tahttan indirilmesi sonucu hazırlanan 1809 Anayasası ile olmuştur. Böylece kralın karşısında bir denge oluştur-

11 A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 312-313.

12 Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2006, s. 297-298.

13 Eryılmaz, s. 310-312.

mak üzere İsveç Parlamentosu (Riksdag), yargıçların ve devlet bürokratlarının kanunlara uygun hareket edip etmediklerini denetlemek için bir parlamento ombudsmanı seçmektedir. 1809 Anayasasına göre oluşturulan bu ombudsman günümüze kadar gelmiş, ancak zaman içerisinde vatandaşı koruyan yönü ağırlık kazanmıştır.¹⁴

Ombudsman, 1919'a kadar sadece İsveç'te uygulanmış, bu tarihten sonra diğer ülkelerde de yavaş yavaş görülmeye başlamıştır. 1919 yılında Finlandiya, 1954'te Danimarka, 1962'de Norveç ve Yeni Zelanda, 1966 yılında ise İngiltere bu kurumu benimsemişlerdir. Daha sonra 1973'te ombudsman, Fransa'da kabul edilmiş ve böylece Kara Avrupa'sına girmiştir. Fransa'dan sonra 1976'da Portekiz ve Avusturya, 1981'de de Hollanda ve İspanya kurumu kabul etmişlerdir. Avrupa'nın dışında da bu kurum yayılmış ve 1966 yılında Tanzanya, 1973'te Zambiya ve Hindistan, 1983'te ise Pakistan ombudsman'ı ülkelerinde oluşturmuşlardır. Avrupa'da 1989 yılında sosyalist bloğun dağılmasından sonra Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Litvanya, Macaristan, Romanya ve Makedonya ombudsman kurumunu kurmuşlardır.¹⁵ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise çeşitli eyalet ve kentler, değişik tarihlerde ombudsmanı kabul etmişlerdir. Örneğin New Jersey 1974'te, Alaska 1975'te, Florida 1980'de, Atlanta 1974'te, Detroit 1974'te, Berkeley 1975'te, New York City 1979'da kurumu benimsemişlerdir.¹⁶ 7 Şubat 1992 yılında Maastricht'te Avrupa Birliği Anlaşmasının imzalanmasından sonra birlik "Avrupa Ombudsman"ını kurmuştur.¹⁷

B. Ombudsman Kurumu

1. Ombudsman Kurumunun Oluşumu

Ombudsman kurumu bir kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir. Genelde bu görev tek kişi tarafından yürütülür. Yardımcıları yoktur ve sorumluluk da o kişiye aittir. Birden fazla kişiden oluşan ombudsman kurumu için şu ülkeleri örnek gösterebiliriz: İsveç'te ombudsman sayısı dördüttür.¹⁸ Bu ombudsmanlar parlamento genel kurul toplantısında oybirliği ile seçilirler ve tekrar seçilebilmeleri mümkündür. Bu ombudsmanlardan bir tanesi baş ombudsmandır. Ancak, diğer ombudsmanların inceleme ve değerlendirme işlerine karışamaz. Ombudsmanlar çalışmalarından dolayı sadece Riksdag'a karşı so-

14 Yıldırım Uler, "Ombudsman (Kamu Denetçisi)", *Türkiye'de Kamu Yönetimi*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003, s. 482-483.

15 Birol Özdemir, *Kamu Denetçiliği Kurumu, İşlevi, Yapısı ve Devlet Teşkilatındaki Konumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 11-12.

16 Eryılmaz, s. 305.

17 Özdemir, s. 12-13.

18 Nuri Tortop, "Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulanması", *Türkiye'de Kamu Yönetimi*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003, s. 482-483.

rumludurlar. Baş ombudsman, kurum içerisinde işlerin idari açıdan düzgün gitmesi ve iş koordinasyonunun sağlanması için kabul edilmiştir. Ombudsmanlar "Parlamento Ombudsmanları Ofisi" adı ile ortak bir ofis oluştururlar ve bunların muavinleri veya asistanları yoktur. Söz konusu ofiste elli kadar eleman bulunur. Bu elemanlardan çoğu hukuk eğitimi almış, mahkemelerde ve adalet bakanlığının diğer bölümlerinde çalışmış tecrübeli kişilerdir.¹⁹ Danimarka anayasasının 55. maddesine göre ombudsman bir veya iki kişi olabilir. Avusturya'da ombudsman üç kişiden oluşan bir heyet olarak çalışır. Finlandiya anayasasında 15 Ocak 1971'de yapılan bir değişiklikle, ombudsman yardımcılığı kabul edilmiş ve bu yardımcıya da ombudsmana tanınan yetkiler tanınmıştır. Fransa ise, ombudsman (médiateur) kurumunun tek kişiden oluşacağını kabul etmiştir. Ancak, tek kişi olan médiateur'e bağlı olarak taşra kuruluşları kurulmuştur. Yüz kadar çeşitli bölgelerde temsilcisi vardır ve her ilde bir temsilci bulunur. Bunlar hem parlamenterlerden hem de doğrudan doğruya vatandaşlardan gelen şikâyetleri kabul ederler.²⁰

2. Ombudsmanın Seçimi ve Bağımsızlığı

Ombudsmanlar genel olarak parlamento tarafından seçilmektedirler ve hangi organ tarafından atanmış olurlarsa olsunlar görevden alınmalarını mutlaka parlamento gerçekleştirmektedir. Böylece onlar, iktidarın etkilerinden kurtulmakta ve bağımsızlıklarına kavuşmaktadırlar. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, ombudsmanlar yürütme organı karşısında olduğu kadar parlamento karşısında da bağımsızdırlar. Yani, parlamento tarafından seçilmelerine rağmen, parlamento onların alacakları kararlara ve çalışma şekillerine karışamaz. Ombudsmanlar, genel olarak parlamento tarafından seçilseler bile istisnai olarak bazı ülkelerde yürütme organı tarafından atanmaktadırlar. Örneğin, İngiltere'de başbakanın önerisi üzerine kraliçe tarafından, Fransa'da bakanlar kurulu, İsrail'de cumhurbaşkanı, Belçika'da ise başbakan tarafından atanmaktadırlar.²¹

Ombudsman'ın seçilmesinde, bazı ülkelerde belli bir çoğunluk aranmaktadır. Örneğin, İspanya'da halkın savunucusu (défenseur du peuple), milletvekilleri kongresinin 3/5 çoğunluğu ile atanmakta, Portekiz'de ise nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Ombudsman, genellikle yargı makamları tarafından önerilen kişiler arasından seçilmektedir. Örneğin, Hollanda'da seçim yapılacağı zaman meclis, Danıştay ikinci başkanı, yüksek mahkeme başkanı ve sayıştay başkanları-

19 Mahir Işııkay, "Yurttaşların Hak ve Özgürlüklerinin Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman, Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu", <http://www.jura.unisb.de/turkish/M1sikay.ntml> (25.08.2004), s. 12.

20 Uler, s. 483.

21 Özdemir, s. 118-119.

nın ortak olarak önerdikleri adayı göz önünde tutmaktadır. Ayrıca, ombudsman seçilirken meclis üyeleri dışından seçilmesine de dikkat edilmektedir. Örneğin, Danimarka Anayasasına göre ombudsman, meclis (folketing) üyesi olamaz.²²

3. Ombudsman Kişiliği

Ombudsmanların, önemli bir görevi yerine getirmiş olmalarından dolayı, halk tarafından sevilen beğenilen, tarafsızlığına inanılan, konusunda uzmanlaşmış ve aynı zamanda iyi bir hukuk eğitimi almış kişiler arasından seçilmeleri gerekmektedir. Yani seçilecek kişilerin bu özelliklere sahip olmaları lazımdır.²³ Danimarka'da ilk ombudsman bir hukuk profesörüdür ve güçlü kişiliği ile kurumun yerleşmesinde önemli rolü olmuştur.²⁴

Ombudsman, hukuk eğitimi almış bir kişi olabileceği gibi, kamu görevlilerinden veya üniversite çevresinden biri de olabilir. Ombudsmanın tarafsızlığını koruması çok önemli olduğundan bu göreve seçilenlerin kariyer endişesi taşımayan, dürüst, olgun ve hukuka tam manasıyla hakim kişiler olması gerekmektedir. Kadın veya erkek bu görev için aday gösterilebilmektedir.²⁵

4. Ombudsmannın Çalışması

Ombudsman, yapmış olduğu incelemeler sonucu edindiği kanaate dayanarak veya basından öğrendiği bilgilere göre bizzat kendisi harekete geçebileceği gibi vatandaşların başvurusu üzerine de meseleyi ele alıp inceleyebilmektedir. İkinci harekete geçme şekli olan şikâyet yolunda, ombudsmana başvuru iki şekilde gerçekleşmektedir. Vatandaşlar direkt olarak ya da Fransa ve İngiltere'de olduğu gibi bir parlamenter aracılığı ile kendisine başvurulabilmektedirler. Bazı ülkelerde bu hak tüzel kişilere de verilmiştir.²⁶ Örneğin, Fransa'da 6 Şubat 1992 tarihli Kanunun 9. maddesi bu hakkı gerçek kişiler yanında tüzel kişilere de tanımıştır. Fransa'da ombudsman tek başına harekete geçememektedir. Onu harekete geçirme hakkı gerçek kişilere aittir. Bu kanunla tüzel kişilere de bu hak verilmiştir. Yine Fransa'da sadece vatandaşlara değil, ama yabancı uyruklulara da bu hak tanınmıştır.²⁷ İsveç'te, şikâyeti yapacak kişinin İsveç vatandaşı olması veya İsveç'te yaşaması gerekmemektedir. Diğer ülke vatandaşları da başvurabilmektedirler. Yine, İsveç'te şikâyette bulunmak herhangi bir ücrete tabi değildir ve aynı zamanda karışık formaliteler mevcut değildir. Bu ülkede şikâyetler yazılı yapılmaktadır, ancak ombudsman ofisindeki görevliler şikâyeti yapacak kişiye

²² Tortop, s. 479-480.

²³ Kemal Özden, *Ombudsman Türkiye'deki Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 39.

²⁴ Uler, s. 472.

²⁵ Işıkay, s. 12.

²⁶ Tortop, s. 480.

²⁷ Jean Rivero, Jean Waline, *Droit Administratif*, 15^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1994, s. 304.

dilekçesini yazmada yardımcı olabilmektedirler. Dilekçede, şikâyet edilen makamın adı, şikâyet edilen olay, şikâyet edenin adı, açık adresi gibi bilgiler belirtilmektedir. İsmi belirtilmeyen ve imza taşımayan şikâyet dilekçeleri kabul edilmemektedir. Ancak, ombudsman, buradaki bilgilere dayanarak resen inceleme başlatabilmektedir. Ombudsman kendisine yapılmış olan bütün şikâyetleri ele almakta ancak aslı olmayanları, fazla önem taşımayanları, denetim alanı içerisinde olmayanları incelememektedir. Yapılmış olan şikâyetin asılsız olduğuna kanaat getirirse, şikâyeti reddedebilmektedir. Yapılan kovuşturmalar sona erdiğinde, ombudsman ayrıntılı olarak gerekçelerinin yer aldığı kararını kamuoyuna açıklar ve bunlar, yıllık olarak hazırlanan ombudsman raporunda yer alırlar.²⁸

5. Denetim ve Faaliyet Alanı

Genelde ombudsman, kamu yönetiminin ve kamu görevlilerinin keyfi, hatalı ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden doğan ihtilafları denetlemektedir. Ancak, ombudsmanın bu yetki alanı ülkeden ülkeye değişmektedir.²⁹ Bazı ülkelerde bu yetki sınırlı olmasına rağmen diğerlerinde daha geniştir. İspanya ve İsveç'te ombudsman adli alanda yetkili olmakla beraber, hakimın vereceği kararları denetleyemez. Buradaki amaç davaların makul bir sürede sonuçlanmasını ve görevlilerin görevlerini kötü kullanmalarını önlemektir. Yani ombudsman hukuk usulü ile ilgili ihtilafları denetlemektedir.³⁰ Bazı ülkelerde yerel yönetimler ombudsmanın denetim alanına girdiği halde bazılarında bu alanın dışında kalmaktadır. Örneğin, İrlanda'da arabulucu, yerel idareler hakkında yapılan şikâyetleri kabul edebilmektedir. İrlanda'da 1993 yılında arabulucuya 3097 şikâyet yapılmıştır ve bunlardan 590'ı yerel yönetimleri ilgilendirmektedir. İspanya'da da halk savunucusu adı verilen arabulucu, özerk bölgeler ve yerel idareler hakkında yapılan şikâyetleri kabul edebilmektedir.³¹

6. Ombudsmanın Eşit ve Adil Değerlendirmesi

Ombudsman, gerek bizzat kendisi, gerekse şikâyet üzerine harekete geçtiğinde, ihtilaf konusu olan olayı incelerken adalet ve eşitlik ilkelerinden hareket etmektedir. Ombudsman, yönetimin eylem ve işlemlerinin anayasaya, yasalara, uluslararası anlaşmalardaki uyulması gereken kurallara uygun olup olmadığını kontrol eder, yapmış olduğu inceleme sonucu vardığı kararda ilgililere emir vermez, aksine onları ikna etme ve inandırma yolunu seçer. Bu konuda ombudsmanın yeteneği çok önemlidir. Ombudsman genel öğütler vermekte ve tavsiye-

28 Işıkkay, s. 15-16.

29 Davut Dursun, Hamza Al, *Türkiye'de Yönetim Geleneği*, İlke Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 135.

30 Işıkkay, s. 13.

31 Tortop, s. 484.

lerde bulunmaktadır. Bu tavsiye ve öneriler yapılabilir olmalıdır.³² Ombudsmannın hakkaniyete, adalete uygun bir denetim yapabilmesi ve karar alabilmesi için her şeyden önce tarafsız, bağımsız olması ve aynı zamanda kuvvetli bir hukuk formasyonuna sahip olması gerekmektedir. Zira, tarafsızlık, bağımsızlık ve güçlü hukuki bilgiye sahip olma adalete ve hakkaniyete uygun karar alabilmenin ön şartlarını oluşturmaktadır.³³

7. Ombudsmannın Yargı Organına Başvurma Olanağı

Ombudsman kurumunun bulunduğu birçok ülkede genelde, ombudsmannın dava açma olanağı yoktur. Ancak, İsveç'te 20. yüzyılın başına kadar bürokratlar aleyhine çok fazla dava açılmıştır. Daha sonraları bu davalarda bir azalma görülmüş ve sadece zimmete geçirme, rüşvet ve gizli bilgileri açıklama gibi önemli durumlarda dava yoluna gidilmiştir. Diğer hallerde bürokratlara ihtar vermekle yetinilmiştir.³⁴ Ombudsmanlar ceza mahkemelerine müddet olarak başvurmakta dırlar. İsveç'in dışında Finlandiya'da ombudsman, hizmet kusuru veya ihmal dolayısıyla da görevliler hakkında dava açabilmektedir. İspanya'da, halk savucusu, bir konunun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek anayasa mahkemesine başvurabilir. Portekiz'de ise ombudsmanlar, vatandaşlar tarafından yapılan şikâyetler üzerine, kanunların anayasaya aykırılıklarını anayasa mahkemesine taşıyabilmektedirler.³⁵

III. Türkiye'de Ombudsman İçin Yapılan Çalışmalar

Zamanla Türkiye'de insan haklarının gelişmesi, bu hakların idare karşısında korunması ihtiyacı, yeni bir yönetim anlayışına geçilmek istenmesi, hukuk devleti anlayışının giderek hakim olması, ülkemizde ombudsman kurumunun kurulması için çeşitli çalışmaların yapılmasına zemin hazırlamıştır. Türkiye'de yapılan bu çalışmalarda ombudsman ve ombudsman kurumu için daha ziyade "Kamu Denetçisi" ve "Kamu Denetçiliği Kurumu" ibareleri kullanılmıştır.

Kamu Denetçiliği Kurumunun oluşturulması için ilk inceleme Prof. Dr. Yılmaz Aytuğ tarafından yapılmıştır. Aytuğ 1968 yılında yazdığı bir makalesinde, Kamu Denetçiliği Kurumunun İsveç, Norveç, İngiltere gibi kültür seviyesinin yüksek olduğu, aynı zamanda demokrasinin iyi bir şekilde işlediği ülkelerde başarıyla uygulandığını belirtmiş ve Türkiye'de de uygulanabilirliğinin tartışılmasını istemiştir. Daha sonraları Süleyman Aslan, Muammer Oytan, Adil Aktan

32 Tortop, s. 481.

33 Tahin Erdiç, *Ombudsman ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 82-83.

34 Işıkay, s. 19.

35 Tortop, s. 484.

gibi akademisyen ve yazarlar Kamu Denetçiliği Kurumunu incelemişlerdir. 1978 yılında Prof. Dr. Cem Eroğul ise "Cumhurbaşkanlığına Bağlı Türk Ombudsman Modeli"ni bir öneri olarak ortaya atmıştır.³⁶

Akademisyen ve yazarlardan sonra söz konusu kurumla ilgili olarak önemli mevzuat çalışmaları da yapılmıştır. Bunlardan ilki 1982 Anayasasının hazırlandığı sırada oraya çıkan "Gerekçeli Anayasa Önerisi"dir. Bu öneri Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyelerince hazırlanmıştır. Önerinin 114/a maddesi daha ziyade idarenin işlemleri, bu işlemlere karşı başvuru yolları, idarede bulunan bilgi ve belgelerin halka açık olması gibi konularla ilgilidir. 114/b maddesi ise "Kamu Denetçiliği Kurulu"nu düzenlemektedir. Maddeye göre bu kurul beş kişiden oluşmaktadır. Görevi ise vatandaşların şikâyetlerini dinlemek, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlamaktır. Ancak, 1982 Anayasası hazırlanırken bu öneri üzerinde durulmamış, "Kamu Denetçileri Kurulu" yerine "Devlet Denetleme Kurulu"na anayasada yer verilmiştir.³⁷

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD) 1997, 1983 ve 2002 yıllarında yayınladığı raporlarında, ülkemizde ombudsman kurumuna ihtiyaç duyulduğunu, bu kurumun kurulmasıyla demokratikleşme yönünde önemli bir adım atılacağını, bürokratların vatandaşlarla olan ilişkilerinde daha dikkatli davranacaklarını belirtmiştir.³⁸ 1991 yılında ise Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü (TODAİE) "Kamu Yönetimi Araştırması" (KAYA) adıyla bir rapor hazırlamıştır. Bu raporda yönetimle ilgili sorunlar ele alınarak incelenmiş ve bu sorunlarla ilgili çeşitli çözümler tavsiye edilmiştir. Bu çözümlerden bir tanesi de Devlet Denetleme Kurulunda düzenlemeler yapılarak onun bir kamu denetçisi olarak çalışmasını sağlamaktır.³⁹

Bu konuyla ilgili olarak yapılan söz konusu çalışmalardan sonra, ombudsman için arayışlar, beş yıllık kalkınma planlarına ve hükümet programlarına girmeye başlamıştır. Devlet Planlama Teşkilatı'nca hazırlanmış olan Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planında, uyuşmazlıkları yargı safhasına taşınmadan önce çözüme ulaştıracak bir "Devlet Avukatlığı Kurumu" oluşturulmasından bahsedilmiştir. Beşinci ve Altıncı Beş Yıllık Kalkınma Planlarında bu alanda çalışmalara rastlanmamaktadır. Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planında, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin çoğunda bulunan, halkın şikâyetlerini dinleyerek, idareye bağlı olmadan idareyi denetleme yetkisine sahip bir Kamu Denetçisi sisteminin ülkemizde de

36 Muhammed Serkan Şahin, *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Uygulama Örnekleri*, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 98-99.

37 Erhan Tural, *Dünyada ve Türkiye'de Ombudsmanlık*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 169.

38 Şükrü Mert Karıcı, *Ombudsman İskandinav Modelleri ve Türkiye Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2016, s. 183.

39 Şahin, s. 100-101.

kurulması istenmiştir. Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planında ise aşağı yukarı aynı görüşlere yer verildikten sonra bir Kamu Denetçisi sisteminin kurulması vurgulanmıştır. Ayrıca, bu sistemin kurulabilmesi için gereken alt yapının oluşturulması ve sistemin, idarenin bütün eylem ve işlerini istisnasız olarak kapsaması gerektiği noktaları üzerinde önemli durulmuştur.⁴⁰

Türkiye’de ombudsman kurumunun kurulmasıyla ilgili çalışmalar çeşitli kanun tasarılarında da yer almıştır. Örneğin, ilk defa Adalet Bakanlığı tarafından 24.11.1997 yılında, konuyla ilgili çalışmalar yapmak üzere ve 16 üyeden oluşan bir komisyon kurulmuştur. Komisyonun yapmış olduğu çalışmalar sonucunda ortaya “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı Taslağı” çıkmış ve bu taslak 12.03.1999 yılında Başbakanlığa gönderilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesinden sonra Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan taslak 27.07.2000 yılında “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı” adı altında Başbakanlığa, 14.09.2000 tarihinde ise Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne yollanmıştır. Ancak, söz konusu tasarı ile başarılı bir sonuca varılamamıştır. Daha sonraki yıllarda bu tasarı üzerinde yeniden çalışmalar yapılması amacıyla Adalet Bakanlığı’nda bir komisyon kurulmuştur. Komisyonun yeniden düzenleyip hazırladığı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı” 11.11.2004 yılında Başbakanlığa yollanmıştır. Tasarı, üzerinde birtakım değişiklikler yapıldıktan sonra, 15.06.2006 yılında 5521 kanun numarası ile kabul edilmiş, ancak bazı maddelerinin tekrar görüşülmesi için Cumhurbaşkanınca meclise geri yollanmıştır.⁴¹ Söz konusu kanun, Meclis tarafından aynen kabul edilerek 5548 sayılı Kanun olarak 28.09.2006 yılında Meclisten geçmiş, 13.10.2006’da ise Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Ancak, dönemin Cumhurbaşkanı Necdet Sezer kanunun tümünün iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, 25.12.2008 tarihinde söz konusu kanunu, anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, oybirliği ile iptal etmiştir.⁴² Kanununun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesine rağmen, ombudsman kurumunun Türkiye’de kurulabilmesi ve anayasal bir zemine oturtulabilmesi için çalışmalara devam edilmiştir. 2010 yılında anayasa-da değişiklik yapılması için bir paket hazırlanmış ve 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile “Kamu Denetçiliği Kurumu” kurulmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumu, anayasamızın 74. maddesine eklenen bazı hükümlerle genel hatlarıyla düzenlendikten sonra, maddenin son fıkrasında söz konusu kurumun kuruluşunun, görevinin, çalışmasının, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile

40 Karcı, s. 183-184.

41 Tural, s. 171-172.

42 Özden, s. 163.

Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin niteliklerinin, seçimlerinin ve özlük haklarına ilişkin usul ve esasların bir kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 5982 sayılı Kanunun iptali için Anayasa Mahkemesine dava açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 07.07.2010 tarihinde vermiş olduğu kararında Kamu Denetçiliği Kurumunu düzenleyen hükümlerin anayasaya aykırı olmadıklarını belirtmiş ve davayı reddetmiştir. İptal davasının reddedilmesinden sonra anayasanın 74. maddesinde belirtilen ve Kamu Denetçiliği Kurumunu düzenleyecek olan kanunun hazırlanması aşamasına geçilmiştir.⁴³ Anayasanın 74. maddesinde yapılan değişiklikler dikkate alınarak 6328 sayılı "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu" hazırlanmıştır. Söz konusu kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 14.06.2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 29.06.2012'de ise Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Kanunun yürürlük maddesi olan 36. maddeye göre, söz konusu kanunun "Başvuru ve Usulü" başlığını taşıyan 17. maddesi, yayım tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğinden, kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye'de 29.03.2013 tarihinden itibaren aktif olarak faaliyet göstermeye başlamıştır.⁴⁴

IV. 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

Türkiye'de 14.06.2012 tarihinde kabul edilen 6328 sayılı Kanun ile kurulmuş olan Kamu Denetçiliği Kurumu, kurumun kuruluşu, görev alanı, başdenetçilik ve genel sekreterlik, kurumun bağımsızlığı tarafsızlığı, yetkileri, başvuru şekli olmak üzere beş ana başlık altında genel hatlarıyla incelenecektir.

A. Kamu Denetçiliği Kurumunun Kuruluşu ve Görev Alanı

6328 sayılı Kanunun 4. maddesi ile Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur. İlgili maddeye göre kurum, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlıdır, özel bütçelidir ve merkezi Ankara'dadır. Başdenetçilikte, Başdenetçi ve denetçiler bulunmaktadır. Başdenetçi, kurumu yönetir ve aynı zamanda temsil eder. Kurumda bir tane Başdenetçi, beş tane Denetçi, Genel Sekreter, Uzman, Uzman Yardımcıları ile diğer personel bulunmaktadır.⁴⁵

Bu şekilde kurulmuş olan kurumun görev alanı ise söz konusu kanunun 5. maddesinde belirlenmiştir. Maddeye göre kurumun görevi, idarenin işlemleriyle ilgili olarak yapılacak olan şikâyetten sonra, idarenin her türlü eylem ve işlemleri yanında tutum ve davranışlarını da araştırıp, incelemek ve idareye önerilerde bulunmaktır. Görüldüğü gibi kurum, sadece idarenin eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını denetlemek için kurulmuştur. Yani Türkiye'de 6328 sa-

43 Karcı, s. 193-194.

44 Ahmet Alkan Şimşek, *Kamu Denetçiliği Kurumu, Ombudsman Başvuru El Kitabı ve Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1.

45 Karcı, s. 197-198.

yılı Kanun ile klasik ombudsman çeşidine benzer bir Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmuştur. Bilindiği gibi, bu türde ombudsman, kamu kurumları tarafından haksızlığa uğramış olan vatandaşların sorunlarıyla ilgilenmekte, sorunlarını çözmeye çalışmaktadır. Kısacası vatandaşın hakkını devlet karşısında korumaktadır. Oysa dünyadaki birçok ülkede klasik ombudsmanın yanında insan hakları, çocuk hakları, öğrenci, basın, tüketici, Silahlı Kuvvetler ombudsmanı gibi çeşitli türde ve alanda ombudsmanlar mevcuttur.⁴⁶ Türkiye de, bir denetleme kurumu olan Kamu Denetçiliği Kurumunun türlerinin genişletilerek çeşitli alanlarda faaliyet göstermesini sağlamak gerekmektedir. Zira, bu alanlarda da çıkacak olan ihtilaflar yargıya aksetmeden halledilmiş olacak ve böylece yargının yükü daha da hafifleyecektir.

Kanuna göre Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin her türlü işlem, eylem, tutum ve davranışlarına karşı yapılacak olan şikâyetleri, insan haklarına dayanan adalet anlayışı ile hukuka, hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemekte ve araştırma yapmaktadır. Görüldüğü gibi kurum, idarenin işlem, eylem, tutum ve davranışlarına sadece ve sadece hukuka uygun olup olmadıkları yönünden incelemekle kalmaz ama bunları hakkaniyet ve insan hakları açısından da inceler ve araştırır.

Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası kurumun görev alanını kapsamayan hususları belirtmiştir. Fıkra göre, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerle resen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri, kurumun görev alanı dışında tutulmuştur. Yani, bu faaliyetler hakkında yapılacak şikâyetleri Kamu Denetçiliği Kurumu inceleyemeyecektir.

B. Başdenetçilik ve Genel Sekreterlik

Daha önce de belirtildiği gibi kurum Başdenetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşmaktadır.

1. Başdenetçilik

Başdenetçilik kanununun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumunda Başdenetçi ve beş denetçi bulunmaktadır. Başdenetçi kurumu yönetir ve temsil eder. İlk Başdenetçi M. Nihat Ömeroğlu'dur ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce seçilmiştir.⁴⁷ Kuruma yapılan şikâyetleri araştırmak, incelemek, idareye öneriler sunmak, yıllık raporu hazırlamak, kendisi yokken ona vekâlet edecek olan denetçiyi belirlemek, Genel Sekreteri ve aynı zamanda diğer personeli atamak gibi görevler Başdenetçinin bazı görevlerini oluşturmaktadır. Kanunda

⁴⁶ Özden, s. 51-53.

⁴⁷ Şahin, s. 123.

belirtilmiş olan görevlerin yerine getirilmesi için Başdenetçiye yardım etmek ve Başdenetçinin vereceği görevleri yerine getirmek ise denetçilerin görevleri arasındadır.

Kanun, Başdenetçi ve Denetçi seçilebilmek için bazı şartlar aramış ve bu şartları yedi başlık altında toplamıştır. Türk vatandaşı olmak, seçimin yapıldığı tarihte Başdenetçi için elli yaşını, Denetçi için ise kırk yaşını doldurmuş olmak, tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakülteleri gibi dört yıllık eğitim veren fakültelerden veya bu fakültelere denkliği kabul edilmiş olan yurtiçi ve yurtdışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak gibi şartlar Başdenetçi ve Denetçilerin seçilebilmeleri için kanunun aradığı yedi şarttan bazılarıdır.⁴⁸

Başdenetçi ve Denetçilerin seçimleri de kurallara bağlanmıştır. Başdenetçinin seçilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından gizli oyla yapılmaktadır. Seçilebilmek için üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu aranmaktadır. Yapılan birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu aranır. İkinci oylamada bu çoğunluğa ulaşılamazsa üçüncü oylamaya geçilir. Üçüncü oylamada ise üye tamsayısının salt çoğunluğuna ihtiyaç vardır. Salt çoğunluk elde edilemezse, bu oylamada en çok oy alan iki aday ile dördüncü oylama yapılır ve burada en fazla oy alan aday Başdenetçi seçilmiş olur. Denetçileri ise Komisyon seçer. Başdenetçi seçiminde olduğu gibi birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu aranır. Bu çoğunluk elde edilemezse ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üçte iki çoğunluk sağlanamazsa üçüncü oylama yapılır ve bu oylamada adayın seçilebilmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunu elde etmesi gerekir. İstenen salt çoğunluğa ulaşılamazsa, en çok oy alan adaylardan, seçilecek aday sayısının iki katı kadar aday ile dördüncü oylamaya gidilir ve bu oylamada en fazla oy alan seçilmiş olur.⁴⁹

2. Genel Sekreterlik

Genel Sekreterlikte Genel Sekreter ve diğer idari personel bulunmaktadır. Söz konusu Genel Sekreterlik Kamu Denetçiliği Kurumunun mali idari işlerini ve aynı zamanda sekreterlik hizmetlerini yerine getirir. Kurumun büro işlemlerini, arşiv hizmetlerini yapmak, kurumdaki personelin şahsi dosyalarını tutmak, izin alacak veya emekli olacak personelin işlemlerini yürütmek gibi faaliyetler kurumun önemli görevleri arasında sayılabilir.⁵⁰

48 Daha fazla bilgi için bkz. 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 10.

49 Daha fazla bilgi için bkz. 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 11.

50 Daha fazla bilgi için bkz. 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 9.

C. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Ombudsman kurumunun bağımsız ve tarafsız olması onun en önemli özelliklerinden birisidir. Bağımsız ve tarafsız olmayan bir kurumun hakkaniyet duygularına dayalı olarak adil bir şekilde denetim yapması düşünülemez. Kanun koyucu, 6328 sayılı Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasında hiçbir organın, makamın, merciin veya kişinin Başdenetçiye, Denetçilere, görevlerini ilgilendiren konularda, emir ve talimat veremeyeceğini, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını belirttikten sonra ikinci fıkrasında Başdenetçi ve Denetçilerin görevlerini ifa ederken tarafsızlık ilkelerine uyarak hareket etmek zorunda kaldıklarını ifade etmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu bu şekilde düzenleme yaparak Kamu Denetçiliği Kurumunun bağımsız ve tarafsız çalışması gerektiğinin altını çizmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 11. maddesine göre; Başdenetçinin seçimi nitelikli çoğunluk aranarak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Denetçilerin seçimi ise aynı nitelikli çoğunluk ile Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonunca yapılmaktadır. Başdenetçi ve Denetçilerin görevden alınmaları ise yasama organının ve komisyonun kararı ile sağlanmaktadır. Hiç şüphe yok ki, Başdenetçi ve Denetçilerin, Kraliçenin, Cumhurbaşkanının veya hükümetin atamasıyla değil de, parlamentoda yapılacak bir seçimle belirlenmesi ve görevden alınmaları ise duruma göre yasama organının veya komisyonun kararına bağlı olması, kurumu daha bağımsız kılmaktadır.⁵¹ Ancak, bir siyasi partinin çoğunlukta olduğu parlamento tarafından kamu denetçisinin seçilmesi, onun tarafsızlığına gölge düşüreceği fikrini geliştirmiş ve bu sorun doktrinde tartışılmıştır.⁵²

Bağımsızlık ve tarafsızlık yanında kamu denetçisinin güvenilir, saygın bir kişi olması, yani seçilirken kuvvetli ve güçlü bir kamuoyu desteğini elde etmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde Kamu Denetçisine gereken değer verilmeyecek ve önerilerinin uygulama şansı pek fazla olmayacaktır. Örneğin Yunanistan'da Albaylar Cuntasının hakim olduğu dönemde, ombudsman olarak Cuntanın eski jandarma komutanı atanmıştır. Bu örnek, ombudsmanın tarafsızlığının ve güvenilirliğinin zedelendiğini açıkça göstermektedir.⁵³

6328 sayılı Kanununun 10. maddesi Başdenetçi ve Denetçilerin niteliklerini, yani seçilebilme şartlarını saymıştır. Bunların arasında, başvuru sırasında herhangi bir partiye üye olmamak şartı da bulunmaktadır. Bu şart da Başdenetçi ve Denetçilerin bağımsızlığını destekleyen bir düzenlemedir. Doktrinde, söz konusu kişilerin görevlerini ifa ederken ve hatta görevleri sonra erdikten sonra dahi

⁵¹ Erdinç, s. 72-74.

⁵² Tural, s. 206.

⁵³ Uler, s. 473-475.

hiçbir kamu görevine talip olmamaları gerektiği düşünülmektedir. Aksi takdirde kamu yönetimi için belirlenmiş olan ombudsmanın bağımsızlığının söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir.⁵⁴ Yani, ülkeden ülkeye değişen ve çeşitli adlar verilen Ombudsman, Başdenetçi, Denetçilerin, kendi görev ve yetki alanları içersinde bulunan kişi ve kurumlarla herhangi bir maddi ve manevi çıkar ilişkisi içinde bulunmamaları gerekmektedir.⁵⁵ Bu durum tarafsızlığın ve saygınlığın sağlanabilmesi için son derece önemlidir. Örneğin, İsrail'de Ombudsman (Devlet Müfettişi) olabilmek için aktif olarak politik hayat içinde olmamak, devlet kurumlarında veya ticari bir işletmede çalışmamak gerekmektedir. Hatta Devlet Müfettişlerinin görev süreleri bitmiş olsa dahi, bu sürenin bittiği tarihten sonraki 3 yıl içinde de ticari bir işletmede veyahut da bir kurumda çalışmamaları hükme bağlanmıştır.⁵⁶ 6328 sayılı Kanununun 30. maddesinin üçüncü fıkrası da bir düzenleme yapmış ve Başdenetçinin, Denetçilerin, Genel Sekreterin, kamu denetçiliği uzman ve uzman yardımcılarının, diğer personelin, görevlerini yaparken resmi veya özel hiçbir görev alamayacaklarını ve aynı şekilde ticaret yapamayacaklarını hükme bağlamıştır. Yine aynı maddenin birinci fıkrasında aynı kişilerin siyasi partilere üye olamayacakları, herhangi bir siyasi partinin, kişi veya zümrenin yararı veya zararı için davranışlarda bulunamayacakları ve görevlerini ifa ederken dil, ırk, cinsiyet, felsefi inanç, siyasi düşünce, din ve mezhep ayrımı yapamayacakları, aynı zamanda görevlerini yaparken herhangi bir şekilde öğrendikleri mesleki veya ticari sırları görevlerinden ayrılmış olsalar bile açıklayamayacakları düzenlenmiştir. Otuzuncu maddenin ikinci fıkrasında ise, söz konusu görevlilerin, kendilerinin, eşlerinin ve üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının şikâyetlerini inceleyemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Kurumun bağımsız ve tarafsız çalışabilmesi için, bağımsız bir bütçeye sahip olması, aynı zamanda çalışanların özellikle de ombudsmanların yüksek bir maaşa sahip olmaları gerekmektedir. 6328 sayılı Kanunun dördüncü maddesinin birinci fıkrasında Kamu Denetçiliği Kurumunun özel bütçeli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, aynı kanunun onaltıncı maddesinde Başdenetçi ve Denetçilerin mali ve sosyal hakları düzenlenmiş ve söz konusu kişilere Başbakanlık Müsteşarı ve Başbakanlık Müsteşar Yardımcılarına verilen maaş ve mali olanaklar tanınmıştır.⁵⁷

Kamu Denetçiliği Kurumunun tarafsız ve bağımsız bir şekilde çalışabilmesini sağlayacak diğer bir düzenleme de burada çalışan Başdenetçi ve Denetçilerin

54 Tural, s. 207.

55 Özden, s. 17.

56 Kemal Özden, Ertuğrul Gündoğan, "Ombudsmanlık Sistemi: Tanımı, Tarihi Gelişimi, Dünyadaki Uygulamalar ve Türkiye'deki Uygulanabilirlik Tartışmaları", *Türkiye Günü, Fikir ve Kültür Dergisi*, Sayı: 62, Cedit Yayını, Ankara Eylül-Ekim 2000-05, s. 49.

57 Erdinç, s. 74.

görev sürelerinin uzun olup olmamasıyla ilgilidir. 6328 sayılı Kanuna göre Başdenetçi ve Denetçilerin görev süreleri dört yıl olarak belirlenmiştir. Söz konusu süre İskandinav ülkelerinden Norveç, Finlandiya ve İsveç'te dört yıl, Quebec'de beş yıl⁵⁸, Fransa'da ise altı yıl olarak belirlenmiştir.⁵⁹

6328 sayılı Kanunda yer alan bu düzenlemeler, Türkiye'de kurulmuş bulunan Kamu Denetçiliği Kurumunun, bağımsız ve tarafsız çalışmasını sağlayan hükümlerdir.

D. Yetkileri

Kamu Denetçiliği Kurumunun, inceleme ve araştırma yapabilmesi için kamu kurumlarından bilgi ve belge istemesi, önemli yetkilerinden biridir.

6328 sayılı Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrası, kurumun istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliği tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yollanmasını zorunlu kılmıştır. Ayrıca bu sürede, haklı bir neden olmadan, istenen bilgi ve belgelerin verilmemesi durumunda Başdenetçi veya Denetçinin yapacağı başvuru üzerine ilgili merciin soruşturma açacağını hükme bağlamıştır. Ancak madde ikinci fıkrasında, devlet sırrı veya ticari sır niteliği taşıyan bilgi ve belgelerin, gerekçeleri belirtilmek kaydıyla, yetkili mercilerin en üst makam veya kurullarınca verilemeyebileceklerini ama bu bilgi ve belgelerin Başdenetçi veya Denetçi tarafından görevlendirilecek olan denetçi vasıtasıyla yerinde incelenebileceğini belirtmiştir. Kanun böyle bir düzenleme ile kurumun yetkisine sınırlama getirmiştir. Doktrinde bu maddenin kurumun çalışmasının hızını kestiği ve aynı zamanda etkinliğini azalttığı belirtildikten sonra anayasa ile kurulan, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 2/3 çoğunluğuyla seçilen, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetleme yapabilen bir kuruma doğrudan kamu arşivlerine ulaşabilme yetkisinin verilmemesi bir çelişki olarak görülmüş ve bu yetkinin Kamu Denetçisine verilmesi üzerinde önemle durulmuştur. Ayrıca, Kamu Denetçisinin istediği bilgi ve belgelerin verilmemesi durumunda, söz konusu bilgi ve belgeleri vermekte zorluk çıkartan kamu görevlisi hakkında, Kamu Denetçisinin disiplin soruşturması yapmak veya kamu davası açmak yetkisinin bulunması gerektiği üzerinde de durulmuştur.⁶⁰ Denetimin kısa bir süre içinde sonuçlandırılabilmesi için, bu yetkilerin Kamu Denetçisine tanınması gerekmektedir. Zira, dünyadaki bazı ülkelerde, örneğin Finlandiya, İsveç, Quebec-Kanada, Hawaii-Amerika Bir-

58 Ömer Baylan, *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikayetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Modeli*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, No: 12, Ankara, 1978, s. 34, 38, 42, 65.

59 Jacqueline Morand Deviler, *Cours de Droit Administratif*, 8e Edition, Montchrestien, E.J.A., Paris 2003, s. 114.

60 Erdinç, s. 70.

leşik Devletleri, Nebraska-Amerika Birleşik Devletleri'nde Kamu Denetçisinin inceleyebileceği resmi belgeler hakkında hiçbir sınırlama getirilmemiştir.⁶¹ Öte yandan İsveç'te ombudsmanın kendisine istediği bilgi veya açıklamaları veremeyen kamu görevlileri için belirli bir miktara kadar para cezası verilmesini talep etmek yetkisi bulunmaktadır.⁶²

Kamu Denetçiliği Kurumunun başka bir yetkisi de araştırma ve inceleme yapılması gereken konuyla ilgili olarak bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesidir. Bu yetki, ilgili kanununun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, bilirkişinin görevlendirilmesi, tanık veya ilgili kişilerin dinlenmesi Başdenetçi, Denetçi veya uzmanlarca yapılmaktadır. 19. maddenin getirmiş olduğu düzenlemenin Kamu Denetçiliği Kurumunun yapmış olduğu denetimin kısa bir sürede sonuçlanabilmesi için uygun bir düzenleme olduğu ifade edilebilir.

Söz konusu kurumun diğer bir yetkisi de önüne gelen ihtilafları çözmek için yaptığı araştırma ve inceleme sonuçları ile varsa önerilerini ilgili merci ile başvurana bildirmek, aynı zamanda her takvim yılı içerisinde yapmış olduğu faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlamak ve komisyona sunmaktır. Söz konusu rapor Resmi Gazetede yayınlanarak kamuoyuna duyurulmaktadır. Bilindiği gibi Kamu Denetçilerinin yapmış oldukları incelemeler sonucunda aldıkları kararlar tavsiye niteliğinde olup, bağlayıcı özellikleri yoktur. Ama hazırladıkları bu raporların kamuoyuna duyurulması sonucunda ortaya bir kamuoyu baskısı çıkacağından ve ilgili merciler bu baskıdan dolayı kararlara uymak zorunda kalacaklarından, Kamu Denetçiliği Kurumunun, yapmış olduğu inceleme ve araştırmaları raporlar vasıtasıyla kamuoyuna duyurması, açıklaması ve kamuoyunu bilgilendirmesi son derece önemlidir. Örneğin, İsveç'te Kamu Denetçilerinin tavsiye niteliğindeki kararlarına idarenin ve görevlilerin uymalarındaki en büyük sebep, ilgili kurum ve görevlilerle ilgili yıllık raporun hazırlanması, parlamentoya sunulması ve kamuoyuyla paylaşılmasıdır. Kamu Denetçileri hazırladıkları raporları, basını kullanarak kamuoyuna duyurmaktadırlar ve bu da onların çalışmalarını daha çekici bir hale getirmektedir. Zira basına yansıyan raporlar yöneticiler üzerinde bir kamuoyu baskısı oluşturmakta ve dolayısıyla da yöneticiler, bu baskıdan çekinerek, alınan kararlara uymak zorunda kalmaktadırlar.⁶³

E. Başvuru Şekli

6328 sayılı Kanun, Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru hakkını gerçek ve tüzel kişilere yani herkese tanımıştır. Şikâyeti olan herkes kuruma, bir aracı kul-

61 Baylan, s. 194, 199, 206.

62 Tatal, s. 209.

63 Şahin, s. 53.

lanmadan doğrudan doğruya başvurabilecektir. Oysa bazı ülkelerde, örneğin Fransa'da, Médiateur'a başvuru sadece bir parlamenter aracılığı ile yapılabilir. ⁶⁴ 6328 sayılı Kanunun, bu konuda yapmış olduğu düzenleme, kuruma kolay erişebilirlik açısından doğru ve yerinde bir düzenlemedir. Söz konusu kanun bu hakkı herkese tanımış olmasına rağmen başvuru konusunda birtakım şartları da getirmiştir. Kuruma, Türkçe yazılmış bir dilekçe ile başvurulabilir. Başvuru, yönetmelikte belirlenmiş olan şartlara uyulmuş olmak kaydıyla elektronik ortamda veyahut da diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir. ⁶⁵ Kuruma yapılmış olan başvurulardan, belli bir konuyu içermeyenler, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organları tarafından karara bağlanmış olan uyuşmazlıklar, başvuru yapanın adı soyadı, yerleşim yeri, imzası vs. gibi şartları taşımayanlar, sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılanlar incelemeye alınmamaktadır. ⁶⁶ Kuruma, illerde valilikler, ilçelerde ise kaymakamlıklar vasıtasıyla da başvurulabilmekte ve başvurulardan ücret alınmamaktadır. ⁶⁷

Ayrıca kuruma başvurunun yapılabilmesi için idari yargılama usul kanunda belirtilmiş olan idari başvuru yolları ile özel kanunlarda belirtilen idari başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bu yollar tüketilmeden yapılmış olan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Ancak kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimalinin bulunması halinde, idari başvuru yolları tüketilmemiş olsa dahi başvuruları kabul edebilmektedir. ⁶⁸ Kamu Denetçiliği Kurumuna, idareye yapılmış olan başvuruya idare tarafından verilen cevabın ilgiliye tebliği tarihinden, idare kendisine yapılan başvuruya altmış gün içerisinde cevap vermemesi durumunda bu sürenin sona ermesinden itibaren altı ay içerisinde başvurabilirler. ⁶⁹

Sonuç

Ombudsman, dünyada ilk defa 18. yüzyılın başlarında İsveç'te kabul edilmiş bir kurumdur. Daha sonraları başta Avrupa ülkelerinde olmak üzere diğer dünya ülkelerinde de yayılmıştır. Ülkemizde ise bu alanda çeşitli çalışmalar yapılmış, ancak 2010 yılında 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklik ile söz konusu anayasanın 74. maddesine Kamu Denetçiliği Kurumu eklenmiş ve böylece bu kurum

64 Jean-Michel de Forges, *Les Institutions Administratives Françaises*, 2e Edition, Presses Universitaire de France, Paris 1989, s. 133.

65 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 17/2.

66 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 17/3.

67 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 17/6.

68 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 17/4.

69 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 17/7.

anayasal bir zemine oturtulmuştur. Daha sonraları 14.06.2012 tarihinde kabul edilen 6328 sayılı Kanun, Kamu Denetçiliği Kurumunu düzenlemiştir. İlgili kanunun kurumu düzenleyen bazı hükümleri yerinde bazıları ise eksik ve yetersiz düzenlemelerdir. Örneğin, kanuna göre, idarenin eylem ve işlemlerinden zarar görmüş olan herkes doğrudan doğruya kuruma başvurma hakkına sahiptir. Böyle bir düzenleme ile herkes kolayca kuruma erişebilme imkânına kavuşmaktadır. Bu düzenleme doğru ve yerinde bir düzenlemedir. Kanunun 19. maddesinde, Başdenetçi veya denetçilerin inceleme ve araştırma ile ilgili olmak üzere bilirkişi görevlendirebilecekleri, tanık veya ilgili kişileri dinleyebilecekleri belirtilmiştir. Böyle bir düzenleme de denetimin kısa bir sürede sonuçlandırılabilmesi açısından doğru bir düzenlemedir. Öte yandan kanun 30. maddesinde, Başdenetçi, Denetçiler ve diğer personelin siyasi partilere üye olamayacaklarını, maddede sayılmış olan yakınlarının şikâyetlerini inceleyemeyeceklerini, görevlerini yaparken resmi veya özel hiçbir görev alamayacaklarını, ticaretle uğraşamayacaklarını ifade etmiştir. Kanun, 4. maddesinde Kamu Denetçiliği Kurumunun özel bütçeli bir kurum olduğunu belirttikten sonra, 16. maddesinde Başdenetçi ve Denetçilerin mali ve sosyal haklarını düzenlemiştir. 6328 sayılı Kanunun 14. maddesi ise, Başdenetçi ve Denetçilerin görev sürelerinin dört yıl olduğunu hükme bağlamıştır. Bütün bu düzenlemeler Başdenetçi ve Denetçilerin dolayısıyla da kurumun bağımsızlığını sağlayan doğru düzenlemelerdir.

Yukarıda belirtilen doğru ve yerinde olan düzenlemeler yanında söz konusu kanunun eksik ve yetersiz tarafları da mevcuttur. Örneğin, 6328 sayılı Kanun uyarınca ülkemizde sadece idarenin eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını denetleyebilecek bir kurum kurulmuştur. Yani denebilir ki, Kamu Denetçiliği Kurumu klasik bir ombudsman çeşididir ve vatandaşın hakkını idare karşısında korumaktadır. Oysa, ombudsman kurumunu kabul etmiş olan dünyadaki birçok ülkede çeşitli türde ve alanda ombudsmanlar mevcuttur. Türkiye'de de klasik ombudsmanın yanında diğer türde ve alanlarda da söz konusu kurumun kurulması gerekmektedir. Zira kurumun alanı genişletildiği takdirde, bu alanlardaki ihtilaflar da yargıya aksettirilmeden kurum tarafından çözülecek ve dolayısıyla da yargının yükü azalacaktır. Öte yandan, söz konusu kanunun ilgili maddesine göre Kamu Denetçiliği Kurumunun araştırma ve inceleme yapabilmesi için kamu kurumlarından istediği bilgi ve belgelerin, isteğin tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde yollanması gerekmektedir. Yalnız, yetkili merciler devlet sırrı veya ticari sır niteliği taşıyan bilgi ve belgeleri gerekçelerini belirterek yollamayabilmektedir. Ayrıca Kamu Denetçisinin, istediği bilgi ve belgeler kendisine verilmediği takdirde söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyen kamu görevlisi için kamu davası açmak veya disiplin soruşturması yapmak gibi yetkileri yoktur. Doktrinde de belirtildiği üzere, kamu denetçilerine kamu arşivlerine doğrudan doğruya

ulaşabilme yetkisinin ve yine bu kişilerin kendilerine istedikleri bilgi ve belgeleri vermekte zorluk çıkaranlar hakkında disiplin soruşturması yapmak ve kamu davası açmak gibi yetkilerin verilmesinin doğru olacağı ifade edilebilir. Zira bu yetkilerin verilmemesi kurumun çalışma hızını kesmekte ve sorunların süratli bir şekilde çözülmesini önleyerek kurumun amacına ulaşmasını engellemektedir. Belirtilen eksikliklerin giderilmesi halinde kurumun daha işlevsel bir hale gelecektir.

KAYNAKLAR

- 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Madde 17, 10, 11, 9.
- Baylan, Ömer, *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikayetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Modeli*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, No: 12, Ankara 1978.
- De Forges, Jean-Michel, *Les Institutions Administratives Françaises*, Presses Universitaire de France, 2e Edition, Paris 1989.
- Dursun, Davut; Al, Hamza, *Türkiye'de Yönetim Geleneği*, İlke Yayıncılık, İstanbul 1998.
- Erdinç, Tahsin, *Ombudsman ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Erkam Matbaacılık, 3. Baskı, İstanbul 1997.
- Gidersoy, Bahar, "Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Türkiye İçin Geçerliliği", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 9, Sayı: 19, Burdur, Haziran 2017.
- Giritli, İsmet, Sarmaşık, Jale, *Anayasa Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 1998.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, 25. Baskı, Bursa 2016.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi, 5. Baskı, Bursa 2006.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 1997.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, 14. Baskı, Ankara 2000.
- Işıkkay, Mahir, "Yurttaşların Hak ve Özgürlüklerinin Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman, Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu", <http://www.jura.unisb.de/turkish/MIsikay.html> (25.08.2004).
- *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu*, Madde 17/2, 17/3, 17/6, 17/4, 17/7.
- Karcı, Şükrü Mert, *Ombudsman İskandinav Modelleri ve Türkiye Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, İzmir 2016.
- Morand Deviller, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, Montchrestien, E.J.A, 8e Edition, Paris 2003.
- Özdemir, Birol, *Kamu Denetçiliği Kurumu, İşlevi, Yapısı ve Devlet Teşkilatındaki Konumu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Özden, Kemal, *Ombudsman Türkiye'deki Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Özden, Kemal; Gündoğan, Ertuğrul, "Ombudsmanlık Sistemi: Tanımı, Tarihi Gelişimi, Dünyadaki Uygulamalar ve Türkiye'deki Uygulanabilirlik Tartışmaları", *Türkiye Günlüğü, Fikir ve Kültür Dergisi*, Sayı: 62, Cedit Yayını, Ankara Eylül-Ekim 2000-05.
- Rivero, Jean; Waline Jean, *Droit Administratif*, 15ème Edition, Dalloz, Paris 1994.
- Şahin, Muhammed Serkan, *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Uygulama Örnekleri*, Astana Yayınları, Ankara 2015.
- Şimşek, Ahmet Alkan, *Kamu Denetçiliği Kurumu, Ombudsman Başvuru El Kitabı ve Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

- Tortop, Nuri, “Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulanması”, *Türkiye’de Kamu Yönetimi*, Burhan Aykaç, Şenol Durgun, Hüseyin Yayman (drl), Yargı Yayınevi, Ankara 2003.
- Tatal, Erhan, *Dünyada ve Türkiye’de Ombudsmanlık*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Uler, Yıldırım, “Ombudsman (Kamu Denetçisi)”, *Türkiye’de Kamu Yönetimi*, Burhan Aykaç, Şenol Durgun, Hüseyin Yayman (drl), Yargı Yayınevi, Ankara 2003.

ÖZ

Çeşitli tür ve alanlarda kurulmuş olmasına rağmen genelde ombudsman kurumu, vatandaşların idare ile düştükleri ihtilaflarda onların hak ve menfaatlerini koruyan, söz konusu ihtilafları süratli bir şekilde çözüme ulaştıran ve böylece idari yargının yükünü hafifleten bir kurumdur. Söz konusu kurum ilk defa 18. yüzyılın başlarında İsveç’te kurulmuştur. Ülkemizde ise, çeşitli çalışmalardan sonra, 2010 yılında 1982 Anayasasında yapılan değişiklik sonucu, anayasanın 74. maddesinde Kamu Denetçiliği Kurumu adı altında yer almıştır. Daha sonraki yıllarda bu kurum, 14.06.2012 tarihli 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun doğru düzenlemeleri olduğu kadar eksik ve yetersiz yönleri de mevcuttur. Eksik ve yetersiz tarafların düzeltilmesi halinde, kurumun amacına daha uygun bir şekilde faaliyet göstereceği kesindir.

Anahtar kelimeler: Demokratik hukuk devleti, bağımsızlık, güvenilirlik, tarafsızlık, kamu denetçiliği kurumu, 6328 sayılı kamu denetçiliği kurumu kanunu.

ÖZEL HUKUK

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler*

Opinions on the Problem of the Using Legal Preemption in
the Construction Agreement in Return for Land Share

Cevdet YAVUZ**

ABSTRACT

The determined charges in a construction agreement in return for land share arises after the parties sign the contract. As mentioned, in construction agreements in return for land share, while the contractor's principal obligation is to create a construction (a building), the land owner's encumber is to transfer the land share as the payment to the contractor. As a rule, the contractor's right to demand their allotment earned from fulfilling the obligations of the construction agreement in return for land share originates with the dedition of apartments agreed to the land owner. However, in practice, stakeholders usually transfer this to the contractor as "an advancement" before the end of construction with an independent section in the agreement.

In construction agreements in return for land share, the land owner's required payment to the contractor (or third party or parties in accordance with the contractor) has been determined as not cash but land share. Furthermore, it is stated that this disposition is not transferred for sale purposed but as the payment of the agreed independent section to the contractor. Hence, because this dedition cannot be classified as "transfer for sale", the transferred dividends cannot be the subject of pre-emption cases. In short, there needs to be an agreement on the fact that the right of pre-emption cannot be exercised in these transfers. In a contrary case, this will not agree with the usual flow of life or good faith rule, especially for standing construction agreements.

Keywords: Legal preemption, construction agreement in return for land share, construction law, land owner, contractor.

* Makale gönderim tarihi: 04.12.2017. Makale kabul tarihi: 19.12.2017.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

Giriş

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ülkemizde yaygın uygulaması olan ve iş-yeri ve konut ihtiyacının sürekli artması vb. ekonomik ve sosyal ihtiyaçların bir sonucu olarak hukuk uygulamasında ortaya çıkan bir sözleşme tipidir. Böylece, bir taraftan kendi mali imkanları ile inşaat tamamlayamayacak arsa sahibi taşınmazını değerlendirmekte, diğer yandan yüklenici (müteahhit) yeni iş yapma imkanı ve sadece inşaat maliyetini üstlenerek bağımsız bölümlerin satışından maliyetini karşılamaktadır.

Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliği ve niteliği birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin (yüklenicinin), yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak uygulamada paylı taşınmaz mülkiyetinde paydaşlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde, ekonomik koşulların yarattığı bir sorumluluk olarak, inşaatın tamamlanmasından önce, yükleniciye inşaatı tamamlamak için gereken mali imkânı sağlamak amacıyla, pay devretmektedir. İşbu yöntem ise, beraberinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye yapılan bu devrin, satış amaçlı bir devir olup olmadığı ve bu bağlamda önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorununu getirmektedir. Bu noktada, menfaatler dengesi korunarak ve tarafların gerçek amaçlarını irdelenerek, hukuk ve somut olay adaletine uygun bir çözüme varmak gerekir.

Çalışmamız dört bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde önalım hakkına dair genel açıklamalarda bulunulmuş ve yasal önalım hakkının tanımı, doğumu ve kullanılması hususları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve gerçekleşmesi çeşitleri ortaya konulmuştur. Ardından üçüncü bölümde, birinci ve ikinci bölümde izah edilen hususlar nazara alınarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan pay devrinin, satış amaçlı bir devir olup olmadığı ve bu minvalde önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususları doktrindeki görüşler ve ilgili Yargıtay kararları ışığında incelemeye tabi tutulmuştur. Çalışmamızın son bölümü ise varılan sonuçların özetlendiği bir sonuç bölümüyle noktalanmıştır.

I. Önalım Hakkı

A.Önalım Hakkı, Hukuki Niteliği ve Türleri

“Önalım hakkı”, yasal önalım hakkı esas tutularak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 732., 733. ve 734. maddelerinde düzenlenmiştir. Alman Hukukunda “Vorkaufsrecht” , Fransız Hukukunda “droit de préemption” , İngiliz Huku-

kunda “right of pre-emption”, Latince “ius protimiseos” olarak adlandırılmakta olan önalım hakkına ilişkin olarak kanunlarımızda açık bir tanım bulunmamaktadır.

Öğretide, önalım hakkına dair çok sayıda tanım yer almakla birlikte¹, akdi ve yasal önalım hakkını birlikte açıklayıcı nitelik taşıyan en kapsamlı tanımı vermekte fayda görüyoruz;

FEYZİOĞLU²na göre²; “Şufa hakkı, kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, subjektif aynı mahiyette öyle bir inşai haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefi, kararlaştırılan bedeli ödeyerek meşfuun mülkiyetinin tercihen kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş akdi şufada vaki zararın tazminni muayyen müddet için talep selahiyetini bahşeder.”³.

Paylı taşınmaz mülkiyetinde kanuni (yasal) bir önalım tanınmasının temelinde; bu tür mülkiyet türünde paydaşlar arasında meydana gelebilecek faydalanma ve yönetime ilişkin anlaşmazlıklar nedeniyle hukuk hayatında pek de arzu edilmeyen bu paylı mülkiyet ilişkisinin bir bütün olarak tek elde toplanmasını sağlamak, yani tek mülkiyete dönüştürmek düşüncesi baskındır. Bunun yanında ikincil bir amaç ise, ortaklığa istenmeyen yabancı kişilerin girmesini engellemektir. Bu iki amaç, tarihin ilk çağlarından beri mülkiyet hukukunda baskın olmuş ve kanuni (yasal) önalım hakkının sosyal fonksiyonunu ön plana çıkarmıştır. Öyle ki, bu sosyal amaç nedeniyle çeşitli hukuk sistemlerinde kanuni (yasal) önalım kurumu sadece paylı mülkiyet ilişkisi ile sınırlı kalmamış, diğer bazı hukuki ilişkilere de bu kurumun tanınması yoluna gidilmiştir. Nihayet kanuni düzenleme ile tanınan önalımın yanında, tarafların iradelerinden doğan (akdi)

1 “Şufa hakkı, konusunu oluşturan şey malik tarafından üçüncü şahsa satıldığı zaman, onu, tek taraflı, yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklaması ile öncelikle satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır.”: Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II: Mülkiyet*, 2. Baskı, Konya, 2000, s. 294; Tekinay’a göre; “Şufa hakkı, başkasına ait olup da onun tarafından üçüncü kişiye satılan bir şey üzerindeki mülkiyetin öncelikle (tercihan) devrini isteyebilmek yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır” (bkz. Selahattin S. Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri: II/1*, İstanbul, 1998, s. 16).

2 Yazarın -bugünkü şartlar dahilinde- oldukça ağır ve anlaşılması güç olan tanımını günümüz hukuk diline uyarlayarak şu şekilde verebiliriz: “Önalım hakkı, kanun veya sözleşmeden doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile hükümlerini doğuran, şahsi-ayni nitelikte öyle bir kurucu haktır ki, borçlu hakkın konusu olan şeyi, tamamen kendi isteği ile, paydaşlar dışındaki kişilere geçerli bir satış sözleşmesi neticesinde sattığı takdirde, önalım hakkı sahibine kararlaştırılan bedeli ödeyerek önalım konusu şeyin mülkiyetinin öncelikli olarak kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalımda meydana gelen zararının giderimini belirli süre içinde talep yetkisini sağlar.”, Şükran T. Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı*, 1. Baskı, s. 4.

3 Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Şufa Hakkı*, İstanbul, 1959, s. 5.

önalım hakkı modern hukuklarda yerini almıştır⁴. Bu kapsamda, Türk Hukukunda önalım hakkı, meydana geliş şekillerine göre, taraf iradelerinden (hukuki işlem) ya da kanundan doğmaları açısından; sözleşmeden doğan (TMK. m.735)⁵ ve kanundan doğan (TMK.m.732) önalım hakkı olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Biz bu çalışmamızda, yalnızca kanundan doğan (yasal) önalım hakkını incelemeye tabi tutacağız.

B. Yasal Önalım Hakkının Tanımı, Doğumu ve Kullanılması

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Devir Hakkının Kısıtlamaları" üst başlığı altında "Yasal önalım hakkı" kenar başlıklı 732. maddesi; "*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen⁶ üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkının kullanabilirler.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Taşınmaz mülkiyetinde devir hakkının kısıtlamalarından olan

4 Şıpkı, s. 210.

5 Sözleşmeden doğan önalım hakkı hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda önalım hakkı, "Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları" üst başlığı altında ele alınmakta olup, iradi kısıtlama sebebi olarak sözleşmeden doğan önalım hakkı m.735'de şu şekilde düzenlenmiştir. TMK. m.735: "*Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır*" (f.1); "*Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer*" (f.2); "*Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır*" (f.son). Türk Borçlar Kanunu'nda ise önalım hakkı, "Satış İlişkisi Doğuran Haklar" üst başlığı çerçevesinde m.240 vd. şu şekilde düzenleme alanı bulmuştur; Önce, m.240'da "ileri sürülmesi" ele alınmış, sonra m.241'de "koşulları ve hükümleri" ve son olarak m.242'de "kullanılması ve hükümleri"ne değinilmiştir. TBK. m.240'a göre, "*Önalım hakkı, taşınmazın satışı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılabilir. -Taşınmazın mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hallerinde önalım hakkı kullanılamaz.*". Önalım hakkının "koşulları ve hükümleri" ise TBK. m.241'de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır*" (f.1); "*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez*" (f.2); "*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır*" (f.3); "*Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır*" (f.son). Yine, TBK. m.242'ye göre; "*Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır*".

6 "EMK'da önalım hakkı sahibinin, bu hakkını paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde kullanabileceği öngörülmüş; ancak paydaşın payın tamamını değil bir kısmını üçüncü kişiye satması halinde de önalım hakkını kullanabilip kullanamayacağı hükme bağlanmamıştır. Yeni Yasa, 732.maddesinde bu konuyu aydınlığa kavuşturmuş; paylı mülkiyette paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkının kullanılabilceği öngörülmüştür." (Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 351).

yasal önalım hakkı⁷; paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmazın üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma hakkı veren kurucu yenilik doğuran bir haktır. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay içtihatlarında, önalım hakkının tam, doğru ve sağlam satış sözleşmesinin kurulduğu andan başlayarak kullanılabilirliğinde görüş birliği bulunmaktadır⁸.

O halde yasal önalım hakkından söz edebilmek için gerekli şartlar kısaca şu şekilde sıralanabilecektir⁹:

1) Yasal önalım hakkı, yalnız paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olur.

Yasal önalım hakkı, sadece paylı mülkiyette söz konusu olur, diğer mülkiyet çeşitlerinde, özellikle elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde uygulanmaz¹⁰. Kişiyeye değil, paya bağlı bir haktır. Kim paydaş olursa o, bu hakka sahiptir. Bir başka deyişle, hukuken paydaş sayılmayan kişi, önalım olayı meydana gelmiş de olsa önalım hakkının sahibi olamayacaktır.

2) Yasal önalım hakkı taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen veya kısmen satılması halinde söz konusu olur (önalım olgusu).

Mülkiyet hakkının kanundan doğan bir dolaylı tasarruf sınırlaması olarak, paylı mülkiyet ilişkisine bağlı önalım kurumunda, paya malik olan her paydaş, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir önalım hakkına bağlı yenilik doğuran hakkın hem sahibi hem de muhatabı olmaktadır¹¹. Önalım hakkının kullanılmasına

7 Yargıtay'ın 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı inançları birleştirme kararı ile de desteklendiği gibi, taşınmaz mal mülkiyetinin daraltılmalarından (takyitlerinden) biri de, yasal önalım hakkıdır.

8 "Öyle ki, Yargıtayın içtihatları (örneğin, HGK. 7.11.1951 tarih ve 1/34-157 sayılı kararı ; 16.4.1958 tarih ve 6/51-44 sayılı kararı; 6. HD. 26.3.1953 tarihli ve 867-1953 sayılı kararı; 30.6.1966 tarihli ve 2254-3337 sayılı kararı) bu yönden kökleşmiştir." (Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Türk Eşya Hukuku*, C.1, İstanbul, 2002, s. 988).

9 Fikret Eren, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 103-126; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.12.2015 gün ve 2014/6-324-2015/2787 sayılı onama ilamında da açıklandığı üzere; Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla da kullanılabilir hale gelir." (Yargıtay 14. HD. 26.12.2016 tarih ve E.2015/6448, K.2016/10863 sayılı kararı).

10 "Elbirliği ile mülkiyete bağlı taşınmazlarda, pay satışı söz konusu değildir. Böyle olunca, önalım hakkının doğmasından söz edilemeyeceği için, hak sahibinin varlığı düşünülemez. Gelgelim, Medeni Yasanın yürürlüğe girmesinden önce ölen bir kimse üzerinde bulunan taşınmazlarda müşterek (paylı) mülkiyet hükümleri uygulanacağından, mirasçılar paylarını satabilirler. İşte böyle bir taşınmazda pay satılır ise, öteki paydaşlar, önalıcı niteliğine dayanarak önalım hakkını kullanabilirler." (Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Eşya Hukuku*, C.I, İstanbul, 2002, s. 974).

11 Şıpka, s. 43.

imkan veren bu duruma “Önalım olgusu=Vorkaufsfall” denir¹². Önalım olgusu, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağlı); ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de satış sözleşmesiyle gerçekleşir¹³. Önalım hakkı, yalnız payın satılması halinde kullanılacağı için üzerinde paylı mülkiyet bulunan –paylı mülkiyete tabi taşınmazın payının değil- taşınmazın bizatihi kendisinin tamamının veya bir kısmının satılması halinde kullanılmaz. Çünkü, taşınmazın tamamı veya bir kısmı paydaşların tümü tarafından satıldığı takdirde, paydaşlar aynı zamanda paylı mülkiyet ilişkisini de oybirliğiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırmış olmaktadır.

3)Yasal önalım hakkı üçüncü kişilere yapılan pay satışlarında söz konusu olur.

Yasal önalım ancak paydaş olmayan bir kimseye yapılan satışta kullanılabilir. Yani, bir paydaşa yapılan satışta diğer paydaşlar önalım hakkına sahip değildir¹⁴.

4) Yasal önalım hakkı, hak sahibi paydaşın üçüncü kişi aleyhine açacağı önalım davasıyla kullanılır¹⁵.

Önalım davası, yenilik doğuran bir dava; dava sonucu verilen karar, yenilik doğuran bir karardır. Bu kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın mülkiyeti önalım hakkı sahibine intikal eder. Önalım hakkı sahibi, bu karara dayanarak tapu memurundan adına açıklayıcı tescilin yapılmasını talep edebilir¹⁶.

12 Meier – Hayoz, Art, 682, N.58; Rey-BSK ZGB, Art.681, N.2; Hatemi, Serozan, Arpacı, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 609.

13 Şıpka’ya göre, paylı mülkiyette kanuni önalım hakkının doğabilmesi için gerekli “önalım olayı”nın bir “satım sözleşmesi” olduğu uygulama ve öğretilerdeki baskın görüşlerin de kabul ettiği gibi açıktır. Ancak her satım sözleşmesinin bir önalım olayı oluşturmayacağı ve özellikle üçüncü şahsın özelliklerinden dolayı onun şahsı gözetilerek yapılan satım sözleşmelerinin de önalım olayının dışında kalacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun yanında, gerçek satım sözleşmesi olmamakla birlikte, “satım benzeri” bazı hukuki işlemlerin önalım olayı olarak kabul edilebilmeleri de mümkündür. Aynı zamanda gerçek bir satışa istinaden önalım hakkı doğmuş olsa bile, bazı hallerde önalım hakkı sahibinin hukuka aykırı davranışları nedeniyle (MK. m.2/2’ye aykırılık) bu hakkını kullanamaması da mümkündür (bkz. Şıpka, s. 50-51).

14 Paydaşa yapılan satımlara ek olarak; önalım hakkından feragat, vazgeçme, trampa, başıslama, kamulaştırma, cebri icra hallerinde de kullanılamaz. Bu durum, TMK m. 733’de; “*Cebri artırma ile satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.-Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.*” şeklinde ifadesini bulmuştur.

15 TMK. m.734: “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.-Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim tarafından belirlenen süre içinde hakim belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.*”

16 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, 2015.

5) Önalım hakkı, satışın, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesinden itibaren üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer¹⁷.

• Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup, mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

II. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Yasal önalım hakkının doğumu için gerekli koşullar göz önünde bulundurularak, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dair açıklama ve saptamaların yapılmasında yarar vardır. Biz de bu kapsamda, makalemizde sırasıyla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve gerçekleşmesi çeşitleri üzerinde duracağız. Şöyle ki:

1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, yüklenici ve arsa sahibidir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, çok defa parası olmadığından para yerine arsasından belli payları yükleniciye devretmek suretiyle karşılığında belirli dairelerin yapılması imkanını elde etmekte ve böylece hem arsasını daha iyi değerlendirerek bir daire veya oturacak ev yerine fazla daire almış olmakta; hem de bunun için para ödemek durumunda kalmamaktadır. Yüklenici ise, yeni iş yapma imkanı yanında arsa sahibinden inşaata karşılık aldığı arsa paylarını satarak tüm inşaatı tamamlamakta ve kar sağlamaktadır. Sonuçta, arsa sahibi arsasını, yüklenici ise teşebbüs gücünü değerlendirmiş olmaktadır¹⁸.

Bu gibi düşüncelerin ve bunların dışında işyeri ve konut ihtiyacının sürekli

17 TMK. m.733'e göre, "Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir. " (f. 4) ; "Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer" (f. son).

18 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 1065-1066; Mustafa Reşit Karahaslan, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C.2, Beta Basım Yayın, 2002, s. 641 vd.; Mustafa Reşit Karahaslan, *İnşaat-İmar-İhale Hukuku*, C.2., İstanbul, 1997, s. 1586 vd.; Nezih Sütçü, *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C.1, İstanbul, 2013, s. 21 vd.; Yarg. İct. Bir. K., 30.09.2018 t.li ve E.1987/2, K.1988/2 s.lı kararı: "İçtihadı Birleştirmenin konusu olayların özelliğine gelince: 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte; buna karşılık inşaat bitince kendisine devredilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaata başlar başlamaz mülkiyet iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaat finansmanı için üçüncü kişilere ... satmaktadır." (RG. N.20026, s.30).

artması vb. ekonomik ve sosyal ihtiyaçların bir sonucu olarak hukuk uygulamasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adı verilen bir sözleşme tipi ortaya çıkmıştır. Uygulamada bu sözleşmenin, “inşaat sözleşmesi”, “kat yapımı sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi” gibi değişik isimlerle de anıldığı görülmektedir¹⁹. İsim farklılıklarına rağmen bu sözleşmeler ile güdülen amaç aynıdır. Bu amaç da, arsa sahibine, yüklenicinin, kendisinden edineceği belli arsa paylarına karşılık bir bütünlük arz eden binayı ve dolayısıyla bağımsız bölümleri yapıp teslim etmesidir²⁰. TMK. m.1009’da, “arsa payı karşılığı inşaat ... sözleşmeleri”nden söz edilmiştir. Biz de, açıklamalarımızda “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimini kullanacağız.

TBK. m.470’in eser sözleşmesine ilişkin tanımı göz önünde tutularak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şu şekilde tanımı yapılabilecektir: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle bir taraf (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşaat etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır. Nitekim KARTAL da, aynı yaklaşımla, bu sözleşmeyi, “yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsa belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlamıştır²¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, karşılıklı edimleri içeren iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup, arsa payı karşılığı inşaat yapımında, sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir²². Görüldüğü üzere, inşaatçının yüklediği yapı yapma ediminin karşılığını, arsa sahibi arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirerek ödemektedir. Yani bir başka

19 Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, *Yargıtay Dergisi*, 1983, s. 97. TMK. m. 1009’da “arsa payı karşılığı inşaat ... sözleşmeleri”nde söz edilmiştir. Biz de, açıklamalarımızda “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimini kullanacağız.

20 Pervin Ayazlı, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (UNSURLARI- HUKUKİ ÖZELLİKLERİ- ŞEKİL SORUNU)”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1987, C.2, sy. 1, s. 43.

21 Bilal Kartal., *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi)*, Doktora Tezi, Ankara, 1993, s. 15.

22 Bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 03.07.2003 tarih ve 2003/4696 E. ve 2003/5639 K. sayılı kararı.

deyişle, sözleşme taraflarından arsa sahibinin borcu olan taşınmaz satışının bir unsuru olan taşınmaz mülkiyetini geçirme, diğer tarafın (yüklenicinin) eser sözleşmesinin bir unsuru olan inşaat (eser) yapma ve yapılan bağımsız bölümü devretme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde. İnşaatçının yapı yapma ediminde anlaşmaya uygun olarak bir eserin yaratılması edimi ağır basarken, arsa sahibinin ise sözleşmedeki ücreti “aynı olarak” ödediği görülmektedir. Şöyle ki, eser sözleşmesinin konusu olan inşaat yapma edimi ile gayrimenkul satım sözleşmesindeki mülkiyet nakli edimi bir araya gelmiştir²³. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini çifte

(iki) tipli karma sözleşme (ikiz sözleşme, karışık muhtevalı sözleşme) olarak nitelendirmek isabetli olacaktır²⁴.

Eser sözleşmesinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de ani edimli (ani-geçici borç ilişkisi doğuran) sözleşme niteliğini haiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bilindiği gibi ani edimli borç ilişkisinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir; söz konusu bu anda da, alacaklı ifaya ilişkin menfaatine tam olarak kavuşmaktadır. Ancak yüklenicinin işi borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret görülemez. Burada işgörme faaliyeti sonucu meydana getirilen eser ister maddi ister gayri maddi olsun alacaklının menfaati ifaya bağlıdır; yani sorunun çözümü, borçlunun edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesi değil edimin yerine getirilmesinin yani alacaklının çıkarının bir anda mı yoksa zaman içinde yayılmış bir şekilde mi gerçekleştiğinin tespitindedir. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden ileri gelen borç ilişkisinin ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerekir²⁵.

23 Aynı yönde olarak; “İnşaatçının edimi eser sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşıyan, arsa malikinin karşı edimi taşınmaz satım sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Öyleyse, arsa payı karşılığında kat yapımı çift tipli bir karma sözleşmesidir. İnşaatçının yüklediği eser meydana getirme edimi için Borçlar Yasasının bu tip sözleşmeyi düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına karşılık, arsa sahibinin pay geçirme borcu yönünden satıma ilişkin hükümler uygulama alanı bulur” (Karahasan, s. 991).

24 Yavuz, Acar, Özen, s. 1071; Karahasan, s. 306; Ayazlı, s. 45; Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *İnşaat Sözleşmeleri*, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s. 57; Yarg. 15. HD., 4.10.1974, E.573 K.1184: “Taraflar arsa karşılığında kat yapımı konusunda anlaşarak sözleşme yapmış olup bu gibi sözleşmeler iki tipli karma sözleşmelerdir.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

25 Ancak bir başka görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmek gerekir. Bu sözleşmede edimler, bütünlük arzeden sonucun meydana gelmesinden önce de bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir. Bu süreç içinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır. Eğer bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kesiminin yapılmasıyla, iş sahibinin yükleniciye (müteahhide) belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirdiğini, eğer başlangıçta arsa payları yüklenici adına

Yargıtay'a göre ise, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı kararında da belirttiği gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici- sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına (TMK. m.2) uygun biçimde davranmaları esastır"²⁶.

2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Gerçekleştirilme Şekilleri (Çeşitleri) ve Özellikleri

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonra, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükler doğar. Anıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu bir inşaat (bina) meydana getirmek iken, arsa sahibinin borcu da ücret olarak kararlaştırılan arsa payını yükleniciye devretmektedir. Kural olarak, sözleşmede peşinen verilmesi kararlaştırılan arsa payının sözleşmenin imzalanmasından sonra arsa sahiplerince müteahhide geçirileceği kabul olunur. Ancak bu hususta, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri asıldır. Yanlar arasında paylaşım şekli sözleşmede nasıl kararlaştırılmışsa, bu konuda ortaya çıkan uyumsuzluğun, sözleşme hükümlerine bakılarak giderilmesi gerekir. Yükleniciye pay devrinin ne zaman yapılacağı sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, bunun en geç, inşaatın eksiksiz ve kusursuz olarak tamamlanıp, fiilen veya hukuken teslim edildiği tarihte gerçekleşmesi gerekir²⁷.

- Ancak bina yapım işi önemli miktarda sermayeyi gerektirdiğinden yükleniciye finans kolaylığı sağlayacak tapu devri önem kazanır. Halk deyimiyle yapı-satçılık denilen bu modelle, yüklenici belli bir seviyeye getirdiği inşaatı bağımsız bölüm satarak inşaatın kalan bölümlerini tamamlamaktadır. Bu kapsamda uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çeşit ve kapsam olarak, çeşitli tiplerde düzenlenmektedir. Bu minvalde yükleniciye pay devri de değişik şekillerde geçirilebilmektedir²⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin gerçekleş-

tescil edilmiş ve iş sahibi lehine ipotek kurulmuşsa, bu ipotegin de inşaatteki ilerleme aşamasına göre peyderpey çözüldüğünü görmekteyiz. Böylece bu sözleşme ile bir bütünün oluşumu için edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde sonucu meydana getirmeğe yönelik bir şekilde ifa edilmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kategorisi içinde yer aldığı ileri sürülmektedir. Bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 1073.

26 Yarg. 15. HD., 30.5.1994, 93-5125/3380 (Yargıtay Kararları Dergisi, Mart-1995, Sayı:3, s.441).

27 İlker Hasan Duman, *İnşaat Hukuku*, İstanbul, 2006, s. 606.

28 İlgili açıklamalar için bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 1074-1077; İzzet Karataş, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara, 2004, s. 234 vd..

tirilme şekillerini (çeşitlerini) sınırlayıcı bir şekilde sayma ve belirleme imkanı olmadığından, bu çalışmamızda sadece bu sözleşmenin uygulamada en çok rastlanılan çeşitleri üzerinde duracağız. Şöyle ki:

a. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belli arsa paylarının yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi

• Bu durumda, arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özümlenecek (tahsis edilecek) belli payların mülkiyetini tapuda devretmeyi taahhüt etmektedir; ayrıca taraflar, bu sözleşmede, inşaatın başlama-bitim süreleri, iş sahibine verilecek dairelerin nitelikleri ve diğer sözleşme şartları hakkında da düzenleme getirmektedir. Bu halde, arsa sahibinin haklarının teminat altına alınması için, yükleniciye devredilen paylar üzerine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir.

b. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi

• Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, arsa tapuda bütünü ile yükleniciye devredilmektedir; ayrıca yapılacak bağımsız bölümlerin paylaşılması, nitelikleri gibi sözleşme şartları da kararlaştırılmaktadır.

c. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa paylarının inşaat-taki aşamaya göre devri suretiyle gerçekleştirilmesi

• Bu halde, satış veya satış vaadinden söz edilmeksizin, hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangilerinin iş sahibine ait olacağı belirlenmektedir. Sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri öngörüldüğü durumda, yüklenici her aşamada devri kararlaştırılan tapuları arsa sahibinden istemeye hak kazanır.

d. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaad etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle gerçekleştirilmesi

• Uygulamada en çok görülen pay devir şekli ise, arsa sahibinin devri gereken arsa paylarının satışını vaad etmesi, yüklenicinin de inşaat yapma taahhüdünde bulunması şeklinde yapılan devirdir. Bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımı öngörülmektedir ve dolayısıyla sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme görünümünü almaktadır: Bir taraftan arsa paylarının satışını vaad edilirken bir taşınmaz satış vaadi, diğer taraftan inşaatın yapımı öngörülürken bir eser sözleşmesi yapılmakta ve bu iki sözleşme birarada düzenlenmektedir.

III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Önalım Hakkının Kullanılması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hukukumuzda kabul edilmiş olan sözleşme serbestisi prensibinin bir görünümü olan tip serbestisi prensibinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır; bu niteliği itibariyle yürürlükteki hukuk kurallarıyla çelişmemektedir. Ancak sözleşme taraflarının edimlerinin nitelikleri, uygulamada çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir.

- Son yıllarda ekonomik koşulların yarattığı bir sorumluluk ve gereklilik olarak uygulamada (özellikle inşaat halindeki yapılarda), arsa payının müteahhide devri nedeniyle taraflar arasında oluşan uyumsuzlıklardan birisi de paylı mülkiyete tabi taşınmaz konu edinen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, satış amaçlı devir sayılıp sayılmayacağı, buradan varılacak sonuca göre; önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu aşamada yapılan işlemde, tarafların gerçek amaçlarını irdelemek ve bu irdeleme sonucunda varılacak neticeye göre karar vermek önem arz eder.

Yukarıda belirtildiği üzere, önalım olayının gerçekleşmesi için, önalım yükümlüsü taşınmaz maliki ile, paydaş olmayan üçüncü kişi arasında bir satış sözleşmesinin gerçekleşmesi gerekir. Önalım olayını gerçekleştirecek olan satış sözleşmesi; tam ve gerçek olarak kurulmalıdır. Satış niteliğinde olmayan pay temliklerinde ise önalım hakkı cereyan etmez. Önalım olayının varlığına ise önalım borçlusu ile üçüncü şahıs arasında yapılan hukuki muamelenin iktisadi niteliğine göre karar verilecektir. Bu kriter bir taraftan bizi bir sınırlamaya götürür: şeklen ortada bir satış akdi olduğu halde önalım olayı reddedilebilecektir²⁹.

Tam bir satış sözleşmesinden amaç, TBK. m.1 ve m.3 anlamında kurulmuş bir sözleşme olmasıdır. Buna göre, her iki tarafın üzerinde tam olarak anlaştıkları ve şartlarını belirledikleri (sonradan belirlenebilir nitelikte de olabilir (TBK. m.2) bir satış sözleşmesi (TBK. m.207 anlamında) önalım hakkının kullanılma süresini ve hakkın içeriğini belirleme bakımından açıklık sağlayacaktır³⁰. Ayrıca önalım hakkı sahibi böyle bir tam bir satış sözleşmesine dayandığında, önalım yükümlüsünün sözleşmede tespit edilen hususları yerine getirmeye hukuken hazır olduğunu bilme olanağına kavuşacaktır. Böylece bir yandan, her iki taraf arasında emniyet ve hukuki güven sağlanırken, diğer yandan önalım hakkı sahibi de korunmuş olacaktır³¹.

29 A. Meier Hayoz, "Şu'fa Akdi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Çev. Y. Ümit Doğanay, Cilt:33, Sayı:3-4, 1967, s. 273-287.

30 Meier – Hayoz (Bern. Komm.) Art. 681 N.184, Art.682 N.68; Haab, Art. 681/682, N.36-39, Binz - Gehring, s.149.

31 Şıpka, s. 54-55.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, TBK. m.479³² hükmü doğrultusunda, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak uygulamada genellikle³³ bu tip sözleşmelerde, paydaşlar, inşaatın tamamlanmasından önce, sözleşmelerde bağımsız bölüm almak kaydıyla yükleniciye finans sağlamaya yönelik olarak “avans” niteliğinde pay devretmektedir. Eş deyişle, inşaat aşamasında yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olduğundan, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur³⁴.

Yargıtay’ın süreklilik arz eden uygulaması da aynı yönde olup, bu noktada konu ile ilgili Yargıtay kararlarına değinmek yerinde ve faydalı olacaktır. Şöyle ki:

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1.6.2004 tarih ve 2003/6241 E., 2004/3055

32 TBK. m.479: “İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.”

33 Detaylı açıklama için bkz. yukarıda II-2.

34 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.03.2005 tarih ve E.2004/3299, K.2005/1234 sayılı kararı (Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 8. Baskı, İstanbul, 2011, s. 1215-1216); “...Yanlar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu sözleşmeye göre inşaat 12 ay içerisinde yapılacak ve arsa sahibi olan davacıya teslim edilecektir. Yükleniciye peşinen yapılan tapu devirleri yükleniciye finans kolaylığı sağlamak amaçlıdır. Bir bakıma avans niteliğinde olan bu tapular sözleşmedeki edimler yerine getirilmemiş ise her zaman geri istenebilir...” Y. 15. HD. 5.4.2004 tarih ve E.2003/5340, K.2004/1910 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017). Yargıtay’a göre; “Yüklenicinin ücretine (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı eksiksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse avans niteliğindedir.” (bkz. Yargıtay 15. HD. 24.6.1998 tarih ve E.1998/2147, K.1998/2779 sayılı kararı; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017). Farklı görüş için bkz. E. Saba Özmen, Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1, Haziran 2016, s. 13-31.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının, 13.04.2011 tarih ve 228 sayılı, “Devam Eden İnşaat Tapu Senedi İle Yapılan Arsa Paylı Daire Satışlarında Faturanın Ne Zaman Düzenleneceği” hakkındaki özelgesinde, gayrimenkul satışlarında mülkiyetin devrinin esas tarihi itibarıyla gayrimenkulün tapuda alıcı adına tescil edilmesi ile gerçekleştiği, inşaat devam ettiği sürece vergiyi doğuran olay meydana gelmeyeceğinden KDV hesaplanmayacağı, gayrimenkul satışlarında mülkiyetin devrinin esas itibarıyla gayrimenkulün alıcı adına tescil edilmesi ile gerçekleştiği, tapuda alıcı adına tescil yapılmadan önce gayrimenkulün alıcının fiili kullanımına bırakılması ve alıcı tarafından malik gibi kullanılmaya başlanması halinde KDV açısından vergiyi doğuran olayın gayrimenkulün kullanıma bırakılması anında meydana geleceği belirtilmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 13.04.2011 tarih ve 228 sayılı özelge (www.gib.gov.tr). Danıştay tarafından verilen bir kararda da, özel inşaatlarda satılan kısımların tapuya tescili daha önceki bir tarih olsa bile, inşaatın bitim tarihinin vergiyi doğuran olay olarak kabul edilmesi gerektiği, inşaat bitmeden yapılan satış işlemlerinden elde edilen gelirin ise “avans” olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Bkz, Danıştay 4. Dairesi’nin 16.02.1996 t.li ve E.1995/921, K.1996/606 sayılı kararı (Yaklaşım Dergisi, Sayı:43, Temmuz 1996, s.180-181).

K. sayılı kararında³⁵ bu husus, “*Kararlılık kazanan Dairemiz içtihatlarına göre, arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir “avans” niteliğindedir. Bu payın devredilmiş olması ne yükleniciye ve ne de yükleniciden bu payları satın alan üçüncü kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynı bir hak sağlamaz. Üçüncü kişiler burada, MK.nun 3.maddesi hükmünce iyiniyet iddiasında bulunamaz. Daha açık bir anlatımla yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

“*Yüklenicinin sözleşme gereği bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi inşaatı kusursuz ve eksiksiz tamamlayıp teslim etmesine bağlıdır. Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir*”³⁶.

“*Kural olarak borç ilişkisinin sonucu (...) edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlik hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere bağımsız bölüm satılarak veya satış vaadinde bulunarak karşılanması mümkündür. Ashında arsa sahibinin (eski) Borçlar Kanununun 364. maddesi uyarınca kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırmasıdır*”³⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na göre³⁸; gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, gerçek bir devir sayılmayacağı; ancak inşaatın sözleşmeye uygun yapılması halinde yapılan devrin geçerlilik kazanacağı ve yükleniciye yapılan devir ne gerekçe ile yapılırsa yapılsın anılan sözleşme gereğince yapıldığının kabulü gerekir.

35 Kostakoğlu, s. 1235-1236.

36 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 29.11.2010 t.li ve E.2009/6021, K.2010/6481 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

37 Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 29.11.2007 t.li ve E.2007/13130, K. 2007/15128 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:37, Sayı:4, Yıl:2011, s. 666-669.

38 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.06.2010 t.li ve E.2010/6-341, K.2010/346 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası ,Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04.12.2015 tarih ve E.2014/6-324, K.2015/2787 sayılı kararında³⁹ da aynı doğrultuda açıklamalara yer verilerek hüküm kurulmuştur. Kararda:

“...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen “avans” niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda “şahsi hak” elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, Türk Medeni Kanunu’nun 1024.maddesi ve aynı Kanun’un 1023.maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir. Hukuki teslim ise yapılan inşaatın yasal mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskan izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır.” tespitlerine yer verilmiştir.

Dolayısıyla, her ne kadar devir muamelesinin sebebi taraflarca satış olarak nitelendirilse dahi, menfaatler dengesi korunarak, tarafların gerçek amaçları incelendiğinde, gerçekte devir muamelesinin sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu açıkça görülmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin finans ihtiyacı, arsa sahibinin kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi gereksinimi doğurmuş ve arsa sahibi bir nevi yükleniciye kredi kullandırmıştır. Yine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye (ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere) yapılan pay temlik, nakit para karşılığı değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış olup, yapılan pay devri işleminin satış amaçlı olmadığı, kendisine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı yapıldığı açıktır.

Emsal Yargıtay kararlarında da açıkça ifadesini bulduğu üzere, uygulamada sıklıkla inşaat sözleşmeleri gereği yapılan bu devirlerin⁴⁰ sadece kredi teminine

39 Karar için bkz. www.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi:01.12.2017).

40 “Esasen Türkiye genelinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulanması açısından arsa payının tapu kütüğünde satışı bilinen bir olgudur.” (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 05.10.1989 tarih ve E.1988/4783, K.1989/4038 sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

yönelik olup, gerçek devir iradesi mevcut değildir⁴¹. Payımı devreden paydaşın amacı “ev sahibi olabilmek” iken, yüklenici de inşaatın devamını kolaylaştırmak ve kendini güven altında tutmak istemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye kayden temlik olunan taşınmaz payları avans niteliğinde olduğundan, bu yolla oluşan tapu kayıtları da gerçek mülkiyet durumu oluşturmaz. Burada amaç, herhangi bir arsanın payını almak değil, bu arsa payına isabet eden dairenin alınmasıdır⁴². Dolayısıyla, kat karşılığı yapılan bu temlikler “satış amaçlı devir” olarak nitelendirilemeyecektir⁴³. Aksi bir durum, özellikle ayakta olan inşaat sözleşmeleri açısından hayatın olağan akışı ile de bağdaşmayacaktır.

Yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için pay devrinin önceden gerçekleştirildiği durumlarda, yüklenici sözleşmeden ve mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinden de kurtulmuş olmaz:

Belirtildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma bir sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerde bir yandan taşınmazdaki belli bir pay mülkiyetinin öbür tarafa geçirilmesi, diğer yandan bir eser yapımı öngörülmür. İlişkiideki yüklenicinin ana edimi, sözleşmeye, fen kurallarına ve imar mevzuatına uygun

41 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1.10.1994 tarih ve 1994/1185-5644 sayılı kararında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir: “(...)Varlığı inkar edilmeyen taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi 19.6.1988 günlüdür. Davacılar paylarının davalı adına tapuda tescili de aynı gün yapılmıştır. Davacıların amacının müstakilen inşaata müsait olmayan taşınmazda mevcut payları karşılığı bağımsız bölüm sahibi olduğu sözleşmeden açıkça anlaşılmaktadır. İşin süresi, paylaşılması, teknik koşulları vs. hususlarının belirlenmesi için böyle bir sözleşmenin yapılmasından sonra, tapuda tevhit, ifraz, terk, imarda izin ve benzeri işlemlerin yüklenici tarafından yapılabilmesini teminen arsa sahiplerinin vekaletname vermesi yerine aynı gün tapuda devirde bulunmaları günümüzde olağan hale gelmiştir. Amacı bağımsız bölüme kavuşmak olan kimsenin, aynı gün bu amaçla sözleşmeyi yaptıktan hemen sonra hangi nedenle bundan dönüp taşınmazı sattığı inandırıcı biçimde ortaya konulmamış, mahkemece de bu husus üzerinde hiç durulmadan, soyut satışın varlığıyla yetinilerek, olayın özelliği, hayatın normal akışıyla bağdaşma yönü bir yana bırakılarak ve emsal olaylarda Dairemiz uygulamasına bakılmayarak sonuca gidilmiştir. Bu nedenle kabulü gereken davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Kostakoğlu, s. 268-269).

42 “Bu durumda davalının taşınmazların arsa payının değil bu arsa üzerine yapılan binanın bir dairesini satın aldığı kabul edilmek gerekir. Davacının da aynı şekilde edindiği bir dairede oturduğu anlaşılmaktadır. Taraflar yanını henüz bitmiş olan binada bağımsız bölüm sahibi olmak amacı ile birer daire almışlardır. Amaç herhangi bir arsanın payını almak değil bu arsa payına isabet eden dairenin alınmasıdır.” (Yargıtay 6. HD. 7.10.1980 tarih ve E.1980/9356, K.1980/8634 sayılı kararı). Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, Ocak 1982, s. 45-47).

43 Aksi yönde olarak; Meier - Hayoz, taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin önalım olayı oluşturabileceği görüşünü şu gerekçelere dayandırmaktadır: “Satım vaadi sözleşmesi, önalım olayı doğuran diğer sözleşme ve hukuki işlemler gibi aynı güvenliği ve korumayı sağlar. Çünkü bu sözleşmeyle de, üçüncü kişi ve yükümlü paydaş arasındaki ilişkinin derecesi ve varlığı kesinlik kazanır. Burada öngörüşmelerden ve satma iradesinin açıklanmasından farklı olarak, daha sıkı ve belirgin yükümlülükler saptanır ki, taraflardan hiçbirisi onlardan tek taraflı olarak vazgeçemez.” (Meier - Hayoz, Berner Komm., Art.681 N.179; Meier - Hayoz, Der Vorkaufsfall, s.275).

inşaat yapmak, arsa sahibinin edimi ise yapılacak bu inşaat karşılık (bedel olarak) ona arsa payı devretmekten ibarettir. Arsa payı devri işin bedeli olduğundan, bu bedele ancak eserin amaca uygun teslimi halinde hak kazanır. Bir başka deyişle, yüklenici tarafından yapılan satışlar avans niteliğinde olduğundan, inşaatın, sözleşme, imar mevzuatına ve tekniğine uygun biçimde tamamlanması halinde sonuç doğuracaktır. İşte, böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve ancak kazandığı şahsi hakkının üçüncü kişilere temlik edebilir. Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur⁴⁴.

Yargıtay'a göre, "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup, tapu devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir"⁴⁵. Yine aynı yönde olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 28.09.2010 tarih ve E.2010/3593, K.2010/4847 sayılı kararında⁴⁶; "*Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi ya da sahiplerince yükleniciye kayden temlik olunan tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payları, "avans" niteliğinde olup; bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları, gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici; sözleşme ve yasa hükümleriyle fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yüklenildiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere Borçlar Kanunu'nun 163 ve izleyen maddeleri gereğince devredebilir. Sözleşmenin tamamen ifayla sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yükle-*

44 İlgili karar için bkz. YHGK. 23.06.2010 t.li ve 2010/6-341 E., 2010/346 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017).

45 Yargıtay 15. HD. 31.5.2011 t.li ve E.2011/1819, K.2011/3203 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017).Aynı yönde olarak bkz. Yargıtay 15. HD. 27.09.2010 t.li ve E.2009/4222, K.2010/4818 sayılı kararı; Yargıtay 15. HD. 22.03.2012 t.li ve E.2011/1240, K.2012/1811 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017).

46 Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017.

nicinin şahsi hakları ayırmı hakka dönüşebilir.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Arsa sahibi yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshini ve yükleniciden edinen üçüncü kişiden de tapunun iptalini isteyebilir. Yüklenicinin sözleşme koşullarını yerine getirmemesi kişisel hak kazanmasına engel olacağı gibi, yüklenicinin bu durumda yaptığı temlikleri de geçersiz kılar⁴⁷. Yargıtay’a göre, satış vaadi sözleşmesi ile müteahhitten şahsi hak elde edenler bir yana, doğrudan tapu adına tescil yapılmış olan üçüncü kişiler dahi, TMK. m.1023 hükmünden yararlanamayacaktır. Hatta müteahhitten arsa payı devralan kişinin bu arsa payını başka bir kişiye devretmiş olması durumunda, arsa sahibi bu sonuncu kişiye karşı da dava açabilecektir⁴⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin niteliği dikkate alındığında, yıllara yayılan ve yüklenici açısından ciddi mali kaynak gerektiren işlemler söz konusu olmakla, arsa sahibinin yükleniciye yardımcı olması dürüstlük kuralı da gereğidir. Nitekim yapılan pay devirlerinin amacı, ticari bir faaliyet yapmak ile birlikte yapılacak inşaata finansman kaynağı oluşturma amaçlı sermaye edinme gayesidir.

Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararında, dava dışı kooperatif ile şahıslar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapuda yapılan devrin “satış amaçlı” değil, “inşaat sözleşmesi gereğince yapılan bir devir” olduğu, bu sebeple Türk Medeni Kanununun 732 ve dürüst davranma başlığını taşıyan 2.maddesine göre önalım hakkının kullanılmayacağı” gerekçesiyle davanın reddine dair verilen yerel mahkeme kararı onanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında aynı husus; *“Son yıllarda ekonomik koşulların yarattığı bir sorumluluk olarak özellikle toplu konut yapımlarında binanın belli bir bölüme sahip olmak amacı ile inşaata başlanıldığı halde, hatta yapımı başlamadan önce alm işlemini girişildiği, arsa payı alanın amacının sözleşmelerinde*

47 “Yüklenicinin eser sözleşmesi uyarınca yapmakta olduğu binada payına düşen bağımsız bölümü üçüncü kişiye temlikli geçerli olmakla birlikte, temellük edenin bu şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için arsa sahibi ile arasındaki eser sözleşmesi bozulan yüklenici, satış vaadi sözleşmesinin gereğini yerine getirmediği alıcıya karşı tam tazminatla (istenmişse dairenin tam değerini ödemekle) sorumludur. Satış vaadi sözleşmelerinde taraf olmayan arsa sahibi tazminatla sorumlu tutulamaz.” (Yargıtay 14. HD. 12.6.2000 t.li ve , 3890/4149 sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017); “O halde yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun ifa etmeyerek temerrüde düştüğü ve avans niteliğinde verilen tapu payının iptaliyle arsa sahibi davacılar adına tesciline karar verildiğine göre pay üzerine davalı (...) tarafından konulan haciz şerhinin de kaldırılması gerekirken bu husus gözden kaçırılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (Yargıtay 15. HD. 07.06.2012 t.li ve 1112/4294 sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

48 Hasan Erman, *İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar*, İstanbul, 2012, s. 193.

öngörülen daireyi edinmek olduğu bilinmektedir. Yapılan sözleşmeye ve verilen söze bağlılık hukukun da üstünde bir ahlak ve iyiniyet kurahtır. Davacının kendisi gibi, belirli bir daireyi satın aldığı bildiği davalı hakkında Şufa davası açması ... iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.” şeklinde ifadesini bulmuştur. Nitekim aksi bir yorum, **TEKİNAY**'ın da belirttiği gibi⁴⁹ “ev sahibi olabilmek umuduyla pay satın almak isteyen kimseleri inşaatçılardan uzaklaştıran bir baskı” oluşturacağından, devletin konut edindirme politikası doğrultusunda toplu konut yapımının da amaca ulaşmasını engeller.

Tüm bu nedenlerle, anılan Yargıtay kararları ve gerekçeleri kanaatimce isabetli, yasaya ve hakkaniyete uygun olmakla, bu durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapılan pay devrinin, satış amaçlı bir devir sayılmayacağı, ancak inşaatın sözleşmeye uygun yapılması halinde yapılan devrin geçerlilik kazanacağına kabulü gerekir. Bu itibarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde paydaşlar, bağımsız bölüm almak kaydıyla yükleniciye adeta “avans” niteliğinde pay devretmekte olup, tapuda “satış” olarak isimlendirilen sebebin gerçekte bağımsız bölüm yapma olduğu göz önünde tutularak, devredilen bu payların önalım davasına konu olamayacağı, eş deyişle, yapılan devirlerde önalım hakkının kullanılmayacağı kabul etmek gerekir.

Sonuç

Çalışmada vardığımız önemli bazı sonuçları özetle sıralamak gerekirse;

- Önalım olayının gerçekleşmesi için, önalım yükümlüsü taşınmaz maliki ile, paydaş olmayan üçüncü kişi arasında bir satım sözleşmesinin gerçekleşmesi gerekir. Önalım olayını gerçekleştirecek olan satım sözleşmesi; tam ve gerçek olarak kurulmalıdır. Satım niteliğinde olmayan pay temliklerinde önalım hakkı cereyan etmez. Önalım olayının varlığına önalım borçlusu ile üçüncü şahıs arasında yapılan hukuki muamelenin iktisadi niteliğine göre karar verilecektir. Bu kriter bir taraftan bizi sınırlamaya götürür: şeklen ortada bir satım akdi olduğu halde önalım olayı reddedilebilecektir.

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temliki, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen “avans” niteliğindedir. Eş deyişle, inşaat aşamasında yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur.

- Yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için pay devrinin önceden gerçekleştiril-

49 Tekinay, s. 45.

rildiği durumlarda, yüklenici sözleşmeden ve mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinden de kurtulmuş olmaz. Arsa payı devri işin bedeli olduğundan, bu bedele ancak eserin amaca uygun teslimi halinde hak kazanır. Bir başka deyişle, yüklenici tarafından yapılan satışlar avans niteliğinde olduğundan, inşaatın, sözleşme, imar mevzuatına ve tekniğine uygun biçimde tamamlanması halinde sonuç doğuracaktır. Bu devir avans niteliğinde ve yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için yapılmış olduğundan yükleniciden geri istenebilecektir. Yani yüklenici edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği hakkını üçüncü kişilere devredebilir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar.

- Dolayısıyla, her ne kadar devir muamelesinin sebebi taraflarca satış olarak nitelendirilse dahi, menfaatler dengesi korunarak, tarafların gerçek amaçlarını irdelendiğinde, gerçekte devir muamelesinin sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu açıkça görülmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin finans ihtiyacı, arsa sahibinin kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi gereksinimi doğurmuş ve bir nevi arsa sahibi yükleniciye kredi kullandırmıştır. Yine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye (ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere) yapılan pay temlik, nakit para karşılığı değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış olup, yapılan pay devri işleminin, satış amaçlı olmadığı, kendisine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı pay devrinin yapıldığı açıktır.

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapuda yapılan devrin “satış amaçlı” değil, “inşaat sözleşmesi gereğince yapılan bir devir” olduğu göz önünde tutularak, devredilen bu payların önalım davasına konu olamayacağını, eş deyişle, yapılan devirlerde önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmek gerekir.

KAYNAKLAR

- Akyol, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İstanbul, 1995.
- Arıkan, Mustafa / Erdoğan, Kemal, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:34, 2015, s. 145-172.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 2. Baskı, Konya, 2000.
- Ayazlı, Pervin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları- Hukuki Özellikleri- Şekil Sorunu)”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1987, C.2, Sayı:1.
- Duman, İlker Hasan, *İnşaat Hukuku*, İstanbul, 2006.
- Eren, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Ankara, 1996.
- Eren, Fikret, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 103-126.
- Erman, Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, 1993.
- Erman, Hasan, *İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütaalaalar*, İstanbul, 2012.
- Erman, Hasan, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.50, Sayı:1-4, 1984, s. 505-517.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2002.
- Feyzioğlu, Feyzi N., *Şufa Hakkı*, İstanbul, 1959.
- Hayoz, A. Meier, “Şufa Akdi”, Çev. Y. Ümit Doğanay, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:33, Sayı:3-4, 1967, s. 273-287.
- Kaplan, İbrahim, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara, 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *İnşaat – İmar – İhale Hukuku*, C. 2, İstanbul, 1997.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. 2., Beta Basım Yayın, 2002.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Eşya Hukuku*, C.II, İstanbul, 1991.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, C.I, İstanbul, 2004.
- Karataş, İzzet, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara, 2004.
- Kartal, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, *Yargıtay Dergisi*, 1983, (I) s.96-113; (II), s.329-353; (III) s. 551-568.
- Kartal, Bilal, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi)”, *Doktora Tezi*, Ankara, 1993.
- Kaya, Özgür Katip, *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi*, İstanbul, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanun’umuzun Getirdiği Yenilikler*, 2.Bası, Ankara, 2004.
- Kılıçoğlu, Mustafa, *Akdi ve Kanuni Şufa Davaları*, Ankara, 1997.
- Kostakoğlu, Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 8. Baskı, İstanbul, 2011.

- Kurşat, Zekeriya, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Et-kileri”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, Ekim 2004, s. 751-777.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay - Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, 2015.
- Özmen, Etem Saba / Akçura - Karaman, Tuba, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşme-leri Konusunda Uygulama Hataları” , *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:87, Sayı:2013/1, s. 47-74.
- Özmen, Etem Saba / Ürem, Müge, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yar-ğıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler” , *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1, Haziran 2016, s. 13-31.
- Sezer, Ahmet, “Yasal Önalım (Şuf’a) Hakkının Mahiyeti ve Önalım Hakkının Kullanı-lamayacağı Durumlar” , *Adalet Dergisi*, Sayı:33, Ocak 2009.
- Sütçü, Nezh, *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C.1, İstanbul, 2013.
- Şener, Esat, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu*, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1989.
- Şıpka, Şükran T., *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul, 1994.
- Tekinay, Selahattin S., *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1*, İstanbul, 1988.
- Tunaboşlu, Müslim, *Açıklamalı-İçtihatlı Şufa Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ekim 1996.
- Tunaboşlu, Müslim, *Önalım (Şufa) Davaları*, 5. Baskı, Ankara, 2013.
- Yaşar, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcı) Hak ve So-rumlulukları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:102, 2012, s. 289-322.
- Yavuz Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- Yener, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakül-tesi Mecmuası*, C.65, Sayı:2, 2007, s. 371-382.

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonra, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükler doğar. Anıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu bir inşaat (bina) meydana getirmek iken, arsa sahibinin borcu da ücret olarak kararlaştırılan arsa payını yükleniciye devretmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak uygulamada genellikle bu tip sözleşmelerde, paydaşlar, inşaatın tamam-lanmasından önce, sözleşmelerde bağımsız bölüm almak kaydıyla yükleniciye finans sağlamaya yönelik olarak “avans” niteliğinde pay devretmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye (ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere) yapılan pay temliki, nakit para

karşılığı değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış olup, yapılan pay devrinin, satış amaçlı bir devir olmadığı, kendisine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı yapıldığı açıktır. Dolayısıyla, kat karşılığı yapılan bu temlikler “satış amaçlı devir” olarak nitelendirilemeyeceğinden, devredilen bu payların önalım davasına konu olamayacağı, eş deyişle, yapılan devirlerde önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmek gerekir. Aksi bir durum ise, özellikle ayakta olan inşaat sözleşmeleri açısından hayatın olağan akışı ve dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır.

Anahtar kelimeler: Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet, yenilik doğuran hak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi, yüklenici

Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi*

Claiming of the Monopoly Right in the Executive
Distribution Agreement Against Third Parties

Salih Önder YEŞİLTEPE**

ABSTRACT

Exclusive distributor's monopoly right should be restricted in terms of place, time and the contractual products. In this regard, exclusive distributor may not put forward his/her contractual rights, which emerge from the distribution contract between Producer, against noncontractual third parties. On the other hand Turkish Doctrine accepts third parties liabilities, in some limited cases especially arise from noncontractual claims and unfair competition.

The executive distributor which resells the products purchased from the producer with the brand of the producer without making any modifications, may not claim his/her executive distribution rights to the third parties accordance with the provisions of the Industrial Property Law No. 6769.

Provisions to restrict the right of parallel trading of third parties to exclusive distribution contracts and to establish an absolute monopoly shall be counted contrary to Article 4 of the Competition Law and shall be deemed invalid. Such contracts will also not be able to be granted block exemption

Keywords: Exclusive distributor, monopoly right, noncontractual liability, unfair competition, consumption of trademark right.

Giriş

Tek satıcılık sözleşmesi, ticari hayatın gerekleri doğrultusunda, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde ortaya çıkmış *sui generis* bir sözleşmedir. Tek satıcılık sözleşmesi, yapımçı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde, sürekli edimli öyle bir sözleşmedir ki; bununla yapımçı, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekel hakkına sahip olarak

* Makale gönderim tarihi: 15.12.2017. Makale kabul tarihi: 29.12.2017.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında düzenli olarak göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlenir¹.

Anayasanın 167. maddesinin birinci fıkrası; devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemekle yükümlü olduğunu belirten emredici nitelikte bir hüküm getirmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesine 7.12.1994 tarihli, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un çıkarılması suretiyle başlanmıştır². Kanun'un amacı; *mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır* (m. 1). Tek satıcılık sözleşmesinin unsurlarından olan tekel hakkı, rekabet etmeme yükümlülüğünü içerdiğinden, tek satıcılık sözleşmesinin Kanun'a aykırı bir rekabet sınırlaması teşkil edeceğini söylemek mümkündür. Ancak belirli koşullarla bu gibi yükümlülükler izin verilebilmektedir.

Üretim zincirinin farklı seviyesinde bulunan işletmeler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara "dikey sınırlama anlaşmaları" denmektedir. Bu tür sınırlamalar genelde tek elden dağıtım, coğrafi pazar ve müşteri paylaşma, yeniden satış fiyatlarının tespiti gibi sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Tek satıcılık sözleşmeleri de yapıları itibarıyla dikey anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu tip anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı özelliklerinin yanında, dağıtım ve satış sonrası hizmetleri rasyonelleştirmesi, tüketiciye ilgili ürünü daha kolay bulabilme olanağı sağlaması gibi olumlu yönleri de bulunmaktadır. Bu nedenle rekabet kurallarının dikey anlaşmalara ne şekilde uygulanacağı sorun teşkil etmektedir.

Çalışmamızda öncelikle rekabet hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerden bağımsız olarak, Türk Borçlar Kanunu³ ("TBK"), Türk Ticaret Kanunu⁴ ("TTK") ve

1 Öğretideki benzer tanımlar için bkz. Hasan İşgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Ankara 1989, s. 14; İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, Teori-Uygulama-Mevzuat, Genişletilmiş 5. Basım, Bursa 2017, s. 363; Şaban Kayıhan, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, Ankara 2011, 4. Baskı, s. 73; T. Nurkut İnan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", *Batider*, C. XVII, S.2'den Ayrı Bası, İstanbul 1993, s. 57; Fahiman Tekil, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 1997, s. 210; Reha Poroy/ Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul 2017, s. 271; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 18-19; Ömer Teoman, "Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X*, Ankara 1993, s. 36; Haluk Tandoğan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", *Batider*, C. XI, S. 4, İstanbul 1982, s. 1; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Ankara 1984, s. 26-27; Hüseyin Hatemi / Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 55.

2 RG. T. 13/12/1994, S. 22140.

3 6098 sayılı 11.1.2011 tarihli Türk Borçlar Kanunu (RG. 4.2.2011 T., 27836 S.).

4 6102 sayılı 13.1.2011 tarihli Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.2.2011 T., 27846 S.).

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun⁵ ("SMK") konuya ilişkin hükümleri dikkate alınarak tek satıcılık hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi üzerinde durulacak, son kısımda ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un getirmiş olduğu düzenlemeler ele alınacaktır.

I. Sözleşmesel İlişki Ekseninde Değerlendirme

Tek satıcının sahip olduğu tekel hakkının, yer, zaman ve sözleşme konusu olan mallar bakımından sınırlanması gerekir. Zira şahsî veya iktisadî hürriyeti kabul edilemez derecede veya fevkalade bir surette sınırlayan sözleşmeler ahlaka (adaba) aykırı sayılır, söz konusu sınırlama borçlunun şahsiyet ve bekası için zaruri unsurlarını fevkalade bir surette tehlikeye sokacak kadar ileri gidemez ve hürriyetini ortadan kaldıramaz veya borçluyu alacaklının mutlak bir şekilde irade ve hakimiyetine tabi kılamaz⁶. Somut olayda böyle bir durumla karşılaşılması halinde, ahlaka aykırılık sebebiyle, TBK m. 27 (eBK m. 20) ve Türk Medeni Kanunu m. 23 hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 11.2.1976 tarihli bir kararında⁸; bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini, ahlak anlayışlarıyla bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamaların aşırı olduğunu, bu sınırlamaları öngören sözleşmelerin hükümsüz olacağını belirtmiştir.

Ancak, VON TUHR'un da belirttiği gibi, esasen her borcun, iktisadi hürriyetin az ya da çok sınırlanması sonucunu doğuracağı unutulmamalıdır⁹. Bu sebeple iktisadi hürriyetin sözleşmeyle sınırlanmasının ahlaka aykırı sayılabilmesi için bu sınırlamanın sözleşme taraflarından birisinin iktisadi varlığının yok olması tehlikesini yaratacak biçimde mutlak surette alacaklının keyfine bağlı tutması, onu karşı tarafın bir nevi vesayeti altına sokması, iktisadi faaliyet hürriyetinin kullanılmasını felce uğratması yolunda çok ağır şartların gerçekleşmesi gereklidir¹⁰. Kişi, ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek nitelik taşımadığı sürece

5 6769 sayılı 22.12.2016 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu (RG. 10.1.2017 T., 29944 S.).

6 Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku* 1.2, çeviren: EDEGE, Cevat, Ankara 1983, s. 251.

7 Aynı görüş için bkz. İşgüzar, s. 119-120; Yavuz, s. 19; Tandoğan, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 5; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 55.

8 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.2.1076 tarihli ve E. 1973/4-1088; K. 1976/209 sayılı kararı için bkz. YKD, C. 2, S. 9, Eylül 1976, s. 1269.

9 Von Tuhr, s. 251.

10 İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. III, s. 179 vd.; Von Tuhr, 251; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, Üçüncü Bası, Ankara 1950, s. 352-353; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Birinci Kitap, Ankara 1979, s. 145-146; Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, çeviren: Davran, B., C. I, İstanbul 1948, s. 355; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, C. I, cüz 2: Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1963, s. 114; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 1979, s. 153.

çeşitli sözleşmeler kurmak suretiyle ekonomik özgürlüğünü sınırlayabilecektir¹¹.

Tek satıcıya sözleşme bölgesi içerisinde tanınan tekel hakkının salt uzunca bir süre için tanınmış olması, üreticinin ekonomik özgürlüğünün TBK m. 27 ve TMK m. 23 hükümleri çerçevesinde ihlal edildiği şekilde değerlendirilmemelidir. Zira tek satıcının yüklendiği sürümü artırma yükümlülüğü uzun vadeli bir planlama, külfetli bir yatırım ve organizasyonu gerektirecektir. Ayrıca bu sözleşmeye sürekli edimli borç ilişkisine müteallik hükümler uygulanacağından, haklı sebeplerin varlığı halinde sürenin sona ermesinden önce de feshedilebilme imkanı da mevcuttur¹².

Tek satıcıya bırakılan bölgenin çok geniş olması da bu sözleşmenin mutlaka ahlaka aykırı sayılmasını gerektirmeyecektir; zira piyasayı geniş bölgelere bölerek bu bölgelerde faaliyet gösterecek güçlü ve az sayıdaki tek satıcılar vasıtasıyla pazarlama ağını kurmak yapımcılar için daha cazip bir ortam hazırlayacak ve bu yöntem tercih sebebi olacaktır. Bu sebeple tek satıcıya satış tekelini tanınan bölge, bir mahalle, bir il ya da bir ülke olabileceği gibi, bu bölgenin, ülkeler topluluğu ve hatta bir kıta olması dahi mümkündür¹³. KARAYALÇIN da Türkiye ve hariçte tek satıcılık hakkını veren bir sözleşmenin ahlaka aykırı bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir¹⁴.

Çerçeve sözleşme ile tek satıcıya tanınmış olan tekel hakkı, yapımcının bu hakkı sağlama yükümlülüğü altına girmesine neden olmaktadır. Tekel hakkı farklı derecelerde olabilmektedir. Tek satıcılık sözleşmesi ile yapımcı, sözleşmede belirtilecek olan tekel hakkının kapsamına göre, tek satıcıya bırakılan bölgede doğrudan doğruya mal satmamak veya başka bölgelerdeki tek satıcıların da o bölgeye mal satmalarına engel olmak ya da sadece diğer tek satıcıların değil onların müşterilerinin de o bölgeye sözleşme konusu malları satılmak üzere göndermelerini engellemek için tedbirler almak yükümlülüğü altına girebilmektedir. Bu sözleşme hükümlerinden ilkinde tek satıcının basit tekel hakkı, ikincisinde kuvvetlendirilmiş tekel hakkı, sonuncusunda ise mutlak tekel hakkı bulunduğundan söz edilmektedir¹⁵.

11 Özsunay, s.153.

12 Tandoğan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 2; Yaşar Karayalçın, İnhisari Satış Sözleşmesi-Butlan, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler*, Ankara 1975, s. 95, 96.

13 Tandoğan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 3; İşgüzar, s. 109-110.

14 Karayalçın, İnhisari Satış Sözleşmesi, s.102.

15 İ. Yılmaz Aslan, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara, 1992, s. 165; Cevdet YAVUZ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 39-40; Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 1985, s. 50. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, tek satıcıya mutlak tekel hakkı tanıyan sözleşmeler, rekabet hukuku mevzuatınca yasaklanmıştır.

Çerçeve sözleşme ile tek satıcıya kuvvetlendirilmiş tekel hakkının tanındığı hallerde, yapımcı, sözleşme bölgesine doğrudan satış yapmayacağı gibi diğer dağıtıcıların ve tek satıcıların da bölgede satış yapmayacaklarını taahhüt etmiş olmaktadır. Bu durumda yapımcının mal verdiği diğer dağıtıcı ve tek satıcılarla ayrı ayrı sözleşmeler yaparak, kuvvetlendirilmiş tekel hakkı tanıdığı tek satıcının tekel bölgesine satış yapmalarını yasaklaması gerekmektedir.

Yapımcının, diğer satıcıları ile yaptığı sözleşmelerde, onları tek satıcının bölgesine satış yapmama borcu altına sokmamış olması durumunda, yapımcının diğer kişilerin tekel bölgesinde satış yapmalarını sağlama borcu TBK m. 128'e tabi olacak ve bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmiş olan yapımcı, tek satıcının zararını bizzat tazmin etmek durumunda olacaktır. Tek satıcı da zararının tazminini yalnızca yapımcıdan talep edebilecektir. Yapımcının diğer satıcıları ile sözleşme yaparak onları tek satıcının bölgesinde satış yapmama borcu altına sokmuş olması halinde ise, üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olacak ve TBK m. 129/2¹⁶'deki şartların bulunması halinde tek satıcı, zararının tazmini konusunda yapımcı ile sözleşme ilişkisi içerisinde olan kişilere karşı talep hakkına sahip olabilecektir¹⁷. Yapımcının bu konudaki garantisini, malın niteliğine değil, yapımcının ya da diğer tek satıcılarla onların müşterilerine ilişkin olduğundan, bu garantinin yerine getirilmemiş olması halinde aşıptan sorumluluğa ilişkin TBK m. 219 vd. hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır¹⁸.

Yapımcı ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmayan, sözleşme konusu malları başka biçimde temin etmiş bulunan ve tek satıcının bölgesine satış yapan üçüncü kişilere karşı ise tek satıcının, yapımcı ile aralarında yapılmış olan tek satıcılık sözleşmesine dayanarak ileri sürebileceği herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Bu durum sözleşmenin nispliliği ilkesinden kaynaklanmaktadır¹⁹. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi de bir kararında; *"Pazarlamanın tek başına yapılması amacına yönelik olan tek satıcılık sözleşmesi esas olarak sadece sözleşme tarafları arasındaki hakları ve yükümlülükleri belirlemektedir. Sözleşme her ne kadar fiilen tekel altına alma durumunu yaratıyorsa da, bu husus mutlak bir hak olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez"* diyerek bu yöndeki görüşünü açık bir şekilde ortaya koymuştur²⁰.

16 TBK m.129/II: *"Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düşüldüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez."*

17 İnan, s. 60; Tandoğan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 24, 25.

18 Tandoğan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 25.

19 İşgüzar, s. 97; Teoman, s. 36.

20 Bkz. İşgüzar, s. 97, dn. 53.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1991 tarihli bir kararında²¹; “...tek satıcılık sözleşmesinde edimler ve yükümlülükler kural olarak bu sözleşmenin tarafları arasında, yani yapımıcı ile tek satıcı arasında karşılıklı olup, bu sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere yükümlülük getirmesi kural olarak mümkün değildir. Zira tek satıcıya o bölgedeki tekel hakkını tanımak ve bu olanağı sağlamak yapımıcıya düşen bir akdi yükümlülük olmaktadır.” demiş ve 1992 tarihli kararında da²²; “Almanya’daki (X) firması ile yaptığı sözleşmede Türkiye’de tek satıcılık hakkını kazanması üçüncü kişilerin başka yerlerden temin ettiği malların satışına engel olmaz.” diyerek aynı yöndeki görüşünü tekrar etmiştir.

Gerçekten de her sözleşme gibi tek satıcılık sözleşmesi de, sözleşmenin tarafları olan yapımıcı ve tek satıcı arasında hak ve borçlar doğuracak, sözleşme hükümleri kural olarak sözleşmenin dışında kalan üçüncü kişileri bağlamayacaktır.

II. Sözleşme Dışı Sorumluluk Kuralları ve TTK’daki Haksız Rekabet Hükümleri Ekseninde Değerlendirme

Doktrinde, bazı durumlarda tek satıcının tekel hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesinin sözleşme dışı sorumluluk kurallarına ve özellikle TTK’daki haksız rekabet hükümlerine göre mümkün olabileceği kabul edilmiştir²³.

TANDOĞAN²⁴, yapımıcının tek satıcılarıyla yaptığı sözleşmelere diğer tek satıcıların bölgelerine satış yapmama ve müşterilerine de yaptırmama yükümlülüğünü koydurmamış olduğu hallerde, tek satıcının kendi bölgesinde satış yapan diğer tek satıcılara veya onların müşterilerine karşı TBK m. 49/2 (eBK m. 41/2) hükmüne veya şartları varsa TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine dayanarak da istemlerde bulunabileceğini belirtmektedir.

TBK m. 49/2 hükmü, uygulama alanı çok dar olan ve TBK m. 49/1 hükmünün uygulanamayacağı hallerde başvurulacak olan bir hükümdür. Zira, “ahlaka aykırı bir fille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür” hükmünü getiren m. 49/2, failde özel kasıt aramakta ve maddenin uygulanabilmesi için failin zararı da istemiş olması gerekmektedir²⁵. Bu sebeple, tek satıcı, yalnızca üçüncü kişinin kendisine zarar vermek amacıyla tekel konusu ürünü satışa arz ettiği ve bu eylemin aynı zamanda ahlaka aykırı olduğu hallerde

21 Yargıtay 11. HD, E. 1991/171, K. 1991/1406, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 43 vd..

22 Yargıtay 11. HD, E. 92/1151, K. 92/9030, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 46.

23 İnan, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, s. 55; Teoman, s. 25.

24 Tandoğan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 25.

25 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 22. Bası, Ankara 2017, s. 624, 625.

TBK m. 49/2'ye dayanarak zararının tazminini üçüncü kişiden isteyebilecektir ki bunu ispat etmek çoğu halde oldukça güçtür²⁶.

ASLAN²⁷, üçüncü kişinin sadece tek satıcıya zarar vermek amacıyla tekel konusu ürünü satışa arz ettiğinin kanıtlanabildiği hallerde TBK m. 49/2 (eBK m. 41/2) hükmüne gitmeye gerek olmadığını, zira bu durumda TMK m. 2 ve TTK'nın haksız rekabete ilişkin m. 54 vd. (eTK m. 56) hükümlerine göre dava açmanın mümkün olduğunu, ancak üçüncü kişilerin hukuka uygun olarak piyasaya sürülmüş bulunan bir malı alarak tek satıcının bölgesinde satışa sunması fiilinin, tek satıcıya zarar verse dahi aynı zamanda üçüncü kişinin kar elde etme amacına yönelik olduğunu, bu sebeple de bu hükümlerin uygulanma olanağı bulunmadığını belirtmiştir.

TEOMAN²⁸, Anayasanın 167. maddesi uyarınca ülkemizde serbest rekabet ilkesi ve ticaret yapma özgürlüğünün kuşkusuz geçerli olduğunu, ancak bir yandan sözleşmelerin nisbiliği ilkesine diğer yandan da ticaret yapma özgürlüğüne dayanarak üçüncü kişilerin tek satıcılık sözleşmesinin kapsamına giren ürünleri Türkiye'ye diledikleri gibi getirip, satabileceklerini kabul etmenin her zaman doğru ve adil sonuçlar vermeyeceğini, özellikle tek satıcılık sözleşmesinin kapsamına dayanıklı tüketim mallarının girdiği durumlarda, sözleşmenin üçüncü kişi tarafından ihlali durumunda sadece sözleşmeye taraf olan tek satıcı ya da yapımcının değil, tüketicilerin de zarar görebileceğini belirtmektedir.

TEOMAN'a göre²⁹; TTK'nın 54 (eTK m. 56) ve devamı maddelerinde yer alan haksız rekabete ilişkin kurallar ekonomik ya da haklı diye nitelendirilebilecek olan rekabeti korumaya yönelik olup, tüm hakların kullanılmasında olduğu gibi rekabet hak ve özgürlüğünün kullanılmasında da bireyler hukuka ya da ahlaka aykırı ve iyiniyet kuralları ile çelişen davranışlardan kaçınmak zorunluluğu altındadırlar. Özellikle tek satıcının belirli bir malı tanıtp tutundurmak için büyük emek ve sermayeyi gerektiren yatırımları yaptığı durumlarda, üçüncü bir kişinin tek satıcılık sözleşmesinin kapsamına giren ürünü başka yollardan temin ederek tek satıcının sözleşme bölgesi içerisinde satmasının haksız rekabet kurallarının temelinde yatan emek prensibine aykırılık oluşturduğunu belirten TEOMAN, olayların büyük çoğunluğunda tek satıcının yapımcı ile imzaladığı sözleşme uyarınca, sattığı ürünlerin bakım ve onarımını da üstlendiğini, bu durumun kendisine ayrıca yedek parça stok etme ve eleman bulundurma zorunluluğu yüklediğini, söz konusu koşulları yerine getirmeyen üçüncü kişi konumundaki ihracatçıların

26 İnan, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, s. 62.

27 Aslan, Rekabet Hukuku, s.374-375.

28 Teoman, s. 38.

29 Teoman, s. 38.

piyasada o mala olan güvenin azalmasına yol açacaklarını, bunun da tek satıcının ekonomik menfaatlerini ihlal edeceğini belirtmektedir.

İNAN³⁰ da TTK'da yapılmış olan haksız rekabetin tanımından hareketle, üçüncü kişinin eyleminin hukuka aykırı olmadığı hallerde, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olup olmadığı ayrıca araştırılması gerekeceğini, bu durumda ise doktrinde uygulanması önerilen “emek ilkesine” dayanılabileceğini belirtmektedir.

Emek ilkesi, ekonomik faaliyet gösteren bir kişinin elde edeceği çıkar ile onu elde etmek için sarf ettiği emeğin orantılı olması temeline dayanmaktadır. İktisadi sahada herkes ahlak kaidelerine uygun olarak kendi emeği nisbetinde netice almalıdır. Gerekli emeği sarfetmeksizin gelir elde etmek isteyen kişinin başvurduğu vasıtalar, başkasının iktisadi faaliyetine kısmen ya da tamamen engel oluyorsa burada haksız rekabetin bulunduğu bahsedilmektedir³¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1991/171 E., 1991/1406 K. sayılı kararında³²; “... tek satıcının bu hakkını üçüncü kişilere karşı haksız rekabet yolu ile koruması kural olarak mümkün değildir.” dedikten sonra; “Ne var ki, bu ilkeyi katı bir kural olarak uygulamak da her zaman doğru bir sonuç vermeyebilir. Tek satıcının, yapımıcıya ait ürünleri o bölgede tanıtmakta ve pazarlamadaki özel çabaları ile o ürün piyasasında önemli bir yer tuttuktan sonra, bir başka firmanın tek satıcının yarattığı bu olanak ve pazardan yararlanarak, yapımıcı bir firma dışında bir başka firmadan aynı ürünü getirerek az bir emek ve sermaye ile bu pazardan yararlanması da hukuken korunması mümkün değildir. Bu şekildeki bir hareket (e)TTK'nın 56. maddesinde ifadesini bulan hüsnüniyet kurallarına aykırı bir şekilde iktisadi rekabetin yapılmasıdır ki, anılan madde uyarınca bu nevi eylemler iktisadi rekabetin suistimali kabul edilerek bir haksız rekabet teşkil edeceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönülecek olunursa, davacı tek satıcı, Almanya'da yapımıcı firma tarafından üretilen bilgiyazar cihazları 1984 yılında beri büyük emek ve sermaye sarfi suretiyle yapılan reklam kampanyası ve Türkiye çapında oluşturulan satım ve bakım ağı ile büyük bir pazar oluşturulduğunu davalı firmanın ise, bundan sonra aynı markalı cihazları bu defa asıl yapımıcı dışında Amerika'dan bir başka firmadan ithal ederek yaratılan pazardan faydalanmak suretiyle piyasaya sürmesinin bir haksız rekabet teşkil edeceğini ileri sürmüştür. Bu iddiada açıklanan olayın özelliği

30 İnan, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, s. 64.

31 Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 454, 455; İnan, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, s. 64.

32 Yargıtay 11. H.D., E. 1991/171, K.1991/1406, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 44.

dikkate alındığında davalı şirketin bu davranışı iktisadi rekabetin bir nevi sustimali olabileceğinden davacının haksız rekabet hükümlerine dayanarak davacının bu davranışına engel olması mümkün olabilir.” diyerek emek ilkesine vurgu yapmıştır.

Bu ilkenin her zaman sağlıklı sonuç vereceğini söylemek mümkün değildir. Zira bazı hallerde kişinin orantılı emek sarfetmeden elde ettiği çıkarların dış etkenlerden kaynaklanmış olması mümkündür. Ancak birçok halde, emek prensibi ile, haklı rekabeti haksız rekabetten ayırmak mümkündür. Özellikle “parazit rekabetin” söz konusu olduğu hallerde bu prensibe dayanarak haksız rekabetin varlığından bahsetmek mümkündür³³.

İNAN³⁴ da, salt, emek ilkesine dayanarak haksız rekabet davası açılmayacağı, tek satıcılık sözleşmesinin konusuna giren malların üçüncü kişi tarafından ithal edilerek satılmasının emek ilkesine rağmen haksız rekabet fiilini oluşturmaya yetmeyeceğini, failin, yanıltıcı ya da kötüleyci karşılaştırmalı reklam yapmak ya da bilerek tek satıcı ile üçüncü kişi arasında karışıklığa neden olmak gibi hakkını kötüye kullandığını gösteren ek fiillerin de bulunması gerektiğini belirtmektedir.

III. Markanın Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Ekseninde Değerlendirme

22.12.2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³⁵, markanın tanımını vermemiş, ancak Kanunun 4. maddesinde; *“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlama ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten*

33 Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 455; İnan, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, s. 64, 65. Yargıtay HGK 2010/11-396 E., 2010/371 K.: *“Ekonomik ve ticari hayatta herkes, ahlak ve objektif iyi niyet kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek, ancak kendi emek ve gayreti ölçüsünde bir kazançla yetinmelidir. Bir tacirin, kendi emek ve gayretine dayanan kazancı, gerek ahlaki gerekse kanuni yönden meşrudur. Fakat, bir kimsenin en ufak bir yorgunluğa ve zahmete girmeden bir başkasının yıllar yılı didinip alın teri ve göz nuru dökmek suretiyle ancak meydana getirdiği ve tamamen kişisel emek ve gayretinin ürünü olan çalışmasına ortak olması hali, hem ahlak kurallarına bir aykırılık oluşturur ve hem de haksız rekabeti meydana getirir. Bu şekildeki bir haksız rekabet, “parazit-tufeyli” rekabet olarak nitelendirilir. Bir başkasının yıllarca çalışmak suretiyle ancak elde edebildiği emek ve şöhretine el atmak suretiyle -deyim yerindeyse- onun sırtından para kazanmak isteyen kimsenin hareketi, kendi emeğine dayanmadığı için, ahlak kurallarına ve kanun hükümlerine göre, haksız rekabettir (İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Cilt I, Ankara 1990, Sahife 314-318)”*.

34 İnan, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, s. 65.

35 RG. T. 10 Ocak 2016, S. 29944.

oluşabilir.” demek suretiyle, hangi işaretlerin marka olabileceğini düzenlenmiştir. Kanunun “**Hakkın tüketilmesi**” kenar başlıklı 152. maddesinde ise; sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiillerin hakkın kapsamı dışında kalacağı (152/1), marka sahibinin, birinci fıkra hükmü kapsamına giren ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (152/2).

Düzenleme karşısında, marka hakkı sahibinin yalnızca ürünün ilk defa piyasaya sürülmesi konusunda mutlak bir hakka sahip olduğunu, bu hakkın ise, markalı ürünün, hak sahibi ya da onun izni ile hareket eden üçüncü kişi tarafından piyasaya sürülmesi ile tüketilmiş olacağını saptamak mümkündür. Bu nedenle söz konusu ürününün, hak sahibi ya da onun izni ile hareket eden üçüncü kişi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra hak sahibi, ürünü satın alan kişilerin bu ürünü yeniden satışa sunmalarına, markayı kullanarak reklam ve dağıtım yapmalarına, sınai mülkiyet haklarına dayanarak karşı çıkamayacaktır. Sınai haklar, sahiplerine ürünün ticareti, dağıtım konusunda bir tekel hakkı vermediği gibi, ürünün nihai alıcıya intikal etmesine kadar geçecek süre içinde yapılacak satışları ve bunun şartlarını düzenleme, bu işlemleri yasaklama yetkisini de tanımamaktadır³⁶.

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın “marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi” başlığını taşıyan 13. maddesinin I. fıkrası; “*Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.*” hükmünü içermektedir.

Söz konusu düzenleme uyarınca tükenmeden söz edilebilmesi için, markayı taşıyan malların **Türkiye’de piyasaya sunulmuş olması** gerekmektedir. *Tükenme veya ilk satış ilkesi* olarak adlandırılan bu ilkeye göre, marka sahibi, kendi izniyle Türkiye’de yapılan ilk satıştan sonra, malların çeşitli kademelerde satışına, ihracına ve Türkiye’den ihraç edilmiş malların aynen Türkiye’ye itha-

36 Sabih Arkan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara, 1998, s. 197. Yargıtay 11. HD. 9.11.2000 T., 7381/8746 K. sayılı kararında; “marka sahibi tarafından veya onun izniyle markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasında sonra marka sahibi markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz... Dolayısıyla ... markaya tecavüz iddiası dinlenemeyeceği gibi davalı eylemini haksız rekabet olarak nitelendirmek de mümkün olmayacaktır” diyerek, marka sahibi tarafından veya onun izni ile piyasaya sürülen malların yeniden satımının marka hakkının ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir (bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncelleştirilmiş 5. Basi, İstanbul 2012, s. 453-454).

line engel olamayacaktır³⁷. Söz konusu markayı taşıyan malların Türkiye dışında piyasaya sunulmuş olması ise marka hakkının Türkiye açısından tüketilmiş sayılmasına yol açmayacak ve bu durumda, yurt dışından Türkiye'ye yapılacak ithalatta, marka sahibi marka hakkına dayanma hakkına sahip olacaktır³⁸. Bu doğrultuda 556 sayılı KHK'nın yürürlükte olduğu dönemde marka hakkının tüketilmesinde ülkesellik prensibi uygulanma alanı bulmuştur³⁹.

22.12.2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 152. maddesinde ise sınai hakların tüketilmesinde; sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından **piyasaya sunulmasından sonra** bu ürünlerle ilgili fiillerin hakkın kapsamı dışında kalacağı belirtilerek ülkesellik prensibi terkedilmiştir. Yeni düzenleme ile, markalı bir ürünün

37 Tekinalp, s. 453. Yargıtay 11. HD., 12.3.1999 T., E. 98/7996, K. 99/2099: "556 sayılı KHK'nın 13/1 ve bu maddenin mehzazı olan 89/104 Sayılı Yönerge'nin 7.1. maddesinde 'marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz' hükmü getirilmiştir. Buna uygulamada ve yasal düzenlemede marka hakkının tüketilmesi kavramı denilmektedir. Bu ilkenin uygulanabilmesi için yukarıda da değinildiği üzere tescilli markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmuş olması gerekir. Markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurt dışına satar (veya yurt dışında menşe ülkeden başka bir ülkede üretirse) bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline (paralellimport) engel olamaz. Aynı ilke yabancı markayı taşıyan malların Türkiye'de tek satıcısı (münhasır lisans sahibi) durumunda olan ve marka sahibinin izni ile bu markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerlidir". (Karar için bkz. Batider, C. XX, S.2, s.195-198).

38 Arkan, s. 203.

39 Arkan, s. 203. 556 sayılı KHK döneminde tükenme ilkesinin ülkesel olarak uygulandığını belirten Arkan, markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibinin bu malları yurt dışına satması ya da yurt dışında üretmesi halinde ise bu malların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline (paralel ithalata) engel olabilmemesinin mümkün olmadığını belirtmiş ve aynı durumun, yabancı markayı taşıyan malların Türkiye'de tek satıcısı durumunda bulunan ve marka sahibinin izni ile bu markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerli olduğunu söylemiştir (Arkan, s. 203). Pınar ise, Arkan'ın bu görüşünü eleştirerek, ülkesel tükenme ilkesine göre ülke dışında piyasaya sunulmuş malların, bu ülkelerde de piyasaya sunulmuş olup olmadığına bakılmaksızın bunların paralel ithalinin yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Türk piyasasında dolaşan malların kabul edildiğinde, markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibinin bu malları yurt dışında da üretmesi halinde malların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline (paralel ithalata) engel olabilmemesinin mümkün olmadığını yönündeki görüşün doğru olmadığını savunmuştur (Hamdi Pınar, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 855 vd.). Pınar'ın bu görüşü, Tekinalp, tarafından eleştirilmiştir. Türk piyasasında dolaşan malların, toptancılar, bayiler, alt bayiler, kent bayileri perakendeciler vs. arasında el değiştirirken, yurt içinde mi satışa sunulmuş olduklarının yoksa yurt dışından mı geldiklerinin tespit olunamayacağını belirten Tekinalp, anılan kişilere de bu yönde bir inceleme yapma külfetinin yüklenemeyeceğini, Pınar'ın uluslararası ve bölgesel tükenmeyi savunmak uğruna kabulü güç bir çözüm önerdiğini ileri sürmüştür (Tekinalp, s. 384, 385).

dünyanın herhangi bir ülkesinde piyasa sunulması ile marka hakkının tükenmiş olacağı kabul edilmiştir⁴⁰.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 152. maddesinin 2. fıkrasında ise marka hakkının tükenmiş olmasına rağmen, marka sahibinin, malın piyasaya sunulmasından sonra, *üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisinin bulunduğu hükme bağlanmıştır*.

Markanın, malların menşeyini göstermek suretiyle benzerlerinden ayırt edilmesini sağlama fonksiyonu aynı zamanda, markayı taşıyan malların, onların kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletme tarafından üretildiği ve orijinal niteliklerinin hiçbir aşamada marka sahibinin izni olmaksızın değiştirilmemiş bulunduğu anlamına gelmektedir⁴¹. Markayı taşıyan malların, piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi hallerinde, markanın, malların menşeyini gösterme, özelliklerini ve kalitesini garanti etme fonksiyonunu yerine getirme imkanı kalmayacaktır. Bu sebeple, bu gibi hallerde marka hakkının tükenmiş olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu anlamda, bir malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişi tarafından onarıma tabi tutulması, maldan parça çıkarılması ya da yeni bir parça eklenmesi, malın değiştirilmesi-kötüleştirelmesi olarak değerlendirilecektir. Malın kalitesini iyileştirici yönde müdahalelerde bulunmuş olması da 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 152/2 hükmüne dayanılmasına engel teşkil etmeyecektir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁴², önüne gelen bir olayda, ARKAN'ın görüşüne atıfta bulunarak tek satıcılık sözleşmesi ile ilgili olarak aşağıdaki kararı tesis etmiştir:

"... KHK.nin 13/II (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 152/2) maddesi uyarınca marka sahibi, malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından başka ülkelerden ithalinden sonra değiştirilerek veya kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde bunu önleme yetkisine sahiptir (bak. Prof. Dr. Sabih Arkan, Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, sh.202 vd).

Türkiye'de veya yurt dışında taklidi imal ve ithal edilip satılan veya yurt dışından orijinal ithal edilmekle birlikte Türkiye'de değiştirilerek veya kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilmesi, kanuni prosedüre uygun olmayarak ithal edilip yurda kaçak sokulması halinde ve elde bulunan orijinal emti-

40 Markayı taşıyan malların çeşitli şekillerde piyasaya sunulması mümkündür. Sürümün hangi hukuki kalıp içerisinde yapıldığının önemi olmadığı gibi ücret karşılığında yapılp yapılmadığı da önem arz etmemektedir. Malın vitrine konularak teşhir olunması da bu anlamda piyasaya sunma olarak kabul edilebilmektedir (Arkan, s. 203).

41 Arkan, s. 205, 206.

42 11. HD., 12.3.1999 T., E. 98/7996, K. 99/2099, *Batider*, C. XX, S.2, s.195-198.

anın ne şekilde bulundurulduğunun kanıtlanmaması durumunda bu eylemler marka hakkına tecavüz teşkil edecektir.

Durumun tek satıcılık veya münhasır lisans sözleşmesi bakımından özelliklerine gelince; ... tek satıcılık sözleşmesinde kural olarak edimler ve yükümlülükler bu sözleşmenin tarafları arasında yani yapımıcı ile tek satıcı arasında karşılıklı olup üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük getirmez. Zira tek satıcıya o bölgedeki tekel hakkını tanımak ve bu olanağı sağlamak yapımıcıya düşen bir akdi yükümlülük olmaktadır. O halde, tek satıcının bu hakkını 3. kişilere karşı haksız rekabet yolu ile koruması kural olarak mümkün değildir. Ayrıca, tek satıcının Türkiye’de reklam yapmak suretiyle pazar sağlaması, tamir, bakım sağlaması da Türkiye’de aynı mal yasal yollardan menşe ülkesinden başka ülkelerden ithal edip satan kişilerin haksız rekabet kuralları uyarınca men edilmesine neden teşkil etmez.

Dava konusu olayda da davalı taraf, davacı tarafından lisans sözleşmesine dayanarak yurt içine ithal ederek pazarladığı yukarıda markaları anılan gözlüklerin aynısının (orijinalinin) yurt içine yasal düzenlemeye uygun olarak ithal edildiğini ve kendisinin de buna dayalı olarak piyasaya sürerek satış yaptığını savunduğuna göre, mahkemece yukarıda anılan ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır...”.

Yapımcıdan satın aldığı malları, hiçbir değişiklik yapmadan kendisine bırakılan bölgede yapımcının markası ile yeniden satan tek satıcının, tek satıcılık hakkını 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerine dayanarak üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi bu sebeplerle mümkün değildir. Zira yapımcının markasını kendi adına tescil ettiren tek satıcı, tükenme ilkesinin sonucu olarak, bu malların marka hakkı sahibi ya da yetkilendirdiği bir kişi tarafından piyasaya sürdüğü anda 6769 sayılı Kanun’un madde 152/1 hükmü uyarınca markanın kendisine sağladığı korumayı kaybetmiş olacaktır. Malları satan üçüncü kişilerin malda değişiklik yapmış olmaları halinde ise söz konusu Kanun’un madde 152/2 hükmüne dayanılabileceği şüphesizdir. Fakat bunun da tek satıcılık hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira burada üçüncü kişiye karşı ileri sürülmekte olan, yapımcı ile tek satıcı arasında yapılmış olan tek satıcılık sözleşmesi değil, marka hakkı sahibinin Kanun’dan doğan korunma hakkıdır.

IV. Rekabeti Koruyucu Hukuk Ekseninde Değerlendirme

4054 sayılı kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan

teşebbüsler arası anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu düzenlenmiştir. Maddenin (b) bendinde ise; mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesinin yasaklanan faaliyetler arasında olduğu belirtilmiştir.

Tek satıcılık sözleşmesi, yapısı itibarıyla marka içi rekabetten kaçınma ve bölgesel tekel sağlama amacına yöneliktir. Tek satıcılık sözleşmeleri, yapımıcının sözleşme bölgesine doğrudan satış yapmasını yasaklaması, yapımıcının sözleşme bölgesindeki başka satıcılara mal satmasını yasaklaması, tek satıcının rakip malları satmasını yasaklaması nedeniyle her zaman rekabeti sınırlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu sebeple tek satıcılık sözleşmesi ile rekabet kanunları arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Ancak bu çelişki, tek satıcılık sözleşmelerinin daima rekabet kanuna aykırı sayılmalarını ve yasaklanmalarını gerektirmez. Tek satıcının satış faaliyetleri üzerinde yoğunlaşması, yapımıcının birden fazla satıcıyla ticari ilişkiler kurmak zorunda kalmayarak üretimde yoğunlaşması, böylece özellikle uluslararası ticarete dil, yabancı yasalar ve diğer farklılıklardan kaynaklanan dağıtım güçlükleri ile uğraşmak zorunda kalmaması, genel olarak dağıtımda bir iyileşme sağlamakta, yoğun pazarlama ve arzın devamlılığını ve dağıtımda rasyonelizasyonu sağlamaktadır. Tek satıcılık sözleşmesi ile her ne kadar marka içi rekabet sınırlanmış olmakta ise de farklı üreticiler arasındaki rekabet artmaktadır. Ayrıca tek satıcılık sözleşmelerinin pazara girişleri kolaylaştırdığını, dağıtımda iyileşmeyi sağlayarak tüketicinin ürünlere daha kolay ulaşmasını ve ürünlerle ilgili çıkacak sorunları çözebilmek için kendisine daha yakın bir muhatap bulmasını sağladığını söylemek de mümkündür⁴³.

Kanun'un "*Muafiyet*" başlığını taşıyan 5. maddesi ise, Kurulun, belirli şartları taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinden muaf tutulmasına karar verebileceğini belirtmektedir. Buna göre Kurul; malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, bu amaçların elde edilmesi için rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartıyla teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygu-

43 Aslan, Rekabet Hukuku, s. 366. Akıncı ise, tek satıcılık sözleşmelerinin hiçbir olumlu yönü olmadığını, bunların rekabeti sınırlayıcı hükümlerinin yasaklanması gerektiğini, özellikle AT Komisyonun KOBİ'lerin pazara girişini kolaylaştırması gerekçesinin kullanılmasının yerinde olmadığını, verimlilik esasını temel alan rekabet kanunlarının KOBİ kavramına yer veremeyeceğini belirtmiştir (Ateş Akıncı, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış" Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Etkisi, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR yayınları No. 20 Ankara 1996, s.119 vd.).

lamasından muaf tutulmasına karar verebilecek, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilecektir. Rekabet Kurulu, Kanun'un 5. maddesi ile verilen yetkiye dayanarak 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni yayınlamıştır⁴⁴.

Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde; "*Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar*" dikey anlaşmalar olarak tanımlanmış⁴⁵ ve bu Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, Kanunun 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur. Yapımcının, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekel hakkına sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında düzenli olarak göndermeyi, tek satıcının da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlendiği tek satıcılık sözleşmeleri, Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında dikey anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla Tebliğ ile belirlenmiş olan koşulları sağlayan tek satıcılık sözleşmelerin 2002/2 sayılı tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalanmaları mümkün olabilecektir.

Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması; tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda ise, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşuluyla uygulanmaktadır⁴⁶ (2002/2 Sayılı Tebliğ m. 2)⁴⁷. Öte yandan Tebliğ'in 4. maddesinde yer alan sınırlamalardan herhangi birini içeren dikey anlaşmalar

44 RG. T. 14.07.2002, S. 24815 (Tebliğ'de 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile değişikliğe gidilmiştir.).

45 Tebliğ'in 7. maddesinde belirtildiği üzere, bu Tebliğ dikey anlaşmaların yanı sıra dikey uyumlu eylemlere de aynı kriterler göz önünde bulundurularak uygulanacaktır.

46 Rekabetin dikey kısıtlanmasına grup muafiyetinin uygulanabilmesi bakımından pazar payı sınırlamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Karaman Coşgun, "Rekabetin Dikey Kısıtlanmasına Grup Muafiyetinin Uygulanabilmesi Bakımından Pazar Payı Sınırlamaları", *TBB Dergisi* 2007, S. 71, s. 108-127.

47 2002/2 sayılı Tebliğ, başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmalara uygulanmaz (m. 2/son). Rekabet Kurumu, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin 2017/3 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'ni yayınlamıştır (RG. T. 24.02.2017, S. 29989). Yeni motorlu taşıtların alımı, satımı veya yeniden satımı; motorlu taşıtların yedek parçalarının alımı, satımı veya yeniden satımı ve motorlu taşıtlara yönelik bakım ve onarım hizmetlerinin sağlanması konulu dikey anlaşmaların, dikey sınırlamalar içermeleri halinde, bu Tebliğde düzenlenen koşullara uymak kaydıyla, 4054 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmaları 2017/3 sayılı Tebliğ düzenlemeleri kapsamında mümkün olabilecektir (2017/3 Sayılı Tebliğ m. 2).

grup muafiyetinden yararlanamamakta ve dolayısıyla Kanun'un 4. maddesindeki yasaklama kapsamına girmektedir⁴⁸. Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, alıcılara sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ve müşteriler konusunda getirilen kısıtlamalara ilişkin olup, maddede sayılan istisnai haller dışında alıcıya bölge veya müşteri kısıtlaması getirmek mümkün değildir. Düzenlemeye göre; *alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması*, istisnai haller arasında yer almakta ve ilgili dikey anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanmasına engel teşkil etmemektedir.

Bu istisna, özellikle dağıtım ağı kurmak isteyen sağlayıcı teşebbüslerin, kendisine ya da alıcı konumundaki teşebbüslere münhasır satış bölgeleri veya münhasır müşteri grupları vermelerine olanak sağlamaktadır. Böylelikle tek satıcılık sözleşmesinin unsurlarından olan, tek satıcıya belirli bir bölgede tekel hakkı tanınması, tek satıcılık sözleşmesinin Tebliğ kapsamında muafiyetten faydalanmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak teşebbüslere münhasır bir bölge veya müşteri grubu vermek suretiyle tanınan korumanın mutlak bir koruma olmadığını söylemek gerekir. Tek satıcı, tahsisli bölgeye satış yaparken sisteme dâhil diğer alıcıların ancak aktif rekabetinden korunabilecektir. Üretici firmanın, tek satıcıya tahsis edilmiş münhasır bölgeye yapılacak aktif satışları kısıtlayabilmesi mümkündür. Bu bölgeye yapılacak pasif satışların kısıtlanması ise anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartan bir ihlal olarak değerlendirilecektir⁴⁹. Öte yan-

48 Bu çerçevede tek satıcının (alıcının) kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenerek, tekrar satış fiyatının yapıcı tarafından belirlenmesi durumunda, söz konusu tek satıcılık sözleşmesi 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınmış olan muafiyetten faydalanamayacaktır. Taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür (2002/2 Sayılı Tebliğ m. 4/1, a).

49 *Başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar "aktif satış" olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak da aktif satış kapsamındadır. Başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklamlar veya promosyonlar da diğer aktif satış yöntemleri arasında sayılabilir. Diğer yandan, başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine götürerek yaparsa dahi, "pasif satış" anlamına gelmektedir. Medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, pasif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. İnternet ve benzeri yollarla yapılan satışlar da genellikle pasif satıştır. Ancak, başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilere elektronik posta gönderilmesi, söz konusu müşterilerden böyle bir talep gelmediği sürece, aktif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. Katalog gönderme suretiyle yapılan satışların değerlendirilmesinde de aynı yaklaşım uygulanacaktır* (Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 9-10, <http://www.rekabet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.12.2017).

dan tek satıcılık sözleşmesine taraf olmayan ve söz konusu ürünleri tek satıcıdan satın almış bulunan müşterilerin, söz konusu ürünleri aktif-pasif satış ayrımı olmaksızın tek satıcıya tanınmış olan tekel bölgesi içerisinde satmalarının engellenmesi de mümkün olmayacaktır.

Netice itibarıyla tek satıcılık sözleşmelerine üçüncü kişilerin paralel ticaret hakkını kısıtlayıcı ve mutlak tekel sağlamaya yönelik olarak konulacak hükümler, Kanunun 4. maddesine aykırılık teşkil edecek ve geçersiz sayılacaktır. Bu tür sözleşmelerin, grup muafiyeti tebliğlerinden yararlanmaları da mümkün olmayacaktır. Öte yandan Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde yer alan "*ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması*" koşulunu yerine getiremeyen tek satıcılık sözleşmelerinin 5. maddeye göre bireysel muafiyet almaları da mümkün olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Ateş, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirel Bir Bakış” *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Etkisi*, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR yayınları No. 20, Ankara, 1996
- Arkan, Sabih, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, *Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan*, Ankara, 1998, s.197-208
- Arsebük, Esat, *Borçlar Hukuku*, Üçüncü Bası, Ankara, 1950
- Aslan, İ. Yılmaz, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara, 1992
- Aslan, İ. Yılmaz *Rekabet Hukuku*, Teori-Uygulama-Mevzuat, Genişletilmiş 5. Basım, Bursa, 2017
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 22. Bası, Ankara, 2017
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Birinci Kitap, Ankara, 1979
- İnan, T. Nurkut, “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, *Batider*, C. XVII, S.2’den Ayrı Bası, İstanbul, 1993, s.55-78
- İşgüzar, Hasan, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Ankara, 1989
- Karayalçın, Yaşar, İnhisari Satış Sözleşmesi-Butlan, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler*, Ankara, 1975
- Kayıhan, Şaban, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 4. Baskı, Ankara, 2011
- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 1979
- Pınar, Hamdi, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2017
- Schwarz, Andreas B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, çeviren: Davran, B., C. I, İstanbul, 1948
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. III
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Ankara, 1984
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 1985
- Tandoğan, Haluk, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, *Batider*, C. XI, S. 4, İstanbul, 1982, s.1-36
- Tekil, Fahiman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 1997
- Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul, 2012
- Teoman, Ömer, “Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanacağı”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X*, Ankara, 1993, s.25-40
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, C. I, cüz 2: Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1963

- Von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukuku* 1.2, çeviren: EDEGE, Cevat, Ankara, 1983
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2016
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul, 2014

Elektronik Kaynaklar

- Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 9-10, <http://www.rekabet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.12.2017)

ÖZ

Tek satıcının sahip olduğu tekel hakkının, yer, zaman ve sözleşme konusu olan mallar bakımından sınırlanması gerekir. Yapımcı ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmayan üçüncü kişilere karşı ise tek satıcının, yapımcı ile aralarında yapılmış olan tek satıcılık sözleşmesine dayanarak ileri sürebileceği herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Doktrinde, bazı durumlarda tek satıcının tekel hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesinin sözleşme dışı sorumluluk kurallarına ve özellikle TTK'daki haksız rekabet hükümlerine göre mümkün olabileceği kabul edilmiştir.

Yapımcıdan satın aldığı malları, hiçbir değişiklik yapmadan kendisine bırakılan bölgede yapımcının markası ile yeniden satan tek satıcının, tek satıcılık hakkını 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerine dayanarak üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi de mümkün değildir.

Tek satıcılık sözleşmelerine üçüncü kişilerin paralel ticaret hakkını kısıtlayıcı ve mutlak tekel sağlamaya yönelik olarak konulacak hükümler, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırılık teşkil edecek ve geçersiz sayılacaktır. Bu tür sözleşmelerin, grup muafiyeti tebliğlerinden yararlanmaları da mümkün olamayacaktır.

Anahtar kelimeler: Tek satıcı, tekel hakkı, sözleşme dışı sorumluluk, haksız rekabet, marka hakkının tüketilmesi.

İsviçre İcra İflas Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış*

An Overview of the Ordinary Concordat Clauses of the Swiss Bankruptcy and Enforcement Law

Serdar KALE**

ABSTRACT

In the Swiss Bankruptcy and Enforcement Law, the provisions of the concordat within the court are regulated in Articles 305 to 332. Significant changes were made in concordat law with the new provisions that entered into force on 1 January 2014. With these amendments, it was aimed not only to facilitate the conditions of concordat, but also to improve the financial condition of the concordat party. The arrangements made in the concordat section are intended to protect the creditors, debtor and public interests from different angles. If the debtor gets better, the assets values will be protected from execution and bankruptcy proceedings; the creditor will be able to achieve more than the amount to be handed over as a result of bankruptcy liquidation; employment will continue to contribute to the economy of the country. In this study, the in-court ordinary concordat system of the Swiss Bankruptcy and Enforcement Law will be tried to be outlined taking into consideration the recent changes in the Law.

Keywords: Concordat, Swiss Bankruptcy and Enforcement Law, improvement of debtor, reconstruction agreement.

Genel Olarak

İsviçre İcra İflas Kanunu'nda mahkeme içi konkordato hükümleri 305 ile 332 inci maddeler arasında düzenlenmiştir. 1 Ocak 2014 yılında yürürlüğe giren yeni hükümler ile de konkordato hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, yalnızca konkordatonun tasdiki koşulları kolaylaştırılmamış, aynı zamanda borçlunun içinde bulunduğu mali durumun iyileştirilmesi de hedeflenmiştir. İsviçre hukukunda konkordato hukukunda yapılan değişiklikler

* Makale gönderim tarihi: 05.12.2017. Makale kabul tarihi: 13.12.2017.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

ile alacaklı, borçlu ve kamu menfaati farklı açılardan korunmak istenmiştir. Borçlunun iyileşmesi gerçekleşirse, malvarlığı değerleri icra ve iflas takiplerinden korunacak; alacaklı iflas tasfiyesi sonucunda eline geçecek değerden daha fazlasına kavuşabilecek; istihdamın devam etmesi ile de ülke ekonomisine katkı sağlanacaktır.

2014 yılında yürürlüğe giren değişikliklerde öne çıkan hususlardan ilki, yalnızca imtiyazlı alacaklar ile konkordato mühleti içerisinde komiserin onayıyla oluşan alacaklar için teminat koşulunun aranması, diğer alacaklar bakımından teminat gösterilmesinin artık gerekli olmamasıdır (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Her ne kadar imtiyazsız alacaklılar bakımından teminat koşulu yasal olarak aranmasa da, borçlu ve alacaklı bu alacak türleri bakımından da teminat koşulunun yerine getirilmesini kararlaştırabilirler. Konkordatonun tasdik edilebilmesi için teminat koşulunun hafifletilmiş olması, zaten güç durumda bulunan borçlunun konkordato sürecinde daha rahat hareket edebilmesine imkân sağlayacaktır. Teminat koşulunun hafifletilmesiyle ayrıca konkordatonun tasdik edilmesinin önündeki önemli bir engel de kaldırılmış olacaktır.

Konkordato hükümlerinde yapılan bir diğer önemli değişiklik ise, şirket ortaklarının şirkete iyileşmesine belirli ölçülerde katkı sağlamak zorunda olmalarıdır (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Böylece, konkordato sürecinde fedakarlıklarda bulunan alacaklılar ile iyileştirmeye katkı sağlayacak şirket ortakları arasında fedakarlık denkleştirilecektir.

İsviçre İcra İflas Kanunu'nda konkordato talep eden borçlunun taraf olduğu sürekli sözleşmeler bakımından da önemli değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik uyarınca, komiserin onayı ve karşı tarafın sözleşmenin feshi sebebiyle uğrayacağı zararların karşılanması koşuluyla süreli sözleşmeler tek taraflı olarak feshedilebilecektir (Art. 297a SchKG).

Konkordato mahkemesinin, komiserin denetlenmesi amacıyla alacaklılar komitesi oluşturabilmesi de, bu bölümde yapılan esaslı değişikliklerden birisidir (Art. 295a SchKG). Alacaklılar komitesi, konkordato mühleti içerisinde komiseri denetleyip, konkordato sürecinde söz sahibi olabilecek ve bir anda ortaya çıkabilecek iflas tehlikesine karşı alacaklılar hazırlıksız yakalanmayacaklardır.

Değişikliklerde ön plana çıkan bir başka husus, kesin süreden önce borçluya geçici süre verilmesinin zorunlu hale gelmesi ve mahkemenin, açık bir iyileşme umudu taşımayan veya tasdik edilemeyeceği açıkça belirli olan konkordato sözleşmeleri dışında derhal geçici mühlet kararı verecek olmasıdır (Art. 293a Abs. 1 ve Abs. 3 SchKG).

Konkordato sözleşmesinin onaylanmaması veya borçlunun iyileşmesinin gerçekleşmeyeceği ihtimalinde mahkemenin re'sen iflasın açılmasına karar vere-

ceği durumların geniş bir şekilde düzenlenmesi de yeni değişikliklerdeki önemli hususlardandır (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 309 SchKG).

Tüm bu değişikliklerle birlikte söylenebilecek belki de en temel değişiklik, yeni hükümlerle konkordatonun, konkordato sözleşmesiyle ve dolayısıyla konkordatonun tasdiki ile sonuçlanmasına gerek bulunmadan yalnızca mühletin hüküm ve sonuçlarından yararlanmak amacıyla talep edilebilecek olmasıdır¹. Sadece mühletin hüküm ve sonuçlarından yararlanmak amacıyla başvuru yapılması halinde, borçlunun konkordato sözleşmesi sunmasına gerek yoktur². Bu halde borçlu, sadece zaman kazanma amacıyla hareket etmektedir. Borçlu bu faraziye konkordato sözleşmesi sunmasa da geçici bir iyileştirme planı sunmak zorundadır. Mahkeme, konkordato sözleşmesi olmaksızın iyileşmenin mümkün olamayacağını anlarsa bu durumda mühlet kararını kaldırabilecektir³.

İsviçre hukukunda yapılan değişikliklere genel olarak bakıldığında şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: Konkordato süreci sadece zorunlu olarak konkordato anlaşmasının kabul edilmesi veya sürecin iflasla neticelenmesine hizmet etmemektedir; aksine konkordato, sadece mühletin hüküm ve sonuçlarından yararlanmak amacıyla da başlatılabilir⁴. Bununla birlikte, konkordato hukukunda yapılan değişiklikler, alacaklıların sürece katılımlarını kolaylaştırmış; konkordatonun tasdik ise önceki düzenlemeden farklı olarak borçlu lehine daha esnek koşullara bağlanmıştır.

I. Geçici Mühlet

1. Geçici Mühlet Talebi

Konkordato prosedüründe süreç geçici mühlet talebi ile başlamaktadır. Art. 293 SchKG gereğince borçlu veya iflas istemeye yetkili alacaklılar geçici mühlet talebinde bulunabilir. İflasın daha önce açılmış olması faraziyesinde iflas mahkemesi tarafından da dosya konkordato mahkemesine gönderilebilir (Art. 173a Abs 2 SchKG). Konkordato mühlet talebinde bulunabilmek için borca batıklık veya borçlunun aciz halinde bulunması koşulu aranmamaktadır. Mühlet talebi için borca batıklık veya aciz halinde bulunma koşulu aranmadığı için borçlu henüz aciz halinde değilken veya borca batıklık gerçekleşmeden de konkordato sürecine dahil olabilecek, bu şekilde de borçlu, çok daha zor mali koşullar oluşmadan konkordato sürecini başarıyla atlayabilecektir⁵. Bu noktada belirt-

1 Karl Spühler, Annette Dolge, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, Zürich 2014, s.130.

2 Spühler, Dolge, s. 134.

3 Spühler, Dolge, s. 134.

4 Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs-&Konkursrecht*, 2. Auflage, s. 431.

5 Kostkiewicz, s. 433.

mek gerekir ki, konkordatoyu talep edebilecek olan alacaklı, borçlunun iflasını isteyebilecek olan alacaklıdır. Bu kimse, iflas yoluyla takip başlatarak borçlunun iflasını isteyen alacaklı olabileceği gibi, doğrudan doğruya borçlunun iflasını talep etme yetkisine sahip alacaklı da olabilir.

Mühlet kararının ana gayesi, borçlunun alacaklıların taarruzundan kurtulmasının sağlanmasıdır. Borçluya bu imkân sağlanırken, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi ise sınırlandırılmaktadır.

Geçici mühlet kararına ilişkin yargılama, çekişmesiz yargı işidir ve basit yargılama usulü uygulanacaktır (Art. 251 ZPO). Mühlet kararını değerlendirirken mahkeme, resen araştırma ilkesini uygulayacaktır.

Konkordato talebini içeren dilekçenin dava dilekçesi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, dava dilekçesinde bulunması gereken hususların bu dilekçede yer alması gerekli değildir. Konkordato dilekçesinde borçlu, komiser olarak görmek istediği kişinin ismini de belirtebilir. Geçici mühlet kararının ilan edilmemesini isteyen borçlunun, bunu da dilekçesinde göstermesi gerekmektedir.

Geçici mühlet talebinde, iyileşmenin gerçekleşeceği veya konkordato sözleşmesinin onaylanacağı konusunda açık bir umutsuzluğun bulunmaması gerekmektedir.

Aktüel bilanço, gelir gider tablosu, borçlunun mevcut gelirlerini, kazançlarını gösteren tablolar geçici mühlet talebine eklenmesi gereken belgelerdir (Art. 293 SchKG). Bilançoların ve gelir gider tablolarının muhasebe kurallarına uygun olması gerekmektedir. Denetim kuruluşlarının hazırlayacağı rapor, konkordato talebinde bulunmak için gerekli olan belgeler arasında sayılmamıştır.

Geçici konkordato projesi ve bununla birlikte sunulan belgelerin açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Geçici konkordato projesini, borçlunun iyileşmesinin nasıl gerçekleşeceğinin genel bir fotoğrafı olarak görmek gerekir. İlk adım olarak kabul edilen geçici iyileştirme projesi ile iyileştirme planı konusunda yüksek bir beklenti içinde bulunulmamalıdır. İyileşmenin gerçekleşeceği kısa bir inceleme ile ortaya çıkıyorsa geçici mühlet kararı verilmelidir. Bu bağlamda projede, konkordato sürecinde ve özellikle tasdikten sonraki dönemde nakit akışının kaynağı hakkında konusunda ve özellikle borçlunun uygulayacağı tasarruf tedbirleri hakkında somut verilerin bulunması yeterlidir. Örneğin, konkordato talep eden kişi, ödeyeceği kira bedellerinde indirim yapılacağını söylemişse, kiraya verenin neden bu indirimi yapacağını belirtmeli, gerekirse kiraya verenle bu konuda yaptığı sözleşmeyi, diğer belgelerle birlikte ibraz etmelidir. Bununla birlikte konkordato talep eden, muhtemel tasarruf tedbirleri hakkında da gerekçeli olarak bilgi vermelidir. Konkordato projesinde, mevcut ve gelecekteki likidite değişikliği hakkında tablosal bir karşılaştırma yapılmaksızın mahkemece

değerlendirme yapılabilmesi de olası değildir.

Yukarıda da belirtildiği gibi geçici mühlet kararının verilebilmesi için planlanan iyileştirme tedbirlerinin ana hatlarının ortaya konulması ve proje ile, iyileşmenin gerçekleşeceğinin veya konkordato sözleşmesinin onaylanacağını açıkça belirli olması yeterlidir. Devam eden süreçte borçlu, iyileştirme projesini detaylandırabilmeli ve iyileştirme çabaları hakkında mahkemeye ve komisere bilgi vermelidir. Projede, alacaklıları cezbedecek, onların bu projeyi kabul etmesini kolaylaştıracak hususların yer alması önemlidir.

Zürih konkordato mahkemesi, yeni bir şirket kurularak iyileştirme sağlanacağı belirtilen bir konkordato projesinde, konkordato talep eden şirketin borçlarının yeni şirket tarafından üstlenilmediği gerekçesiyle geçici mühlet talebini kabul etmemiş ve geçici mühlet kararı vermemiştir⁶. Bununla birlikte mahkeme başka bir olayda, konkordato talep eden şirketin başka bir şirket tarafından satın alınacağına ilişkin somut ve gerçekçi bir projeyi kabul ederek, geçici iyileştirme süresi verilmesine ilişkin talebi kabul etmiştir⁷.

Konkordato talebi ile ibrazı gereken belgelerde eksiklik bulunması halinde mahkeme, bu belgelerin ibraz edilmesi için ilgiliye bir süre verecektir. Belgelerin eksikliği halinde mahkemenin konkordato talebi ile ilgili yargılamaya başlamaması ve konkordato talebini reddetmesi gerekmektedir. Bu aşamada henüz konkordato talebinde bulunan borçlunun mali yapısı tam olarak ortaya konulmadığı için onun iflasına karar verilebilmesi de mümkün olmayabilir. Fakat mevcut belgelerden konkordato talep edenin iflasının koşulları oluşmuş ve açık bir şekilde konkordatonun tasdik edilemeyeceği veya iyileşme ümidinin bulunmadığı anlaşılmakta ise mahkemece borçlunun iflasına karar verilmelidir.

2. Geçici Konkordato Komiseri

Art. 293b SchKG gereğince, konkordato projesinin onaylanmasını veya iyileştirme umudunu ihtimal dahilinde gören mahkeme bir veya birden fazla geçici komiser tayin edebilir. Komiserin veya komiserlerin tayini, geçici mühlet kararının verilmesiyle aynı anda olacaktır. Bu madde gereğince dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin komiser atayabilmesi için çok detaylı bir inceleme yapmasına gerek bulunmadığıdır. Mahkemenin yapacağı ön inceleme neticesinde komiser tayin edilebilir. Borçlunun, komiser olarak atanmasını istediği kişilerin ismini bildirebilmesi mümkündür, fakat mahkeme, borçlunun bu talebi ile bağlı olmaksızın komiser görevlendirmesi yapabilecektir. İsviçre uygulamasında, ge-

6 Natalie V. Stauber, Philip Talbot, "Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht", *AJP*, 2017, s. 874.

7 Stauber, Talbot, s. 874.

cikmelerin önüne geçmek amacıyla komiserin borçlu tarafından önerilmesi sıklıkla karşılaşılan bir yöntemdir⁸. Borçlunun tercihinden farklı bir komiser tayin eden mahkemenin, bu hususu gerekçelendirmesi gerekir. Gerek mahkeme tarafından resen seçilecek gerekse de borçlu tarafından önerilen komiserin tercih edilmesinde dikkat edilmesi gereken husus, komiser olarak görevlendirilecek kişinin iyileştirme hukuku, konkordato süreci hakkında bilgi sahibi olması gerektiğidir. Konkordato sürecinden haberdar olmayan bir kişinin komiser olarak atanması, beklenen sonucu veremeyecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir başka husus, komiserin borçlu şirketin faaliyet alanı hakkında da bilgi sahibi olmasının gerekliliğidir.

Konkordato sürecinde komiser borçludan bağımsız olarak hareket eder. Komiserin borçlu ile bir bağlantısının bulunmaması gerekir. Kamu hizmeti gören komiserin, alacaklılar ile borçlu arasındaki dengeyi sağlaması zorunludur. Başlangıçta bağımsız olan komiserlerin süreç içinde borçluya karşı bağımsızlıklarını yitirmeleri ve borçluya daha yakın bir pozisyon almaları olasılık dahilindedir. Bu gibi durumlara mâni olmak amacıyla komiserin başlangıçtaki bağımsızlığı yeterli olmamalı, mahkemenin, komiserin konkordato süreci içerisindeki bağımsızlığını sıklıkla denetlemesi gerekmektedir. İsviçre’de, tüzel kişilerin komiser olarak tayin edilmesi kabul edilen bir uygulamadır⁹. Bu halde, komiser olarak tayin edilen tüzel kişi temsilcisinin belirlenmesi, sorumluluk açısından önemli olabilecektir.

Komiserin atanması kararı, sicile bildirilecek ve ücreti de mahkeme tarafından belirlenecektir.

Görevlendirilen komiser, borçluyu kontrol edecek ve üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyacaktır. Geçici mühlet içerisinde komiser, borçlunun iyileştirme tedbirlerine nezaret edecektir. Konkordato projesinin onaylanabilip onaylanmayacağı hususu da bu süreçte komiser tarafından değerlendirilecektir. Komiser ayrıca borçlunun iyileşme umudunun varlığı veya yokluğu konusunda gerekli raporları hazırlayıp mahkemeye sunacaktır.

Art. 293b Abs 2 SchKG gereğince mahkeme gerekli koşulların oluşması halinde komiserin görevine son verebilecektir. Komiserin davranışları ile iyileşmenin zorlaşacağı veya imkânsız hale gelebileceği öngörülüyorsa veya komiser güven kırıcı davranışlar içerisindeyse, komiserin görevine son vermek için gerekli koşullar oluştuğu söylenebilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, komiserin ücretinin ödenmemesi, iyileşmenin artık neredeyse imkânsız halde olduğunu göstermekte olup, iflasın açılması sebebi olarak da kabul edilebilir.

8 Stauber, Talbot, s. 877.

9 Stauber, Talbot, s. 877.

3. Geçici Mühlet Kararı

A. İvedi Karar

Art. 293a SchKG gereğince mahkeme geçici mühlet hakkında gecikmeksizin bir karar vermek zorundadır. Geçici mühlet kararının verilebilmesi için ya borçlunun iyileşmesi umudunun bulunması ya da konkordato sözleşmesinin onaylaması ihtimalinin varlığı gerekmektedir. Geçici mühlet kararı verilebilmesi için bu koşulların dışında, somut olayın özelliklerine göre başkaca kriterler de dikkate alınabilir. Örneğin, borçlunun tasarrufun iptali davasının konusu olabilecek eylemleri geçici mühlet kararı verilmesine mâni olabilecektir¹⁰. Yine istihdamın korunması düşüncesi, bir önceki örnekten farklı olarak, bu kez geçici mühlet kararı verilmesinin sebeplerinden birisi olabilecektir.

Gecikmeksizin geçici mühlet kararı veren konkordato mahkemesi, geçici mühlet kararı ile birlikte borçlunun mallarının korunması için gerekli tedbir kararları da verebilir. Örneğin mahkeme geçici mühlet kararı ile borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlayarak, borçlunun, belirli bir rakamın üzerindeki işlemlerini komiserin yazılı onayına tabi tutabilir. Yine benzer bir tedbir kararı olarak, borçlunun borçlularının komiserin denetiminde kullanılabilen banka hesap numaralarına ödeme yapmaları istenebilir. Borçlunun mallarının envanterinin tutulması da borçlunun malvarlığının korunması yönünde bir tedbirdir.

Gecikmesizin kararın verilmesinden anlaşılan, belgelerin mahkemeye ibrazından itibaren maksimum iki veya üç gün içinde geçici mühlet kararının verilecek olmasıdır¹¹. Mahkemenin karar konusunda kısa bir gerekçe oluşturması yeterlidir. Konkordato mühletinin başlangıcı için mahkeme kararının taraflara resmi olarak tebliği aranmamakta, faks ile bildirilmesi yeterli görülmektedir.

İsviçre İcra İflas Kanunu sistematüğinde geçici mühlet kararının verilebilmesi ve muhafaza tedbirlerinin alınabilmesi için borçlunun dinlenilmesi öngörülmüştür. Belgelerde bir eksiklik bulunması halinde ve mahkeme tarafından da gerekli görülüyorsay, konkordatonun tasdiki yargılamasının hızlı bir yargılama süreci olduğu da unutulmadan borçlunun dinlenilebilmesinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir.

Art. 293a Abs 2 SchKG gereğince geçici mühlet süresi maksimum dört aydır. Geçici mühlete ilişkin işlerde resen araştırma ilkesini uygulanacağından, mahkeme, borçlunun talebiyle bağlı olmadan geçici mühlet süresi olarak dört aydan daha kısa bir süre de borçluya verebilecektir.

Geçici mühlet kararının etkileri kesin mühlet kararının etkileri gibidir (Art.293c Abs1 SchKG).

¹⁰ Kostkiewicz, s. 437.

¹¹ Kostkiewicz, s. 436.

B. Açık Bir Başarısızlık Durumu

Borçlunun iyileşme umudunun bulunmaması veya konkordato sözleşmesinin onaylanmasının mümkün olmadığını açıkça anlaşılması halinde mahkeme, re-sen borçlunun iflasına karar verecektir (Art. 293a Abs 3 SchKG). Görüldüğü gibi, geçici mühlet talep eden borçlular iflas riskini de göze almak zorundadırlar. Bu riskin tabi bir sonucu olarak borçlu, geçici mühlet talep etmiş iken kendisini hızlı bir iflas sürecinin içinde bulabilecektir.

C. Mühlet Kararının İlanı ve Gerekli Yerlere Tescili

Geçici mühlet kararı ile birlikte bu kararın ilan edilmesi gerekmektedir (Art. 293c Abs 1 SchKG). Geçici mühlet kararının ilanı kural olmakla birlikte, geçici mühletin sonuna kadar bu ilanın yapılmamasına ve ilgili yerlere bildirilmemesine mahkemece karar verilebilir. İlanın yapılmaması ve mühlet kararının ilgili yerlere bildirilmemesi borçlunun talebi ve alacaklıların menfaatlerinin korunması koşuluyla mümkün olabilir (Art. 293c Abs 2 SchKG). İlan ile iyileşme amacına halel gelecek bir durum ortaya çıkacak ise ilanların ve bildirimlerin yapılmaması mümkün olabilecektir. Özellikle, teminath alacaklıların konkordato talebi ile harekete geçecek olmaları, borçlunun iyileştirme araçlarından mahrum kalmasına sebebiyet verecektir. İlanların ve bildirimlerin yapılmayacak olması istisnai bir haldir ve bu istisnai halin dar bir uygulama alanı bulması gerekir. İyileştirme planı sağlam temellere dayanmakta ise veya konkordato projesinin uygulanabilirliği açık ise bu durumda ilanların yapılmaması kabul edilebilecektir. İyileştirme planının belirsiz olduğu hallerde geçici mühlet kararının ilan edilmemesine yönelik talep reddedilmelidir. Geçici mühlet kararı ilan edilmese dahi mühletin kaldırılması kararı, kesin mühlet veya konkordato sözleşmesinin tasdiki kararı ilan edilmek zorundadır. Geçici konkordato mühletinin ilan edilmeyecek olması, konkordato mühletinin ilgili yerlere bildirilmesini de geciktirecektir. Aksinin kabulü, yani ilanın yapılmayacak olmasına rağmen gerekli yerlere bildirimlerin yapılması, ilanın yapılmamasından beklenen faydayı bertaraf edecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise geçici mühlet kararına rağmen borçluya karşı takiplerin başlatılabilecek olmasıdır. Çünkü ilan yapılmadığı için alacaklılar borçluya mühlet verildiğinden haberdar değildirler. Her ne kadar borçluya karşı icra takibi başlatılacak olsa da bu takibe devam edilebilmesi mümkün olmayacaktır.

D. Geçici Mühlet Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Geçici mühlet talebinin kabulü ve geçici konkordato komiserinin tayini kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânı bulunmamaktadır (Art. 293d SchKG). Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, alacaklıların geçici mühlet kararından önce

dinlenmeleri de mümkün değildir. Her şeyi olumlu devam eden konkordato sürecinde alacaklılar ilk olarak, kesin mühlet kararının kaldırılmasına karşı kanun yoluna başvurabileceklerdir. Geçici mühlet talebinin kabulüne karşı kanun yoluna başvuru imkânı bulunmamakla birlikte talebinin reddi kararına, borçlu veya konkordatoyu talep eden alacaklı karşı kanun yoluna başvurabilir. Geçici mühlet talep eden tarafın, talebinin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurmakta hukuki yararı bulunmaktadır.

II. Kesin Mühlet

1. Kesin Mühlet Yargılamasına Genel Bir Bakış

Geçici mühletin hitamını müteakip, kesin mühlet süresi başlayacaktır. Mahkeme, geçici mühlet süresi içinde kesin mühlet hakkındaki kararını vermemelidir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse geçici mühlet kararı bitmeden kesin mühlet hakkında bir karar verilmelidir. Mühlet kararının etkilerini doğurabilmesi için kararın ilan edilmesine veya ilgililere duyurulmasına gerek yoktur. Kararla birlikte mühletin etkileri ortaya çıkacaktır. Mühlet kararı, tıpkı iflas kararında olduğunu gibi “derhal etkili” kararlardandır.

Kesin mühlet kararından önce mahkemenin borçluyu ve gerekirse talep sahibi alacaklıyı dinlemek için davet etmesi gerekmektedir (Art. 294 Abs.2 SchKG). Mahkeme diğer alacaklıları da davet edebilir. Söz konusu duruşmaya geçici komiser de katılarak, yazılı veya sözlü rapor sunabilir. Kesin mühlete ilişkin yargılamada da mahkeme basit yargılama usulünü uygular.

Mahkemenin kesin mühlet kararını onaylayabilmesi için ya borçlunun iyileşme ümidi ya da konkordato sözleşmesinin onaylanması ihtimalinin/ümidinin bulunması gerekmektedir (Art. 294 Abs.1 SchKG). Mahkemenin bu kararında objektif kriterler önem arz etmektedir. Bu bağlamda komiser raporunun özel bir önemi bulunmaktadır.

Kesin mühlet kararı ile birlikte bir veya birkaç konkordato komiseri görevlendirilir. Mahkeme bu görevlendirme ile birlikte komisere ödenecek ücreti de belirler. Mahkeme koşulların gerektirmesi halinde alacaklılar komitesi oluşturur ve bu durumda alacaklılar komitesi üyelerinin alacağı ücreti de belirler (Art. 295a Abs.1 SchKG).

Geçici mühlet kararından farklı olarak kesin mühlet kararının ilan edilmesi ve gerekli yerlere (icra daireleri, ticaret sicili ve tapuya) gecikmeksizin bildirilmesi zorunludur (Art. 296 SchKG).

Konkordato sözleşmesinin onaylanmaması veya iyileşme ümidinin bulunmaması halinde borçlunun resen iflasına karar verilecektir (Art. 294 Abs.3 SchKG).

Mahkeme, dört aydan altı aya kadar bir zamanı kesin mühlet olarak borçluya

verilebilecektir (Art. 294 Abs.1 SchKG). Kesin mühlet süresi olarak dört ay ile altı ay arasında bir zaman belirlenirken, somut olayın özellikleri dikkate alınacaktır. Borçlunun alacaklılarının sayısının oldukça fazla olduğu hallerde veya borçlu şirketin iktisadi yapısının karmaşık bulunduğu durumlarda, kesin mühletin kanunda öngörülen üst sınırı borçluya verilebilecektir.

2. Konkordato Komiserinin Tayini ve Görevleri

Kesin mühlet kararı ile birlikte bir veya birkaç konkordato komiseri görevlendirilir (Art. 295 Abs.1 SchKG).

Mahkemece görevlendirilen komiserin görevleri şu şekildedir:

- Konkordato sözleşmesinin tasarlanması,

(Şayet borçlu konkordato sözleşmesi hedeflememişse, artık sözleşmenin tasarlanmasına gerek bulunmamaktadır.)

- Borçlunun ticari faaliyetlerinin kontrol edilmesi,

- Borçlunun malvarlığı değerlerinin envanterinin tutulması ve malvarlıklarının değerlendirilmesi,

- Alacaklıların toplantıya çağırılması,

- Alacaklılar toplantısının yapılması,

- Komiser raporlarının mahkemeye sunulması,

- Alacaklıların sürecin gidişatı hakkında bilgilendirilmesi,

- Geçici mühlet süresinin uzatılması dilekçesinin sunulması.

Komiserin yukarıda sayılan tüm bu görevleri, konkordatonun tasdiki yargılamasının ön hazırlıklarıdır. Mahkeme bu görevlerin dışında başkaca görevleri de komisere yükleyebilir. Örneğin borçlunun ticari faaliyetlerini bizzat komiser yapabilir veya komiser borçluyu temsil edebilir. Komiserin bu aşamada ortaya çıkan önemli bir görevi de alacaklıların çağırılmasından sonra oluşan yeni duruma göre konkordato sözleşmesinin yeniden düzenlenmesidir.

3. Alacaklılar Komitesi

İsviçre İcra İflas Kanunu'nda son yapılan değişikliklerle, konkordato sürecinin bir organı olarak alacaklılar komitesi ihdas edilmiştir. Bu komitenin oluşturulması konkordato mahkemesinin inisiyatifindedir. Mahkeme, konkordato sürecine katkı sağlayacağını düşünüyorsa alacaklılar komitesinin oluşturabilir. Özellikle komplike konkordato süreçlerinde, bu komitenin varlığı yararlı olabilmektedir. Alacaklı kategorilerine göre oluşturulan ve temsil edilen bu komite, denetim ve yardım organı görevini üstlenmektedir. Alacaklı kategorilerinin oluşumunda basit bir şekilde Art. 219 SchKG (İİK m.206) hükmü dikkate alınabilir. Özellikle de işçiler, sosyal sigortalar, emekli sandığı, bankalar, tedarikçiler

ve devlet alacaklılar komitesinde yer alabilir¹². Bu komitede kimin hangi oranda temsil edileceği tamamıyla mahkemenin takdirinde olan bir husustur.

Bu şekilde oluşturulan alacaklılar komitesi, komiseri denetleyebileceği gibi komisere tavsiyelerde de bulunabilir (Art. 295a Abs.2 ve Abs.3 SchKG). Belirtmek gerekir ki, komiser bu tavsiyelerle bağlı değildir, tavsiyeleri somut olaya göre değerlendirebilir.

4. Kesin Mühlet Kararı ve Etkileri

Yukarıda belirtildiği üzere kesin mühlet koşullarının oluştuğunu düşünen mahkeme, dört aydan altı aya kadar kesin bir süreyi borçluya verebilecektir (Art. 294 Abs.1 SchKG). Kesin mühlet kararı, mahkemece verilen kesin mühlet kararı içinde komiserin dilekçesiyle 12 aya kadar uzatılabilir. Kompleks hallerde bu süre 24 aya kadar çıkabilmektedir (Art. 295b Abs.1 SchKG). Kesin mühletin 12 aydan daha fazla süreyle uzatılması halinde, komiser, alacaklıları olağanüstü toplantıya çağırmalıdır. Bu toplantının gerçekleştirilmesi için kesin mühlet kararının onaylanmasından itibaren dokuz ayın geçmiş olması gerekmektedir. Bu alacaklılar toplantısında alacaklılar komitesinin yapısı değişebileceği gibi yeni bir komiser de atanabilir.

Kesin mühletin sona ermesinden önce borçlunun mali durumunun iyileşmesi halinde mahkeme mühlet kararını resen kaldırır ve bu durumu ilan eder (Art. 296a Abs.1 SchKG). İyileşme sebebiyle mühletin kaldırılması yönündeki kararda komiserin olumlu raporu önem taşımaktadır. Mahkeme burada basit yargılama usulünü uygulayacaktır ve kararından önce borçluyu ve talep sahibi alacaklıyı dinlemek için davet edebilecektir. Yargılamada gerekirse diğer alacaklılar da dinlenebilir. Süreçte komiser de raporunu sözlü veya yazılı olarak sunacaktır. Mühletin kaldırılmasına ilişkin karara karşı kanun yolu imkânı açıktır.

Mühletin dolmasından önce iyileşme sebebiyle mühlet kararının kaldırılması mümkün olduğu gibi mühletin dolmasından önce iyileşmenin gerçekleşmemesi sebebiyle borçlunun iflasına da karar verilebilir. Art. 296b SchKG gereğince mahkeme iflas kararını;

- Borçlunun malvarlığını korumak için gerekli ise (özellikle artık borçlunun ticari faaliyetlerine devam edemeyecek durumda olması),

- Açık bir şekilde iyileşmenin veya konkordato sözleşmesinin onaylanmayacağına belirli olması halinde,

- Borçlunun komiserin talimatlarına aykırı davranması durumunda verebilecektir.

12 Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar Schuldbeitreibung und Konkursgesetz*, 2. Auflage, Art 295a, Rdn. 8.

Konkordato mühleti içinde borçluya karşı takip başlatılamayacağı gibi daha önce başlamış olan takiplere de devam edilemeyecektir (Art. 297 Abs.1 SchKG). Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler bu aşamada duracaktır (Art. 297 Abs. 6 SchKG). Konkordato mühleti içerisinde rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipler başlayacağı gibi başlamış takiplere devam edilebilir, fakat bu takipler sebebiyle muhafaza ve satış işlemlerinin yapılabilmesi mümkün değildir (Art. 297 Abs.1 SchKG). Konkordato mühleti içerisinde borçluya ait mallar üzerinde hapis hakkının kullanılması veya yine borçlu malları üzerinde diğer teminatların tatbik edilmesi mümkün değildir.

Mühlet kararının onaylanmasından önce yapılan ve fakat mühletten sonra talep edilebilir hale gelen alacak temlikleri geçersizdir (Art. 297 Abs.4 SchKG).

Konkordato mühlet kararı, iflasta olduğu gibi devam eden adli ve idari davaların durmasına sebep olacaktır (Art. 297 Abs.5 SchKG). İstisnai olarak acele hallerde bu davalar durmayacaktır. Acele hallere örnek olarak ivedi ihtiyati tedbirler gösterilebilir.

Mühlet kararı içerisinde rehinli alacaklar hariç olmak üzere diğer alacaklar bakımından faiz işlemeyecektir (Art. 297 Abs.7 SchKG). Adi alacaklar bakımından da faizin işlemeye devam edeceği hususu konkordato sözleşmesinde kararlaştırılabilir.

İflastaki sıkı takas yasakları konkordato mühletinde de geçerli olacaktır (Art. 297 Abs.8 SchKG).

Yine borçlunun para borcu dışındaki borçları iflas tasfiyesinde olduğu gibi para borcuna dönüşecektir. Komiser, borçlunun yerine sözleşmeye dahil olmakta fayda görürse o zaman taraflar arasındaki sözleşme aynen devam edecektir (Art. 297 Abs.9 SchKG).

İflastan farklı olarak konkordato mühleti ile borçlu ticari faaliyetlerine devam etmektedir. Fakat bu faaliyetlerine komiserin nezareti ile devam edecektir. Bu itibarla borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı söylenebilecektir. Mühlet kararı ile borçlunun bazı eylemleri kanunen yasaklanmıştır. Fakat bu yasaklama mutlak bir yasaklama değildir, borçlu bazı eylemleri mahkemenin veya alacaklılar komitesinin yetkilendirmesi ile yapabilecektir. Genel kural bu olmakla birlikte borçlunun bazı tasarrufları bakımından mutlak bir engel bulunmaktadır. Art. 298 Abs.2 SchKG gereğince borçlunun, malvarlığını devredebilmesi, rehin tesis edilmesi, kefil olabilmesi, ivazsız tasarruflarda bulunabilmesi, mahkemenin veya alacaklılar komitesinin iznine tabidir. Bu gibi önemli tasarruflara izin verilebilmesi için de borçlunun ticari hayatının devamı bakımından bu tasarrufların zorunluluk arz etmesi gerekir. Mahkeme veya alacaklılar komitesi bu tür izinleri verirken alacaklıların menfaatlerini öncelikli olarak değerlendirmek

zorundadırlar¹³. Borçlu ile hukuki ilişki içinde bulunan iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı olacaktır. Üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları pek mümkün olamasa da özellikle mühlet kararının ilan edilmediği hallerde üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları haklı görülebilecektir (Art. 296 SchKG).

5. Borçlunun Taraf Olduğu Sürekli Sözleşmelerin Kesin Mühlet İçinde Sona Erdirilebilmesi

Borçlunun taraf olduğu sürekli sözleşmelerin borçlunun iyileşmesine olumsuz etkilerinin bulunması halinde komiser, sözleşmenin karşı tarafının zararını karşılamak koşuluyla her zaman sözleşmeyi sona erdirebilir (Art. 297a SchKG). Bu fesih, olağanüstü bir fesih imkanıdır¹⁴. Sözleşmenin feshedilmesi sebebiyle, akdın karşı tarafına ödenecek tazminat alacağı, konkordatoya tabi bir alacak olarak kabul edilecektir. Yukarıda belirtildiği gibi sürekli sözleşmelerin sona erdirilmesi komiserin onayına tabidir. Komiser, bu hakkın kötüye kullanılmasına mâni olmak amacıyla ancak iyileşme amacının gerçekleşmesine hizmet edecek veya iyileştirme amacını zorlaştıracak sözleşmelerin fesihlerine onay verecektir. Buradaki tek istisna ise iş sözleşmeleridir. İş sözleşmelerin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir.

III. Mühlet Kararından Sonra Komiser Tarafından Yapılacak İşlemler

1. Genel Olarak

Mahkemenin kesin mühlet kararı ile birlikte mühlet süreci başlayacaktır. Komiser, mahkemece belirlenen konkordato süresi içerisinde borçlunun olası iyileşme durumunu veya konkordato sözleşmesinin onaylanması ihtimalini araştıracaktır. Komiser bu süreçte bir nevi hazırlık işlemleri yapmaktadır¹⁵.

2. Borçlunun Mallarının Envanterinin Tutulması ve Bu Mallarının Değerinin Belirlenmesi

Konkordato komiseri, görevlendirilir görevlendirilmez borçlunun mallarının envanterini tutarak bütün bu malların değerlemesini yapacaktır (Art. 299 Abs.1 SchKG). Her ilgili, mahkemenin mühlet kararından sonraki on gün içinde masraflarını yatırmak koşuluyla yeniden değerlendirme talebinde bulunabilir (Art. 299 Abs.3 SchKG). Alacaklılardan birini talebi doğrultusunda yeniden değerlendirme yapılmış ve bu değerlendirme neticesinde önceki değerlendirme raporuna göre malvarlıklarının değeri önemli ölçüde değişmişse bu değerlendirme için yapılan masraflar borçludan talep edilebilecektir (Art. 299 Abs.3 SchKG).

¹³ Hunkeler, Art 298 Rdn. 1.

¹⁴ Kostkiewicz, s. 451.

¹⁵ Kostkiewicz, s. 455.

3. Alacakların Yazdırılması

Komiser, yapacağı ilanda alacaklıların bir ay içinde alacaklarını bildirmeleri gerektiği, aksi halde konkordato sürecinde oy haklarından mahrum kalacaklarını belirtir (Art. 300 SchKG). Komiser, adresleri bilinen borçlulara mektupla da bu ilanı gönderecektir. Komiser borçlunun bildirilen alacaklar konusundaki görüşünü de almak zorundadır (Art. 300 Abs. 2 SchKG). Bu çağrının amacı borçlunun pasif malvarlığı değerlerini açıklığa kavuşturmaktır. Konkordatoya tabi alacaklar, mühlet kararının ilanından önce var olan veya konkordato sözleşmesinin tasdikinden önce komiserin onayı olmaksızın doğan alacaklardır. Bu kapsamdaki alacaklar arasına olağanüstü fesihle sona eren sürekli sözleşmelerden kaynaklanan tazminat alacakları da girmektedir (Art. 297a SchKG).

Komiser, bildirilen alacakları kayıt etmeden önce borçlunun bu alacaklar hakkındaki görüşlerini de alır ve borçlunun kabul etmediği alacaklar, çekişmeli alacak olarak kayıt edilir. Bu şekilde oluşan çekişmeli alacakların konkordatoya katılıp katılmayacakları, katılacaklarsa da hangi oranda katılacakları konkordato mahkemesi tarafından belirlenecektir (Art. 305 Abs.3 SchKG).

Bu aşamada belirtilmesi gereken bir başka husus ise konkordato sözleşmesini tasdik eden mahkemenin çekişmeli alacaklılara, bu alacakları için yirmi günlük dava açma süresi verecek olmasıdır (Art. 315 Abs.1 SchKG). Alacaklılar bu süre içinde dava açmazlarsa, alacak paylarına düşen teminatlardan mahrum kalacaklardır. Borçlu, dava kesinleşinceye kadar çekişmeli alacaklının payını ayırmak zorundadır (Art. 315 Abs.2 SchKG). Art. 315 Abs.1 SchKG kapsamında açılan davalar sonucunda ortaya çıkan yargılama masrafları, konkordato sözleşmesinin onaylanmasını teminat altına aldığı için, konkordatodan sonra ortaya çıkabilecek iflas halinde masa alacağı olarak kabul edilecektir¹⁶.

IV. Alacaklılar Toplantısı, Konkordato Dosyasının Mahkemeye İbrazı ve Konkordatonun Tasdiki Yargılaması

Konkordato proje taslağının hazırlanmasıyla birlikte komiser, alacaklıları toplantıya çağırır ve toplantıdan en az yirmi gün önce konkordato dosyasının kendileri tarafından incelenebileceğini yapacağı ilan ile belirtilir. Alacaklıların toplantıya çağırıldığı ilan, toplantıdan en az bir ay önce yapılmalıdır. Bu toplantının ilanı da adresi bilinen alacaklılara mektupla gönderilir (Art. 301 Abs. 2 SchKG). Toplantıya komiser başkanlık eder ve komiser, borçlunun gelir giderleri, kısaca mali yapısı hakkında alacaklıları bilgilendirir. Borçlu bu toplantıya katılır ve talep üzerine alacaklılara bilgi verir. Bu toplantıda konkordato projesi alacaklıların onayına sunulur (Art. 302 Abs. 3 SchKG).

¹⁶ Kostkiewicz, s. 456.

Alacaklılar toplantısından sonra, komiser, konkordato projesi hakkındaki görüşleri ile birlikte konkordato dosyasını mahkemeye sunmak zorundadır. Komiser, bu işlemleri kesin mühletin tamamlanmasından önce gerçekleştirmek zorundadır. Komiserin kesin mühlet içinde bu işlemleri gerçekleştirmemesi, mahkemenin konkordato talebini reddetmesini gerektirecektir. Süresi içinde dosyayı alan mahkeme, duruşma gününü ilan ederek alacaklıların duruşmaya gelmelerini sağlamak zorundadır. Alacaklılar bu duruşmaya gelerek konkordato projesine itiraz edebilirler. Belirtelim ki, konkordato projesi mahkemenin tasdik kararına kadar alacaklılar tarafından kabul edilebilir (Art. 305 Abs. 1 SchKG).

Konkordato sözleşmesinin tasdik edilebilmesi için alacaklıların konkordato sözleşmesini kabulü¹⁷ ile birlikte, teklif edilen konkordato sözleşmesinin borçlunun malvarlığı ile orantılı olması, imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tamamını karşılamaya uygun olması, mühlet içerisinde komiserin onayıyla gerçekleşen yükümlülüklerin tamamını karşılayabilecek seviyede olması ve bu iki alacaklı sınıfı açıkça vazgeçmedikleri sürece, alacaklarını karşılayacak tutarın teminat olarak yatırılması gerekmektedir. Mahkeme, yetersiz konkordato sözleşmesini resen araştırma ilkesi gereğince tamamlayabilir (Art. 306 Abs. 3 SchKG).

Konkordatonun tasdik edilebilmesinin önemli bir koşulu ise şirket ortaklarının şirketin iyileşmesine katkı sağlamak zorunda olmalarıdır. Bu koşul 2014 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle kabul edilmiştir. Art. 306 Abs. 1, Ziff 3 SchKG gereğince pay sahipleri, adi konkordato sürecinde ölçülü bir şekilde iyileştirmeye katkı sağlamak zorundadırlar. Bu hüküm ile konkordatonun tasdiki neticesinde borçludan olan alacakları belli oranda azalacak alacaklılar ile şirket pay sahipleri arasında denge kurulması amaçlanmıştır¹⁸. Maddede katkının nasıl olacağı ve ölçünün ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Çoğunlukla kabul edilen görüş, ortakların sermaye artırımına katkı sağlama- larıdır¹⁹. Ortakların şahsi kefaletleriyle şirkete kaynak yaratmaları da bu katkı kapsamında olabileceği gibi devam eden sözleşmelerin feshedilmesinden kaynaklanan tazminatların pay sahipleri tarafından karşılanması da bu çerçevede değerlendirilebilir²⁰. Şirket ortaklarının konkordatoya katkılarının ne oranda olacağına ise mahkeme somut olayın özelliklerine göre karar verecektir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken alacaklıların fedakarlıklarını da göz önün-

17 Sunulan konkordato sözleşmesinin alacaklılar tarafından kabul edildiğinin söylenebilmesi için iki tür nisaptan birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Art 305 Abs. 1SchKG gereğince ya alacaklı çoğunluğu ile birlikte üçte iki alacak çoğunluğunun kabulü ya da dörtte bir alacaklı çoğunluğu ile birlikte dörtte üç alacak çoğunluğunun konkordato sözleşmesini kabulü gerekmektedir.

18 Hunkeler, Art. 306, Rdn. 39.

19 Hunkeler, Art. 306, Rdn. 39.

20 Stauber, Talbot, s. 882.

de bulundurulmalıdır. Art. 306 Abs. 2 SchKG' de hükme bağlanan, mahkemenin dilekçede bulunan yetersiz hükümleri resen tamamlayacağına ilişkin kuralın, pay sahiplerinin iyileştirmeye yapacakları katkı için de geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır²¹. Hunkeler, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 680. maddesinden hareketle mahkemenin böyle bir talebinin mümkün olamayacağı kanaatinde²². İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünde pay sahibinin hangi oranda sorumluluğunun esas sözleşme ile belirlendiği, bunun dışında pay sahiplerinin sorumluluğunun artırılmayacağı belirtilmektedir. Aksi görüş ise, Art. 306 Abs. 2 SchKG hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu'nun 680. maddesine göre daha özel bir hüküm olduğu, bu sebeple de mahkemenin sorumluluğunun tamamlanmasına karar verebileceği yönündedir²³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, pay sahiplerinin iyileştirmeye olan katkılarının eksikliğine veya hiç bulunmamasına rağmen alacaklıların konkordato projesini onaylamaları halinde mahkemenin artık tasdik talebini geri çeviremeyecek olmasıdır. Özellikle iflasa nazaran konkordatonun tasdiki ile daha avantajlı pozisyonda bulunacak olan alacaklılar, pay sahiplerinin katkısı bulunmamasına rağmen konkordatoya onay vermişlerse, artık mahkemenin bu kapsamda bir müdahalesi mümkün olamayacaktır²⁴.

V. Konkordatonun Kabulü veya Reddi Kararı

Mahkeme yargılama sonucunda ya konkordato sözleşmesini tasdik edilecekti ya da reddedecektir. Konkordato sözleşmesinin reddedilmesi halinde mahkeme resen borçlunun iflasın açılmasına karar verir (Art. 309 SchKG). İflasın resen açılması kararına karşı doğrudan başvurulabilecek bir kanun yolu bulunmamaktadır, çünkü borçlu veya talep sahibi alacaklı, konkordato sözleşmesinin tasdik edilmemesi kararına karşı Art. 307 SchKG gereğince kanun yoluna başvurma imkanına sahiptirler. Bu yola başvurma, dolaylı bir şekilde iflasın açılması kararının da kanun yoluna taşındığı sonucunu ortaya çıkaracaktır²⁵.

Konkordatonun tasdik edilmesi ise rehinli ve imtiyazlı alacaklılar dışında bütün alacaklılar bakımından bağlayıcı bir etki yaratmaktadır (Art. 310 Abs. 1 SchKG). Konkordato sözleşmesinin tasdik edilmesi kararına karşı kanun yoluna başvurmak mümkündür (Art. 307 Abs.1 SchKG).

21 Stauber, Talbot, s. 882.

22 Art. 306, Rdn. 41.

23 Stauber, Talbot, s. 882.

24 Stauber, Talbot, s. 882.

25 Hunkeler, Art. 307, Rdn. 28.

KAYNAKLAR

- Hunkeler, Daniel, *Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz*, 2. Auflage.
- Kostkiewicz Jolanta Kren, *Schuldbetreibungs-&Konkursrecht*, 2. Auflage.
- Stauber Natalie V., Talbot Philip, “Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht”, *AJP* 2017, S. 874-885
- Spühler Karl / Dolge, Annette, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, Zürich, 2014.

ÖZ

İsviçre İcra İflas Kanunu'nda mahkeme içi konkordato hükümleri 305 ila 332'inci maddeler arasında düzenlenmiştir. 1 Ocak 2014 yılında yürürlüğe giren yeni hükümler ile de konkordato hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, sadece konkordatonun tasdiki koşulları kolaylaştırılmamış, aynı zamanda konkordato talep eden tarafın içinde bulunduğu mali durumun iyileştirilmesi de hedeflenmiştir. Konkordato bölümünde yapılan düzenlemeler ile alacaklı, borçlu ve kamu menfaatleri farklı açılardan korunmak istenmiştir. Borçlunun iyileşmesi gerçekleşirse, mal varlığı değerleri icra ve iflas takiplerinden korunacak; alacaklı iflas tasfiyesi sonucunda eline geçecek değerden daha fazlasına kavuşabilecek; istihdamın devam etmesi ile de ülke ekonomisine katkı sağlanacaktır. Bu çalışmada, İsviçre İcra İflas Kanunu'nun mahkeme içi adi konkordato sistematiği, Kanunda son yapılan değişiklikler de dikkate alınarak ana hatları ile ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Konkordato, İsviçre İcra İflas Kanunu, borçlunun iyileşmesi, yeniden yapılandırma.

TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği*

Applicability of Article 603 of the TCO

Ayşegül SEZGİN HUYSAL**

ABSTRACT

TCO (Turkish Code of Obligations) art. 603 stipulates that the provisions of caution regarding the form, capacity and the spouse's approval shall be applied to contracts concluded under other titles by real persons in order to provide personal guaranty. The cited provision which does not exist in the Swiss Code of Obligations(CO) -the source of TCO-, aims to prevent the creditors to avoid the rules of TCO which are protective for the interests of the cationer. Since no special provision exists for the applicability of the mentioned provisions to aval, different views have arisen both in jurisprudence and legal doctrine. In our study, we will first examine the decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court along with their reasoning. Secondly, the content of the provisions regarding the provisions of caution regarding the form, capacity and the spouse's approval will be elaborated and the applicability conditions thereof into aval in compliance with art. 603 shall be analyzed. In this regard, the difference between TCO and CO will be outlined. After the legal characteristics of aval are qualified, we will determine if the provisions of caution regarding the form, capacity and the spouse's approval can be applied to aval.

Keywords: Aval, caution, form, capacity, spouse approval.

Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), “Kefalet Sözleşmesi” başlıklı onbeşinci bölümünde yer alan ve kefaletle ilişkin hükümlerin uygulama alanının belirlendiği 603. maddesi ile kefalet sözleşmesine dair hükümlerin uygulama alanının genişletilmesini amaçlamıştır. Bu amaç doğrultusunda düzenlenen madde 603 uyarınca, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin

* Makale gönderim tarihi: 06.12.2017. Makale kabul tarihi: 27.12.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) yer almayan bu düzenleme¹, alacaklıların kefalet sözleşmesinde yer alan kefil koruyucu sözleşmelerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında sözleşmeler akdedilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır².

TBK m. 603 hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin akdedilen diğer sözleşmelere de uygulanacak olması özellikle ticari işler kapsamında kişisel güvence verilmesi amacıyla akdedilen sözleşmeler bakımından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler üzerine TBK m. 584'e 28.3.2013 tarihinde yapılan ek³ ile "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacağı" düzenlenmiştir.

Yapılan bu değişiklik ile "ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırmak" amaçlanmakta iken, kambiyo senetlerinde şahsi teminat sağlayan avale ilişkin bir düzenlemenin olmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin m. 603 çerçevesinde avale uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı uygulama ve görüşlerin doğmasına yol açmıştır.

İncelememizde öncelikle konuya ilişkin Yargıtay kararlarını ve Anayasa Mahkemesi kararını gerekçeleri ile birlikte ele aldıktan sonra (I), kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kapsamını (II) ve bu hü-

1 Türker Yalçınduran, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *İÜHF M C. LXXIV, S. 1, 2016, 461-486, s. 465*, İBK'nın revizyonu esnasında her ne kadar TBK m.603'e benzer bir hükmün kanuna alınması teklif edilmiş olsa bu düzenlemenin belirsizliği arttıracak olması ve olması ve bir sözleşmenin ne ad altında akdedilmiş olursa olsun yorumu ile (İBK m. 18) uygulanacak hükümlerin tespit edilmesinin mümkün ve muvazaa hükümlerinin de bu kapsamda yeterli olduğu belirtilerek teklif reddedilmiştir.

2 TBK m. 603 Gereğe.

3 Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, 28/3/2013-6455/77 m. 77.

kümlerin m. 603 çerçevesinde uygulanabilmesi için aranan şartları tespit edeceğiz. Bu kapsamda mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ne yönde farklılaştığı ele alınacak ve nihayetinde aval kurumunun hukuki niteliği ortaya konularak (III), kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin avalin geçerliliği için aranıp aranmayacağı değerlendirilecektir.

I. Yargı Kararları

A. Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın TBK m. 603 kapsamında kefalet hükümlerinin avale uygulanmasına ilişkin kararlarında ele alınan tek konu, gerçek kişiler tarafından verilen avallerde eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki kararlarda tartışılan temel konu bu olmakla birlikte kararlarda bir bütün olarak TBK m. 603 ile uygulama alanı genişletilen hükümlerin avale uygulanmasından bahsedilmektedir.

Yargıtay 12. HD, 2013 yılında verdiği kararda⁴, TTK'da taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulunun düzenlenmediği, kıymetli evrak ile taahhüt altına girmenin 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesine göre ticari iş sayıldığı ve TTK hükümleri karşısında genel hüküm sayılan TBK 584. maddesinin somut olayda uygulama yeri bulunmadığı gerekçeleri ile TBK 603 hükmünün avale uygulanmayacağı ve avale eş rızasının aranmayacağı sonucuna varmıştır. Yine aynı daire verdiği bir başka kararda da⁵, kefalet ve aval arasındaki farkları ortaya koyarak, kefaletin ferî niteliğine karşı avalin bağımsız ve asli nitelik taşıdığını belirtmiştir. Kararda ayrıca aval verenin lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline dair olanlardan başka geçersizlik sebeplerini defi veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremeyeceği; kefilin ise asıl borçluya ait kişisel defilerden yararlanabileceği ifade edilmiştir. Anılan son kararda da Yargıtay TTK'da özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde TBK m. 584 ve 603'ün uygulanamayacağı ve bu hükümlerin resen uygulanmasının ise hiçbir şekilde mümkün olmadığı yer almıştır.

Yargıtay 19. HD, 26.1. 2016 tarihinde verdiği bir kararda⁶ ise mahkemenin TBK'nın 584 ve devamı maddelerinde düzenleme konusu yapılan kefalete ilişkin şartların avale de uygulanmasının mümkün olmadığına ilişkin kararı gerekçelendirilmeden onamıştır.

4 Yargıtay 12. HD, E. 2013/16400, K. 2013/25100, T. 4.7.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

5 Yargıtay 12. HD, E. 2013/10055, K. 2013/24337, T. 27.6.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

6 Yargıtay 19. HD, E. 2015/14196, K. 2016/85, T. 26.1.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

Yargıtay'ın TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağına ilişkin düzenlemenin avale uygulanmayacağına ilişkin kararlarının iki temel gerekçesi bulunmaktadır. Bu gerekçelerden ilki uygulanacak hükmün tespitine ilişkindir. Yargıtay, avalin bir kambiyo taahhüdü olduğundan ticari iş sayılmasından ötürü TBK m. 584'ün özel hüküm olduğunu, TTK'da avalin geçerlilik şartları arasında eş rızasının aranmadığını gerekçe göstererek TBK m. 584'te sayılan şartların aval için aranması gerektiğini belirterek eş rızası olmadan dahi gerçek kişinin verdiği avalin geçerli olacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 11. HD ise, bu konuda diğer dairelerden farklı bir görüş ortaya koyarak kefaletin TBK'da avalin ise TTK'da düzenlenmiş olan farklı kurumlar olması ve kefaletle ilişkin hükümlerin kıyasen avalde uygulanamayacağı gerekçesi ile eşin rızası olmaksızın verilen avalin geçerli olduğuna hükmeden Asliye Ticaret Mahkemesi kararını TBK m. 603'ün avale de uygulanacağını belirterek bozmuştur⁷. Yargıtay 11. HD, bozma gerekçesini avalin poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir kurum olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümü olmasına dayandırmıştır. Yargıtay 11. HD'nin aksi yöndeki kararın gerekçesi ise TBK m. 603'ün yorumlanmasına dayanmaktadır. Kararda kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını öngören m. 603 hükmünden hareket edilmiştir. Kefaletin şahsi teminat sağlama amacı taşımasından ötürü bu kapsama girdiği ve kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümü olmasına dayandırmış ve geçerli olabilmesi için eşin rızasının şart olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın farklı dairelerinin verdiği kararların gerekçeleri arasındaki temel fark, avalin geçerli olabilmesi için eşin rızasını arayan 11. HD'nin bu avalin şahsi teminat sağlamasının TBK m. 603 hükmünün uygulanması için yeterli bulması, aksi yöndeki kararlarda ise genel hüküm olarak nitelendirilen TBK m. 584'ün uygulanmayacağına tespit etmiş olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 12. HD aval ve kefalet arasındaki farkları her ne kadar gerekçesinde açıklamış ise de bu farklılıkların varılan sonuca ne şekilde etki ettiğini açıklamamıştır⁸. Diğer yandan Yargıtay 11. HD de aksi yönde verdiği kararda avalin "*şahsi teminat sağ-*

7 Yargıtay 11. HD, E. 2014/1231, K. 2014/7837, T. 25.04.2014, , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

8 Yargıtay 12. HD, E. 2013/10055, K. 2013/24337, T. 27.6.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

lamak amacı taşıyan bir kurum” olduğunu belirtmekte ancak avalin m. 603’te belirtildiği üzere “kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” kapsamına girip girmediği, diğer bir deyişle hukuki niteliği itibarıyla sözleşme olup olmadığını tartışmamaktadır.

B. Anayasa Mahkemesi Kararı

Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde avalin eşin rızası bulunmamasından ötürü geçersizliği sebebiyle, yapılan icra takibinin iptali davasında Mahkeme TBK m. 584 ve m. 603’ün Anayasa’nın 12,13 ve 48. maddelerine aykırı olduğuna resen kanaat getirmiş ve m. 584 ile m. 603’te yer alan “... ve eşin rızasına...” ibaresinin iptalini talep etmiştir. İptal talebinde bulunan Mahkeme, anılan hükümler çerçevesinde kefalet kurumunun ve kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin eşin rızasına bağlanmasının kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında⁹, öncelikle TBK m. 584/I fıkrası incelenmiş ve hüküm uyarınca cinsiyet ayrımı yapılmaksızın kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerde diğer eşin rızasının arandığı ve kişisel borçlanmanın engellenmediğini ve sözleşme hürriyetine ve mülkiyet hakkına keyfi veya hakkın özüne dokunacak bir sınırlama olmadığı belirtilmiştir¹⁰. Anayasa Mahkemesi kararında incelenen hükümleri istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olmasından ötürü sınırlı ve ölçülü olarak nitelendirmiştir. Ailenin huzur ve refahını korumayı amaçlayan hükmün birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yaratmadığı ve getirilen sınırlamanın amaç ile orantılı olduğu da ifade edilerek, talep Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Her ne kadar karar konusu ihtilaf eşin rızası olmadan verilen avalin geçerliliğinden doğmuş olsa da Anayasa Mahkemesi’ne sunulan iptal isteminin konusu TBK m. 584 hükmü ve m.603’te yer alan “... ve eşin rızası ...” ibaresinin Anayasa’nın 12, 13 ve 48. Maddelerine aykırılığı sebebiyle iptali olup, TBK m. 603 kapsamında kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere ve bu bağlamda avale uygulanması tartışılmamıştır.

9 AYM, E. 2013/57 K.2013/162, T. 26.12.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr /eskiler/2014/12/20141212-13.pdf> , (erişim tarihi 5.12.2017) .

10 AYM, TBK m. 584 f. II ve III hükümlerinin iptallerine ilişkin yapılan itiraz başvurusunun 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. Maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin reddine karar vermiştir, zira itiraz yoluna başvuran Mahkeme bu fıkraların Anayasa’nın hangi maddelerine ve hangi nedenlerle aykırı olduğunu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle göstermemiştir.

II. TBK m. 603 Kapsamında Uygulama Alanı Genişletilen Hükümler

TBK m. 603, TBK'da yer alan kefalet hükümlerinden kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin olanlarını gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelerde uygulanacağını belirtmektedir. Hüküm bu şekilde, iki unsuru belirlemektedir; (i) kefaletle ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağı ve (ii) hangi hukuki ilişkilere uygulanacağı.

TBK m. 603 hükmü çerçevesinde kefalet hükümlerinin avale uygulanmasını Türk hukukunda ve yukarıda yer alan Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, genellikle eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda tartışılmaktadır. Aşağıda TBK m. 603 uyarınca uygulanacak ehliyete, şekle ve eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerinin içeriği, avale ilişkin hükümler ile mukayese edilerek açıklanacaktır.

A. Ehliyete İlişkin Hükümler

TTK m. 670 uyarınca, “sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile de borçlanmaya ehildir”. Kanun hükmünün sözleşme borçlanma ehliyetine yapılan atfı neticesinde bir kambiyo taahhüdü olan aval için tam ehliyetliler için özel bir ehliyet aranmadığı anlaşılmaktadır. Tam ehliyetsizlerin fiilleri hukuken bir sonuç doğurmayacağından tüm hukuki işlemlerin veli yahut vasileri tarafından yapılması gerekir. TMK m. 449 ise veli ve vasinin kefalet sözleşmesi akdetmesini yasaklamaktadır.

Vesayet altındaki kişi bakımından ise TMK m. 449 vesayet altındaki kişinin adına kefalette bulunmayı yasaklamıştır. Vesayet altındaki küçük ve kısıtlı ehliyetli bizzat kefil olamayacağı gibi vasisinin de kısıtlı ehliyetli adına kefalet sözleşmesi akdetme yetkisi bulunmamaktadır. TMK m. 342(2)'nin atfı ile bu hüküm velayet için de uygulanacak ve küçüklerin de ne bizzat ne de velilerince kefalet sözleşmesi akdetmesi mümkün olacaktır. Sınırlı ehliyetsize bir meslek yahut sanatı yürütmesi için izin verilmesi halinde ise kefalet sözleşmesinin sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir¹¹. Kendisine yasal danışman atanan kişi ise TMK m. 429 (I) b. 9 uyarınca ancak yasal danışmanının izni veya onayı ile kefil olabilir.

Aval ise bir kambiyo taahhüdü olduğundan TMK m. 462(I) 5 çerçevesinde vesayet makamının izni ile vasinin vesayet altında bulunan kişi adına aval vermesi mümkündür. Velayet halinde ise TMK m. 342, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin vesayet makamının izni dışındaki hususlar dışındaki konularda ve-

11 Cevdet Yavuz, (yayına hazırlayanlar; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2017, s. 824; Seza Reisoğlu, “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, *AÜHFD*, Y.1962, C.1, S.4, s. 327-391, s. 356; Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2017, s. 178.

layetteki temsile uygulanacağı hükmünü içerdiğinden, velinin vesayet makamı iznine gerek olmaksızın kambiyo taahhüdünde bulunması ve böylelikle aval vermesi mümkündür.

TBK m. 603 hükmü ile kefalet sözleşmesinin ehliyeteye ilişkin hükümlerinin avale uygulanmasının kabulü halinde velayet ve vesayet halinde aval verme ehliyeti bakımından da uygulanması gerekecektir¹². Halbuki TMK m. 462(I) 5 hükmü kapsamında kambiyo taahhüdünde bulunmanın TMK m.449'da yer alan kefalet yasağı düzenlemesine bir istisna olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu istisnanın gözettiği menfaat kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetinin sağlanmasıdır. Kanun koyucu kefalet ehliyetine ilişkin hükümlerin şahsi teminat sağlayan diğer sözleşmelere de uygulanmasını m. 603 hükmü ile düzenlerken kefil koruyucu hükümlerin başka adlar altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanmasını amaçlamıştır¹³. Avalin şahsi teminat sağlayan bir sözleşme olarak değerlendirilmesi ve TMK m. 603 hükmünün uygulanması neticesinde ile kambiyo taahhütlerine ilişkin ayrı bir düzenleme içeren TMK m. 462(I) 5 hükümleri bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olan aval bakımından uygulama alanı bulamayacak, gerçek kişilerin aval verebilmesi için tam ehliyetli olması gerekecektir¹⁴. Bu sonuç da kambiyo senetlerinin tedavül kolaylığı yönünde bir istisna sağlamış olan kanun koyucunun amacı ile çelişecektir.

B. Şekle ilişkin Hükümler

TBK m. 583 uyarınca, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihi ile belirtilmesi gereklidir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluk esası kabul edilmiş ise bu durumun kefilin kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır. Kefalet sözleşmesine ilişkin belirli bölümlerinin kefilin kendi el yazısı ile yazılmasının geçerlilik şartı olarak arandığından, kefalet sözleşmesi nitelikli yazılı şekle tabi bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁵. Bu şekil şartının amacı çoğu zaman

12 Doktrinde Demirkapı TBK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde dahi kefaletten daha ağır sonuçlar doğuran avale de hükmün amacı dikkate alınarak TMK m. 449 ile düzenlenen yasağın uyarınca vasiinin aval veremeyeceğini savunmuştur; Ertan Demirkapı, *Kambiyo senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir, 2005; İsmail Kırca, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara, 2006, s. 435-457, s. 437-438.

13 TMK m.603 Gerekeçe.

14 Atilla Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 291-303, §7.

15 Yavuz, s. 790, Mustafa Alper Gümüş, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2014, s. 352 ve aynı sayfada dn. 1863; Özen, 221; Gündüz, Ş. Deren, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Şekil*, İstanbul, 2015, s. 20.

bir karşılık olmadan borç altına giren kefilin bu şekil kuralı sayesinde üsteleneceği riski düşünmesini sağlamaktır¹⁶.

Avalin şeklini düzenleyen TTK m. 701 ise senet veya alonj üzerine yazılacak aval şerhinin aval veya buna eş bir ibare içermesini ve imza atılmasını yeterli bulmuş, hatta üçüncü fıkrada senedin ön yüzüne atılan ve düzenleyen ile muhatap imzaları haricindeki her imzanın aval sayılacağı da kabul edilmiştir. Buna göre senedin ön yüzüne atılan bir imza yahut arka yüzüne atılması halinde “aval içindir” veya eş bir şerh ile atılan imza ile aval vermek mümkündür¹⁷.

TBK m. 603 hükmünün diğer hukuki işlemlere uygulanmasının “kıyasen” bir uygulama olduğunu belirten **Gümüş**¹⁸, aval için TTK m. 701 (III) uyarınca sadece poliçe veya bononun yüzüne atılan imza yeterli olduğundan ayrıca bir aval iradesinin senet yüzünde belirtilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. **Özen** de, avalin TTK m. 701 ile özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle kefaletin şeklini düzenleyen TBK m. 583'ün avale uygulanmasının mümkün olmayacağını kabul etmektedir¹⁹.

Reisoğlu²⁰, şekil ve uygulanacak hükümlerin açıkça düzenlenmiş sözleşmelerin TBK m. 603 kapsamına girmeyeceği genel gerekçesiyle, şekli TTK m.701 ile düzenlenmiş avale TBK m.583'ün uygulanmaması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Altıp ise²¹, TBK m. 583 hükmünün gerçek kişilerce aval verilmesi işlemine de uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²². Zira hükmün amacı, kefalet

16 Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2016, s. 711.

17 Avalin şeklinin TTK m. 701 ile belirlendiği ve TBK m. 603'ün uygulanmayacağı yönünde bkz. Ali Bozer, Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, 2016, s. 155-156; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 88; TBK m. 603'ün uygulanma ihtimalini tartışmaya da avalin şekline ilişkin TTK m. 702'in uygulanacağına dair, Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, 2015, s. 172; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Bursa, 2015, s. 104-105.

18 Gümüş, s. 371-372; Avalin avale eşin rızasının aranacağına ilişkin verdiği kararda, Yargıtay 11. HD, eş rızasına ilkin hükmün kıyasen uygulanacağını kabul etmiştir. Yargıtay 11. HD, E. 2014/1231, K. 2014/7837, T. 25.04.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

19 Özen, s. 53; Demir, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBB Dergisi* 2013 (108), s. 87-122, s. 105; Gündüz, s. 174.

20 Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013, s. 323; Avalin TBK m.603'ün uygulama alanına girmeyeceği gerekçesine dayanarak aynı yönde, Raziye Aksu, *Aval Kurumu*, Ankara, 2015, s. 99 vd. ile avalin şekline ilişkin s. 47 vd.

21 Altıp, § 8 a.

22 Aynı yönde bkz. Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara, 2015, s. 177, § 12a, Pulaşlı, eserinin 12a paragrafında avalin geçerlilik şartlarını açıklarken, aval şerhinin TTK m. 701 uyarınca senedin önyüzüne veya alonja atılan bir imza ile atılabileceğini belirtmiş ancak § 20j'de TBK m. 603'ü ayrıca incelerken “TBK m. 603 hükmü TTK'da düzenlenmiş ve kural olarak bir nevi poliçe kefaleti olarak anılan nitelendirilen “avale” de uygulanacaktır” demiştir. Yazara göre TTK m. 701 hükmü ancak TBK m. 584/III kapsamına giren istisnalarda uygulanacaktır (Pulaşlı, s. 187, § 20k)

miktarının boş bırakılması halinde alacaklı tarafından kefile karşı takibe geçilmesini ve böylece kefilin kabul ettiğinden daha yüksek bir borç altına girmesini engellemektir. Yazara göre bedel kısmı boş bırakılmış bir senedin doldurularak takibe geçilmesi halinde TBK m. 603 hükmünün dolanılması mümkün olduğundan TBK m.583'ün uygulanması gerekir ve avalin ticari iş sayılması kefaletin emredici nitelikteki hükümlerinin uygulanmasını da bu kapsamda engellemeyecektir. Aynı yönde **Barlas**, TBK m.603'te aval için bir istisna yer almadığından kefaletin şekle ilişkin hükümlerinin de avale uygulanacağını savunmakta ancak bu sonucun uygulamada ciddi güçlükler yaratacağından ve kıymetli evrak metni üzerine elle kefalete uygulanan şekil şartlarında yer alan hususların yazılmasının da tuhaf olacağından ötürü kıymetli evraka ilişkin hükümlerin saklı tutulmuş olmasının daha doğru olacağını da ifade etmiştir²³.

Kıymetli evrak sıkı şekil şartlarına tabidir, her bir senet tipinin hangi şekli şartlara tabi olacağı ve devredileceğine ilişkin özel hükümler kanun tarafından öngörülmüştür²⁴. Özellikle kambiyo senetleri ticaret hukukunda şeklin en sıkı şekilde düzenlenmiş olduğu bir alandır²⁵. Asgâri şekil şartlarını haiz geçerli bir senet üzerinde yapılan işlemlerin de istenen hukuki sonucu doğurabilmesi için uyulması gereken şekil de kanun da belirtilmiştir²⁶. Bu doğrultuda TTK m. 701 bir kambiyo taahhüdü olan avalin şeklini belirtmiştir. TBK m. 603'ün avale uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmelerin yanında bu özel şekil şartının varlığı TBK m. 583'ün avale uygulanamayacağını göstermektedir. Kefaletin şekline ilişkin unsurların avale de uygulanmasının engellenmesi için kıymetli evraka ilişkin hükümlerin saklı tutulması gerekli değildir. Aksine böyle bir düzenlemenin yapılabilmesi için bu hükmün açıkça avale de uygulanacağını kanun tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, böyle bir tercih de kıymetli evrakın ve özellikle kambiyo sözleşmelerinin niteliğine uygun olmayacaktır. TTK kambiyo senetleri bakımından her bir senedin türüne göre zorunlu şekil şartlarını belirlemiştir bunun dışında kefaletin şekline ilişkin kefil koruyucu hükümlerin aval için aranması sadece uygulamada sorun yaratmayacak, aval uygulamasını ortadan kaldıracaktır.

C. Eşin Rızası

TBK m. 603 ile uygulama alanı genişletilen hükümlerden en çok tartışılanı

23 Nami Barlas, "Yeni Türk Borçlar Kanununun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri", *İzmir Barosu Dergisi*, Y.2011, S. 2, s.7-28.

24 Bilgili, Demirkapı, s. 11.

25 Bozer, Göle, s. 57; Bilgili, Demirkapı, s. 56.

26 Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, (6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla Değişik 5491 sayılı Çek kanunu hükümleri Dairesinde), Ankara, 2012, s. 51.

TBK m. 584/2 uyarınca evli kişilerin²⁷ ancak diğer eşin rızasıyla kefil olabileceklerini öngören düzenlemenin gerçek kişilerce verilen diğer şahsi teminat doğuran sözleşmelerde de uygulanacak olmasıdır. Eşin rızası sadece kefaletin verilmesinde değil sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerde de aranmaktadır (TBK m. 584/2). Hükmün mehaı İBK m. 494'tür. Her iki hükmün de amacı eşlerden birinin rızası olmadan diğeri tarafından kefalet verilmesini engelleyerek ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye sokulmasını engellemek ve netice itibarıyla de aileyi korumaktır²⁸.

Kefaletin evli kişilerce verilmesi için aranan eş izni bir geçerlilik şartıdır. Bu izin evli kişilerin kefalet verebilmeleri bakımından bir ehliyet sınırlaması niteliği taşımaktadır²⁹. Eş rızası adi yazılı şekilde ve gerek kefalet sözleşmesinde gerekse ayrı bir belgede verilmesi mümkündür³⁰.

TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, kefalette eşin rızasına ilişkin bu hüküm kamuoyunun eleştirilerini toplamıştır³¹. Şüphesiz bu eleştirilerin sebebi özellikle banka kredi sözleşmelerinin imzası sırasında bankaların tüzel kişi olan ticaret şirketlerinin ortak ve/veya yöneticilerinin şirket lehine kefalet vermesini talep ediyor olması ve eşin rızasının aranmasının işlemleri geciktirmesi ve kimi zaman imkânsız kılması olmuştur.

Bu eleştiriler üzerine kanun koyucu TBK m. 584 hükmüne eşin rızasının arandığı hallere ilişkin istisnaları düzenleyen yeni bir hüküm eklemiştir³². Eklelen TBK m. 584/3 uyarınca;

“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı

27 TBK m.584/2 uyarınca evli kişiler arasında bir ayrılık kararı olması veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olması hali bu hükmeye istisna teşkil etmektedir. İBK m. 494/1'de ise evli kişinin eşinin rızası olmadan kefil olabile istisnası sadece hâkimin ayrılığa karar vermiş olmasıdır, Özen, s. 188.

28 AYM, E. 2013/57 K.2013/162, T. 26.12.2013, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/2014_1212-13.pdf (erişim tarihi 5.12.2017); CR CO I Meier, Philip, art.494 CO, N. 1; Zevkililer/Gökyayla, s.717; Özen, s.179; Demir, s. 88; Şeker, s.16-17; Krş, kefalette eşin rızasının aranmasının aile içi sorunları artırabileceği yönünde, Yalçınduran, s. 483-484.

29 Yavuz, s.1375; Eren, s. 771; Özen, 189; Gümüş, s.341.

30 Yavuz, s.1378; Eren, s. 771; Zevkililer/Gökyayla, s.717; Özen, s.199; Gümüş, s.343.

31 <http://www.hurriyet.com.tr/esiyle-arasi-bozuk-olana-kotu-haber-20945902>

32 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 77, Resmi Gazete T. 11.04.2013, S. 28615, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-1.htm>.

Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”

TBK m. 584’e üçüncü fıkra ile getirilen sınırlama ile eşin rızasına ilişkin hükmün uygulama alanı önemli ölçüde azalmış olmuştur³³. Aslında yapılan yenilik ile getirilen yeniliğin de kaynağı 2005 yılında yürürlükten kaldırılmış³⁴ olan İBK m.494/2 hükmüdür³⁵. Bu istisnanın tanınmasındaki sebep sayılan kişilerin tica-

- 33 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2015, 772; Zevkliler/Gökyayla, s. 718.
- 34 Ch. I, LF 17.6. 2005 (Kefalet “*Cautionnement*”. Eşin Rızası (“*Consentement du conjoint*”), yürürlüğe girişi tarihi 1.12. 2005 (RO 2005 5097; FF 2004 4647 4657), <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2005/5097.pdf>. Komisyon Raporunda anılan hükmün yürürlükten kaldırılışı detaylı olarak açıklanmıştır. Öncelikle kefalet dışında eşin rızasının arandığı haller sıralanmış (İMK m. 169/1, m. 201/2, m.208/1(1), m. 229, m.230, m.266/2, ve İBK m. 266m/1, m. 331d/5, m.331e/5) ve bu hallerden hiçbirinde ticaret siciline tescil edilmiş bir kişi için istisna tanınmadığı belirtilmiştir. Buna ek olarak ekonomik dünyada ailenin korunmasının önemli olduğu, birçok küçük aile şirketinin bulunduğu ve birçok ailenin bu şirketlere bağımlı olduğu ifade edilmiştir.
- 35 Yürürlükten kaldırılmış olan İBK 494/2 uyarınca, kefil olabilmek için eşinin rızasının aranmadığı kişiler sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır: (i) bir ticari işletmenin ticaret sicile tescil edilmiş yöneteni (Fransızca metinde “*chef*” terimi kullanılırken, Almanca metinde “*Inhaber*”, İtalyanca metinde ise “*titolari*” terimi kullanılmıştır; burada kastedilen kişinin İBK m. 934 uyarınca ticaret siciline tescili zorunlu kişi olmasından dolayı bu kavramın ticari işletmenin sahibi olarak değil, ticari işletmeyi işleten kişi olarak anlaşılması daha doğru olacaktır. Bu doğrultuda TBK m. 584/2 hükmünde de kefil olmak için eşin izni gerekmeyecek kişi ticari işletmenin sahibi değil, ticari işletmeyi kendi adına işleten ve ticaret siciline tescili zorunlu olan tacir olmalıdır.), (ii) Kollektif şirketin ortağı (İBK m. 552, 554/II), (iii) Komandit şirketin komandite ortağı (İBK m. 594, 596II/1), (iv) Anonim şirketin yönetim kurulu üyesi veya müdürü (İBK m. 641(8) ve (9)), (v) Paylara bölünmüş komandit şirketin yöneticisi (İBK m. 764,765/II) ve limited şirkette yönetici ortak. Görülüyor ki, TBK m. 584/2 hükmünün metni, yürürlükten kaldırılmış İBK m. 494/2 hükmünün metninden oldukça farklıdır. TBK m. 584/3 ticaret şirket yönetici ve ortaklarının şirketle ilgili verecekleri kefalette eşin rızasının aranmayacağını belirtirken İBK m. 494/2 hükmü, kolektif şirketlerde şirket ortağını kapsama dahil edip, yöneticiyi kapsam dışı bırakmış; komandit şirkette komandite ortağı kapsama dahil edip komanditer ortağı ve yöneticiyi kapsam dışı bırakmış, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette sadece yönetici kapsama dahil etmiş, anonim şirket ortağını ve limited şirkette ortak olmayan yönetici ile yönetici olmayan ortağı yine istisnanın kapsamına dahil etmemiştir. Yine İBK metninde TBK m. 584 yer alan ve istisnanın kapsamına dahil edilen “mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler” yahut benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine TBK m. 584/3’te yer alan ve verilecek kefaletin işletmeyle ilgili olması koşulu İBK m. 494/2’de yer almamaktadır. Özen, , bir gerçek kişi tacirin, kendisinin kredi alması için çapraz kefalet verebilecek bir başka tacire kefil olmasını bir kefil rahatlıkla bulabilmek için, bugün bir başkasının alacağı krediden doğan mesleki faaliyet kapsamında değerlendirebileceği belirtilmiştir, Özen, s. 194.

ret hayatının yeterince içinde ve riskleri anlayabilecek durumda olmalarıdır³⁶. Türk hukukunda da üçüncü fıkra, TBK m. 584 hükmünün ticaret hayatını yavaşlatmasını engellemek amacıyla getirilmiştir³⁷.

Her ne kadar TBK m. 584/3 ile kefalet verilebilmesi için eşin rızasının aranmasına getirilen istisna ticaret hayatı için büyük bir kolaylık sağlamış olsa da bu eş rızası aranmasına ilişkin hükmün istisna dışında kalan haller bakımından avale uygulanabileceğine gerekçe teşkil edemez. TBK m. 603'ün kapsamı bakımından yapılacak olan açıklamaların yanı sıra, bir kambiyo taahhüdü olan avalede eş rızası aranması kambiyo senetlerinin yapısına uymamaktadır. Özellikle eşin rızasının ayrı bir belge ile verilebilecek olması, kıymetli evrakta senedin "kendine kendine yetme"³⁸ kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Bir kıymetli evrak olarak kambiyo senetlerinin var olma sebebi içerdikleri hakka tedavül kabiliyeti sağlamaktır. Tedavül kabiliyeti ise kıymetli evrakın iki önemli özelliği olan sıkı şekil şartlarına tabi olma ve işlem güvenliği ile sağlanabilir. Borçlar hukukundan ayrılan kıymetli evraka özgü kuralların oluşturulmasının sebebi borçlar hukuku kurallarının ticari hayatın gereklerine uyma konusunda yetersiz kalmasıdır³⁹.

Bir kambiyo senedi üzerinde yer alan avale veren kişinin (avalist) evli olup olmadığının senedin zilyedliğini devralan ve devreden cirantalar ve hamil tarafından bilinmemesi ihtimali yüksektir. Eş rızasının avale için de aranması senedin zilyedi olan kişilerin avalin geçerliliğine ilişkin şüphe yaratacak ve eşinden rıza alamayacak yahut almak istemeyen kişiler avale vermek yerine ciro yaparak, cironun teminat fonksiyonu kapsamında taahhütte bulunacaklardır. Bu durum da kefalet hükümlerinin dolanılmasının TBK m. 603 ile engellenemeyeceğini göstermektedir. Ayrıca bir ehliyet sınırlaması teşkil eden eşin rızası hükmünün doğrudan TBK m. 603 hükmü kapsamına girmeyen avale kıyasen uygulanması da doğru olmayacaktır.

III. Avalin Hukuki Niteliği

Her ne kadar doktrinde avale, çoğu zaman bir nevi yahut özel bir tür kefalet olarak nitelendirilmiş olsa da gerek hukuki nitelik gerekse hükümleri bakımından farkları detaylı olarak tespit edilmiştir⁴⁰. Bu iki kurum arasındaki en önemli fark hukuki niteliklerindedir. Kefalet bir sözleşme olmasına rağmen, avale tek ta-

36 CR CO I, Meier, Philip, art.494 CO, N. 10.

37 Şeker, s. 56; Yalçınduran, s. 463.

38 Öztan, s. 70.

39 Bilgili, Demirkapı, s. 2.

40 Öztan, s. 168-169; Bozer, Göle; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 169, §625; Pulaşlı, s. 186, § 20i; Bahtiyar, s. 83.

raflı bir yazılı beyan, kambiyo taahhüdüdür⁴¹. Aval doğumu ve geçerliliği kabule bağlı olmayan tek taraflı bir kambiyo taahhüdü iken, kefalet bir şahsi teminat sözleşmesidir⁴².

Doktrinde avalî sözleşme olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır;

Demirkapı, 2005 tarihli Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini başlıklı eserinde avalin bir sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmektedir⁴³. Her ne kadar TTK m. 701 avalin, avalistin atacağı bir imza ile kurulacağını belirtmesinde ve bir kabule gerek görmemesine rağmen, **Demirkapı** imza atıldıktan sonra senedi alan kişilerin kabul beyanında bulunduğu dayanarak avalî bir sözleşme olarak nitelenmiştir⁴⁴.

Güral ise “aval kefaletten farklı olarak bütün kambiyo borçları gibi tek taraflı bir irade beyanı ile yani aval verenin bu sıfatla ticarî senedi imzalaması ve senedi lehine aval verdiği kambiyo borçlusuna teslimi ile vücut bulur” diyerek öncelikle aval verilebilmesi için teslimin gerektiğini kabul etmiş, ardından kefalet ile avale ilişkin yaptığı karşılaştırma bakımından kefaletin alacaklı ile kefil arasındaki bir akitten doğmasına karşılık avalin borçlu ile aval veren arasında var olan bir anlaşma ile meydana geldiğini belirtmiştir⁴⁵.

Öztaş, avalin senet üzerine yazılan bir beyanla tesis edileceğini belirtmiş⁴⁶; ancak avalî garanti sözleşmesi ile karşılaştırdığı bölümde avalin aval verenle borçlu arasındaki bir sözleşmeye dayandığını ifade etmiştir⁴⁷.

Aksu, aval kurumuna ilişkin yazdığı monografik eserinde avalî sözleşme olarak nitelendiren görüşü değerlendirerek eleştirmiştir: Yazara göre avalin hukuki nitelendirilmesi TTK m.699’da düzenlenen kabul müessesine kıyasla yapılması

41 Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s.170, §626 ve s. 173, §644; Bilgili, Demirkapı, 102. s. 155-156; Özen, s. 53, Yazar önce teorik açıdan avalde borç altına giren kişinin tek taraflı bir irade beyanında bulunduğu, sözleşme yapmadığının ileri sürülmesinin mümkün olabileceğini belirtmiştir; Aksu, s.79-83; Demir, s.113.

42 Yavuz, s. 776; Özen, s. 7 vd.

43 Demirkapı, s. 104 vd.

44 Demirkapı, s. 108-109, Yazar eserin 110. sayfasında da aval verilebilmesi için senedin iade edilmesinin gerektiği ve bu sözleşmenin bu şekilde oluştuğunu ifade etmiştir; Aynı yönde, Oğuz Sefer, “ 6098 Sayılı TBK m. 584/1’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 86, 2013, s. 67-77, s.73, “Aval ve kefaletin her ikisi de kişisel güvence vermeye yönelik akitlerdir.”

45 Jale Güral, “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler (1)”, *AÜHFİD*, Y.1974, S.3, C.8, s. 435-478, s. 443, Yazar aval verilebilmesi için teslimi ararken kıymetli evrakta hakkın doğumuna ilişkin teorilere dayanmaktadır (s. 443, dn. 17).

46 Öztaş, s.169.

47 Öztaş, s. 170; Gündüz ise gerekçelerine değinmeden avalî sözleşme olarak nitelendirmiştir, Gündüz, s. 173.

doğru olmayıp verme olgusu avalin verilmesi için bir geçerlilik şartı olarak nitelendirilemez ve avalin işleyişi incelendiğinde karşılıklı öneri ve kabulün olmasından ötürü sözleşme ilişkisindeki taraflar da mevcut değildir⁴⁸.

Kanaatimizce aval bir sözleşme olmayıp, tek taraflı bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır⁴⁹ ve bağımsız bir kambiyo taahhüdüdür. Bir hukuki işlemin sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulması gerekir (TBK m.1/I). TTK m. 701 uyarınca aval poliçe yahut alonj üzerine “aval içindir” yahut eş bir ifade ile birlikte atılan imza ile verilebilir. Hatta TTK m. 701/III senedin ön yüzüne atılan ve muhataba yahut düzenleyene ait olmayan her imzanın aval şerhi sayılacağını öngörmektedir. O halde kanun avalin oluşması için avalistin iradesinden başkaca bir irade aramamıştır. Aval bir sözleşme olmadığından kuruluşu için ne bir kabul beyanı ne de bu beyanda bulunacak taraf vardır. Şüphesiz lehine aval verilen kişi karşı taraf olamaz. Avalist kimin lehine aval verdiyse o kişi gibi sorumlu olacaktır ve bu çerçevede başvuru borçluları ve varsa diğer avalistlerle birlikte müteselsilen sorumludur. Aval verildikten sonra senedin teslim edilmesi ise bir akdin kurulmasına yol açacak şekilde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının varlığını göstermemektedir. Avalistin aval vermesini müteakip senedin zilyedliğini lehine aval verdiği kişiye (aval anında hamil olan) devretmesi mümkündür. Ancak avalistin lehine aval verdiği kişi (aval verme anında hamil olmayan) yerine aval verme anında hamil olan bir başka kişiye de senedin zilyedliğini devretmesi mümkün olabilecektir. Hatta senedin zilyedliğini devralıp daha sonra devreden cirantaların senedin hamili oldukları anda senet üzerinde var olmayan bir avalin sonradan eklenmesiyle, başvuru borçluları arasında katılması dahi mümkün olabilir. Böyle bir yapı içinde aval beyanına kabul kim tarafından ne zaman verilmiş ve aval bir sözleşme olarak kurulmuş olabilir? Kıymetli evrakta hakkın doğumunu açıklayan teorilerden akit teorisine dayanılarak da avalin hukuki niteliğinin sözleşme olduğun iddiasının desteklenemeyeceğini düşünmekteyiz; zira avalin doğabilmesi için doktrinde kambiyo sözleşmesi yahut teslim sözleşmesi olarak adlandırılan ve senedin alınıp verilmesini konu eden bir sözleşmenin de akdedilmesi gerekli değildir⁵⁰, TTK m. 701 uyarınca aval vermek senet zilyedliğinin devri şartına bağlanmamıştır. Bu bakımdan senedin zilyedliğinin devredilmesini, avalin sonuçlarını doğurabilmesi için aranan bir unsur diğer bir deyişle etkinlik unsuru

48 Aksu, s. 81-83.

49 Can, s. 94.

50 Krş. Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 88, §283; Ülgen, kabul, aval, araya girme suretiyle kabul gibi borç tanınması niteliğindeki sözleşmeler bakımından teslim sözleşmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

olarak nitelendiren Aksu'ya katılıyorruz⁵¹. Zira senedin zilyedliğinin devredilmesi avalin meydana gelmesi için zorunlu bir unsur olmayıp, hukuki işlemin sonucunu doğurması için gerekli bir şart ve unsurdur⁵². Aval bir kambiyo taahhüdüdür ve geçerli bir aval verilmesi için kabule gerek yoktur.

Avalin hukuki niteliğinin bu şekilde tespiti TBK m. 603 uygulama alanı genişletilen hükümlerin avale de uygulanıp uygulanmayacağını tespitinde faydalı olacaktır. TBK m. 603 uyarınca kefalette ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin bir başka hukuki ilişkiye uygulanabilmesi için gerçek kişi tarafından, kişisel güvence verilmesine ilişkin bir sözleşme⁵³ olması gereklidir.

Görüldüğü üzere aval gerçek kişiler tarafından verilmesi mümkün bir kişisel güvence teşkil etse de⁵⁴, bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir hukuki işlem, bir kambiyo taahhüdüdür. TBK m. 603 uygulama alanı genişletilen hükümlerin uygulama alanını belirlerken “sözleşme” terimini kullanmıştır⁵⁵. Doktrinde **Özen**, bu terimin geniş anlaşılması gerektiği ve gerçek kişilerce verilecek şahsi teminatlarla ilişkin hukuki işlemlerin de bu kapsamda anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁶. Bu görüşün savunulmasındaki temel gerekçe m. 603'ün kabul gerekçesi ile aynıdır; kefilin korunmasını amaçlayan hükümlerin başka sözleşmeler akdedilmesi suretiyle dolanılması... Halbuki yukarıda da ifade edildiği üzere, avalin kefalette ehliyet, şekil ve eşin rızasına tâbi tutulması, uygulamada aval uygulamasının terkinde ve bunun yerine aslen aval vermek isteyen kişinin ciro silsilesine eklenmesi suretiyle başvuru borçluları arasına katılmasına yol açacaktır. Sonuç olarak da kefalet hükümlerinden faydalanılması amaçlanan avalist, bir ciranta olarak başvuru borçlusunu olacak ve kefalet sözleşmesinde ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

Madde metninde açıkça sözleşme ifadesi kullanıldığından, kanunun lafzı hukuki işlemleri içermemektedir. Hukuki işlemlere anılan hükümlerin uygulanması kıyas yolu ile uygulama olacaktır⁵⁷. Uygulama alanı genişletilen hükümler,

51 Aksu, s. 80.

52 Hukuki işlemin etkinlik unsuru için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2017, s. 123-124; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s. 40; Gökhan Antalya, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 2012, s. 75.

53 Mehtap İpek, “Birlikte Kefalet”, *GSÜHFD S.2004/1*, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, s. 533-552, s. 533.

54 Can, s. 93.

55 TBK m. 603 hükmüne karşılık gelen TBK tasarısı m. 608 hükmünün tamamen tasarıdan çıkarılması yönündeki görüş için bkz. Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoglu Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıntan, Mehtap İpek, Mert Yaşar, Sedef Koç: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul, 2005, s. 273-274.

56 Özen, s. 54.

57 Gümüş, s. 371-372.

ehliyet ve şekil şartlarına ilişkindir. Ehliyete ilişkin kısıtlamaların, TTK m. 701'de özel olarak düzenlenmiş şekil şartlarının varlığına rağmen avale kıyasen uygulanacak hükümlere tabi tutmanın mümkün yahut gerekli değildir.

Sonuç

TBK m. 603, kefalet sözleşmesine dair hükümlerin uygulama alanının genişletilmesini amaçlamıştır. Bu kapsamda kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Kambiyo senetlerinde şahsi teminat sağlayan avale ilişkin bir düzenlemenin olmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde avalin m. 603 kapsamına girip girmeyeceği konusunda farklı uygulama ve görüşlerin doğmasına yol açmıştır.

Kanaatimizce avalin hukuki nitelik itibarıyla bir kambiyo taahhüdü olup, sözleşme olmaması, ilgili uygulama alanını tespit ederken “gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere” uygulanacağını kabul eden hükmün lafzı karşısında mümkün değildir.

Aval anılan hükmün kapsamına girmese dahi kefalette ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kıyasen avale uygulanması da doğru olmayacaktır. Zira kıymetli evrak hukukun borçlar hukukuna nazaran özel düzenlemeler içermesinin sebebi bu alanda anılan hükümlerin ihtiyacı karşılamamasıdır. Kıymetli evrak hukukunun hükümleri sıkı şekil şartları ile desteklenmiş bir işlem güvenliği sağlamaktadır. TTK m. 701 uyarınca avalin şekil şartı tespit edilmiştir. Bundan başkaca hükümlerin kıyasen uygulanması kıymetli evrakın en önemli özelliklerinden biri olan “özel şekil şartlarına tabi olma” niteliğine zarar verecektir.

Aynı şekilde ehliyete ilişkin hükümler bakımından da aval ve kefaletin farklılaştığı vesayet altındaki kişiler bakımından TMK m. 462(I) 5 kambiyo taahhütlerini istisnai bir hal olarak düzenlemiştir. Kanun koyucunun ehliyet bakımından kambiyo taahhüdü olmayı istisna olarak ele almış olması, yine TBK m. 603 kapsamında kıyasen yapılacak bir uygulama ehliyetin sınırlanamayacağını göstermektedir. Bu gerekçe bir ehliyet sınırlaması niteliği taşıyan eş rızası için de geçerlidir.

Son olarak kefalete ilişkin hükümlerin dolanılması endişesi ile bir kambiyo taahhüdü olan avale, kefalette şekil, ehliyet ve eşin rızası hükümlerine tâbi tutmak, kişinin haklarının yahut aile düzeninin korunmasına katkıda bulunmayacaktır. Zira hükmün dolanılmasının amaçlanması aval vermek isteyen kişinin ciro ile başvuru borçluları arasına katılmasına ve netice olarak da aval uygulamasının terkine yol açacaktır; ancak yine de kefalet sözleşmesinde ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin dolanılması engellenemeyecektir.

KAYNAKLAR

- Aksu, Raziye, *Aval Kurumu*, Ankara 2015.
- Altop, Atilla, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmi Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 291-330.
- Antalya, Gökhan, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul 2012.
- Bahtiyar, Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 2016.
- Barlas, Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y.2011, S. 2.s s.7-28.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Bursa 2015.
- Can, Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, (6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla Değişik 5491 sayılı Çek kanunu hükümleri Dairesinde), Ankara 2012.
- Bozer, Ali/Göle, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2016.
- Demir, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBB Dergisi* 2013 (108), s.87-122.
- Demirkapı, Ertan, *Kambiyo senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir 2005.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017.
- Gümüş, Mustafa Alper, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014.
- Gündüz, Ş. Deren, *6098 sayılı Türk borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Şekil*, İstanbul 2015.
- Güral, Jale, “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler (1)”, *AÜHFD*, Y.1974, S.3, C.8, s. 435-478.
- İpek, Mehtap, “Birlikte Kefalet”, *GSÜHFD* S.2004/1, Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, s. 533-552.
- Kırca, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457.
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Moralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005.
- Meier, Philip, *Commentaire Romand Code des Obligations I*, art. 1-529, edité par Luc Thévenoz/Franz Werro, Bâle 2012.
- Oğuz Sefer, “6098 Sayılı TBK m. 584/I’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliği Üzerine Düşünceler”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 86, 2013, s.67-77.
- Özen, Burak, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul 2017.
- Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2015.

- Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara 2015.
- Reisoğlu, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, *AÜHFD*, Y.1962, C.1, S.4, s.327-391.
- Reisoğlu, Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2013.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 2015.
- Yalçınduran, Türker, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *İÜHFM* C. LXXIV, S. 1, 2016, 461-486.
- Yavuz, Cevdet (yayına hazırlayanlar; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2017.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2016.

ÖZ

TBK (Türk Borçlar Kanunu) madde 603 uyarınca, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) yer almayan bu düzenleme, kefalet sözleşmesinde yer alan kefil koruyucu sözleşmelerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında sözleşmeler akdedilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Kambyo senetlerinde şahsi teminat sağlayan avalin hükmün kapsamına girip girmediğine ilişkin bir düzenlemenin olmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde m. 603 çerçevesinde kefaletin anılan hükümlerinin avale uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı uygulama ve görüşlerin doğmasına yol açmıştır. İncelememizde öncelikle konuya ilişkin Yargıtay kararlarını ve Anayasa Mahkemesi kararını gerekçeleri ile birlikte ele aldıktan sonra, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kapsamını ve bu hükümlerin m. 603 çerçevesinde uygulanabilmesi için aranan şartları tespit edeceğiz. Bu kapsamda mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ne yönde farklılaştığı ele alınacak ve nihayetinde aval kurumunun hukuki niteliği ortaya konularak, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Aval, kefalet, eşin rızası, şekil, ehliyet.

Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi*

The Effect of the Savings Made in the Property Regime Law on the Inheritance Law

Mesut Serdar ÇEKİN**

ABSTRACT

The regime of participation in acquired property, which is the statutory marital property regime in Turkish Civil Code No. 4721, brings many questions with respect to inheritance law. While in the old law period due to the separation of property regime the death of one spouse caused less problems for dissolution of property regime, in the new law period both the disposals in lifetime and the modifications on property regime made by the spouses may lead to diverse problems with regards to not only dissolution of property regime but also inheritance law. The purpose of this study is to reveal the relation between the spouses' modifications on property regime, disposals in lifetime and inheritance law, demonstrate the possible controversies and - if possible - present possible solutions.

Keywords: Regime of participation, separation of property regime, law of succession, disposals in lifetime.

Giriş

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği en önemli değişikliklerden birisi kuşkusuz yasal mal rejimine dairdir. Buna göre 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin yasal mal rejimi olarak benimsediği mal ayrılığı sistemi terk edilmiş, bunun yerine TMK md. 202 f. 1'de açıkça belirtildiği üzere edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir¹. Bu önemli yeniliğin etkileri sadece aile hukuku ile sınırlı değildir. Bilakis mal rejimi hükümlerinde

* Makale gönderim tarihi: 30.11.2017. Makale kabul tarihi: 28.12.2017.

** Yrd. Doç. Dr., Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz - İstanbul.

1 Yasalaşma süreci hakkında geniş bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 180 vd.

yapılan bu esaslı değişiklik, mal rejimi hukukunun miras hukuku ile olan ilişkisini de önemli şekilde etkilemektedir.

Şöyle ki, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yasal mal rejimi olarak kabul edilen ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu çerçevesinde tarafların seçme imkânına sahip oldukları mal ayrılığı sistemi çerçevesinde eşlerden biri öldüğü takdirde, her eş kendi malvarlığına sahip olacağı için herhangi bir mal rejimi tasfiyesine gerek kalmayacaktır². Yeni kanunda benimsenen yasal mal rejimi çerçevesinde ise TMK md. 225 f. 1 doğrultusunda mal rejimi sona erdiği için önce mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir³. Ancak bu aşamadan sonra mirasın paylaşılması söz konusu olacaktır. Bu çerçevede ölen eşin terekesi, ölen eşin kendine ait malları ve katılım payı alacağından ibaret olacaktır. Bir diğer ifade ile ölen eşin katılım payı, terekenin bir parçası olduğu için bu payın öncelikle hesaplanması gerekmektedir ki ardından tereke belirlensin ve paylaşılabilirsin⁴.

Mal rejimi hükümlerinin miras hukuku ile olan sıkı bağı bununla sınırlı olmayıp, mal rejimi hükümlerinin terekeye doğrudan ya da dolaylı şekilde etki ettiği başkaca durumlar da söz konusudur. Gerçekten de eşlerin mal rejiminde yaptıkları değişikliğe göre sağ kalan eşin miras payında ciddi farklılıklar yaşanabilecektir. Ayrıca eşlerden birinin sağ iken gerçekleştirdiği kazandırmalar açısından gerek mal rejimi hükümleri, gerek ise miras hukuku hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Ancak görüldüğü kadarıyla mal rejimi hukuku ile miras hukuku arasındaki ilişki, daha eski tarihli ve mukayeseli hukuku esas alan bir eser⁵ dışında özellikle yeni kanun döneminde henüz etraflı bir incelemeye konu olmamıştır⁶. Çalışmamızın amacı, bu farklı halleri incelemek, ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları ele almak ve çözüm önerileri geliştirmektir.

2 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 91.

3 Kocayusufpaşaoğlu, s. 91.

4 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 235.

5 Muammer Aksoy, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara, 1964.

6 Nitekim 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'ni esas alan eserinde Kocayusufpaşaoğlu, "[k]arı koca mal rejimleri ile sağ kalan eşin kanuni mirasçılığı arasında sıkı bir ilgi" olduğuna dikkat çekmekte, ancak "memleketimizde kanuni rejim mal olan mal ayrılığında, her eş kendi malvarlığına sahip kaldığından, Miras Hukuku prensiplerinin uygulanmasına temel teşkil etmek üzere yapılacak bir mal rejimi tasfiyesi"nin bahis konusu olmayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte TMK md. 229 ile 273 hükümlerinin miras hukuku ile olan ilişkisinin incelendiği bir esere şimdiden işaret etmek gerekecektir: Şükran Şıpka, Hasan Ali Kaplan, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy'a Etkisi", *Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan*, Ankara, 2004, s. 263 vd.

I. Eşler Arasında Yapılan Mal Rejimine Dair Sözleşmelerin Terekeye Etkileri

1. Saklı Paya Dair Koruma Mekanizmasının Devre Dışı Kaldığı Mal Rejimi Sözleşmeleri

Türk Borçlar Kanunu md. 26'da kabul gören sözleşme serbestisi çerçevesinde kişi, TBK md. 27'nin çizdiği sınırlar dâhilinde kural olarak malvarlığı üzerinde her türlü tasarrufta bulunma keyfiyetine sahiptir. Ne var ki malvarlığına dair bu tasarruflar, saklı paylı mirasçılardan paylarını ihlal ettiği derecede hukuk düzenince korunmaya layık görülümüştür⁷. Ölüme bağlı ve sağlararası kazandırmalar niteliği taşıyabilen bu işlemler neticesinde mahfuz hissesi ihlal edilen mirasçı, ileride açacağı tenkis davası ile murisin gerçekleştirdiği tasarrufun kendi saklı payına tecavüz eden kısmının "etkisizleştirilmesini" talep etme imkânına sahiptir⁸. Dolayısıyla hukuk düzenimiz kural olarak kişinin malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini öngörmekte, ancak belirli kişilerin saklı pay oranını tecavüz eden tasarruflar açısından bir sınırlama öngörmektedir⁹.

Ne var ki mal rejimine dair sözleşmeler, kural olarak bu korumanın dışında bırakılmıştır. Gerçekten de eşler arasında yapılan mal rejimine dair sözleşmelere karşı miras hukukunun yasal mirasçılara sunduğu imkânlar gündeme gelmeyecektir. Oysa mal rejimi sözleşmeleri, miras oranını ciddi derecede etkileyebilecek niteliktedir. Dolayısıyla yasal mirasçı, kural olarak murisin ölüme bağlı ya da sağlararası tasarruflarına karşı saklı payı açısından korunmaya layık görülümüşken, eşlerin aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmelerine karşı korumadan mahrum bırakılmıştır.

Bu hususu *Jungo*'dan alınan iki örnekle açıklamak isabetli olacaktır¹⁰.

İlk örnekte yaşlı ve ağır hasta olan koca, ilk eşinden olan çocuklarıyla kavgalı ve bunları mümkün mertebe mirastan yoksun bırakmak istiyor. Kocanın malvarlığı 10 Milyon TL, eşinin ise hiç malvarlığı yok. Koca, ölümüne birkaç ay

7 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 237 vd.

8 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 275.

9 Türk/İsviçre hukukunda kabul gören bu karma sistem hususunda bkz. BK-Weimar, Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.), Art. 470 kn. I; Tahir Çağa, *Türk - İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılardan Hukuki Vaziyeti*, İstanbul, 1950, s. 64; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, 2016, s. 231; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 9; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 11; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Konya, 2009, s. 15-16; Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul, 2011, s. 16; K. Nuri Turanboy, *Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri*, Ankara, 2010, s. 45; Kürşat Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, İstanbul, 2013, s. 15; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016, s. 1 vd.

10 Bkz. Alexandra Jungo, Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht, ZBJV 2016, s. 767, 769-770.

kala eşyle mal rejimi sözleşmesi yapıyor ve eşler, mal ayrılığında mal ortaklığı (TMK md. 256 vd.) rejimine geçiyorlar. Dolayısıyla sağ kalan eş, kocanın malvarlığının yarısını mal rejimi çerçevesinde elde ediyor. Malvarlığının diğer yarısı ise terekeye intikal ediyor. Fakat koca eşini tek mirasçı olarak atadığı ve çocukların saklı paylarıyla yetinmek zorunda kaldıkları durumda ilk evlilikten doğan çocuklar, terekenin ancak $3/8$ 'ini, babanın bütün malvarlığının ise ancak $3/16$ 'sını talep edebilecekler. Buna karşılık mal ayrılığı söz konusu olsa idi çocuklar altsoy sıfatıyla babanın bütün malvarlığının $3/8$ 'ini talep edebileceklerdi. Dolayısıyla karı-koca arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi, hiçbir tenkis ya da denkleştirme talebine maruz kalmaksızın yasal mirasçıların murisin bütün malvarlığından talep edebilecekleri miras payını $3/8$ 'den $3/16$ 'ya indirmiştir.

İkinci örnekte eşler, farklı bir mal rejimi seçmek yerine mevcut hâlihazırda tabi oldukları edinilmiş mallara katılım rejimi çerçevesinde paylaşma oranında değişiklik yapmak istemektedirler. Bu bağlamda özellikle TMK md. 221 f. 1 hükmü önem kazanmaktadır. Bu hükme göre *“Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler”*. Buna göre eşlerden birinin işletmesi bu eşin kişisel malı olarak sayılabilir. Bu bağlamda kadının 2 Milyon TL değerindeki şirketi kadının kişisel malı sayıldığında bunun tereke üzerinde çok ciddi etkileri olacaktır. Şöyle ki koca vefat eder ve eşlerin payı 100.000 TL olarak kabul edilirse, altsoyun saklı payı bu 100.000 TL'nin $3/8$ 'ine tekabül edecektir. Dolayısıyla altsoy, toplam 37.500 TL talep edebilecektir. Oysa kadının işletmesi kişisel mal sayılmasaydı kocanın bu işletmedeki payı da terekeye dâhil olacak, bunun neticesinde tereke 1.100.000 TL'den teşekkül olacak ve altsoyun saklı miras payı 412.500 TL olacaktır. Dolayısıyla taraflar arasında akdedilen sözleşme, mirasçıların yasal payını 412.500 TL'den 37.500 TL'ye indirmiştir. Altsoyun buna karşı miras hukukundan kaynaklanan herhangi bir imkâna başvurma ihtimali de mevcut değildir.

Aynı neticeye TMK md. 227 f. 3'e göre yapılacak bir sözleşme çerçevesinde de varmak gerekecektir. İlgili hükme göre *“Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler”*. Pay oranının değiştirilmesi, tıpkı yukarıda verilen iki örnekte olduğu gibi yasal mirasçıların miras alacaklarını ciddi derecede etkilemeye elverişlidir. Ne var ki bu çerçevede de miras hukukunun öngördüğü koruma hükümlerinin devre dışı kalacağı savunulmaktadır¹¹.

11 Bkz. Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten - Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007, Rz. 6.56 ve orada dn. 77'de atf yapılan eserler.

Dolayısıyla yukarıda verilen örneklerde hukuk düzenimizin, eşler arasındaki malvarlığı rejimine dair tasarruflarını, yasal mirasçılarının menfaatlerine üstün tuttuğunu söylemek mümkündür. Ancak eşler arasındaki malvarlığı düzenine dair tasarruflara atfedilen bu önem eleştirilere de tabi olmuştur. Hatta 11 Temmuz 1979 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda¹² açıkça bu ihtimal dile getirilmiş ve eşlerin mirasçılarının saklı payına etki edecek şekilde tasarrufta bulunmaları imkânı kısıtlanmaya çalışılmış¹³, ancak söz konusu tasarı yasalaşmamıştır. Her ne kadar hâlihazırdaki düzenleme eşlere yasal mirasçılar aleyhine tasarrufta bulunma imkânı vererek bu hakkın kötüye kullanılması tehlikesinin de yolunu açmış olsa da, hakkın kötüye kullanılması olgusunun ancak istisnai hallerde gerçekleşeceğine işaret edilmektedir. Buna göre mal rejimi sözleşmesi sadece ya da öncelikle yasal mirasçılarının saklı payına zarar vermek, özellikle ilk evlilikten olan çocukların miras payını azaltmak kastıyla yapıldığı takdirde hakkın kötüye kullanılmasından bahis açılabileceği belirtilmektedir¹⁴. Yine belirtelim ki yasal mirasçılarının saklı paylarının eşler arasındaki tasarruf hürriyetine üstün tutulup tutulmayacağı hususu, güncel İsviçre Miras Hukuku Reform Tasarısı'na da konu olmuştur¹⁵.

2. Saklı Payın Mal Rejimi Sözleşmesi Serbestisine Üstün Tutulduğu İstisnai Haller: TMK md. 237 f. 2 ve TMK md. 276 f. 3

Her ne kadar yukarıda kural olarak eşlere mal rejimine dair yapacakları sözleşmeler vesilesiyle mirasın kapsamını ciddi derecede dolaylı da olsa etkileme imkânı tanınmış olsa da kanun, iki istisnai halde miras hukuku hükümlerini mal rejimi hükümlerine üstün tutmuştur. Bunlardan birincisi, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle eşlerin başka bir esas kabul edebileceğini öngören TMK md. 237 hükmüdür. Her ne kadar eşlere böyle bir imkân tanınmış olsa da aynı hükmün ikinci fıkrasında böyle bir sözleşmenin “eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını” zedeleyemeyeceği hüküm altına alınmıştır¹⁶. Dolayısıyla burada

12 Parlamentarische Initiative 76.227, BBl 1977 III 582, 1978 I 181, Tasarının dijital dosyası için bkz. <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10047828&action=open> (Erişim: Temmuz 2017).

13 Bkz. Tasarı s. 1304.

14 BK-Hausheer, Reusser, Geisser, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, 1992, Art. 199 Rn. 16.

15 Tasarı ve Gerekçe için bkz. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>.

16 Oysa eski TMK md. 222'ye göre eşlerin ortak altsoyunun da ortaklık mallarının dörtte birinden mahrum edilemeyeceği düzenlenmekteydi, Şıpka, Kaplan, s. 270; eski TMK md. 222 uygulamasına dair bkz. Şıpka, Kaplan, s. 265-269.

miras hukuku, eşlerin mal rejimi çerçevesinde tasarruf imkânlarına nazaran daha üstün tutulmuştur. Edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşlerin ortak olmayan çocukları için öngörülen bu koruma, aynı şekilde mal ortaklığı rejimi çerçevesinde bütün altsoy için benimsenmiştir. Zira TMK md. 276 f. 1 kural olarak eşlerden birinin ölümü halinde “her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı”nın verilmesini öngörmekte, f. 2 ise “Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı”nın kararlaştırılabileceğini hüküm altına almaktadır. Ancak eşlere tanınan bu imkân, f. 3 çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Gerçekten de ilgili hükme göre “Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez”.

Ancak belirtelim ki miras hukukunun mal rejimi hukukuna üstün tutulduğu bu hükümler, birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim bu bağlamda özellikle artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle belirlenecek farklı oranın sağlar arası bir işlem mi¹⁷, yoksa ölüme bağlı bir tasarruf¹⁸ niteliği mi taşıdığı İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Özellikle eşlerden birinin mal rejimi sözleşmesi sayesinde bütün değer artış payı alacağını diğer eşe bıraktığı sözleşmelerin ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıdığı görüşü öne sürülmektedir. Bu hararetili tartışmanın sebebi ise daha çok hukuk politikasını ilgilendiren bir sorundur: Saklı pay hakkı sahibi mirasçılardan korunması mı, yoksa eşlerin aralarında malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme hürriyeti mi daha üstün tutulacaktır? Nitekim ilgili sözleşmeler sağlar arası işlem olarak nitelendirildiğinde eşler arasındaki tasarruflar tenkise tabi tutulacak, ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıdığına ise zaten değer artış payı alacağı doğrudan terekeden karşılanacaktır.

Evvelden İsviçre Federal Mahkemesi¹⁹ ilgili sözleşmeleri sağlar arası işlem olarak nitelendirmiştir. Nitekim Federal Mahkeme, söz konusu işlemlerin sebebinin kişinin ölümünde değil, mal rejiminde yattığını belirtmiş, eşlerden birinin ölümünün ise ancak ifa zamanıyla alakalı bir unsur olduğunun altını çizmiştir.

17 Philip R. Bornhauser, Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung, *successio* 2011, s. 318 vd., 322; Alexandra Rumo-Jungo, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio* 2007, s. 158 vd.

18 Heinz Hausheer, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern/Stuttgart 1991, s. 79 vd., s. 82 ve s. 92 vd.; Paul Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Ehegüterrecht und im Erbrecht des schweizerischen ZGB gestern und heute – eine Übersicht, in: Peter Breitschmid/Tugrul Ansay (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Konvergenzen und Divergenzen, Berlin, 2008, s. 154, 157 vd.

Türk hukuku için bkz. Şıpka, Kaplan, s. 273: “Bu sözleşme sağlararası bir kazandırma değildir. [...] Bize göre ortak olmayan altsoyun saklı payını zedeleyen mal rejimi sözleşmesi hüküm doğurmakla birlikte, bu sözleşme bir ölüme bağlı kazandırma olarak kabul edildiğinde, miras hukukundaki ölüme bağlı kazandırmalar gibi tenkise tabi bir tasarruftur”.

19 BGE 82 II 477 vd.

Ardından *Nobel*²⁰ kararında içtihat değişikliğine giden İsviçre Federal Mahkemesi, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşe bütün değer artış payını tanıyan sözleşmelerin ölümüne bağlı bir bağış niteliği taşıdığını belirtmiş, dolayısıyla ilgili işlemin Art. 522 ZGB (TMK md. 560) çerçevesinde tenkis davasına tabi olacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, bu korumayı sadece altsoy ile sınırlı tutmuş, dolayısıyla ölen eşin ebeveynlerini bu imkândan mahrum kılmıştır.

Ardından İsviçre’de 1979 senesinde sunulan kanun tasarısında²¹ bütün yasal mirasçılardan koruma altına alınması öngörülmüştür. Tasarayı hazırlayan yazarlara göre eşlerin tasarruf hürriyeti zaten yeterince korunmaktaydı. Dolayısıyla menfaatleri koruma altına alınması gereken asıl kişilerin altsoy ve hatta ebeveynler olduğu belirtilmiştir. Ancak yasama sürecinde altsoy ve ebeveynlerin menfaatlerini de dikkate alan düzenleme değiştirilmiş ve sadece ortak olmayan altsoy korunmaya layık görülmüştür. Bunun sebebi ise ortak altsoyun bir taraftan ölen murise yakınlığı, diğer taraftan sağ kalan eşin mirasçısı olmaması sıfatıyla onun mirasından mahrum kalacağı gerçeğidir. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucusu sadece ortak olmayan altsoyu korumaya layık görmüş ve Art. 216 f. 2 ZGB hükmünü tesis etmiştir.

Söz konusu ihtilafın neticelerini bir örnekle açıklamak isabetli olacaktır²². C, A ve B’nin ortak çocuklarıdır. D ise A’nin bir önceki evlilikten olan oğludur. Eşler ölüm halinde değer artış payının bütünüyle sağ kalan eşe ait olduğu hususunda bir sözleşme yapmışlardır. A, öldüğünde kendi malı olarak 200.000 TL ve değer artış payı olarak 400.000 TL bırakmıştır. B’nin değer artış payı da 400.000 TL’dir. Mal rejimi sözleşmesi sebebiyle A’nın bütün değer artış payı artık B’ye aittir. Dolayısıyla A’nın terekesi 200.000 TL’den müteşekkildir.

Eşler arasındaki sözleşme ölümüne bağlı bir tasarruf olarak değerlendirilmediği takdirde tereke, yasal mirasçılar arasında kanunda öngörülen oranlar dâhilinde paylaşılacaktır. Dolayısıyla sağ kalan eşe 50.000 TL, çocukların her birine de 75.000 TL düşmektedir.

Peki eşler arasında yapılan sözleşme altsoyun saklı payını ihlal etmiş midir? Eşlerin ortak altsoyu C açısından tenkise tabi malvarlığı 200.000 TL’dir. Zira TMK md. 508, 237 f. 2 doğrultusunda eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi ortak altsoy olan C’nin saklı payını zedelememektedir. Oysa D’nin saklı payı açısından esas alınması gereken değer, TMK md. 508, 237 f. 2 çerçevesinde 600.000 TL’dir. Nitekim TMK md. 237 f. 2 doğrultusunda eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmesi olmasaydı TMK md. 236 f. 1 çerçevesinde alacaklar

²⁰ BGE 102 II 313 vd.

²¹ Bkz. dn. 12.

²² Jungo, successio, 2007, s. 158, 165.

takas edilecek ve dolayısıyla A'nın artık değer payı terekesine dahil edilecekti. Dolayısıyla A'nın terekesi toplam 600.000 TL'den ibaret olacaktı. Altsoy ile birlikte yasal mirasçı olan eşin payı TMK 499 f. 1 doğrultusunda 1/4 ise ve çocuklar da TMK md. 495 f. 2 sebebiyle eşit oranda mirasa ortaklarsa, D'nin saklı payı TMK md. 505 b. 1 çerçevesinde 3/16'dır ve dolayısıyla 112.500 TL'dir (terekenin tamamının 3/4'ü çocuklara ait ise D'nin yasal miras payı 3/8, saklı payı ise bunun yarısı, yani 3/16 olmalıdır). Dolayısıyla eşler arasında yapılan sözleşme, D'nin saklı payını 62.500 TL oranında ihlal etmiştir.

Belirtildiği üzere tasarruf edilebilen miktarın ortak altsoy ve ortak olmayan altsoy açısından farklı değerlendirmelere tabi tutulması İsviçre kanun koyucusunun açık iradesini ortaya koymaktadır. Türk Medeni Kanunu md. 237 gerekçesine²³ bakıldığında ise Türk kanun koyucusunun değer artış payının bütünüyle sağ kalan eşe özgünlendiği hallerde “ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekları” hususuna dikkat çekilmiş, bu sebeple “maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceği” belirtilmiştir.

Ancak ortak altsoy ile ortak olmayan altsoy arasındaki bu ayırımın gerçekten de makul bir gerekçeye dayandığı hususuna şüpheli yaklaşmak gerekecektir. Yukarıda belirtildiği üzere ortak olmayan altsoyun korunmaya muhtaç görülmesinin sebebi, ortak olmayan altsoyun sağ kalan eşin mirasçısı olmaması sebebiyle sağ kalan eşin mirasından herhangi bir pay elde edememesidir. Fakat bunun neticesi olarak aynı anne ya da aynı babadan doğan çocukların bir kısmı için saklı pay oranı daha yüksek iken diğer çocuklar, ölen eşin mirasının tümüne kavuşabilmek için sağ kalan eşin “ölümünü beklemek” zorunda kalacaklardır. Dolayısıyla aynı anne ya da aynı babanın çocuklarının bir kısmı, anne ya da babanın ölümünden hemen sonra daha fazla saklı paya sahip olacak, daha fazla miktar üzerinde daha erken bir zamanda tasarruf edebilecektir. Ölen eş ile sağ kalan eşin ortak çocukları ise sağ kalan eşin ölümüyle ancak ortak olmayan çocukların sahip olduğu saklı pay miktarına sahip olacak, ancak bu zamana kadar da tereke, sağ kalan eşin tasarruflarına mahrum kalacaktır. Dolayısıyla altsoy arasında yapılan bu ayırımın gerçekten de tatmin edici nitelikte olduğunu söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

23 “Edinilmiş malların önemli bir bölümünü eşlerden birisinin malvarlığındaki artışın oluşturması ve mal rejimi sözleşmesiyle bunun tamamının sağ kalan eşe kalmasının öngörülmesi hâlinde, ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekları tabiidir. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükümle eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, ortak olmayan çocukların saklı paylarını ihlâl edecek çözümler getirmeleri önlenmek istenmiştir.”

Nitekim altsoyun ortak olup olmadığına göre ayırım yapmanın altsoylar arasında eşitsizliğe yol açacağı gerekçesiyle İsviçre Medeni Kanunu Reform Öntasarısı²⁴ çerçevesinde sunulan öneriye göre sağ kalan eşe bütün değer artış payının ait olacağına dair yapılan mal rejimi sözleşmesi, Art. 494 f. 4'e göre miras sözleşmesi niteliğindedir. Lakin bu çözüm önerisi de sert eleştirilere maruz kalmaktadır. Nitekim sorunun çözüm yeri olarak aile hukuku hükümlerinin değil, miras hukuku hükümlerinin tercih edilmesi kınanmaktadır. Ayrıca diğer mal rejimi sözleşmelerinin kapsam dışı bırakılıp sadece Art. 216'da belirtilen mal rejimi sözleşmelerinin düzenlenmesi de eleştirilmektedir. Artık değer payının tümünün sağ kalan eşe ait olacağına dair mal rejimi sözleşmesinin miras sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde bu tür bir sözleşmenin ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Bu yönde bir tasarrufun Tasarımın Art. 525 f. 1 hükmüne göre diğer ölüme bağlı tasarruflarla aynı oranda tenkise tabi tutulacaktır. Ancak mal rejimi sözleşmesinden önce başka bir miras sözleşmesi akdedildiği takdirde önceden akdedilen sözleşme öncelikli olacağından²⁵ sonradan yapılan sözleşmenin hiçbir hükmü kalmayacaktır²⁶. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucusunun da bu sorunu tatmin edici şekilde bir çözüme kavuşturduğunu söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

II. Sağlararası İşlemlerin Mal Rejimine ve Miras Hukukuna Etkileri

Eşlerden birisinin vefatı sebebiyle mal rejimi sona erer ve ölen eş sağlığı esnasında ivazsız kazandırmalarda bulunur ya da malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunursa, gerek mal rejimi hükümleri, gerek ise miras hukuku düzenlemeleri gündeme gelebilecektir. Bunlar başlıca edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eklenecek değerler arasında zikredilen eşin diğer eşin rızası olmaksızın son bir yıl içinde yaptığı karşılıksız kazandırmalar²⁷ ve eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler²⁸ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında bu tür kazandırmaların TMK md. 669 çerçevesinde denkleştirmeye tabi tutulması ya da TMK md. 565, 508 hükümleri uyarınca tenkis yolunun açık olması söz konusu olabilir. Peki, bu farklı imkânlar arasındaki ilişki nasıl tespit edilecektir?

24 Tasarı ve Gerekçe için bkz. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>.

25 Art. 494 f. 3, Art. 526 f. 2.

26 Jungo, successio 2016, s. 276, 277 vd.

27 TMK md. 229 f. 1 b. 1.

28 TMK md. 229 f. 1 b. 2.

1. Miras Hukuku Hükümleri Arasındaki İlişki

Öncelikle miras hukuku açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse denkleştirme ile tenkis arasındaki öncelikli fark, iki müessesenin izlediği farklı amaçlardır. Tenkis, saklı paylı mirasçıların bu paylarını korumayı amaçlamaktadır. Oysa denkleştirmeye tabi kazandırmalar, tasarruf oranının aşılmadığı hallerde de uygulama alanı bulabilecektir. Zira denkleştirmenin amacı, “kanuni mirasçılardan bazısının mirasbırakandan vaktiyle elde ettiği özel çıkarı almasaydı doğacak duruma göre paylaşırma yapmak” olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla “burada tasarruf oranını aşan kazandırmaların yasal bir sınıra çekilmesi değil, miras bırakanın kanuni mirasçılardan bazısına diğerleri aleyhine sağlığında yaptığı bazı kazandırmaların terekeye geri verilmesi söz konusudur”²⁹. Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu md. 527 b. 1, açıkça söz konusu tasarrufların denkleştirmeye tabi olmadıkları durumlarda tenkis talebinde bulunulabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla sıra olarak denkleştirme, tenkisten önce gelmektedir³⁰. Türk Medeni Kanunu md. 565’te ise böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yine de Türk hukukunda da aynı netice kabul görmektedir. Nitekim TMK md. 565 b. 1’e göre “kanuni veya iradi denkleştirmeye tabi olan bir kazandırma ancak denkleştirme yükümlülüğünden kurtulduktan sonra tenkise tabi olur”³¹.

2. Mal Rejimi Hükümleri ile Miras Hukuku Hükümleri Arasındaki İlişki

Gerek mal rejimi hukuku çerçevesinde artık değerın hesaplanması aşamasında, gerek ise saklı pay için esas alınacak olan terekenin hesaplanması aşamasında önceden yapılmış olan tasarrufların dikkate alınması hususu gündeme gelebilir. Gerçekten de TMK md. 229, edinilmiş mallara değer olarak eklenecek olan unsurlar olarak (1) “Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar”ı ve (2) “Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirleri” saymaktadır. Benzer şekilde TMK md. 565 b. 3’te “Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar” ile b. 4’te “Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar” zikredilmektedir. Belirtelim ki TMK md. 229 f. 1 b. 1, yapılan kazandırmaların hesaba katılması için, bu kazandırmaların bir yıl önce gerçekleşmiş olması şartı

29 Mustafa Dural, Turgut Öz, *Miras Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 2015, s. 320.

30 Jungo, Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht, ZBJV 2016, s. 767, 780.

31 Nar, s. 35-36; bununla birlikte iki müessesenin aynı anda devreye giremeyeceği hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 389-390.

tını ararken böyle bir şart TMK md. 565 f. 1 b. 1’de öngörülmemiştir³². Ayrıca mal rejimi tasfiyesinde Türk hukukunda dikkate alınacak bağışlamaların süresi bir yıl iken İsviçre hukukunda mal rejiminin tasfiyesinden önceki son beş yılda yapılan bağışlamalar esas alınmaktadır.

Ancak mal rejimi hukukunda bağışlamanın “diğer eşin rızası olmadan” gerçekleşmesi şartı aranırken miras bırakanın herhangi bir kişinin rızasını alması, tenkis talebini ortadan kaldırmayacaktır. Diğer bir ifadeyle murisin bir diğer kişinin rızasını almadan tasarrufta bulunması, tenkis talebinin bir şartı değildir. Gerçekten de TMK md. 229 ile md. 565’in birbirinden farklı gayeleri dikkate alındığında eşin rızası şartının ilgili talebi neden ortadan kaldıracığını anlamak mümkündür. Nitekim TMK md. 229, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşin artık değer payını talep hakkını korumayı amaçlamaktadır³³. Şayet eş, diğer eşin tasarrufuna rıza göstermiş ise bu kişinin korunmaya ihtiyacı yoktur. Oysa tenkis talebi bağlamında amaç, yasal mirasçılardan saklı pay taleplerini korumaktır. Dolayısıyla saklı payı zedelenen mirasçının bu ihlale önceden onay vermesi söz konusu değildir.

Nihayet TMK md. 229 f. 2 ve TMK md. 565 b. 4, kişinin kanunda öngörülen koruma mekanizmasını devre dışı bırakmak amacıyla gerçekleştirdiği tasarrufları ele almaktadır. Bir taraftan katılma alacağının azaltılması kastıyla yapılan devirler, diğer taraftan saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacıyla yapılan kazandırmalar esas alınmaktadır. Ancak bu çerçevede de İsviçre hukukuna kıyasla Türk hukukunda her iki müessese arasında bir benzerliğin olduğunu söylemek mümkündür. Şöyle ki İsviçre hukukunda tenkis talebi bağlamında saklı pay kurallarını etkisiz hale getirme amacının açık olması şartı aranırken diğer eşin katılma alacağının devre dışı bırakmak amacıyla yapılan tasarruflarda böyle bir şart aranmamaktadır. Dolayısıyla Art. 208 çerçevesinde eşin olası kasıtlı davranmış olması yeterli gözükmektedir. Türk hukukunda ise TMK md. 229 f. 2’de açıkça “*diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirleri*” denilmekle kasıt şartının açıkça zikredildiği görülmektedir. Dolayısıyla bu çerçevede olağan kastın yeterli olmayacağı, tıpkı miras hukukunda olduğu gibi bu çerçevede de açık bir azaltma amacının güdüldüğünün ispat edilmesi şartının aranması gerektiği söylenebilecektir³⁴.

Öte yandan mirasta denkleştirme ile mal rejimi tasfiyesi çerçevesinde denkleştirme alacağı arasında bir benzerlikten bahis açılmayacaktır. Nitekim mirasta denkleştirme mirasçılar arasındaki eşitliği sağlamayı amaçlarken eşler

32 Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 508.

33 Öztan, s. 504-505.

34 Bu hususta bkz. Öztan, s. 508-509.

arasındaki denkleştirme talebi, eşlerin malvarlığından yapılan kazandırmaları esas almaktadır. Oysa miras hukukunda mirasçının malvarlığından herhangi bir kazandırma yapılması söz konusu değildir.

Peki ölen eş, edinilmiş mallar ile üçüncü bir kişi, altsoy ya da diğer eş lehine sağlığında bir kazandırmada bulunduğu takdirde hangi hükümler uygulanacaktır? Türk Medeni Kanunu md. 229 dikkate alındığında burada özellikle eşin rızasının olup olmadığına bakılması gerekecektir. Eşin rızası var ise TMK md. 229 çerçevesinde bir ekleme yapılması gündeme gelmeyecektir. Aynı şekilde diğer eşin söz konusu kazandırmanın lehtar olması halinde de TMK md. 229'un öngördüğü koruma mekanizmasının uygulama alanı bulmasına gerek olmayacaktır³⁵. Zira ilgili hüküm, sadece üçüncü kişiler lehine yapılan kazandırmaları esas almaktadır. Dolayısıyla diğer eş lehine yapılan kazandırmalarda ancak denkleştirme ve tenkis hükümleri gündeme gelecektir. Eşin rızasının olmadığı durumlarda ise kazandırma, gerek mal rejimi, gerekse miras hukuku açısından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda mal rejimi tasfiyesinin terekenin paylaşımından önce yapılması gerektiği kuralını bir kez daha hatırlatmakta fayda vardır.

Bu çerçevede ortaya çıkan sorunlardan ilki, diğer eş lehine gerçekleşen kazandırmanın bütünüyle mi, yoksa eşin artık değer payıyla sınırlı olarak mı TMK md. 565 b. 3 çerçevesinde tenkise tabi tutulacağına ilişkindir. Bu sorunu hemen bir örnekle izah edecek olursak³⁶: A, eşi B'ye evliliği esnasında edinilmiş mallardan 100.000 TL bağışlar, kısa bir süre sonra vefat eder ve ardında 500.000 TL değer artış payı bırakır. B'nin ise kendi malı niteliğinde A'dan aldığı 100.000 TL'si mevcuttur. Düzenlenen bir vasiyetname ile A, çocuklarının miras payını saklı pay oranıyla sınırlandırmış ve B'ye tasarruf edilebilir miktarın tümünü bırakmıştır.

Mal rejimi açısından olay incelendiğinde TMK md. 229'a göre eklenecek bir değer olmadığı aşikârdır. Nitekim kazandırma eş lehine gerçekleştiği için somut olayda değer artış payı, 500.000 TL üzerinden hesaplanacaktır. B'ye düşen pay ise bu bağlamda 250.000 TL'dir.

Peki tereke hesaplanırken sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma hangi oranda dikkate alınacaktır? İsviçre Federal Mahkemesi eski içtihadında kazandırmanın mal rejiminden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine, dolayısıyla tümüyle tenkise ya da denkleştirmeye tabi tutulacağına hükmetmiştir³⁷. İlgili kararda kazandırmanın bir bütün halinde denkleştirme ya da tenkise tabi tutulmaması halinde miras bırakanın saklı pay miktarı ve dolayısıyla tasarruf edi-

35 BK-Hausheer, Reusser, Geiser, Art. 208 kn. 23; Jungo, ZBJV 2016, s. 781.

36 BK-Hausheer, Reusser, Geiser, Art. 208 Rn. 59.

37 BGE 107 II 119.

lebilir miktar üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği belirtilmiş ve saklı pay hükümlerinin dolanılması tehlikesine işaret edilmiştir³⁸. Ayrıca mal rejimi hukuku ile miras hukukunun birbiriyle karıştırılmaması gerektiği de vurgulanmıştır³⁹.

Yukarıda verilen örnek açısından bu içtihadın neticesi, A'nın hayatta iken B lehine gerçekleştirdiği kazandırmanın tümüyle dikkate alınması gerektiridir. Dolayısıyla A'nın terekesi hesaplanırken 250.000 TL'lik değer artış payına, B lehine yapılan 100.000 TL'lik kazandırma tamamıyla eklenmelidir. Bu sayede A'nın terekesi 350.000 TL'ye ulaşacaktır. Altsoyun yasal miras payı, TMK md. 499 b. 1 çerçevesinde 3/4 olduğuna göre ve saklı payları da TMK md. 506 b. 1'e göre bunun yarısı, yani 3/8 olduğuna göre altsoyun saklı payı 131.250 TL olacaktır (350.000 x 3/8). Sağ kalan eşin malvarlığı ise bu durumda 468.750 TL olacaktır (100.000 TL A tarafından gerçekleştirilen kazandırma + (218.750 – 100.000 tenkis sonrası) 118.750 TL miras payı + 250.000 TL değer artış payı).

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi çerçevesinde A'nın B lehine gerçekleştirdiği kazandırmanın kazanılmış mallardan gerçekleştirildiği gerçeği gözden kaçırılmaktadır. Nitekim bu görüş doğrultusunda lehine tasarrufta bulunulan eş netice itibarıyla daha da kötü bir konuma sahip olmaktadır. Bu sebeple de edinilmiş mallar çerçevesinde gerçekleşen bir kazandırmanın ancak yarısının tenkis ya da denkleştirme talebine konu olabileceği savunulmaktadır. Nitekim şayet muris sağ kalan eş lehine herhangi bir tasarrufta bulunmasaydı, bu miktarın ancak yarısı terekeye dâhil edilecek, diğer yarısı ise değer artış payı olarak sağ kalan eşe ait olacaktı. Dolayısıyla yukarıdaki görüşe göre eş hiç bağışlama yapılmadığı takdirde eş daha avantajlı bir konuma sahip olacaktı. Bu hususu yukarıda verilen örnek çerçevesinde açıklayacak olursak: A'nın terekesi öncelikle değer artış payı olan 250.000 TL'den oluşmaktadır. Buna B'ye bağışlanan 100.000 TL'nin yarısı eklendiğinde saklı paya esas teşkil edecek olan değer 300.000 TL olacak, altsoya toplam 112.500 TL düşecek ve dolayısıyla B, terekeden toplam 137.500 TL daha alacaktır (187.500 TL saklı pay – tenkis sonrası A'ya kalan 50.000 TL). B'nin toplam malvarlığı bu görüşe göre 250.000 TL değer artış payı + 100.000 TL A'nın bağışladığı miktar + 137.500 TL tereke alacağı olarak toplam 487.500 TL olacaktır. Görüldüğü gibi B bu durumda Federal Mahkeme'nin görüşüne kıyasla 18.750 TL daha fazla bir malvarlığına sahip olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, daha sonra BGE 127 III 396 kararında, kazandırmanın diğer eş lehine yapıldığı hallerde ilgili görüşün sebebiyet verdiği olumsuz

38 BGE 107 II 119, E 2d.

39 BGE 107 II 119, E 2d.

neticelere ve bu bağlamda doktrindeki eleştirilere açıkça yer vermiş, ancak ihtilafa konu olan olayda sağ kalan eş lehine bir kazandırma söz konusu olmadığı için bu eleştirilere cevap verme ihtiyacı doğmadığını belirtmekle yetinmiştir⁴⁰.

Kazandırmaların tenkis ya da denkleştirmeye tabi olup olmayacağı sorunu sadece kazandıran eşin terekisi açısından değil, kazandırmada bulunan eşin sağ kalan eşinin terekisi açısından da gündeme gelecektir. Eş, diğer eşin yaptığı kazandırmaya rıza göstermiş ve ardından rıza gösteren eşin ölümü sebebiyle mal rejimi sona ermişse, mal rejimi açısından eklenecek herhangi bir değer söz konusu değildir. Ancak eşin rıza göstermesi sebebiyle lehine kazandırmada bulunan kişi, rıza gösteren eşin mirasçılarının tenkis ya da denkleştirme taleplerine muhatap olabilecek midir? Bu soruyu olumsuz yanıtlayan *Hausheer/Reusser/Geiser*, rıza gösteren eşin ileride elde edeceği bir kazançtan feragat etmekle diğer eş lehine bir kazandırmada bulunduğunu, dolayısıyla kazandırma işlemine rıza gösterilen mal rejimi tasfiyesi aşamasında eklenecek değer olmaması sebebiyle malvarlığında bir kazanımın meydana geldiğini, ancak burada malvarlığında artış meydana gelen kişinin kazandırmanın muhatabı olmadığını vurgulamaktadır. Gerçekten de diğer eşin kazandırma işlemine rıza gösteren eş, bu rızası ile lehine kazandırmada bulunan kişinin malvarlığında bir artışa doğrudan sebebiyet vermemektedir. Kazandırmanın muhatabı olan kişi, diğer eşin kazandırma işlemiyle malvarlığında bir artış elde etmektedir, eşin rızasıyla değil. Dolayısıyla kazandırmanın muhatabına karşı denkleştirme ya da tenkis talebinde bulunulması imkân dâhilinde değildir⁴¹. Ancak eşlerden birinin ölümü yakın olduğu hallerde diğer eşin ölecek olan eşin mirasçılarının paylarını azaltmak amacıyla kendi mirasçılara ölecek olan eşin rızasıyla gerçekleştirdiği kazandırmalarda TMK md. 565 b. 4 çerçevesinde tenkis talepleri gündeme gelebilecektir.

Nihayet eşin diğer eşin gerçekleştirdiği kazandırma işlemine rıza göstermesi ve dolayısıyla mal rejimi çerçevesinde herhangi bir talepte bulunmayacağını belirtmesi, aynı zamanda miras hukuku açısından da denkleştirme ya da tenkis talebinde bulunulmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir işlem altsoyun saklı paylarına müdahale anlamına geldiği için miras sözleşmesi çerçevesinde öngörülen resmi şekle tabidir⁴². Oysa TMK md. 229 bağlamında gerçekleştirilen bağışlamalara verilecek rıza herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla alelade bir beyandan ibaret olan rızanın şekil şartına tabi miras sözleşmesi ile aynı etkileri doğurması söz konusu olamaz⁴³.

40 BGE 127 III 396.

41 Hausheer, Reusser, Geiser, Art. 208 kn. 60-61.

42 TMK md. 528, 545.

43 Jungo, successio 2016, s. 781.

III. Alternatif Olarak Sağ Kalan Eşin Miras Payının Sabit Oran Olarak Kabul Edilmesi

Mal rejimi hükümleri ile miras hükümleri arasındaki ilişki çerçevesinde işaret edilen sorunların önlenmesi amacıyla sağ kalan eşin miras payının sabit oranda kabul edilmesi bir ihtimal olarak düşünülebilir.

Nitekim Alman hukukunda eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi tasfiyesi, mal rejimi hükümlerine göre değil, sağ kalan eşin yasal miras payına dörtte birlik bir payın ilave edilmesi suretiyle gerçekleşmektedir⁴⁴. Değer artış payının bu götürü şekliyle tasfiye edilmesi, sağ kalan eşin diğer mirasçılarla mal varlığı paylaşımı çerçevesinde çıkabilecek muhtemel ihtilafları önlemek amacıyla gütmemektedir. Öte yandan sağ kalan eş ile birlikte mirasçı olan diğer kişilerin sağ kalan eşin değer artı payını hesaplamak için ellerinde çoğu zaman yeterli veri bulunmadığı için bunlar açısından da bir kolaylık söz konusudur⁴⁵. Dolayısıyla mal rejimi tasfiyesi, miras hukuku hükümleriyle gerçekleşmektedir. Hatta sağ kalan eşin değer artış payı alacağı olup olmadığı da herhangi bir önem taşımamaktadır. Bilakis eşin hiçbir değer artış payı alacağı söz konusu olmasa dahi yasal miras payına ¼ ilave edilen pay suretiyle mal rejimi tasfiyesi gerçekleştirilmektedir. Ancak bu götürü tasfiye usulünün yegâne şartı, eşin ölümü esnasında eşler arasında kabul edilen mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olmasıdır. Dolayısıyla eşler evlilik sözleşmesi çerçevesinde başka bir mal rejimi benimsedikleri halde (§ 1408, § 1414 BGB) ya da mahkeme kararıyla farklı bir mal rejimine hükmedilirse (§ 1385, § 1386, § 1388) mal rejimi tasfiyesinin götürü oranla belirlenmesi gündeme gelmeyecektir⁴⁶.

Buna göre ölen eş ölümüne bağlı herhangi bir tasarrufta bulunmadı ve yasal miras payları söz konusu ise sağ kalan eş, birinci derece akrabalarla birlikte (örneğin çocuklarla) terekenin dörtte birine, ikinci derece akrabalarla terekenin yarısına sahip olacak iken ilave edilen ¼ lük pay sayesinde birinci derece akrabalarla terekenin yarısını talep etme hakkına sahip olacaktır. Belirtelim ki sağ kalan eşin yasal miras payına eklenen ¼'lük oran aynı zamanda saklı payları da etkilemektedir. Nitekim yasal miras payı artan eşin saklı pay oranı da aynı şekilde artmaktadır. Buna mukabil diğer mirasçıların ise saklı pay oranları düşmektedir.

Öte yandan sağ kalan eş mirası reddettiği takdirde mal rejimi tasfiyesi hükümlerine göre tasfiye talebinde bulunabilecektir. Bu durumda sağ kalan eş,

44 BGB § 1371 f. 1.

45 Koch, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Rixecker, Oetker, Limperg (Hrsg.), Band 8: Familienrecht I – §§ 1297-1588 BGB, 7. Aufl., München 2017, § 1371 kn. 1.

46 Wilfried Schlüter, *BGB-Familienrecht*, 14. Aufl., Heidelberg 2012, s. 112 kn. 139.

değer artış payı talep hakkı (§ 1378 f. 1) yanında saklı pay talebinde de bulunabilecektir. Ne var ki sağ kalan eşin saklı payı, yasal miras payına ilave edilen herhangi bir oran olmadığı için kanunda öngörülen oran doğrultusunda belirlenecek, yani ¼'lük bir artış gerçekleşmeyecektir.

Nihayet ölen eşin sona eren evlilik ilişkisinden olmayan, yani başka bir evlilikten meydana gelmiş çocukları mevcut ise, tereke payına ¼'lük oran eklenen sağ kalan eş, bu çocukların uygun bir eğitim için gerekli masrafları eklenen orandan karşılamak zorundadır (§ 1371 f. 4).

Ancak belirtelim ki bu çözüm yolu gerek mal rejimi, gerekse miras hukuku açısından birçok çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Nitekim mal rejimi hukuku açısından bakıldığında eşin gerçekten de değer artış payının olup olmadığı hiçbir önem taşımayacaktır. Gerçekten de götürü bedel belirlenirken esas alınan “olağan” hal şudur: eşlerden birisi çalışıyor (ki bu genellikle kocadır) ve mal varlığı ediniyor, diğer eş ise evliliği boyunca herhangi bir kazanç elde etmiyor; genellikle ilk ölen koca olduğu için ve kadın herhangi bir kazanç elde etmediği için kadının mal rejimi tasfiyesi çerçevesinde kocasından talep edebileceği değer artış payı, miras payına ¼ oranında eklenmektedir⁴⁷. Ayrıca mal ayrılığı rejimi ile mal ortaklığı rejimi arasında hiçbir farkında kalmayacağı öne sürülmektedir. Şöyle ki § 1931 f. 4 hükmüne göre sağ kalan eşle birlikte bir ya da iki çocuk mevcut ise, eş terekenin yarısına sahip olur. Aynı durum, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde sağ kalan eş için de söz konusudur. Zira bu durumda da sağ kalan eş, terekenin yarısına sahip olacaktır⁴⁸ (§ 1931 f. 1, § 1371 f. 1 BGB).

Nihayet sağ kalan eş, mirası reddedip saklı paylarla yetinmenin mi, yasal mirasçı sıfatıyla kendisine tanınan götürü oranı talep etmenin mi daha uygun bir çözüm yolu olacağını hesaplamak için yine de değer artış payını hesaplamak zorunda kalacaktır. Aynı durum mirasın intikali açısından ödenecek vergi açısından da söz konusudur. Bu çerçevede de § 1371 f. 1 BGB düzenlemesinden bağımsız olarak değer artış payının belirlenmesi gerekmektedir⁴⁹.

Dolayısıyla Alman hukukunda öngörülen götürü pay oranı şeklinde mal rejimi tasfiyesinin de tatmin edici bir çözüm yolu olduğunu söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

Sonuç

Netice itibarıyla hukuk düzenimizin, eşlerin mal rejimi hususunda yaptıkları sözleşmeleri kural olarak miras hukukuna üstün tuttuğunu söylemek mümkün-

47 Thomas Rauscher, *Familinerecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2008, s. 278 kn. 377.

48 Rauscher, s. 278 kn. 378.

49 Koch, *MüKo-BGB*, § 1371 kn. 2 vd.

dür. Gerçekten de eşler, mal rejimini değiştirerek, ortak mallarını eşlerden birinin kişisel malı sayarak (TMK md. 221) ya da değer artış payı oranını değiştirerek (TMK md. 227 f. 3) terekenin kapsamını ciddi derecede etkileme imkânına sahiptirler. Hakkın kötüye kullanılması sınırının aşılması kaydı ile eşler, bu sayede mal rejimi hususunda diledikleri şekilde tasarrufta bulunabilme hürriyetine sahiptirler.

Ancak hukuk düzeni, TMK md. 237 f. 2 ve TMK md. 276 f. 3'te bu hürriyetin sınırlarını çizmiştir. Ne var ki bu çerçevede de bir taraftan bütün değer artış payının sağ kalan eşe verilmesine dair mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte diğer taraftan TMK md. 237 f. 2'de neden sadece ortak olmayan altsoy için mal rejimi hükümlerinin sınırlandırıldığına dair makul bir gerekçeye rastlamak mümkün gözükmemektedir. Bilakis eşlerin tasarruf özgürlüğüne miras hukuku açısından sınırlandırma getiren ilgili düzenlemenin daha da çok tartışmalara sebebiyet verdiği neticesine varılmaktadır.

Eşlerin sağlararası gerçekleştirdikleri tasarruflar açısından mal rejimi hukuku da (TMK md. 229), miras hukuku da (TMK md. 565) koruma mekanizmaları öngörmektedir. Hükümlerin niteliklerinden kaynaklanan bazı farklılıklar bir yana, mal rejimi çerçevesinde eşin tasarrufuna rıza gösteren eşin mirasçılarının bu sebeple tenkis ya da denkleştirme talebinde bulunamayacaklarını söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir. Bilakis mal rejimi hukuku bağlamında açıklanan rızanın miras hukukuna herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarının aksine diğer eş lehine gerçekleştirilen kazandırma, bütünüyle değil, ancak eşin artık değer payıyla sınırlı olacak şekilde tenkis talebine tabi tutulmalıdır. Yine kazandırmanın muhatabı olan eşe karşı tenkis talebinde bulunmak da mümkün değildir.

Nihayet Alman hukukunda, eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi tasfiyesinin, sağ kalan eşin miras oranına $\frac{1}{4}$ eklenmesi suretiyle gerçekleşeceğini öngörülen sistem, ilk bakışta mirasçılar arasında yaşanacak muhtemel ihtilafları baştan bertaraf edecek nitelikte gibi gözükse de, sağ kalan eşin her halükarda değer artış payını hesaplamak zorunda kalması sebebiyle makul bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir.

KAYNAKLAR

- Aksoy, Muammer, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara, 1964.
- Alexandra Jungo, Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht, ZBJV 2016, s. 767 vd.
- Alexandra Rumo-Jungo, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio* 2007, s. 158 vd.

- Antalya, Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2015.
- Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Konya, 2009.
- Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.).
- Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, H. Hausheer/R. Reusser/T. Geiser (Hrsg.), 1992.
- Çağa, Tahir, *Türk - İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti*, İstanbul, 1950.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, *Aile Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul, 2015.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2015.
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul, 2011.
- Heinz Hausheer, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern/Stuttgart 1991.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, 2. Baskı, Ankara, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, 1987.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Band 8: Familienrecht I – §§ 1297-1588 BGB, 7. Aufl., München 2017.
- Nar, Ahmet, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2015.
- Paul Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Ehegüterrecht und im Erbrecht des schweizerischen ZGB gestern und heute – eine Übersicht, in: Peter Breitschmid/Tugrul Ansay (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Konvergenzen und Divergenzen, Berlin 2008, s. 154 vd.
- Philip R. Bornhauser, Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung, *successio* 2011, s. 318 vd.
- Rauscher, Thomas, *Familienrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, 2008.
- Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten - Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007.
- Schlüter, Wilfried, *BGB-Familienrecht*, 14. Aufl., Heidelberg, 2012.
- Şıpka, Şükran / Kaplan, Hasan Ali, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, *Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan*, Ankara, 2004, s. 263 vd.

- Turanboy, K. Nuri, *Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri*, Ankara, 2010.
- Yağcı, Kürşat, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, İstanbul, 2013.

Elektronik Kaynaklar

- Parlamentarische Initiative 76.227, BBl 1977 III 582, 1978 I 181, <https://www.ams-druckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10047828&action=open> (Erişim: Temmuz 2017).
- Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vnber-d.pdf> (Erişim: Temmuz 2017).

ÖZ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi, miras hukuku açısından birçok soruyu da beraberinde getirecektir. Eski kanun döneminde mal ayrılığı rejimi sebebiyle eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi tasfiyesi aşamasında pek çok sorunla karşılaşılmaz iken yeni kanun döneminde gerek eşlerin sağlığı esnasında gerçekleştirdikleri kazandırmalar, gerek mal rejiminde yaptıkları değişiklikler, sadece mal rejimi hükümleri açısından değil, miras hukuku açısından da farklı sorunları beraberinde getirebilecektir. Çalışmanın amacı, eşlerin mal rejiminde yaptıkları değişikliklerin ve sağlararası kazandırmalarının miras hukuku ile olan ilişkisini ortaya koymak, bu çerçevede ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilaflara işaret etmek ve mümkün olduğu takdirde çözüm yolları sunmaktır.

Anahtar kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi, miras hukuku, sağlararası kazandırmalar.

Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi*

An Analysis of the Lex Commissoria Ban within the Context of the Fiducia and the Enforcement Agreements

Nevzat BOZTAŞ**

ABSTRACT

According to articles 873 and 949 of the Turkish Civil Code, contractual clauses providing that the property of the pledge will be transferred to the creditor in case the debtor did not pay its debt (*lex commissoria* clauses) are null and void. This principle is called the prohibition of *lex commissoria* by legal doctrine.

Considering historical facts, it is understood that the prohibition of *lex commissoria* is established in order to protect the debtor who needs credit against the creditor who is in a strong position. Thanks to this prohibition, other than the protection of the debtor, the pledge institution has been made a sustainable security interest.

Without this prohibition, it would not be possible to maintain the existence of the pledge institution, nor would it be possible to mention the existence of a functioning economy. For this reason, it is of utmost importance that the definition of the prohibition and its elements be clearly defined by examining the types of agreements in which the prohibition is likely to be circumvented indirectly.

Considering that the prohibition of *lex commissoria* concerns also enforcement and bankruptcy law in addition to substantive law, it is necessary to determine the situation of agreements relating to the conversion of the pledge into the money with regards to the prohibition.

Keywords: *Lex commissoria*, pledge, fiducia, enforcement agreements.

Giriş

En basitinden en karmaşığına tüm ekonomik faaliyetler, sermaye ve girişimcinin karşılıklı ilişkisi ve etkileşimi ile yürür. Girişimci, ekonomik fonksiyonunu yerine getirebilmek için krediye ihtiyaç duyar; sermaye de kendisini büyütme

* Makale gönderim tarihi: 15.12.2017. Makale kabul tarihi: 20.12.2017.

** Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul B.A.M. 14. H.D. Başkanı. İletişim: İstanbul B.A.M. Orhantepe Mah. Üsküdar Cad. No:236/A Kartal - İstanbul.

için girişimciye. Ekonominin bu iki temel aktörü arasında bir gerilimin de varlığından söz edebiliriz: Kredi kullanan en ucuz ve en kısa yoldan krediye kavuşmak, kredi veren ise kredinin faiziyle birlikte geri dönüşünü teminat altına almak ister.

Para borçlarında en etkili teminat aracı, aynı teminat olan rehindir. Tarihsel olgular göstermiştir ki, rehin sözleşmeleri kamu müdahalesinin dışında kaldığında, sistem, kredi verenin borçluyu aşırı sömürmesine ve sermayenin ağırlıklı olarak kredi verende toplanmasına, böylece ekonomik dengelerin ve buna bağlı olarak sosyal ve siyasal hayatın bozulmasına sebebiyet vermektedir. Tarihsel süreçte, bu sözleşme ilişkisine kamunun müdahalesinin gerekli olduğu ortaya çıkmış ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için, rehin hakkının alacaklıya sadece değere yönelme hakkı vereceği ilkesine varılmış ve bu ilkenin teminat altına alınması için de *lex commissoria* anlaşmaları yasaklanmıştır. Roma hukukundan gelen bu yasak, tüm modern hukuk devletlerince benimsenmiştir.

Lex commissoria yasağı olmadan rehin kurumunun varlığını sürdürmesi mümkün olmayacağı gibi, sağlıklı işleyen bir ekonomiden de söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yasağın dolaylı olarak işlevsiz bırakılma ihtimalinin bulunduğu anlaşma türlerinin de irdelenmesi suretiyle yasağın tanımının ve unsurlarının açıkça ortaya konularak uygulama alanının belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir.

Bu araştırmanın temel problemi, *lex commissoria* yasağının tanımını yapmak, kapsamının ne olduğunu açıklamak, yasada açıkça tanımlanan *lex commissoria* yasağının unsurları ışığında, teminat amaçlı inanca devir işlemlerinin de yasak kapsamında kalıp kalmadığını, rehin alacaklısına özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların yasak karşısındaki durumunun ne olduğunu ortaya koymaktır.

Bu amaçla ilgili literatür ve yargısal uygulama taranarak, öncelikle *lex commissoria* anlaşmasının tarihsel süreç içinde nasıl ortaya çıktığı, bu tür anlaşmaların yasaklanmasının hangi zorunluluklardan kaynaklandığı araştırılacak, yasağın amacı (*ratio legis*), işlevi ve unsurları ortaya konulduktan sonra, hukukumuzdaki durum açıklanacaktır. Bu tespitlerden yararlanılarak, teminat amaçlı inanca devir sözleşmelerinin yasak karşısındaki durumları değerlendirilecektir. Son olarak, alacaklıya rehinli malı özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmalar ve önce rehne müracaat kuralını bertaraf eden anlaşmalar irdelenip, bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağı ile ilgisi açıklanacak, ayrıca bu tür anlaşmaların icra sözleşmeleri bağlamında geçerli olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Lex Commissoria Anlaşması ve Lex Commissoria Yasağı

A. Kavram ve Tarihsel Gelişim

1. Lex Commissoria Kavramı

Lex commissoria kavramındaki *lex* kelimesi “sözleşmedeki hüküm, kayıt” (clause) anlamına gelmektedir. Çünkü, *lex commissoria* anlaşması ister inançlı devir anlaşmasına ister rehin anlaşmasına eklenmiş olsun, eklendiği sözleşmenin hukuki sonuçlarını değiştiren bir ek anlaşma (kloz) niteliğindedir ¹.

“Kavramı oluşturan *commissoria* kelimesinin anlamı ise şu şekilde ele alınabilir. *Lex commissoria* terimindeki “*commissoria*” kelimesi Latince ‘*commissorius*’ sıfatından gelmektedir. Bu sıfat ise Latince ‘*committo*’ (*committere*) fiilinden türetilmiş bir kelimedir. Latince *committo* (*committere*) fiilinin Fransızcadaki çeşitli anlamlarından biri de ‘*joindre, reunir*’ dir. *Joindre* fiilinin dilimizdeki karşılığı ‘bitiştirmek’, ‘kavuşturmak’, ‘birleştirmek’tir. ...dolayısı ile ‘*commissorius*’ sıfatının dilimizdeki karşılığının ‘birleştirilmiş’, ‘bir araya getirilmiş’ olduğu ileri sürülebilir. Hal böyle olunca, ‘*lex commissoria*’ terimi dilimizde (akde) ‘birleşik kayıt’ veya (akde) ‘bağlı kayıt’ şeklinde çevirmek mümkün olsa gerekir” ².

Öğretide *lex commissoria* yasağı terimi yerine, “alacaklının rehni edinme yasağı”, “alacaklının rehne malik olması yasağı”, “rehinliyi maletme yasağı”, “yanma kaydı yasağı” ³, “rehin iğlak yasağı” kavramları kullanılmıştır. Helvacı, “Mürtehinin merhunu temellük yasağı” terimini tercih etmiştir ⁴.

Tüm bu açıklamalara göre, *lex commissoria* anlaşması, rehin anlaşmasına ya da inançlı devir anlaşmasına eklenen bir kloz, yani ek anlaşma niteliğindedir ⁵. *Lex commissoria* sözlük anlamı itibariyle “(akde) birleşik kayıt” anlamına gelmekte olup, rehin (*pignus*) sözleşmesine eklenen bu kayıt ile borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklının malın mülkiyetini kazanması öngörülmektedir ⁶.

1 İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, İstanbul, 1997, s. 11-12.

2 Helvacı, s. 12-13.

3 Rona Serozan, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFİM*, C:LXIV, S.2, Yıl:2006, s. 301; Tunç Yücel, s. 357.

4 Helvacı, s. 14-16; “*Lex commissoria*, rehinli alacaklının rehinli mal edinmesi veya rehinli alacaklının malı temellükü olarak Türkçeye çevrilebilir”, Tunç Yücel, s. 67.

5 “*Lex commissoria*, ‘akde eklenen şart’ anlamını taşımaktadır. Zira, Roma Hukukunda *lex commissoria*, *pacta adiecta* (veya *pactum adiectum*/munzam anlaşma) adı verilen ve sözleşmeye eklenen bir *pactum* ile varlık kazanmaktaydı. Bu anlaşmanın çeşitli akitlere eklenmesi mümkün olmakla birlikte, Roma hukuku uygulamasında genellikle satım (*emptio venditio*) ve rehin (*pignus*) sözleşmelerinde gündeme gelmekteydi”, Zeliha Dereli, “Lex Commissoria Yasağı”, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2009, Tez no: 250028, (tez.yok.gov.tr), s. 14.

6 Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Basım, İstanbul, 2009, s. 54.

Lex commissoria anlaşması rehin sözleşmesinin içinde bir madde olarak yer alabileceği gibi, ayrı bir anlaşma olarak da düzenlenebilir ⁷.

2. *Lex Commissoria* Anlaşmasının Tarihsel gelişimi

Roma hukukunda başlangıçta, günümüzdeki anlamıyla, alacaklıya rehinli malı satarak rehinli malın değeri üzerinden alacağını tahsil yetkisi veren rehin kurumu yoktu ⁸. Rehlin kavramının gelişmesi ve bugünkü anlamda bir içeriğe kavuşması, tarihsel süreç içinde aşama aşama gerçekleşmiş bir olgudur.

Roma Hukukunda aynı teminat, önceleri *fiducia cum creditore* denilen bir inanca devir işlemiyle sağlanıyordu ⁹. Bu sistemde, borçlu, kendisine ait bir malın mülkiyetini alacaklıya devrediyor, bu devir işleminden önce, alacaklı ve borçlu aralarında yaptıkları bir inanca anlaşmasıyla da borç ödendiğinde bu malın mülkiyetinin borçluya iade edileceğini kararlaştırıyorlardı¹⁰. Bu tür inanca işlemde teminat olan malın mülkiyeti başlangıçta alacaklıya devredildiğinden, *lex commissoria* anlaşmasına ayrıca gerek olmayacağı görüşleri savunulmuşsa da bu görüş yerinde değildir. Çünkü, alacaklı şeklen teminat konusu mülkiyetini ediniyor ise de taraflar arasındaki inanca anlaşma uyarınca, borç ödenir ödenmez malın mülkiyetini borçluya devretme borcu altına giriyordu ¹¹. Ayrıca, borç ödendiğinde teminat konusu malın mülkiyetini devretme borcu herhangi bir süreyle de sınırlandırılmamıştı. Borcunu ödeyen borçluya, malın mülkiyetinin geri devrini sağlamak üzere *actio fiduciae directa* denilen bir dava açma hakkı veriliyordu. Haksız yere devirden kaçınan alacaklı için bu davanın sonuçları oldukça ağır sayılıyordu. Bu davada mahkûm olan alacaklı şerefsiz (*infamus*) sayılıyordu ¹².

Alacaklı, uzun süre ifayı beklemek zorunda kalıyor, teminat olarak devraldığı mal üzerinde de herhangi bir tasarrufta bulunamıyordu. İşte, *fiducia*'nın bu zaafılarını ortadan kaldırmak üzere Romalılar, bu tür inanca devir sözleşmelerine ek bir anlaşma (*pacta edicta*) olarak *lex commissoria* anlaşmasını eklemeye başlamışlardır ¹³. Bu ilave anlaşma uyarınca, borç vadesinden sonra belli bir süre içinde ödenmediği takdirde alacaklıya, malı iade borcundan kurtulma hak-

7 Aslı Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul, 2014, s. 273.

8 "Roma Hukukunun ilk devirlerinde, bugün anladığımız anlamda, alacaklıya rehinli malın değerinden alacağını almak yetkisini veren, borca bağlı (fer'i) sınırlı bir aynı hak olarak rehin kavramı mevcut değildi. O devirlerde aynı teminat 'borç yerine verilen ve asıl edanın yerini tutan muvakkat bir eda' şeklinde görülmektedir: 'Borçlu, rehinden kurtarılması bozucu şartı altında bir aynı' alacaklıya vermektedir", Budak, s. 52.

9 Budak, s. 52; Tunç Yücel, s. 68.

10 Helvacı, s. 17; Tunç Yücel, s. 68-69.

11 Helvacı, s. 18-19.

12 Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, İstanbul, 2010, s. 68-69; Helvacı, s. 19-20.

13 Helvacı, s. 20; Tunç Yücel, s. 69.

kı veriliyor, süre sonunda borçlunun *actio fiduciae directa* denilen davayı açma hakkını alacaklı sona erdirebiliyordu. Yani alacaklı, *lex commissoria* sözleşmesinden doğan hakkını kullandığında, taraflar arasındaki alacak borç ilişkisi sona eriyordu. Teminatın alacaklı tarafından bu şekilde mal edilmiş olması, bir tür *ifa uğruna edim (datio in solitum)* olarak kabul ediliyordu ¹⁴.

Fiducia'nın teminat işlevinin yetersizliği nedeniyle, Roma'da zamanla günümüzdeki rehin kavramının da kaynağı olan *datio pignoris (pignus)* kurumu gelişmiştir ¹⁵. Özellikle mülkiyetin tescili sistemi bulunmadığından, sadece mülkiyetin devri yeterli teminatı sağlamıyordu. Daha güçlü ve güvenilir bir teminat sağlamak üzere, mülkiyet yerine sadece zilyetliğin devri suretiyle alacak teminat altına alınmaktaydı. Esasen Roma'da çok eski zamanlardan beri, malın zilyetliğinin alacaklıya devri suretiyle alacağın teminat altına alınması sağlanıyor, bu kuruma da *pignus (datio pignoris)* deniliyordu ¹⁶. Bu durumda, alacaklıya sadece malın zilyetliği devrediliyor, borç ödeninceye kadar alacaklı, teminat olarak kendisine verilen malın zilyedi oluyordu.

Bu fiili uygulama zamanla hukuk sistemi tarafından da tanınmış ve alacaklıya, zilyetliğin korunması davası (*interdictum*) açma hakkı verilmişti. Böylece *pignus*, hukuki bir kurum haline gelmişti. Ancak, bu dava üçüncü kişilere karşı gerekli korumayı sağlamadığından, dava hakkının kapsamı zaman içinde genişlemiş ve *preator* davasıyla *actio serviano* veya *actio hypothecaria in rem* davası tanındı ve böylece aynı bir hak veren dava ile korunan gerçek bir rehin hakkı doğmuş oldu ¹⁷. Borcunu ödeyen borçluya da zilyetliğin geri verilmesi için *actio pigneraticia directa* davası açma hakkı tanınmıştı ¹⁸.

Pignus sisteminin bu halinde alacaklı, teminat konusu mal üzerinde sadece zilyetlik kazanıyor, malın mülkiyeti borçluda kalıyordu. Ayrıca, alacaklının, zilyedi olduğu bu malı, borç ödenmediğinde paraya çevirme yetkisi de yoktu. Alacaklının elde ettiği tek imkân, malın zilyetliğini devretmemek suretiyle borçluya baskı uygulamaktı ¹⁹.

14 Helvacı, s. 21-22; "Borç vadesinde ödenmediğinde teminat oluşturan mal alacaklının mülkü olarak kalırdı. Daha sonraları, alacağımı elde etmek için malı satarak alacağımı satış bedelinden elde etmek hakkının bulunduğu (ius distrahendi veya ius vendendi) ve satış bedelinin alacağı asan kısmını (hyperocha veya superfluum) borçluya iade etmesi şartını öngören sözleşmeler (pactum de vendendo) yapılmaya başlandı. Hyperochanın ödenmesi de aynı actio fiduciae directa ile talep edilebilmekteydi.", Budak, s. 52.

15 Tunç Yücel, s. 69; Helvacı, s. 22-23; "Bugün anlattığımız manada bir sınırlı aynı hak olarak rehinin ilk şekli, aynı teminat oluşturan malların borçlunun elinde bırakılması ihtiyacından doğdu", Budak, s. 52.

16 Tunç Yücel, s. 69; Helvacı, s. 23.

17 Budak, s. 53.

18 Budak, s. 54.

19 Helvacı, s. 23; Tunç Yücel, s. 69; Budak, s. 54.

Pignus'un, alacağın tahsilini sağlamadaki yetersizliği nedeniyle Romalılar bir çare buldular: *Pignus* anlaşmasına ek olarak *lex commissoria* anlaşması yapmaya başladılar. Böylece, borç vadesinde ödenmediği takdirde, alacaklı, malın mülkiyetini kazanıyordu ²⁰.

Datio pignoris kurumunda, teminat konusu malın zilyetliği borçlanma ilişkisinin başında alacaklıya veriliyordu. *Pignus*'un başka bir türü olan *conventio pignoris* sisteminde ise, borçlu borcunu vadesinde ödemediği takdirde teminat konusu malın zilyetliğinin alacaklıya devri konusunda taraflar anlaşılıyordu. Zamanla, *conventio pignoris* anlaşmalarına da ek olarak *lex commissoria* anlaşmaları yapılmaya başlanmıştır ²¹.

3. *Lex Commissoria* Anlaşmasının Yasaklanması

Gerek *fiducia*'nın gerekse *pignus*'un alacaklı açısından doğurduğu yetersizliği bertaraf etmek üzere, bu anlaşmalara *lex commissoria* anlaşmaları eklenerek, teminatın etkisinin artırılması hedeflenmiştir. *Lex commissoria* anlaşmaları alacaklı açısından avantajlı bir durum yaratmakla birlikte ²², borçlu açısından önemli sakıncalar doğuruyordu ²³. Gerçekten de rehinli malın değerinin borçtan fazla olması halinde kurum borçlu aleyhine işliyordu. Borç verenin, kredi ihtiyacı içindeki borç alan karşısındaki üstün durumu dikkate alındığında, borçlu, alacaklının dayatmalarına boyun eğmek zorunda kalıyor, genellikle borç miktarına nazaran çok daha değerli olan bir veya birkaç malı teminat olarak veriyordu ²⁴.

Ekonomik kriz dönemlerinde kredi ihtiyacının arttığı dikkate alındığında, *lex commissoria* tamamen alacaklı lehine işleyen, borçlunun ekonomik mahvına neden olan bir hal alıyordu. Tefeciliğin arttığı bu dönemlerde, borçlular tamamen alacaklının insafına terkediliyordu ²⁵. Nitekim, Roma'da ekonomik krizlerin baş gösterdiği M.S. 3.ve 4. yüzyıllarda *lex commissoria* anlaşması yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır ²⁶. Paranın önemli ölçüde değerini yitirdiği bu dönemde, *lex commissoria* anlaşmaları, faiz oranlarını belirleyen yasaları dolanmanın bir aracı haline de gelmişti ²⁷.

20 Helvacı, s. 24; Tunç Yücel, s. 69; Budak, s. 54.

21 Tunç Yücel, s. 69-70; Helvacı, s. 24-25.

22 "Halbuki, doktrinde *Burdese*'nin de isabetle belirttiği üzere, *lex commissoria* anlaşması, alacaklı yararına yapılan bir munzam anlaşma idi ve alacaklı, borcun ifa edilmesi ile söz konusu anlaşmadan doğan hakkın kullanılmasında seçim yapabilme imkanına sahipti. Dolayısı ile teminat konusu nesnenin zaman içerisinde değerini yitirmesi halinde, alacaklı için bu tarz bir tehlike söz konusu olamazdı. Zira alacaklı kendi menfaatlerini tartıp hangi yolun kendisi için daha elverişli olduğuna karar vererek, borcun ifasını talep edebilir ya da *lex commissoria*'nın kendisine sağladığı imkanı kullanabilirdi", Helvacı, s. 25-26.

23 Tunç Yücel, s. 70; Budak, s. 54; Helvacı, s. 25.

24 Budak, s. 54.

25 Serozan, s. 357.

26 Helvacı, s. 27.

27 Helvacı, s. 27-28.

Bu dönemde ekonomik krizin derinleşmesiyle birlikte sosyal ve siyasal krizler de ortaya çıkmış, bu sorunlara çare bulmak konusunda devletin müdahaleci bir rol üstlenmesi gerektiği fikri ortaya atılmıştır²⁸. Bu ortamda, İmparator *Constantinus*, ekonomik kötü gidişin neden olduğu sosyal ve siyasal sorunlara ve ahlaki çöküntüye bir çare olarak, M.S. 326 yılında yayınladığı bir emirname ile *lex commissoria* anlaşmasını, geriye etkili bir şekilde yasaklamıştır²⁹. Anılan emirnamede şu ifadeler yer verilmiştir:

“Diğer batıl (geçersiz) olan şeyler (muameleler) arasında *pignus*'da *lex commissoria*'nın hükümsüzlüğü mevcuttur. Onun (*lex commissoria*'nın) önceki sonraki bütün hükümlerinin (etkilerinin) geçersiz olması kabul edilir. Eğer birisi, (böylece), böyle bir akitle iş görürse bu yasak öncekilerle birlikte halihazırdakilerinin de (muamelenin önceki ve halihazır etkilerinin de) ortadan kalkmasına ve gelecektekilerin (gelecekteki hükümlerinin) yasaklanmasına sebep olur. Mal elden çıkmış olsa bile alacaklıların vermiş olduklarını geri almalarını emrediyoruz”³⁰.

Böylece, *lex commissoria* anlaşması tamamen ve emredici bir şekilde, hem de geçmişe etkili olarak yasaklanmış oldu. Bugün çağdaş hukuklarda da yer alan *lex commissoria* yasağının temelinde de bu tarihsel olgu yatmaktadır³¹.

Bu yasaktan sonra, günümüzdeki anlamına yakın bir rehin kurumu mümkün hale gelmiştir. Yeni sistemde, rehinli alacaklı ancak malı satarak alacağını satış bedeli üzerinden alabiliyordu. Satış bedelinin alacağı aşan kısmı borçluya iade ediliyordu. Artan kısmın (*superfluum*) borçluya iadesi *actio pigneraticia directa* ile istenebiliyordu³².

B. Lex Commissoria Yasağının Amacı

Lex commissoria yasağı, rehin hukukunun “*Magna Carta*”sı olarak kabul edilebilir³³. Çünkü bu yasakla, alacaklının borçlu üzerindeki mutlak hakimiyetine son verilmiş, rehin kurumu adeta ıslah edilmiş, sürdürülebilir hale getirilmiştir. Yasağın konulmasıyla ilgili tarihsel süreç, bu yasağın konuluş amacı hakkında da bir fikir vermekle birlikte, öğretide yasağın amacı konusunda çeşitli görüşler savunulmaktadır. Bu görüşleri kesin olarak birbirinden ayırmak mümkün olmakla birlikte³⁴, meseleye farklı bakış açılarını görmek bakımından önemlidir.

28 Helvacı, s. 28.

29 Tunç Yücel, s. 70; Serozan, s. 357; Helvacı, s. 28; Budak, s. 54.

30 Helvacı, s. 28.

31 Helvacı, s. 31.

32 Budak, s. 55; Helvacı, s. 29.

33 Tunç Yücel, s. 70.

34 Tunç Yücel, s. 73.

Amacın ortaya konulması, yasağın kapsamının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir³⁵.

1. Yasağı Gabin Kapsamında Açıklayan Görüş

Bir görüşe göre yasağın amacı (*ratio legis'i*), borçluyu gabine karşı korumaktır³⁶. Böylece, zayıf durumda olan borçlunun, güçlü durumda olan alacaklı tarafından gabine maruz bırakılması önlenmiş olur. Yasağın temel amacı, borçlunun borç miktarından çok daha değerli bir malının, alacaklı tarafından haksız olarak mal edinilmesini önlemektir³⁷. Bir işlemin yasak kapsamında kalıp kalmadığı da buna göre belirlenir. Örneğin, borcun muaccel olmasından sonra, rehinli malın, ifa uğruna edim (*datio solutum*) olarak alacaklıya devredilmesi kararlaştırılabilir. Borcun muaccel olmasından sonra yapılan bu tür anlaşmalar, tarafların özgür iradesiyle yapıldığından gabinden söz edilemeyecek, işlem *lex commissoria* yasağının dışında kalacaktır³⁸. Yine bu görüş esas alındığında, malın bedelinden borç tutarını aşan kısmın borçluya iade edileceği şartını içeren *lex commissoria* anlaşmalarının yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir³⁹.

Yasağın mahiyetinin açıklanması için gabin kurumundan istifade edilecekse de yasağın geçersizlik hukuki sonucunu doğurması için gabinin koşulları aranmayacaktır⁴⁰. Çünkü, yasağın ihlali niteliğindeki anlaşmaların hükümsüz olacağını yasa emredici biçimde düzenlemiştir.

Yasağın amacının, borçlunun gabine karşı korunması olduğu yönündeki görüşün, öğretilerdeki hâkim görüş olduğu söylenebilirse de⁴¹ aşağıda açıklanacağı üzere, bu konuda farklı görüşler de mevcuttur.

2. Yasağı Ahlakî Yaklaşımla Açıklayan Görüş

Lex commissoria anlaşmasının, zayıf durumda olan borçlunun bu durumundan yararlanan alacaklının, alacağın değerini çok aşan bir malı ele geçirmesini ahlaka aykırı bulan ve yasağın temelini de bu ahlaka aykırılığa bağlayan görüşün

35 Dereli, s. 43.

36 M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Basım, İstanbul, 2016, s. 954; Tunç Yücel, s. 73-74; Helvacı, s. 72-74.

37 "Bu düşünceyi benimsemiş yazarlardan Tekinay da, söz konusu yasağın, ödünç alırken ekonomik sıkıntı içinde bulunan ve alacaklının ileri sürdüğü şartlara boyun eğmek zorunda kalan borçluyu korumak amacıyla konduğunu, zira borçlunun ekonomik ve psikolojik açıdan bu tarz bir anlaşmaya kolaylıkla razı olabilecek bir durumda olduğunu belirtmiştir", Helvacı, s. 73.

38 Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 4. Basım, İstanbul, 2017, s. 182; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 954.

39 Erden Kuntalp, "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", *İnan Kıraç'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1994., s. 155; Tunç Yücel, s. 73-74.

40 Helvacı, s. 73.

41 Dereli, s. 44; Helvacı, s. 72; Tunç Yücel, s. 74.

de Türk hukukunda ağırlıklı görüşlerden birisi olduğu söylenebilir ⁴². Bu yasağı koymakla yasa koyucu, rehinli alacaklının ifa menfaatini aşan bir menfaat elde etmesini ahlaka aykırı bulmuştur ⁴³.

Aslında ahlaki yaklaşımın, gabine dayalı yaklaşımla sıkı bir bağlantı içinde olduğu açıktır ⁴⁴. Her iki anlayışın temelinde de borçlunun korunması düşüncesi yatar.

3. İhkak-ı Hakkın Yasaklanması Düşüncesi

Lex commissoria sözleşmesini maddi hukuka değil, icra hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak kabul eden görüş, *lex commissoria* anlaşmasının yasaklanmasının temelinde, ihkak-ı hakkın engellenmesi olduğunu savunur ⁴⁵. Çünkü *lex commissoria*, borcun ödenmemesi halinde alacaklının teminat konusu malı kendiliğinden ele geçirmesi, yani ifa uğruna edim olarak alacaklının mülkiyetine geçmesi sonucunu doğurur ki, bu durum alacağın tahsiliyle ilgili bir husustur ve icra hukuku kapsamındadır ⁴⁶. Oysa rehinli alacaklı, borçlunun ödeme yapmaması halinde, cebri icra hükümlerinden yararlanarak alacağına kavuşabilmelidir. Cebri icra hükümleri emredici olup, bu emredici hükümleri bertaraf eden *lex commissoria* anlaşması bu nedenle hükümsüz kılınmaktadır ⁴⁷. Bu anlayışın daha çok, özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarını yasaklayan Fransız sistemine uygun olup, *lex commissoria* yasağı ile özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları arasında ayırım yapan İsviçre-Türk hukuk sistemine uygun olmadığı savunulmaktadır ⁴⁸.

4. Diğer Görüşler

Diğer bir görüşe göre yasağın amacı, *lex commissoria* anlaşmasıyla ortaya çıkması muhtemel tehlikenin önlenmesidir. Bu tehlike, rehinli malın değerinin alaktan fazla olması durumunda, bu fazlalığın alacaklı tarafından mal edinilmesidir. Bu tehlike her anlaşmada ortaya çıkmamakla birlikte, çıkma ihtimali yüksek bir tehlikedir. Yasaklama ile bu tehlikenin ortaya çıkması engellenmiş olur ⁴⁹.

Bu görüşe paralel olarak ileri sürülen başka bir görüşe göre *lex commissoria* yasağının amacı, sürdürülebilir bir rehin sisteminin mevcudiyetini sağlamaktır ⁵⁰. Böylece yasağın amacı borçluyu değil, rehin sistemini korumaktır.

42 Tunç Yücel, s. 74-75.

43 Helvacı, s. 77; Dereli, s. 44.

44 Helvacı, s. 75.

45 Tunç Yücel, s. 76.

46 Dereli, s. 44; Helvacı, s. 74.

47 Dereli, s. 45; Tunç Yücel, s. 76.

48 Fatma Kurt, "Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehlinli Malı Özel Yollardan Paraya çevirme Yetkisi Verilmesiyle İlişkisi)- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:82, S:1, Yıl:2008, s. 136.

49 Tunç Yücel, s. 76.

50 Tunç Yücel, s. 76.

Bir diğer görüşe göre, *lex commissoria* anlaşmaları, fahiş faiz anlaşmalarının gizlenmesinde kullanılabilir. Bu nedenle, yasağın amaçlarından biri de fahiş faiz anlaşmalarının önüne geçmektir⁵¹.

Yasağın *ratio legis*'ini açıklayan başka bir görüşe göre ise *lex commissoria* yasağı, alacaklının haksız zenginleşmesini engellemeyi hedefler⁵². Böylece, borçlu lehine rehin veren üçüncü kişilerin yasak kapsamında korunmasının ya da rehin sözleşmesi kurulduktan sonra yapılan *lex commissoria* anlaşmalarının yasaklanmasının dayanağı da açıklanmış olmaktadır. *Kuntalp*'e göre *lex commissoria* yasağının temelinde, mülkiyetin alacaklıya geçişini engellemek değil, alacaklının, teminat konusu nesnenin alacak tutarını aşan kısmını haksız olarak edinmesini engellemek yatmaktadır⁵³.

Yasağın amacını açıklayan bu görüşlerin her biri meselenin farklı bir yönünü ortaya koymakta olup, kurumun analizi açısından önemli iseler de çok boyutlu bir görüş oluşturabilmek için tüm bu görüşlerin hepsinden yararlanmak gerekir.

Kanaatimizce, ekonomik sistemin sürdürülebilmesi için sağlıklı işleyen bir kredi sistemine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda *lex commissoria* yasağının amacının, borçluyu koruyarak kredi teminat sistemini sağlıklı bir yapıya kavuşturmak olduğu söylenebilir. Çünkü, kredi kullanan girişimcinin aşırı sömürüldüğü bir ekonomik sistemin yatırım ve üretim sürekliliğini sağlayamayacağı açıktır. Bu durumda yasak, bütün bir ekonomik sistemin sağlıklı işlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Yasağı ortaya çıkaran tarihsel olgular da bu tespiti doğrulamaktadır.

II. Lex Commissoria Yasağının Kapsamı

A. Yasağın Tanımı ve Unsurları

Yukarıda yapılan açıklamalara göre *lex commissoria* yasağının temelindeki düşüncenin; rehinli alacaklının, borçlunun ihtiyaç içinde olmasından yararlanarak, alacağından daha yüksek değerdeki malı ele geçirmesini, böylece haksız zenginleşerek ahlaka aykırı bir sonuç elde etmesini önlemek olduğu söylenebilir⁵⁴. Rehlin hakkı alacaklıya, değere yönelik bir aynı hak sağlar. Alacaklının yönelebileceği rehlin değeri, alacağın değerini aşmamalıdır. Bu amaç doğrultusunda, borç ödenmediğinde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmalar yasaklanmıştır. Bir anlaşmanın yasak kapsamında kalıp kalmadığının belirlenebilmesi için, yasağın tanımının ve unsurlarının ortaya konulması gerekir.

51 Helvacı, s. 80.

52 Kurt, s. 136-138.

53 Kuntalp, s. 155.

54 Tunç Yücel, s. 74.

Helvacı, lex commissoria yasağını şöyle tanımlamaktadır:

“1-) *Merhun malvarlığı değerinin (menkul, gayrimenkul, hak ve alacağın), tatmin edilmemesi halinde alacaklıya ait olmasını sağlamaya yönelik her anlaşma (merhunu temellük anlaşması) 2-) Alacaklının tatmin edilmesine hizmet etmek*

3-) *Ve rehinle teminat altına alınan alacağın muacceliyetinden önce yapılmak olmak kaydıyla kesin hükümsüzdür*”⁵⁵.

Bu tanıma göre, *lex commissoria* yasağının üç unsuru vardır. Bunlardan birincisi, borç ödenmediği takdirde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir anlaşmanın bulunması, ikincisi bu anlaşmanın alacaklının tatmin edilmesi amacıyla yapılmış olması ve son olarak da anlaşmanın borcun muaccel olmasından önce yapılmış olmasıdır.

Kuntalp de benzer bir tanım yapmakta ve yasağın varlığının iki koşulun gerçekleşmesine bağlı olduğunu belirtmektedir. Bunlardan birincisi, borç ödenmediğinde rehin konusu nesnenin mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşma, ikincisi ise bu anlaşmanın borcun muacceliyetinden önce yapılmış olmasıdır⁵⁶.

Helvacı tarafından yapılan tanım esas alındığında, bu üç unsurdan birisinin eksik olması halinde, işlemin yasak kapsamında kalmadığı ve hükümsüz sayılmayacağı sonucu çıkarılabilecektir.

Öğretideki hâkim görüşe göre, eğer *lex commissoria* anlaşması, borç muaccel olduktan sonra yapılırsa, anlaşma geçerli olacaktır⁵⁷. Çünkü, sözleşme kurulurken borçlu, kredi ihtiyacı nedeniyle alacaklı karşısında zayıf durumdadır. Bu nedenle, bu aşamada borçlu gabine maruz kalabilir. Yine borçlu, nasıl olsa borcunu ödeyeceği düşüncesiyle *lex commissoria* anlaşmasının olumsuz sonuçlarını sözleşme yapılırken önemsemeyebilir⁵⁸. Ancak, borç muaccel olduktan sonra böyle bir tehlike kalmamıştır ve borçlu, kendi menfaatlerini gözetererek böyle bir anlaşmayı özgür iradesiyle yapabilecek duruma gelmiştir. Alacağın tamamı muaccel olmasa bile bir kısmının muaccel olması yeterli görülmelidir. Çünkü alacaklı, rehni paraya çevirme yetkisini kısmi muacceliyetle kazanmıştır⁵⁹. Tarafların, re-

55 Helvacı, s. 81.

56 Kuntalp, s. 153.

57 Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Basım, Ankara, 1984, s. 1021; Makaracı Başak, s. 279 vd.

58 Kurt, s. 135; Turhan Esener, Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 6. Basım, Ankara, 2015, s. 505.

59 Kuntalp, s. 155; “*Medeni Kanunumuzun rehinli alacaklının rehinli mal edinme yasağına ilişkin hükümlerinin (m. 873, fıkra 2 ve m. 949) “borcun ödenmemesi halinde” (Kaynak Kanununun Almanca metnine göre “alacaklı tatmin edilmediği takdirde”) kelimeleri ile başlayan ifadesi, bu yasağın “borcun ödenmemesi”nin bir ihtimalden ibaret olduğu aşamada, yani borcun vadesinden önce yapılan anlaşmaları kapsadığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir*”, Budak, s. 62-63.

hinli alacağı muaccel olmasından sonra, rehinli malın ifa uğruna edim (*ratio in solutum*) olarak alacaklıya geçeceğini kararlaştırmaları mümkündür ⁶⁰.

Lex commissoria anlaşması ister rehin hakkı kurulmadan önce ister rehin hakkı kurulduktan sonra yapılsın; borç muaccel olmadan önce yapılırsa, yasak kapsamında olup hükümsüzdür ⁶¹.

Eğer borcun muacceliyetinden önce yapılan *lex commissoria* anlaşmasıyla birlikte, rehinli malın değerinin borcu aşan kısmının borçluya ödeneceği taahhüt edilmiş, rehinli malın gerçek değerinin esas alınacağı konusunda borçlunun menfaatleri yeterince korunmuş ve böylece alacaklının haksız zenginleşmesinin, borçlunun ahlaka aykırı şekilde sömürülmesinin önüne geçecek önlemler alınmışsa, *lex commissoria* anlaşması yine de hükümsüz sayılacak mıdır? *Kuntalp*'e göre, bu durumda *lex commissoria* yasağı uygulanmayacak, sözleşme geçerli sayılacaktır ⁶². Bu düşüncenin temelinde, yasağın, alacaklının haksız zenginleşmesini önlemeyi amaçladığı görüşü yatmaktadır. Ancak her bir somut olayda, *lex commissoria* yasağının dolanılması amacıyla kanuna karşı hile yapıp yapılmadığının da değerlendirilmesi gerekir ⁶³.

Helvacı da rehinli malın bir bedel karşılığında alacaklıya intikal edeceği ve rehin değerinin alacak miktarını geçen kısmının borçluya iade edileceği koşulunu içeren *lex commissoria* anlaşmalarının geçerli olacağını savunan düşünürlerin görüşlerini aktardıktan sonra, bu tür anlaşmaların yasak kapsamında sayılması gerektiğine dair kendi görüşünü ortaya koymuştur ⁶⁴. Bununla birlikte, böyle bir anlaşmanın hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin TMK'nın 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda geçersizlik dikkate alınmayabilir ⁶⁵.

Rehinli alacaklının tatmin edilmesi (borcun sona erdirilmesi) amacını taşımayan anlaşmalar da yasak kapsamında olmamalıdır ⁶⁶. *Tunç Yücel*, tarafların

60 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 954; Nomer, Ergüne, s. 182.

61 Helvacı, s. 78-79.

62 Kuntalp, s. 154-155.

63 Kuntalp, s. 155.

64 “*Fikrimizce de merhunun, tatmin edilmediği takdirde rehinli alacaklıya belirli veya belirlenebilir bir bedel karşılığında intikal edeceğini öngören anlaşmalar da yasağın kapsamına dahildir. Zira yasağı öngören hükümlerin metinleri bu bakımdan hiçbir ayırım gözetmemekte, merhunun rehinli alacaklıya intikalinin ivazıyla ilgilenmemektedir. Dolayısıyla merhunun mülkiyetinin, tatmin edilmemesi halinde rehinli alacaklıya belirli veya belirlenebilir bir bedel karşılığında intikal edeceğini öngören anlaşmaların da bu intikalin ivazının (satış veya iştirah bedelinin) tespitinin hangi anda ya da kim tarafından yapıldığı dikkate alınmaksızın, yasağın kapsamına dahil edilmemeleri gerekir*”, Helvacı, s. 88-92.

65 Helvacı, s. 93.

66 Helvacı, s. 99. *Helvacı*, şu örnek olayı vermektedir: “*Satıcı S ile alıcı A arasında bir satım sözleşmesi yapılmış ve satıcı S satım konusu nesnenin mülkiyetini alıcı A'ya nakletmiştir. Satıcının semen alacağını teminat altına almak için, söz konusu nesne üzerinde satıcıya bir rehin hakkı tanınmış, aynı nesneye ilişkin olmak üzere satıcıya bir de vefa hakkı tanınmış-*

rehinli malın alacaklıya satışı konusunda yapacakları anlaşmanın geçerli sayılması gerektiğini, bu satışın herhangi bir kişiye yapılan satıştan farksız olup yasak kapsamı dışında olduğunu belirtmektedir⁶⁷. Kanaatimizce de bu durumda, doğrudan doğruya malın devri yoluyla alacaklının tatmini sağlanmadığından ve rehinli borç, satış bedelinden (semenden) ödendiğinden, *lex commissoria* yasağının şartları gerçekleşmemektedir.

B. Hukukumuzda *Lex Commissoria* Yasağı

1. Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme

Taşınmaz rehnine ilişkin TMK'nın 873/1. maddesi uyarınca, borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir. Bu düzenleme, açık bir *lex commissoria* yasağı düzenlemesidir.

Taşınır rehni yönünden, TMK'nın 946. maddesi uyarınca alacaklı, ödenmeyen alacağının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödenmesini isteyebilir. Aynı Kanun'un 949. maddesi uyarınca, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir. Bu yasal düzenleme ile taşınır rehni yönünden de *lex commissoria* yasağı getirilmiştir.

Alacak rehni yönünden ise TMK'nın 954/2. maddesi uyarınca, taşınır rehnine ilişkin hükümler uygulanacağından, borç ödenmediği takdirde, rehnedilen alacağın rehinli alacaklıya devrini öngören *lex commissoria* anlaşmaları hükümsüz olacaktır. Nitekim, TMK'nın 965. maddesi uyarınca, alacak rehninin paraya çevrilmesinin cebri icra yoluyla olacağını düzenlemiştir. Aynı Kanun'un 966. maddesi uyarınca, rehin konusu alacak paraya çevrildiğinde, satış bedelinin rehinli alacak miktarından fazla olması halinde, fazla miktarın borçluya iade edileceğini emredici biçimde düzenlemiştir. Böylece, *lex commissoria* yasağının amacı doğrultusunda, alacağı aşan rehin tutarının borçluya iadesi sağlanmış olmaktadır.

2. Türk Ticaret Kanunundaki Düzenleme

Yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK'nın 919. maddesinde, *alacak muaccel olmadan önce, malik, alacaklıya alacağını tahsil amacıyla gemiyi temlik etmek*

tır. Borcun (semenin) vadesinde ödenmemesi üzerine rehinli alacaklı (satıcı), rehin hakkına dayanarak merhun (satım konusu nesneyi) cebri icra yoluyla paraya çevirme yolunu tercih etmemiş, vefa hakkını kullanarak merhun malvarlığı değerinin (satım konusu nesnenin) mülkiyetinin kendisine dönmesini sağlayacak hukuki mekanizmayı harekete geçirmiştir. Acaba, bu tarz bir durumda taraflar arasındaki hukuki ilişkiler yumağını yasağın kapsamına sokmak mümkün olacak mıdır? Dikkat edilecek olursa bu tarz bir hukuki yapı, yasağın kapsamına girmeyecektir. Zira rehin konusu malvarlığı değerinin rehinli alacaklıya intikaline ilişkin talep hakkı, onun tatmin edilmesine hizmet etmemekte, rehinli alacaklı merhun malvarlığı değerinin mülkiyetini semen alacağından vazgeçtiği için iktisap etmektedir”.

67 Tunç Yücel, s. 99-100.

veya cebri icra yolundan başka bir şekilde elden çıkarmak hakkını veremez düzenlemesi yer almaktaydı. Açık bir *lex commissoria* yasağı içeren bu madde 6102 sayılı TTK'ya alınmamıştır. 6102 sayılı TTK'nın 1014. maddesine göre gemi ipoteği alacaklıya, alacağını geminin bedelinden alma yetkisini verir. Gemi rehni alacaklıya, sadece rehinli geminin değerine yönelme ve satış değerinden alacağını tahsil etme yetkisi verir. Bu nedenle, borcun ödenmemesi halinde gemi mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin anlaşmalar, TMK'nın 873/2. maddesi uyarınca geçersizdir⁶⁸.

3. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenleme

13/01/2011 tarihli 6502 sayılı⁶⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 34. maddesi uyarınca, *konut finansman kuruluşları* tarafından tüketiciye konut satışlarında, tüketicinin temerrüdü halinde sözleşmenin feshi üzerine, konutun satışı, finansman kuruluşu tarafından yapılacak, elde edilen bedelden kalan borç düşüldükten sonra artan kısım borçlu tüketiciye iade edilecektir. Burada Kanun, finansal kiralama yoluyla ya da diğer yollarla, finansman konusu konutun mülkiyetini, teminat olarak *saticının* uhdesinde bırakmakta, temerrüt halinde sözleşmeyi fesih ve konutu (teminatı) paraya çevirme yetkisi vermektedir. Burada sağlanan teminat aynı bir teminat olup, işlevi rehne benzemektedir. Yasa, alacaklıya, teminatı özel yoldan paraya çevirme yetkisi vermekte, ancak satış bedelinin bakiye alacağı aşan kısmının borçluya iadesinin emrederek, *lex commissoria* yasağı yönündeki hassasiyetini sürdürmektedir.

4. 6570 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'yla Getirilen Yeni Düzenleme

Yürürlükten kalkan 21/07/1971 tarihli, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 14. maddesinde "Borçlu borcunu ödemediği takdirde, alacaklıya; ticari işletmeyi veya münferit bir unsurunu temellük etmek hakkını veren her türlü mukavele hükümsüzdür" hükmüyle net bir *lex commissoria* yasağı düzenlemesi yer almaktaydı. Borç ödenmezse alacaklı, haciz veya rehni paraya çevrilmesi yollarından biriyle alacağına kavuşma hakkına sahipti. Ancak bu Kanun, 20/10/2016 tarihli 6570 sayılı⁷⁰ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 17. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, ticari işletme ve hayvan rehni dahil, ticari konulardaki taşınır rehni, 6570 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiştir.

6570 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14. maddesinde, Türk Medeni Kanunundaki düzenlemelerin aksine, *lex commissoria* yasağını bertaraf

68 Ashıhan Sevinç Kuyucu, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri*, 1. Basım, İstanbul, 2016, s. 198-199.

69 14/2/2011 tarihli, 27846 sayılı R.G.

70 28/10/2016 tarihli ve 29871 sayılı R.G.

eden bir düzenlemeye yer vermiştir. Anılan 14. maddeye göre; borçlunun borcunu ödememesi halinde alacaklı, İİK 24. maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini talep edebilir. Aynı Kanununun 16/1.b maddesiyle de temerrüde rağmen mülkiyetin alacaklıya devrinden kaçınan borçlunun cezai yaptırıma tabi olacağı düzenlenmiştir.

Bu yasal düzenleme, *lex commissoria* anlaşmasıyla elde edilecek sonucu kendiliğinden alacaklıya tanımıştır. Yani alacaklı, ortada bir *lex commissoria* anlaşması bulunmadığı halde, Kanun'un verdiği yetkiyle, borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli malın mülkiyetini alabilmektedir⁷¹. Rehlinli malın değeri alacağın bakiye kısmından fazla ise bu fazlalığın borçluya iade edileceğine dair bir düzenlemeye Yasada yer verilmemişse de; eğer taşınır üzerinde başka rehinler de varsa, ilk derecede yer alan ve malın mülkiyetini iktisap eden alacaklının, fazlalık miktarınca sonraki rehin hakkı sahibine karşı asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemeden, yasa koyucunun, rehin değerinin bakiye alacağı aşan kısmının borçluya iadesi koşuluyla bu düzenlemeyi yaptığını çıkarabiliriz. Nitekim, Kanun'un uygulanmasıyla ilgili Yönetmelik'te⁷² bu konudaki tereddüt giderilmiş ve rehinli malın alacak miktarını aşan değerinin borçluya ödenmesi koşuluyla mülkiyetin devrinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, yasa koyucunun bu son düzenleme ile *Kuntalp* tarafından

71 Madde metni aşağıdaki gibidir:

“Temerrüt sonrası haklar

MADDE 14- (1) Bu Kanun kapsamındaki borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, aşağıdaki yollara başvurabilir:

a) Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehlinli taşınırın, Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur.

b) Alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Öncelik hakkı bu Kanununun 11 inci maddesine göre belirlenir.

c) Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir.

(2) Alacağın yukarıda belirtilen yollarla tahsil edilememesi hâlinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır.

(3) Bu maddeye ilişkin diğer usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

72 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 38. maddesine göre, rehinli alacağın rehinli malın değerinden az olması halinde, alacaklı, aşan kısmı icra dairesine yatırarak rehinli malın mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilecekler (Yönetmelik, 31/12/2016 tarihli, 29935 üçüncü mükerrer sayılı R.G.'de yayınlanmıştır.)

savunulan ve yukarıda açıklanan, görüşü benimsediğini söyleyebiliriz ⁷³. Ancak, vadeden önce ve daha sözleşme yapılırken alacaklıya böyle bir hakkın tanınması nedeniyle bu düzenleme, TMK hükümlerinden temel bir sapmayı içermektedir ⁷⁴.

Antalya/Acar, bu düzenlemenin *lex commissoria* yasağına aykırı olup olmadığının tartışılabileceğini belirtmekle birlikte ⁷⁵, yasal düzenlemenin *lex commissoria* yasağına (yasal) bir istisna getirdiği görüşündedir ⁷⁶.

Kanun'un bu düzenlemesi, kredi verenin alacağına daha hızlı kavuşması için, kredi veren alacaklı yararına getirilen bir düzenleme olup emredici bir düzenleme olarak kabul edilemez. Kanun'daki bu düzenleme *tamamlayıcı yedek hukuk kuralı* ⁷⁷ niteliğindedir. Bu nedenle, borç ödenmediğinde mülkiyetin alacaklıya geçeceğine (alacaklının böyle bir talep hakkı bulunduğu) dair bu yasa hükmü, rehin sözleşmesinin bir hükmü haline gelmektedir. Nitekim, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması Ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 9.maddesinde, tip sözleşmede hangi hususların bulunması gerektiği düzenlenmiş ve maddenin 1 bendinde, "1) Varsa temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydı"nın konulması zorunlu hale getirilmiştir.

Bu yasal düzenlemenin *lex commissoria* yasağını bertaraf eden bir düzenleme içerdiği açıktır. Çünkü öğretisi, *lex commissoria* anlaşmasının alacağın muacceliyetinden sonra yapılması halinde yasak kapsamında olmayacağı konusunda oy birliğine varmıştır ⁷⁸. Oysa bu yasal düzenleme, daha rehin sözleşmesi yapılırken alacaklıya bu hakla donatmaktadır.

73 *Yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, alacaklının borcun ifa edilmemesi halinde ifa amacıyla (datio in solutum) rehin konusu nesnenin mülkiyetine sahip olacağına ilişkin yapılan anlaşmanın geçersizliğinin Medeni Kanunca öngörülmüş olması, rehin hakkının münhasıran nesnenin değerine yönelmesinin bir gereğidir. Böylece alacaklı, borç ödenmediğinde nesneyi paraya dönüştürmek ve satış bedelinden alacağını elde etmek yetkisini haiz bulunmaktadır. Bunun ifade ettiği anlam alacaklının rehin konusu nesnenin değerinden ancak alacağı kadar bir tatmin talep edebilmesidir. Şu halde alacaklı nesnenin değerinin alacağın aşan kısmını rehin verene geri ödemek zorundadır. İşte lex commissoria yasağı temelde, nesnenin alacağı aşan değerine alacaklı tarafından el konulmasını engellemekte olup, alacaklının rehin konusu nesne üzerindeki hakkının alacağı ile sınırlı olduğu temel rehin prensibinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Lex commissoria yasağının bunun dışında bir işlevi yoktur", Kuntalp, s. 160-161.*

74 Başak Şit İmamoğlu, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, Ankara, 2017, s. 42. Yazar, *lex commissoria* yasağı nedeniyle alacaklının, rehinli malın mülkiyetini talep hakkının olmaması gerektiği görüşündedir.

75 O.Gökhan Antalya, Faruk Acar, *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*, İstanbul, 2017, s. 143.

76 Antalya, Acar, s. 144. Nitekim yazarlar, bunun *lex commissoria* yasağının yasal bir istisnası olduğunu kabul etmektedirler.

77 Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 12. Basım, İstanbul, 2015, s. 108-110.

78 Alacağın muaccel olmasından sonra yapılan anlaşmaların yasak kapsamında olmayacağına dair öğretide oybirliği bulunduğu söylenebilir. Bknz: Helvacı, s. 100-102; Oğuzman, Seliçi, Oktay -Özdemir, s. 954; Esener, Turhan/ Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 6.Basım, Ankara, 2015. s. 505; Nomer, Ergüne, s. 182; Makaracı Başak, s. 279-280.

Sonuç olarak bu son yasal düzenleme, yüzyıllara dayanan tarihsel olguların bir sonucu olarak hukuk sistemimize giren ve tüm çağdaş hukuk sistemlerinde yer alan *lex commissoria* yasağını bertaraf etmektedir. Anayasa'nın 13.maddesi uyarınca, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu yasal düzenleme Anayasa'nın 35.maddesiyle teminat altına alınan mülkiyet hakkını, hakkın özüne ve ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırdığından, anayasaya aykırılık nedeniyle iptali de söz konusu olabilecektir ⁷⁹.

C. *Lex Commissoria* Yasağına Aykırılığın Rehin Sözleşmesine Etkisi

TBK'nın 26/1. maddesi uyarınca, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Aynı Kanun'un 27. maddesi uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Lex commissoria yasağı, sözleşme özgürlüğünün bir sınırını oluşturmaktadır ⁸⁰. TMK'nın 873/1 ve aynı Kanun'un 949. maddeleri *lex commissoria* anlaşmasının geçersiz (hükümsüz) olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu nedenle, ayrıca TBK'nın 27. maddesine başvurmaya gerek kalmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere *lex commissoria* anlaşması, rehin anlaşmasına ek bir anlaşmadır. Bu nedenle, *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olmasının, rehin sözleşmesine etkisinin ne olacağının, kısmi hükümsüzlük kurallarının nasıl uygulanacağını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir⁸¹.

Kısmi hükümsüzlük TBK'nın 27/2. maddesinde düzenlenmiş olup, “Sözleşmenin içerdiği maddelerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” şeklinde ifade edilmiştir.

Genel olarak sözleşmenin tamamen değil kısmen hükümsüz sayılması (diğer kısımlarının geçerli kabul edilebilmesi) için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir: Bunlardan birincisi, hukuki işlemdeki hükümsüzlüğün işlemin sadece bir kısmına ilişkin olması, ikinci koşul ise sözleşmenin diğer kısmının geçerli sayılmasının tarafların farazi iradesine uygun olduğunun kabul edilmesidir ⁸².

79 İmamoğlu, s. 39-41.

80 Dereli, s. 49.

81 Tunç Yücel, s. 77.

82 Dereli, s. 93; Helvacı, s. 103.

Lex commissoria anlaşması açısından birinci koşulun gerçekleştiği açıktır. Çünkü, rehin anlaşmasına ek nitelikteki *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olduğunu yasa emredici bir şekilde düzenlemiştir. Burada tartışılması gereken husus, ikinci koşul yönünden olup, hükümsüz sayılan *lex commissoria* anlaşmasına rağmen, rehin sözleşmesinin geçerliliğini koruyabilmesi için, tarafların farazi iradesinin bu yönde olduğunun da tespitinin gerekip gerekmediğidir.

Öğretideki *zorunlu kısmi hükümsüzlük* anlayışına göre, ikinci koşulun araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü, yasa açıkça ve sadece *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olacağını emredici biçimde düzenlemiştir. Yasal düzenlemeye göre, tarafların iradesini araştırmaya gerek olmaksızın, rehin anlaşması geçerliliğini koruyacaktır⁸³. Kısmi hükümsüzlük anlayışına göre ise, rehin sözleşmesinin geçerliliğini koruyabilmesi için her iki koşulun da mevcudiyeti gerekir⁸⁴.

Lex commissoria anlaşmasının rehin anlaşmasından sonraki bir tarihte yapıldığı durumlarda tarafların iradesinin, *lex commissoria* anlaşması olmasaydı bile rehin sözleşmesi akdetme yönünde olduğu söylenebilir⁸⁵. *Lex Commissoria* anlaşmasının rehin sözleşmesinin bir hükmü olarak, onun içinde düzenlendiği durumlarda ise tarafların farazi iradesinin tespitinde güçlük yaşanabilir. Bu durumda, her somut olayda, sözleşme koşullarına göre tarafların farazi iradelerinin ortaya konulması gerekecektir.

Lex commissoria yasağının borçluyu korumak amacıyla getirilmiş bir yasak olduğu dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme daha isabetli olacaktır. *Lex commissoria* anlaşmasının hükümsüzlüğü nedeniyle, kısmi hükümsüzlük koşullarının gerçekleşmediği ve bu nedenle rehin anlaşmasının da hükümsüz olduğu benimsenirse, bu durumun borçlu yararına olup olmadığına ortaya konulması gerekir. Rehin anlaşmasının geçersizliği, kredi sözleşmesinin (borç doğuran temel anlaşmanın) geçerliliğine etki etmeyecektir⁸⁶. Borç sözleşmesi geçerli olmaya devam edecektir. O halde, kısmi hükümsüzlüğün her iki unsurunun da aranmasının borçlu yararına olduğu söylenebilir.

Ancak, bu tartışmalara kanaatimizce gerek yoktur. Çünkü yasa koyucu açıkça özel bir kısmi hükümsüzlük hali öngörmüş olup, TBK'nın 27. maddesinin uygulanmasına ve bu bağlamda ikinci koşulun (tarafların sözleşmenin diğer kısımlarının ayakta kalmasına dair farazi iradelerinin) aranmasına gerek yoktur. TMK'nın 873 ve 949. maddeleri açıkça, *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olacağını belirtmiş, rehin sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını dolaylı

83 Helvacı, s. 104-105.

84 Helvacı, s. 106-107.

85 Tunç Yücel, s. 78.

86 Helvacı, s. 106.

olarak düzenlemiştir. Aksinin kabulü birçok sıkıntıya neden olacaktır. Çünkü, *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz sayılması sonucu, tarafların farazi iradelerine göre rehin anlaşmasının da hükümsüz olduğunun benimsendiği durumlarda, alacaklının alacağının teminattan yoksun bırakılması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu durumda, rehin sözleşmesinin bütünüyle hükümsüz sayılması nedeniyle, temel borç ilişkisinin de hükümsüz hale gelip gelmeyeceğinin tartışılması gerekecektir. Çünkü, rehin anlaşması, asıl borç ilişkisine sıkı sıkıya bağlı, onun eki niteliğinde bir anlaşmadır. Çoğu zaman, rehin olmasaydı alacaklının temel ilişkiye girmeyeceği yönündeki farazi iradesi tespit edilecek, bunun sonucunda temel borç ilişkisinin de geçersizliği sonucuna gidilecektir ki; yasa koyucunun amacı bu olmayıp, sözleşmenin sadece *lex commissoria* hükmünün geçersiz olacağını emredici bir şekilde düzenlemektedir.

Lex commissoria anlaşmasının hükümsüzlüğü rehin sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecek, alacaklı rehinli malı usulünce paraya çevirerek alacağına kavuşacaktır⁸⁷.

D. İnançlı Devir İşlemlerinin *Lex Commissoria* Yasağı Karşısındaki Durumu

Borç ödenmediği takdirde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmaların geçersiz olacağı hukuk sistemimiz tarafından düzenlenmiştir. Rehlin sözleşmesinin içinde bir hüküm veya ayrı bir sözleşme olarak düzenlenen bu tür *lex commissoria* anlaşmalarının geçersiz olacağı konusunda tereddüt yoktur.

Ancak, rehin veya ipotek tesis etmek yerine, teminat sağlama amacıyla alacaklı ve borçlu arasında yapılan bazı inanca anlaşma türleri vardır⁸⁸. “İnanç anlaşması (*fiduziarische Vereinbarung/convention de fiducie*); inananın bir eşya üzerindeki aynı hakkı veya bir hakkın sahipliğini inanılana tam olarak devretmeyi; inanılanın ise devredilen eşya veya hakkı inanca anlaşmasının hükümlerine uygun biçimde idare ve/veya muhafaza etmeyi ve inanca anlaşması sona erdiğinde inanana iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir”⁸⁹.

İnançlı devir işlemlerinin konusunu taşınır veya taşınmaz mallar, fikri ve sınai mülkiyet konusu malvarlığı değerleri veya alacaklar oluşturabilir. Bu tür anlaşmalarla, taraflar rehin hakkı tesis etmek yerine, borçlunun ya da onun yararına teminat veren üçüncü bir şahsın bir malı teminat olarak alacaklıya devredilmekte, alacaklı ise, borç ödendiğinde bu teminatı borçluya iade etme yükümlülüğü altına girmektedir.

87 Tunç Yücel, s. 78; Başak, s. 283.

88 “Merhunu temellük anlaşmaları çeşitli içerikte ve tipte olabilir”, Helvacı, s. 87.

89 Hüseyin Altaş, Leyla Müjde Kurt, “İnançlı İşlemler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2, Yıl: 2011, s. 4.

İnançlı işlemler, tüm sözleşmeler için getirilen yasal sınırlamalara tabi olmak kaydıyla, hukuken geçerli sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerin her zaman muvazaalı olarak ya da kanuna karşı hile amacıyla yapıldığı söylenemez⁹⁰. İnançlı işlemin muvazaalı olduğunu veya kanuna karşı hile oluşturduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir⁹¹.

Alacaklıya teminat sağlamak üzere yapılan bu tür inancılı işlemlere *karma inancılı işlemler* denilmektedir⁹². Bu tür işlemler, tıpkı rehinde olduğu gibi, alacağın teminat altına alınması amacıyla yapıldığından, *lex commissoria* yasağının bu anlaşmalar karşısındaki durumunun ortaya konulması gerekmektedir⁹³. Bu anlaşma türlerinden bazıları aşağıda incelenmiştir.

1. Teminat Amaçlı İnançlı Gayrimenkul Devir Anlaşmaları

Bu tür anlaşmalarda, alacaklı yararına borçluya ait gayrimenkul üzerinde rehin hakkı tesis etmek yerine, borçluya ait bir gayrimenkulün mülkiyeti teminat amacıyla alacaklıya tapuda devredilmekte; bu devirden önce taraflar başka bir anlaşma yaparak, borç ödendiğinde taşınmazın mülkiyetinin borçluya devredileceğini kararlaştırmaktadırlar. Bu tür işlemlere, uygulamada ve öğretide inancılı işlem denilmektedir. Bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalıp kalmayacağı öğretide tartışmalıdır⁹⁴.

Bu tür bir inancılı işlem, taşınmazın devri sırasında tapu sicil müdürlüğü huzurunda yapılabilir ise de uygulamada tapu mevzuatı gereği şartlı devir işlemi yapılamadığından, inancılı anlaşmaları, ayrı bir sözleşme olarak yapılmaktadır⁹⁵.

Yargıtay, İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski uygulamalarını benimseyerek, rehinli alacağın muaccel olmasından önce, teminat amacıyla yapılan bir inancılı işlemle taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçirilmesini geçerli saymaktadır⁹⁶. TMK'nın 706. maddesi uyarınca, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı olmakla birlikte; Yargıtay, inancılı sözleşmeleri bakımından resmi şekil arama-

90 Helvacı, s. 121.

91 Altaş, Kurt, s. 8-9.

92 Helvacı, s. 107 vd; "Karma inancılı işlemler (*fiducia cum creditore*) inananın bir alacağına teminat oluşturmaya hizmet etmekte ve ağırlıklı olarak inananın menfaatlerini tatmin etmek üzere kurulmaktadır. Teminat amaçlı inancılı devirlerde, inanan, inananı inancılı işleme konu olan eşyanın maliki veya alacağın alacaklısı ya da hakkın sahibi kılmaktadır. İnanılan ise inana karşı inancılı temlik konusu eşya veya hakkı teminat amacıyla sınırlı biçimde kullanmak ve inancılı işlemle temin edilen asıl alacak ödendiğinde inana iade etmeyi taahhüt etmektedir" Altaş/Kurt, s.8.

93 Kurt, s. 138.

94 Tunç Yücel, s. 79.

95 Budak, s. 75-76.

96 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 955.

makta, anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmektedir. Yargıtay bu görüşünü, 05/02/1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına dayandırmaktadır⁹⁷. Ayrıca, burada aranan yazılılık, geçerlilik şartı olmayıp ispat şartıdır. Delil başlangıcı varsa, inançlı işlemin ispatı için tanık dinletilmesi de mümkündür⁹⁸.

Yargıtayın yerleşik uygulamasına dayanak oluşturan 05/02/1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, “*Sonuçta oylara başvuru olarak yukarıdaki sebeplere binaen namı müstear davalarının mesmu ve yazılı delil ile ispatı caiz olduğuna üçte ikiyi geçen çoklukla 5.2.1947 tarihinde karar verilmiştir*” denilmek suretiyle, namı müstear sözleşmelerinin geçerli olduğu ve yazılı delille kanıtlanabileceği hükme bağlanmıştır. Namı müstear kavramı, inançlı vekalet ilişkisini ifade etmekle birlikte, yerleşik Yargıtay kararlarında inançlı gayrimenkul devri işlemlerine de bu İBK istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır⁹⁹.

a-Yargıtay, istikrarlı içtihadında, “*İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanan olarak oluşturur. Bir hakkı ya da nesneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye ‘inanan’ adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi, kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de ‘inanan’ denir. İnananın, inanılana inançlı olarak kazandırdığı hak ya da nesne ise ‘inanç konusu şey’ olarak nitelenir. İnançlı bir işlemde, kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır. İnançlı işlemde inanan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanan (veya onun gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye, yani inanan belirlenmiş şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir*”¹⁰⁰ denilmek suretiyle, borçlunun borcunu ödedikten sonra, gayrimenkulün mülkiyetinin kendisine iadesini dava yoluyla isteme hakkı tanımıştır. Bu uygulama, mahiyeti itibarıyla Roma Hukukunda bir dönem teminat amacıyla uygulanan ve makalenin başında açıklaması yapılan *fiducia cum cre-*

97 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2013/11-376 Esas, 2014/49 Karar sayılı ve 29.01.2014 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

98 Yargıtay 4. HD, 2016/6467 E- 2016/8912 K. sayılı, 22/09/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

99 İlhan E. Postacıoğlu, “Namı Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul, 2011, s. 789-791.

100 Yargıtay 4.HD, 2016/6467 E, 2016/8912 K sayılı, 22/09/2016 tarihli kararı; Yargıtay 14. HD, 2016/6483 E, 2016/8177 K sayılı, 11/10/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

*ditore'*ye benzemektedir¹⁰¹. Gayrimenkulün, borç ödendikten sonra borçluya iadesini sağlamak üzere tanınan dava hakkı ise Roma Hukukundaki *actio fiduciae directa* davasına benzemektedir¹⁰².

b-Yargıtay 14. HD. 24/12/2012 tarihli, 2011/15066 E, 2012/2536 K sayılı kararında, “*Türk Medeni Kanunu’nun 873. maddesi hükmü gereğince borçlu borcunu ödemediği takdirde alacaklıya taşınmazı temellük etme hakkı veren her türlü sözleşme geçersizdir. Bu kuralın alacaklının, borçlunun ödememe halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek amacıyla getirildiği kuşkusuzdur. Anılan bu kural Roma Hukukundan gelen ‘Lex commissoria yasağı’ olarak bilinir. Ne var ki, başlangıçtaki temlik ‘inançlı temlik’ olarak yapılmışsa yapılan bu temlik geçerlidir. Zira inançlı temlikte alacaklının borçlunun borcunu ödeyememesi halinde temlik edilen taşınmazı hileli bir şekilde ele geçirmek gibi bir amacı yoktur. Bu gibi işlemlerde mülkiyet daha baştan alacaklı yana geçirilmekte borç ödendiği takdirde borçluya mülkiyeti iade hakkı tanınmakta ve fakat bu şart gerçekleşmezse mülkiyet alacaklı tarafta kalmaktadır. Böyle bir sözleşme ifa yerini tutan edim ile borcun ödenmesi niteliği taşır. Soruna Türk Medeni Kanunu’nun 873. maddesi ve az önce sözü edilen ‘Lex commissoria yasağı’ çerçevesinde bakılırsa davalıya hem başlangıçta yapılan inançlı temlik işlemi ve hem de dayarılan ‘protokol’ başlıklı sözleşme geçerlidir” denilmek suretiyle, inançlı devir işleminin *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmadığını benimsemiştir¹⁰³. Yine, Yargıtay 1. HD, 2010/1620 E, 2010/5724 K sayılı, 14/05/2010 tarihli kararında, “*Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan M.K.’un 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu düşünce Hukuk Genel Kurulunun 23.5.1990 gün ve 1990/1-202-315 Sayılı kararında da aynen benimsenmiştir”* denilmek suretiyle, *lex commissoria* yasağının inançlı devir işlemlerini kapsamayacağını içtihat etmiştir.*

c-Ancak Yargıtay 14.HD 2011/8337 E, 2011/10611 K sayılı, 21/09/2011 tarihli kararında¹⁰⁴, “*Diğer taraftan davacı, yüklenicinin davadan aldığı borca karşılık daireyi teminat olarak davalıya temlik ettiğini, davalının tefeci olduğunu, yapılan temlik işlemlerinin muvazaalı olduğunu iddia etmektedir. Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanunu’nun 873 üncü maddesi hükmü gereğince borçlunun borcunu ödemediği takdirde alacaklıya taşınmazı temellük etme hakkı veren her türlü sözleşme geçersizdir. Bu kuralın alacaklının borçlunun*

101 Bknz; yukarıda dipnot 30 civarı.

102 Bknz; yukarıda dipnot 34-35.

103 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

104 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Kuntalp, Yargıtay 7. HD 1974/3450 E- 1975/2434 K sayılı, 05/05/1975 tarihli benzer görüş içeren kararına atıf yapmaktadır (Kuntalp, s. 160).

ödememe halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek amacıyla getirildiği kuşkusuzdur. Anılan bu kural Roma Hukukundan gelen 'lex commissoria yasağı' olarak bilinir. Buradaki amaç alacaklının borçlunun borcunu ödeyememesi halinde temlik edilen taşınmazı hileli bir şekilde ele geçirmesini önlemektir. Davalının taşınmazı edinimi Türk Medeni Kanunu'nun 873 üncü maddesi ve az önce sözü edilen 'Lex commissoria yasağı' çerçevesinde irdelenmeli ve davalının T.M.K.'nin 1023. ve 1024.maddeleri kapsamında iyiniyetli alıcı olup olmadığı araştırılmalıdır' denilmek suretiyle, inançlı devir işleminin dolaylı olarak lex commissoria yasağını ihlal etmesi halinde geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünü net bir şekilde ortaya koymuştur.

Bu tür inançlı işlemlerin geçerli olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Gürsoy/Eren/Cansel, inançlı temlik ile lex commissoria anlaşmasının karıştırılmaması gerektiği, inançlı temlik anlaşmalarının yasak kapsamında olmadığı, çünkü, alacaklının malı hileli bir şekilde ele geçirme niyeti bulunmadığı, mülkiyetin daha baştan alacaklıya geçirildiği, borç ödenmediğinde mülkiyetin alacaklıda kaldığı, böyle bir sözleşmenin ifa yerini tutan edim ile borcun ödenmesi niteliğini taşıdığı görüşündedir¹⁰⁵.

Helvacı, bu tür temlik işlemlerinin geçerli olduğunu benimsemektedir¹⁰⁶. Budak ise, bu tür anlaşmaların alacaklıya taşınmazı özel yoldan paraya çevirme yetkisi de verdiği, lex commissoria yasağını dolanmak için bu tür anlaşmaların uygun fırsat yarattığı, bu nedenle inançlı devir işlemlerinin lex commissoria yasağı nedeniyle hükümsüz sayılması gerektiği görüşündedir¹⁰⁷.

Tunç Yücel, bu konudaki değerlendirmenin, yasağın amacına (ratio legis'ine) göre yapılması gerektiği, Yargıtayın yerleşik uygulaması da dikkate alınarak, lex commissoria yasağının kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilmesinin önüne geçecek şekilde sorunun çözüme kavuşturulması gerektiği görüşündedir¹⁰⁸.

Kuntalp, teminat amacıyla temlike, lex commissoria yasağını öngören hükmün en azından temel düşüncesi itibarıyla uygulanması gerektiği görüşündedir. Bu kapsamda alacaklıya, nesneyi ifa uğruna edim olarak kabul etme ya da paraya çevirme yetkisi de verilebilir; ancak, her iki halde de nesnenin değerinin alacağı aşan kısmının borçluya iadesi mutlaka sağlanmalıdır¹⁰⁹. Fazlanın borçluya iadesini içermeyen anlaşmalar geçersiz olacaktır. Böylece yazar, yasağın ratio legis'ini esas alan bir yorumu benimsemiştir.

105 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1020.

106 Helvacı, s. 110; Tunç Yücel, s. 79.

107 Budak, s. 75.

108 Tunç Yücel, s. 84-85.

109 Kuntalp, s. 159-160.

Kanaatimizce de inanca gayrimenkul devir işlemleri kendine özgü nitelikler taşımakla birlikte¹¹⁰ rehinele aynı işlevi gördüğünden, bu tür işlemlerin *lex commissoria* yasağını dolanacak şekilde kullanılmasına müsaade edilmemelidir. Bu nedenle, yasağın getiriliş amacı dikkate alınarak, her somut olayda kanuna karşı hile bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli, alacaklının alacağından daha fazla bir değeri haksız olarak elde etmesine yol açacak anlaşmaların, *lex commissoria* yasağı kıyasen uygulanarak¹¹¹, yasak kapsamında geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

2. İnançlı Satış Vaadi

Tıpkı teminat amaçlı inanca mülkiyet devri anlaşmalarında olduğu gibi, uygulamada, teminat amacıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri düzenlenmektedir. Alacaklının alacağına teminat olmak üzere, borçluya veya onun adına teminat veren üçüncü bir kişiye ait taşınmazın alacaklıya satışı vadedilmekte; borç ödenmezse taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya devredileceği, eğer borç ödenirse satış vaadi sözleşmesinden vazgeçileceği kararlaştırılmaktadır. Böylece borçlu taşınmazını satmayı vadederek peşin satış bedeliyle borç (kredi) almakta, alacaklı da taşınmaz satış vaadi ile verdiği krediyi teminat altına almaktadır¹¹².

Teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesi mevsuf muvazaa nedeniyle geçersiz olmakla birlikte, bu tür sözleşmelerin ardına gizlenen ödünç sözleşmesi ise geçerlidir¹¹³. İkinci görüş ise, bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağını dolanmak amacıyla yapılan ve kanuna karşı hile niteliğindeki anlaşmalar olması nedeniyle hükümsüzlük yaptırımına tabi olmalıdır¹¹⁴.

Budak, bu tür sözleşmelerin, satış vaaşinde bulunan tarafa dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının tanındığı gayrimenkul satış vaatleri olarak nitelendirilebileceği görüşündedir¹¹⁵. *Budak*, *Helvacı*'nın da aynı görüşte olduğunu belirterek, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin, borçlunun

110 "Teminat amacıyla yapılan inanca işlemler sui generis bir teminat aracıdır", *Helvacı*, s. 120.

111 "Bu nedenle, *lex commissoria* yasağına ilişkin hükümlerin teminat amacıyla yapılan karma inanca işlemlere de kıyasen uygulanması gerekir. Esasen, aksine bir düşüncenin benimsenmesi, yasağın kanuna karşı hile yolu ile bertaraf edilmesine yol açacaktır", *Helvacı*, s. 122.

112 Tunç Yücel, s. 85.

113 *Budak*, s. 69; Tunç Yücel, s. 86; "Taraflar, aslında bir karma inanca işlem olan bu işlemi tapuda genellikle satım akdi olarak göstermekte, aralarında yaptıkları gizli işlem ile de, borç ödendiği takdirde söz konusu taşınmazın mülkiyetinin borçluya iade edileceğini kararlaştırmaktadırlar. İsviçre ve Türk hukukundaki hâkim fikre göre, bu tarz bir hukuki yapıda görünüşteki işlemin tarafların gerçek arzularına uygun olmadığı için muvazaalı olması nedeniyle kesin hükümsüz olduğuna (BK.m.18), gizli akdin ise (inanca işlem) resmi şekilde yapılmadığı için kesin hükümsüz olduğuna (MK.m.634, BK.m.213) hükmetmek gerekeceği açıktır", *Helvacı*, s. 112.

114 *Budak*, s. 66-68; Tunç Yücel, s. 85-86.

115 *Budak*, s. 66.

sömürülmesine yol açması nedeniyle *lex commissoria*'dan farksız olduğu, *lex commissoria* yasağının dolanılması sonucunu doğurduğu için kanuna karşı hile oluşturduğu ve bu nedenle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹¹⁶.

Yargıtay 14.HD, 13/07/2009 tarihli, 2009/8012 E.- 2009/8819 K. sayılı kararında, teminat amaçlı inanca satış vaadi sözleşmelerinin yapılabileceğini, ancak somut olayda kararlaştırılan bedel ödenmediğinden tescilin talebinin reddi gerektiğini içtihat etmiştir¹¹⁷.

Rehin hakkı tesis ettikten sonra, taraflar noterde düzenledikleri ayrı bir satış vaadi sözleşmesiyle, alacak muaccel olmadan önce, rehne konu malın alacaklıya satışını kararlaştırırlarsa, satış vaaadinin bu durumda da *lex commissoria* yasağına aykırı olduğu ve hükümsüz olduğu kabul edilmelidir¹¹⁸.

Kanaatimizce, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmeleri, tipik bir *lex commissoria* anlaşmasıdır. Çünkü, taraflar aralarında yaptığı inanca işlemle, borç vadesinde ödenmezse, satış vaaidine konu taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği, alacaklının gerekirse tescile zorlama davası açabileceği konusunda anlaşmaktadır. Bu ilişkiyi sadeleştirirsek, taraflar, borç ödenmediği takdirde teminatın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğini kararlaştırmış olmaktadırlar ki, bu anlaşma tipik bir *lex commissoria* anlaşmasıdır ve TMK'nın 873/2. maddesi uyarınca geçersiz kabul edilmelidir.

Satış vaadi sözleşmesi *lex commissoria* yasağı nedeniyle geçersiz kabul edildiğinde, ödünç sözleşmesinin akıbeti ne olacaktır? *Budak*'ın da isabetle belirttiği üzere, bu durumda ödünç sözleşmesinin muvazaalı satış vaadi sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olması nedeniyle geçerliliğinin korunması gerekir¹¹⁹.

3. Teminat Amaçlı Geri Alım (Vefa) Hakkı Tanıyarak Devir Anlaşmaları

TMK'nın 736. maddesi uyarınca tapu kütüğüne şerh edilen geri alım sözleşmeleri, uygulamada teminat amaçlı olarak kullanılabilir¹²⁰. Teminat amaçlı vefaen satımlarda borçlu, teminat olarak vereceği taşınmazı, görünüşte yapılan bir satım işlemiyle alacaklıya tapuda devreder. Ancak, taşınmaz üzerinde borçlu lehine, borcun vade tarihine kadar geçerli olmak üzere, belirli bir bedel (borç tutarı) üzerinden¹²¹ geri alım (vefa) hakkı tanırlar¹²².

116 Budak, s. 69; Helvacı, s. 153.

117 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

118 Helvacı, s. 86.

119 Budak, s. 69.

120 Budak, s. 70.

121 "ödünç verilen tutar peşin olarak ödenen 'satış bedeli'ni teşkil etmekte...", Budak, s. 70.

122 Tunç Yücel, s. 86.

Bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, bu tür işlemleri yasağa aykırı bulmayıp geçerli kabul etmektedir. Yargıtay ise, *lex commissoria* yasağı kapsamında değerlendirme yapmaksızın, muvazaa sebebiyle bu tür anlaşmaları geçersiz saymıştır ¹²³.

Öğretide bu tür işlemlerin *lex commissoria* yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunun görüş, yasağın bu tür işlemlere kıyasen uygulanması gerektiğini, kanuna karşı hileye izin verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir ¹²⁴. Tunç Yücel, bu konuda *lex commissoria* yasağının amacı da göz önünde tutularak, her somut olayda kanuna karşı hile bulunup bulunmadığının değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerektiği görüşündedir¹²⁵.

Budak, TMK'nın 969. maddesini de yorumlayarak, Kanun'un sadece rehin karşılığı kredi veren kuruluşlara, menkul mallarla ilgili bu tür anlaşma yapma yetkisi verdiği gerekçesiyle, bu kuruluşlar dışında diğer kişilerin yaptığı tüm geri alım hakkı veren anlaşmalar ile bu tür kuruluşlar dahil, gayrimenkuller üzerinde geri alım hakkı tanıyan tüm anlaşmaların hükümsüz olduğu sonucuna varmaktadır ¹²⁶. Ancak yazar, bu konuda ödünç sözleşmesinin teminatı olarak yapılan anlaşmalarla gayrimenkul satış bedelinin ödenmesinin teminat altına alınması amacıyla yapılan geri alım anlaşmaları arasında bir ayırım yaparak, geri alım hakkının, gayrimenkul satış bedelinin teminat altına alınması amacıyla tanınması halinde geçerli olacağını isabetle vurgulamıştır ¹²⁷.

Kuntalp, iştirak, vefa veya satış vaadi gibi anlaşmaların teminat amacıyla kullanılması halinde, bu anlaşmaların *lex commissoria* yasağını ihlal etmeyeceği görüşündedir ¹²⁸.

Helvacı da vefaen satımların *lex commissoria* yasağı karşısında kanuna karşı hile oluşturmayacağına dair düşüncenin isabetli olmadığı, hâkimin her somut olayda bu tür sözleşmelerin kanuna karşı hile meydana getirip getirmediğini değerlendirerek sonuca gitmesi gerektiği görüşündedir ¹²⁹.

Kanaatimizce bu tür anlaşmaların yasak kapsamında kalıp kalmadığının, yasağın *ratio legis*'ine göre belirlenmesi daha isabetli olacaktır. Daha önce açıklandığı üzere, yasağın amacı borçlunun haksız olarak sömürülmesini önlemektir. Geri alım hakkının tanınmasının borçlunun aleyhine bir sonuç doğurup

123 Tunç Yücel, s. 86. Eserde atıf yapılan Yargıtay kararı, HGK'nun 07/12/1979 tarihli, E-1977/12-989, K.1979/1507 sayılı kararı olup Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.

124 Tunç Yücel, s. 87.

125 Tunç Yücel, s. 87.

126 Budak, s. 73.

127 Budak, s. 73; Postacıoğlu, *İpotek*, s. 592.

128 Kuntalp, s. 158-159.

129 Helvacı, s. 139-143.

doğurmayacağına bakılması gerekir. Burada önce borçluya ait bir taşınmazın mülkiyeti, teminat amacıyla alacaklıya devredilmektedir. Bu devir ise esasen bir inanca işlemi dayanmaktadır. Tarafların asıl iradesi, borç ödendiğinde malın mülkiyetinin borçluya iadesi yönündedir. Bu tür inanca devir işlemleri yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda geçerli olup Yargıtay tarafından da bu inanca devir işlemleri geçerli kabul edilmektedir¹³⁰. Taraflar bu devir işlemiyle birlikte veya daha sonra, bu mal üzerinde borçluya vefa hakkı tanınmaktadır¹³¹. Bu işlem borçlu lehine olup, borcunu ödeyen borçlunun ayrıca inanca işlemi dayanarak tapu iptal ve tescil davası açmak zorunda kalmadan, herhangi bir ispat yükü altında kalmaksızın vefa hakkına dayanarak malın mülkiyetine kavuşmasını sağlayacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce borçlu yararına vefa hakkı tanınmasının *lex commissoria* yasağı kapsamında kaldığı söylenemez.

4. Teminat Amaçlı İştirah (Alım) Sözleşmeleri

Borçluya ait bir taşınmaz üzerinde alacaklı lehine rehin hakkı kurulduktan sonra, taraflar ayrı bir inanca anlaşma yaparak, aynı taşınmaz üzerinde alacaklı yararına bir iştirah hakkı tanıyabilir. İnanca anlaşmayla, eğer borç vadesinde ödenmezse, alacaklının iştirah hakkını kullanarak ve ödünçü satış bedeli sayarak, rehinli malın mülkiyetini kazanması; eğer borç ödenirse ipoteğin ve iştirah hakkının kaldırılması kararlaşdırmaları halinde durum ne olacaktır? Aynı tartışmanın, ipotek tesis etmek yerine sadece inanca işlemle iştirah hakkı tesis edildiği durumlar için de yapılması gerekir.

Kuntalp, teminat amacıyla borçluya ait bir taşınmaz üzerine alacaklı yararına iştirah hakkı tanınmasının yasak kapsamında olmadığı görüşündedir¹³². Ancak yazar için, alacaklının haksız yere zenginleşmesinin önlenmesi (iştirah hakkının gerçek değer üzerinden kurulması, alacağı aşan değer borçluya ödenmesi) konusundaki tedbirlerin alınmış olması son derece önemlidir.

Helvacı, rehin konusu malın rehinli alacaklıya, borcun ödenmemesinden bağımsız bir şekilde satılmasına veya alacaklıya bu yönde bir iştirah hakkı tanınmasına dair anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmayacağı, geçerli olduğu görüşündedir¹³³. Bu görüşün sonucu olarak, iştirah hakkı, rehne konu borcun ödenmemesi halinde kullanılmak üzere tesis edilmişse, bu işlemin yasak kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Çünkü, bu işlem, borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi sonucunu doğuracağından, *lex commissoria* yasağının dolanılması niteliğini taşıyacaktır.

130 Bakınız, dipnot 123 -125.

131 Gürsoy, Eren, Cansel, s.1020.

132 Kuntalp, s. 158-159.

133 Helvacı, s. 83.

Alacaklı ve borçlu, rehin hakkı tesis etmek yerine, alacağı teminat altına almak amacıyla borçluya ait bir taşınmaz üzerinde, kredi tutarı iştirah bedeli kabul edilerek, alacaklı lehine bir iştirah hakkı tanyabilirler. Taraflar arasındaki inaçlı işlemle, borç ödenmediği takdirde alacaklının iştirah hakkını kullanarak taşınmazı satın alması kararlaştırılmaktadır.

Bu durum, inaçlı satış vaadi sözleşmelerine benzemekte olup, yukarıda o konuda söylenenler kıyasen uygulanabilir. Bu anlaşma, rehin hakkının kuruluşu aşamasında yapılırsa, *lex commissoria* yasağını dolanmak amacıyla kullanılabilir. Kredi ihtiyacı içindeki borçlu, nasıl olsa borcu ödeyeceğini düşünerek ve krediye bir an önce kavuşabilmek için, alacaklının dayatmalarını kabul etmek zorunda kalabilir. Çok az bir kredi karşılığında, çok değerli bir taşınmazı üzerinde, düşük bir bedel üzerinden iştirah hakkı tanımak zorunda kalabilir. Bu durumda, böyle bir işlemi yasak kapsamında hükümsüz saymak gerekecektir.

Ancak, bu tür anlaşmaların, alacak muaccel olduktan sonra yapılmasına bir engel yoktur.

III. Rehinin Paraya Çevrilmesi

A. İcra ve İflas Kanunu'ndaki Durum

Rehin hakkı alacaklıya, rehin değerine yönelme hakkı verir ve alacaklı, rehinli malın satışını sağlayarak alacağını satış bedeli üzerinden alır. İşte, kanun koyucu, alacaklının alacağına satış bedeli üzerinden kavuşmasını sağlamak üzere, rehinli malın paraya nasıl çevrileceğini özel olarak düzenlemiştir.

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda rehinin paraya çevrilmesi, İİK'nın 145-153/a maddelerinde, beşinci bap olarak düzenlenmiştir. Kanun, önce taşınır rehininin paraya çevrilmesi usulünü, ardından ipotegin paraya çevrilmesi usulünü düzenlemiştir.

Taşınır rehninde, takip talebi üzerine borçluya ödeme emri gönderileceği, itiraz halinde ise ilamsız takibe ilişkin İİK'nın 62 ila 72. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir (İİK'nın 145, 146 ve 147. maddeleri).

Taşınmaz rehininin paraya çevrilmesinde iki farklı usul benimsemiştir. Bunlardan bir tanesi *rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip* usulüdür¹³⁴. Rehinli alacaklı, rehin (ipotek) sözleşmesini de talebine ekleyerek takip talebinde bulunduğu anda, icra müdürü rehin sözleşmesini ve sunulan belgeleri inceleyecektir. Eğer ibraz edilen ipotek akıt tablosu (rehin sözleşmesi) kayıtsız şartsız bir para borcunu içeriyorsa (TMK'nın 851. maddesindeki tanım uyarınca *anapara ipotegi* ise) ve alacak muaccel olmuşsa, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü şahsa birer icra emri çıkarır (İİK m.149). Böylece kanun koyucu, bu şartları taşı-

134 Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 430-431.

yan ipotek akit tablosunu ilam hükmünde bir belge olarak kabul etmiş ve ilamlı icraya özgü icra emri düzenlenmesini emretmiştir. Bundan sonraki süreç, ilamların icrasına ilişkin hükümlere göre yürüyecektir.

İpoteğin paraya çevrilmesinde ikinci usul ise, *rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip* usulüdür¹³⁵. İpotek akit tablosu İİK'nın 149. maddesindeki şartları taşııyorsa (TMK'nın 851. maddesindeki tanım doğrultusunda *üst sınır ipoteği* ise), takip talebi üzerine icra memuru, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü şahsa birer ödeme emri çıkarır (İİK m.149/b). Bundan sonraki prosedür, ilamsız takibe ilişkin genel hükümlere göre yürüyecektir (İİK m. 150 ve 150/a).

Rehlinli malın satışı (paraya çevirme) usulü, her iki takip usulü yönünden müşterek olarak düzenlenmiştir (İİK m.150/g).

Kanun, 150/1 maddesinde, banka ve kredi kuruluşlarının, kredinin geri dönüşü için aldıkları rehlinli malların paraya çevrilmesi konusunda özel bir usul getirilmiştir. Bu kapsamdaki ipotek akit tablosu, kayıtsız şartsız bir para borcunu içermese, yani İİK 149. maddesindeki şartları taşımasa bile, rehlinli alacaklıya, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapma yetkisi verilmiştir.

B. Rehnin Paraya Çevirmesiyle İlgili Özel Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların *Lex Commissoria* Yasağıyla İlişkisi

Lex commissoria yasağının maddi hukuka ilişkin bir sözleşme mi, icra iflas hukukuna ilişkin bir sözleşme mi olduğu ortaya konulmalıdır. Bunun tayini için yasağın, maddi hukuk alanında mı yoksa icra iflas hukuku alanında mı sonuçlarını doğurduğuna bakmak gerekir. *Lex commissoria* anlaşması rehin konusunun mülkiyetinin alacaklıya geçmesini sağladığından maddi hukuka ilişkin bir düzenlemedir. Nitekim, TMK'nın 872/2 ve 949. maddeleri, yasağı açıkça düzenlemiş ve geçersizlik yaptırımına bağlamıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nda ise rehlin paraya çevrilmesi usulü ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasına karşın, *lex commissoria* yasağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, *lex commissoria* anlaşması alacaklının tatmini ve borcun sona ermesi sonucunu doğurduğundan, icra iflas hukukunu ilgilendirmektedir.

Ayrıca, rehlin paraya çevrilmesi hususu, rehin hakkı sahibinin eşyanın mülkiyetine değil, değerine yönelme hakkının bulunması nedeniyle *lex commissoria* yasağına ilgilendirmektedir. Çünkü, *lex commissoria* yasağının amacı, alacaklının alacağı karşılایan değerden fazlasını ele geçirmesini önlemektir¹³⁶. Bu

135 Kuru, s. 430-431.

136 "*Lex commissoria* yasağı, rehlinli alacaklının bu değer fazlalığını borçlu aleyhine elde etmesini engelleyerek rehin konusu eşya üzerinde sahip olduğu yetkinin alacak miktarı ile sınırlı olduğunu vurgulamaya yöneliktir", Dereli, s. 10-11.

nedenle, alacak vadesinde ödenmezse, rehnin nasıl paraya çevrileceğine ilişkin usulün belirlenmesi, dolaylı da olsa *lex commissoria* yasağını ilgilendirmektedir. Bu nedenle, rehnin paraya çevrilmesi konusunda alacaklıya sınırsız yetkiler veren özel anlaşmaların, yasağın işlevsiz hale gelmesine sebebiyet vereceği hususu gözden uzak tutulmamalıdır¹³⁷.

Bu nedenle, rehnin paraya nasıl çevrileceği konusunda taraflar arasında yapılan anlaşmaların geçerli olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

1. Önce Rehne Müracaat Kuralını Bertaraf Eden Anlaşmalar

İİK'nın 45/1. maddesi uyarınca, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağın iflas veya haciz yoluyla takip edebilir. Maddenin takip eden fıkralarında bazı istisnalar getirilmiş olmakla birlikte, Kanun, rehin hakkı sahibinin alacağın tahsil etmek için önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin araması zorunluluğunu getirmiştir. Buna göre rehinli alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi yolunu tüketmeden, borçlunun diğer malvarlığına yönelemez.

Bu hüküm İİK'da yer almakla birlikte, takip hukukunu olduğu kadar maddi hukuku da ilgilendirmektedir. Çünkü, borçlunun sorumluluğunu düzenleyen kurallar maddi hukuka ilişkindir¹³⁸. Bu kural hem borçluyu hem de rehinli alacaklı dışındaki borçlunun diğer alacaklılarını koruması nedeniyle icra iflas hukukunu, gereksiz haciz yoluyla takiplerin önlenmesi nedeniyle de usul ekonomisi ilkesini ilgilendirmektedir¹³⁹.

Önce rehne müracaat kuralının kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olup olmadığı öğretilde tartışmalıdır¹⁴⁰. *Kuru*, borçlunun mal varlığının diğer alacaklıların müşterek rehni olması nedeniyle, bu düzenlemenin kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olduğu, dolayısıyla da bu kuralı bertaraf edecek şekilde anlaşma yapılamayacağı görüşündedir¹⁴¹.

Üstündağ, İİK'nın 45. maddesini bertaraf eden sözleşme yapılmasının mümkün olup olmadığı sorununu, icrayı genişleten sözleşmelerin geçersizliği üzerinden açıklamaktadır. Önce rehne müracaat kuralı, maddi hukuka değil icra

137 Kurt, s. 146.

138 İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Basım, İstanbul, 2010, s. 646; Evren Kılıçoğlu, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul, 2005, s. 135-136.

139 Budak, s. 17 ve 43.

140 Mehmet Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Basım, İstanbul, 2015, s. 279.

141 *Kuru*, s. 429.

hukukuna ilişkin bir kuraldır. Böyle bir anlaşma, alacaklının cebri icra imkanlarını genişletmekte olup, borçlunun malvarlığı bir yandan rehin haklarıyla, diğer yandan aynı alacak nedeniyle yapılacak hacizlerle sınırlandırılmış olacak ve diğer alacaklılar aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, önce rehne müracaat kuralı kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olup, aksine anlaşmalar geçersizdir ¹⁴².

Kılıçoğlu, önce rehne müracaat kuralının maddi hukuka değil icra hukukuna ilişkin bir kural olduğu, kanunla getirilmiş bir *cebri icra engeli* niteliğinde olduğu, icrayı genişleten bir sözleşmeyle aşılması mümkün olmayan emredici bir kural niteliğinde olduğu görüşündedir. Ancak yazar, rehin üçüncü şahıs tarafından verilmiş ise, önce rehne müracaat kuralının aksinin sözleşme ile kararlaştırılabileceği görüşündedir ¹⁴³.

Aşık, önce rehne müracaat kuralının kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olduğu, bu kuralın diğer alacaklıların menfaatini de ilgilendirmesi nedeniyle, kuralın ihlali halinde diğer alacaklılara da şikâyet yoluna başvurma hakkı verilmesi gerektiği görüşündedir ¹⁴⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, önce rehne müracaat kuralının emredici olmadığını, aksine sözleşme yapılabileceğini içtihat etmiştir ¹⁴⁵. İsviçre hukukunda, alacaklı takip yolunu kendisi seçer, borçlunun süresinde şikâyeti üzerine takip yolu değiştirilir ¹⁴⁶.

Öğretide ve uygulamada, alacaklının elinde rehin varken, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmak yerine, borçlunun diğer malvarlığına müracaat etmek için haciz yoluyla takip başlatması halinde, borçlunun şikâyet yoluyla takibi iptal ettirebileceği konusunda tam bir görüş birliği vardır ¹⁴⁷. Yargıtay, şikâyet hakkının süreye bağlı olmadığını, her zaman ileri sürülebileceğini içtihat etmektedir ¹⁴⁸. Yargıtay, İİK'nın 45. maddesindeki düzenlemenin kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olduğunu içtihat etmektedir ¹⁴⁹. Buradan çıkarılacak sonuca göre, bu düzenlemenin aksine sözleşme yapılması da mümkün olmayacaktır.

142 Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2004, s. 125-126.

143 Kılıçoğlu, s. 138-141.

144 İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara, 2006, s. 131-140.

145 Budak, s. 43-44.

146 Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 429.

147 Tunç Yücel, s. 102; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 429; Budak, s. 46.

148 Yargıtay 12. HD'nin 2016/9154 E-2016/12666 K sayılı, 28/04/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

149 Yargıtay 12. HD'nin 2015/32415 E-2016/9597 K sayılı, 31/03/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Kanaatimizce, İİK'nın 45. maddesinde düzenlenen önce rehne müracaat kuralı kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olup, taraflar bu kuralı bertaraf edecek şekilde sözleşme yapamaz. Yapılırsa, kanunun emredici hükmüne aykırı bu sözleşme hükümsüz olacaktır. Bu hükümsüzlük *lex commissoria* yasağını ihlalden değil, İİK'nın 45. maddesinin emredici nitelikte bir düzenleme olmasının bir sonucu olarak, TBK'nın 27. maddesinden kaynaklanmaktadır.

2. Rehnin Serbest Yolla Paraya Çevrilmesi Anlaşmaları

a. Bu Tür Anlaşmaların *Lex Commissoria* Yasağı Karşısındaki Durumu

Alacağını vadesinde tahsil edemeyen alacaklı, kural olarak İİK hükümleri uyarınca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibine girişecektir. Bu konudaki yasal düzenleme yukarıda açıklandı. Ancak, alacaklı ile borçlu, rehnin bizzat alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesi konusunda bir anlaşma yaparsa, bu anlaşma geçerli olacak mıdır? Bu konuda İİK'da açık bir düzenleme yoktur¹⁵⁰.

Alacaklıya rehninli malı özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilmesi çeşitli ihtiyaçlardan kaynaklanabilir. Özellikle, yasadaki cebri icra prosedürünün yavaş işlemesi ve pahalı olması, iyi niyetli olmayan borçlunun süreci uzatma imkanına sahip olması, gerçek değerini ortaya çıkmama ihtimalinin bulunması örnek gösterilmektedir¹⁵¹. Bu tür anlaşmalar hem alacaklının hem de borçlunun yararına sonuçlar doğurabilir¹⁵². Ancak, tıpkı *lex commissoria* anlaşmasında olduğu gibi; güçlü durumda olan alacaklının, kredi ihtiyacı içindeki borçluyu bu tür anlaşmalar yoluyla sömürmesi ihtimalinin de gözden irak tutulmaması gerekir.

İcra ve İflas Hukuku öğretisinde *lex commissoria* yasağı, genellikle önce rehne müracaat kuralı ile birlikte ve rehnin alacaklı tarafından özel yollarla paraya çevrilmesinin caiz olup olmadığı konuları ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır¹⁵³.

Alman hukukunda, bu tür anlaşmaların geçerliliği taşınır ve taşınmaz rehni için farklı düzenlenmiş, sadece taşınır rehni bakımından bu tür sözleşmelerin yapılabileceği kabul edilmiştir. Fransız hukukunda, taşınmaz rehninin özel yoldan paraya çevrilmesi yönünde anlaşma yapılamaz. Taşınır rehni için de bu yasağın geçerli olduğu kabul edilmektedir.

150 M.Tolga Özer, *Taşınmazların Birlikte Rehni*, İstanbul, 2015, s. 83 vd.

151 Orhan Emre Konuralp, "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Basım Yılı: 2015, s. 2859-2863; Kurt, s. 145.

152 "Ancak bu yöntem, rehnin paraya çevrilmesini basitleştirmek suretiyle rehninli malın değerinin azalabileceği durumlarda bir an önce paraya çevrilerek, değerinden daha ucuz satılmasını engellemeye hizmet eder. Bu durum hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinde", Tunç Yücel, s. 88-92.

153 Budak, s. 51.

İsviçre hukukunda bu konuda açık bir düzenleme yer almamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, rehin konusu taşınmazların özel yoldan paraya çevrileceğine dair anlaşmaları geçerli kabul etmektedir¹⁵⁴. İsviçre hukukunda, taraflar, sözleşmeyle rehinli alacaklıya özel yoldan paraya çevirme hakkını da tanıyabilirler. Ancak, başka alacaklılar da aynı malı haczetmişlerse veya borçlu hakkında iflas kararı verilmişse, artık özel yoldan paraya çevrime anlaşması uygulanamaz¹⁵⁵.

Öğretide bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Postacıoğlu*, rehin devletin icra organları eliyle ve yasada gösterilen şekillere göre paraya çevrileceğine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmadığı, tarafların rehin alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesini kararlaştırabileceği, ancak alacaklının kendisine verilen bu yetkiyi dürüstlük kuralına uygun kullanması gerektiği görüşündedir¹⁵⁶. Menkul rehni konusunda hiçbir tereddüdü bulunmayan yazar, bu sözleşme serbestisinin gayrimenkul rehnine nasıl uygulanacağı konusundaki tereddütleri gidermek ve bu konuda bir yasa önerisi hazırlamak üzere atıf yapılan makaleyi kaleme almıştır¹⁵⁷.

Postacıoğlu/Altay, rehin alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesine dair anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmadığı görüşündedir¹⁵⁸.

Kuntalp, alacaklıya rehinli malı özel yoldan paraya çevirme yetkisinin *lex commissoria* yasağının kapsamına girmediğini, hatta alacaklının rehin konusu nesneyi bizzat satın almasının da *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmayacağını, çünkü satış bedelinin kararlaştırılmış olması nedeniyle, rehin hakkı sahibinin değere yönelme hakkını kullandığını savunmaktadır¹⁵⁹. Yazar, 1975 tarihli iki adet Yargıtay kararına da atıf yaparak, uygulamanın da bu yönde olduğunu belirtmektedir¹⁶⁰.

Tunç Yücel, alacaklı ve borçlunun, rehinli malın icra organları haricinde serbest yoldan paraya çevrilmesi konusunda anlaşmalarının Türk hukuku açısından mümkün olduğunu savunmaktadır. Ancak, paraya çevirme işleminin açık artırma usulüyle yapılarak, gerekli denetimin sağlanması gerektiği görüşünü ileri sürmekte, çözüm olarak İsviçre sisteminin benimsenmesini önermektedir¹⁶¹.

154 Tunç Yücel, s. 88-92.

155 Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 281.

156 Postacıoğlu, *İpotek*, s. 593.

157 "İşte burada bir kanun taslağı denemesinde bulunmak istiyoruz. Mürtehinin alacaklıya muayyen bir bedel mukabilinde satışı yapmak yetkisinin tanınması halinde, böyle bir prensibin gayrimenkullerdeki aynı hak sisteminin hususiyetlerine intibak ettirilmesi için ne gibi kanuni hükümlerin sevkine ihtiyaç vardır? Bu yazının aldığı hedef ve işlemek istediği konu budur" Postacıoğlu, *İpotek*, s. 593-594.

158 Postacıoğlu, Altay, s. 654-655.

159 Kuntalp, s. 156.

160 Kuntalp, s. 156-157.

161 Tunç Yücel, s.98.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, menkul rehni yönünden, alacak muaccel olduktan sonra, alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların *lex commissoria* yasağına aykırı olmayacağı görüşündedir¹⁶².

Helvacı, özel yoldan paraya çevirme sözleşmelerinin *lex commissoria* anlaşmalarına benzetilemeyeceğini, çünkü rehinli alacaklının rehinli malı paraya çevirdikten sonra, alacak miktarını aşan satış bedelini borçluya iade etmek zorunda olduğunu, bu nedenle bu tür anlaşmaların hukuka ya da ahlaka aykırılığından söz edilemeyeceğini, bununla birlikte, bu tarz bir çözümün, *lex commissoria* yasağıyla tam bir uyum içinde olduğunun söylenemeyeceğini, *Oğuzman/Seliçi* tarafından savunulduğu gibi, özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarının sadece alacak muaccel olduktan sonra yapılabilmesi gerektiğini, Medeni Kanun'un *lex commissoria* yasağına ilişkin hükümlerinin alacağın muacceliyetinden önce yapılan paraya çevirme anlaşmalarını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶³.

Cansel, alacaklı ve borçlunun, rehinli malın özel yoldan açık artırma suretiyle satışının kararlaştırılabileceğini, böyle bir anlaşmanın yasak kapsamında sayılmayacağını, alacaklının da artırmaya katılarak malı satın alabileceğini, alacağını satış bedeline takas etmek suretiyle artan satış bedelini malın sahibi borçluya ödeyecek olması nedeniyle bu tür paraya çevirme anlaşmalarının *lex commissoria* yasağı kapsamında sayılmayacağını savunmaktadır¹⁶⁴.

Kanaatimizce, alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların, bazı özel durumlarda *lex commissoria* yasağı kapsamında kalması mümkündür. Örneğin, alacaklıya rehinli malı dilediği bedelle satma ve satış bedelinin tamamını alma hakkı veren bir anlaşma, *lex commissoria* yasağı kapsamında kalacaktır. Aksinin kabulü, kanuna karşı hile ile yasağın dolanılması ve işlevsiz hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır. *Tunç Yücel*'in de isabetle belirttiği gibi, bu tür anlaşmalar *kelepçeleme sözleşmesi* niteliğinde olup, ahlaka aykırılık nedeniyle TBK'nın 27. maddesi uyarınca da geçersiz sayılabilecektir¹⁶⁵.

b. Rehlinli Malın Alacaklı Tarafından Satın Alınması

Rehinli malın, rehin hakkı sahibi alacaklı tarafından satın alınmasına dair anlaşmalar *lex commissoria* yasağı kapsamında değildir¹⁶⁶. Çünkü, bu durumda alacaklının tatmini, rehinli malı mülk edinerek değil, satış bedelinden mah-

162 Oğuzman, Seliçi, Oktay, Özdemir, s. 1029.

163 Helvacı, s. 134-135.

164 Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Ankara, 1967, s. 190.

165 Tunç Yücel, s. 88-92.

166 Helvacı, s. 83; Kuntalp, s. 156.

sup edilmek suretiyle sağlanmakta ve değere yönelme ilkesi korunmaktadır¹⁶⁷. Kanun'un yasakladığı husus, borcun ödenmemesi halinde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmalardır. Borcun ödenmesinden bağımsız olarak, rehin konusu malın alacaklıya satışına dair anlaşmanın yasakla ilgisi yoktur. Rehinli alacaklının, icra dairesince yapılan ihaleye alıcı olarak katılabilme olanağının bulunması da bu yorumu doğrulamaktadır. Satış bedelinin alacağı aşan kısmı elbette ki borçluya ödenecektir.

c. Özel Yoldan Paraya Çevirme Anlaşmalarının İcra Sözleşmesi Olarak Geçerli Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Eğer bu tür anlaşmalar, alacaklının sadece değere yönelebileceği ilkesine uygunsuz ve alacağı aşan değer borçluya iadesi sağlanmakta ise bu durumda anlaşmanın *lex commissoria* yasağı kapsamında kaldığından söz edilemeyecektir. Ancak bu durumda meseleye başka bir açıdan yaklaşmak gerekecektir: Özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları, hukuki niteliği itibarıyla *icra sözleşmesi*¹⁶⁸ niteliğinde olup, icra hukuku açısından bu tür sözleşmelerin geçerliliğinin tartışılması gerekir.

Alacaklının özel yollardan rehni paraya çevirmesi devletin kontrolünün bütünüyle dışındadır¹⁶⁹. Devletin cebri icra tekeli¹⁷⁰ tamamen devre dışı bırakılmaktadır. Böyle bir süreç içinde, borçlunun ve diğer alacaklıların haklarının zarar görmesi muhtemeldir. Diğer taraftan, borçlunun malvarlığı sadece rehinli alacaklının değil, diğer tüm alacaklıların alacağının teminatıdır. Rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilen alacaklının, ölçüsüz davranışlarla borçluya zarar vermesi mümkündür. Oysa, icra hukukuna hâkim ilkelerin en önemlilerinden biri *ölçülülük ilkesidir*¹⁷¹. Bu ilke insan haklarıyla, hukuk devleti ilkesiyle, toplumsal barışın korunmasıyla bağlantılıdır. O halde, paraya çevirme işleminin kamu düzeniyle ilgili olduğu açıktır.

İcra hukukunun, kamu hukuku özelliği gösterdiği söylenebilir. Çünkü, icra

167 Tunç Yücel, s. 99-100.

168 "İcra sözleşmeleriyle taraflar karşılıklı olarak bir şeyi yapma yetkisini ya da gerekliliğini düzenlerler ve aynı zamanda icranın ne zaman ve ne şekilde yapılacağına veya icranın yapıp yapılmayacağına ilişkin hükümler getirirler. Görüleceği üzere, bu sözleşmelerle tarafların icra sürecini bir şekilde etkilemesi ve yasal olarak öngörülmüş olan kurallardan ayrılarak, cebri icra imkanlarını genişletmesi veya sınırlandırması ya da bertaraf etmesi söz konusudur. Buna uygun olarak Alman hukuk doktrininde icra sözleşmeleri için, icrayı genişleten (*vollstreckungserweiternde*), icrayı daraltan (*vollstreckungsbeschränkende*) ve icrayı engelleyen (*vollstreckungsausschliessende*) sözleşmeler şeklinde bir ayırma gidilmiştir", Aşık, s. 8.

169 Tunç Yücel, s. 92.

170 Aşık, s. 19-23.

171 Aşık, s. 23-29.

iflas hukuku kuralları devletin icra organlarının yetki, görev ve sorumluluklarını düzenler ve çoğunlukla emredici ve kamu düzenine ilişkin kurallardır. İcra hukukunun kamu hukukuna özgü özellikler taşıması, bu alanda hiçbir şekilde sözleşme yapılamayacağı (sözleşme özgürlüğünün bulunmadığı) anlamına gelmez. Ancak, bu alandaki düzenlemeler çoğunlukla kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle, sözleşme özgürlüğünün alanı oldukça daraltılmıştır¹⁷². Taraflar, ancak yasanın tasarruf yetkisi verdiği hallerde sözleşme yapabilirler. Bu nedenle, her bir yasal düzenlemenin sözleşmeyle değiştirilmesinin mümkün olup olmadığının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Bir yasa kuralı kamu düzenini korumak amacıyla getirilmişse veya zayıf durumdaki borçluyu korumak amacı taşıyorsa ya da icra hukukunun amaç ve ilkelerini korumak (sağlamak) amacıyla getirilmişse, bu yasa kuralının emredici bir kural olduğunun kabulü gerekir. Bu ilkedен hareket eden Aşık, yürürlükteki hukukumuz bakımından alacaklıya, rehinli malı doğrudan paraya çevirme yetkisi veren sözleşmelerin hükümsüz olacağı, çünkü Kanun'un paraya çevrime şeklini ve usulünü emredici şekilde düzenlediği görüşündedir¹⁷³.

Kılıçoğlu, rehinli malın icra dairesi tarafından paraya çevrilmesini öngören kuralların emredici olmadığı, icra hukukuna hâkim tasarruf ilkesi gereğince, tarafların bunun aksine anlaşma yapabileceği, bu sözleşmenin cebri icranın engellenmesine dair bir sözleşme olup, buna rağmen alacaklının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişmesi halinde, borçlunun muhalefetini itiraz yoluyla ileri sürerek takibi engelleyebileceği görüşündedir¹⁷⁴.

Yukarıda 2.a.'da açıklandığı üzere Tunç Yücel, Kuntalp ve Postacıoğlu, alacaklıya rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların geçerli olduğu görüşündedir. Budak, bu tür anlaşmaların, lex commissoria yasağını dolanma amacıyla kullanılması olasılığı nedeniyle, vadeden önce bu tür anlaşmaların yapılmasına cevaz verilmemesi gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁵.

İcra sözleşmelerinin kanunumuzda genel bir tanımı bulunmamakla birlikte, bazı maddelerde, örneğin İİK'nın 20, 83/a ve 138/3. maddelerinde münferit icra sözleşmelerine değinilmiştir¹⁷⁶. Yasa koyucu bu maddelerle, icra sözleşmesi yapılamayacak bazı durumları emredici şekilde düzenlemiştir. Rehni özel yoldan paraya çevrilmesine dair icra sözleşmesi yapılmasını yasaklayan genel bir yasa hükmü yoktur.

172 Aşık, s. 16.

173 Aşık, s. 130-131.

174 Kılıçoğlu, s. 141-143.

175 Budak, s. 59-60.

176 Üstündağ, s. 5.

Kanaatimizce, İcra ve İflas Kanununun rehnin paraya çevrilmesi konusunda getirdiği düzenlemeler emredici hükümlerdir. Ancak bu durumun, icra hukukuna hâkim ilkelerden tasarruf ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, alacaklı tarafından cebri icra organları eliyle rehnin paraya çevrilmesi süreci başlatıldıktan sonra, bu yasa kuralları emredici bir şekilde uygulanacaktır. Yani, taraflar cebri icra süreci başladıktan sonra satışın yapılaş şekline dair icra daire-sini bağlayıcı anlaşma yapamazlar. Örneğin satışın pazarlık suretiyle yapılmasını kararlaştıramazlar. İcra müdürü, emredici nitelikteki yasa hükümleri uyarınca paraya çevirme işlemlerini yapacaktır.

Ancak taraflar, cebri icra prosedürüne başvurmaksızın, rehinli malın alacaklı tarafından satılarak paraya çevrilmesini kararlaştırabilirler. İİK’da bunu yasaklayan bir düzenleme yoktur. Ancak, böyle bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı- nın her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, bu tür sözleşmeler de sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırlarını düzenleyen TBK’nın 27. maddesine tabidir. Yine, borçlunun aşırı sömürüldüğü hükümler içeren sözleşmelerin TBK’nın 28. maddesindeki gabin hükümleri uyarınca geçersiz olduğu ileri sürülebilecektir.

Yine, bu tür anlaşmaların, icra hukukuna hâkim olan ilkeleri, özellikle ölçü- lülük ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Aksi takdirde geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaktır.

Bunun yanında, bazı özel durumların varlığı halinde, özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarının uygulanması mümkün olmayacaktır. Örneğin, taşınmaz üzerinde başka rehinler varsa ya da rehinli mal üzerine başka alacaklılar tarafından konulmuş hacizler varsa, artık alacaklı özel yoldan paraya çevirme işlemini yapamamalıdır. Bu konudaki sorunların farkında olan *Postacioğlu*, olması gereken hukuk açısından yasa önerisi içeren makalesini¹⁷⁷ yazmıştır. Bu tür anlaşmalar Kanun tarafından açıkça yasaklanmamış olmakla birlikte, konunun ayrıntılı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyduğu açıktır.

d. Özel Yoldan Paraya Çevirme Anlaşmalarının Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi

Uygulamada, banka kredi sözleşmelerinde, rehin konusu menkullerin, rehne konu alacakların, kıymetli evrakın, hisse senetlerinin, tahvillerin, banka tarafından özel yoldan paraya çevrilebileceğine dair hükümler yer almaktadır¹⁷⁸. Bu hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olduğu ve geçerli olup olmadıklarının

177 Postacioğlu, *İpotek*.

178 Aşık, s. 178; Helvacı, s. 125.

belirlenmesi konusunda değerlendirme yapılması gerektiği açıktır¹⁷⁹.

Genel işlem koşulları, TBK'nın 20. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Aynı Kanun'un 21. maddesine göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlama-sına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Kanun'un 25. maddesine göre, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Tüketici kredileri yönünden koruma daha katı olup, özel yoldan paraya çevirmeye dair sözleşme hükümlerinin haksız şart niteliğinde olup olmadığı kendi mevzuat hükümlerine göre değerlendirilmelidir. 6502 Sayılı Kanun'un 5 ve 84. maddesi uyarınca hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in¹⁸⁰ 5. maddesine göre, tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Yönetmeliğin 6/1. maddesine göre, bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

Tunç Yücel, banka kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankaya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren bu hükümlerin, tip kredi sözleşmelerinin niteliğine aykırı bir kayıt olması nedeniyle hükümsüz sayılması gerektiği görüşündedir. Ancak yazar, tarafların bu konuyu ayrıca müzakere ederek, bankaya, rehinli malı açık artırma yoluyla satış yetkisi veren ayrı bir sözleşme imzalamaları halinde, bunun geçerli olduğunu savunmaktadır¹⁸¹.

Aşık, bankaya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren bu tür anlaşma hükümlerinin hükümsüz olduğunu; çünkü, İcra ve İflas Kanunu'nun rehin ne şekilde paraya çevrileceğini emredici bir şekilde düzenlediğini, kanun koyucunun icra dairesinin aracılığı olmaksızın yapılabilecek paraya çevirmeyi istisnaen dahi

179 Budak, s. 62; Tunç Yücel, s. 98.

180 17/06/2014 tarihli ve 29033 sayılı R.G.

181 Tunç Yücel, s. 98.

kabul etmediğini, genel işlem koşulları içinde bankaya verilen böyle bir yetkinin devletin cebri icra tekeline ortadan kaldıracağını, bankanın keyfilğine yol açacağını, bu nedenle paraya çevirme işlemlerinin mutlaka cebri icra organları eliyle yapılması gerektiğini savunmaktadır¹⁸².

Kılıçoğlu, genel işlem koşulları açısından bir ayırım yapmaksızın, alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların geçerli olduğu görüşündedir¹⁸³.

Kanaatimizce, genel kredi sözleşmelerinde, özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren hükümlerin, taraflarca müzakere edilerek özgür iradeyle kabul edildiği kanıtlandığı takdirde ve dürüstlük kuralının ihlal edilmediği hallerde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Ancak, bankanın keyfilğini önleyecek, borçlunun haklarını koruyacak kayıtların sözleşmede yer alması gerekir. Sözleşme, rehinli malın gerçek değeri üzerinden satışına olanak verecek hükümleri içermelidir. Bankaya, merhunu dilediği bedelle ve dilediği kişiye satma yetkisi veren anlaşmalar dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu olup geçersiz olacaktır. TBK'nın 125. maddesi, dürüstlük kuralını referans değer olarak koymuştur. O halde, özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmanın, açık artırma yoluyla veya varsa borsadaki kayıtlı değer üzerinden satışın yapılacağına ve alacağı aşan değer borçluya iade edileceğine dair hükümleri içermesi gerekir. Her somut olayda, paraya çevirmeye ilişkin sözleşme maddesinin, taraflarca müzakere edilip edilmediği, dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği, buna bağlı olarak da genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Banka kredi sözleşmelerinde, rehin özel yoldan paraya çevrilmesi yetkisi veren anlaşmaların geçerliliğinin yukarıdaki yasal düzenlemelere göre değerlendirilmesi gerekir. TBK hükümlerine tabi sözleşmelerde, borçlu ile müzakere edildiği kanıtlanmayan ve dürüstlük kuralına aykırı hükümler geçersizdir. Bu bağlamda, özel yoldan paraya çevirme hakkı veren sözleşme hükümleri, sözleşmenin niteliğine aykırı kayıt sayılarak¹⁸⁴, yani, TBK 25.maddesi anlamında dürüstlük kuralına aykırı şart niteliğinde kabul edilerek hükümsüz sayılması gerekir.

Banka tarafından tek taraflı olarak ve tüketiciye müzakere imkânı tanınmadan, önceden hazırlanmış tip sözleşmede, rehin paraya çevrilmesiyle ilgili olarak kredi sözleşmesine konulan hükümlerin, konusu itibarıyla kredi sözleşmesine yabancı (sürpriz- şartıcı¹⁸⁵) bir düzenleme olması nedeniyle haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

182 Aşık, s. 178-179.

183 Kılıçoğlu, s. 142-143.

184 Tunç Yücel, s. 98.

185 Budak, s. 44.

Tüketici kredileri yönünden ise tüketici lehine bir yorumun yapılması yasa koyucunun amacına daha uygundur. Çünkü, tüketicinin korunması kavramı, tüketicinin zayıf durumda olup korunması gerektiği anlayışının, yani sosyal hukuk anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. 6502 Sayılı Kanun'un 5.maddesi, genel işlem koşulu içeren tüketici sözleşmesindeki maddelerin müzakere edildiğini ve tüketici tarafından özel olarak kabul edildiğini kanıtlama yükünü bankaya yüklemiş ve ispatı oldukça zorlaştırmıştır. Kredi sözleşmesine, rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren hükümlerin konulması, güçlü durumda olan bankanın hakkını kötüye kullanması şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü, tüketicinin *şaşırtıcı* nitelikteki böyle bir düzenlemenin anlamını tam olarak kavraması mümkün olmayacaktır. Bu nedenlerle, tüketici sözleşmelerinde yer alan bu tür hükümlerin, dürüstlük kuralına aykırı haksız şart olarak kabulü ve bu nedenle hükümsüz sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç

Medeni Kanunumuz *lex commissoria* anlaşmalarını yasaklamış, böylece sözleşme özgürlüğüne yasal bir sınır getirilmiş ve borç ödenmediği takdirde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmaları hükümsüzlük yaptırımına bağlamıştır. Buradaki hükümsüzlük, sadece *lex commissoria* anlaşmasına yönelik kısmi bir hükümsüzlük olup, rehin sözleşmesi ve kredi sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır.

Bu yasaklama, yasa koyucunun keyfi bir tasarrufu olmayıp, tarihsel olgulara dayalı sosyal ve ekonomik bir gereklilikten doğmaktadır. *Lex commissoria* anlaşmaları, kredi verenin borçluyu aşırı sömürmesine ve sermayenin ağırlıklı olarak kredi verende toplanmasına, böylece ekonomik dengelerin ve buna bağlı olarak sosyal ve siyasi hayatın bozulmasına sebebiyet vermektedir. Tarihsel süreçte, bu sözleşme ilişkisine kamunun müdahalesinin gerekli olduğu ortaya çıkmış ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için, *lex commissoria* anlaşmaları yasaklanmıştır. Roma hukukundan gelen bu yasak, tüm modern hukuk devletlerince benimsenmiştir.

Lex commissoria yasağı olmadan rehin kurumunun varlığını sürdürmesi mümkün olamayacağı gibi, sağlıklı işleyen bir ekonomiden de söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yasağın dolaylı olarak işlevsiz bırakılma ihtimalinin bulunduğu anlaşma türlerinin de irdelenmesi, gerekli önlemlerin alınması oldukça önem arz etmektedir.

Bir sözleşmenin *lex commissoria* yasağının kapsamında kalıp kalmadığının ortaya konulmasında, öncelikle yasağın amacının (*ratio legis*'inin) referans alınması gerekir. Yasağın amacı, alacak tutarından daha değerli rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçirilmesinin ve bunun sonucunda alacaklının haksız zengin-

leşmesinin, böylece borçlunun sömürülmesinin önüne geçmektir. Bu nedenle, sözleşmenin görünüşteki adına aldanmayıp, gerçekte bu sözleşmenin taraflar arasında nasıl bir işleve sahip olduğunun ortaya konulması gerekir. Eğer sözleşme, dolaylı olarak bile olsa yasağın işlevsiz bırakılması sonucunu doğuruyorsa, sözleşmenin bu kısmının hükümsüz olduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu anlamda, teminat amaçlı inançlı sözleşmelerin, *lex commissoria* yasağının unsurları bağlamında analiz edilerek sonuca gidilmesi gerekir. *Lex commissoria* anlaşmasının yasak kapsamında olması için üç unsuru bir arada bulundurması gerekir. Bunlardan birincisi, borç ödenmediği takdirde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir anlaşmanın bulunması, ikincisi, bu anlaşmanın alacaklının tatmin edilmesi amacıyla yapılmış olması ve son olarak da anlaşmanın borcun muaccel olmasından önce yapılmış olmasıdır. İşte, inançlı işlemlerde doğrudan veya dolaylı olarak bu unsurların tümü bir arada mevcut ise, inançlı işlemi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmak gerekecektir. Bu değerlendirme, her somut olayın özelliğine göre yapılmalıdır.

Lex commissoria yasağı nedeniyle rehinli malın mülkiyetini alamayan alacaklı, borçlunun temerrüdü halinde, rehinli malın değerine yönelme ilkesi uyarınca, rehinli malı paraya çevirerek satış bedeli üzerinden alacağına kavuşabilecektir. Bu nedenle, rehinli malın paraya çevrilmesi usulü, dolaylı olarak *lex commissoria* yasağıyla ilişkilidir.

Rehinli malın ne şekilde paraya çevrileceği İİK'da özel olarak düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 45. maddesi önce rehne müracaat kuralını düzenlemektedir. Rehlin hakkı sahibi alacaklı, yasal istisnalar saklı kalmak kaydıyla, rehlin paraya çevrilmesini sağlamadan ve rehin açığı belgesi almadan borçlunun diğer mallarına müracaat edemez.

Önce rehne müracaat kuralının *lex commissoria* yasağıyla ilgisi bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Ancak Kanun, önce rehne müracaat kuralını emredici biçimde düzenlediğinden, önce rehne müracaat zorunluluğunu bertaraf eden sözleşmeler hükümsüzdür. Bu hükümsüzlük İİK'nın 45. maddesinin emredici düzenlemesinden kaynaklanmakta olup, ayrıca *lex commissoria* yasağı yönünden bir tartışmaya kanaatimizce gerek yoktur.

Rehinli malın alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilebileceğine dair anlaşmalar da *lex commissoria* yasağıyla dolaylı olarak ilgilidir. Devletin cebri icra organlarının devre dışı bırakılarak, merhunun alacaklı tarafından özel yoldan satılarak paraya çevrilebileceğine dair bu anlaşmaların yasak kapsamındaki durumunu değerlendirirken dikkatli olmak gerekir. Görünüşte bir paraya çevirme işlemi adı altında, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi sonucunu doğuracak anlaşmaları yasak kapsamında hükümsüz saymak gerekir. Örneğin,

rehinli malın alacaklı tarafından dilediği bedelle, dilediği kişiye satılabileceğine, alacağı aşan değer in alacaklıya ait olacağına dair bir anlaşmanın *lex commissoria* yasağını işlevsiz bırakacağı açıktır. Böyle bir sözleşmenin yasak kapsamında, hükümsüz bir anlaşma olduğunun kabulü gerekir.

Özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları mahiyetleri itibariyle icra sözleşmesi niteliğindedir. Gayrimenkul rehni yönünden bu tür anlaşmalarının yapılması konusunda tartışmalar mevcut olup yeni yasal düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç bulunmakta ise de menkul rehni için özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları yasal olarak mümkün görünmektedir. Bu tür anlaşmaların icra hukukuna hâkim olan ilkeleri, özellikle *ölçülülük* ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Aksi takdirde geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaktır.

Özel yoldan paraya çevirme sözleşmelerinin geçerli olup olmadığının her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, bu tür sözleşmeler, aynı zamanda, sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırlarını düzenleyen TBK'nın 27. Maddesinde öngörülen sınırlara tabidir. Ayrıca, borçlunun aşırı sömürülmesine sebebiyet veren hükümler içeren sözleşmelerin TBK'nın 28. maddesindeki gabin hükümleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabileceği de dikkatten uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2015.
- Acar, Faruk, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, 2. Tıpkı basım, İstanbul, 2017.
- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 12. Basım, İstanbul, 2015.
- Altaş, Hüseyin / Kurt, Leyla Müjde, “İnançlı İşlemler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2, Yıl : 2011, s. 2-28, (Google akademik).
- Antalya, O.Gökhan / Acar, Faruk, *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*, İstanbul, 2017.
- Aşık, İbrahim, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara, 2006.
- Budak, Ali Cem, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Basım, İstanbul, 2009.
- Cansel, Erol, *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Ankara, 1967.
- Esener, Turhan/ Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 6. Basım, Ankara, 2015.
- Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Basım, Ankara, 1984, s. 948-949.
- Helvacı, İlhan, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, İstanbul, 1997.
- *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*
- Kılıçoğlu, Evren, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul, 2005.
- Konuralp, Orhan Emre, “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Basım Yılı: 2015, s. 2859.
- Kuntalp, Erden, “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, *İnan Kıraç'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1994, s. 151-162.
- Kurt, Fatma, “Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya çevirme Yetkisi Verilmesiyle İlişkisi)- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:82, S:1, Yıl:2008.
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, 2016.
- Kuyucu, Ashıhan Sevinç, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri*, 1. Basım, İstanbul, 2016.
- Makaracı Başak, Ashı, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul, 2014.
- Nomer, Halûk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, 4. Basım, İstanbul, 2017.
- Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, 19. Basım, İstanbul, 2016.
- Özer, M.Tolga, *Taşınmazların Birlikte Rehni*, İstanbul, 2015.
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Basım, İstanbul, 2010.
- Postacıoğlu, İlhan E., “İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi Problemi”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul, 2011 (Makale, ilk olarak Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan kitabında yayımlanmış, daha sonra 2011 yılında yayımlanan bu esere alınmıştır. Dipnotlarda İpotek olarak atıf yapılmıştır).
- Postacıoğlu, İlhan E., “Namı Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul,

2011, s. 789-818. (Dipnotlarda, *Namı Müstear* olarak anılmıştır).

- Serozan, Rona, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFİM*, C:LXIV, S.2, Yıl:2006, s. 301-324, (Google akademik).
- Serozan, Rona, *Eşya Hukuku*, Cilt I, 3.Basım, İstanbul, 2014.
- Şener, Oruç Hami, “Bankanın Rehinli Alacaklı Sıfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehininde Rehinin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:11, S:2, 2009, (Basım yılı: 2011), s. 195-250, (Google akademik).
- Şenöz, Ebru / Özbilen, Arif Barış / Savaş, Burcu, “Alacak Rehininin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:4, S:8, Güz 2005, s. 233-252, (Google akademik).
- Şit İmamoğlu, Başak, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, Ankara, 2017.
- Topçuoğlu, Metin / Çon, Ömer, “Ticari İşletme Rehininde Rehin Alacaklısının Korunması”, *TBB Dergisi*, 2011, S:93, s. 174-214, (Google akademik).
- Tunç Yücel, Müjgan, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, İstanbul, 2010.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2004.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil / Deren-Yıldırım, Nevhis, *İcra ve İflas Hukuku*, 6.Basım, İstanbul, 2015.
- Zeliha Dereli, “Lex Commissoria Yasağı”, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2009, Tez no: 250028, (tez.yok.gov.tr).

ÖZ

TMK 873 ve 949. maddeleri uyarınca, borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükümleri (*lex commissoria* anlaşmaları) geçersizdir. Öğretide bu ilkeye *lex commissoria* yasağı denilmektedir.

Tarihsel olgular dikkate alındığında, *lex commissoria* yasağının, güçlü durumdaki alacaklıya karşı, kredi ihtiyacı içindeki borçlunun korunması amacıyla getirildiği; bu yasak sayesinde, borçlunun korunması yanında, rehin kurumunun sürdürülebilir bir teminat aracı haline gelmesinin de sağlanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Bu yasak olmadan rehin kurumunun varlığını sürdürmesi mümkün olmayacağı gibi, sağlıklı işleyen bir ekonominin varlığından da söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yasağın dolaylı olarak işlevsiz bırakılma ihtimalinin bulunduğu anlaşma türlerinin de irdelenmesi suretiyle, yasağın tanımının ve unsurlarının açıkça ortaya konulması oldukça önem arz etmektedir.

Yasağın maddi hukuk yanında icra ve iflas hukukuyla da ilgili olduğu dikkate alınarak, rehinin paraya çevrilmesiyle ilgili taraf anlaşmalarının bu yasak karşısındaki durumunun da ortaya konulması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: *Lex commissoria*, rehin, inanca işlem, icra sözleşmeleri.

İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetiyle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, gör-

sel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.

9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
 - ahtopal@medipol.edu.tr
 - mcattik@medipol.edu.tr
 - argencer@medipol.edu.tr